

JUS CIVILE

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



1-2020

gennaio-febbraio



G. Giappichelli Editore

ISSN 2281-3918/2421-2563

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

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

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

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

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

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



INDICE

	<i>pag.</i>
In ricordo di Piero Schlesinger di <i>Carlo Granelli</i>	4
Articoli e Saggi	
Brevi note in tema di risarcibilità del danno subito dal proprietario di un veicolo circolante sprovvisto di assicurazione * di <i>Massimo Gazzara</i>	8
Los alcances de la autonomía privada en la prescripción extintiva y la cauducidad de los derechos, con especial referencia al derecho civil uruguayo * di <i>Jorge Rodríguez Russo</i>	17
Una proposta ricostruttiva contrastante con il diritto vivente in tema di responsabilità civile dell'internet provider nel diritto italiano tra direttiva 2000/31/CE, regolamento UE 2016/679 e direttiva UE 2019/790 * di <i>Mauro Tescaro</i>	62
L'accettazione dell'eredità e la rilevanza degli effetti della sua trascrizione * di <i>Angelo Magnani</i>	109
La formazione del giurista: l'impresa di servizi legali o il <i>vir bonus dicendi peritus</i> ? * di <i>Paolo Doria</i>	158
Big Data and AI: an issue for general law and data protection * di <i>Andrea Fedi</i>	169

* Contributo sottoposto a revisione.



pag.

La lezione del Coronavirus

di *Giuseppe Gristi* **

190

Recensioni

V. Bongiovanni, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, Giuffrè, Milano, 2018

di *Mauro Grondona*

215

Nicolás Gómez Dávila, *De iure*, L. Garofalo (a cura di), La Nave di Teseo, Milano, 2019

di *Alberto Mattia Serafin*

227

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



CARLO GRANELLI

Professore ordinario di diritto civile – Università di Pavia

IN RICORDO DI PIERO SCHLESINGER

Sabato 14 marzo ci ha lasciato Piero Schlesinger. Avrebbe compiuto 90 anni il prossimo 19 maggio.

Il Suo nome, per intere generazioni di studenti di giurisprudenza, è legato al “*Manuale di diritto privato*”, di cui, dopo la scomparsa di Andrea Torrente, dal 1968 e per oltre mezzo secolo, ha curato le successive diciotto edizioni, profondamente innovandone impostazione e contenuti nel non facile tentativo di mantenerlo al passo con i tempi e la sempre maggior complessità del sistema giuridico: tentativo peraltro pienamente riuscito, almeno se si guarda al crescente successo commerciale che tuttora arride al “Manuale” non solo fra gli studenti (che ne apprezzano il nitore dell’impianto complessivo e, soprattutto, la chiarezza espositiva), ma anche fra i laureati che si accingono ad affrontare concorsi ed esami per l’accesso alle professioni legali e persino fra gli operatori del diritto, che sovente proprio al “Manuale” si rivolgono per una prima, essenziale, ma chiara ed aggiornata sintesi del diritto vivente.

Peraltro, per chi – come chi scrive – ha avuto la fortuna di frequentare le Sue lezioni del corso di “Istituzioni di diritto privato”, Piero Schlesinger resta il docente che, con la Sua efficacia espositiva e la Sua passione “contagiosa”, più di altri ha finito con l’incidere sulla sua formazione. Consapevole di ciò, Schlesinger ha sempre preferito l’insegnamento di “Istituzioni” rispetto a quello (non si sa perché, generalmente ritenuto più prestigioso) di “Diritto civile”, proprio in quanto – a Suo dire – gli consentiva di maggiormente lasciar traccia nei giovani che, del tutto digiuni di nozioni giuridiche, necessitavano innanzitutto di comprendere che il diritto non è un insieme di norme da apprendere più o meno mnemonicamente, ma un delicato strumento di composizione di concreti conflitti di interessi; che il diritto non è meccanica applicazione di regole poste dal legislatore, ma difficile opera di valorizzazione delle peculiarità del caso concreto, cui dette regole debbono trovare applicazione; che il diritto non è tranquillizzante certezza, ma problema, sovente di ardua (ed opinabile) soluzione.



La Sua carriera di docente era iniziata presso l'Università di Urbino, dove per un paio di anni (1956-1958) aveva tenuto, per incarico, il corso di "Istituzioni". Vincitore – a nemmeno trent'anni! – del concorso a cattedra, veniva immediatamente chiamato (si dice per iniziativa personale del suo fondatore, padre Agostino Gemelli) dall'Università Cattolica di Milano, prima, presso la Facoltà di Economia, poi, presso quella di Giurisprudenza. Dal 1969 si trasferiva, per oltre un decennio (1969-1981), presso la Facoltà giuridica pavese; per poi tornare in Cattolica, dove terminava il Suo Magistero, insignito del titolo di "professore emerito".

Di Scuola torinese, allievo di Mario Allara, ancor giovanissimo si era presentato alla comunità scientifica con due monografie – *La petizione di eredità* (Torino, Giappichelli, 1956) e *Il pagamento al terzo* (Milano, Giuffrè, 1961) – e molti lavori c.d. "minori" (ma solo per dimensioni!), che ancor oggi costituiscono sicuro punto di riferimento anche per la più recente dottrina (penso, in particolare, a *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959; *La ratifica del pagamento effettuato al non creditore*, in *Riv. dir. civ.*, 1959; *La ingiustizia del danno*, in *Jus*, 1960; voce "*Dichiarazione (teoria generale)*", in *Enc. dir.*, XII, 1964; *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964; ecc.).

Negli anni, i Suoi interessi culturali e scientifici erano andati progressivamente ampliandosi; al punto da divenire uno dei pochi civilisti considerati un interlocutore perfino dai cultori del diritto commerciale e del diritto concorsuale, nonché da quelli del diritto bancario. La più parte delle tematiche su cui, in questi ultimi lustri, si è appuntata non occasionalmente l'attenzione della civilistica italiana annovera interventi – talora sintetici, ma mai banali – di Piero Schlesinger: da quelli in materia di diritto di famiglia (fondamentali rimangono i Suoi studi in tema di comunione legale fra coniugi) a quelli in materia di tutela della persona, da quelli in materia di regolazione del mercato a quelli in materia di tutela del risparmio, ecc. Senza contare le Sue felici incursioni anche nelle aree del diritto processuale civile, del diritto del lavoro, della comparazione, della teoria generale, ecc.

Ma Piero Schlesinger – oltre che studioso rigoroso, raffinato, di indubbia genialità – è stato anche un eccezionale promotore di cultura giuridica.

Intendo far riferimento non tanto alla Sua incredibile disponibilità ad accettare gli inviti a tenere lezioni, conversazioni, seminari, relazioni, che – per il fascino esercitato dalla Sua lucidità di pensiero e dalla Sua efficacia oratoria – gli venivano, frequentissimi, da università, scuole di dottorato, enti culturali, associazioni professionali, ecc.: inviti di



non scarso impegno per chi, come Schlesinger, ogni volta “si preparava”, a prescindere dall’importanza dell’occasione.

Intendo piuttosto far riferimento alla Sua instancabile attività di animatore di nuove – ed innovative – iniziative editoriali.

A cominciare dal varo, nel 1978, della rivista “*Le nuove leggi civili commentate*” (giunta oggi al 43° anno di vita), che – prendendo tempestivamente atto del crescente fenomeno di produzione alluvionale e disorganica di norme in materia privatistica, nella più parte dei casi all’interno di provvedimenti legislativi del tutto settoriali, estranei al codice civile – mirava, venendo così a colmare una lacuna nel panorama della nostra editoria giuridica, ad offrire all’operatore giuridico (sia teorico che pratico) un primo qualificato supporto all’interpretazione ed applicazione di leggi di recente introduzione, che sovente si presentano, per un verso, di non agevole comprensione (spesso anche a causa di una formulazione testuale tecnicamente approssimativa) e, per altro verso, di ardua riconduzione al sistema.

Seguiva poi la nascita delle riviste “*Corriere giuridico*” (giunta ormai al 37° anno di vita) e, poco più tardi, “*Famiglia e diritto*” (giunta ormai al 27° anno di vita), che – per il taglio agile e la cadenza mensile – miravano a dar risposta ad una domanda di informazione tempestiva, ma al contempo critica e qualificata, evidentemente latente nel mercato, che infatti ne decretava l’immediato successo commerciale.

Non meramente formale – come era nel carattere della Persona – la Sua presenza nella direzione della prestigiosa “*Rivista di diritto civile*”, cui Piero Schlesinger, specie negli ultimi anni, ha destinato gran parte dei propri interventi più significativi (si pensi, ad es., a *La persona (rilevanza della nozione e opportunità di rivederne le principali caratteristiche)*, ivi, 2008, I, 379; *Il concepito e l’inizio della persona*, ivi, 2008, I, 247; *Attualizzazione delle garanzie costituzionali*, ivi, 2007, I, 291; *Mercati, diritto privato, valori*, ivi, 2004, II, 325; *Interpretazione della legge civile e prassi delle corti*, ivi, 2002, 531; *L’interpretazione della legge per i casi «dubbi» od «omessi»*, ivi, 2001, II, 489).

Sempre a Piero Schlesinger va, infine, il merito di aver dato vita alla ben nota collana “*Il Codice Civile. Commentario*”, di cui nel 2001 ha ceduto la direzione a Francesco Donato Busnelli, per andare a dirigere, dopo la morte di Luigi Mengoni, il prestigioso “*Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*”: nell’una come nell’altra veste, direttore attento, tempestivo e scrupoloso, selettivo nella scelta degli studiosi cui affidare l’elaborazione dei singoli volumi, rigoroso nel vaglio del loro contenuto, di cui non di rado – in un dialogo approfondito e fruttuoso con gli Autori – non esitava a suggerire modifiche ed integrazioni.

JUS CIVILE



Testimonianza della stima di cui Piero Schlesinger godeva presso la comunità scientifica è la pubblicazione, nel 2004, dei cinque poderosi volumi degli “*Studi in onore di Piero Schlesinger*”, con cui amici e colleghi hanno inteso rendergli omaggio al termine del Suo Magistero accademico.



MASSIMO GAZZARA

Professore associato di Diritto Privato – Università di Foggia

BREVI NOTE IN TEMA DI RISARCIBILITÀ DEL DANNO SUBITO DAL PROPRIETARIO DI UN VEICOLO CIRCOLANTE SPROVVISTO DI ASSICURAZIONE

SOMMARIO: 1. *La risarcibilità del danno subito dal veicolo circolante sprovvisto di assicurazione. Impostazione del problema.* – 2. *La circolazione illegale come antecedente causale del sinistro e del danno derivato.* – 3. *Il risarcimento del conducente che abbia subito lesioni e la posizione dei terzi trasportati.* – 4. *La questione della prova della consapevolezza della circolazione senza assicurazione.*

1. – Il fenomeno della circolazione di veicoli sprovvisti di regolare copertura assicurativa ha già da diversi anni assunto nel nostro paese dimensioni oggettivamente preoccupanti (si stima che in valore assoluto si tratti di circa tre milioni di mezzi) tale da indurre di recente il legislatore ad una modifica legislativa allo scopo di rendere più efficaci i controlli con l'ausilio di nuove tecnologie¹.

Il costo di questa circolazione abusiva si scarica indirettamente sugli automobilisti virtuosi, i quali finiscono col subire un accantonamento forzoso di una parte del premio corrisposto all'atto della conclusione del contratto, destinato ad alimentare il Fondo Garanzia vittime della strada con un prelievo del 2,5% circa, percentuale che si prevede possa a breve rivelarsi non più bastevole per effetto del combinato disposto della riduzione dell'ammontare complessivo dei premi raccolti (in ragione della riduzione dei costi delle polizze) e della costante crescita dell'ammontare dei risarcimenti, cui non poco contribuisce anche una Giurisprudenza (ormai prevalentemente onoraria) tendenzialmente sensibile alla tutela dei danneggiati.

Se, tuttavia, il rapporto tra soggetto danneggiato dalla condotta di guida di un condu-

¹ Cfr. il comma 4 *ter* dell'art. 193 C.d.s., introdotto con la legge 12 novembre 2011, n. 183.



cente un veicolo non assicurato – o non identificato, o assicurato con Imprese poste in liquidazione coatta amministrativa, secondo le ipotesi di cui all'art. 283 cod. Ass. – e Fondo Garanzia Vittime della strada è stato scandagliato in ogni suo aspetto sia in dottrina che in giurisprudenza, con il contributo dei più alti gradi di giurisdizione, è rimasto singolarmente nell'ombra nella prassi pretoria, fatta eccezione per qualche sporadica pronuncia di merito, e sostanzialmente negletto in dottrina, un problema che a parere di chi scrive avrebbe meritato ben altra attenzione, non fosse altro che per i suoi rilevanti portati di ordine pratico applicativo.

Alludo alla questione della risarcibilità del danno subito dal proprietario di una vettura circolante sprovvista di copertura assicurativa, ovvero dal conducente o dal trasportato sulla medesima, purché, in questi ultimi due casi, consapevole della circostanza della mancanza di copertura.

Il fenomeno, benché ovviamente ben noto già a partire dall'introduzione della legge 990 del 1969, è stato ulteriormente evidenziato per effetto della introduzione, nell'ambito del codice delle assicurazioni, della procedura di c.d. risarcimento diretto.

Si tratta, come è a tutti noto, della facoltà concessa al danneggiato di agire, ricorrendo le condizioni previste dall'art. 149 Cod. ass., per il risarcimento direttamente nei confronti della propria Compagnia assicurativa; è altrettanto noto che la Corte Costituzionale, nonostante la lettera della norma², ha ritenuto di abbracciare l'interpretazione che qualifica come facoltativo il ricorso alla procedura di risarcimento diretto, conservando comunque il danneggiato la possibilità di rivolgere le proprie pretese nei confronti del presunto responsabile e della Società assicurativa di quest'ultimo³.

Nella prassi, la scelta per la procedura di indennizzo diretto è stata preferita dalla maggioranza degli assicurati danneggiati ed è stata “sposata” dalle stesse Compagnie le quali, per effetto di un accordo interno tra loro interscambio (la Convenzione tra assicuratori per il risarcimento diretto, meglio nota con l'acronimo di C.A.R.D.), finiscono con l'affidare la gestione della lite all'impresa che assicura il veicolo attoreo, anche quando convenuta in giudizio non sia la Compagnia dell'attore ma quella del responsabile⁴.

² Che utilizza l'inequivoco termine “devono” rivolgere la richiesta di risarcimento all'impresa di assicurazione che ha stipulato il contratto relativo al veicolo utilizzato.

³ Corte Cost., 19 giugno 2009, n. 180, in *Giur. it.*, 2010, 1, 60, con nota di A. LUBERTI, *Un de profundis per l'indennizzo diretto?*

⁴ Più di una riserva può esprimersi sulla correttezza e sull'efficacia del meccanismo attraverso il quale la delega alla gestione della lite si realizza, e cioè tramite un mandato che un stesso gruppo di Compagnie operanti nel territorio nazionale, in pratica tutte quelle che aderiscono alla c.d. Card, si conferiscono l'un



È divenuto assai frequente che, quasi a giustificarsi di avere scelto la via alternativa della procedura *ex art. 144 cod. ass.*, l'attore proprietario di veicolo non assicurato (ben conscio di non avere nulla da temere nell'esplicitare questa sua condizione, posto che nella maggioranza dei casi il Giudice di pace ben si guarderà dal riferire la circostanza alle competenti autorità) dichiarare espressamente in atti di aver convenuto la Compagnia del presunto responsabile civile non disponendo di una propria Compagnia verso la quale rivolgere le proprie pretese.

Il quesito a cui le presenti note intendono dare risposta è se questa prassi, ampiamente consolidata, di accogliere senza riserve la domanda attorea (tutte quante le volte sia ovviamente riconosciuta una responsabilità esclusiva o concorrente del veicolo antagonista nella causazione del sinistro) sia meritevole di essere condivisa, o se non sia viceversa possibile, in adesione al ragionamento seguito da qualche isolata pronunzia di merito⁵, porre legittimamente in dubbio il diritto da parte del proprietario o del conducente consapevole di un veicolo non assicurato a richiedere il risarcimento per i danni subiti e ad ottenerne il ristoro avvalendosi di un sistema le cui regole si siano consapevolmente e deliberatamente violate.

Un sistema ad ampia diffusione e ad intensa ricaduta sociale che ne ha fatto, assieme a quello di protezione contro gli infortuni sul lavoro, uno dei due pilastri sui quali si è fondata la rete di sicurezza sociale contro gli eventi avversi di più frequente accadimento; sistema non a caso improntato, già 50 anni orsono, alla logica dell'obbligatorietà. Obbligatorietà che opera peraltro in senso biunivoco, sia a carico del proprietario del mezzo che a carico delle Compagnie cui è imposto *ex lege* l'obbligo di contrarre.

Gli oneri economici sono interamente a carico della collettività degli assicurati e costituiscono una voce tutt'altro che irrilevante dei bilanci familiari specie ove si consideri che, secondo una recente statistica, l'Italia sarebbe il Paese in Europa con il più alto numero di veicoli per abitante.

Tale è l'impatto socio economico dei costi assicurativi in un sistema di assicurazione obbligatoria che al fine di mitigarlo vengono persino compressi interessi di primario rilievo costituzionale; non a caso la Consulta, in una pronunzia di qualche anno orsono, nell'affermare la legittimità costituzionale del metodo tabellare di quantificazione del danno biologico previsto per i sinistri stradali dall'art. 139 cod. ass., ebbe a sostenere che

l'altra, essendosi ormai consolidata la prassi giurisprudenziale di rigettare l'intervento in causa della Compagnia mandataria (quella cioè che garantisce la vettura attorea), con conseguente estromissione di quest'ultima dal giudizio.

⁵ Trib. Napoli 17 giugno 2019, n. 6182, inedita.



*in un sistema di assicurazione obbligatoria della r.c. l'interesse risarcitorio del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi*⁶.

Nessuno scandalo, dunque, se il principio di integrale riparazione del danno venga ad essere parzialmente sacrificato, risultando la tutela attenuata o incompleta del danneggiato sotto il profilo del quantum in qualche modo compensata dalla sicurezza, sotto il profilo dell'*an*, offerta dall'esistenza di una assicurazione.

2. – Orbene, all'equilibrio sempre instabile e precario di questo delicatissimo sistema di protezione sociale (benché affidato integralmente ad una gestione di stampo privatistico, seppur sottoposta a penetranti controlli da parte dell'organismo pubblico di sorveglianza) la circolazione illegale arreca un doppio vulnus.

Da un lato quando il veicolo non assicurato viene coinvolto in un sinistro in qualità di danneggiante, con lo scarico del costo relativo al risarcimento sul Fondo (fatta salva la facoltà di rivalsa di quest'ultimo nei confronti del responsabile⁷, ove identificato, destinata tuttavia in numerosi casi a rivelarsi del tutto infruttuosa); dall'altro quando il danno subito dal proprietario o dal conducente o dal trasportato sul veicolo sprovvisto di assicurazione viene ad essere risarcito dalla Compagnia dell'altro veicolo coinvolto.

Se nel primo caso meritano prevalenza le ragioni di tutela delle ignare ed incolpevoli vittime (e d'altronde è proprio per assicurare comunque un ristoro alle vittime che l'istituzione del Fondo è stata concepita e realizzata) assai più dubbio è che ciò debba avvenire a beneficio di un soggetto che si è esposto al rischio ed ha subito un danno per effetto di un comportamento illegale.

Che si tratti di un comportamento illegale pare difficile revocarlo in dubbio.

L'art 193 cod. della strada recita testualmente che "I veicoli a motore senza guida di rotaie, compresi i filoveicoli e i rimorchi, non possono essere posti in circolazione sulla strada senza la copertura assicurativa a norma delle vigenti disposizioni di legge sulla re-

⁶ Corte Cost. 16 ottobre 2014, n. 235, in *Danno e resp.*, 2014, 1021, con nota di A. FRIGERIO, *La legittimità costituzionale dell'art. 139 cod. ass. e in Resp. civ. prev.*, 2014, 1834, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno da micropermanenti: la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la funzione della responsabilità civile ed una condivisibile concretizzazione del principio di irrisarcibilità del danno non eccedente il livello della tollerabilità*.

⁷ Va peraltro osservato che la grande maggioranza dei sinistri causati da veicoli non identificati sono in realtà da ascrivere a veicoli non assicurati, costituendo la mancanza di copertura assicurativa una delle cause principali che inducono il responsabile a sottrarsi all'identificazione.



sponsabilità civile verso terzi”. Si prescrive inoltre altresì la sanzione pecuniaria (Comma II) e si prevede (IV comma) che “L’organo accertatore ordina che la circolazione sulla strada del veicolo sia fatta immediatamente cessare e che il veicolo stesso sia in ogni caso prelevato, trasportato e depositato in luogo non soggetto a pubblico passaggio, individuato in via ordinaria dall’organo accertatore o, in caso di particolari condizioni, concordato con il trasgressore.”.

La circolazione è dunque indiscutibilmente *contra legem* e costituisce l’antecedente logico e fattuale senza il quale il danno lamentato mai avrebbe potuto verificarsi.

È ben consolidata in giurisprudenza l’opinione secondo cui il danneggiato che abbia omissso l’utilizzo dei prescritti presidi protettivi non spetti il risarcimento dei danni che si sarebbero impediti con il regolare utilizzo dei presidi stessi.

È il caso del motociclista che non utilizzi il casco protettivo o che indossi un casco non omologato⁸, o del conducente o del passeggero di un veicolo che non indossi la cintura di sicurezza, concorrendo in questo secondo caso la responsabilità del trasportato con quella del conducente, tenuto per legge a far rispettare ai passeggeri l’obbligo di far uso delle cinture⁹.

È stato altresì valutato in termini di concorso di colpa il comportamento del trasportato il quale abbia deciso di salire assieme al figlio minore su un ciclomotore guidato da un terzo, con ciò accettando scientemente l’esposizione al pericolo derivante dal viaggiare in condizioni di insicurezza¹⁰.

In realtà, l’inquadramento del comportamento di chi violi consapevolmente una norma imposta dal codice della strada in termini di coefficiente causale (e quindi in termini di concorso) non appare affatto convincente; è facile, infatti, osservare, ad esempio, che il passeggero, vittima di un tamponamento da parte di altra vettura, non avrebbe affatto subito la rottura degli incisivi per effetto dell’urto contro il cruscotto, se avesse fatto regolare uso delle cinture.

La violazione della norma da parte del trasportato costituisce di per sé sola la *conditio*

⁸ Cass. 30 luglio 2019, n. 20558; Cass. 6 maggio 2016, n. 9241, in *Banca dati Pluris*; Cass. 30 dicembre 2010, n. 26568, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 1, 456 ss., con nota di V. CUGNO GARRANO, *Omissso uso del casco protettivo e corresponsabilità del motociclista vittima del sinistro stradale*.

⁹ Cass. 30 gennaio 2019, n. 2531, in *Jus civile*, con nota di C. LEGGIERI, *Concorso di colpa del conducente per il mancato utilizzo delle cinture di sicurezza da parte del terzo trasportato: una nuova figura di responsabilità oggettiva per il trasporto amichevole?*; Cass. 27 marzo 2019, n. 8443, in *Banca dati Pluris*.

¹⁰ Cass. 13 maggio 2011, n. 10526, in *Danno e resp.*, 2012, 34, con nota di A.P. BENEDETTI, *Circolazione di un motoveicolo in condizioni insicure e condotta del danneggiato, tra assunzione del rischio e concorso di colpa*.



sine qua non dell'evento dannoso, che certamente non avrebbe potuto verificarsi ove la norma fosse stata regolarmente osservata.

Se, sotto il profilo dell'efficienza materiale, il comportamento del danneggiato può essere valutato come concausa del fatto dannoso assieme al comportamento del responsabile del sinistro, sotto il profilo della causalità giuridica esso si rivela in realtà la causa esclusiva dell'evento lesivo in concreto verificatosi, il quale, nonostante l'illecita condotta altrui, non si sarebbe mai prodotto senza l'omissione del danneggiato.

Analogamente, il proprietario del veicolo non assicurato non avrebbe potuto subire il danno se non avesse posto in circolazione il veicolo nonostante l'espreso divieto di legge.

Né è fondata l'obiezione secondo cui nei casi sopra esaminati l'omissione spiegherebbe diretta efficienza causale sull'evento dannoso, mentre nel caso del sinistro che veda incolpevolmente coinvolto il proprietario di un veicolo non assicurato il fatto sarebbe integralmente riconducibile alla condotta di guida del terzo.

Più volte la Giurisprudenza ha avuto modo di osservare come “il concorso colposo del danneggiato, che comporta ex art. 1227 c.c., comma 1, la conseguente e proporzionale riduzione della responsabilità del danneggiarne è configurabile non solamente in caso di cooperazione attiva del danneggiato nel fatto dannoso posto in essere dal danneggiante ma in tutti i casi in cui il danneggiato si esponga volontariamente ad un rischio superiore alla norma, in violazione di norme giuridiche o di regole comportamentali di prudenza avvertite come vincolanti dalla coscienza sociale del suo tempo, con una condotta (attiva o omissiva che sia) che si inserisca come antecedente causale necessario nel processo causale che culmina con il danno da lui subito. Deve ritenersi, sulla base delle considerazioni che seguono, che anche la mera consapevolezza da parte di un soggetto di porsi in una situazione da cui consegua una più o meno elevata probabilità che si produca a suo danno un evento pregiudizievole – ovvero l'esposizione volontaria al rischio –, a cui non sia collegata alcuna azione o omissione di un comportamento avente un diretto apporto causale rispetto al verificarsi del sinistro, possa integrare una corresponsabilità del danneggiato¹¹.

Ed inoltre che: “Il fatto colposo del danneggiato, rilevante ai sensi dell'art. 1227 c.c., primo comma, può consistere anche in un comportamento antecedente al fatto illecito, purché legato da nesso eziologico con l'evento medesimo”¹².

¹¹ Cass 26 maggio 2014, n. 11698, in *Banca dati Pluris*, fattispecie in cui si verteva su un danno subito da un soggetto che aveva partecipato come passeggero ad una gara automobilistica clandestina.

¹² Cass. 15 marzo 2006, n. 5677, in *Danno e resp.*, 2007, 391, con nota di A.P. BENEDETTI, *Responsabilità della banca per pagamento a soggetto non legittimato*.



La posizione del proprietario di un veicolo circolante illegalmente che invochi il risarcimento del danno subito appare, dunque, immeritevole di tutela alla luce di una lettura complessiva delle norme che regolano la circolazione stradale e in evidente contrasto con i doveri di solidarietà economica e sociale contemplati dall'art. 2 Cost., più volte e sempre più frequentemente evocato in ambito contrattuale ma innervante anche il sistema dell'illecito extracontrattuale.

3. – Per quanto attiene alla posizione del conducente e dei trasportati, valore dirimente assume, a mio modo di vedere, la circostanza della consapevolezza o meno della circolazione illegale del veicolo.

La possibilità di negare un risarcimento ai soggetti trasportati consapevoli della circolazione illegale è peraltro espressamente prevista dall'art. 283, II comma, cod. ass., nel caso di circolazione contro la volontà del proprietario, quindi sostanzialmente in caso di furto del veicolo.

La formulazione della nuova norma appare estremamente significativa al fine di supportare l'analogia qui suggerita tra circolazione su un veicolo marciante *prohibente domino*, e circolazione su veicolo non assicurato.

Nel sistema previgente all'introduzione del Codice delle Assicurazioni, regolato dalla l. 24.12.1969 n. 990, come è noto, dei danni causati dal veicolo rubato rispondeva comunque l'assicurazione del veicolo stesso, pur escludendosi dal novero dei soggetti risarcibili i trasportati che non fossero tali contro la propria volontà.

Il già richiamato art. 283 cod. ass. attualmente in vigore pone invece l'onere risarcitorio a carico del Fondo, come previsto per i danni causati dal veicolo non assicurato, ed estende il diritto al risarcimento ai trasportati consenzienti, purché, per condizione espressa, inconsapevoli della circolazione illegale, consapevolezza la quale era invece da considerarsi irrilevante nel sistema della L. 990/69¹³.

La legittimazione passiva del fondo costituisce dunque un ulteriore elemento di similitudine tra le due fattispecie di circolazione illegale – qualificabile come tale in un caso per violazione di una norma penale e nel secondo caso per violazione di una norma am-

¹³ Cfr. Cass. 23 ottobre 2012, n. 18159, in *Giur. it.*, 2013, 1297 ss.; Corte Cost., 24 novembre 2010, n. 336, in *Banca dati Pluris*, la quale ebbe a dichiarare manifestamente infondata la questione di costituzionalità sollevata in riferimento al diverso trattamento normativo riservato all'ipotesi del danno subito dal terzo trasportato contro la propria volontà e quella del danno subito dal trasportato inconsapevole della illecita circolazione del veicolo a bordo del quale viaggiava.



ministrativa – assimilabili, secondo l'interpretazione qui suggerita, quanto alla posizione dei terzi trasportati, il cui diritto al risarcimento resta condizionato in entrambe le fattispecie alla inconsapevolezza dell'illegalità della circolazione.

4. – Più volte si è posta in giurisprudenza la questione della individuazione della parte su cui gravi l'onere probatorio di dimostrare la consapevolezza o meno del trasportato su veicolo rubato della provenienza illegale del mezzo, ed essa è stata sino ad oggi costantemente risolta nel senso di addebitare tale onere al danneggiato, interpretandosi l'ignoranza dell'illegalità come un fatto costitutivo della fattispecie risarcitoria la cui prova, in conformità al principio di cui all'art. 2697 c.c., è a carico dell'attore.

Analogo problema si propone anche nel caso di circolazione su veicolo privo di copertura, una volta abbracciata l'opzione interpretativa, qui suggerita, secondo cui anche in questa ipotesi il risarcimento dei danni subiti spetti solo al trasportato inconsapevole.

In questo secondo caso, non esistendo una regola scritta che espressamente escluda il conducente o il trasportato su veicolo non assicurato dal diritto al risarcimento del danno, ma pervenendosi a tale risultato in via interpretativa ed analogica, pare più corretto qualificare la consapevolezza della circolazione illegale come fatto impeditivo della pretesa e dunque addebitare il relativo onere probatorio al Fondo garanzia vittime della strada, che potrà assolverlo anche mediante il ricorso a presunzioni.

Presunzione praticamente assoluta nel caso del proprietario il quale, in quanto soggetto tenuto *ex lege* a stipulare il contratto assicurativo, difficilmente potrà eccepire la non conoscenza della mancata copertura, se non nella ipotesi estrema in cui abbia incolpevolmente contratto una polizza falsa.

Presunzione che potrà certamente essere invocata in numerosi casi anche riguardo al conducente, specie se abituale o frequente del veicolo, e/o in rapporti di stretta parentela o familiarità col proprietario.

Presunzione che invece più difficilmente potrà operare nei confronti dei terzi trasportati dai quali non può certamente pretendersi che essi acquisiscano una preventiva informazione circa la regolare copertura assicurativa del veicolo sul quale si trovino, magari occasionalmente, a viaggiare.

In questo caso direi anzi che – seppure dovesse ritenersi, diversamente da quanto qui prospettato, gravare su di essi, analogamente a quanto previsto in caso di circolazione

JUS CIVILE



prohibente domino, la prova dell'ignoranza della circolazione illegale – debba operare a loro vantaggio la presunzione di non conoscenza, spettando dunque, tranne in casi del tutto eccezionali, al Fondo garanzia vittime della strada convenuto in giudizio offrire la prova dello stato di consapevolezza del trasportato.



JORGE RODRÍGUEZ RUSSO

Profesor Agregado de Derecho Privado – Universidad de la República (Uruguay)

LOS ALCANCES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y LA CADUCIDAD DE LOS DERECHOS, CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO CIVIL URUGUAYO

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Las fronteras entre prescripción extintiva y caducidad de los derechos. – 3. Modernas tendencias en la regulación de la prescripción extintiva. – 4. Los sistemas de regulación de la caducidad en el Derecho comparado. – 5. Alcance de la autonomía privada en materia de prescripción extintiva. – 5.1. El ámbito de la prescriptibilidad. – 5.2. Renuncia a la prescripción extintiva. – 5.2.1. Renuncia anticipada. – 5.2.2. Renuncia a la prescripción en curso. – 5.2.3. Renuncia a la prescripción consumada o ganada. – 5.2.4. Renuncia sucesiva a la declaración de prescripción. – 5.3. Reconocimiento durante el curso de la prescripción y luego de consumada. – 5.4. Modificación convencional de los plazos legales de prescripción. – 5.4.1. Pactos de abreviación. – 5.4.2. Pactos de ampliación. – 5.5. Suspensión convencional del curso de la prescripción extintiva. – 6. Alcance de la autonomía privada en materia de caducidad de los derechos. – 6.1. Caducidad convencional. – 6.1.1. Procedencia. – 6.1.2. Limitaciones según la naturaleza de los derechos y la extensión de la alteración de los plazos de origen legal. – 6.1.3. Caducidad convencional y pactos de abreviación de la prescripción extintiva. – 6.2. Renuncia a la caducidad. – 6.2.1. Renuncia anticipada. – 6.2.2. Renuncia a la caducidad en curso. – 6.2.3. Renuncia a la caducidad consumada. – 6.3. Reconocimiento. – 6.3.1. Reconocimiento impeditivo de la caducidad. – 6.3.2. Reconocimiento del derecho luego de operada la caducidad. – 6.4. Suspensión convencional de los plazos de caducidad. – 7. Consideraciones finales.

1. – Los institutos de la prescripción extintiva y la caducidad presentan una enorme trascendencia jurídica, tanto a nivel teórico como pragmático.

La regulación en los Códigos Civiles revela un panorama bastante disímil en lo que respecta a su ubicación sistemática y en los aspectos sustantivos, producto de la fase histórica de desarrollo y de las concepciones reinantes.

Los Códigos decimonónicos han disciplinado con más o menos extensión a la prescripción extintiva – de regla en forma conjunta con la usucapión – pero carecen de una normativa para la caducidad, cuya elaboración y desarrollo se produce recién en la segunda mitad del siglo¹.

¹ La distinción entre ambas instituciones fue desconocida en el Derecho romano, aunque se encuentran



El Código Civil uruguayo de 1868 regula en forma orgánica – aunque bastante deficiente – a la prescripción, no así a la caducidad, lo que no ha sido obstáculo para que la doctrina y la jurisprudencia trazara las características centrales de esta última institución y esbozara las notas distintivas con la prescripción liberatoria, aunque con poca atención al espacio que le cabe a la voluntad de los particulares en la construcción de la disciplina.

En ese contexto resulta relevante indagar cuáles son los límites y alcances de la autonomía privada², principio estructural básico del sistema de relaciones sociales, que más allá de todos los anuncios de debilitamiento y crisis en la realidad contemporánea, sigue siendo un instrumento fundamental para la autorregulación de los intereses de los particulares³.

Como expresa Scognamiglio, en las relaciones sociales y económicas la posibilidad de disponer de los propios intereses representa un momento esencial de la misma libertad de la persona, que constituye un “valor irrenunciable de la civilidad humana”⁴.

Previo al examen del tema es conducente un somero abordaje de los fundamentos y características centrales de ambas instituciones, en la medida que existen importantes divergencias doctrinarias y confluyen además modernas tendencias en su regulación, como se comprueba con el análisis de los distintos sistemas jurídicos en el Derecho comparado.

antecedentes de la caducidad en las Leyes Caducarias (*Lex Julia de Maritandis Ordinibus* del año 736 y *Lex Papia Poppaea* del año 762), sancionadas durante el gobierno de Augusto en el marco de la llamada Reforma Social planificada, que establecieron la pérdida del *ius capiendi* para quienes no contrajeran matrimonio en determinados plazos, de manera que su parte en el testamento era considerada *bona caduca* y pasaba a otros herederos o al propio tesoro público.

²Hemos examinado el tema en anteriores trabajos publicados en el Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomos XXXVII (2007) y XXXVIII (2008) y en nuestra obra *Prescripción Extintiva y Caducidad en el Derecho Civil*, Fcu, Montevideo, 2010, 199 y ss., cuyas ideas son recogidas y ampliadas en el presente artículo.

³También el negocio jurídico, máxima expresión de la autonomía privada, ha sido objeto de cuestionamientos, con severas críticas de orden ideológico. Ahora bien, como advierte G. BENEDETTI, “*Negozio giuridico e iniziativa economica privata*”, *Riv. Dir. Civ.*, N° 5, 1990, 574 ss., el negocio jurídico como pura categoría lógica es un arquetipo, una forma metahistórica, que no debe ser confundido con el negocio como figura general históricamente condicionada por institutos positivos. G. B. FERRI destaca que el mismo, con todas las reservas que han sido formuladas, ha sabido desenvolver eficazmente una función de centro, de sistema de referencia ordenado y ordenante, en torno al cual se componen las acciones de los individuos (“*Attività negoziale in genere*”, in *Lezioni di Diritto Civile*, Esi, Napoli 1993, 175; “*Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi?*”, *Riv. Dir. Comm.*, 9-12, 1988, 429).

⁴R. SCOGNAMIGLIO, “*Negozio Giuridico. I) Profili Generali*”, en *Enc. Giur. Treccani*, T. XX, 1990, N° 2.4, 8.



2. – La doctrina⁵ no ha dejado de reconocer que es un punto difícil y controvertido trazar diferencias conceptuales entre ambos institutos, ni han faltado autores que niegan toda utilidad práctica⁶ o controvierten la propia existencia de criterios precisos para formular la distinción⁷.

Advierte Bigiavi⁸ que es una vana fatiga querer establecer *a priori* y en abstracto cuáles plazos son de caducidad y cuáles de prescripción, pues ello depende en definitiva de la propia reglamentación legislativa, por lo que la distinción sólo puede formularse *a posteriori*, y para resolver los casos dudosos habrá que investigar la *mens legis*. Estas dificultades responden a que la doctrina ha estado siempre más preocupada de ver cómo se distingue de la prescripción, que de establecer realmente qué es la caducidad⁹.

Es cierto que existe entre ambas una evidente afinidad, puesto que aparecen como vicisitudes extintivas de situaciones jurídicas activas, conexas con el transcurso del tiempo y determinadas por la inactividad lícita del sujeto¹⁰. Pero difieren en cuanto a su fundamento y a su función¹¹. La prescripción se inspira en la idea de que un derecho que no ha sido ejercido no puede permanecer con vida indefinidamente, sea porque su no ejercicio produce incertidumbre y suspensión de relaciones, sea porque es inconveniente dejar subsistir un derecho inactivo, mientras que la caducidad responde al concepto de que ciertos derechos, por razones de buen orden, deben ser ejercitados en un breve tiempo,

⁵ F. SANTORO PASSARELLI, “*Prescrizione e decadenza*”, Riv. Dir. Civ., Nov.-Dic. 1926, 557. F. ROSELLI, Voz “*Decadenza. I) Diritto Civile*”, Enc. Giur. Treccani, T. X, Roma 1988, 2 y ss. D. BARBERO, *Sistema de Derecho Privado*, T. I, Buenos Aires, 1967, 372. A. DE COSSÍO, *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. 1, Madrid, 1979, 195.

⁶ Así, G. BAUDRY-LACANTINERIE– A. TISSIER, *Della Prescrizione*, en *Trattato teorico-pratico di Diritto Civile*, 3ª edición, Milano, 1908, 32 y ss., Ns. 36-40.

⁷ TOESCA DI CASTELLAZZO, “*Valore delle clausole contrattuali di richiamo di legge abrogate e criteri differenziali fra prescrizione e decadenza*”, Giur. Ital., Vol. LXI, Torino, 1909, 1029 y ss., en especial N° 6, 1033. Según el autor no hay ninguna sustancial diferencia, ninguna fundamental razón para distinguir.

⁸ W. BIGIAVI, Recensión a la obra de Enrico GIUSIANA, *Decadenza e prescrizione*, Torino, 1943, en Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., Milano, 1947, 128-129. En similares términos R. CALVO– A. CIATTI, *Diritto Privato*, Zanichelli, Bologna, 2013, 47, expresan que es imposible en el plano ontológico una distinción entre prescripción y caducidad, por lo que el intérprete debe atender a la propia expresión literal del enunciado y cuando la norma nada dice, acudir a la disciplina dictada.

⁹ A. ROMANO, “*Note in tema di decadenza*”, Riv. Trim. Dir. e Pro. Civ., Milano, 1964, 171.

¹⁰ R. FERRUCCI, “*Prescrizione estintiva (Diritto Civile)*”, Nov. Dig. Ital., T. XIII, Torino, 1966, 643.

¹¹ Cfme. E. GROPALLO, Voz “*Prescrizione Civile*”, Nuovo Dig. Ital., Vol. XVII, Torino, 1939, 220. Para B. GRASSO, “*Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*”, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., Anno XXIV, Milano, 1970, 890 y 892, es imposible individualizar una diversidad funcional, porque existe una unidad conceptual entre ambas, siendo dos modos de ser del mismo fenómeno extintivo y liberatorio.



por exigencias del comercio, del movimiento de la vida jurídica, de la rapidez de los procedimientos¹².

La caducidad tiene en común con la prescripción extintiva el elemento positivo del transcurso del tiempo, pero a diferencia de ésta¹³ provoca automáticamente la extinción del derecho. Hay en ella una carga cuyo ejercicio tempestivo se incorpora a la propia entidad e identidad del derecho como presupuesto legal e inexorable de su efectividad¹⁴. Como tal es un hecho simple e instantáneo que se reduce a un solo elemento temporal, que fija la duración de la existencia del derecho¹⁵.

Para Santoro Passarelli la prescripción extintiva se basa en el dato *subjetivo* de la inercia del sujeto activo de la relación, siendo su razón no tanto la exigencia de certeza de las relaciones jurídicas, sino la oportunidad de la adecuación de la situación de derecho a la situación de hecho. La caducidad, en cambio, no depende de la inercia del titular, sino del hecho *objetivo* de la falta de ejercicio del derecho en el tiempo establecido, inspirada en la exigencia de limitar en el tiempo el ejercicio de un derecho¹⁶. En la primera el tiempo actúa como *duración*, pues las consecuencias derivan de la inercia que se prolonga un cierto tiempo; en la segunda, en cambio, actúa como *distancia*, en la medida en que el acto debe ejercerse dentro de un determinado lapso¹⁷.

¹² GROPALLO, 220. M. ARGANARÁS, *La prescripción extintiva*, Buenos Aires, 1966, 315-316.

¹³ Donde el efecto extintivo no acaece en forma automática, sino por la intermediación necesaria del ejercicio del poder reservado al interesado en atribuir relevancia al hecho extintivo prescripción (Cfme. A. PROTO PISANI, “*Appunti sulla tutela c.d.costitutiva*”, Riv. Dir. Processuale, Vol. XLVI, N° 2, Cedam, Padova, 1991, 75).

¹⁴ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *La suspensión de la prescripción en el Código Civil español. Estudio crítico de la legalidad vigente*, Dykinson, Madrid, 2002, 220.

¹⁵ M. BANDRAC, “*Les tendances récentes de la prescription extinctive en Droit français*”, Revue Internationale de Droit Comparé, N° 2, París, 1994, 371.

¹⁶ SANTORO PASSARELLI, *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, Madrid, 1964, 125 y 135; “*Prescrizione e decadenza*”, 562. En similares términos en cuanto al hecho subjetivo u objetivo: B. CARAVITA DI TORITTO, “*La prescrizione e la decadenza*”, Giur. Ital., Vol. XCIV, 1942, 305. V. TEDESCHI, voz “*Decadenza*”, Encic. del Dir., Vol. XI, Milano, 1962, 777. N. COVIELLO, *Doctrina General del Derecho Civil*, México, 1938, 520-521. DE COSSÍO, 196. GROPALLO, 222. A. TRABUCCHI, *Instituciones de Derecho Civil*, T. 1, Madrid, 1967, 137 y 142. BARBERO, 372 y 373. J.L. LACRUZ BERDEJO *et. al.*, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General*, Vol. 3, 3ª edición, Madrid, 2005, 354.

¹⁷ TEDESCHI, “*Prescrizione estintiva e decadenza*”, Riv. Trim. Dir.e Proc. Civ., T. 1, Milano, 1942, 57; “*Ancora sulla distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*”, Il Foro Civile, 1950, 243. A. MAGAZZÙ, “*Decadenza (Diritto Civile)*”, Nov. Dig. Ital., T. V, Torino, 1960, 236. TRABUCCHI, 142-143. F. CARNELUTTI, *Teoría General del Derecho*, Madrid, 1955, 432.



Según Pugliese¹⁸ la desemejanza se debe a la diversidad de relaciones sobre las cuales operan y de la consiguiente antítesis del efecto extintivo, siendo la prescripción la definitiva e intangible consolidación de un estado de hecho, en cuyo goce se encuentra una persona, en desacuerdo con el derecho de que otro está investido; la caducidad no supone un estado de hecho en contradicción con el orden jurídico, sino una situación de derecho existente que puede ser impugnada si dentro del término y en el modo que la ley establece se desarrolla la acción que tiene por fin su alteración.

En la prescripción extintiva el efecto se produce cuando los derechos permanecen inactivos e irreconocidos¹⁹, existiendo lo que se ha denominado “*silencio de la relación jurídica*”²⁰. Se funda en la necesidad de poner término a las situaciones de incertidumbre en el ejercicio de los derechos, en tanto la justificación de la caducidad está en la naturaleza misma del derecho, que tiene una duración prefijada y que responde a la exigencia de dar seguridad al tráfico jurídico²¹.

Los principales criterios de distinción se pueden sistematizar en tres grandes direcciones: 1) criterio *teleológico sustancial*, basado en la finalidad de cada instituto; 2) criterio *teleológico formal*, inspirado en la eficacia meramente jurídica de las dos instituciones; 3) criterio de la *diversidad de las situaciones jurídicas involucradas*, según se trate de un derecho subjetivo o de un poder jurídico²².

En la doctrina nacional señala Gamarra²³ que para diferenciar tales institutos el punto de partida ha de ser la consideración del *criterio funcional*, dado que en el plano estructural coinciden, en tanto en ambos tiene lugar la pérdida de un derecho por el no ejercicio del mismo dentro del plazo, siendo las diferencias normativas una consecuencia.

En la caducidad hay una exigencia de certeza tan categórica que ha sido tutelada con independencia de la posibilidad de actuar del sujeto interesado²⁴. Su función de limitar

¹⁸ G. PUGLIESE, *La prescrizione nel Diritto Civile. II. La prescrizione estintiva*, 4ª edición, Torino, 1924, 304-305.

¹⁹ M. ALBALADEJO, *La prescripción extintiva*, 2ª edición, Madrid, 2004, 16 y 17.

²⁰ L. ALAS – N. DE BUEN – E. RAMOS, *De la prescripción extintiva*, Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1918, 51.

²¹ J. PUIG BRUTAU, *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, 3ª edición, Barcelona, 1996, 32, 39 y 40. J. IRURETA GOYENA (h), dice que en la caducidad el derecho mismo es de existencia temporaria; el no durar más de cierto lapso ha sido condición de su concesión por la ley (“*Diferencias entre prescripción y caducidad*”, *Revista de Derecho Público y Privado*, N° 89, Montevideo, 1945, 259).

²² ROSELLI, 2. FERRUCCI, 643-644.

²³ J. GAMARRA, “*Consideraciones sobre la naturaleza del plazo otorgado para reclamar la nulidad relativa. ¿Prescripción o caducidad?*”, ADCU, T. XV, Montevideo, 1985, 113.

²⁴ BARBERO, 373.



temporalmente la posibilidad de crear una modificación jurídica obedece a una exigencia de certeza del derecho, de estabilidad de las situaciones jurídicas, para tutelar un interés externo a la esfera del titular del derecho²⁵.

En su configuración dogmática admite variantes, individualizándose dos formas de caducidad. Por un lado, derechos que ya al nacer les es concedida una duración limitada, de manera que al vencer el plazo se extinguen (*caducidad impropia*); la causa de extinción está en ellos mismos, es intrínseca, radica en su propia limitación temporal y con mayor propiedad debería llamarse *temporalidad* como dice Santoro Passarelli²⁶. El derecho deja de existir porque ya nació con un tiempo limitado, como acontece con el derecho de hipoteca y el de usufructo. Por el otro, derechos en los que tiene influencia la conducta del titular y que admiten un solo acto de ejercicio (*caducidad propia o típica*), como sucede en nuestro Código Civil con la caducidad en el saneamiento por vicios ocultos (artículo 1726) o en la acción pauliana (artículo 1296). Pero existe también una caducidad a título de *pena*, que nada tiene que ver con la inobservancia de un término para el ejercicio de un derecho, siendo más bien una sanción por un comportamiento en discordancia a normas imperativas²⁷.

A su vez, pueden individualizarse dos categorías diversas de términos de caducidad: en algunos casos la ley exige que dentro de los mismos se cumpla con un acto de ejercicio del derecho; en otros se impone la realización de un acto diverso, al requerirse como condición para el ejercicio de una acción que dentro de un breve término sean realizados determinados actos conservatorios (denuncia, intimación, etc.)²⁸. Distinción ésta que es útil para poder identificar la naturaleza del plazo cuando la ley lo establece sin definirlo como de caducidad o de prescripción; así, si lo que debe cumplirse dentro del término no es un acto de ejercicio del derecho, se estará en presencia de un plazo de caducidad, puesto que la prescripción extintiva siempre refiere a la falta de ejercicio de un derecho²⁹.

²⁵ MAGAZZÙ, 234.

²⁶ “*Prescrizione e decadenza*”, 561.

²⁷ F. MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. II, Buenos Aires, 1979, 79. FERRUCCI, 643, nota 2. MAGAZZÙ, 232. ROSELLI, 1. G. PELLIZZI, “*In margine al problema della decadenza*”, *Giur. Ital.*, Vol. CIX, Torino, 1957, 41. Para la caducidad como pena véase SALLÉ DE LA MARNIERRE, “*La déchéance comme mode d’extinction d’un droit (Essai de terminologie juridique)*”, *Rev. Trim. de Droit Civil*, T. XXXII, París, 1933, 1037 y ss. A. ROUAST, “*Déchéances protectrices et déchéances répressives dans le Droit des successions*”, *Rev. Trim. de Droit Civil*, París, 1952, 1-16.

²⁸ Cfme. GROPALLO, 220. PUGLIESE, 310-311. PELLIZZI, 38, 39 y 41. MAGAZZÙ, 235. E. ISLER SOTO, *Prescripción extintiva en el Derecho del Consumo*, Rubicón, Santiago de Chile, 2017, 66 y ss.

²⁹ MAGAZZÙ, 235, nota 12. PELLIZZI, 43.



En definitiva, la caducidad típica comporta la extinción automática de un derecho, dispuesta por su falta de ejercicio *dentro* de un término dado, a fin de que el mismo tenga lugar en el tiempo prefijado³⁰. La prescripción, en cambio, extingue la acción³¹ y debe ser judicialmente declarada, dejando subsistente una obligación natural en el caso de los derechos creditorios³².

3. – Destaca Rivero Hernández³³ que en las últimas décadas ha aumentado el interés por la prescripción en el mundo jurídico occidental, tanto en el ámbito doctrinario, con una importante eclosión de estudios sobre la materia, como en el plano legislativo, con reformas significativas y nuevas normaciones de la institución, entre las que se destacan la de los Códigos Civiles holandés (1992), belga (1998), quebequés (1994) y la reforma del BGB con la entrada en vigencia el 1º de enero de 2002 de la ley de Modernización del Derecho de Obligaciones (*Gesetz zur modernisierung des Schuldrechts*, del 26 de noviembre de 2001). Al mismo tiempo, en otros sistemas jurídicos, como el norteamericano, se ha incorporado por vía jurisprudencial una nueva interpretación de las normas sobre prescripción extintiva, creando nuevos principios en su aplicación, como la “*delayed discovery doctrine*”, que retrasa el inicio de los plazos al momento en que el reclamante conoce o pudo conocer los hechos constitutivos de su pretensión. A ello se suma el hecho que la prescripción extintiva ha sido objeto de tratamiento en Congresos internacionales y de trabajos prelegislativos de corte transnacional, como los de la Comisión para el Derecho Contractual Europeo (Comisión Landö), que en sus sesiones de Copenhague (2001) ha propuesto unos principios de un Derecho europeo de la prescripción. Todo lo cual –indica el doctrinario español– es revelador de la inquietud y preocupación por la prescripción en ámbitos espaciales y jurídicos muy diversos, consecuencia de su importancia práctica, de la necesidad de una impostergable puesta al día en diversos aspectos, y, sobre todo, de cierta coordinación de las legislaciones nacionales en un mundo cada día más interrelacionado.

³⁰ Cfme. TEDESCHI, “*Decadenza*”, 773; “*Prescrizione estintiva e decadenza*”, 56 y 57; “*Ancora sulla distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*”, 243.

³¹ Extremo controvertido, al punto que para algunos autores no extingue ni el derecho, ni la acción. Así, ALBALADEJO, *Ob. Cit.*, 12, 17, 18, 21, 38, 304 y 308, quien señala que el derecho solo se debilita, dejándolo a la buena voluntad del obligado. Nuestro Código Civil dice que lo que se “pierde” es la acción (artículo 1188).

³² Para un mayor desarrollo J. RODRÍGUEZ RUSSO, *Prescripción extintiva y caducidad en el Derecho Civil*, 35 y ss.

³³ RIVERO HERNÁNDEZ, *Ob. Cit.*, 17 y ss.



La reforma alemana de 2001³⁴ ha significado una labor de recodificación del Derecho Privado con miras puestas en la unificación, teniendo en cuenta los Principios de Derecho Contractual Europeo, los Principios de Unidroit y la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías del 11 de abril de 1980³⁵, Convención que según Díez-Picazo supuso “una muy fuerte modificación de nuestros esquemas mentales en el antes plácido Derecho de Obligaciones y Contratos” y que “removió muy profundamente sus aguas”, aportando por primera vez una feliz fusión de esquemas que procedían del Common Law y otros que provenían del Derecho Europeo Continental³⁶.

La sustancial reforma llevada a cabo por la referida Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania, que según palabras de la Ministra de Justicia en funciones en 2001, Herta Däubler-Gmelin, constituiría “una nueva etapa en el camino de un Código Civil europeo”³⁷, comportó en materia de prescripción extintiva una drástica reducción y simplificación de los plazos, incorporando un sistema mixto (subjetivo y objetivo) de cómputo, con un período ordinario y varios períodos máximos. En tal sentido el artículo 195 dispone que el período ordinario de prescripción es de tres años, regla que se aplica a cualquier tipo de acción, sean de origen legal, contractual o delictual³⁸, siendo su cómputo subjetivo (artículo 199-I): comienza a contarse el plazo a la terminación del año en el cual ha nacido la pretensión y el acreedor adquiere conocimiento, o debiera adquirirlo sin culpa grave, de las circunstancias que sirven de fundamento a la pretensión

³⁴ Sobre el punto más ampliamente: R. ZIMMERMANN, *El nuevo Derecho alemán de Obligaciones*, Bosch, Barcelona, 2008, 139 y ss. A. CAÑIZARES LASO, “La prescripción en el BGB después de la reforma del Derecho de las Obligaciones”, Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, Vol. 1, Civitas, Madrid, 2003, 409-411. K.H. ALBIEZ DOHRMANN, “La Modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho Privado”, Revista de Derecho Privado, Nº 3, Madrid, 2002, 189. F. INFANTE RUIZ, “Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de Obligaciones: la necesitada modernización del Derecho de Obligaciones y la Gran Solución”, Revista de Derecho Patrimonial, Nº 8, Madrid, 2002, 155-158. S. DELLE MONACHE, “Profili dell’attuale normativa del codice civile tedesco in tema di prescrizione”, Riv. Dir. Civ., 2003, 179-199.

³⁵ Cfme. CAÑIZARES LASO, 410. ALBIEZ DOHRMANN, 192 y 197.

³⁶ L. DÍEZ – PICAZO, “Reforma de los Códigos y Derecho Europeo”, en *El Dret Civil Català en el Context Europeu*, Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa, Tossa de Mar 26 i 27 de setembre de 2002, Documenta Universitaria, Girona, 2003, 99.

³⁷ H. DÄUBLER-GMELIN, in *Süddeutsche Zeitung 20 septembre 2002 et stenographischer Bericht, Plenarprotokol 14/192, 1747* (citada por Y. LEVANO, “La Prescription Extinctive en Droit Alemand après la Réforme du Droit des Obligations”, Revue Internationale de Droit Comparé, Nº 4, París, 2004, 948).

³⁸ Cfme. LEVANO, 949. CAÑIZARES LASO, 416. ALBIEZ DOHRMANN, 198. DOMÍNGUEZ LUELMO, “Alteración convencional de los plazos de prescripción extintiva en Derecho de Obligaciones”, Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Díez-Picazo, Vol. 1, 473, nota 1.



de tres años y de la persona del deudor. Pero a ello se suma un sistema objetivo con plazos objetivos máximos de diez y treinta años: un período ordinario (199-4) y varios especiales (199-2 y 3), dispuestos en interés del deudor y a fin de eliminar definitivamente la incertidumbre frente al peligro de un plazo excesivamente largo si el acreedor tiene conocimiento de los hechos en forma muy tardía³⁹. Sucede, como dice Cañizares Laso⁴⁰, que un sistema unificado de prescripción sólo era posible mediante la unificación del comienzo de los plazos basados en el criterio subjetivo del conocimiento. La *subjetivación* de la regulación era el precio que había que pagar para su acortamiento y unificación; un plazo tan breve sólo podría admitirse si se introducía un criterio subjetivo. Pero un sistema subjetivo único y genuino podría conducir a que las pretensiones nunca prescribieran si el titular de la misma no tiene conocimiento o posibilidad de conocimiento; por ello la seguridad jurídica y la función de la propia institución obligó a incorporar plazos máximos de corte objetivo⁴¹.

La prescripción (*Verjährung*) junto a las normas de las perturbaciones de la prestación (*Leistungsstörungenrecht*) y las relativas al saneamiento y prestación de garantías (*Gewährleistungsrecht*) han sido los temas centrales de la reforma en Alemania⁴². En lo específicamente atinente a la prescripción la misma estuvo pautada por el acortamiento de los plazos, la unificación de los términos y su reconducción al criterio de la *reconocibilidad* para el comienzo del cómputo⁴³.

Siguiendo esta tendencia la Ley 29/2002 de 30 de diciembre, Primera Ley del Código Civil de Cataluña, ha incorporado una renovación sustancial del derecho de la prescripción extintiva, que se explica según Ferrer Riba⁴⁴ por la necesidad largamente sentida de reducir el plazo de prescripción, aprovechando el legislador la ocasión para replantear a fondo todos los núcleos temáticos del régimen de la prescripción, como ser inicio del cómputo, interrupción suspensión y preclusión de plazos, efectos, alegación y renuncia. Para el doctrinario la incidencia del Derecho comparado se manifiesta particularmente en

³⁹ Cfme. LEVANO, 950-951. H. GROTHE, “La Reforma del Derecho alemán de las Obligaciones”, Revista de Derecho Comparado, N° 8, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, 27. CAÑIZARES LASO, 409-431. ZIMMERMANN, 148, 149, 158 ss.

⁴⁰ *Ob. Cit.*, 414-415.

⁴¹ CAÑIZARES LASO, 421. ALBIEZ DOHRMANN, 199.

⁴² Cfme. ALBIEZ DOHRMANN, 194-195. CAÑIZARES LASO, 411.

⁴³ Cfme. INFANTE RUIZ, 160.

⁴⁴ J. FERRER RIBA, “Los efectos de la prescripción en el Derecho Civil de Cataluña”, InDret, Revista para el análisis del Derecho, 2/2203, Barcelona, abril de 2003, 3 y 4.



el recorte generalizado y simplificación de los plazos, la fijación de un *dies a quo* subjetivo para el cómputo de los mismos (artículo 121-23)⁴⁵, la suspensión de éstos por razones familiares, sucesorias o de fuerza mayor, con el establecimiento de un plazo general de preclusión destinado a reequilibrar las incertidumbres que puedan suscitar los elementos subjetivos incorporados por las nuevas reglas de cómputo⁴⁶. La influencia de la Ley de 2001 de reforma del BGB y las reglas de la prescripción de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos se pone de relieve sobre todo en la asimilación del instrumental técnico, más que en las soluciones de detalle finalmente adoptadas. En cuanto a plazos se establece un término común de diez años para la prescripción de cualquier clase de pretensión (artículo 121-20) con dos reglas específicas para algunas pretensiones particulares de tres años y un año respectivamente (artículo 121-21 y 22).

El Código Civil de Québec (1991), vigente desde enero de 1994, regula la prescripción extintiva conjuntamente con la usucapión, fijando para la primera un plazo ordinario de diez años (artículo 2922) y para las acciones que tiendan a hacer valer un derecho personal o un derecho real mueble tres años (artículo 2923), para las acciones dirigidas a conservar o recobrar la posesión de un inmueble un año (artículo 2923 inciso 2º) y para las acciones tendientes a hacer valer un derecho real inmueble un plazo de diez años (artículo 2925), con la expresa prohibición de convenir un término de prescripción diferente al que establece la ley (artículo 2884).

El Código Civil belga, con la reforma de la Ley 39-1998, de 10 de junio de 1998, vigente desde el 27 de julio de ese año, modifica el régimen de la prescripción, con una reducción de sus plazos, quedando fijados para las acciones personales en diez años y para la reparación del daño por responsabilidad extracontractual en cinco, contados desde que la persona lesionada ha tenido conocimiento del daño o su agravación y de la identidad del responsable, pero prescribiendo en todo caso cuando transcurran veinte años desde que se produjo el hecho que ha provocado el daño (artículo 2262-bis).

El Código Civil colombiano, con la reforma de la Ley N° 791, de 27 de diciembre de 2002, se orienta hacia la reducción de los plazos de la prescripción, con un sistema cohe-

⁴⁵ Como en el sistema alemán, en los PEDC (para la suspensión) y en el francés luego de la reforma. El sistema subjetivo tiene en cuenta si el acreedor conoce o razonablemente debería conocer la identidad del deudor y los hechos que fundamentan su pretensión.

⁴⁶ Artículo 121-24. “Cualquier pretensión susceptible de prescripción se extingue en todo caso por el transcurso ininterrumpido de treinta años desde su nacimiento”, con independencia de que hayan ocurrido en el mismo causas de suspensión o hayan conocido o debido conocer las circunstancias que fundamentan la pretensión.



rente de causas de interrupción y de suspensión, a fin de hacer operante el instituto ante las exigencias del mundo actual. En ese sentido se redujo el plazo de la prescripción extintiva ordinaria a diez años y el de la acción ejecutiva a cinco (artículo 2536), la cual transcurridos los cinco años se convierte en ordinaria, durando otros cinco, sin perjuicio de otros plazos más breves de tres y de dos años previstos para las prescripciones de corta duración (artículos 2542 y 2543). Se ha querido que el plazo máximo durante el cual pueda prolongarse la incertidumbre sea de diez años, como lo demuestra el hecho que según el artículo 2541 transcurridos diez años no se tomarán en cuenta las suspensiones previstas.

El nuevo Código Civil de Brasil, vigente desde enero de 2002, en el Título IV del Libro III de la Parte General (artículos 189-211) regula conjuntamente a la prescripción extintiva y a la decadencia de los derechos, estableciendo para la primera un plazo general de diez años (artículo 205), con algunos pocos plazos más de uno, dos, tres y cuatro años (artículo 206) para algunas pretensiones específicas, con expresa prohibición de alterar los plazos legales por acuerdo de partes (artículo 192) y la consagración de la prescriptibilidad de la excepción en el mismo plazo que la pretensión (artículo 190).

Por su parte en el Derecho francés se ha llevado a cabo la reforma del Código Civil en materia de prescripción a través de la Ley N° 2008-561, de 17 de junio de 2008, quedando el plazo general de la prescripción fijado en cinco años (artículo 2224)⁴⁷, reduciendo la multiplicidad de plazos existentes a unos pocos e introduciendo un amplio margen de actuación de la autonomía privada —como tendremos ocasión de examinar oportunamente— siguiendo fundamentalmente las líneas trazadas por la Ley de Modernización del Derecho alemán, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y los Principios de Unidroit⁴⁸.

El Código Civil y Comercial de la República Argentina aprobado en octubre de 2014, regula a la prescripción extintiva, junto con la caducidad, en el Título I del Libro Sépti-

⁴⁷ Sobre la reforma del derecho francés véase: B. FAUVAURQUE-COSSON y J. FRANÇOIS, “*Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile*”, Recueil Dalloz, N° 36, París, 2008, 2512 y ss. A. BÉNABENT, *Droit des Obligations*, decimoséptima edición, LGDJ, París, 2018, 655 y ss.

⁴⁸ Destaca A. CABANILLAS SÁNCHEZ (“*Anteproyecto francés de reforma del Derecho de Obligaciones y del Derecho de la prescripción. Estudio Preliminar y traducción*”, Anuario de Derecho Civil, T. LX, fasc. II, Madrid, 2007, 624 y 625) que el Anteproyecto de reforma siguió en materia de prescripción un método totalmente distinto al adoptado para reformar el Derecho de Obligaciones, que es el núcleo central del mismo, donde se acogen fundamentalmente las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales francesas que se han elaborado en los dos últimos siglos. Véase la “*Présentation Générale de l’Avant-Projet de Réforme*” por Pierre CATALA, 638-645.



mo, consagrando la inmodificabilidad del régimen legal por convenio de partes (artículo 253), con un plazo ordinario o genérico de cinco años para la prescripción extintiva (artículo 2560) y tres plazos más, de tres, dos y un año, para determinadas acciones específicamente enumeradas⁴⁹. Consagra disposiciones comunes a la prescripción adquisitiva y liberatoria (Capítulo 1, artículos 2532-2553), tanto en sus aspectos sustantivos como procesales, seguido luego de una regulación particular y específica para la prescripción liberatoria (artículos 2554-2564) y una norma de reenvío formal (artículo 2565) para la prescripción adquisitiva.

En definitiva, la tendencia que se manifiesta en la materia es hacia la reducción de los plazos y la simplificación del régimen de la institución, con un margen bastante amplio, en algunos casos, para la actuación de la autonomía privada, introduciendo como principio un sistema subjetivo de cómputo del plazo a partir del conocimiento o cognoscibilidad de la pretensión por el sujeto activo de la relación y de los datos para ejercerla, con ciertas dosificaciones⁵⁰.

4. – En el Derecho comparado, como lo expresa Rivero Hernández⁵¹, se aprecian dos grandes concepciones en la regulación del instituto. Por un lado aquellos sistemas –como el alemán– que establecen un régimen uniforme, sin atender a la naturaleza de las relaciones sobre las cuales opera. Por el otro, aquellos –como el italiano– que distinguen entre relaciones disponibles e indisponibles, sometiéndoles a un diverso régimen en lo que respecta a renuncia, modificación convencional de los plazos, suspensión de los mismos, forma de cómputo, apreciación de oficio por el juez⁵², etc.

La tendencia legislativa en la materia es hacia una regulación diferenciada de la caducidad, de acuerdo al carácter disponible o indisponible de la relación jurídica. En ese

⁴⁹ Sobre el punto puede verse RODRÍGUEZ RUSSO, “La regulación de la prescripción extintiva y la caducidad en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina de 2012”, Revista de la Facultad de Derecho N° 33, Montevideo, 2013, 113-142.

⁵⁰ Es el sistema que han adoptado luego de sus respectivas reformas el BGB, el Código francés, el belga, el quebequés, el holandés y la Directiva Europea 85-374 sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos (artículo 10.1). Es el que ha seguido también Ley uruguaya de Relaciones de Consumo N° 17.250 en su artículo 38.

⁵¹ RIVERO HERNÁNDEZ, 216.

⁵² Por ejemplo, el Código Civil de Brasil, vigente desde el 10 de enero de 2002, regula la caducidad (*decadencia*) en los artículos 207-211, proscribiendo la renuncia si la caducidad es de origen legal (artículo 20) e impidiendo para la de origen convencional que pueda ser relevada de oficio por el Juez (artículo 211).



sentido se orientan, por ejemplo, los Códigos italiano, portugués, catalán, boliviano y argentino.

Sin duda es preferible una disciplina diferenciada del instituto, en la medida en que no resulta adecuado someter a los derechos de naturaleza disponible al mismo régimen de los que no lo son, fundamentalmente en lo que tiene que ver con la estimación de oficio por el Juez, renuncia, modificación convencional de los plazos legales y suspensión por acuerdo de partes.

Resulta fundamental tener presente la concepción que se adopte al respecto, pues las soluciones en cuanto a la actuación de la autonomía privada habrán de variar de un sistema a otro.

5. – La actuación de la autonomía privada, a la cual “*le es connatural la idea de límite*”⁵³, está en directa conexión con el fundamento y función del instituto. El que la prescripción esté dirigida a eliminar la incertidumbre derivada de la prolongada falta de ejercicio del derecho⁵⁴, y por consiguiente al servicio de un interés general⁵⁵, no significa que toda su disciplina sea inderogable, ni que no pueda operar la voluntad privada, pues el propio sistema admite la renuncia y el reconocimiento.

A diferencia de otros Códigos, como el italiano (artículo 2936) y el portugués (artículo 300), el nuestro no contiene norma expresa sobre la inderogabilidad de la disciplina. Y si bien es cierto que existe un interés general, también lo es que está en juego el interés del sujeto pasivo a la liberación. De ahí que en algunos aspectos puede actuar la autonomía de la voluntad, lo que no significa que ella alcance a todos los extremos de la prescripción extintiva⁵⁶.

5.1. – De acuerdo a lo que dispone el artículo 1193 del CC uruguayo, el ámbito de la prescripción alcanza en principio a los derechos de naturaleza patrimonial⁵⁷.

⁵³ V. PIETROBON, *El error en la doctrina del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, N° 44, 191.

⁵⁴ V. TEDESCHI, “*Ancora sulla distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*”, 243; “*Decadenza*”, 784.

⁵⁵ MAGAZZÙ, 233.

⁵⁶ ALBALADEJO, *La prescripción extintiva*, 327.

⁵⁷ Cfme. COVIELLO, 493. B. BRUGI, *Instituciones de Derecho Civil*, Uteha, México, 1964, 168. L. DÍEZ-PICAZO – A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. 1, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, 443. ALBALADEJO, 25. PUIG BRUTAU, 45. LACRUZ BERDEJO, 333.



Son imprescriptibles los derechos de los que el sujeto no puede disponer absolutamente; su titular, como no puede disponer de ellos mediante actos de voluntad, tampoco puede disponer y perderlos absteniéndose de ejercitarlos⁵⁸.

El ámbito de la prescripción extintiva es un límite infranqueable a la autonomía privada, por estar fuera de la competencia normativa de los particulares disponer negocialmente la prescriptibilidad de derechos que la ley declara imprescriptibles, o convertir en imprescriptibles derechos que por ley están sujetos a prescripción. Lo impide el propio fundamento de la institución, dado el interés general que se encuentra involucrado⁵⁹. Cualquier acuerdo de los particulares tendiente a convertir en imprescriptible un derecho para el que la ley establece la solución contraria, comportaría en sustancia una *renuncia anticipada* a la prescripción, expresamente prohibida por la ley (artículo 1189 CC).

La imprescriptibilidad está fuera de la autonomía de la voluntad de los particulares porque es un atributo de los derechos indisponibles, y es la ley la que la determina⁶⁰. Lo corrobora la reforma del Derecho alemán de obligaciones de 2001, que vino a admitir la autonomía privada en una amplia medida, pero no ha permitido los pactos sobre la prescripción de pretensiones que son imprescriptibles según la ley, ni la exclusión completa de la prescripción por vía contractual⁶¹.

Tolerar ese tipo de pactos sería suprimir por voluntad privada un efecto extintivo que el Ordenamiento Jurídico dispone que se produzca si concurren determinados requisitos⁶².

5.2. – Mediante la renuncia el sujeto se desprende del poder jurídico de invocar la prescripción⁶³, con lo que impide la eficacia de una sucesiva instancia de declaración de la

⁵⁸ Cfme. SANTORO PASSARELLI, *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, 125-126. IRURETA GOYENA, 262.

⁵⁹ En cuanto al interés tutelado –que sería diverso al de la caducidad– no hay acuerdo, pues para algunos autores si bien media una razón de utilidad social, lo que se tutela es un interés privado del sujeto pasivo: DÍEZ-PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, 449 y 457. IRURETA GOYUENA, 260. Para GRASSO, “*Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*”, 870-872, el interés tutelado no es un elemento distintivo entre prescripción y caducidad.

⁶⁰ Cfme. DÍEZ-PICAZO-GULLÓN, 449. ALBALADEJO, 329. DÍEZ-PICAZO, *La prescripción en el Código Civil*, Bosch, Barcelona 1964, 63 (citado por ALBALADEJO).

⁶¹ Cfme. A. RUDA GONZÁLEZ, “*Pactes sobre la durada del termini de prescripció en la modernització del Dret d’obligacions alemany*”, <http://civil.udg.es>, versión previa del trabajo publicado en *El Dret Civil català en el context europeu*, Documenta Universitaria, Girona, 2003, 457-497.

⁶² ALBALADEJO, 309.

⁶³ PUGLIESE, 266. E. GROPALLO, 218. R. PÍZARRO – C. VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, T. 3, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, 668.



prescripción por el deudor⁶⁴, no así para los los fiadores y demás interesados (acreedores), que pueden oponerla aun cuando el deudor hubiere renunciado (artículo 1192 CC).

Dicha solución legal es lógica según Albaladejo⁶⁵, porque el que se priva (renunciando a la prescripción) del beneficio que ella produce, es muy dueño de hacerlo si solo a él le alcanza la merma patrimonial que tal privación implica, pero no debe tolerársele si ello repercute en otras personas, como si aquel cuya deuda prescribió, renuncia a la prescripción, disminuyendo así los medios que necesita para atender otras obligaciones. Ya decía el Digesto (44, 1, 19) que “*todas las excepciones que competen al deudor, competen también al fiador, incluso contra la voluntad del deudor*”.

Parece claro que es menester que la renuncia del deudor hubiere perjudicado al fiador y demás acreedores, pues de lo contrario no tendrían interés para ampararse en este beneficio; si el deudor que renuncia a la prescripción sigue siendo solvente para pagar a los demás acreedores, éstos no pueden ejercer este derecho, pues no tendrían interés. Pero no se exige la existencia de fraude, porque no se trata de una acción pauliana; la renuncia del deudor simplemente les es *inoponible* al acreedor, sin resultar para nada revocada o eliminada, pues se trata de un negocio jurídico abdicativo plenamente válido y eficaz.

El derecho conferido por el artículo 1192 a los fiadores y demás interesados es un derecho ajeno por completo a cualquier necesidad de impugnar la renuncia de la prescripción hecha por el favorecido con la misma. Por consiguiente, ante el silencio de la ley, no puede conferirse al ejercicio de este derecho el efecto de revocar o aniquilar la renuncia realizada por el deudor, sino que, permaneciendo intocada la renuncia, puedan invocarla los acreedores y demás interesados.

El objeto de la renuncia en general es siempre un derecho o un poder; en la renuncia de la prescripción es el *derecho a la liberación*⁶⁶.

El artículo 1189 del CC uruguayo permite que el beneficiado por la prescripción pueda renunciarla si está consumada, pero prohíbe la renuncia en forma anticipada.

5.2.1. – El fundamento de la prohibición está en el carácter de orden público que suele atribuirse a la prescripción, de modo que si se permitiera semejante pacto se converti-

⁶⁴ E. GIUSIANA, “*Appunti sulla prescrizione*”, Riv. di Dir. Civ., 1957, 438. Su objeto, como dice G. D. NUZZO, es el derecho a la liberación (“*Rinunzia, sospensione e interruzione della prescrizione*”, en *Prescrizione e decadenza. Come farla valere nel processo. Aspetti sostanziali e processuali*, a cura di Giuseppe CASSANO, Maggioli editori, 2014, 118).

⁶⁵ La prescripción extintiva, 316.

⁶⁶ F. MESSINEO, “*Variazioni sul concetto di «rinunzia alla prescrizione»*”, Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ., Milano, 1957, 507, 508, 515 y 516.



ría en una cláusula de estilo y las disposiciones de la ley, introducidas en interés general, llegarían a ser letra muerta⁶⁷.

La ley ha temido que si la permitiera el acreedor se la impondría como una condición para la conclusión del contrato y el deudor la consentiría presionado por la necesidad, haciendo ilusoria la prescripción extintiva⁶⁸. Por consiguiente, sería contrario al interés social y al fin de la institución⁶⁹.

Dice Puig Brutau⁷⁰ que el derecho a prescribir para lo sucesivo no es un derecho patrimonial negociable, sino una posición jurídica irrenunciable por anticipado, porque no se abdicaría de un beneficio que integre el patrimonio del renunciante, sino que el mismo, con su declaración, pretendería introducir un cambio en el Derecho objetivo.

5.2.2. – La citada norma impide la renuncia anticipada, planteándose la duda respecto a la renuncia a la prescripción en curso.

Para Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, en la medida en que una prescripción en curso se encuentra ya parcialmente consumada, no habría dificultad en admitir que sobre ella también puedan las partes disponer lo que crean conveniente.

No es en rigor una renuncia *anticipada* prohibida por la norma, en tanto no se está abdicando de antemano a la facultad de hacer valer la prescripción, sino disponiendo del curso ya cumplido, surtiendo efectos hacia el pasado.

En ese sentido no habría obstáculos para la actuación de la autonomía privada, configurando ello un *reconocimiento* del derecho⁷¹, que interrumpe el curso de la prescripción extintiva (artículo 1234), haciendo perder el tiempo pasado.

⁶⁷ COVIELLO, 501. ABELIUK, 1001. ALAS-DE BUEN – RAMOS, 260. V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, T. XII, Delamotte et Fils, París, 1874, 28. BAUDRY-LACANTINERIE – TISSIER, N° 59, 54. J. CASTRO, “Prescripción”, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, T. IX, Año VI, Montevideo, 1921, 568. PIZARRO – VALLESPINOS, 669. R. FERRUCCI, 648.

⁶⁸ ARGANARÁS, 144.

⁶⁹ BAUDRY-LACANTINERIE – TISSIER, N° 53, 50. Hay un interés público en que la prescripción produzca su efecto: MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. II, 63-64. ALBALADEJO, 310-311.

⁷⁰ *Ob. Cit.*, 113.

⁷¹ COVIELLO, 501. GROPALLO, 222. BARBERO, 370. NUZZO, 129. ALBALADEJO, 308. LA-CRUZ BERDEJO, 349. ARGANARÁS, 144. MARCADÉ, 28-29. F. LAURENT, *Principes de Droit Civil*, T. XXXII, 4ª edición, Bruylant-Christophe, Bruxelles, 1887, N° 183, 191. BAUDRY-LACANTINERIE – TISSIER, N° 70, 62; N° 93, 77. J. CARBONIER, “Notes sur la prescription extinctive”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, París, 1952, 176. MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte II, Vol. III, Ejea, Buenos Aires, 1978, 435. CASTRO, 568.



5.2.3. – El precepto legal permite la renuncia a la prescripción que se ha consumado porque una prescripción extintiva ganada significa una ganancia patrimonial que ha ingresado en el patrimonio del sujeto con ella favorecido, convirtiéndose en un bien susceptible de negociación y renuncia⁷².

La facultad de renunciar a la prescripción es una de las razones que explican por qué el Juez no puede estimarla de oficio (artículo 1191), quedando a la exclusiva voluntad del interesado invocarla o renunciar a hacerlo.

El fundamento de la renunciabilidad de la prescripción, dice Albaladejo, se encuentra no solo en el principio de que cualquiera puede desprenderse de los beneficios o derechos que le pertenecen, sino en una razón de orden moral, que es la de admitir que quien considere injusto liberarse de tener que hacer lo que debe, pueda rechazar una liberación que a pesar de ser legal estime poco honrada⁷³. La ley permite que el interesado en alegar la prescripción pueda renunciar a esa facultad si lo desea, cediendo así a un “*escrúpulo de conciencia*”⁷⁴.

A través de ella el sujeto manifiesta la voluntad de no aprovecharse del beneficio de la prescripción, subsistiendo en toda su plenitud la obligación con relación a la cual había corrido. Para el deudor no significa sino mantener en vida el derecho de crédito ajeno, puesto que hace dimisión del derecho a la liberación⁷⁵.

Es un negocio jurídico unilateral de naturaleza abdicativa⁷⁶, de carácter no recepticio⁷⁷, cuya voluntad puede exteriorizarse a través de cualquier forma, pues la ley no exige ninguna en especial, siendo de aplicación entonces el principio de la libertad de forma que impera en materia negocial (consensualismo).

Puede ser expresa o tácita, estableciendo con precisión la norma que hay renuncia tácita cuando media un hecho del deudor que implica un reconocimiento del derecho del acreedor, como si el deudor paga interés, pide plazo para cumplir y otros casos semejan-

⁷² PUIG BRUTAU, 113. ALAS-DE BUEN – RAMOS, 259. ABELIUK, 1000.

⁷³ ALBALADEJO, 304-305.

⁷⁴ BAUDRY-LACANTINERIE – TISSIER, N° 67, 60. CARBONNIER, 176.

⁷⁵ MESSINEO, “*Variazioni sul concetto di «rinunzia alla prescrizione»*”, 509 y 516.

⁷⁶ ALBALADEJO, 303 y 304. GARCÍA AMIGO, 903. BAUDRY-LACANTINERIE – TISSIER, N° 83, 69. MESSINEO, “*Variazioni sul concetto di «rinunzia alla prescrizione»*”, 508. A. BUERES – J. MAYO “*Aspectos generales de la prescripción liberatoria*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 22, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, 341. F. TRIGO REPRESAS, “*La prescripción liberatoria en los proyectos de reforma*”, Revista recién citada, 242-243. DÍEZ-PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, 449 y 455, aunque admitiendo que pueda resultar de un acuerdo. ARGANARÁS, 145.

⁷⁷ ALBALADEJO, 306. FERRUCCI, 648.



tes (constitución de garantías, pago parcial, etc.)⁷⁸. Es suficiente, pues, un comportamiento cualquiera, claro y unívoco, *incompatible* con la voluntad de valerse de la prescripción extintiva consumada.

La renuncia hecha es irrevocable⁷⁹ e implica, como apunta Barbero, la conciencia de la prescripción ocurrida, puesto que mal se podría renunciar a lo que no se conoce⁸⁰.

La oportunidad para renunciar es una vez que ha concluido el plazo respectivo y se encuentren presentes todos los requisitos para que el prescribiente pueda hacerla valer (artículo 1189 CC uruguayo). Antes no, porque todavía no hay prescripción “consumada” como dice la ley; después de declarada la prescripción tampoco hay renuncia, pues tratándose de derechos creditorios, al extinguirse la obligación civil, queda subsistente una obligación natural (artículo 1442).

La prescripción extintiva en nuestro sistema no opera de pleno derecho, siendo necesario que el deudor la invoque y se declare; hasta tanto ello no ocurra subsiste la obligación civil. A partir de la declaración judicial se extingue (artículo 1447), subsistiendo una obligación natural⁸¹, por lo que si a posteriori el deudor cumple *voluntariamente* no podrá repetir lo pagado (artículo 1445). Si la prescripción ya se declaró judicialmente es porque el prescribiente hizo uso de la facultad de invocarla; luego, no se concibe que pueda renunciar a la misma.

El efecto de la renuncia es dejar intocada la obligación civil preexistente, quedando provista de todos los elementos (deuda y responsabilidad); por ende, se extinguirá por cualquiera de los modos previstos por la ley.

⁷⁸ Para un examen de los actos que comportan renuncia véase BAUDRY-LACANTINERIE– TISSIER, N° 73, 64; ALBALADEJO, 307; ARGANARÁS, 150.

⁷⁹ PUGLIESE, N° 151, 266-268. ALBALADEJO, 304. Admiten la retractación mientras el acreedor no la acepte: ARGANARÁS, 145; J. J. LLAMBÍAS, *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires 1987, 504; E. WAYAR, *Derecho Civil. Obligaciones*, T. II, Depalma, Buenos Aires 2002, 685.

⁸⁰ BARBERO, 370-371. En similares términos F. PANTALEÓN PRIETO, Voz “*Prescripción (Derecho Civil)*”, Enciclopedia Jurídica Básica, Vol. 3, Civitas, Madrid, 1995, 5013.

⁸¹ La doctrina uruguaya señala la necesidad de declaración judicial de la prescripción: J. GAMARRA, *Estudios sobre Obligaciones*, Medina, Montevideo 1956, 41. J. BERDAGUER, *Fundamentos del Derecho Civil*, T. 1, 2ª ed., Fcu, Montevideo, 2005, 273; T.IV. Fcu, 2014, 376 ss. J. PEIRANO FACIO, *Curso de Obligaciones*, T. IV, Fcu, Montevideo, 1974, 338. No obstante, el *Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno*, en sentencia N° 196, del 18 de noviembre de 1998 (VIÑA DE PRIGUE, BELLO, SILBERMANN) ha señalado que la prescripción es un modo de extinguir la obligación que opera de pleno derecho y constituye un acto eficaz cuando se cumple el tiempo de inercia del acreedor, con la consecuencia que extinguido el derecho se extingue la acción que lo tutela (caso 520, ADCU, T. XXIX, 195).



No obstante, en la doctrina extranjera hay autores⁸² que le atribuyen el efecto de rehabilitar, revivir, o resurgir el derecho extinguido por prescripción, conclusión que extraen del efecto automático asignado a la prescripción extintiva. Albaladejo, acorde con su concepción que la prescripción no extingue nada, sino que el derecho se debilita dejándolo a la buena voluntad del obligado, expresa que la renuncia *restablece* la situación anterior tal cual era: ser exigible la obligación, pudiendo serle impuesto el derecho prescrito al obligado⁸³.

Coincidimos con Díez-Picazo y Gullón⁸⁴ en que se renuncia a la facultad de hacer valer la prescripción, nunca una hipotética *resurrección* del derecho subjetivo prescrito que lo volvería adquirir el que lo perdió por prescripción, pues sería un contrasentido que un derecho extinguido nace y se atribuye por la sola voluntad del sujeto pasivo, sin contar para nada con la voluntad del anterior titular. Tal *resurgimiento* sería además incompatible con el poder atribuido a los interesados (artículo 1192) de oponer la prescripción a pesar de la renuncia del deudor⁸⁵.

5.2.4. – Como se ha expresado, no es admisible una renuncia sucesiva a la declaración judicial de la prescripción⁸⁶, por cuanto habiéndose liberado el deudor, carecería de objeto la renuncia, pues mal puede desprenderse de un derecho a invocar la prescripción quien ya la ha hecho valer ejerciendo tal derecho. Y si se considera que el objeto de la renuncia es más bien el derecho a la liberación de la pretensión del otro, el resultado es el mismo, porque si ya ha sido liberado por la declaración de la prescripción, mal puede abdicar de tal derecho cuando la prescripción ha sido judicialmente declarada.

Si a pesar de tal declaración el deudor voluntariamente paga, estará cumpliendo una obligación natural (artículo 1442 CC), sin que ello comporte un acto de liberalidad, pues está ausente el *animus donandi* en la atribución patrimonial realizada.

5.3. – El reconocimiento es un acto unilateral por medio del cual se emite una declaración de voluntad destinada a producir efectos jurídicos, específicamente, a admitir la

⁸² PUGLIESE, 266. GROPALLO, 218. ARGANARÁS, 152. NUZZO, 132.

⁸³ *Ob. Cit.*, 304 y 312. F. ZENATI y S. FOURNIER, “*Essai d’une théorie unitaire de la prescription*”, Rev. Trim. de Droit Civil, París, 1996, 352, señalan que ella no provoca la resurrección de un derecho extinguido sino el restablecimiento de la estructura normal del derecho, resultante del reconocimiento de la pertenencia del mismo al sujeto activo.

⁸⁴ *Ob. Cit.*, 455.

⁸⁵ MESSINEO, “*Variazioni sul concetto di «rinunzia alla prescrizione»*”, 507-508.

⁸⁶ NUZZO, 129. GRASSO, 895 ss.



existencia de la obligación⁸⁷. Del mismo se deduce que el sujeto se considera sometido al derecho de que se trata⁸⁸.

Esa voluntad, que debe provenir del deudor o su representante⁸⁹, es no recepticia, pues como dice Albaladejo, interrumpe el reconocimiento por sí mismo, sin necesidad de que se lo participe al acreedor, no solo porque no lo exige la ley, sino porque de ser recepticia, su notificación lógicamente debería hacerse a la parte perjudicada, que en el caso es el propio reconocedor, siendo impensable que se pudiera pedir la notificación al acreedor favorecido por la interrupción de la prescripción⁹⁰. El reconocimiento pone término a toda contestación sobre la existencia del derecho reconocido desde el momento en que se realiza⁹¹.

Señala Pugliese⁹² que la declaración de voluntad debe ser clara, precisa y específica, siendo insuficiente una cláusula genérica, como por ejemplo, si al asumir una nueva obligación el deudor expresa que se obliga sin perjuicio de otras deudas anteriores. Agrega que tampoco habrá reconocimiento cuando media una subordinación que destruye la sustancia de la declaración de voluntad, como sucedería si el deudor manifestare la voluntad de cumplir la obligación siempre que el acreedor pruebe la existencia de su derecho, pues es de la esencia del reconocimiento la exclusión de cualquier otra prueba del derecho. El que reconoce elimina la necesidad de prueba; quien exige prueba contesta el derecho ajeno.

No resulta tarea sencilla la determinación de su naturaleza jurídica. Así, para algunos doctrinarios, si bien es un acto unilateral que interrumpe el curso de la prescripción, se trata de una simple confesión de la existencia del derecho⁹³; una declaración de conocimiento (declaración de ciencia), no un acto dispositivo⁹⁴. Para otros es un acto no negocial⁹⁵; un nego-

⁸⁷ PIZARRO – VALLESPINOS, 437. WAYAR, 682.

⁸⁸ Cfme. ALBALADEJO, 239.

⁸⁹ PUGLIESE, 198. ALAS – DE BUEN – RAMOS, 218 y ss. BAUDRY-LACANTINERIE – TISSIER, 396. ALBALADEJO, 233. PUIG BRUTAU, 106-107. LACRUZ BERDEJO, 345.

⁹⁰ ALBALADEJO, 248.

⁹¹ Cfme. LAURENT, *Principes*, N° 120, 127.

⁹² *Ob. Cit.*, N° 113, 95-196.

⁹³ BAUDRY-LACANTINERIE – TISSIER, 389-390. Según ARGANARÁS, 114, también puede resultar de un convenio (interrupción convencional).

⁹⁴ MESSINEO, *Manual*, 69 y 78. En cambio para LAURENT, Ns. 123 y 126, 131 y 135, es una renuncia.

⁹⁵ MAGAZZÙ, N° 11, 239. FERRUCCI, 651.



cio de “accertamento”⁹⁶; un acto o un negocio según las circunstancias⁹⁷. Para Coviello⁹⁸ el reconocimiento, consistiendo en cualquier hecho del obligado incompatible con la inexistencia del derecho, podrá ser una convención, un acto unilateral o un hecho cualquiera.

Por nuestra parte consideramos que el reconocimiento es un negocio jurídico unilateral, cuyos efectos varían según tenga lugar *durante* el curso de la prescripción o *luego* de consumada⁹⁹.

En el primer caso es un negocio jurídico declarativo¹⁰⁰ que acredita la existencia de la obligación e *interrumpe* el curso de la prescripción. Podrá resultar de un pago de intereses, una petición de prórroga, la constitución de garantías, etc¹⁰¹. No se trata de una mera confesión pues ésta es una declaración de verdad de *hechos*¹⁰², en tanto el reconocimiento refiere a un *derecho* preexistente. El efecto de la confesión es meramente probatorio; el reconocimiento, además de acreditar la existencia de la obligación, interrumpe la prescripción, porque denota la voluntad de mantener viva la relación jurídica¹⁰³.

En cambio, en el segundo supuesto, cumplidas las condiciones de la prescripción extintiva, si el deudor pudiéndola invocar no lo hace y reconoce el derecho del acreedor, se configura una *renuncia tácita* a la prescripción ganada (negocio dispositivo de naturaleza abdicativa), según surge del artículo 1189 del CC¹⁰⁴.

Si bien está claro que el reconocimiento durante el curso de la prescripción interrumpe el curso de la misma (artículo 1234 del CC), el problema es determinar cuál el nuevo plazo de prescripción que comienza a correr. Para el caso de la prescripción extintiva or-

⁹⁶ SARACENO, “*Della decadenza*”, comm. D’Amelio-Finzi, *Libro della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, 1046, citado por MAGAZZÙ, 238, nota 7.

⁹⁷ Es lo que sostiene ROSELLI, N° 9, 6, para el reconocimiento del derecho de crédito en la caducidad.

⁹⁸ *Ob. Cit.*, 514. También PUGLIESE, 203, 204, 239 y 248, indica que puede provenir de un acto o un negocio jurídico.

⁹⁹ BERDAGUER, T. IV, 407-409. Una distinción de ese tipo realiza ROSELLI para la caducidad (*Ob. Cit.*, 6).

¹⁰⁰ PIZARRO – VALLESPINOS, 439, lo ubican como negocio de fijación, dirigido a dar claridad y constancia a una situación anterior, sin requerir incertidumbre.

¹⁰¹ Un riguroso examen de los actos que importan reconocimiento en PUGLIESE, Ns. 114 y 115, 196-203.

¹⁰² Cfme. L. CARIOTA FERRARA, *El Negocio Jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956, 252. PIZARRO–VALLESPINOS, 444.

¹⁰³ Cfme. PIZARRO – VALLESPINOS, 442-443. LLAMBÍAS, 349. Para WAYAR, 682, la interrupción es un efecto *mediato* de la voluntad.

¹⁰⁴ Los mismos actos, según la época en que se produzcan, constituirán interrupción natural o renuncia de la prescripción. Cfme. ABELIUK, 1016.



dinaria (artículo 1216) comenzará un nuevo término idéntico, pero respecto a las prescripciones cortas, de carácter presuntivo (artículos 1222-1227)¹⁰⁵ o extintivo (artículo 1221), la solución es distinta.

En efecto, el artículo 1226 de nuestro Código establece que las prescripciones cortas de carácter presuntivo corren aun cuando hayan continuado los servicios, trabajos o suministro, solución que está de acuerdo con los principios, pues la *ratio* de la norma estriba en que el derecho de quien hizo más prestaciones del mismo género se compone de tantos créditos particulares, cuantas son las prestaciones, produciendo en consecuencia otras tantas acciones distintas, que empiezan a prescribir el día en que cada una se hizo. Y sólo se interrumpen (“*solo dejará de correr*”) cuando ha habido ajuste de cuentas aprobado por escrito o emplazamiento judicial. Dejará de correr porque en ambos media interrupción de su curso: en el primero porque se verifica un reconocimiento de la obligación que interrumpe naturalmente el curso de la prescripción (artículo 1234); en el segundo porque se interrumpe civilmente por el emplazamiento judicial notificado (artículo 1235).

Al reconocimiento interruptivo de estas prescripciones presuntivas se aplican las normas atinentes a la eficacia del reconocimiento, con el aditamento de la forma escrita, resultando inidónea cualquier otra forma. Fuera de esta norma especial que restringe los medios interruptivos, la interrupción de la prescripción presuntiva estará sujeta a las reglas ordinarias, en especial, a aquellas que determinan el efecto de la interrupción.

Interrumpido el curso de estas prescripciones no comienza a correr nuevamente un período idéntico, sino que rige el principio general de veinte años. A diferencia de otros sistemas, nuestro Código solucionó expresamente el punto: interrumpida la prescripción “*se observará lo dispuesto en el artículo 1216*”, con lo cual de presuntiva se transformó en extintiva¹⁰⁶. Pero si los servicios, suministros o prestaciones, continuaron después del ajuste de cuenta de los anteriores, o del emplazamiento, los nuevos servicios o suminis-

¹⁰⁵ Los Códigos que la han recepcionado enmarcan estas presunciones de pago en sede de prescripción; se explican, como dice L. RAMPONI, como resultado último de la evolución jurídica, que pasó de la forma de una presunción legal a otra más tajante e imperativa. No son especies de prescripción verdadera y propia, sino presunciones *iuris tantum* establecidas a favor del deudor, de que transcurrido el plazo respectivo se habrá extinguido la obligación (*La Teoria Generale delle Presunzione*, Fratelli Bocca, Torino, 1890, 182).

¹⁰⁶ Por eso expresa R. DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, T. 1, Reus, Madrid, 1944, 334, que la eficacia de estos dos actos (emplazamiento y reconocimiento por escrito) es bastante mayor que la eficacia del acto de interrupción, pues no solo destruyen el tiempo transcurrido, sino que *transforman* la prescripción de presuntiva en ordinaria.



tros continuarán sujetos a la respectiva prescripción presuntiva breve¹⁰⁷. Parece claro que la interrupción del curso de la prescripción presuntiva dará comienzo a un nuevo período de prescripción extintiva ordinaria respecto a los suministros, servicios o prestaciones anteriores a la misma; los posteriores quedarán sujetos al plazo de prescripción breve que correspondiere.

La doctrina civilista¹⁰⁸ señala que en estos casos se produce una *interversión de la prescripción*, pues ella cambia de naturaleza y de duración, debido a que la prescripción nueva que comienza a correr no es ya la primitiva. Esta solución tiene su fundamento en que si media ajuste de cuentas por escrito, o se documenta la obligación, o el acreedor la interrumpe mediante emplazamiento, cae definitivamente la presunción de pago que la sustenta, de modo que a partir de allí dejará de quedar regida por los breves plazos que le corresponden, pasando a regularse por el principio general de la prescripción extintiva ordinaria.

En cambio, nada establece el Código respecto a la interrupción del curso de la *prescripción extintiva* breve de cinco años del artículo 1221. El problema consiste en determinar si luego de la interrupción comienza otro período idéntico de cinco años o si por lo contrario recibe aplicación el principio general de la prescripción extintiva ordinaria veintañal. Según Bouton D'Agnières¹⁰⁹, en estas prescripciones extintivas, a diferencia de lo que sucede con las presuntivas, la nueva prescripción que comienza a correr después de la interrupción es otra vez la de cinco años. Sin embargo, como expresan Alas, De Buen y Ramos¹¹⁰, la mayoría de los autores siguen la opinión contraria y aplican las reglas del derecho común relativas a la prescripción.

Pensamos que la solución que corresponde es la de una nueva prescripción de igual término (cinco años) pues si el artículo 1226 dejó fuera la prescripción corta del artículo 1221 es porque reguló exclusivamente la situación de la interrupción de las *prescripciones presuntivas*, donde comienza un nuevo período pero de prescripción ordinaria. De ahí que sea plausible inferir que para el caso de la prescripción extintiva corta del artículo 1221 el legislador no quiso someterla a igual regulación en lo que respecta a la interrupción de su curso. De lo contrario no habría diferencia en cuanto a los efectos de la interrupción del curso de las prescripciones cortas (sean extintivas o presuntivas) respec-

¹⁰⁷ Cfme. ARGAÑARÁS, 243.

¹⁰⁸ CARBONNIER, 509-510. CESTAU, 54. BERDAGUER, 401.

¹⁰⁹ *Des courtes prescriptions*, Larose & Forcel, 1907, 122. De la misma opinión BAUDRY- LACANTINERIE y TISSIER, N° 800, 631.

¹¹⁰ *Ob. Cit.*, 306.



to al nuevo cómputo, careciendo de sentido la parte final del artículo 1226, que practica un reenvío formal al principio general en materia de prescripción de los derechos personales.

Señala Ferrucci que la naturaleza particular de la prescripción presuntiva hace que la misma, diversamente a las demás prescripciones breves, concorra con la prescripción ordinaria, encontrando en ésta un límite temporal definitivo, transcurrido el cual el derecho se extingue, precluyendo definitivamente la admisión de la prueba contraria. Si no fuere así, se daría el absurdo resultado de sustraer al principio de extinción por prescripción a relaciones reputadas de relevancia menor respecto a la media de las relaciones jurídicas ¹¹¹.

5.4. – El origen legal de los plazos es uno de los rasgos característicos de la prescripción, que la distingue de la caducidad de derechos.

El interrogante es si los particulares en ejercicio de la autonomía privada pueden introducir modificaciones en su extensión, ampliando o reduciendo los plazos legales.

Hemos señalado que existen en la materia tres grandes sistemas legislativos: los que prohíben absolutamente alterar convencionalmente los plazos de prescripción; aquellos que permiten reducirlos, pero no aumentarlos, y finalmente aquellos que, dentro de ciertos límites, permiten tanto abreviarlos como alargarlos ¹¹².

Las propuestas de unificación internacional del Derecho Privado en esta materia no son armónicas porque frente a la regla permisiva de los PCDE, la Convención sobre Prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías optó por prohibir la modificación convencional de los plazos ¹¹³. En cambio el artículo 10.3 de los principios de UNIDROIT adopta la solución contraria: las partes puede modificar los plazos de prescripción, aunque con ciertos límites, pues no pueden acotar el plazo ordinario a menos de un año y el plazo máximo a menos de cuatro, ni alargarlo más allá de los quince años.

¹¹¹ FERRUCCI, N° 15, 652.

¹¹² RODRÍGUEZ RUSSO, *Prescripción extintiva y caducidad en el Derecho Civil*, 216 y ss. Más ampliamente sobre el punto: A. DOMÍNGUEZ LUELMO – H. ÁLVAREZ ÁLVAREZ “*La prescripción en los PECL y en el DCFR*”, InDret, Revista para el análisis del Derecho, 3/2009, 20 y ss. J. R. GARCÍA VICENTE, “*Modificación convencional de los plazos de prescripción*”, en *El Dret Civil Català en el context europeu*, Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa, 26 i 27 de setembre de 2002, Documenta Universitaria, Girona, 449-450.

¹¹³ El artículo 22 dispone: “*Modificación del plazo de prescripción por las partes. 1. El Plazo de prescripción no podrá ser modificado ni afectado por ninguna declaración o acuerdo entre las partes, a excepción de los casos previstos en el párrafo 2 del presente artículo*”.



Las modernas legislaciones se orientan claramente hacia un ensanchamiento de la libertad contractual en la materia, tanto respecto al acortamiento, como a la extensión de los plazos legales ¹¹⁴, siendo aquélla la contrapartida necesaria de la abreviación del plazo general.

5.4.1. – En algunos sistemas estas estipulaciones tendientes a reducir los plazos están expresamente admitidas, como sucede en el BGB (artículo 225), norma que a partir de 2001 permite también alargar los plazos dentro de ciertos límites, o en Austria (artículo 1502); en otros se encuentra prohibida –Códigos italiano, portugués, quebequés, holandés, suizo de las Obligaciones, cubano– al establecerse la inderogabilidad de la disciplina legal de la prescripción.

En los Principios de Derecho Contractual Europeo (artículo 14:601), en el Código Civil francés luego de la reforma de 2008 (2254) y en el Código Civil de Cataluña (artículo 121-3), entre otros, se admite la modificación del régimen de la prescripción por acuerdo de partes, especialmente la reducción o ampliación, aunque con algunas limitantes: el primero estableciendo que no puede reducirse a menos de un año, ni ampliarse más ni ampliarse más allá de los treinta; el segundo no permitiendo acortar el plazo a menos de un año, ni alargarlo a más de diez y el tercero estableciendo como límite para el acortamiento o alargamiento la mitad o el doble, respectivamente, del plazo legalmente establecido.

En nuestro Código Civil, como en la mayoría de los códigos decimonónicos, no hay norma expresa sobre este tipo de estipulaciones.

No obstante, la doctrina en general estima posible que los particulares –prescribiente y prescrito– reduzcan la extensión de los plazos legales sobre la base de que ello no conspira contra la finalidad de la institución sino que, por el contrario, la refuerza, al eliminar más rápidamente el estado de incertidumbre, mejorando la situación del deudor ¹¹⁵. Coincide en ese sentido el interés general de liquidar prontamente las situaciones pendientes con el acuerdo de las partes ¹¹⁶.

Se dice que al no ser posible que la ley establezca el plazo de prescripción que conven-

¹¹⁴ Cfme. P. MALAURIE, “*Exposé des motifs al Avant-Projet de Réforme du Droit des Obligations et du Droit de la Prescription*”, París, septiembre de 2005, 196 (http://blog.dalloz.fr/blogdalloz/files/rapport_catala.pdf). S. PATTI, “*Certeza e giustizia nel Diritto della prescrizione in Europa*”, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., Vol. 64, Cedam, Padova, 2010, 21 y ss.

¹¹⁵ CARBONNIER, 176. GARCÍA AMIGO, 893. ABELIUK, 1005. PANTALEÓN PRIETO, 5013. BERDAGUER, T. IV, 367.

¹¹⁶ LLAMBÍAS, N° 1282, 505.



ga a las diversas situaciones particulares, se ha concretado a fijar un plazo máximo, dejando a los interesados el derecho de abreviarlo si lo consideran conveniente ¹¹⁷. De ese modo las partes podrían acordar que el término de la prescripción extintiva sea más corto, sin faltar a la finalidad primordial, que es la de seguridad de las relaciones jurídicas ¹¹⁸.

Sin embargo, hay autores que niegan validez a estos pactos ¹¹⁹. Pugliese afirma que debe negarse a los particulares la potestad de acortar la duración de la prescripción, porque ella es materia de derecho preceptivo reservada a la ley, y por ende, inderogable. La ley debe entonces determinar la duración máxima de la prescripción ordinaria, o la duración menor de las especiales, teniendo en cuenta las peculiaridades de los diversos grupos de derechos, atemperando de esa manera el interés del deudor, de liberarse en el menor tiempo posible, y el del acreedor, de conservar su derecho por el más largo tiempo ¹²⁰.

Consideramos que es posible la abreviación de los plazos mediante negocio jurídico, dentro de ciertos límites, dado que la autonomía privada por esencia está sujeta a múltiples limitaciones. Así, sería inválido un pacto que acortara de tal manera los plazos legales que dejase al titular del derecho sin posibilidad real de ejercerlo o que de otro modo lo dificultase de manera notoria ¹²¹. No es obstáculo para la modificación de los plazos legales el carácter de orden público de sus normas, puesto que la imperatividad e inderogabilidad de la disciplina no es absoluta, sino relativa, como lo demuestra el hecho que el Código prohíbe la renuncia en forma anticipada, pero no la renuncia *ex post*, ni el reconocimiento interruptivo de su curso, que da comienzo a un nuevo plazo prescriptivo.

Nuestra jurisprudencia ha sostenido la validez de las cláusulas que abrevian la prescripción extintiva ¹²².

¹¹⁷ BAUDRY-LACANTINERIE – TISSIER, N° 100 *quinquies*, 88.

¹¹⁸ ALAS – DE BUEN – RAMOS, N° 145, 261.

¹¹⁹ Entre otros: M. PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit Civil*, T. II, 10ª edición, LGDJ, París, 1926, N° 648, 222. PUGLIESE, N° 145, 260-262. GROPALLO, 221. COVIELLO, 515 y nota 3. ARGANARÁS, 159. BUERES – MAYO, 342. PIZARRO – VALLESPINOS, 672. A. ALTERINI – J. AMEAL – R. LÓPEZ CABANA, *Curso de Obligaciones*, T. 2, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, 362. G. BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. II, Perrot, Buenos Aires, 1983, 112.

¹²⁰ PUGLIESE, N° 145, 261-262.

¹²¹ DÍEZ-PICAZO-GULLÓN, 449. Es el criterio seguido por el Código italiano para la caducidad convencional (artículo 2965).

¹²² Una reseña puede verse en S. CESTAU, “*De la caducidad y de la prescripción extintiva*”, LJU, T. 2, Montevideo, 1941, 18, nota 43. Entre otros pronunciamientos pueden citarse: TAC 7º, sentencia 239, de 10 de octubre de 2007, caso 590, ADCU, T. XXXVIII. TAC 4º, sentencia N° 173, de 21 de junio de 2006, caso



Destaca Rivero Hernández ¹²³ que en la concepción y funcionamiento de la prescripción hoy dominante se reconoce cierto margen a la autonomía en el ámbito de los derechos e intereses disponibles; tanto los autores como los ordenamientos se muestran cada día más proclives a aceptar una limitada intervención de la voluntad privada en la modificación de los plazos, sobre todo para abreviarlos. Pero ese acortamiento no debe dejar indefensa o en situación de clara inferioridad a una de las partes. Con la reforma de 2001 del derecho alemán de obligaciones se incorpora una especial limitación para la responsabilidad por dolo ¹²⁴: el artículo 202-I establece: “*En caso de responsabilidad por actos y omisiones deliberados el plazo de prescripción no puede ser acortado anticipadamente por medio de pacto*”. Se admite en cambio la modificación si tiene lugar *después* del nacimiento de la respectiva pretensión ¹²⁵.

La doctrina ¹²⁶ advierte por cierto sobre los peligros y abusos que encierran, fundamentalmente en los contratos por adhesión, en los cuales el predisponerte puede abusar de su mayor poder negocial, extremo incontrovertible al que sin embargo no ingresaremos dadas las limitantes de este trabajo, centrado en la actuación de la autonomía privada en el régimen general del Código Civil, que disciplinó un modelo de contrato paritario, producto de la libre negociación de las partes.

5.4.2. – La mayoría de los autores se pronuncian contra los pactos de extensión de los plazos ¹²⁷, dado el carácter de orden público de la institución y la prohibición de re-

644, ADCU, T. XXXVII. TAC 1º, sentencia Nº 382, de 7 de diciembre de 2005, caso 270 del ADCU, T. XXXVI. TAC 3º, sentencias Nº 6 y 139, de 24 de febrero y 23 de junio de 2003, casos 539 y 540, ADCU, T. XXXIV. TAC 3º, sentencia Nº 145, de 7 de agosto de 2002, caso 514, ADCU, T. XXXIII. TAC 1º, sentencia Nº 37, de 14 de marzo de 2001; TAC 4º, sentencia Nº 61, de 25 de abril de 2001, casos 609 y 610, ADCU, T. XXXII.

¹²³ Ob. Cit., 190 y 191.

¹²⁴ Sobre la reforma en materia de prescripción extintiva: H. GROTHE, 25-29. RUDA GONZÁLES, Ns. II y III. A. LAMARCA I MARQUÉS, “*La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB*”, InDret 2/2001, Barcelona, abril de 2001, 2-4; “*Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones*”, InDret 1/2002, Barcelona, enero de 2002, 4 y ss.

¹²⁵ RUDA GONZÁLES, Nº II, 1.

¹²⁶ PLANIOL, 222 en texto y nota 1. COVIELLO, 515, nota 3. ARGANARÁS, 159. BUERES – MAYO, 342. L. JOSSERAND, *Derecho Civil*, T. II Vol. 1, Ejea, Buenos Aires 1950, 758. MAZEAUD, 437.

¹²⁷ SANTORO PASSARELLI, “*Prescrizione e decadenza*”, 574. K. LARENZ, *Derecho Civil. Parte General*, Edersa, Jaén, 1978, 334. GROPALLO, 221. PUGLIESE, Nº 144, 259. COVIELLO, 515, en texto y nota 3. ALAS – DE BUEN – RAMOS, 260-261. BAUDRY-LACANTINERIE – TISSIER, Nº 65, 58-59, aunque admiten para las prescripciones cortas. CARBONNIER, 176. GARCÍA AMIGO, 893. ABELIUK, 1005. ARGANARÁS, 157-158. LLAMBÍAS, 504. BUERES-MAYO, 341-342. PIZARRO– VALLESPINOS, 671. BORDA, 111. BERDAGUER, Ob. Cit., T. IV, 366



nunciar anticipadamente. Carecen de validez porque al prolongar el tiempo de la prescripción acrecientan la incertidumbre en las relaciones jurídicas que la ley ha querido hacer cesar, configurando una renuncia anticipada a prescribir en el plazo legal ¹²⁸, una renuncia a las ventajas que la prescripción extintiva comporta, al sujetarla a mayores exigencias.

Sin embargo, como expresan Díez-Picazo y Gullón Ballesteros ¹²⁹, no es exacto que ese tipo de pacto contenga una renuncia anticipada, pues lo que el precepto legal prohíbe es la *imprescriptibilidad* establecida convencionalmente, y de ello no se infiere que esté vedado un alargamiento de los plazos, salvo que por su extensión terminaren de hecho por convertir lo prescriptible en imprescriptible.

En efecto, tradicionalmente se ha enfocado la cuestión desde la perspectiva que adoptaron los comentaristas clásicos del *Code*, esto es, la prohibición de renunciar por anticipado a la prescripción ganada y de allí infieren que tampoco pueden, anticipadamente, convenir que el plazo de la prescripción sea mayor que el fijado por la ley.

Para Domínguez Luelmo y Álvarez este planteamiento resulta insólito, porque no se acierta a ver qué relación pueda tener la posibilidad o imposibilidad de renunciar a la prescripción, con admitir o no la alteración convencional de los plazos legales en la materia. Lo que en rigor la ley ha querido al sancionar la prohibición de renunciar por anticipado a la prescripción es vetar la posibilidad de convertir en imprescriptible un derecho subjetivo que por naturaleza es prescriptible. Si se pacta un plazo de prescripción excesivamente largo para eludir la prohibición de la renuncia anticipada, lo que se produce según los citados doctrinarios es un fraude a la ley. Lo coherente sería admitir una alteración de los plazos que se mueva entre un mínimo y un máximo previsto legalmente ¹³⁰.

Sin duda lo ideal es que la ley fije un máximo –y también un mínimo– como acontece en los sistemas alemán, francés y catalán.

Entendemos que es posible acordar la extensión de los plazos legales dentro de ciertos límites temporales. En nuestro Código Civil, en materia de derechos personales, el plazo ordinario de la prescripción extintiva es de 20 años (artículo 1216). Pero aquí, a diferencia de la caducidad, el momento final no es fijo, sino variable ¹³¹, dado que pue-

¹²⁸ ALAS – DE BUEN – RAMOS, 261-262. ARGANARÁS, 157.

¹²⁹ *Ob. Cit.*, 449.

¹³⁰ DOMÍNGUEZ LUELMO – ÁLVAREZ ÁLVAREZ, “La prescripción en los PECL y en el DCFR”, 21-22.

¹³¹ TEDESCHI, “Ancora sulla distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza”, 243. MAGAZZÙ, 234.



den existir suspensiones e interrupciones en su curso. No obstante, las suspensiones que establece la ley (artículo 1243) tienen un límite: transcurridos 30 años no se tomarán en cuenta (arts. 1244, inciso 2 y 1569, inciso 3). El legislador, en aras a la certeza de las relaciones jurídicas, ha dispuesto que la situación en caso de suspensión del curso de la prescripción no pueda sobrepasar los 30 años, pues aquí, a diferencia de la interrupción, no comienza un nuevo período, poniendo así un término final al estado de incertidumbre.

Entendemos que dentro de ese límite temporal es perfectamente posible alargar los plazos legales, sin que ello signifique renuncia anticipa a la prescripción – pues ella seguirá operando – o se vulnere el interés general¹³².

En un plano estrictamente pragmático parece razonable pretender alargar los plazos de las prescripciones cortas, pero dado el extenso período de 20 años que el Código establece como principio general para la prescripción ordinaria, no parece plausible la existencia de un interés que justifique su extensión en este caso.

El argumento contrario a la admisión de una ampliación convencional de los plazos legales, basado en que ello conspira contra la *ratio* del instituto (que es poner un punto final a la situación de incertidumbre) no tiene el carácter concluyente que pretende atribuirse, puesto que el propio ordenamiento prevé supuestos en que se alargan los plazos de prescripción, como sin duda lo son las causas de *interrupción*. Mediando una causa de interrupción del curso de la prescripción extintiva, sea civil o natural, se borra el tiempo transcurrido y da comienzo a un nuevo período idéntico, por lo que el término de prescripción puede prolongarse en forma indefinida, sin que se verifique una total ruptura de la institución. Más aún, este prolongarse de la incertidumbre mediante causales interruptivas no tiene un límite máximo fijado por la ley, a diferencia de lo que sucede con la *suspensión* del curso de la prescripción, donde el legislador estableció un término final (treinta años), pasado el cual ya no se tendrán en cuenta las suspensiones.

Por lo tanto, como expresa Rivero Hernández, la viabilidad de un alargamiento temporal es una cuestión de proporcionalidad y de límites. Y la proporcionalidad bajo la cual deben juzgarse las restricciones a la autonomía privada en este tipo de pactos debe remitirse, sobre todo, a la propia extensión de los plazos legales de prescripción¹³³.

En la reforma del BGB y del Código Civil francés, que introducen un amplio margen a la autonomía privada en la materia, se admite el alargamiento de dichos plazos, tam-

¹³² Para PANTALEÓN PRIETO, *Ob. Cit.*, 5013, el límite son 15 años (artículo 1964 CC español).

¹³³ RIVERO HERNÁNDEZ, *Ob. Cit.*, 126. GARCÍA VICENTE, *Ob. Cit.*, 455.



bién con un límite máximo: 30 años (artículo 202-II) del punto de partida legal del plazo de prescripción el primero ¹³⁴ y veinte años el segundo (artículo 2232).

5.5. – La viabilidad de una suspensión dispuesta negocialmente da lugar a respuestas divergentes, cuestión íntimamente vinculada a la modificación convencional de los plazos legales.

Quienes la niegan se basan en el carácter de orden público de la prescripción, en que el Ordenamiento Jurídico regula la suspensión de la prescripción con normas imperativas inspiradas en motivos de interés general, que excluyen la libertad de los particulares ¹³⁵. De ello se derivaría la indisponibilidad de la materia, y por ende, la nulidad del negocio. De todos modos, dice Díez-Picazo ¹³⁶, hay que preguntarse si no cabría asignarle efecto interruptivo, desde que existe un claro reconocimiento del derecho en prescripción. La respuesta no puede ser sino negativa pues se daría el contrasentido que el negocio, que no produce el efecto realmente querido por las partes (suspensión), vendría a desplegar otro distinto y mayor (interrupción) que no ha sido pretendido.

A favor de la suspensión se pronuncian Alas, De Buen y Ramos ¹³⁷, señalando que las partes pueden convertir en obligación a término la que era pura y simple, siempre que ello ocurra antes del comienzo de la prescripción, porque de lo contrario habría un reconocimiento por parte del deudor, que interrumpe su curso.

A nuestro juicio eso no es suspensión, sino aplazamiento de la exigibilidad para un momento posterior al nacimiento de la obligación. En rigor la suspensión convencional comporta la parálisis del curso de la prescripción ya comenzada, o el aplazamiento de su comienzo para un momento ulterior y distinto al que marca la ley ¹³⁸.

Estimamos admisible la suspensión convencional del curso de la prescripción siempre que se determinen las circunstancias concretas y los extremos temporales en que opera, que en ningún caso podrían superar el límite señalado para los pactos que alargan la

¹³⁴ Cfme. ZIMMERMANN, 177. GROTHE, 29. RUDA GONZÁLEZ, N° 1, 2. LAMARCA I MARQUÉS, “*Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones*”, 4. R. CAPONI, “*La nuova disciplina della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana*”, *Corriere Giuridico*, 2006, 1324 y 1325.

¹³⁵ PUGLIESE, N° 98, 165. PIZARRO – VALLESPINOS, 701.

¹³⁶ *La prescripción en el Código Civil*, 101-102, citado por ALBALADEJO, 299.

¹³⁷ *Ob. Cit.*, N° 111, 200-201. También LACRUZ BERDEJO, 348; JOSSERAND, N° 992, 758; RIVERO HERNÁNDEZ, 149.

¹³⁸ BAUDRY-LACANTINERIE– TISSIER, Ns. 64 bis y 372, 58 y 287.



prescripción¹³⁹. Si es viable un alargamiento de los plazos legales debe serlo también la suspensión, pues como anota Albaladejo¹⁴⁰, “tanto alarga el que alarga, como el que deja de contar y luego recomienza, pero sin computar el tiempo en que no contó, pues así alejó el momento final”. Por otra parte no existe prohibición legal y el orden público lo que exige es que las normas sobre prescriptibilidad no queden al arbitrio de los particulares¹⁴¹.

Habrà que tener cuenta, como anota Díez-Picazo, la causa del acuerdo y los efectos que pretenden las partes, siendo inadmisibile una suspensión por tiempo indeterminado tendiente a excluir de forma permanente la verificación de la prescripción. En cambio, sería válido un convenio de ese tipo a fin de entablar determinadas negociaciones sin la premura por el vencimiento del término¹⁴². En esa línea con la reforma del BGB (artículo 203) se ha dispuesto el efecto suspensivo de las negociaciones entre las partes respecto a las pretensiones en juego¹⁴³, al igual que en los Principios de Derecho Contractual Europeo, que lo regula como un caso de *vencimiento diferido* del plazo de prescripción, y el Código Civil francés luego de la reforma del régimen de la prescripción llevada a cabo por la Ley 2008-561, de 17 de junio. Este último dispone además en la Sección 3, bajo el título “*De l’aménagement conventionnel de la prescription*”, que las partes de común acuerdo pueden “*ajouter aux causes de suspension ou d’interruption de la prescription prévues par la loi*” (artículo 2254, inciso 2º) lo que comporta un reconocimiento de un amplio margen de actuación a la autonomía privada en la materia, teniendo en cuenta especialmente que en el inciso 1º se proclama la libertad para alargar o abreviar los plazos legales. Sin embargo, al igual que en éstos, se establecen limitaciones para aquéllos, especialmente en materia de salarios, pensiones alimenticias, etc.

¹³⁹ En el derecho alemán el límite fijado para el alargamiento de los plazos lo aplica la doctrina para la suspensión convencional. Cfme. RUDA GONZÁLEZ, N° 3, 4.

¹⁴⁰ Ob. Cit., 331.

¹⁴¹ DÍEZ-PICAZO, Ob. Cit., 102.

¹⁴² Ob. Cit., 101-102. Adhiere ALBALADEJO, 300.

¹⁴³ Cfme. ZIMMERMANN, Ob. Cit., 167 y 168. GROTHE, “La reforma del Derecho Alemán de Obligaciones”, 29. LEVANO, “La Prescription Extinctive en Droit Alemand après la Réforme du Droit des Obligations”, 956-957. CAÑIZARES LASO, “La prescripción en el BGB después de la reforma del Derecho de las Obligaciones”, 427. INFANTE RUIZ, “Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de Obligaciones: la necesitada modernización del Derecho de Obligaciones y la Gran Solución”, 162.



6. – En el Derecho comparado, como hemos señalado siguiendo a Rivero Hernández ¹⁴⁴, existen dos grandes concepciones en la regulación del instituto. Por un lado la de aquellos sistemas que establecen un régimen uniforme, sin atender a la naturaleza de las relaciones sobre las cuales opera; por el otro, aquellos que distinguen entre relaciones disponibles e indisponibles, sometiéndoles a un diverso régimen.

Para el Derecho español, cuyo Código Civil –al igual que el nuestro– no contiene una orgánica disciplina del instituto, la doctrina estima útil atender a la naturaleza de la relación a fin de construir el régimen jurídico aplicable. En ese sentido dice el doctrinario –citado que aunque la cuestión no está clara en el actual régimen jurisprudencial de la institución, “hay motivos razonables y bien fundados para hacer una cierta, incluso importante distinción entre los derechos y las relaciones indisponibles (derechos fundamentales, estado civil de la persona) y los sometidos a la disponibilidad de los interesados (retractos, acciones rescisorias y edilicias, de anulación contractual) a efectos del régimen jurídico de la caducidad, de sus plazos de ejercicio y otros extremos” ¹⁴⁵.

Resulta fundamental, pues, tener presente la concepción que se adopte al respecto, ya que las soluciones en cuanto a la actuación de la autonomía privada habrán de variar de un sistema a otro.

6.1. – En cuanto a la caducidad de origen convencional existen diversos aspectos a ser analizados, como su propia procedencia, las limitaciones a la autonomía privada en la extensión de los plazos fijados, la confluencia con los pactos de abreviación de la prescripción liberatoria, la renuncia a la configuración de la caducidad y los efectos del reconocimiento del derecho.

6.1.1. – A diferencia de la prescripción extintiva, en la caducidad se admite con carácter general para los derechos disponibles la posibilidad que el plazo tenga su origen en la voluntad de las partes ¹⁴⁶.

¹⁴⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, *La suspensión de la prescripción en el Código Civil español*, 216.

¹⁴⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, 216-217. Así lo ha hecho la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Primera Ley del Código Civil de Cataluña (artículo 122).

¹⁴⁶ Cfme. PUGLIESE, 262-264 y 328-329. CARAVITA DI TORITTO, 305. GROPALLO, 221. ROSELLI, 4. MAGAZZÙ, 235 y 239. ROMANO, 190. TEDESCHI, “*Decadenza*”, 772; “*Ancora sulla distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*”, 243. FERRUCCI, 644. SANTORO PASSARELLI, “*Prescrizione e decadenza*”, 569; *Doctrinas Generales*, 138. MESSINEO, *Manual*, 78. BARBERO, 373. TRABU-



Señala Roselli¹⁴⁷ que en tanto cualquier derecho, salvo taxativas excepciones, nace sujeto a prescripción extintiva por el solo efecto de las normas generales al respecto, la caducidad no puede verificarse fuera de una *específica y expresa* previsión legislativa o negocial.

En ese sentido, por ejemplo, los Códigos italiano (artículo 2965), portugués (artículo 330) y boliviano (artículo 1516), permiten la estipulación voluntaria de la caducidad, con ciertas limitaciones.

En nuestro sistema, a pesar que el Código Civil no la ha disciplinado, han sido previstas una serie de hipótesis que configuran típicos casos de caducidad, admitiéndose expresamente la actuación de la autonomía privada. Esto sucede en materia de pacto comisorio (artículo 1741), pacto de mejor comprador (artículo 1743) y retroventa (artículo 1754), donde el legislador ha dispuesto el término máximo de caducidad, dejando a criterio de los particulares, en aras a la seguridad y certeza de las relaciones jurídicas, autorregular sus intereses acordando la correspondiente extinción en un lapso menor. Y con carácter general ello se infiere del inciso 2º del artículo 1229, en sede de prescripción, pues allí se contemplan los plazos acordados por las partes “*en cualquier otra materia*”, expresión sin duda comprensiva de la caducidad de los derechos.

La admisión de la voluntad privada en esta materia genera un importante problema de delimitación con los pactos de abreviación de los términos de prescripción, que la doctrina es proclive a aceptar en líneas generales.

Por otra parte, en tanto a la autonomía privada “le es connatural la idea de límite”, la validez de este tipo de acuerdo no puede ser irrestricta, por lo que habrá de estar subordinada a la no vulneración de ciertas garantías mínimas.

6.1.2. – Naturalmente, la caducidad negocial no es admisible en materia de derechos de naturaleza indisponibles, en la medida que se encuentran fuera de la competencia normativa y dispositiva de los particulares, dado el interés social y público afectado¹⁴⁸.

En ese ámbito el Código Civil italiano (artículo 2968) consagra la inmodificabilidad de la disciplina legal de la decadencia.

Sin embargo, no es pacífico si un término de caducidad pueda operar aquí, pues la citada

CCHI, 143. SALLÉ DE LA MARNIERRE, 1061-1062. GARCÍA AMIGO, 909-910. E. GÓMEZ CALLE, Voz “*Caducidad*”, Enciclopedia Jurídica Básica, T. I, Madrid, 1995, 858. Díez-PICAZO– GULLÓN, 457. PUIG BRUTAU, 59. ABELIUK, 998, nota 1222. ARGANARÁS, 321. BERDAGUER, T. IV, 432.

¹⁴⁷ ROSELLI, 2.

¹⁴⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, 220-221. Cfme. también PUGLIESE, 328.



norma puede adoptarse a favor de la *tesis positiva* como argumento *a contrario* (si las partes no pueden modificar el término establecido por la ley, pueden en cambio establecer un término que la ley no ha previsto) y a favor de la *tesis negativa* como argumento *analógico* (si para los derechos indisponibles la caducidad es “establecida por la ley” y la disciplina es inmodificable, a fortiori no es posible crearla mediante negocio) ¹⁴⁹.

Pero aun tratándose de relaciones y derechos disponibles, la validez de los pactos en cuestión tiene como límite el no hacer excesivamente difícil el ejercicio del derecho (Código Civil italiano, artículo 2965; Código Civil boliviano, artículo 1516; Código Civil y Comercial de Argentina, artículo 2568) o que implica fraude a las disposiciones legales de la prescripción.

Según la doctrina ¹⁵⁰ la *excesiva dificultad* debe ser apreciada no solo en función de la brevedad del término, sino también de la situación del sujeto que ha de ejercer del derecho. Por consiguiente, ello debe ser valorado caso por caso, teniendo en cuenta las concretas circunstancias y especialmente la naturaleza del acto a ser cumplido, de modo tal que un plazo de pocos días puede reputarse suficiente para la simple denuncia de un determinado hecho, pero insuficiente para promover una demanda judicial.

Destaca Pugliese ¹⁵¹ que el negocio jurídico en cuestión no puede ser utilizado *in fraudem legis*, que se verificaría si la sustitución de la prescripción por una caducidad convencional no va destinada a satisfacer el fin lícito de tutelar más enérgicamente el interés de la parte que la estipula en su propio favor, sino que es movido por el reprochable propósito de coartar excesivamente el *ius agendi* de la otra parte.

Con esa limitación, en materia disponible, las partes pueden crear *ex novo* una caducidad o modificar los plazos legales, ampliándolos (no más allá del máximo establecido por la ley) o reduciéndolos ¹⁵².

6.1.3. – Si los plazos de la prescripción extintiva son inmodificables –el Código Civil italiano de 1942 dispone expresamente la inderogabilidad de la disciplina del instituto– parecería una grave incoherencia admitir que en su lugar pueda acordarse una caducidad convencional ¹⁵³.

¹⁴⁹ TEDESCHI, “*Decadenza*”, 772. ROSELLI, 4.

¹⁵⁰ TEDESCHI, “*Decadenza*”, 773. MAGAZZÙ, 239.

¹⁵¹ PUGLIESE, 264

¹⁵² MAGAZZÙ, 239.

¹⁵³ GROPALLO, 221. FERRUCCI, 647. Este último autor expresa que la admisión de la caducidad con-



Sin embargo, dice Gropallo ¹⁵⁴, tal contradicción es solo aparente, pues una cosa es estipular un término de decadencia y otra es abreviar el término de la prescripción, diversidad que deriva de la distinta función de ambas instituciones. Argumenta que no es lícito modificar los términos de la prescripción porque solo al legislador compete valorar y determinar cuánto tiempo conviene tolerar el estado de suspensión e incertidumbre derivado del no ejercicio de un derecho, pero no puede impedirse que las partes puedan obtener una rápida y pronta liquidación de la relación mediante la introducción de un término de caducidad.

Según Pugliese ¹⁵⁵, si bien se consigue un resultado prácticamente igual, se lo obtiene por una vía *diversa e indirecta*, en la medida en que la prescripción no es modificada, sino sustituida por otro instituto dotado de una más rígida y enérgica eficacia; en suma, no se altera el medio legal, sino que se adopta otro medio.

Tal como lo hemos señalado, en el sistema civil uruguayo no existe norma expresa que disponga la inderogabilidad de la disciplina de la prescripción extintiva, por lo cual, dentro de ciertos límites, son válidos los pactos tendientes a reducir los plazos, circunstancia que impone precisar los criterios para diferenciarlos de la caducidad convencional.

En la doctrina italiana Gropallo ¹⁵⁶ destaca que en la práctica no puede ser difícil discernir si se trata de una u otra estipulación, pues existen dos criterios fundamentales para identificar la caducidad convencional: el primero, el de la *brevedad del término* (si las partes han dispuesto para el ejercicio de una acción un término de 15 años no puede decirse que han querido con ello obtener una rápida liquidación de la relación, siendo en consecuencia una abreviación del plazo de prescripción); el segundo, la *costumbre* entre las partes, o de una de ellas, de concluir contratos similares a aquél en cuestión, con un breve término para el ejercicio de la acción (la frecuencia de tales relaciones permitirá reconocer e individualizar la función característica de la caducidad).

Por nuestra parte pensamos que los criterios básicos para determinar si se trata de una caducidad convencional o de una reducción del plazo de prescripción son la intención de las partes y la brevedad del término.

convencional viene a afectar gravemente la inderogabilidad de la disciplina de la prescripción (artículo 2936 del CC italiano), tratándose de un límite ilógico, con el que se alarga, y no se restringe, el poder de derogar.

¹⁵⁴ GROPALLO, 221. Véase también PUGLIESE, 263-264, nota 3.

¹⁵⁵ PUGLIESE, 263.

¹⁵⁶ GROPALLO, 221.



Efectivamente, en el ámbito de las relaciones jurídicas disponibles rige el principio de autonomía privada, que comporta el reconocimiento a cada sujeto de derecho de una esfera jurídica de actuación y disposición, exclusiva y excluyente, en virtud de la cual pueden autorregular sus intereses. Por lo tanto, a lo primero que debe atenderse es a la voluntad de las partes; hay que determinar, interpretación mediante, cuál ha sido la intención de las mismas, si la extinción automática del derecho en un breve plazo o la disminución del plazo legal de prescripción.

El segundo criterio es el de la brevedad del término acordado –propuesto por Gropallo– que servirá para dilucidar los casos dudosos en cuanto a la determinación de la intención de las partes.

6.2. – Es un negocio jurídico dispositivo en sentido estricto, cuya eficacia típica es la extinción de un derecho o un poder por la sola manifestación unilateral de voluntad del renunciante.

En general el objeto de la renuncia es siempre un derecho o un poder¹⁵⁷; en el caso de la caducidad es el poder jurídico de invocarla, del cual se desprende el sujeto¹⁵⁸.

6.2.1. – Para algunos autores, dado el interés social involucrado, no es posible la renuncia anticipada a la caducidad¹⁵⁹.

Sin embargo, un numeroso y calificado sector de la doctrina la admite¹⁶⁰, sobre la base que las razones que obran para su prohibición en la prescripción extintiva –en nuestro Código Civil, artículo 1189 inciso 1º– no son aplicables al instituto de la caducidad en *materia disponibile*. En tal sentido dice Magazzù que nada impide la renuncia al poder de oponer un hecho, siendo la prohibición de renunciar anticipadamente a la prescripción de corte excepcional, que se justifica por la específica razón de orden público, reconducible a una exigencia de tutela de un interés general que está en la base del instituto. Pero el fundamento de la caducidad no es de orden público, por lo cual no es posible limitar la autonomía dispositiva del interesado, que será eficaz a condición que se verifique el hecho (inob-

¹⁵⁷ MESSINEO, “*Variazioni sul concetto di «rinunzia alla prescrizione»*”, 507 y 508.

¹⁵⁸ Así lo señala PUGLIESE para la prescripción (*Ob. Cit.*, 266).

¹⁵⁹ PUGLIESE, 331.

¹⁶⁰ BAUDRY-LACANTINERIE – TISSIER, 55. ROSELLI, 6. MAGAZZÙ, 239. TEDESCHI, “*Decadenza*”, 789. PELLIZZI, 43, nota 11. AZZARITTI – SCARPELLO, *Decadenza*, Comentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma 1953, 682. SARACENO, *Decadenza*, Comentario D’Amelio, Tutela dei Diritti, Firenze, 1943, 1052 (los dos últimos citados por MAGAZZÙ, 239, nota 2).



servancia del término) al cual se conecta directamente el surgimiento del poder de oponerla ¹⁶¹. Renuncia que puede inferirse de hechos incompatibles con la voluntad de ampararse en la caducidad y que difiere del reconocimiento impeditivo ¹⁶².

Entendemos que en la medida en que los intereses involucrados no excedan la esfera de lo meramente individual, podrá preventivamente el sujeto favorecido por la caducidad privarse del eventual poder de invocarla, pero no puede impedir que se consume si transcurre inútilmente el término sin que se realice el acto previsto por la ley o el contrato, ni que pueda y deba ser estimada de oficio por el tribunal en todo proceso en que se deduzca una pretensión basada en un derecho que ha caducado. A diferencia de la prescripción extintiva, que admite interrupciones provenientes de actos de la persona que se encuentra en situación jurídica pasiva y que solo opera cuando la haga valer judicialmente el mismo interesado, en la caducidad no está en el poder del sujeto pasivo impedir que se consume, ni que el derecho se extinga automáticamente por el solo transcurso del plazo.

6.2.2. – Para Gropallo ¹⁶³ no es posible la renuncia a la caducidad en curso, esto es, a la eficacia del tiempo ya transcurrido, porque ello importaría interrupción, lo cual es incompatible con el concepto mismo de caducidad.

Tal argumento puede ser objetado, pues si la caducidad no es susceptible de ser interrumpida, mal puede haber interrupción por renunciar a la caducidad en curso, instituto en el que uno de sus rasgos tipificantes es el efecto extintivo automático.

El eventual favorecido podrá despojarse del poder de invocar la caducidad, pero no puede evitar que se verifique, máxime cuando el reconocimiento –que pudiere aparejar– es inidóneo para impedirla, a diferencia de la prescripción en curso, donde la renuncia comporta un reconocimiento interruptivo.

6.2.3. – En los derechos disponibles se admite en general la renuncia a la caducidad ¹⁶⁴.

¹⁶¹ MAGAZZÙ, 239. Coincide ROSELLI, 6.

¹⁶² TEDESCHI, “*Decadenza*”, 789. Véase también PELLIZZI, 42-43, nota 11.

¹⁶³ GROPALLO, 222.

¹⁶⁴ PUGLIESE, 331 y 332. ROSELLI, 7. TEDESCHI, “*Decadenza*”, 788 y 789. GROPALLO, 222. SANTORO PASSARELLI, “*Prescrizione e decadenza*”, 573. BARBERO, 374. ALBALADEJO, 315. ARGANARÁS, 325. Contra: MANCA, “*Irrinunziabilità della decadenza*”, *Foro Italiano*, 1940, I, 215 y ss. GÓMEZ CALLE, 857. IRURETA GOYENA, 260. BERDAGUER, *Ob. Cit.*, T. IV, 433.



Dice al respecto Pugliese¹⁶⁵ que si la caducidad ha cumplido su función, el efecto que provoca constituye un beneficio para la persona favorecida por la misma, por lo cual, al igual que la prescripción, puede renunciarse.

Para Albaladejo¹⁶⁶ el fundamento para admitirla está en que si los interesados pueden volver a crear la situación caducada, no habría razón para negar que puedan proceder a su “*restablecimiento*” mediante renuncia. No obstante, refiere a dos argumentos fundamentales que operan en contra: el primero, que la caducidad no está en manos de los particulares, siendo apreciable de oficio; el segundo, que solo pueden restablecer la situación, renunciando, quienes, como en la prescripción, pueden evitar que se consume, interrumpiendo su curso, lo cual no sucede en la caducidad, que no admite interrupciones.

Entendemos que el sujeto favorecido puede renunciar a la caducidad y que al hacerlo abdica de su derecho a invocarla, pero no puede impedir que el derecho se extinga automáticamente, ni que a nivel procesal ello sea declarado de oficio por el Juez. Con la renuncia no se produce *restablecimiento* o *resurgimiento* alguno del derecho, lo cual, como advierten Díez-Picazo y Gullón¹⁶⁷ para la prescripción, sería un evidente contrasentido: que un derecho extinguido pueda nacer y atribuirse por la sola voluntad del sujeto pasivo. Siendo rasgos tipificantes de la caducidad el obrar de pleno derecho, ser relevante de oficio e insusceptible de interrumpirse, consumada la misma el derecho se habrá extinguido automáticamente. A partir de ese momento la renuncia de la persona beneficiada solo podrá tener por objeto el poder de hacerla valer, esto es, el derecho de invocar su propia liberación. Claramente lo consigna Magazzù: el objeto de la renuncia es el poder de oponer la caducidad¹⁶⁸. No puede ser de otra manera pues se renuncia a un derecho del propio renunciante, no a un derecho ajeno¹⁶⁹ (el que caducó).

En el plano material la renuncia surtirá sus efectos y el renunciante, que abdicó del poder de hacer valer la caducidad, podrá actuar en términos tales de satisfacer el interés de la contraparte. Por ejemplo, caducada la acción redhibitoria, el vendedor que renunció al derecho de oponerla, ante requerimiento extrajudicial del comprador, podrá proceder a la reducción del precio o a indemnizar el daño causado por el vicio oculto de la cosa vendida. Pero en un proceso judicial no podrá impedir que la caducidad de tal acción sea

¹⁶⁵ PUGLIESE, 331.

¹⁶⁶ ALBALADEJO, 315.

¹⁶⁷ DÍEZ-PICAZO – GULLÓN, 455.

¹⁶⁸ MAGAZZÙ, 238.

¹⁶⁹ MESSINEO, “*Variazioni sul concetto di «rinunzia alla prescrizione»*”, 515.



declarada de oficio por el tribunal, desestimando la pretensión del comprador por haberse extinguido el derecho.

La diversidad existente entre caducidad y prescripción extintiva determina que en una y otra la renuncia del sujeto beneficiado tenga efectos diferentes respecto a la configuración del típico efecto extintivo de cada institución.

La renuncia a la caducidad es admitida por el Código Civil y Comercial de Argentina (artículo 2571), el Código Civil italiano (artículo 2968, *argumento a contrario*) y el portugués (artículo, 330 apartado 1), decisión de política legislativa coherente y armónica con la expresa consagración de la no estimación de oficio por el Juez en materia de derechos disponibles, quedando en consecuencia al arbitrio de la parte interesada invocarla o renunciar a hacerlo.

6.3. – Así como en la prescripción extintiva el reconocimiento puede tener lugar antes o después de operada, en la caducidad también hay que distinguir un reconocimiento impeditivo (durante el término de decadencia) y un reconocimiento que comporta renuncia (luego de consumada).

6.3.1. – Mientras el curso de la prescripción extintiva puede ser interrumpido, la caducidad solamente puede ser impedida.

Ahora bien, para excluir la caducidad no basta un acto indeterminado de ejercicio del derecho (como en la prescripción), sino que se exige el cumplimiento de un acto específico “previsto por la ley o el contrato” (artículos 2966 CC italiano y 331 apartado 1 CC portugués). En esta institución se asigna relevancia extintiva a la falta de cumplimiento de un determinado acto dentro del término prefijado, de modo que cumplido tempestivamente el presupuesto de la misma viene a faltar definitivamente (impedimento). No existe aquí la posibilidad de aquel reproducirse de la *fattispecie* que es característico de la interrupción de la prescripción, y por consiguiente, una vez impedida no puede surgir un nuevo término de caducidad¹⁷⁰.

Los sistemas que adoptan una concepción diferenciada, basada en la naturaleza disponible o indisponible de las relaciones sobre las cuales opera –como sucede, por ejemplo, en los citados Códigos italiano (artículo 2966) y portugués (artículo 331, apartado 2)– establecen que *impide* la caducidad el reconocimiento del derecho por parte de la persona contra la cual se deba hacer valer el derecho sujeto a decadencia, siempre que se

¹⁷⁰ TEDESCHI, “Decadenza”, 785.



trate de caducidad convencional o legal relativa a derechos disponibles¹⁷¹. Este reconocimiento deberá consistir exclusivamente y específicamente en un acto homólogo al “acto previsto”, de forma tal de tornar inútil el cumplimiento de éste; por ejemplo, en el caso que el acto previsto sea la denuncia de un vicio, se tratará del reconocimiento de la existencia del vicio¹⁷².

Según Coviello¹⁷³ el mismo no se confunde con el reconocimiento interruptivo de la prescripción extintiva, porque no debe ser un acto *qui nihil dat novi*, sino un acto que torna cierto el derecho incierto y que ocupa el lugar de la sentencia que debería recaer al ejercicio de la acción sometida a caducidad, siendo evidente que en tal caso el ejercicio del derecho opera en forma aún más enérgica que la acción, haciendo imposible la caducidad.

La determinación de la naturaleza jurídica del mismo ha dado lugar a opiniones diversas en la doctrina italiana. Messineo¹⁷⁴ entiende que consiste en una declaración de ciencia y no en un acto dispositivo; para Magazzù¹⁷⁵ es un acto jurídico no negocial de carácter unilateral, que puede y debe considerarse un equivalente del acto que debe cumplirse bajo caducidad, cuyo contenido puede adquirir un peculiar grado de especificidad. En cambio, según Roselli¹⁷⁶, corresponde distinguir si lo sometido a caducidad es un derecho potestativo o un derecho de crédito: en el primer caso no puede operar el reconocimiento, puesto que tal derecho es actuable exclusivamente mediante la conducta de su titular, sin cooperación alguna del sujeto pasivo, que se encuentra, justamente, en una situación de sujeción o impotencia; en el segundo caso procede el reconocimiento, que tendrá naturaleza de acto o de negocio jurídico, según los casos.

Más allá de ello, la consagración legislativa del reconocimiento del derecho como causal de impedimento de la caducidad es una solución perfectamente coherente con la no invocación de oficio por el Juez que tanto el Código Civil italiano (artículo 2969), como el portugués (artículos 303 y 333 apartado 2) establecen en forma expresa para los casos de derechos no excluidos de la disponibilidad de los particulares.

¹⁷¹ Sobre el punto PELLIZZI, 42. CARAVITA DI TORITTO, 306. PUGLIESE, 318 y 327. SANTORO PASSARELLI, “*Prescrizione e decadenza*”, 572. ROSELLI, 6. TEDESCHI, “*Decadenza*”, 787-788. MAGAZZÙ, 238. COVIELLO, 522. MESSINEO, *Manual*, 78. BARBERO, 374. ARGANARÁS, 324.

¹⁷² TEDESCHI, “*Decadenza*”, 788. MAGAZZÙ, 238. PELLIZZI, 42.

¹⁷³ COVIELLO, 522.

¹⁷⁴ MESSINEO, *Manual*, 78.

¹⁷⁵ MAGAZZÙ, 238.

¹⁷⁶ ROSELLI, 6.



En nuestro sistema civil, en el que no existe una regulación del instituto y en donde, además, las normas procesales (artículos 24 y 133 del Código General del Proceso) establecen que la caducidad es relevante de oficio por el tribunal, sin distinguir si los derechos son disponibles o indisponibles, la solución debe ser distinta. La caducidad solo resultará impedida si dentro del plazo respectivo se ejerce el acto previsto por la ley o el negocio jurídico¹⁷⁷. Por consiguiente, ni el reconocimiento, la renuncia, o la falta de alegación por parte de la persona contra quien se ejerce el derecho, obstarán a que la caducidad consumada sea relevada de oficio por el juez.

6.3.2. – Se entiende que comporta renuncia a la caducidad el reconocimiento del derecho por parte del sujeto contra el cual deba hacerse valer, si se trata de derechos disponibles y tiene lugar una vez operada aquélla¹⁷⁸. Dicho reconocimiento, configurándose como acto de renuncia a la eficacia preclusiva de la caducidad, asume naturaleza negocial¹⁷⁹.

Como señalamos precedentemente, en nuestro sistema la renuncia será admisible como negocio jurídico abdicativo a través del cual el sujeto se priva del derecho a invocar la liberación, pero no impedirá que la extinción del derecho opere automáticamente, ni que pueda y deba ser declarada de oficio por el Tribunal. Si en la prescripción extintiva es posible una renuncia que impide la verificación del efecto extintivo, es porque no opera de pleno derecho, ni es estimable de oficio, siendo imprescindible que el interesado la haga valer mediante acción o excepción.

6.4. – Parte de la doctrina admite los pactos de suspensión de los términos de caducidad, siempre que la relación jurídica involucrada sea de naturaleza disponible¹⁸⁰.

Ello es perfectamente justificable pues tratándose de derechos disponibles no resulta

¹⁷⁷ La jurisprudencia nacional señala como *impedimento* el ejercicio del derecho con la sola presentación de la demanda dentro de plazo. A vía de ejemplo pueden citarse los siguientes casos del ADCU: T. XXXVI, casos 79-81; T. XXXV, caso 63; T. XXXIV, caso 71; T. XXXIII, caso 23; T. XXXII, caso 13; T. XXXI, caso 112. LACRUZ BERDEJO, *Ob. Cit.*, 354, dice que hace falta un acto “*específico e infungible*” de ejercicio del derecho. GROPALLO, 222, también señala que solo puede ser impedida por la demanda judicial que actúa el ejercicio de la pretensión o por el cumplimiento del acto conservativo, según los casos.

¹⁷⁸ ROSELLI, 6. GROPALLO, 222. MAGAZZÙ, 238. TEDESCHI, “*Decadenza*”, 788.

¹⁷⁹ ROSELLI, 6.

¹⁸⁰ MAGAZZÙ, 239. TEDESCHI, “*Prescrizione estintiva e decadenza*”, 57; “*Decadenza*”, 789. GÓMEZ CALLE, 858. RIVERO HERNÁNDEZ, 215 y ss. Díez- PICAZO- GULLÓN, 457. LACRUZ BERDEJO, 355.



vulnerado el orden público, asumiendo positiva relevancia por ser compatibles los valores del cual es portador el negocio y los valores que expresa el ordenamiento ¹⁸¹.

En nuestra jurisprudencia el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno (sentencia Nº 19, del 1º de octubre de 2003) se ha pronunciado a favor de la suspensión del plazo de caducidad de la acción de saneamiento prevista por el artículo 1726 del Código Civil uruguayo. En el caso las partes, en la audiencia de conciliación, habrían acordado la suspensión del plazo para entablar la acción “*durante los procedimientos y por el tiempo que demore el peritaje*”. Señaló el Tribunal: “si el vendedor puede ser relevado de su obligación de sanear los vicios ocultos mediante estipulación en contrario (artículo 1719 inciso 1º CC), siempre que no los conociere o debiere conocer en razón de su oficio o arte (artículo 1719 inciso 2º CC), a “*fortiori*”, en virtud del principio de quien puede lo más puede lo menos, debe ser válido y eficaz el pacto según el cual se suspende el plazo de caducidad para deducir la acción correspondiente. No se advierte razón de interés general o público que pudieran limitar el ejercicio en este ámbito de la autonomía privada” ¹⁸².

Esta suspensión, al igual que la de la prescripción extintiva, es admisible en la medida en que se determinen las causas y circunstancias concretas, a fin de poder fijar con precisión la verificación del transcurso del plazo de caducidad. No sería procedente una estipulación de suspensión incausada formulada en términos genéricos, puesto que ello atentaría contra la propia *ratio* del instituto, que obedece a una exigencia de certeza y estabilidad de las situaciones, en aras a la seguridad del tráfico jurídico.

7. – El Código Civil uruguayo, de manera imperfecta, regula la prescripción extintiva, pero carece por completo de una específica disciplina de la caducidad.

A pesar de las insuficiencias, y de la falta de previsión sobre la modificación de los plazos legales, es posible reconocer un cierto margen de actuación de la autonomía privada, conforme al fundamento de ambas instituciones y los principios que rigen nuestro sistema civil.

Las modernas normaciones en la materia, como lo revela un importante número de legislaciones comparadas, han admitido un amplio campo en el que puede operar la vo-

¹⁸¹ Así, G. B. FERRI, *Il Negozio Giuridico*, Cedam, Padova, 2001, 69, para el negocio jurídico.

¹⁸² MARTÍNEZ ROSSO (red.), BOSSIO, HOUNIE, ADCU, T. XXXIV, Fcu, Montevideo, 2004, caso 75.



luntad de los particulares, fijando plazos de prescripción relativamente breves y estableciendo una orgánica disciplina para la caducidad de los derechos.

En ese contexto resulta imperiosa una reforma de nuestro Código Civil en algunos aspectos centrales de la prescripción extintiva, tendencia que se manifiesta en las últimas décadas en el Derecho comparado, como lo corroboran las reformas que han sido llevadas a cabo en Alemania (2001) y Francia (2008), por citar tan solo dos ejemplos paradigmáticos.

La aceleración del tiempo en el orden social, con una nueva dinámica en el tráfico económico y jurídico, ha puesto de manifiesto las deficiencias de la regulación de la institución y la necesidad de una profunda reforma legislativa.

Los Códigos Civiles, como ha dicho Patti¹⁸³, fueron concebidos para disciplinar un mundo distinto del de hoy; el mundo de ayer era “*el mundo de la seguridad*”, caracterizado por un ordenado desarrollo de las relaciones sociales y de la previsibilidad de los distintos acontecimientos en las distintas fases de la vida. En ese marco de regularidad y certeza y de lento desarrollo de las relaciones sociales, se justificaban los extensos plazos ordinarios de prescripción, que en esa instancia representaban una buena parte de la vida de la persona humana y que en el momento actual se revelan completamente inadecuados.

La “*aceleración de la historia*” –y de las relaciones sociales– y la velocidad de los medios de comunicación, unidos a una diversa valoración del interés público involucrado, han conducido a un completo replanteamiento de la disciplina de la institución, imponiéndose la sustitución de aquellos términos excesivamente largos, que favorecían al acreedor, por términos más breves, porque se considera digno de tutela el interés del deudor a una rápida consolidación de la situación.

Hoy resulta indispensable abreviar los plazos existentes y fijar con precisión los límites operativos de la autonomía privada, de manera de acompañar la materia a las nuevas exigencias. En ese sentido, en una futura reforma de nuestro Código, debería propenderse al establecimiento de términos más breves, con un plazo general de tres o cinco años como máximo –como ha sucedido con las reformas de 2001 en Alemania o Francia en 2008– sin perjuicio de algunos pocos plazos más que contemplen las particularidades de ciertas relaciones jurídicas. Y dejar a la iniciativa privada la abreviación o extensión de los mismos dentro de ciertos límites razonables, a través de la fijación de topes mínimos o máximos, como lo ha hecho la Ley 2008-561 en Francia, que no

¹⁸³ PATTI, “*Certezza e giustizia nel Diritto della prescrizione in Europa*”, 21 ss.



permite acortar a más de un año, ni extender a más de diez (artículo 2254), o la Ley catalana 29/2002, que impide reducir el plazo legal a más de la mitad o ampliarlo a más del doble (artículo 121-3).

La instancia de reforma debería ser propicia también para una orgánica y precisa disciplina de la caducidad de los derechos, con una regulación diferenciada según la naturaleza disponible o indisponible de la relación jurídica de que se trate –como lo han plasmado efectivamente los Códigos italiano, portugués, catalán y boliviano– mediante una precisa delimitación de las normas de la prescripción extintiva que le resultarían aplicables, a fin de evitar reiteraciones innecesarias, en función de un principio de economía legislativa.

Es oportuna una disciplina diferenciada de la caducidad, en la medida en que no resulta adecuado someter a los derechos de naturaleza disponible al mismo régimen de los que no lo son, fundamentalmente en lo que respecta a la posibilidad de estimación de oficio por el juez, renuncia, modificación convencional de los términos legales y suspensión de su curso por acuerdo de partes.

Desde una perspectiva sistemática, ambas instituciones deberían ser ubicadas en la Parte General, cortando así todo ligamen de unidad de la prescripción extintiva con la usucapción, que pertenece al Derecho de las Cosas.

En el Derecho romano la prescripción extintiva no tenía ningún parentesco con la prescripción adquisitiva, recibiendo incluso denominaciones distintas. No había en realidad un concepto general o unitario de la prescripción, sino dos tipos distintos de prescripción. La concepción unitaria se debe a los glosadores, quienes intentaron encerrar en un concepto unitario usucapción y prescripción extintiva. En ellos, en la doctrina canónica, en la doctrina germánica *Verschweigerung* y en la escuela del Derecho Natural, que siguiendo sus tendencias apriorísticas aceptó el concepto unitario, se ha inspirado la doctrina posterior durante mucho tiempo, manifestándose ello en el Derecho Positivo de los Códigos decimonónicos inspirados en el francés¹⁸⁴.

La cuestión de la ubicación de la regulación de estas dos instituciones depende naturalmente de una decisión de política legislativa. Si bien el lugar más apropiado parece ser el de la “Parte General” de los Códigos, como lo han hecho el BGB, reformado en 2001 (artículos 194 y siguientes) o Código Civil de Brasil de 2002 (artículos 189-211), en algunos sistemas se encuentra emplazada en otras sedes, como sucede en el Código italiano de 1942, donde ha sido ubicada en el Libro de la “Tutela de los Derechos” (Libro

¹⁸⁴ ALAS – DE BUEN – RAMOS, *De la prescripción extintiva*, 2 ss.

JUS CIVILE



Sexto, Título V, artículos 2934-2969) o en el Código Civil de Bolivia de 1976, disciplinada en el Libro del “Ejercicio, Protección y Extinción de los Derechos” (artículos 1492-1520), mientras que en otros la prescripción liberatoria es regulada en el Libro “De las Obligaciones”, como es el caso del Código Civil de Paraguay de 1987 (artículos 633-668).

En lo sustantivo, desanclada la prescripción liberatoria de la acción procesal para ejercer el derecho —con su consabido efecto extintivo, pero con la supervivencia de una *naturalis obligatio*, como sucede hoy en nuestro Código— y reconducido su objeto a la extinción misma de aquél, habrán de diluirse varios de los obstáculos para la admisión de un amplio margen de actuación de la autonomía privada.



MAURO TESCARO

Professore associato di diritto privato – Università di Verona

UNA PROPOSTA RICOSTRUTTIVA CONTRASTANTE CON IL DIRITTO VIVENTE IN TEMA DI RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'INTERNET PROVIDER NEL DIRITTO ITALIANO TRA DIRETTIVA 2000/31/CE, REGOLAMENTO UE 2016/679 E DIRETTIVA UE 2019/790*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I diversi livelli di responsabilità civile del provider ipotizzabili. – 3. La responsabilità civile del provider nella direttiva 2000/31/CE. – 4. (segue) e specialmente nel decreto legislativo n. 70 del 2003. – 5. La criticabile sentenza n. 7708 del 2019 della Cassazione. – 6. La responsabilità civile del provider (e non solo) nell'art. 15 del decreto legislativo n. 196 del 2003 e nell'art. 82 del regolamento UE 2016/679. – 7. Il problema dei c.d. danni punitivi e le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 83 del regolamento UE 2016/679. – 8. Il caso Google contro Vivi Down quale esempio paradigmatico. – 9. Il diritto all'oblio nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea. – 10. La direttiva UE 2019/790. – 11. Conclusioni.

1. – Il presente scritto è dedicato alla responsabilità civile dell'*internet provider* nel diritto italiano con la specifica finalità di coordinare la disciplina di cui agli artt. 12-15 della direttiva 2000/31/CE – «relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno» – e soprattutto di cui agli artt. 14-17 del d.lgs. n. 70 del 2003 (attuativi in Italia della citata direttiva) con quella di cui all'art. 15 del d.lgs. n. 196 del 2003 («Codice in materia di protezione dei dati personali») e poi di cui all'art. 82 del regolamento UE 2016/679 («relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera cir-

* Lo scritto è destinato all'Opera collettanea *Questioni attuali in tema di commercio elettronico*, in preparazione per la *Collana del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Verona*.

Lo scritto rientra inoltre nell'attività di ricerca del gruppo «Informazione e dati nella società globale dell'informazione tecnologica: diritti, responsabilità e tutele – D.I.G.I.T.S.» nell'ambito del Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona «Diritto, Cambiamenti e Tecnologie».



colazione di tali dati»), accennando altresì al rapporto con la più recente direttiva UE 2019/790 («sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale»).

Il tema è particolarmente complicato, considerate la enorme e crescente importanza degli interessi in gioco, la mutevolezza dei relativi assetti e soprattutto la circostanza che le varie previsioni rilevanti non chiariscono sempre inequivocabilmente se, qualora sussistano i presupposti applicativi di più di esse, debba preferirsi l'una o l'altra.

La dir. 2000/31/CE, infatti, nel suo considerando n. 14, si limita, assai sinteticamente, a riconoscere come, vista tra l'altro la dir. 1995/46/CE (oggi, il reg. UE 2016/679¹ che la ha sostituita), sia già presente «un quadro giuridico comunitario nel campo della protezione dei dati personali», giungendo alla conclusione che «non è necessario includere tale aspetto nella presente direttiva per assicurare il buon funzionamento del mercato interno, in particolare la libera circolazione dei dati personali tra gli stati membri». La questione si trova poi trattata, sempre assai sinteticamente, nell'art. 1, par. 5, lett. b), della medesima dir. 2000/31/CE² e pure nella previsione attuativa italiana di cui all'art. 1, co. 2, lett. b), del d.lgs. n. 70 del 2003, secondo cui «non rientrano nel campo di applicazione del presente decreto: [...] b) le questioni relative al diritto alla riservatezza, con riguardo al trattamento dei dati personali nel settore delle telecomunicazioni di cui alla legge 31 dicembre 1996, n. 675, [...] e successive modificazioni», tra le quali successive modificazioni debbono considerarsi, ovviamente, il d.lgs. n. 196 del 2003, compresi i vari interventi poi compiuti dal legislatore su di esso, nonché il reg. UE 2016/679.

La disposizione in parola sembra a parte della dottrina sancire «la priorità applicativa della disciplina legale della *privacy*»³, della quale la normativa sul commercio elettronico si limiterebbe a presupporre la vigenza, con la conseguenza che, riscontrati i presupposti applicativi della disciplina sulla *privacy*, pur versandosi anche in materia di commercio elettronico, la possibilità di invocare le regole sulla responsabilità civile del *provider* di cui agli artt. 14-17 del d.lgs. n. 70 del 2003 sarebbe radicalmente esclusa⁴.

¹ Per una prima introduzione al quale, v. G. FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2017, 1, p. 1 ss.

² Ai sensi del quale: «la presente direttiva non si applica: [...] b) alle questioni relative ai servizi della società dell'informazione oggetto delle direttive 95/46/CE e 97/66/CE».

³ S. SICA, *Recepita la direttiva sul commercio elettronico*, in *Corr. giur.*, 2003, 1248. Su una simile linea di pensiero, ma solo fino all'entrata in vigore del reg. UE 2016/679 (su cui torneremo subito a seguire nel testo), v. anche E. TOSI, *La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, II, p. 262.

⁴ In tal senso, sempre prima del reg. UE 2016/679, v. anche F. BRAVO, *La responsabilità civile degli in-*



Una simile tesi, però, a parte il fatto che rischia di dare per scontato un rigido bilanciamento degli interessi in gioco del tutto a favore della *privacy* (e, al tempo stesso, del tutto a sfavore dei non trascurabili interessi con essa confliggenti: punto, questo, su cui ci soffermeremo *infra*, par. 2), contrasta ora con il tenore letterale del reg. UE 2016/679, il cui art. 2, par. 4, precisa piuttosto che «il presente regolamento non pregiudica [...] l'applicazione della direttiva 2000/31/CE, in particolare le norme relative alla responsabilità dei prestatori intermediari di servizi di cui agli articoli da 12 a 15 della medesima direttiva»⁵, ciò che sembra compatibile persino con la tesi radicalmente opposta rispetto a quella appena accennata, ovverosia con la priorità degli artt. 14-17 del d.lgs. n. 70 del 2003, qualora appaiano invocabili entrambe le normative in discorso⁶.

È, peraltro, indimostrato che la questione debba essere risolta affermando che i presupposti applicativi delle normative in tema di *privacy* e di commercio elettronico si sovrappongano e che debba senz'altro prevalere l'una o l'altra, trattandosi a parere di chi scrive di verificare se non sia invece percorribile, *de iure condito*, una strada interpretativa che affermi la loro armonica coesistenza (salva la possibilità che singoli casi concreti risultino, per il loro particolare atteggiarsi, tenuto anche conto della inarrestabile evoluzione della tecnica, di difficile classificazione, e salva la disciplina di cui alla dir. UE 2019/790, la quale verificheremo – v. *infra*, par. 10 – che sancisce chiaramente la sua priorità, sia pure solo in un particolare ambito).

2. – Nella materia in esame, come già accennato, entrano in gioco vari interessi anche tra loro confliggenti, spettando al legislatore e – nel rispetto delle scelte compiute dallo stesso legislatore – all'interprete l'arduo compito di contemperarli. Pare allora utile, innanzi tutto, elaborare uno schema delle principali soluzioni possibili, predisponendo in tal modo una mappa ideale nella quale potremo poi posizionare le discipline via via esaminate.

ternet service providers, in *La responsabilità d'impresa*, a cura di G. ALPA e G. CONTE, Milano, 2015, p. 703 ss., il quale ha peraltro anche ragionato – p. 708 ss. –, in seguito al citato regolamento, del «ribaltamento della soluzione» e della «supremazia del regime di responsabilità degli intermediari della società dell'informazione (di cui alla direttiva 2000/31/CE) sul regime di responsabilità in materia di protezione dei dati personali».

⁵ V. anche, del medesimo regolamento, il considerando n. 21, secondo cui «il presente regolamento non pregiudica l'applicazione della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, in particolare delle norme relative alla responsabilità dei prestatori intermediari di servizi di cui agli articoli da 12 a 15 della medesima direttiva. Detta direttiva mira a contribuire al buon funzionamento del mercato interno garantendo la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione tra Stati membri».

⁶ V. *supra*, nt. 4.



Approssimativamente, sono immaginabili almeno cinque diversi livelli di responsabilità civile del *provider*: i) un esonero da responsabilità, corrispondente alla sua massima tutela, escludendosene la responsabilità pur in presenza di tutti i presupposti che secondo la disciplina comune (quella di cui all'art. 2043 c.c.) configurerebbero un illecito a suo carico; ii) una ordinaria (in quanto corrispondente al modello di cui all'art. 2043 c.c.) responsabilità (almeno) per colpa, che integra comunque una buona tutela del *provider*, chiamato a rispondere solo nel caso in cui il danneggiato riesca a dimostrarne la negligenza; iii) una responsabilità aggravata, o per colpa presunta, che può considerarsi una soluzione intermedia, in quanto tutela il *provider*, evitandone una responsabilità oggettiva, ma al tempo stesso tutela pure i titolari di (taluni) diritti lesi *on line*, sollevandoli dall'onere di provare la negligenza del prestatore; iv) una responsabilità oggettiva, ovvero sia a prescindere dalla negligenza del *provider*, al quale sarebbe dunque accordata una scarsa tutela, scattando la citata responsabilità per i danni sia pure solo causalmente riconducibili alla sua attività; v) i c.d. danni punitivi (o simili strumenti), cui corrisponderebbe probabilmente la minima tutela del *provider*, chiamato a pagare risarcimenti – a prescindere dal problema del criterio di imputazione della responsabilità, che a rigore si colloca peraltro su un piano diverso⁷ – persino al di là del danno effettivamente riconducibile alla sua attività, per finalità – non di vera e propria riparazione, bensì – di punizione e di dissuasione.

A ciascuno di questi livelli corrisponde una crescente tutela (minima nell'ipotesi i, massima nell'ipotesi v) dei diritti – per esempio, l'onore e la reputazione, oppure proprio la *privacy* – suscettibili di lesione *on line* e contrastanti con l'interesse del *provider* ad agire il più possibile “irresponsabilmente”.

Anche rimanendo al livello astratto e approssimativo su cui ci stiamo ora muovendo, peraltro, il quadro risulta più complicato, non mancando altri diritti – per esempio, e in particolare, la libertà di manifestazione del pensiero, di fondamentale importanza tra l'altro nell'ottica della partecipazione democratica⁸ – suscettibili di lesione *on line* la cui

⁷ Il rapporto tra criteri di imputazione della responsabilità e sua eventuale funzione punitiva è peraltro controverso. Anche se è diffuso l'orientamento che pone le ipotesi di responsabilità oggettiva su un piano senz'altro diverso per non dire opposto rispetto a quello dei risarcimenti punitivi, non manca chi ritiene che questi ultimi possano invece collegarsi non solo alla responsabilità soggettiva ma anche a quella oggettiva. Per alcuni riferimenti a questo dibattito, sia consentito rinviare a M. TESCARO, *Le variazioni qualitative e quantitative del danno risarcibile*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 540, nt. 37.

⁸ V., in argomento, per esempio, M. CARTA, *Diritto alla vita privata ed Internet nell'esperienza giuridica europea ed internazionale*, in *Dir. inf. inf.*, 2014, p. 1 ss.; nonché, da ultimo, M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. cost.*, 2019, p. 811 ss.



tutela può confliggere con quella dei diritti appena accennati, andando piuttosto di pari passo con la posizione del *provider*.

3. – Veniamo ora ai tratti essenziali della normativa – che il reg. UE 2016/679 «non pregiudica», come sappiamo – sulla responsabilità civile del *provider* di cui alla dir. 2000/31/CE e – per quanto concerne il diritto italiano – soprattutto al d.lgs. n. 70 del 2003.

Gli artt. 12-15 della dir. 2000/31/CE contengono una disciplina di favore per il solo *provider* che possiamo sinteticamente definire “passivo”, cioè che si limita a compiere un’attività «di ordine meramente tecnico, automatico e passivo»⁹, in relazione all’illecito di un destinatario del servizio. Peraltro questo *provider*, quando può essere considerato responsabile, tiene una condotta – a seconda dei casi, attiva od omissiva – che fornisce comunque un qualche apporto causale all’illecito posto in essere dall’utente¹⁰.

⁹Nel considerando n. 42 della direttiva testualmente si afferma: «le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l’attività di prestatore di servizi della società dell’informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell’informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate». L’importanza di questo considerando è sottolineata, tra le altre, da CGUE, Grande Sezione, 23 marzo 2010, C-236/08, C-237/08 e C-238/08, in *www.curia.eu*, n. 113 s., con particolare riguardo a una ipotesi di *hosting*. Secondo un diverso orientamento, peraltro, l’attività di *hosting* di cui all’art. 14 della direttiva non sarebbe necessariamente solo “passiva”: v. *infra*, nt. 19.

¹⁰Si tende a parlare di responsabilità del *provider* per fatto altrui (cfr., per esempio, L. MANNA, *La disciplina del commercio elettronico*, Padova, 2005, p. 230). Ma questo non significa che il *provider* sia chiamato a rispondere in assenza di un sia pure minimo apporto causale alla commissione dell’illecito, in quanto una simile deroga al sistema della responsabilità civile necessiterebbe di essere esplicitamente prevista, ciò che non sembra che la direttiva abbia fatto. In argomento, cfr., da ultimo, Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 1049 ss. (con commento di L. TORMEN, *La linea dura della Cassazione in materia di responsabilità dell’hosting provider [attivo e passivo]*, *ivi*, p. 1039 ss.; nonché in *Foro it.*, 2019, I, c. 2045 ss., con nota redazionale di G. STROMMILLO e con commento di F. DI CIOMMO, *Oltre la direttiva 2000/31/Cee, o forse no. La responsabilità dei provider di Internet nell’incerta giurisprudenza europea*; in *Dir. inf.*, 2019, p. 152 ss.; in *Dir. inf. inf.*, 2019, p. 500, con nota di C. NOVELLI, *La Cassazione su responsabilità del provider e contenuto della notifica*; in *Dir. int.*, 2019, p. 261 ss., con commenti di R. PANETTA e di A.M. ROVATI, *Il ruolo attivo degli intermediari di Internet e la conseguente responsabilità civile*; e in *Vita not.*, 2019, p. 557 ss., con nota di G. CASSANO, *Lo statuto della responsabilità civile degli isp. Niente di nuovo sotto il sole, ma quanta fatica*), la quale, dopo aver rammentato in termini generali come, in relazione a un fatto illecito altrui, potrebbe configurarsi un «illecito commissivo mediante omissione in concorso con l’autore principale», ha ragionato, con riguardo alla responsabilità del c.d. *hosting provider* passivo, di «una condotta commissiva mediate omissione, per avere [...] concorso nel com-



La disciplina di favore è articolata in due livelli concorrenti. Il primo livello, generale, vale per qualsiasi prestatore “passivo” ed è incentrato sull’assenza di un obbligo generale di sorveglianza (art. 15). In ciò sta una scelta fondamentale, quella di delineare un modello di responsabilità soggettiva, incompatibile non solo con una responsabilità oggettiva ma anche con una responsabilità soggettiva aggravata, o per colpa presunta, del tipo di quella contemplata, per esempio, nell’art. 2050 c.c. con riguardo alle attività pericolose¹¹.

Il secondo livello, speciale, è caratterizzato da vari presupposti per la responsabilità civile (non trattandosi, a differenza di quanto si potrebbe a prima vista pensare, di cause di esonero da responsabilità in senso tecnico¹²) del *provider* che – rendendo più difficile il risarcimento – si aggiungono a quelli propri di ciascun sistema nazionale¹³. Questi

portamento lesivo altrui a consumazione permanente» (mentre, con riguardo alla responsabilità del c.d. *hosting provider* attivo, ha parlato del suo «concorso mediante condotta attiva nell’illecito»; sulla importante sentenza in parola, avremo comunque modo di riflettere più approfonditamente *infra*, par. 5).

¹¹ Infatti, la dimostrazione di «avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno», richiesta dall’art. 2050 per escludere la responsabilità di chi svolge un’attività pericolosa, rischierebbe di coincidere, per il *provider*, con la dimostrazione avere predisposto un capillare sistema di sorveglianza sui materiali gestiti, in ossequio a un obbligo generale di sorveglianza. In argomento, cfr., tra i tanti, L. NIVARRA, voce *Responsabilità del Provider*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. II, Torino, 2003, 1198; S. SICA, *op. cit.*, p. 1254; G. FACCI, *La responsabilità dei Providers*, in C. ROSSELLO, G. FINOCCHIARO e E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico*, in *Tr. Bessone*, XXXII, Torino, 2007, p. 239 s.; M. DE CATA, *La responsabilità civile dell’internet service provider*, Milano, 2010, p. 174 ss. e 230.

¹² In questo senso, v., tra gli altri, F. BRAVO, voce *Commercio elettronico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 309. In argomento, cfr. pure Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, cit., la quale ha ragionato di una «regula iuris che [...] non è diversa, ed anzi è esattamente identica, da quella che sarebbe stata ove [...] la norma fosse stata costruita nel senso di prevedere il sorgere della responsabilità in capo al prestatore del servizio in presenza di date situazioni». Cfr. altresì F. PIRAINO, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service provider*, in *AIDA*, 2017, p. 477 s., il quale rileva come «l’obiettivo del legislatore non sia tanto quello di delineare, sebbene in negativo, un complesso di regole di responsabilità civile per gli internet service provider, adottando la prospettiva [...] della formalizzazione di presupposti dell’esonero dalla responsabilità, quanto piuttosto quello di fissare con certezza quella sfera di liceità di azione, nel cui ambito i servizi effettuati non espongono gli internet service provider ad alcun appunto di anti-giuridicità rispetto agli eventuali illeciti commessi dagli utenti in termini sia di pura illiceità, che legittima il ricorso a misure inibitorie, sia di responsabilità, che fonda l’azione di risarcimento del danno».

¹³ V. CGUE, Grande Sezione, 23 marzo 2010, C-236/08, C-237/08 e C-238/08, cit., ove si afferma: «la sezione 4 della direttiva 2000/31, che comprende gli artt. 12-15, recante l’intestazione “Responsabilità dei prestatori intermediari”, è diretta a limitare le ipotesi in cui, conformemente al diritto nazionale applicabile in materia, può sorgere la responsabilità dei prestatori di servizi intermediari. È pertanto nell’ambito di tale diritto nazionale che vanno ricercati i requisiti per accertare una siffatta responsabilità, fermo restando però che, ai sensi della sezione 4 di tale direttiva, talune fattispecie non possono dar luogo a una responsabilità dei prestatori di servizi intermediari» (v. anche, nello stesso senso, CGUE, Grande Sezione, 12 luglio 2011, C-324/09, in *www.curia.eu*, n. 107). Su questi temi, v., nella dottrina italiana, tra i tanti, T. PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, Milano, 2003, p. 238 ss. e 286 ss.; R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, Napoli, 2003, p. 178; F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecno-*



presupposti ulteriori sono differenziati a seconda del tipo di attività concretamente svolta dal *provider* in ogni caso di specie, cioè *mere conduit* ovvero semplice trasporto (art. 12¹⁴), *caching* ovvero memorizzazione temporanea (art. 13¹⁵)¹⁶ e *hosting* ovvero memorizzazione non temporanea (art. 14¹⁷). Queste tre tipologie sono ordinate secondo una crescente intensità dell'attività e corrispondentemente una crescente responsabilità, però sempre nell'ambito di un regime di favore rispetto a quello comune¹⁸.

Non è invece sottoposto alla disciplina di favore contenuta nella direttiva il *provider* "attivo"¹⁹, comunemente denominato *content provider*. Tale dovrebbe considerarsi non

logica e regole di responsabilità civile, Napoli, 2003, p. 294; M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, Napoli, 2006, p. 227 ss.; A.G. PARISI, *Il commercio elettronico*, in S. SICA e V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, 5ª ed., Padova, 2019, p. 354 ss.

¹⁴ Nel cui par. 1 si precisa che l'attività di semplice trasporto è «consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione».

¹⁵ Nel cui par. 1 si precisa che l'attività di *caching* è «consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio», però anche con, da parte del prestatore di servizi della società dell'informazione, la «memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltro ad altri destinatari a loro richiesta».

¹⁶ In giurisprudenza, v., da ultimo, Cass., 19 marzo 2019, n. 7709, in *Foro it.*, 2019, I, c. 2045 ss., la quale ha affermato che, «nell'ambito dei servizi delle società dell'informazione, la responsabilità in materia di eliminazione dei contenuti nell'ambito del c.d. *caching*, attività consistente nel trasmettere su una rete di comunicazione informazioni fornite da un destinatario del servizio, disciplinata dall'art. 15 del d.lgs. n. 70 del 2003, sussiste in capo al prestatore di servizi che non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti, quando l'autorità amministrativa o giurisdizionale gli abbiano intimato di procedervi; diversamente, al prestatore del servizio che fornisca una mera attività neutrale di *caching*, la legge non richiede di rimuovere spontaneamente determinati contenuti sol perché reso edotto della loro natura illecita mediante una diffida extragiudiziale o la proposizione di una domanda giudiziale». Per un commento adesivo, v. A.M. ROVATI, *op. cit.*, p. 288.

¹⁷ Nel cui par. 1 si parla del servizio di *hosting* come di quello «consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio».

¹⁸ La direttiva lascia comunque aperta la possibilità che azioni inibitorie siano esperibili anche in assenza dei presupposti di responsabilità appena accennati, come risulta dal considerando n. 45, ai sensi del quale: «le limitazioni alla responsabilità dei prestatori intermedi previste nella presente direttiva lasciano impregiudicata la possibilità di azioni inibitorie di altro tipo. Siffatte azioni inibitorie possono, in particolare, essere ordinanze di organi giurisdizionali o autorità amministrative che obbligano a porre fine a una violazione o impedirla, anche con la rimozione dell'informazione illecita o la disabilitazione dell'accesso alla medesima». In argomento, v., da ultimo, S. LAVAGNINI, *La responsabilità degli Internet Service Provider secondo la più recente giurisprudenza italiana*, in *Studi per Luigi Carlo Ubertazzi*, Milano, 2019, p. 407 ss., ove ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

¹⁹ Secondo un orientamento, peraltro, il considerando n. 42 (già citato *supra*, nt. 9) si riferirebbe solo alle attività di *mere conduit* e di *caching*, non anche a quella di *hosting*. Quest'ultima rimarrebbe sottoposta



solo il *provider* che pone in essere direttamente l'illecito, cioè che immette in rete materiali propri²⁰, ma anche quello che eserciti un'autorità o un controllo sull'attività illecita posta in essere da un utente. Con riguardo a quest'ultimo prestatore di servizi della società dell'informazione, infatti, il par. 2 dell'art. 14 della direttiva esclude che si applichino persino i particolari presupposti di responsabilità previsti per il *provider* esercente l'attività "passiva" sottoposta al regime più gravoso, quella di *hosting*.

Con la disciplina appena accennata, il legislatore comunitario persegue l'obiettivo fondamentale di sviluppare il commercio elettronico²¹. In quest'ottica, si è cercato un equilibrato bilanciamento dei confliggenti interessi²² (tra i quali, specialmente un Paese,

alla disciplina di favore contenuta nella direttiva anche se non completamente "passiva", ma in parte "attiva" (almeno finché non sussista un controllo, da parte del *provider*, sui contenuti inseriti dagli utenti): in questo senso, v., L. BUGIOLACCHI, *Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenze sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio case by case*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 2006 s. Ma v. anche, in senso contrario, da ultimo Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, cit.

²⁰ Nel qual caso, il *provider* deve essere trattato alla pari di ogni altro autore di un illecito, non potendo il solo fatto dell'utilizzo del mezzo tecnico di internet incidere sul normale giudizio di responsabilità: cfr. G. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service Providers*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 5.

²¹ Infatti, nei primi considerando della dir. 2000/31/CE si afferma che «lo sviluppo dei servizi della società dell'informazione nello spazio senza frontiere interne è uno strumento essenziale per eliminare le barriere che dividono i popoli europei» (considerando n. 1), e poi anche che «lo sviluppo del commercio elettronico nella società dell'informazione offre grandi opportunità per l'occupazione nella Comunità, in particolare nelle piccole e medie imprese. Esso faciliterà la crescita delle imprese europee, nonché gli investimenti nell'innovazione ed è tale da rafforzare la competitività dell'industria europea a condizione che Internet sia accessibile a tutti» (considerando n. 2). In argomento, v. anche Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, cit., secondo cui: «è affermazione ricorrente che la regolamentazione dei limiti di responsabilità da parte della direttiva europea intese favorire la prestazione imprenditoriale sul mercato dei servizi della società dell'informazione, con l'assunzione dei relativi rischi, secondo una scelta del legislatore europeo (e quindi nazionale), palesata dai suoi considerando. È stata, in tal modo, applicata la massima d'esperienza, tratta dall'analisi economica del diritto, secondo cui delimitare il regime di responsabilità ha l'effetto di sostenere le scelte d'impresa. La configurazione tecnica della responsabilità (per fatto proprio doloso, o anche, via via, per fatto proprio colposo, per fatto altrui o di tipo oggettivo) opera infatti sulla cd. allocazione dei rischi, influenzandola ogni volta in modo diverso: come quando si ritenga più efficiente a raggiungere i risultati voluti far gravare la responsabilità sul soggetto che economicamente sia in grado di sostenerla (*least cost insurer*) o si opti per un regime di responsabilità oggettiva, in quanto reputata capace di sollecitare le necessarie cautele preventive da parte di chi potrebbe incorrervi». Su questi temi, cfr., in dottrina, tra i tanti, F. DI CIOMMO, *Oltre la direttiva 2000/31/Cee, o forse no. La responsabilità dei provider di Internet nell'incerta giurisprudenza europea*, cit., c. 2073 s.; S. SICA, *La responsabilità civile per il trattamento illecito dei dati personali*, in *Regolare la tecnologia. Il Reg. Ue 2016-679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, a cura di A. MANTELERO e D. POLETTI, Pisa, 2018, p. 164 s.; M. COCUCIO, *La responsabilità civile per fatto illecito dell'internet service provider*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1329 s.

²² Ha assai chiaramente posto in evidenza come si contrappongano, fondamentalmente, l'esigenza di non penalizzare i *provider*, che sono essenziali per lo sviluppo del commercio elettronico, e l'esigenza di



come l'Italia, notoriamente caratterizzato, anche nel settore in esame, da molte piccole imprese dovrebbe a parere di chi scrive considerare anche l'opportunità di evitare di far gravare su tali imprese costi eccessivi, che ne metterebbero in pericolo la stessa esistenza²³), ma emerge un evidente *favor* per il *provider*, perlomeno finché esso rimane "passivo", anche se ciò può comportare il sacrificio della opposta posizione dei titolari di taluni diritti lesi *on line*²⁴.

La disciplina contenuta nella dir. 2000/31/CE, pertanto, alla luce dello schema sui diversi livelli di responsabilità già delineato (v. *supra*, par. 2), sembra collocarsi, con riguardo al *provider* "passivo", in una sorta di zona intermedia tra l'esonero da responsabilità e la comune responsabilità per colpa, spostandosi senz'altro nel livello della comune responsabilità per colpa con riguardo al *provider* "attivo".

4. – In Italia, gli artt. 12-15 della direttiva sono stati attuati con gli artt. 14-17 del d.lgs. n. 70 del 2003. La disciplina italiana, in assoluta prevalenza, ricalca in modo (criticabilmente²⁵) pedissequo la direttiva, ma, in alcuni punti, presenta notevoli particolarità.

Limitandoci qui a evidenziare le particolarità, viene in rilievo, innanzi tutto, il 2° co. dell'art. 17, ove è stata esercitata una facoltà di scelta che l'art. 15, par. 2²⁶, della direttiva

salvaguardare i danneggiati negli illeciti commessi attraverso internet, i cui autori potrebbero essere non identificabili o insolventi, F. BRAVO, *op. ult. cit.*, p. 308.

²³ Per interessanti riflessioni generali in argomento, cfr. V. FRANCESCHELLI, *Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vivi Down*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, II, p. 347 ss. e specialmente 353 s.; nonché G. ZICCARDI, *Responsabilità del provider*, in *Ridare.it*, 3 marzo 2017. Sia consentito richiamare anche M. TESCARO, *Comment to Article 13 Regulation (EU) 910/2014*, in *EU eIDAS-Regulation. Article-by-Article Commentary*, a cura di A. ZACCARIA, M. SCHMIDT-KESSEL, R. SCHULZE e A.M. GAMBINO, München – Oxford – Baden-Baden – Chicago, 2020, p. 139 ss.

²⁴ Cfr., tra i tanti, F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, cit., p. 293, ove si afferma che la direttiva è finalizzata a garantire una sorta di immunità ai *provider* che si limitano a svolgere un ruolo tecnico di intermediazione; G. PONZANELLI, *op. cit.*, p. 9, secondo cui la direttiva avrebbe adottato una soluzione di equilibrio, però sostanzialmente vicina a una regola di immunità per i *provider*; nonché T. PASQUINO, *op. cit.*, p. 289.

²⁵ In senso critico rispetto a questo atteggiamento del legislatore italiano, che riproduce nella disciplina nazionale formulazioni imprecise e vaghe giustificabili al livello della normativa europea (che deve poter essere recepita in ordinamenti nazionali assai diversi tra loro) ma non anche al livello dei singoli Stati, v., per esempio, L. MANNA, *op. cit.*, p. 4.

²⁶ Ai sensi del quale: «gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati».



va aveva espressamente lasciato agli Stati membri. Il legislatore italiano prevede, testualmente, che il *provider* “passivo”, qualsiasi sia il tipo di attività svolta, «è comunque tenuto: a) ad informare senza indugio l’autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell’informazione; b) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l’identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite».

Sempre con riguardo alla disciplina generale, applicabile a qualsiasi *provider* “passivo”, fondamentale è poi il 3° co. dell’art. 17 del d.lgs. n. 70 del 2003, ove si prevede testualmente che «il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall’autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l’accesso a detto contenuto, ovvero, se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l’accesso, non ha provveduto ad informarne l’autorità competente». Questa previsione non attua alcuna precisa disposizione della direttiva, ma non sembra a chi scrive – anche se non manca un orientamento dottrinale che sostiene l’opposta tesi²⁷ – contrastante con il diritto dell’Unione europea. La direttiva, infatti, intendeva lasciare, sul punto, significativi margini di discrezionalità agli Stati membri, come risulta dai suoi considerando²⁸.

Se ne ricava la sussistenza, per l’Italia, a differenza di altri Stati membri, di una clausola generale di responsabilità civile del *provider* “passivo” articolata in due diverse ipotesi alternative: la prima si verifica quando solo l’autorità competente, non anche direttamente il danneggiato o altri, abbia richiesto al prestatore di impedire l’accesso a deter-

²⁷ V. O. TROIANO, *L’impresa di content, host ed access providing*, in *AIDA*, 2007, p. 368, il quale parla di un non corretto recepimento della direttiva che dovrebbe indurre il giudice nazionale a disapplicare, per la parte non conforme, la legge italiana. Su una simile linea di pensiero, v. anche F. PIRAINO, *op. cit.*, p. 498, nonché S. LAVAGNINI, *op. cit.*, p. 407, 412 e 419. Non sembra però che questa tesi abbia mai trovato esplicitamente seguito nella giurisprudenza italiana (nemmeno quando quest’ultima ha interpretato la disciplina nazionale in senso contrario rispetto alla sua formulazione letterale, come vedremo nel prosieguo nel testo).

²⁸ V. il considerando n. 46, ove si parla del «rispetto [...] delle procedure all’uopo previste a livello nazionale» e si precisa che la direttiva «non pregiudica la possibilità per gli Stati Membri di stabilire obblighi specifici da soddisfare sollecitamente prima della rimozione delle informazioni o della disabilitazione dell’accesso alle medesime», e il considerando n. 48, secondo cui la direttiva «non pregiudica la possibilità per gli Stati Membri di chiedere ai prestatori di servizi, che detengono informazioni fornite dai destinatari del loro servizio, di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite».



minati contenuti, ed esso non abbia agito prontamente in tal senso; la seconda, invece, si verifica quando il prestatore abbia, in qualsiasi modo, avuto conoscenza del carattere illecito del contenuto di un servizio e non abbia informato l'autorità competente. Ciò significa che, secondo il diritto italiano, il *provider* “passivo” non solo non ha obblighi generali di sorveglianza e di ricerca degli illeciti, ma anche, per il caso che si renda comunque conto dell'illiceità del contenuto di un servizio, è richiesto di compiere un intervento molto limitato, vale a dire non impedirne l'accesso, ma semplicemente informare l'autorità competente, alla quale spetta valutare se sia necessario, oppure non, un intervento più radicale.

Questa ricostruzione deriva, innanzi tutto, dalla formulazione letterale del già citato co. 3 dell'art. 17. Essa, inoltre, si giustifica per il fatto che il *provider*, se fosse tenuto rimuovere i contenuti di un proprio utente sospettati di illiceità senza attendere una comunicazione dell'autorità, dovrebbe fare fronte a una situazione di notevole incertezza, comunque rischiosa. Al *provider* spetterebbe, infatti, la scelta tra il rischio di risarcire l'utente per la rimozione dei contenuti (qualora i contenuti si rivelassero poi leciti) e il rischio di risarcire i terzi danneggiati dall'utente (qualora i contenuti si rivelassero poi, al contrario, illeciti)²⁹, tanto più che, se il *provider* scegliesse di correre il primo rischio e pertanto rimuovesse ogni contenuto sospettato di illiceità, assumerebbe un ruolo censorio³⁰ che potrebbe ledere taluni diritti fondamentali degli utenti³¹, specialmente la loro

²⁹ Sul punto, cfr. C. MENICHINO, *Sub art. 17 d.lg. n. 70/2003*, in *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, coordinato da A. BARBA e A. BARENGHI, 3^a ed., Milano, 2012, p. 1273. La possibile illiceità della rimozione unilaterale, da parte di un *provider*, dei contenuti di un utente, anche quando il potere di rimozione sia stato contrattualmente previsto, è stata affermata pure in giurisprudenza: v. Trib. Pordenone, ord. 12 marzo 2019, n. 3502, di cui dà conto M. DAMIANI, *Confermato il divieto di censura per Facebook*, in *ItaliaOggi* del 13 marzo 2019; Trib. Catanzaro, 30 aprile 2012, in *Dir. inf.*, 2012, p. 1174 (con nota di G. ARANGUENA, *Sospensione di un account su ebay: il contratto telematico b2b tra accettazione point and click e tutela dell'accesso al mercato del commercio elettronico*), e in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 2015 (con nota di F. DE LEO, *Sospensione dell'account da parte di ebay: tecniche di risoluzione, clausole vessatorie e abuso di dipendenza economica*); Trib. Messina, 6 luglio 2010, in *Giur. mer.*, 2011, p. 1807 (con nota di P. PERRI, *Sospensione dell'account del venditore dalla piattaforma ebay a seguito di feedback negativi: profili civilistici e informatico-giuridici*).

³⁰ Cfr., al riguardo, F. PIRAINO, *op. cit.*, p. 470, il quale riflette sul rischio che si finisca per «dare vita a un regime degli intermediari che ben si potrebbe battezzare “responsabilità giuridica dei sicofanti”».

³¹ In dottrina, v., tra gli altri, F. BRAVO, *op. ult. cit.*, p. 311. Cfr. altresì, nella giurisprudenza di merito recente, Trib. Roma, ord. 1^o febbraio 2019, in *Foro it.*, 2019, I, c. 2046 e 2065 ss., e in *Dir. int.*, 2019, p. 329 ss., con commento di E. PALAZZOLO, *L'hosting provider tra libertà di impresa, diritto di critica e tutela della reputazione professionale*. Comunque, in linea con il già ricordato considerando n. 45 della direttiva (v. *supra*, nt. 18), il d.lgs. n. 70 del 2003 (artt. 14, co. 3, 15, co. 2, e 16, co. 3) lascia aperta la possibilità che qualsiasi *provider* “passivo” sia destinatario di azioni inibitorie, ordinate dell'autorità giudiziaria o amministrativa, a prescindere dalla sussistenza di una sua responsabilità civile.



libertà di manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 della Costituzione³².

Un'altra peculiarità della disciplina italiana, peraltro collegata a quella appena illustrata, sussiste con specifico riguardo all'attività di *hosting*. Ai sensi del co. 1 dell'art. 16, è esclusa la responsabilità dell'esercente attività di *hosting* purché il medesimo, testualmente: «a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso».

Emergono qui due importanti differenze rispetto all'art. 14, co. 1, della dir. 2000/31/CE³³. La previsione italiana ha, infatti, aggiunto, nella lett. b), l'inciso «su comunicazione delle autorità competenti» e ha anche eliminato la disgiuntiva «o» tra la lett. a) e la lett. b)³⁴.

Il co. 1 dell'art. 16 è probabilmente la disposizione più rilevante e controversa dell'intero d.lgs. n. 70 del 2003. Riguardo a essa, sono state prospettate davvero tante ricostruzioni³⁵. A chi scrive, nonostante che pure la Cassazione – peraltro trascurando di esami-

³² Su tale libertà, v., anche per ulteriori riferimenti, R. MESSINETTI, *I limiti e il contenuto della libertà di manifestazione del pensiero*, in *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali. Profili applicativi nei social networks*, a cura di MI. BIANCA, A. GAMBINO e R. MESSINETTI, Milano, 2016, p. 3 ss., nonché MI. BIANCA, *Il bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali. La peculiarità della lesione dei diritti attraverso i Social Networks*, *ivi*, p. 11 ss.

³³ Ove si prevede testualmente: «gli Stati Membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso».

³⁴ Lo segnala precisamente, da ultimo, anche L. TORMEN, *op. cit.*, p. 1041. Su questi dati letterali, v. pure, tra gli altri, R. PETRUSO, *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 1224; G. CITARELLA, *Reputazione dell'ente non-profit tra danno patrimoniale e non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 1676 s.

³⁵ Secondo un orientamento, la lett. a) del 1° co. presupporrebbe una distinzione tra l'illecito penale, di cui il *provider* dovrebbe rispondere solo se «effettivamente a conoscenza» dell'illiceità dell'attività o dell'informazione, cioè solo se in dolo, e l'illecito civile, di cui il *provider* dovrebbe invece rispondere anche se semplicemente «al corrente» della «manifesta [...] illiceità dell'attività o dell'informazione», cioè anche se semplicemente in colpa (cfr., tra gli altri, U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico*, 2ª ed., Milano, 2005, p. 81; G.M. RICCIO, *Responsabilità civile degli Internet Providers*, in *Professioni e responsabilità civile*, a cura di P. STANZIONE e S. SICA, Bologna, 2006, p. 755). Ma la lett. b) parla, testualmente, della «conoscenza di tali fatti», sembrando riferirsi a tutti i «fatti» di cui alla lett. a), unitariamente considerati.



nare le motivazioni che stiamo per indicare – si sia come vedremo (*infra*, par. 5) da ultimo diversamente pronunciata, il significato di questa disposizione non sembra, però, equivocabile, non solo per la sua formulazione letterale ma anche per la necessità di interpretarla in combinazione con la sopra citata disciplina generale di cui all'art. 17 del d.lgs. n. 70 del 2003, nel quale, come già verificato, il legislatore italiano ha compiuto una precisa scelta discrezionale³⁶. Ciò considerato, occorre, sia pure in contrasto con il diritto vivente, concludere che l'*hosting provider*, per andare esente da responsabilità, secondo il diritto italiano, dovrebbe: ricevuta una comunicazione dell'autorità³⁷, anche

Per questi fatti, a parere di chi scrive, una responsabilità civile dell'*hosting provider* dovrebbe pertanto sussistere solo in caso di inerzia successiva all'effettiva conoscenza, necessariamente derivante da comunicazione dell'autorità competente, dell'altrui illecito (in questo senso si esprime anche L. BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'host Provider alla luce del d.lgs. n. 70/2003: esegesi di una disciplina "dimezzata"*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 199).

³⁶ Come sottolineano, per esempio, L. GUIDOBALDI, *YouTube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei Providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 292; G. SARTOR e M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google-Vividown tra protezione dei dati e libertà di espressione on-line*, in *Dir. inf. inf.*, 2010, p. 669 s., secondo i quali «il diritto italiano mostra una particolare attenzione per l'esigenza di prevenire la censura preventiva da parte dei provider: migliorando la disciplina prevista dalla direttiva europea (che richiede che i provider rimuovano i contenuti illegittimi di cui sono a conoscenza), la legge italiana stabilisce che l'esenzione dalla responsabilità è inapplicabile solo quando il provider abbia ommesso di rimuovere i contenuti illegittimi dopo esserne stato richiesto da un'autorità giudiziaria o amministrativa, o non abbia informato una tale autorità dopo essere venuto a conoscenza di presunte informazioni illecite. Questa disciplina affida alla competente autorità giudiziaria o amministrativa il compito di stabilire se si debba rimuovere un contenuto ritenuto illegittimo. Quindi il provider è liberato non solo dalla necessità di controllare ogni contenuto caricato sulla piattaforma, ma anche dalla necessità di effettuare difficili ed incerte valutazioni giuridiche per stabilire l'illiceità di particolari contenuti, valutazioni che possono richiedere il bilanciamento di diritti fondamentali»; nonché, più di recente, V. VOZZA, *La responsabilità civile degli Internet Service Provider tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 102. Alla luce di quanto appena rilevato, non si comprende come R. PANETTA, *op. cit.*, p. 274 e 277, possa parlare di «fedele trasposizione» della direttiva e soprattutto citare «gli artt. 14-15 Direttiva 2000/31 e i pedissequi artt. 16-17 d. lgs. 70/2003».

³⁷ La legge non richiede necessariamente un ordine, accontentandosi di una semplice comunicazione. Le autorità competenti, in assenza di precisazioni legislative, possono essere le più diverse, per esempio: l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm, comunemente denominata Antitrust), la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob), la Società Italiana degli Autori ed Editori (Siae). Per una simile elencazione, v. I.P. CIMINO, *Più a rischio con i servizi di messaggeria pubblica*, in *Guida al dir.*, 2013, Dossier n. 5, p. 27. Particolarmente significativa è la posizione dell'Agcom. Questa Autorità amministrativa indipendente, con «delibera n. 680/13/CONS» del 12 dicembre 2013, «Allegato A», ha adottato un regolamento (reperibile in www.agcom.it), entrato in vigore il 31 marzo 2014 (e poi significativamente modificato con «delibera n. 490/18/CONS» del 16 ottobre 2018 – di cui v. l'«Allegato B» per il testo coordinato del regolamento – al fine di disciplinare l'esercizio dei nuovi poteri attribuiti all'Agcom dall'art. 2 della l. 20 novembre n. 167 del 2017, n. 167, per contrastare le violazioni più gravi attraverso appositi poteri cautelari e misure contro la reiterazione delle



in assenza di percezione diretta dell'illecito, provvedere immediatamente alla rimozione o alla disabilitazione dell'accesso alle informazioni oggetto di contestazione; venuto a conoscenza per altra via, cioè per sua autonoma iniziativa o per segnalazione del danneggiato o di altri, del possibile illecito, limitarsi a informare senza indugio l'autorità³⁸.

Nonostante il contrario avviso della Cassazione anche su questo punto (v. sempre *infra*, par. 5), una diversa soluzione non sembra davvero sollecitata dalla – peraltro non sempre lineare³⁹ – giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, nella quale emerge, da un lato, un atteggiamento di minor favore per l'*hosting provider*, ma si riconoscono anche, dall'altro lato, i notevoli margini di discrezionalità lasciati ai singoli Stati membri⁴⁰. La Corte di Giustizia, infatti, afferma che l'*hosting provider* è, in linea di principio, tenuto a rimuovere le informazioni illecite inserite da suoi utenti anche su

violazioni), per la tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica attraverso una rapida procedura amministrativa (che rimane esclusa nel caso di ricorso all'autorità giudiziaria) c.d. di *notice and take down*, gestita dalla medesima Agcom e attivabile su istanza del titolare del diritto d'autore. Parte della dottrina ha peraltro assunto una posizione critica: cfr., tra gli altri, F. BRAVO, *op. ult. cit.*, p. 313 s., e F. PIRAINO, *op. cit.*, p. 510 s., ove anche ulteriori riferimenti. Per vari approfondimenti comparatistici su questi temi, cfr. inoltre già G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002, p. 95 ss. L'adozione di una «celere ed efficace» procedura sempre c.d. di *notice and take down* è stata da ultimo richiesta, sempre in tema di diritto d'autore *on line*, dal par. 9 dell'art. 17 (su cui cfr. C. NOVELLI, *op. cit.*, p. 510, il quale condivisibilmente ritiene che sulla «ricezione interna della direttiva da parte degli Stati membri [...] si giocherà molto del futuro e della riuscita di questa parte della normativa») della nuova direttiva UE 2019/790 (di cui v. anche, in argomento, il considerando n. 70), sulla quale avremo modo di soffermarci *infra* nel testo, par. 10.

³⁸ Per simili posizioni, v. L. MANNA, *op. cit.*, p. 205 ss. e 228 s.; F. BRAVO, *op. ult. cit.*, p. 311 s.; ID., *La responsabilità civile degli internet service providers*, cit., p. 721 s. e 765 s.; E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider – passivi e attivi – tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in *Riv. dir. ind.*, 2017, II, p. 99 s.; M. TESCARO, *La responsabilità dell'internet provider nel d.lg. n. 70/2003*, in *La resp. civ.*, 2010, p. 172 s. In giurisprudenza, v. per esempio Trib. Roma, 20 ottobre 2011, in *Guida al dir.*, dossier n. 5, p. 22.

³⁹ Essendosi criticamente ragionato addirittura della Corte di Giustizia come di una «eccellente interprete del “rembrandtismo normativo” in materia di responsabilità degli intermediari» (E. CELESTE, *Wi-Fi gratuito e responsabilità degli intermediari. Ancora alla ricerca di un «giusto equilibrio»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1599).

⁴⁰ Cfr. F. BRAVO, *op. ult. cit.*, p. 692, ove si sono persuasivamente lamentati «gli involontari effetti distorsivi che possono generarsi dalla lettura decontestualizzata delle sentenze della Corte, qualora vertenti sull'interpretazione delle norme nazionali estere di attuazione della direttiva, non connotate dalla presenza di una clausola di armonizzazione massima», aggiungendosi che «una sentenza interpretativa resa dalla Corte di Giustizia sulla norma nazionale estera di attuazione della direttiva sul commercio elettronico concernente la responsabilità dell'intermediario per la fornitura del servizio di *hosting*, non è sempre immediatamente applicabile *sic et simpliciter* al diritto interno italiano se le norme di attuazione della medesima direttiva divergono anche parzialmente, in ragione dei margini di discrezionalità concessi ai Paesi dell'UE in sede di recepimento».



semplice segnalazione di parte⁴¹, ciò che è comprensibile vista la formulazione della lett. b) dell'art. 14, n. 1, della direttiva (differente, però, da quella della lett. b dell'art. 16, co. 1, del d.lgs. n. 70 del 2003, nei punti sopra indicati). Ma la medesima Corte sostiene anche che spetta, in ultima analisi, ai giudici nazionali concretizzare una nozione, quella di «operatore economico diligente», come tale tenuto ad attivarsi, i cui contorni la direttiva ha evitato di precisare⁴².

Tutto ciò considerato, possiamo affermare che la direttiva avrebbe sicuramente consentito l'adozione di un modello di responsabilità diverso e più gravoso di quello, estremamente favorevole per i *provider*, risultante dalle sopra esaminate previsioni del d.lgs. n. 70 del 2003⁴³. Tali previsioni, ritornando allo schema sui diversi livelli di responsabi-

⁴¹ Tanto che taluni hanno criticamente parlato di una impostazione che rischia di attribuire al *provider* una responsabilità oggettiva, dubitando che questa conclusione sia compatibile con i principi che regolano la responsabilità civile nei vari ordinamenti (v. G. ROSSI, *Aste on-line: sulla responsabilità del Provider per le aste che si svolgono nel proprio sito si pronuncia la Corte di Giustizia*, in *Contr. e impr.*, 2012, p. 73; cfr. anche D. DI BENEDETTO, *Il caso eBay: un esempio di regole dettate dalla prassi che integrano la legge*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 45).

⁴² CGUE, Grande Sezione, 12 luglio 2011, C-324/09, cit., specialmente n. 120-122, ove si è testualmente affermato: «è sufficiente, affinché il prestatore di un servizio della società dell'informazione non possa fruire dell'esonero dalla responsabilità previsto dall'art. 14 della direttiva 2000/31, che egli sia stato al corrente di fatti o di circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità di cui trattasi e agire in conformità del n. 1, lett. b), di detto art. 14. Inoltre, affinché non siano private del loro effetto utile, le norme enunciate all'art. 14, n. 1, lett. a), della direttiva 2000/31 devono essere interpretate nel senso che riguardano qualsiasi situazione nella quale il prestatore considerato viene ad essere, in qualunque modo, al corrente di tali fatti o circostanze. Sono quindi contemplate, segnatamente, la situazione in cui il gestore di un mercato on-line scopre l'esistenza di un'attività o di un'informazione illecite a seguito di un esame effettuato di propria iniziativa, nonché la situazione in cui gli sia notificata l'esistenza di un'attività o di un'informazione siffatte. In questo caso, pur se, certamente, una notifica non può automaticamente far venire meno il beneficio dell'esonero dalla responsabilità previsto all'art. 14 della direttiva 2000/31 – stante il fatto che notifiche relative ad attività o informazioni che si asseriscono illecite possono rivelarsi insufficientemente precise e dimostrate –, resta pur sempre fatto che essa costituisce, di norma, un elemento di cui il giudice nazionale deve tener conto per valutare, alla luce delle informazioni così trasmesse al gestore, l'effettività della conoscenza da parte di quest'ultimo di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità». Sulla pronuncia in parola, v., *amplius*, M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'internet provider*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 2598 ss.

⁴³ Un modello meno favorevole per il prestatore di servizi della società dell'informazione è presente, per esempio, nel diritto tedesco, ove, con particolare riguardo alla attività di *hosting*, il § 10 – rubricato «*Speicherung von Informationen*» – del *Telemediengesetz* (TMG) non menziona alcuna comunicazione dell'autorità al fine di rendere attuale l'obbligo per il *provider* di attivarsi (prevedendo solo che «*Diensteanbieter sind für fremde Informationen, die sie für einen Nutzer speichern, nicht verantwortlich, sofern 1. sie keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information haben und ihnen im Falle von Schadensersatzansprüchen auch keine Tatsachen oder Umstände bekannt sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird, oder 2. sie unverzüglich tätig geworden sind, um die Information*



lità delineato all'inizio, spostano la posizione del *provider* più verso la zona dell'esonero da responsabilità, che non verso quella della comune responsabilità per colpa, la quale ultima, incentrata sul generale divieto di danneggiare qualsivoglia consociato, a maggior ragione dovrebbe intendersi, a seconda delle circostanze del caso concreto, comportare, in caso di illecito permanente⁴⁴, pure il divieto di perseverare nel danneggiare il particolare consociato che si sia fatto avanti lamentando un pregiudizio che ha già iniziato a prodursi; tanto più che, anche al di fuori dell'ambito degli illeciti permanenti, e sempre dal punto di vista del diritto comune della responsabilità civile, un soggetto che sia stato avvertito che la sua condotta sta per arrecare (o ha già iniziato ad arrecare) un danno ingiusto ad altri, omettendo di intervenire, rischia di vedere aggravata la sua posizione soggettiva verso l'illecito, in quanto potrebbe configurarsi, a suo carico, se non il dolo, probabilmente nella forma del c.d. dolo eventuale⁴⁵, quantomeno la colpa grave⁴⁶.

La giurisprudenza di merito italiana – a parere di chi scrive compiendo scelte che, in

zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald sie diese Kenntnis erlangt haben»). Un modello sotto il profilo letterale più simile a quello italiano è, peraltro, presente in Spagna, dove la *ley* n. 34 del 2012 con riguardo ai «prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos», al 1° co. dell'art. 16, prevede: «los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse» (una previsione simile a quella appena citata è poi contenuta anche nel 1° co. dell'art. 17 della medesima *ley* con riguardo ai «prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda»).

⁴⁴ Per un'approfondita indagine, anche sulla scorta di riferimenti comparatistici, sull'adattabilità della nozione di illecito permanente (oltre che di quella di illecito plurisoggettivo eventuale) all'illecito telematico, v. R. BOCCHINI, *op. cit.*, 123 ss. Per l'utilizzo della medesima nozione da parte della giurisprudenza, v., per esempio, Trib. Catania 29 giugno 2004, in *Giur. mer.*, 2004, 2198. Da ultimo, su una simile linea di pensiero, v. anche Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, cit., ove si precisa che, «al prestatore del servizio non “attivo” si rimprovera [...] una condotta commissiva mediante omissione, per avere [...] concorso nel comportamento lesivo altrui a consumazione permanente, non avendo provveduto alla rimozione del dato informatico o al blocco all'accesso».

⁴⁵ In generale, su questa nozione, cfr., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 2ª ed., Milano, 2012, p. 576.

⁴⁶ Sul punto, avremo modo di ritornare *infra*, par. 5, in relazione a Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, cit., la quale peraltro, come vedremo, riferisce un simile ragionamento non al diritto comune della responsabilità civile ma all'art. 16, 1° co., del d.lgs. n. 70 del 2003.



un ordinamento, come il nostro, pur sempre di *civil law*, non le competerebbero⁴⁷ – da tempo tende peraltro in prevalenza ad aggravare la posizione del *provider*, sostanzialmente portandola nell’area della comune responsabilità per colpa, attraverso due diverse – ma entrambe confluenti nella medesima direzione di fondo appena indicata – tendenze interpretative, quella a impiegare la assai criticabile (non solo perché ossimorica)⁴⁸ nozione di *hosting* “attivo”⁴⁹ (e più in generale a preferire, nei casi dubbi, le classificazioni dirette ad aggravare piuttosto che attenuare la responsabilità⁵⁰), e quella ad affermare che il *provider* che pure sia ritenuto svolgere attività di vero e proprio (cioè “passivo” e non “attivo”) *hosting* sarebbe tenuto a rimuovere il materiale illecitamente trasmesso da suoi utenti sulla base di semplici segnalazioni di parte⁵¹, ciò che dovrebbe a rigore af-

⁴⁷ V. M. TESCARO, *op. ult. cit.*, p. 2602 ss.

⁴⁸ Sia consentito rinviare a M. TESCARO, *Die zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern in Italien: Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie gegen Tendenzen der Rechtsprechung*, in *GPR- Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2014, p. 276; ID., *La responsabilità civile dell’internet provider in Italia: attuazione della Direttiva europea sul commercio elettronico contro tendenze della giurisprudenza*, in *Revista Interdisciplinar de Direito*, 2014, p. 84, ove si sostiene che, volendosi raggiungere l’obiettivo avuto di mira dalla giurisprudenza che ragiona di *hosting* “attivo”, dovrebbe semmai impiegarsi la nozione di *content provider*. In questo stesso senso, v. pure S. LAVAGNINI, *op. cit.*, p. 414. V. anche, tra gli altri, F. BRAVO, *op. ult. cit.*, p. 689 e 745 ss., ove si ragiona di «un’interpretazione creativa che, pur andandosi a consolidare progressivamente nel tempo, non appare tuttavia scevra da rilievi critici», nonché di una «(inutile) creazione» e di una «superfetazione giurisprudenziale»; O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell’era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in *Consulta online*, 10 febbraio 2014, p. 13, il quale parla di una «forzatura del dato legislativo». Nella giurisprudenza di merito, cfr., da ultimo, Trib. Roma, 15 febbraio 2019, in *Riv. dir. ind.*, 2019, II, p. 296 ss. (con nota di A. COLARUOTOLO, *Facebook e Hyperlinking illecito degli utenti. L’inerzia ingiustificata del prestatore dei servizi è fonte di responsabilità civile e risarcitoria*, secondo il quale – p. 328 – «la legislazione vigente costituisce un freno all’elaborazione di ulteriori classificazioni categoriali degli intermediari online oltre la classica tripartizione dei prestatori dei servizi della società dell’informazione [...], il cui superamento per via interpretativa rischia di incidere negativamente sulla stabilità del diritto»), e in *Dir. int.*, 2019, p. 315 ss. (con commento di G. CASSANO, *Un precedente di responsabilità del social network per attività abusiva di linking*), secondo cui «la dimostrazione dell’effettiva conoscenza dei contenuti illeciti da parte del provider rende [...] del tutto irrilevante verificare se l’attività svolta da quest’ultimo sia riconducibile alla figura dell’hosting provider attivo ovvero a quella dell’hosting provider passivo».

⁴⁹ V., per esempio, Trib. Roma, 10 gennaio 2019, in *Dir. ind.*, 2019, p. 387 ss., con nota di M. IASELLI, *I contorni della responsabilità dell’hosting provider attivo*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 671 ss., con nota di C. LEANZA, *La responsabilità dell’hosting provider per violazione del diritto d’autore*, e in *Dir. int.*, 2019, p. 129 ss., con commento di G. CASSANO e A.M. ROVATI, *La c.d. neutralità del web non più elemento di sfruttamento dei diritti d’autore altrui*; Trib. Roma, 27 aprile 2016, in *Riv. dir. ind.*, 2017, II, p. 3 s.

⁵⁰ Essendo da tempo la casistica italiana non concernente il *content provider* in assoluta prevalenza riferita all’attività di *hosting* oppure, al limite, a quella di *caching*, piuttosto che a quella di *mere conduit*. Per ulteriori riferimenti, v. M. TESCARO, *Sub artt. 14, 15 e 16 d.lgs. n. 70 del 2003*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA, 2^a ed., Padova, 2013, p. 1336 ss.

⁵¹ V., *ex multis*, Trib. Roma, 15 febbraio 2019, cit.; Trib. Milano, 18 giugno 2018, in *Il Caso.it* e in *De-*



fermarsi, in diritto italiano, come già chiarito, per il solo *content provider* (in quanto tale, propriamente “attivo”)⁵².

5. – Alla luce delle riflessioni svolte, lo scrivente non condivide le sia pure ampiamente prevedibili⁵³ due conclusioni fondamentali cui è giunta la Cassazione nella sentenza n. 7708 del 2019⁵⁴.

La fattispecie concreta sia attegga come segue. Sulla sezione video del portale *Yahoo!*, in cui è consentita la condivisione di contenuti audio e video da parte degli utenti, risultano gratuitamente reperibili, sia pure in associazione a messaggi pubblicitari, frammenti video di varie trasmissioni i cui diritti di sfruttamento economico spettano a Reti Televisive Italiane s.p.a. (RTI), la quale utilizza i medesimi contenuti, tra l’altro, su varie pagine web proprie. RTI diffida pertanto *Yahoo! Italia* s.r.l. a rimuovere i filmati e successivamente conviene in giudizio, dinanzi al Tribunale di Milano, la medesima *Yahoo! Italia* s.r.l. (nonché *Yahoo! INC*), sperando tutela inibitoria e risarcitoria. Il Tribunale di Milano⁵⁵ sostanzialmente accoglie entrambe le domande verso *Yahoo! Italia* s.r.l. (non anche verso *Yahoo! INC*), ragionando di un *hosting provider* «attivo» come tale sottoposto al regime comune della responsabilità civile. La Corte d’appello di Milano⁵⁶

Jure; Trib. Napoli, 3 novembre 2016, in *Dir. inf.*, 2017, p. 243 ss., con nota di M. MONTANARI, *La responsabilità delle piattaforme on-line (il caso Rosanna Cantone)*; Trib. Roma, 27 aprile 2016, cit.; Trib. Torino, ord. 3 giugno 2015, in *Riv. dir. ind.*, 2017, II, p. 6 s. Tale conclusione apre, peraltro, il complicato problema della precisazione del livello di specificità che dovrebbe caratterizzare le segnalazioni di parte, al fine di far scattare la responsabilità del *provider* che rimanga inerte: sulle possibili soluzioni in argomento (su quella da ultimo adottata da Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, cit., ci soffermeremo tra breve nel testo) cfr., in dottrina, tra i tanti, S. LAVAGNINI, *op. cit.*, p. 419 s.; A. MANTELERO, *La responsabilità on-line: il controllo nella prospettiva dell’impresa*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 417 s., ove anche ulteriori riferimenti.

⁵² V. L. BUGIOLACCHI, *Ascesa e declino della figura del provider «attivo»? Riflessioni in tema di fondamento e limiti del regime privilegiato di responsabilità dell’hosting provider*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1268; M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell’internet provider*, cit., p. 2591 ss.

⁵³ Anche chi scrive, pur auspicando diverse soluzioni, aveva infatti da tempo previsto che la giurisprudenza italiana avrebbe continuato ad attestarsi su quella linea: M. TESCARO, *op. ult. cit.*, p. 2601 ss.

⁵⁴ Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, cit.

⁵⁵ Trib. Milano, 9 settembre 2011, in *Giur. it.*, 2012, p. 835 ss., con nota di A. SARACENO.

⁵⁶ App. Milano, 7 gennaio 2015, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1245 ss., con commento di L. BUGIOLACCHI, *Ascesa e declino della figura del provider «attivo»? Riflessioni in tema di fondamento e limiti del regime privilegiato di responsabilità dell’hosting provider*; in *Corr. giur.*, 2016, p. 811 ss., con nota critica di E. BASSOLI, *Il diritto d’autore e la responsabilità del provider: evoluzioni tecniche e giurisprudenziali nell’appello Yahoo vs. RTI*; in *Riv. dir. ind.*, 2016, II, p. 166 ss., con nota critica di M. IASELLI, *Caso Yahoo!*



ribalta però poi tale decisione, considerando *Yahoo! Italia s.r.l.* mero *hosting provider* – non “attivo”, categoria quest’ultima secondo la Corte d’appello «oggi sicuramente fuorviante e sicuramente da evitare concettualmente»⁵⁷ – come tale non responsabile degli illeciti eventualmente commessi dai suoi utenti nel caso di specie⁵⁸.

Si giunge per questa via alla citata sentenza della Cassazione, la quale in primo luogo conclude che «l’*hosting provider* attivo è il prestatore dei servizi della società dell’informazione il quale svolge un’attività che esula da un servizio di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, e pone in essere una condotta attiva, concorrendo con altri nella commissione dell’illecito, onde resta sottratto al regime generale di esenzione di cui all’art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003, dovendo la sua responsabilità civile atteggiarsi secondo le regole comuni».

In relazione a questa prima massima, la criticità è prevalentemente teorica, non comportando la condivisione da parte della Cassazione dell’assai discutibile⁵⁹ – ma

Video: la Corte di Appello di Milano non vede responsabilità nell’operato dell’Internet Provider; e in Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali. Profili applicativi nei social networks, a cura di MI. BIANCA, A. GAMBINO e R. MESSINETTI, cit., p. 73 ss., con commento di D. MULA, *La responsabilità del portale*. V. anche E. TOSI, *op. ult. cit.*, p. 86, il quale ha considerato la posizione assunta dalla citata pronuncia una «suggerzione di breve durata [...] destinata a restare minoritaria».

⁵⁷ Sulla stessa linea di pensiero, v. anche, tra le altre, Trib. Torino, 7 aprile 2017, in *Danno e resp.*, 2018, p. 87 ss., con commento di V. VOZZA, *La responsabilità civile degli Internet Service Provider tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*.

⁵⁸ Come sottolinea, tra gli altri, L. TORMEN, *op. cit.*, p. 1044 s. (il quale rammenta anche l’art. 2, 1° co., della l. 29 maggio 2017, n. 71, ove, in tema di tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del *cyberbullismo*, si disciplina una «istanza per l’oscuramento, la rimozione o il blocco di qualsiasi [...] dato personale del minore, diffuso nella rete internet» concernente talune condotte «da identificare espressamente tramite relativo URL [*Uniform resource locator*]»), la Corte d’appello di Milano giunge, però, a questa conclusione ritenendo che la responsabilità dell’*hosting provider* scatti a seguito di una comunicazione non necessariamente dell’autorità, ma anche solo di un soggetto privato, purché peraltro tale comunicazione permetta al prestatore di identificare senza margini di errore il contenuto da rimuovere, ciò che potrebbe dirsi solo essendo indicato il relativo URL (che nel caso di specie mancava). Su una simile linea di pensiero, v. anche Trib. Torino, ord. 3 giugno 2015, cit.; Trib. Torino, 7 aprile 2017, cit.

⁵⁹ Non sembrando, tra l’altro, esatto quanto sostenuto da Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, cit. in merito alla posizione della Corte di giustizia dell’Unione europea, ovvero sia che «la giurisprudenza recente della Corte di giustizia dell’Unione europea ha accolto la nozione di “*hosting provider* attivo”» e che «detta nozione può ormai ritenersi [...] un approdo acquisito in ambito comunitario». A sostegno di tali affermazioni, sono infatti citate – in aggiunta a CGUE, Grande Sezione, 23 marzo 2010, C-236/08, C-237/08 e C-238/08, cit., e CGUE, Grande Sezione, 12 luglio 2011, C-324/09, cit., già considerate *supra*, nt. 9, 13 e 42 – soprattutto CGUE, 11 settembre 2014, C-291/13, in *www.curia.eu*, e CGUE, 7 agosto 2018, C-521/17, *ivi* (e in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, fasc. n. 1/2019, p. 249, con nota di T. SCANNICCHIO e N.A. VECCHIO, *I limiti della neutralità: la Corte di giustizia e l’eterno ritorno dell’hosting attivo*), le quali però, a differenza di quanto affermato dalla Cassazione, non impiegano mai l’espressione «*hosting provider* attivo», bensì semplicemente sottolineano che le limitazioni di responsabilità previste dalla disciplina europea



dotato di crescente approvazione anche dottrinale⁶⁰ – concetto di *hosting provider* “attivo”⁶¹ alcuna conseguenza per il caso di specie, in cui la Suprema Corte comunque ravvisa, sotto questo profilo non in contrasto con la Corte d’appello, un’attività meramente “passiva”.

In secondo luogo, con riguardo all’*hosting provider* (vero e proprio, cioè appunto) “passivo”, la Cassazione conclude che «la responsabilità dell’*hosting provider*, prevista dall’art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003, sussiste in capo al prestatore dei servizi che non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti, oppure abbia continuato a pubblicarli, quando ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: a) sia a conoscenza legale dell’illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure *aliunde*; b) sia ragionevolmente constatabile l’illiceità dell’altrui condotta, onde l’*hosting provider* sia in colpa grave⁶² per non averla positivamente riscontrata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico; c) abbia la pos-

sul commercio elettronico non sono applicabili al prestatore (non denominato *hosting provider*, vale la pena di ripetere) che «svolga un ruolo attivo». La sentenza della Cassazione, per rafforzare l’interpretazione preferita, anche se «non si vede come un’opinione *de iure condendo* possa influenzare una decisione fondata sul diritto positivo» (così, del tutto condivisibilmente, L. TORMEN, *op. cit.*, p. 1047, nt. 70), si spinge a menzionare pure la proposta – COM (2016) 593 – di quella che è poi divenuta la dir. UE 2019/790, sul significato che dovrebbe peraltro attribuirsi alla quale ci soffermeremo *infra* nel testo, par 10.

⁶⁰ V., da ultimo, E. TOSI, *La disciplina applicabile all’hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d’autore, tra speciale irresponsabilità dell’ISP passivo e comune responsabilità dell’ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019*, cit., p. 265, il quale parla, con riguardo a tale concetto atipico, di una «condivisibile necessità». Per dettagliati riferimenti all’opposto orientamento, v., però, L. TORMEN, *op. cit.*, p. 1046 s., il quale lo considera «minoritario in giurisprudenza ma ampiamente condiviso in dottrina».

⁶¹ Concetto, questo, che la Cassazione tenta di chiarire elencando a titolo esemplificativo alcuni «indici di interferenza», così finendo peraltro «per assegnare un’ampia discrezionalità al giudice di merito circa la qualificazione di un *hosting provider* come attivo o passivo» (F. DI CIOMMO, *Oltre la direttiva 2000/31/Cee, o forse no. La responsabilità dei provider di Internet nell’incerta giurisprudenza europea*, cit., c. 2079). La dimostrazione della natura attiva e non semplicemente passiva del *provider* dovrebbe essere a carico del danneggiato: in tal senso, v. L. TORMEN, *op. cit.*, p. 1048 s., il quale peraltro non esclude che possa ipotizzarsi una inversione dell’onere della prova in sfavore del *provider* sulla base del principio di vicinanza della prova.

⁶² Secondo la Cassazione, più precisamente, l’aggettivo «manifesta» di cui alla lett. a del 1° co. dell’art. 16 del d. lgs. n. 70 del 2003, «vale, in sostanza, a circoscrivere la responsabilità del prestatore alla fattispecie della colpa grave o del dolo: se l’illiceità deve essere “manifesta”, vuol dire che sarebbe possibile riscontrarla senza particolare difficoltà, alla stregua dell’esperienza e della conoscenza tipiche dell’operatore del settore e della diligenza professionale da lui esigibile, così che non averlo fatto integra almeno una grave negligenza dello stesso». Sempre secondo la Cassazione, «in caso contrario, in presenza di una situazione di “non manifesta” illiceità, nel senso ora indicato, in capo al prestatore del servizio resterà il solo obbligo di informarne le competenti autorità (la cd. *notice*)».



sibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere», precisando infine che «resta affidato al giudice del merito l'accertamento in fatto se, in riferimento al profilo tecnico-informatico, l'identificazione di video, diffusi in violazione dell'altrui diritto, sia possibile mediante l'indicazione del solo nome o titolo della trasmissione da cui sono tratti, oppure sia indispensabile, a tal fine, la comunicazione dell'indirizzo *URL*, alla stregua delle condizioni esistenti all'epoca dei fatti»⁶³.

In tal modo troviamo ribadito, per la prima volta anche nella giurisprudenza di legittimità, il già menzionato orientamento di merito che considera il *provider* che pure svolga attività di vero e proprio *hosting* tenuto a rimuovere il materiale illecitamente trasmesso da suoi utenti sulla base di semplici segnalazioni di parte⁶⁴. La Suprema Corte compie però una simile operazione ermeneutica senza confrontarsi né con le due importanti differenze di formulazione – soprattutto l'assenza della disgiuntiva “o” – che come sappiamo l'art. 16, co. 1, del d.lgs. n. 70 del 2003 presenta rispetto all'art. 14, co. 1, della dir. 2000/31/CE, né con il collegato co. 3 dell'art. 17 del citato d.lgs., ciò che è assai criticabile, essendo così vari e concordanti riferimenti letterali della normativa italiana sostanzialmente abrogati in via interpretativa⁶⁵, senza che nemmeno siano loro dedicate specifiche argomentazioni⁶⁶.

La sentenza in esame contiene peraltro anche talune riflessioni pregevoli, quali un condivisibile inquadramento di fondo della responsabilità del *provider* «nella tradiziona-

⁶³ Per l'orientamento dottrinale, cui la pronuncia della Cassazione sembra essersi allineata, che, in merito alla valutazione dell'effettiva conoscenza, da parte del *provider*, dell'illiceità dei materiali trasmessi, adotta un approccio plurifattoriale e contestuale, v. M. RICOLFI, *Contraffazione di marchio e responsabilità degli internet service providers*, in *Dir. ind.*, 2013, I, p. 244 ss.; A. COLARUOTOLO, *op. cit.*, p. 330.

⁶⁴ Per un'interessante tesi dottrinale la quale (sia pure partendo – a differenza della sentenza in esame – dalla fondamentale premessa della disapplicazione della normativa interna italiana, considerata in contrasto con quella europea, come già segnalato *supra*, nt. 27) si è in tempi recenti posta su una linea di pensiero simile a quella poi fatta propria dalla sentenza in esame, v. F. PIRAINO, *op. cit.*, p. 500 ss.

⁶⁵ L'interpretazione che R. PANETTA, *op. cit.*, p. 278, definisce «a dir poco additiva» pare a chi scrive piuttosto *contra legem*.

⁶⁶ Tali non potendosi dire né il cenno – presente al punto 5.10 della sentenza in esame – alla «comunicazione delle autorità competenti» di cui alla lett. b) del 1° dell'art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003 (cenno che comunque avrebbe dovuto essere messo in relazione sia con l'assenza nella medesima previsione della disgiuntiva “o” sia con la particolare formulazione del co. 3 dell'art. 17) né la menzione – presente sempre al punto 5.10 della sentenza – del considerando n. 46 della direttiva 2000/31/CE (considerando che sembra a chi scrive andare in direzione opposta a quella preferita dalla Cassazione, specialmente se lo si legga in combinazione con il successivo considerando n. 48: v. *supra*, nt. 28).



le teoria della condotta illecita»⁶⁷ e una in linea di principio interessante sottolineatura della sua diligenza non ordinaria ma professionale⁶⁸.

Rimane però il fatto che la Cassazione ha fundamentalmente avallato lo spostamento della posizione dell'*hosting provider* da un'area intermedia tra l'esonero da responsabilità e la comune responsabilità per colpa senz'altro in quest'ultimo ambito⁶⁹ (anche se non oltre, venendo in rilievo una colpa – grave ma soprattutto – non presunta⁷⁰), ponendosi così in contrasto con il d.lgs. n. 70 del 2003⁷¹. Chi scrive pertanto auspica, fintantoché la

⁶⁷ La sentenza in esame ragiona, in relazione al prestatore “attivo”, di un «concorso mediante condotta attiva nell'illecito» altrui e del rimprovero all'*hosting provider* “passivo”, cui è posta in capo dalla legge «una cd. posizione di garanzia» (riferimento, questo, che, secondo A.M. ROVATI, *Il ruolo attivo degli intermediari di Internet e la conseguente responsabilità civile*, cit., p. 285, nt. 16, evocherebbe la responsabilità da contatto sociale, richiamata espressamente, nella giurisprudenza di merito, da Trib. Roma, 10 gennaio 2019, cit., ma in relazione alla quale F. BRAVO, *Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento illecito di dati personali*, in *Persona e Mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. ZORZI GALGANO, Milano, 2019, p. 394, parla di una «artificiosa costruzione»; più in generale su questo assai controverso istituto, cfr., tra i tanti, con diverse posizioni, almeno C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 679 ss.; ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 55 ss.; A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts [La resistibile ascesa del «contatto sociale»]*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 77 ss.), di «una condotta commissiva mediante omissione, per avere [...] concorso nel comportamento lesivo altrui a consumazione permanente, non avendo provveduto alla rimozione del dato informatico o al blocco dell'accesso». Interessante è anche il punto della sentenza in cui si rammenta il «principio generale, secondo cui la responsabilità omissiva presuppone che sia all'autore possibile e che sia utile attivarsi».

⁶⁸ In dottrina, sul punto, v. ampiamente già T. PASQUINO, *op. cit.*, p. 253 ss., 294 ss. e 314 ss.

⁶⁹ Cfr. L. TORMEN, *op. cit.*, p. 1048, ove si rileva criticamente che, nella sentenza in esame (la quale, in una parte su cui non ci siamo soffermati in questa sede, ammette ordini inibitori concernenti violazioni future; profilo, questo, su cui cfr., nella giurisprudenza di merito recente, Trib. Milano, decr. 4 marzo 2019, e Trib. Milano, ord. 12 aprile 2018, in *Dir. int.*, 2019, p. 105 ss., con commento di L. MOLINARIO, *L'ingunzione dinamica come strumento di tutela del diritto d'autore on-line*; nonché, in dottrina, S. LAVAGNINI, *op. cit.*, p. 420 ss.), «nei confronti dell'*hosting provider* passivo si attua una linea rigoristica: vengono invero sposati pressoché tutti gli orientamenti maggiormente restrittivi».

⁷⁰ Affermandosi nella sentenza che «spetta all'attore titolare del diritto leso allegare e provare, a fronte dell'inerzia dell'*hosting provider*, la conoscenza di questi in ordine all'illecito compiuto dal destinatario del servizio, indotta dalla stessa comunicazione del titolare del diritto leso o *aliunde*, nonché di indicare gli elementi che rendevano manifesta detta illiceità; assolto tale onere, l'inerzia del prestatore integra di per sé la responsabilità, a fronte dell'obbligo di attivazione posto dal menzionato d.lgs. n. 70 del 2003, art. 16, restando a carico del medesimo l'onere di provare di non aver avuto nessuna possibilità di attivarsi utilmente, possibilità che sussiste se il prestatore è munito degli strumenti tecnici e giuridici per impedire le violazioni (ad es., per il potere di autotutela negoziale al medesimo concesso in forza del contratto concluso con il destinatario del servizio)». Per una simile posizione, v. anche, nella giurisprudenza di merito, Trib. Napoli, 3 novembre 2016, cit.

⁷¹ Pure E. TOSI, *op. ult. cit.*, p. 265 e 269, ragiona al riguardo di una soluzione «non priva di forzatura del testo normativo».



normativa non sia modificata, un *revirement*, che è però del tutto improbabile⁷², considerato come lo *Zeitgeist* attuale – in Europa e così anche in Italia – sia sempre meno tollerante verso i *provider*⁷³ e come posizioni di politica del diritto sembrano trovare significativo spazio nelle sentenze anche di legittimità⁷⁴.

6. – Tenendo sempre presente la nostra mappa iniziale sui diversi livelli di responsabilità, la disciplina in materia di *privacy* si spinge persino oltre nella direzione dell'aggravamento della posizione del danneggiante e al tempo stesso della crescente tutela dei titolari di taluni diritti (suscettibili di lesione *on line* e) contrastanti con l'interesse del *provider* ad agire "irresponsabilmente", segnatamente appunto il diritto alla *privacy*.

Già l'art. 15 del d.lgs. n. 196 del 2003 (poi abrogato dall'art. 27, co. 1, lett. a, n. 2, del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101), infatti, perfettamente in linea con la dir. 95/46/CE⁷⁵, stabiliva, al 1° co., che «chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile», ovvero «è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno». A prescindere dal fatto che il richiamo all'art. 2050 c.c. sembra da spiegare «al fine di privilegiare la vittima con l'inversione dell'onere della prova, e non nel senso

⁷² Lo pensa anche G. D'ALFONSO, *Anonimato in rete e responsabilità civile dell'hosting provider nella prospettiva de jure condendo*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 10 settembre 2019, p. 26.

⁷³ Come approfonditamente chiarito, da ultimo, sempre da G. D'ALFONSO, *op. cit.*, p. 4 ss. e 42 ss. Si tratta comunque di una tendenza evolutiva manifestatasi, sotto vari profili, da vari anni: cfr., tra i tanti, R. BOCCHINI, *La centralità della qualità del servizio nel dibattito in tema di network neutrality*, in *Dir. inf.*, 2016, p. 519 s.; G. MERUZZI, *Internet service providers, impresa di gruppo e responsabilità delle controllate*, in *AIDA*, 2014, p. 349 ss.

⁷⁴ Si pensi, con specifico riguardo a Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, cit., alla già rammentata – v. *supra*, nt. 59 – invocazione da parte di essa persino di (quella che al tempo era) una semplice proposta di direttiva. Cfr. anche G. STROMMILLO, *op. cit.*, c. 2071, ove, con riguardo alla sentenza in esame, si ragiona della testimonianza di «un acuto disagio circa il ruolo dell'*hosting provider* nella società dell'informazione e il suo regime di immunità c.d. incondizionata di derivazione europea».

⁷⁵ Il cui considerando n. 55 chiariva che, «in caso di violazione dei diritti delle persone interessate da parte del responsabile del trattamento, le legislazioni nazionali devono prevedere vie di ricorso giurisdizionale; [...] i danni cagionati alle persone per effetto di un trattamento illecito devono essere riparati dal responsabile del trattamento, il quale può essere esonerato dalla propria responsabilità se prova che l'evento dannoso non gli è imputabile, segnatamente quando dimostra l'esistenza di un errore della persona interessata o un caso di forza maggiore», e il cui art. 23 stabiliva che «gli Stati membri dispongono che chiunque subisca un danno cagionato da un trattamento illecito o da qualsiasi altro atto incompatibile con le disposizioni nazionali di attuazione della presente direttiva abbia il diritto di ottenere il risarcimento del pregiudizio subito dal responsabile del trattamento» (par. 1) e che «il responsabile del trattamento può essere esonerato in tutto o in parte da tale responsabilità se prova che l'evento dannoso non gli è imputabile» (par. 2).



di qualificare pericolosa l'attività di chi tratta dati personali»⁷⁶, le citate misure potevano ben consistere, alla luce della disciplina di dettaglio dettata in materia di *privacy* e del particolare atteggiarsi di ciascuna fattispecie concreta, in obblighi di sorveglianza o anche di ricerca di attività illecite del tipo di quelli che il 1° co. dell'art. 17 del d.lgs. n. 70/2003 generalmente vieta che gravino sul provider "passivo". Non poteva nemmeno escludersi che, ai sensi della disciplina sulla *privacy*, si configurasse persino una responsabilità oggettiva, considerato come è prevalentemente interpretato, in dottrina, l'art. 2050⁷⁷, anche se, con riguardo a tale previsione, la prospettiva della responsabilità per colpa presunta sembra a chi scrive più persuasiva⁷⁸.

Il medesimo art. 15 del d.lgs. n. 196 del 2003, al 2° co., aggiungendo testualmente che «il danno non patrimoniale è risarcibile anche in caso di violazione dell'articolo 11», mirava poi semplicemente a precisare come, anche in caso di violazione delle regole in tema di modalità del trattamento e requisiti dei dati, fosse risarcibile pure il danno non patrimoniale, ovviamente, in linea con il più generale assetto della giurisprudenza italiana in materia, purché detto danno fosse allegato e provato dall'interessato⁷⁹.

Oggi occorre peraltro riferirsi all'art. 82 del reg. UE 2016/679, ove si stabilisce che «chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento» (par. 1), distinguendosi le posizioni dei dan-

⁷⁶ M. TAMPIERI, *Il diritto all'oblio e la tutela dei dati personali*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1029, ove anche ulteriori riferimenti.

⁷⁷ V., tra gli altri, G. ALPA, *Trattato di diritto civile*, IV, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, p. 683 ss.; F. BRAVO, *La responsabilità civile degli internet service providers*, cit., p. 700 ss.; M. RATTI, *La responsabilità da illecito trattamento dei dati personali*, in *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, dir. da G. FINOCCHIARO, Bologna, 2019, p. 786 s. V. anche F. DI CIOMMO, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. inf. inf.*, 2010, p. 854, il quale ragiona di «un regime di responsabilità semi-oggettiva».

⁷⁸ V. C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 715, secondo cui l'opposta tesi «contrasta con la previsione normativa che sancisce la responsabilità del soggetto sulla presunzione della sua condotta colposa (non avere adottato le idonee misure di prevenzione del danno)». V. pure, da ultimo, M. GAMBINI, *Responsabilità e risarcimento nel trattamento dei dati personali*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO e V. RICCIUTO, cit., p. 1056 s.

⁷⁹ In argomento, cfr., anche per ulteriori riferimenti, in dottrina, S. SICA, *op. ult. cit.*, p. 169, M. TAMPIERI, *op. cit.*, p. 1030, e G. RAMACCIONI, *La protezione dei dati personali: il tema/problema del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 665 ss.; nonché, nella giurisprudenza più recente, Cass., ord. 4 giugno 2018, n. 14242, in *Giur. it.*, 2019, p. 41 ss., con nota di S. THOBANI, *Il danno non patrimoniale da trattamento di dati tra danno presunto e danno evento*.



neggianti⁸⁰ nel senso che «un titolare del trattamento coinvolto nel trattamento risponde per il danno cagionato dal suo trattamento che violi il presente regolamento», mentre «un responsabile del trattamento risponde per il danno causato dal trattamento solo se non ha adempiuto gli obblighi del presente regolamento specificatamente diretti ai responsabili del trattamento o ha agito in modo difforme o contrario rispetto alle legittime istruzioni del titolare del trattamento» (par. 2), e soprattutto ribadendosi che «il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento è esonerato dalla responsabilità, a norma del paragrafo 2 se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile» (par. 3), così evidentemente aggravando le responsabilità in esame rispetto al modello della comune responsabilità per colpa (non presunta).

L'interpretazione del riferimento, che a prima vista «sembra [...] una prova liberatoria»⁸¹, alla possibilità, per il soggetto che potrebbe essere chiamato al risarcimento, di dimostrare «che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile», non è però scontata⁸². Si potrebbe pensare che il regolamento, con il riferimento letterale all'imputabilità, intenda addirittura il nesso di causalità tra la condotta del titolare o del responsabile e il danno, ciò che renderebbe le responsabilità in esame senz'altro oggettive⁸³, ma questa lettura non convince fino in fondo, in quanto finisce per svuotare di contenuto la previsione in esame⁸⁴. Più persuasiva risulta allora la tesi che configura piuttosto una re-

⁸⁰ Al fine di alleggerire, rispetto a quella del titolare del trattamento, la posizione del responsabile del trattamento, «stante la sua peculiare posizione nei confronti del titolare» (E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 124). Per un approfondimento dottrinale sulle due diverse qualità giuridiche in parola, v. D. FARACE, *Il titolare e il responsabile del trattamento*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO e V. RICCIUTO, Torino, 2019, p. 731 ss.

⁸¹ E. LUCCHINI GUASTALLA, *ibidem*.

⁸² Come sottolinea, tra gli altri, A. SPANGARO, *Il data breach tra obblighi di notifica e principio di auto-responsabilità*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 9 luglio 2018, p. 29 s.

⁸³ Su una simile linea di pensiero, v., da ultimo, E. TOSI, *op. ult. cit.*, p. 260 s., cui «la qualificazione della responsabilità per trattamento illecito dei dati [...] in termini di responsabilità tendenzialmente oggettiva [...] pare senz'altro preferibile, anche nel quadro di una lettura sistematica del quadro complessivo del diritto delle nuove tecnologie, in cui la tendenziale oggettivazione del rischio nella società digitale è la regola e la responsabilità soggettiva – per colpa o dolo – degrada ad eccezione»; nonché F. BRAVO, *Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento illecito di dati personali*, in *Persona e Mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, cit., p. 390 ss. e 414 ss.

⁸⁴ V. E. LUCCHINI GUASTALLA, *op. cit.*, p. 125, ove si accenna pure l'ipotesi interpretativa secondo cui il riferimento all'imputabilità sarebbe da intendere in senso strettamente letterale, e cioè riguarderebbe il criterio di cui all'art. 2046 c.c., pur scartandosi anche questa tesi, sempre per il motivo che si tratterebbe di una interpretazione che, affermando un'ovvietà, svuoterebbe di contenuto la previsione in esame. La tesi da ultimo considerata sembra, comunque, da scartare anche, e soprattutto, in quanto metodologicamente discu-



sponsabilità aggravata (o per colpa presunta)⁸⁵, l'esonero dalla quale dipende da una condotta attiva dell'agente, secondo un modello simile a quello contenuto, per esempio (ma non solo), negli artt. 2047, 1° co., e 2048, 3° co., c.c.⁸⁶.

In ogni caso, la disciplina in discorso sembra, con riguardo tanto alla risarcibilità del danno sia patrimoniale sia non patrimoniale⁸⁷ quanto (perlomeno se si condividono le riflessioni appena svolte) al criterio di attribuzione della responsabilità per violazione della *privacy*, porsi in linea di tendenziale continuità con l'art. 23 della dir. 95/46/CE e al tempo stesso con l'art. 15 del d.lgs. n. 196 del 2003⁸⁸.

7. – Occorre ora verificare se vi siano riferimenti normativi che potrebbero essere intesi andare persino nella direzione – tenendo sempre a mente la nostra mappa iniziale sui diversi livelli di responsabilità – della minima tutela del *provider* e corrispondentemente della massima tutela di taluni diritti suscettibili di lesione *on line*, segnatamente il diritto alla *privacy*.

Soffermiamoci dunque sull'assai controversa questione dei c.d. danni punitivi o per meglio dire del risarcimento punitivo⁸⁹, ovverosia sull'idea di fondo, di matrice statuni-

tibile, essendo ormai chiaro come l'interprete chiamato a cogliere il significato di una disciplina dell'Unione europea debba modificare o perlomeno adattare la propria prospettiva consueta, evitando di limitarsi a considerare il punto di vista delle proprie disposizioni nazionali e delle relative formulazioni: sul punto v., per tutti, C. BALDUS e T. RAFF, *Richterliche Interpretation des Gemeinschaftsrechts*, in M. GEBAUER e C. TEICHMANN (a cura di), *Europäisches Privat- und Unternehmensrecht*, Baden-Baden, 2016 (su cui sia permesso rinviare alla mia recensione in *Contr. e impr./Europa*, 2016, p. 851 ss.), p. 212 ss. e, specialmente, 217 s.

⁸⁵ Per una simile posizione, v. M. GAMBINI, *op. ult. cit.*, p. 1058; nonché M. DE PAMPHILIS, *Il risarcimento del danno per illegittimo trattamento dei dati personali dopo il reg. UE 2016/679*, in *Giustiziacivile.com*, Approfondimento del 19 febbraio 2019.

⁸⁶ In tal senso, v. E. LUCCHINI GUASTALLA, *ibidem*, il quale peraltro ragiona non di responsabilità aggravata, ma di responsabilità oggettiva (in favore dell'inquadramento delle fattispecie di cui agli artt. 2047 e 2048 c.c. come ipotesi di responsabilità per colpa presunta, v., però, C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 692 ss.). Su questo dibattito, cfr. anche, in termini dubitativi, M. RATTI, *op. cit.*, p. 789.

⁸⁷ Sul quale cfr. ora il dettagliato studio di E. TOSI, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale. Oggettivazione del rischio e riemersione del danno morale con funzione deterrente-sanzionatoria alla luce dell'art. 82 GDPR*, Milano, 2019, *passim*.

⁸⁸ Sembrano pensarlo anche S. SICA, *op. ult. cit.*, p. 166 ss. e specialmente 171 ss., nonché M. TAMPIERI, *op. cit.*, p. 1029 ss. V. pure, *amplius*, M. GAMBINI, *op. ult. cit.*, p. 1048 ss., e G.M. RICCIO, *Sub art. 82 reg. UE 2016/679*, in *GDPR e normativa privacy. Commentario*, a cura di G.M. RICCIO, G. SCORZA ed E. BELISARIO, Milano, 2018, p. 596 ss., ove si approfondiscono altresì le più spiccate particolarità della nuova disciplina.

⁸⁹ Per le questioni terminologiche, sia consentito rinviare a M. TESCARO, *Le variazioni qualitative e quantitative del danno risarcibile*, cit., p. 542.



tense, secondo cui la responsabilità civile potrebbe rivolgersi non solo a riparare o compensare i danneggiati dei pregiudizi effettivamente subiti, bensì anche a creare effetti di punizione e di deterrenza, nonché – sia pure indirettamente – di arricchimento dei danneggiati, i quali finirebbero per ricevere una somma maggiore, anche di molto, rispetto all'entità dei danni patiti⁹⁰. Non mancano vari indici nel senso di una crescente apertura (*rectius*, minore chiusura) degli ordinamenti dell'Europa continentale verso questa prospettiva⁹¹ (per quanto concerne l'Italia, basti pensare alla celebre sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 16601 del 2017, la quale ha indubbiamente comportato un *revirement*, sia pure a parere di chi scrive “moderato”⁹²), ma essa rimane a detti ordinamenti, nel complesso (salve eccezioni), estranea, continuando un cospicuo orientamento ad associare l'opposta conclusione a «une mutation profonde de notre culture juridique», per non dire a «une dérive du système», e in ogni caso a «une révolution au sens copernicien du terme», ovvero sia a «le retour à la confusion originaire de la réparation et de la répression que notre Droit a pourtant bannie»⁹³.

Particolarmente interessante al riguardo è proprio l'esperienza giuridica della Francia, la quale sta valutando la percorribilità di una strada in qualche modo di compromesso, per tenere conto delle suggestioni di matrice statunitense senza mutare profondamente il suo consolidato assetto della responsabilità civile. Si allude al *Projet de réforme de la responsabilité civile* presentato dal Ministro della Giustizia francese il 13 marzo 2017, in seguito a un'ampia consultazione pubblica svoltasi da aprile a luglio 2016, nel cui art. 1266-1 è generalizzata l'*amende civile*, strutturata però, sotto vari profili, in modo assai differente⁹⁴ rispetto ai *punitive damages* statunitensi⁹⁵. Il citato articolo prevede te-

⁹⁰ V., anche per ulteriori riferimenti, M. TESCARO, *La riconoscibilità delle sentenze nordamericane di condanna a punitive damages*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. GRANELLI, Milano, 2017, p. 539 ss.

⁹¹ V., per esempio, A. VIGNON-BARRAULT, *Les dommages et intérêts punitifs*, in *La réparation intégrale en Europe*, a cura di P. PIERRE e F. LEDUC, Bruxelles, 2012, p. 85, secondo cui «l'idée des dommages et intérêts punitifs creuse peu à peu son sillon en Europe».

⁹² Sia consentito rinviare a M. TESCARO, *Das “moderate” Revirement des italienischen Kassations-hofs bezüglich der US-amerikanischen punitive damages-Urteile*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2018, p. 459 ss.; ID., *Il revirement “moderato” sui punitive damages*, in *Contr. e impr./Europa*, 2017, p. 52 ss.

⁹³ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 4^a ed., Paris, 2016, p. 10 s.

⁹⁴ Anche se non tutti lo sottolineano: cfr., per esempio, N. DISSAUX, *Projet de réforme de la responsabilité civile et droit de la distribution*, in *AJ Contrat*, 2017, p. 205, ove si parla, al riguardo, della introduzione in Francia dei *dommages et intérêts punitifs*.

⁹⁵ In argomento, v., *amplius*, M. BEHAR-TOUCHAIS, *L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à*



stualmente che «en matière extracontractuelle, lorsque l’auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d’obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d’une amende civile. Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l’auteur et aux profits qu’il en aura retirés. L’amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé. Si le responsable est une personne morale, l’amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d’affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d’un des exercices clos depuis l’exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise. Cette amende est affectée au financement d’un fonds d’indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public. Elle n’est pas assurable».

Si tratta, in estrema sintesi, di un «parente stretto dell’*amende pénale*», che si ipotizza di generalizzare in presenza di violazioni lucrative e deliberate e che «ha la particolarità di essere pronunciata da un giudice civile, non penale»⁹⁶, in occasione dell’azione risarcitoria portata avanti da una vittima (su domanda della vittima stessa oppure del pubblico ministero). Quanto alle modalità di calcolo dell’*amende civile* il cui ammontare non sia predeterminato, il citato progetto prevede che essa sia proporzionata, al tempo stesso, alla gravità della violazione commessa, al profitto che il suo autore ha lucrato così come alla capacità contributiva di quest’ultimo. Inoltre, si precisa che l’*amende civile* non è assicurabile e le si assegna il massimale del decuplo dell’ammontare del profitto o del 5% del fatturato annuo in Francia se l’autore è una persona giuridica⁹⁷. Infine, l’*amende civile* non arricchisce mai la vittima (ecco la differenza fondamentale rispetto al normale assetto dei *punitive damages*), in quanto le somme versate a tale titolo sono attribuite sia a fondi di garanzia collegati al tipo di danno subito sia al Tesoro pubblico⁹⁸.

l’absence de dommages-intérêts contractuels?, in *Petites affiches*, 20 novembre 2002, n. 232, p. 36; S. HOCQUET-BERG, *Caractère indemnitaire ou punitif des dommages-intérêts*, in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, a cura di B. DUBUISSON e P. JOURDAIN, Bruxelles, 2015, p. 227 ss.; M. BOUTONNET, C. SINTEZ, C. THIBIERGE, *Consacrons les fonctions et les effets de la responsabilité civile!*, in *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2414; J.-S. BORGHETTI, *Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile: présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017*, in *Recueil Dalloz*, 2017, p. 770.

⁹⁶ G. CATTALANO, *Lo stato dell’arte del risarcimento punitivo nel diritto francese*, in *Contr. e impr./Europa*, 2017, p. 23, ove si precisa anche che «essa esiste già nella procedura civile, o ancora in materia di intese restrittive della concorrenza, per le quali il giudice civile può condannare l’autore a restituire alla vittima il profitto realizzato, cui si applica un coefficiente moltiplicatore».

⁹⁷ Così G. CATTALANO, *op. cit.*, p. 24.

⁹⁸ V. ancora G. CATTALANO, *ibidem*.



Nonostante che nella stessa Francia persista un non trascurabile orientamento dottrinale fermamente contrario persino a questa timida apertura verso un qualcosa di almeno in parte paragonabile ai *punitive damages* statunitensi⁹⁹, la appena accennata strada dell'*amende civile* pare, tutto sommato, meritevole di attenta considerazione, in quanto, qualora davvero si ritenga necessaria un'evoluzione in senso punitivo della responsabilità civile dell'Europa continentale – ciò che non è peraltro sicuro, visto tra l'altro il rapporto *La réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques*, pubblicato il 25 giugno 2019 da un gruppo di lavoro della Corte d'appello di Parigi¹⁰⁰ –, tale misura «potrebbe integrarsi nel nostro diritto meglio del risarcimento punitivo», poiché «essa bistratta meno le categorie giuridiche ed evita lo scoglio di azioni intraprese dalla vittima con il solo obiettivo di ottenere un guadagno dalla colpa del danneggiante»¹⁰¹.

Tutto ciò chiarito, venendo alla normativa europea in materia di *privacy*, le finalità della punizione e della deterrenza erano, nella dir. 95/46/CE, appena accennate, limitandosi il suo art. 24 (in linea con il considerando n. 55, la parte finale del quale genericamente precisava che «che sanzioni debbono essere applicate nei confronti di qualsiasi soggetto di diritto privato o di diritto pubblico che non rispetti le norme nazionali di attuazione della presente direttiva») a prevedere che «gli Stati membri adottano le misure appropriate per garantire la piena applicazione delle disposizioni della presente direttiva e in particolare stabiliscono le sanzioni da applicare in caso di violazione delle disposizioni di attuazione della presente direttiva».

Nel reg. UE 2016/679, invece, dette finalità assumono un ruolo centrale, specialmente nell'art. 83, ove si stabilisce, nel par. 1, che «ogni autorità di controllo provvede affinché le sanzioni amministrative pecuniarie inflitte ai sensi del presente articolo in relazione alle violazioni del presente regolamento di cui ai paragrafi 4, 5 e 6 siano in ogni singolo caso effettive, proporzionate e dissuasive», prevedendosi poi, nei paragrafi seguenti, gli

⁹⁹ V. N. RIAS, *L'amende civile, une fausse bonne idée?*, in *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2072; V. E. DREYER, *L'amende civile concurrente de l'amende pénale?*, in *Juris-Classeur périodique, édition entreprise, étude* 1344, p. 31 ss.

¹⁰⁰ Ove, con specifico riguardo all'*amende civile*, si suggerisce – p. 10 del rapporto, reperibile in www.justice.gouv.fr – invece di «prévoir la possibilité pour le juge de prononcer, en cas de faute lucrative, des dommages et intérêts restitutoires, plutôt qu'une amende civile, laquelle présente des inconvénients notamment en termes d'attractivité et d'articulation avec les droits spéciaux; à titre subsidiaire, modifier la rédaction de l'article 1266-1 afin d'en limiter les inconvénients en termes d'attractivité (réduction du plafond, demande réservée au seul parquet, attribution au Trésor public exclusivement) et de l'écarter expressément quand une autre sanction pécuniaire est prévue».

¹⁰¹ G. CATTALANO, *op. cit.*, p. 27.



elementi – alcuni dei quali identici o simili a quelli già considerati in relazione all’*amende civile* – di cui tenere conto nella decisione se infliggere le citate sanzioni ¹⁰², e anche massimali differenziati a seconda delle ipotesi ma comunque tali da assicurare, prevedibilmente, una notevole efficacia al tempo stesso punitiva e dissuasiva (aggiungendosi, nel par. 8, che «l’esercizio da parte dell’autorità di controllo dei poteri attribuiti le dal presente articolo è soggetto a garanzie procedurali adeguate in conformità del diritto dell’Unione e degli Stati membri, inclusi il ricorso giurisdizionale effettivo e il giusto processo») ¹⁰³.

Nonostante quest’ultima precisazione ¹⁰⁴, le sanzioni di cui all’art. 83 del reg. UE

¹⁰² V. il par. 2, ove si prevede che «le sanzioni amministrative pecuniarie sono inflitte, in funzione delle circostanze di ogni singolo caso, in aggiunta alle misure di cui all’articolo 58, paragrafo 2, lettere da a) a h) e j), o in luogo di tali misure. Al momento di decidere se infliggere una sanzione amministrativa pecuniaria e di fissare l’ammontare della stessa in ogni singolo caso si tiene debito conto dei seguenti elementi: a) la natura, la gravità e la durata della violazione tenendo in considerazione la natura, l’oggetto o a finalità del trattamento in questione nonché il numero di interessati lesi dal danno e il livello del danno da essi subito; b) il carattere doloso o colposo della violazione; c) le misure adottate dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento per attenuare il danno subito dagli interessati; d) il grado di responsabilità del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento tenendo conto delle misure tecniche e organizzative da essi messe in atto ai sensi degli articoli 25 e 32; e) eventuali precedenti violazioni pertinenti commesse dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento; f) il grado di cooperazione con l’autorità di controllo al fine di porre rimedio alla violazione e attenuarne i possibili effetti negativi; g) le categorie di dati personali interessate dalla violazione; h) la maniera in cui l’autorità di controllo ha preso conoscenza della violazione, in particolare se e in che misura il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento ha notificato la violazione; i) qualora siano stati precedentemente disposti provvedimenti di cui all’articolo 58, paragrafo 2, nei confronti del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento in questione relativamente allo stesso oggetto, il rispetto di tali provvedimenti; j) l’adesione ai codici di condotta approvati ai sensi dell’articolo 40 o ai meccanismi di certificazione approvati ai sensi dell’articolo 42; e k) eventuali altri fattori aggravanti o attenuanti applicabili alle circostanze del caso, ad esempio i benefici finanziari conseguiti o le perdite evitate, direttamente o indirettamente, quale conseguenza della violazione».

¹⁰³ Su tali previsioni, v. G. MULAZZANI, *Le sanzioni amministrative in materia di protezione dei dati personali nell’ordinamento europeo ed in quello nazionale*, in *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018*, n. 101, dir. da G. FINOCCHIARO, cit., p. 791 ss.; S. ANTONIAZZI, *Le sanzioni amministrative*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. CUFFARO, R. D’ORAZIO e V. RICCIUTO, cit., p. 1093 ss.

¹⁰⁴ E nonostante la precisazione (concernente peraltro, prevedibilmente, ben pochi Paesi: v. infatti il considerando n. 151, ove sono al riguardo menzionate solo Danimarca ed Estonia) di cui al par. 9, ai sensi del quale «se l’ordinamento giuridico dello Stato membro non prevede sanzioni amministrative pecuniarie, il presente articolo può essere applicato in maniera tale che l’azione sanzionatoria sia avviata dall’autorità di controllo competente e la sanzione pecuniaria sia irrogata dalle competenti autorità giurisdizionali nazionali, garantendo nel contempo che i mezzi di ricorso siano effettivi e abbiano effetto equivalente alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalle autorità di controllo. In ogni caso, le sanzioni pecuniarie irrogate sono effettive, proporzionate e dissuasive. Tali Stati membri notificano alla Commissione le disposi-



2016/679 sono assai diverse persino dall'interessante modello di compromesso tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law* integrato dalla proposta francese di generalizzazione dell'*amende civile*, per il motivo fondamentale che il potere di infliggere dette sanzioni spetta non al giudice, ma all'autorità amministrativa di controllo (ai sensi dell'art. 58, par. 2, lett. i, del regolamento).

Possiamo dunque concludere che le esigenze della punizione e della dissuasione sono ben considerate nel regolamento (oltre che nel d.lgs. n. 101 del 2018, non mancando vere e proprie sanzioni penali¹⁰⁵), escludendosi peraltro il rischio di un arricchimento dei danneggiati (cui non sono destinate le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 83, come del resto nemmeno l'*amende civile*) e rispettandosi massimamente il consolidato assetto dell'Europa continentale, ove la responsabilità civile continua a servire, salve eccezioni, essenzialmente a riparare o compensare i danneggiati dei pregiudizi effettivamente subiti¹⁰⁶.

8. – Il caso italiano più interessante in materia di rapporto tra la disciplina sulla responsabilità del *provider* e quella sulla *privacy* è la controversia *Google* contro *Vivi Down*, i cui passaggi fondamentali è ora opportuno ripercorrere, con l'avvertimento preliminare che si tratta di una ipotesi di responsabilità penale, però con risvolti rilevanti anche per la responsabilità civile¹⁰⁷.

zioni di legge adottate a norma del presente paragrafo al più tardi entro 25 maggio 2018 e comunicano senza ritardo ogni successiva modifica».

¹⁰⁵ Sul punto, v. V. CUFFARO, *Quel che resta di un codice: il D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101 detta le disposizioni di adeguamento del codice della privacy al regolamento sulla protezione dei dati*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1184; nonché, *amplius*, V. MANES e F. MAZZACUVA, *Le disposizioni penali*, in *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, dir. da G. FINOCCHIARO, cit., p. 819 ss.; C. CUPELLI e F. FICO, *I riflessi penalistici del Regolamento UE 2016/679 e le nuove fattispecie di reato previste nel Codice privacy dal d.lgs. n. 101/2018*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO e V. RICCIUTO, cit., p. 1107 ss. Cfr. altresì, nella giurisprudenza recente, Trib. Bologna, 10 gennaio 2019, in *Dir. int.*, 2019, p. 365 ss., con commento di A. SANTANGELO, *Il trattamento illecito di dati all'indomani del Regolamento privacy. Prime ipotesi applicative*.

¹⁰⁶ Sebbene non manchino letture (anche assai) diverse, proprio questo, a parere di chi scrive, è, tra l'altro, il significato fondamentale da attribuire alla già rammentata Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Danno e resp.*, 2017, p. 419 ss., su cui sia da ultimo consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a M. TESCARO, *L'ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, in corso di stampa.

¹⁰⁷ V. F. BRAVO, *La responsabilità civile degli internet service providers*, cit., p. 723, secondo cui, appunto, «la disamina di tale caso è massimamente rilevante anche ai fini del discorso in tema di responsabilità aquiliana dell'intermediario, poiché viene in rilievo il nodo cruciale del rapporto tra le due discipline di



La fattispecie concreta, in estrema sintesi, concerne l'inserimento e la diffusione sulla piattaforma web *Google Video* di un filmato in cui un minore disabile e l'associazione *Vivi Down* che di lui si prende cura sono insultati e derisi da altri minori all'interno di un'aula scolastica¹⁰⁸.

In primo grado, il Tribunale di Milano decide che «risponde del delitto di trattamento illecito di dati personali (art. 167, d.lgs. n. 196 del 2003) il gestore di un *Internet Service Provider* che, al fine di trarne profitto e recando nocimento alla persona interessata, diffonde in internet dati personali [...] senza fornire agli utenti una corretta e puntuale informazione circa il rispetto delle prescrizioni normative concernenti il trattamento di tali dati e, in particolare, dell'obbligo di assunzione del consenso dell'interessato»¹⁰⁹.

A questa conclusione, cioè alla configurabilità addirittura della responsabilità penale di cui all'art. 167 del d.lgs. n. 196 del 2003 in capo a un *hosting provider* – *rectius*, alle persone fisiche che rivestono in esso ruoli apicali – gestore di una piattaforma web in cui gli utenti caricano i loro filmati, il Tribunale di Milano giunge affermando, tra l'altro, che «non può esservi dubbio, a parere di chi scrive, che non esista, in materia, una zona franca (da un punto di vista oggettivo) che consenta ad un qualsiasi soggetto (persona fisica o meno che sia) di ritenersi esente dall'obbligo di legge, nel momento in cui venga, in qualsiasi modo, in possesso di dati sensibili: trattamento di dati è qualsiasi comportamento che consenta ad un soggetto di “apprendere” un dato e di mantenerne il possesso, fino al momento della sua distruzione. [...] In questo senso a poco vale la distinzione [...] tra *host provider* e *content provider*: il proprietario o il gestore di un sito web che compia anche solo una di tali attività prima indicate si trova senza possibilità di dubbio nella scomoda posizione di chi “tratti” i dati che gli vengono consegnati e che lui gestisce e, quantomeno, diffonde nell'esteso mondo di internet. Senza dubbio il *content provider* (e cioè il “gestore-produttore di contenuti”) è in una posizione ancora più delicata, perché, in qualche modo, contribuisce a creare o comunque a far propri dei dati dallo

settore (rispettivamente previste dal d.lgs. n. 196 del 2003 e dal d.lgs. n. 70 del 2003)». Cfr. anche F. DI CIOMMO, *op. ult. cit.*, p. 833 s.

¹⁰⁸ Per maggiori dettagli, v., tra i tanti, G. SARTOR e M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *op. cit.*, p. 645 ss.

¹⁰⁹ Trib. Milano, 12 aprile 2010, in *Corr. mer.*, 2010, p. 960 (con commento di L. BEDUSCHI, *Caso Google: libertà d'espressione in internet e tutela penale dell'onore e della riservatezza*; e in *Giur. mer.*, 2010, p. 2219 ss., con commento di V. PEZZELLA, *Google Italia, diffamazione e riservatezza: il difficile compito del provider [e del giudice]*), ove è leggibile la massima appena riportata nel testo, assieme alla seguente: «stante l'assenza di un obbligo giuridico gravante sul provider di impedire l'evento diffamatorio, non è configurabile un concorso omissivo nel delitto di diffamazione aggravata (artt. 40, comma 2, 595, commi 1 e 3, c.p.) da parte del gestore di un *Internet Service Provider* nell'ipotesi di contenuti diffamatori immessi in rete dagli utenti».



stesso gestiti, ma [...] anche l'*host provider* (e cioè il mero intermediario) non è esente da comportamento oggettivamente inquadrabile nella norma, attesa la sua funzione, quantomeno, di diffusore di dati raccolti».

Il medesimo Tribunale aggiunge poi che, «nel caso in esame, se è ben vero che un *hoster* attivo [...] ha sicuramente più elementi per poter riconoscere l'esistenza di un reato commesso da un singolo *uploader*, ed ha inoltre, sicuramente degli obblighi che la legge gli impone per il trattamento dei dati sensibili dei soggetti che vengono “caricati” sul suo sito web, è altrettanto vero che non può essere imposto (perché irrealizzabile) allo stesso un obbligo generale e specifico di controllo su tutti i dati “sensibili” caricati [...]; quello che, come si è detto, è imponibile allo stesso è un obbligo di corretta informazione agli utenti dei conseguenti obblighi agli stessi imposti dalla legge, del necessario rispetto degli stessi, dei rischi che si corrono non ottemperandoli (oltre che, naturalmente, l'obbligo di immediata cancellazione di quei dati e di quelle comunicazioni che risultassero correttamente segnalate come criminose) [...]».

Tale giudice sembra pertanto ritenere che un *hosting provider* (sia pure considerato “attivo”), pur non assumendo un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza (ciò che, del resto, il 1° co. dell'art. 17 del d.lgs. n. 70 del 2003 inequivocabilmente nega che possa assumere), debba considerarsi responsabile del trattamento dei dati personali di terzi presenti all'interno dei materiali caricati *on line* dai propri utenti, e dunque, in caso di lesione del diritto alla *privacy* di detti terzi, possa essere anch'esso chiamato a risponderne (oltre che penalmente, ricorrendo tutti i presupposti del delitto di cui all'art. 167 del d. lgs. n. 196 del 2003, a maggior ragione, anche) civilmente, non ai sensi della disciplina di favore di cui all'art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003, ma ai sensi di quella più gravosa di cui all'art. 15 del d.lgs. n. 196 del 2003 (e oggi di cui all'art. 82 del reg. UE 2016/679). L'idea di fondo pare in altre parole essere che, sussistendo i presupposti applicativi sia della disciplina sul commercio elettronico sia di quella sulla *privacy*, la seconda prevale senz'altro sulla prima (secondo una prospettiva interpretativa già accennata *supra*, par. 1).

In secondo grado, però, sul punto in esame, è adottata una diversa decisione. La Corte d'appello di Milano – dopo avere precisato trattarsi di «una vicenda molto complessa, [...] perché attiene alla questione del governo di internet» – chiarisce innanzi tutto come «uno dei punti essenziali della vicenda processuale» sia capire se *Google Video* «possa essere considerato mero *host provider* o altro», riconoscendo «la sostanziale irresponsabilità del *provider*» che potrebbe discendere dagli artt. 16 e 17 del d.lgs. n. 70 del 2003, sostenendo peraltro che «oggi, i servizi offerti dall'*Ip* non si limitano al processo tecnico



che consente di attivare e di fornire l'accesso alla rete ma, come nel caso del *content provider*, arrivano ad offrire la possibilità di immettere contenuti propri o di terzi nella rete e dunque non possono non essere chiamati a rispondere secondo le comuni regole di responsabilità in materia di trattamento dei dati», richiamando anche, a tale ultimo proposito, la controversa figura dell'«*hosting* attivo» (pur ammettendo che essa «in realtà, non è presente in alcuna norma di legge»), e concludendo quindi che, in relazione al caso di specie, *Google Video* «non possa che essere qualificata quantomeno come un *hosting* attivo».

Ciò premesso, la Corte d'appello afferma che «va esclusa, anche per il prestatore di servizi che fornisca *hosting* attivo, la possibilità *ipso facto* di procedere ad una efficace verifica preventiva di tutto il materiale immesso dagli utenti», chiarendo che «tale comportamento non può essere ritenuto doveroso, in quanto non esigibile per la complessità tecnica di un controllo automatico e comunque, demandare ad un internet *provider* un dovere/potere di verifica preventiva, appare una scelta da valutare con particolare attenzione in quanto non scevra da rischi, poiché potrebbe finire per collidere contro forme di libera manifestazione del pensiero».

Per questa via – ecco il punto decisivo al fine di modificare la pronuncia di primo grado – si giunge ad affermare che «la responsabilità per il trattamento dei dati è legata al mancato adempimento di specifiche condizioni che rendono lecito l'uso di tali dati, ma tali condizioni non possono che essere messe in capo al titolare, al *controller* dei dati medesimi», e che «trattare un video non può significare trattare il singolo dato contenuto, conferendo ad esso finalità autonome e concorrenti con quelle perseguite da chi quel video realizzava».

Si comprende allora la massima della pronuncia, secondo cui «non sussiste alcun obbligo di impedimento dei reati commessi dagli utenti in capo ai responsabili di un *host provider*, anche se cd. attivo, giacché non vi è alcuna norma giuridica che gli imponga di scongiurare illeciti altrui, né poteri impeditivi idonei a svolgere efficacemente una tale attività. L'*host provider* che permette agli utenti di condividere video è responsabile del trattamento dei dati dell'*uploader*, non dei dati contenuti nel filmato caricato in rete, di cui resta titolare chi ha compiuto e condiviso le riprese»¹¹⁰.

¹¹⁰ App. Milano, 27 febbraio 2013, n. 8611, in *Corr. giur.*, 2013, p. 921 ss., con nota di E. FALLETTI, *Google v. Vivi Down, Atto II: il service provider assolto anche per violazione della privacy*; in *Giur. mer.*, 2013, p. 1577, con commenti di P. SILVESTRE, *La sempreverde tentazione di sostituirsi al legislatore*, e di F. RESTA, *Diritti individuali e libertà della rete nel caso Vivi Down*; in *Dir. inf. inf.*, 2013, p. 479 ss., sempre con nota di F. RESTA, *Libertà della rete e protezione dei dati personali: ancora sul caso Google – Vivi*



Non si tratta, però, a differenza di quanto si potrebbe a prima vista sembrare, di un radicale ribaltamento della decisione di primo grado, cioè addirittura dell'affermazione che, nel caso in cui sussistano i presupposti applicativi sia della disciplina sul commercio elettronico sia di quella sulla *privacy*, la prima prevale senz'altro sulla seconda. La Corte d'appello ragiona piuttosto della «normativa sul commercio elettronico, che costituisce unitamente alla normativa sulla *privacy* un quadro giuridico coerente e completo, e che non può essere letta in modo alternativo ma integrato»¹¹¹, lasciando così intendere come, in relazione al caso di specie, sia stata innanzi tutto valutata la possibilità di applicare la prima normativa, esclusa alla luce della presenza di un *provider* “attivo” (di *hosting* “attivo”, secondo la sentenza; più esattamente, secondo la prospettiva qui sostenuta, *content provider*), essendosi poi presa in considerazione la seconda normativa, il ricorso pure alla quale è stato escluso, non potendosi considerare il *provider*, in quel particolare caso di specie, responsabile del trattamento dei dati di terzi contenuti nei materiali caricati *on line* dagli utenti. Non risultando invocabile né la normativa sul commercio elettronico né quella sulla *privacy*, qualora si fosse trattato di valutare la responsabilità civile del *provider*, lo si sarebbe dovuto fare, coerentemente con il ragionamento svolto dalla Corte d'appello, possiamo aggiungere noi, semplicemente alla luce dell'art. 2043 c.c.

La Cassazione, a sua volta investita della controversia, sostanzialmente conferma – sia pure senza precisare se la nozione di *hosting* attivo, che era parsa centrale nella sentenza della Corte d'appello, sia oppure non da condividere, limitandosi il Supremo Collegio a parlare di *Google* come di un «mero *Internet host provider*» – la decisione assunta in secondo grado, affermando «che l'attività svolta dal *provider*, anche secondo quanto dispone il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, consiste nell'offrire una piattaforma sulla quale i destinatari del servizio possono liberamente caricare i loro video senza che il gestore abbia alcun potere decisionale sui dati sensibili in essi inclusi, e, quindi, possa essere con-

Down; e in *Corr. mer.*, 2013, p. 766, con commento di A. INGRASSIA, *La decisione d'Appello nel caso Google vs Vivi Down: assolti i manager, ripensato il ruolo del provider in rete*.

¹¹¹ In dottrina, si erano posti su una linea di pensiero di questo tipo G. SARTOR e M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *op. cit.*, p. 669, proponendo più precisamente di risolvere la questione «coordinando in via interpretativa, protezione dei dati e disciplina della responsabilità. I fornitori di piattaforme dovrebbero essere pienamente responsabili (senza alcuna esenzione) quando elaborano dati personali sugli utenti che essi hanno richiesto agli utenti stessi o hanno estratto dall'attività on-line di quelli (questi dati dovrebbero essere soggetti a tutte le norme sulla protezione dei dati); al contrario, i provider dovrebbero essere esonerati da responsabilità quando elaborino contenuti caricati dagli utenti e contenenti informazioni su terzi. I provider che indicizzano e rendono disponibili contenuti prodotti e caricati dagli utenti non svolgono infatti il ruolo di titolari del trattamento; essi sono meri responsabili che eseguono le richieste degli utenti (solo questo dovrebbe infatti essere il ruolo fisiologico dell'*host provider* rispettoso delle scelte dell'utente)».



siderato titolare del trattamento degli stessi, finché non abbia l'effettiva conoscenza della loro illiceità, non incombendo a suo carico un obbligo generale di sorveglianza, di ricerca dei contenuti illeciti o di avvertimento della necessità di rispettare la disciplina sulla *privacy*», così concludendo che «non è configurabile il reato di trattamento illecito di dati personali a carico degli amministratori e dei responsabili di una società fornitrice di servizi di *Internet hosting provider* che memorizza e rende accessibile a terzi un video contenente dati sensibili [...], omettendo di informare l'utente che immette il file sul sito dell'obbligo di rispettare la legislazione sul trattamento dei dati personali, qualora il contenuto multimediale sia rimosso immediatamente dopo le segnalazioni di altrui utenti e la richiesta della polizia»¹¹².

A tale esito la Cassazione giunge dopo aver chiarito, «ai fini della ricostruzione interpretativa della figura del titolare del trattamento dei dati, che il legislatore ha inteso far coincidere il potere decisionale sul trattamento con la capacità di concretamente incidere su tali dati, che non può prescindere dalla conoscenza dei dati stessi. In altri termini, finché il dato illecito è sconosciuto al *service provider*, questo non può essere considerato quale titolare del trattamento, perché privo di qualsivoglia potere decisionale sul dato stesso; quando, invece, il *provider* sia a conoscenza del dato illecito e non si attivi per la sua immediata rimozione o per renderlo comunque inaccessibile esso assume a pieno titolo la qualifica di titolare del trattamento ed è, dunque, destinatario dei precetti e delle sanzioni penali del Codice *Privacy*. In via generale, sono, dunque gli utenti ad essere titolari del trattamento dei dati personali di terzi ospitati nei servizi di *hosting* e non i gestori che si limitano a fornire tali servizi».

Tutto ciò è sostenuto dalla Cassazione – oltre che con un richiamo alle conclusioni dell'Avvocato generale presentate il 25 giugno 2013 alla Corte di Giustizia nel c.d. caso *Google Spain*¹¹³, peraltro poi disattese dalla stessa Corte di Giustizia, come verifichiamo subito *infra*, par. 9 – attraverso una lettura congiunta delle normative in tema di *pri-*

¹¹² Cass., (ud. 17 dicembre 2013) 3 febbraio 2014, n. 5107, in *Giur. it.*, 2014, p. 2016 ss., con nota adesiva di A. MACRILLÒ, *Punti fermi della Cassazione sulla responsabilità dell'internet provider per il reato ex art. 167, D. Lgs. n. 196/03*; e in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 674 ss., con nota di M. DE GIORGI, *La tutela del minore non passa attraverso la condanna del provider Google*.

¹¹³ Affermando testualmente la Cassazione che «la persona che può essere chiamata a rispondere delle violazioni delle norme sulla protezione dei dati è sempre il titolare del trattamento e non il mero *hosting provider*. Analoghe considerazioni vengono svolte, a proposito del fornitore di servizi di motore di ricerca su Internet, ai punti 84 e seguenti delle conclusioni dell'Avvocato generale presentate il 25 giugno 2013 di fronte alla Corte di Giustizia nella causa C-131/12 [...], laddove si precisa, in particolare, che tale fornitore è riconducibile alla categoria dei titolari del trattamento di dati solo laddove incida direttamente sulla struttura degli indici di ricerca, ad esempio favorendo o rendendo più difficile il reperimento di un determinato sito».



vacy e di commercio elettronico (anche se, precisa la sentenza, la seconda normativa «viene [...] in rilievo [...] non in via diretta ma solo in via interpretativa, al fine di chiarire ulteriormente e confermare la portata che la disciplina in materia di *privacy* ha già di per sé»), ribadendosi che l'art. 1, co. 2, lett. b, del d.lgs. n. 70 del 2003 «non ha di per sé la funzione di rendere inoperanti comunque in ogni fattispecie che riguardi la materia della protezione dei dati personali le norme in materia di commercio elettronico», e che «l'applicazione delle norme in materia di commercio elettronico deve avvenire in armonia con le norme in materia di tutela dei dati personali»¹¹⁴.

9. – Esaminiamo ora il “nuovo” diritto all’oblio – considerato pure nell’art. 17 del reg. UE 2016/679¹¹⁵ e nella giurisprudenza anche di legittimità italiana¹¹⁶ –, soprattutto

¹¹⁴ Contro tali affermazioni della Cassazione, v., però, F. BRAVO, *op. ult. cit.*, p. 723 ss., il quale, ravvisando in esse «diversi errori di impostazione metodologica», sostiene che «richiedere in un soggetto la conoscenza effettiva del dato personale comunque raccolto e trattato [...] per far discendere sia la sussistenza della qualifica di titolare, sia gli obblighi connessi [...] significherebbe privare l’“interessato”, a cui i dati si riferiscono, delle più elementari esigenze di tutela afferenti a diritti fondamentali di rango costituzionale», ribadendo che «la disciplina in tema di protezione dei dati personali non richiede, per poter essere applicata, che il titolare abbia la concreta ed effettiva conoscenza dei singoli dati oggetto di trattamento. Richiede invece che abbia deciso quali siano le finalità e le modalità del trattamento».

¹¹⁵ Ove si prevede: «1. L’interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l’obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se sussiste uno dei motivi seguenti: a) i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati; b) l’interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento conformemente all’articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o all’articolo 9, paragrafo 2, lettera a), e se non sussiste altro fondamento giuridico per il trattamento; c) l’interessato si oppone al trattamento ai sensi dell’articolo 21, paragrafo 1, e non sussiste alcun motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento, oppure si oppone al trattamento ai sensi dell’articolo 21, paragrafo 2; d) i dati personali sono stati trattati illecitamente; e) i dati personali devono essere cancellati per adempiere un obbligo legale previsto dal diritto dell’Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento; f) i dati personali sono stati raccolti relativamente all’offerta di servizi della società dell’informazione di cui all’articolo 8, paragrafo 1. 2. Il titolare del trattamento, se ha reso pubblici dati personali ed è obbligato, ai sensi del paragrafo 1, a cancellarli, tenendo conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione adotta le misure ragionevoli, anche tecniche, per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell’interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali. 3. I paragrafi 1 e 2 non si applicano nella misura in cui il trattamento sia necessario: a) per l’esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione; b) per l’adempimento di un obbligo legale che richieda il trattamento previsto dal diritto dell’Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o per l’esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell’esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; c) per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica in conformità dell’articolo 9, paragrafo 2, lettere h) e i), e dell’articolo 9, paragrafo 3; d) a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici conformemente all’articolo 89, paragrafo 1, nella misura in cui il diritto di cui al paragrafo 1 rischi di



per come esso è stato configurato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nel già menzionato caso *Google Spain* ¹¹⁷.

La fattispecie concreta concerne la pretesa di un cittadino spagnolo alla condanna di *Google Spain* e di *Google Inc.* all'eliminazione o all'occultamento dei suoi dati personali da chiunque visualizzabili su tale motore di ricerca in relazione a una vicenda (vendita all'asta di immobili connessa a un pignoramento effettuato per la riscossione coattiva di crediti previdenziali) di cui un quotidiano spagnolo aveva a suo tempo dato conto su ordine della competente autorità, ma che era stata definita da vari anni e che aveva conseguentemente perso ogni rilevanza ¹¹⁸.

La Corte di Giustizia, disattendendo, sul punto, le conclusioni dell'Avvocato generale ¹¹⁹

rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento degli obiettivi di tale trattamento; o e) per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria». In dottrina, v. al riguardo F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all'oblio*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO e V. RICCIUTO, cit., p. 353 ss.

¹¹⁶ V., da ultimo, Cass., Sez. Un., 22 luglio 2019, n. 19681, in *Danno e resp.*, 2019, p. 604 ss., con note critiche di D. MUSCILLO, *Oblio e divieto di lettera scarlatta*, A. BONETTA, *Diritto al segreto del disonore. "Navigazione a vista" affidata ai giudici di merito*, e G. CALABRESE, *Rievocazione storica e diritto all'oblio*; nonché in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 1555 ss., con commento critico di G. CITARELLA, *Diritto all'oblio: un passo avanti, tre di lato*. Per ulteriori riferimenti, v. M. BIANCA, *Memoria ed oblio: due reali antagonisti?*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, fasc. n. 3/2019, p. 23 ss., ove tra l'altro si mette brillantemente in discussione l'idea che il diritto all'oblio e il diritto alla memoria siano antagonisti, ragionandosi piuttosto di entrambi come diritti diacronici all'identità; G. FINOCCHIARO, *Le Sezioni Unite sul diritto all'oblio*, in *Giustiziavivile.com*, Approfondimento del 29 luglio 2019; A. THIENE, *I diritti morali d'autore*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1554 ss.; F. AGNINO, *Il diritto all'oblio e diritto all'informazione: quali condizioni per il dialogo?*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 104 ss.; G.M. RICCIO, *Il difficile equilibrio tra diritto all'oblio e diritto di cronaca*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 549 ss.; G. CARRARO, *Pubblicità commerciale e «diritto all'oblio» nella prospettiva dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 634 ss.; F. MANGANO, *Diritto all'oblio*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 2621 ss.

¹¹⁷ CGUE, Grande Sezione, 13 maggio 2014, C-131/12, in www.curia.eu. Più di recente sullo stesso argomento, cfr. CGUE, Grande Sezione, 24 settembre 2019, C-507/17, *ivi*, ove si è, in estrema sintesi, affermato che il gestore di un motore di ricerca non è tenuto a effettuare la deindicizzazione in tutte le versioni della sua piattaforma, bensì solo in quelle corrispondenti agli Stati membri dell'Unione europea.

¹¹⁸ Per maggiori dettagli, v., tra i tanti, M. COCUCCIO, *Il diritto all'oblio fra tutela della riservatezza e diritto all'informazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 750 ss.

¹¹⁹ Il quale conclude che «un fornitore di servizi di motore di ricerca su Internet, il cui motore di ricerca localizza informazioni pubblicate o immesse in Internet da terzi, le indicizza in modo automatico, le archivia temporaneamente e infine le mette a disposizione degli utenti di Internet secondo un determinato ordine di preferenza, "tratta" dati personali ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva 95/46 quando tali informazioni contengono dati personali. Tuttavia, il fornitore di servizi di motore di ricerca su Internet non può essere considerato "responsabile del trattamento" di tali dati personali ai sensi dell'articolo 2, lettera d), della direttiva 95/46, fatta eccezione per i contenuti dell'indice del suo motore di ricerca, sempre che il fornitore di servizi non indicizzi o archivi dati personali contro le istruzioni o le richieste dell'editore della pagina web».



e in parte anche la posizione della Cassazione poco sopra esaminata¹²⁰ (ma, come chiariremo tra breve, non con riguardo al profilo della responsabilità civile), ritiene «che, da un lato, l'attività di un motore di ricerca consistente nel trovare informazioni pubblicate o inserite da terzi su Internet, nell'indicizzarle in modo automatico, nel memorizzarle temporaneamente e, infine, nel metterle a disposizione degli utenti di Internet secondo un determinato ordine di preferenza, deve essere qualificata come “trattamento di dati personali” [...] e che, dall'altro lato, il gestore di detto motore di ricerca deve essere considerato come il “responsabile” del trattamento summenzionato», conseguentemente concludendo che, alle condizioni di cui agli artt. 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46, «il gestore di un motore di ricerca è obbligato a sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine web di cui trattasi, e ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine web sia di per sé lecita». Quanto più precisamente alle condizioni di cui ai citati articoli, si precisa che essi «devono essere interpretati nel senso che [...] si deve verificare in particolare se l'interessato abbia diritto a che l'informazione in questione riguardante la sua persona non venga più, allo stato attuale, collegata al suo nome da un elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome, senza per questo che la constatazione di un diritto siffatto presupponga che l'inclusione dell'informazione in questione in tale elenco arrechi un pregiudizio a detto interessato»¹²¹.

Si tratta, però, di una pronuncia in materia di diritto all'oblio, ovverosia un diritto cui si collegano tutele che non richiedono necessariamente la sussistenza di un illecito fonte di responsabilità civile, come chiaramente risulta dalle massime appena riportate¹²², e nella

¹²⁰ Senz'altro in tal senso, v. F. BRAVO, *op. ult. cit.*, p. 740, secondo cui «la sentenza della Corte di giustizia solca un sentiero diverso rispetto a quello percorso dalla Corte di cassazione, riconoscendo [...] l'applicazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali e la qualifica di “titolare” del trattamento, per il *provider* che tratti dati personali, a prescindere dalla conoscenza dei dati medesimi».

¹²¹ Aggiungendosi altresì: «dato che l'interessato può, sulla scorta dei suoi diritti fondamentali derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta, chiedere che l'informazione in questione non venga più messa a disposizione del grande pubblico in virtù della sua inclusione in un siffatto elenco di risultati, i diritti fondamentali di cui sopra prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico ad accedere all'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona. Tuttavia, così non sarebbe qualora risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico suddetto ad avere accesso, in virtù dell'inclusione summenzionata, all'informazione di cui trattasi».

¹²² E come sottolineato, in dottrina, per esempio da M. COCUCIO, *op. cit.*, p. 754.



quale il *provider* gestore di un motore di ricerca, in relazione a un'attività del tipo di quella poco sopra descritta, sembra essere considerato sostanzialmente "attivo", sostenendosi nella sentenza (n. 80) che «un trattamento di dati personali, quale quello in esame nel procedimento principale, effettuato dal gestore di un motore di ricerca, può incidere significativamente sui diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, nel caso in cui la ricerca con l'aiuto di tale motore venga effettuata a partire dal nome di una persona fisica, dal momento che detto trattamento consente a qualsiasi utente di Internet di ottenere, mediante l'elenco di risultati, una visione complessiva strutturata delle informazioni relative a questa persona reperibili su Internet, che toccano potenzialmente una moltitudine di aspetti della sua vita privata e che, senza il suddetto motore di ricerca, non avrebbero potuto – o solo difficilmente avrebbero potuto – essere connesse tra loro, e consente dunque di stabilire un profilo più o meno dettagliato di tale persona. Inoltre, l'effetto dell'ingerenza nei suddetti diritti della persona interessata risulta moltiplicato in ragione del ruolo importante che svolgono Internet e i motori di ricerca nella società moderna, i quali conferiscono alle informazioni contenute in un siffatto elenco di risultati carattere ubiquitario». Conseguentemente si afferma (n. 81) che, «vista la gravità potenziale di tale ingerenza, è giocoforza constatare che quest'ultima non può essere giustificata dal semplice interesse economico del gestore di un siffatto motore di ricerca in questo trattamento di dati» (sia pure evidenziandosi, subito a seguire, la necessità di ricercare un «un giusto equilibrio» tra i diversi interessi in gioco)¹²³.

La Corte di Giustizia sembra in questo modo dare per scontato – pur senza dichiararlo espressamente – che un illecito fonte di responsabilità civile possa configurarsi non prima che vi sia stata quantomeno una richiesta di cancellazione da parte di un interessato e che il *provider* "attivo" ingiustificatamente se ne sia disinteressato¹²⁴ (potendo in questa

¹²³ Sembra porsi su una non dissimile linea di pensiero anche CGUE, Grande Sezione, 5 giugno 2018, C-210/16, in www.curia.eu (e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 1810 ss., con commento di G.M. RICCIO, *Titolarità e contitolarità nel trattamento dei dati personali tra Corte di Giustizia e Regolamento privacy*, *ivi*, p. 1805 ss.; in *Dir. inf. inf.*, 2018, p. 310 ss.; nonché in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2019, p. 395 ss., con nota di A.S. ZIMMERMANN, *Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit für Facebook-Fanpages*), ove «l'amministratore di una fanpage presente su un social network» è a sua volta considerato «responsabile del trattamento» dei dati personali dei visitatori ai sensi dell'art. 2, lett. d), della dir. 95/46/CE, però sulla base del ragionamento (n. 39) che esso «partecipa, attraverso la propria azione d'impostazione dei parametri, in funzione, segnatamente, del suo pubblico destinatario nonché di obiettivi di gestione o promozione delle sue attività, alla determinazione delle finalità e degli strumenti del trattamento dei dati personali dei visitatori», cioè sempre sulla base del suo ruolo "attivo".

¹²⁴ V. il n. 82 della sentenza, ove si afferma che «l'autorità di controllo o l'autorità giudiziaria, all'esito della valutazione dei presupposti di applicazione degli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46, da effettuarsi allorché ricevono una domanda quale quella oggetto del procedimento



prospettiva eventualmente anche rimanere salva la necessità pure del vaglio di un'autorità con riguardo al *provider* che sia invece considerato "passivo"¹²⁵). Ma ciò non aggrava in alcun modo, rispetto al quadro prospettato nel presente contributo, la posizione di tale *provider*, in quanto l'eventualità in parola basterebbe a far sorgere la sua responsabilità, come si è chiarito, anche là dove si trattasse di applicare (non la più rigorosa disciplina in materia di *privacy*, ma) semplicemente l'art. 2043 c.c.

10. – Un ragionamento diverso deve però indubbiamente svolgersi con riguardo alla disciplina sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale di cui alla nuova dir. UE 2019/790¹²⁶.

L'art. 17 (in tema di «utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti online»), par. 3, di tale direttiva prevede infatti testualmente che, «quando il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online effettui un atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico alle condizioni stabilite dalla presente direttiva, la limitazione di responsabilità di cui all'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE non si applica alle fattispecie contemplate dal presente articolo», sia pure precisando subito a seguire che «il primo comma del presente paragrafo non pregiudica la possibile applicazione dell'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE a tali prestatori di servizi per finalità che non rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva»¹²⁷.

principale, possono ordinare al suddetto gestore di sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a tale persona, senza che un'ingiunzione in tal senso presupponga che tale nome e tali informazioni siano, con il pieno consenso dell'editore o su ingiunzione di una delle autorità sopra menzionate, previamente o simultaneamente cancellati dalla pagina web sulla quale sono stati pubblicati». Se dunque una domanda dell'interessato serve per far scattare il possibile intervento dell'autorità, intervento che potrebbe peraltro anche prescindere dalla sussistenza di un illecito fonte di responsabilità civile, a maggior ragione non dovrebbe, in linea di principio, potervi essere responsabilità civile prima di una siffatta domanda, sembra potersi intendere.

¹²⁵ Sembra porsi su una simile linea di pensiero pure M. COCUCCIO, *op. cit.*, p. 752 s., quando afferma che «la semplice richiesta rivolta dalla parte interessata all'*Internet Service Provider* non fa sorgere in capo al *provider* alcun obbligo di attivazione, restando sempre necessario il vaglio di una autorità, amministrativa o giudiziaria, che stabilisca l'equo contemperamento tra l'interesse pubblico ad avere accesso alla notizia e quello privato a che ciò non avvenga».

¹²⁶ Per una sintetica introduzione alla quale, v. G. GHIDINI e F. BANTERLE, *A critical overview of the Directive on copyright in the Digital Single Market*, in *Dir. int.*, 2019, p. 443 ss.

¹²⁷ V. anche, a tale riguardo, il considerando n. 65.



Ne deriva chiaramente la priorità della dir. UE 2019/790¹²⁸, peraltro solo nel suo circoscritto ambito di applicazione, rispetto alla disciplina sul commercio elettronico e in particolare al trattamento del *provider* sia pure “passivo” ivi contenuto.

La nuova disciplina europea sul diritto d'autore contempla, inoltre, una responsabilità notevolmente aggravata, che sembra avvicinarsi a quella oggettiva. Il par. 4¹²⁹ dell'art. 17, addossando a tale *provider*, per la sua esenzione da responsabilità, l'onere della prova di aver compiuto «i massimi sforzi» ovverosia – pare doversi intendere – di aver tenuto addirittura la diligenza professionale massima per tutelare il diritto d'autore, sembra infatti attribuire allo stesso una – per il diritto italiano inconsueta – responsabilità per colpa presunta anche solo lievissima, sebbene il par. 5¹³⁰ introduca taluni temperamenti «alla luce del principio di proporzionalità» e il par. 6¹³¹ semplifichi parzialmente la posizione di taluni prestatori¹³².

¹²⁸ In argomento, cfr. C. NOVELLI, *op. cit.*, p. 508, ove si ragiona di una normativa che «sembra superare la tradizionale distinzione [...] tra *provider* attivi e passivi» e di un «discostamento dal regime di responsabilità della disciplina sul commercio elettronico».

¹²⁹ Ove si prevede: «qualora non sia concessa alcuna autorizzazione, i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online sono responsabili per atti non autorizzati di comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione del pubblico, di opere e altri materiali protetti dal diritto d'autore, a meno che non dimostrino di: a) aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione, e b) aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti; e in ogni caso, c) aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b)».

¹³⁰ Ai sensi del quale, «per stabilire se il prestatore di servizi si è conformato agli obblighi di cui al paragrafo 4 e alla luce del principio di proporzionalità, sono presi in considerazione, tra gli altri, gli elementi seguenti: a) la tipologia, il pubblico e la dimensione del servizio e la tipologia di opere o altri materiali caricati dagli utenti del servizio; e b) la disponibilità di strumenti adeguati ed efficaci e il relativo costo per i prestatori di servizi».

¹³¹ Ove si prevede: «gli Stati membri dispongono che, con riferimento ai nuovi prestatori di servizi di condivisione di contenuti online i cui servizi sono disponibili al pubblico nell'Unione da meno di tre anni e che hanno un fatturato annuo inferiore a 10 milioni di EUR calcolati in conformità della raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, le condizioni in virtù del regime di responsabilità di cui al paragrafo 4 siano limitate alla conformità alla lettera a) del paragrafo 4 e alla circostanza di aver agito tempestivamente, in seguito alla ricezione di una segnalazione sufficientemente motivata, per disabilitare l'accesso alle opere o ad altri materiali notificati o rimuovere dai loro siti web tali opere o altri materiali. Se il numero medio di visitatori unici mensili di tali prestatori di servizi supera i 5 milioni, calcolati sulla base del precedente anno civile, essi devono dimostrare altresì di aver compiuto i massimi sforzi per impedire l'ulteriore caricamento di opere o di altri materiali oggetto della segnalazione per i quali i titolari dei diritti abbiano fornito informazioni pertinenti e necessarie».

¹³² Su tali previsioni, cfr. anche il considerando n. 66.



La normativa appena richiamata, però, conferma senz'altro – come dimostrato anche dal par. 2 dell'art. 1¹³³ e dal 1° co. del par. 8 dell'art. 17¹³⁴ – la perdurante rilevanza generale – oltre che di quella in materia di *privacy*¹³⁵ – della disciplina europea sul commercio elettronico (e così anche delle relative previsioni nazionali di attuazione), che non è affatto abrogata, solo derogata con riferimento a una particolare materia (sia pure importante).

11. – Alla luce di tutti i rilievi svolti, le regole sulla responsabilità civile del *provider* e quelle sulla responsabilità civile in materia di *privacy* possono dirsi integrare un sistema armonico.

Dinanzi al singolo caso di specie in cui venga in rilievo una lesione di taluni diritti *on line*, si tratta infatti di prendere le mosse dalla disciplina più generale¹³⁶, quella sul commercio elettronico. Questa disciplina impone, come abbiamo veduto, innanzi tutto di chiarire se l'attività svolta dal *provider* nel singolo caso di specie sia meramente “passiva” oppure “attiva”. Nella prima ipotesi, si applica, a seconda del tipo di attività “passiva” concretamente svolta, uno dei regimi di responsabilità speciale di cui al d.lgs. n. 70 del 2003, i quali si collocano comunque tutti – compreso quello più gravoso dell'*hosting*

¹³³ Ove si afferma che, «salvo i casi di cui all'articolo 24, la presente direttiva non modifica e non pregiudica le norme stabilite dalle direttive attualmente in vigore nel settore, in particolare le direttive 96/9/CE, 2000/31/CE, 2001/29/CE, 2006/115/CE, 2009/24/CE, 2012/28/UE e 2014/26/UE». V. anche il considerando n. 4, ove si precisa che «la presente direttiva si basa, integrandole, sulle norme stabilite dalle direttive attualmente in vigore in questo settore, in particolare le direttive 96/9/CE, 2000/31/CE, 2001/29/CE, 2006/115/CE, 2009/24/CE, 2012/28/UE e 2014/26/UE del Parlamento europeo e del Consiglio».

¹³⁴ Ove si ribadisce che «l'applicazione del presente articolo non comporta alcun obbligo generale di sorveglianza».

¹³⁵ V. il 3° co. del par. 9 dell'art. 17, ove si afferma che «la presente direttiva [...] non comporta l'identificazione dei singoli utenti né il trattamento dei dati personali, salvo conformemente alla direttiva 2002/58/CE e al regolamento (UE) 2016/679». V. anche, più in generale, l'art. 28, secondo cui «il trattamento dei dati personali nel quadro della presente direttiva è effettuato in conformità della direttiva 2002/58/CE e del regolamento (UE) 2016/679» (e v. pure il considerando n. 85).

¹³⁶ La quale, a parere di chi scrive, non è radicalmente escluso che possa, ricorrendone tutti i presupposti, applicarsi pure in via analogica: v. M. TESCARO, *La responsabilità dell'internet provider nel d.lg. n. 70/2003*, cit., p. 169. Ma v. anche, in senso contrario, tra gli altri, E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider – passivi e attivi – tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, cit., p. 94, il quale ragiona di una disciplina «eccezionale rispetto al generale sistema di responsabilità “civile” d'impresa».



provider – in una sorta di posizione intermedia tra l’esonero da responsabilità e la comune responsabilità per colpa, posizione che dovrebbe, a rigore, nel diritto italiano, essere più vicina all’esonero da responsabilità, ma che la giurisprudenza criticabilmente tende a spostare verso la comune responsabilità per colpa.

Qualora invece l’attività svolta dal *provider* nel singolo caso di specie sia “attiva”, si tratta di verificare se siano oppure non presenti i presupposti per l’applicazione di una disciplina speciale che prevalga rispetto alle comuni regole di responsabilità (ovverosia l’art. 2043 c.c.), per ciò che qui più interessa la normativa sulla *privacy*, cioè l’art. 82 del reg. UE 2016/679, in cui – in linea con il previgente art. 15 del d.lgs. n. 196 del 2003 – sembra essere contemplata una responsabilità aggravata (o per colpa presunta), che potrebbe peraltro anche intendersi come una responsabilità oggettiva (o qualcosa che a quest’ultima notevolmente si avvicina)¹³⁷. Se invece una disciplina speciale del tipo di quella appena rammentata non sia applicabile, il *provider* “attivo” è sottoposto solo (per così dire, trattandosi di un regime comunque più gravoso rispetto a tutti quelli risultanti dal d.lgs. n. 70 del 2003) a una comune responsabilità per colpa, ai sensi dell’art. 2043 c.c.

La normativa europea in materia di *privacy*, però, qualora risulti applicabile, pur considerando fondamentali pure le esigenze della punizione e dalla dissuasione, condivisibilmente non percorre la strada dei c.d. danni punitivi di matrice statunitense, preferendo soddisfare simili esigenze al di fuori della responsabilità civile (e più in generale del diritto privato), attraverso sanzioni amministrative pecuniarie.

La ricostruzione appena sintetizzata pare compatibile pure con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea in materia di diritto all’oblio, in cui tale diritto si

¹³⁷ Su una simile linea di pensiero (sia pure ragionando senz’altro di una responsabilità oggettiva con riguardo all’art. 82 del reg. UE 2016/679) si pone anche E. TOSI, *La disciplina applicabile all’hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d’autore, tra speciale irresponsabilità dell’ISP passivo e comune responsabilità dell’ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019*, cit., p. 263, il quale afferma: «nel caso in cui il servizio della società dell’informazione, come spesso accade [...], comporti anche trattamento di dati personali, si ritiene corretto [...] far prevalere – *ratione materiae* – la regola della responsabilità speciale prevista dall’art. 82 del GDPR rispetto alle cause di esclusione della responsabilità telematica dell’ISP tipizzate dal D. Lgs. 70/2003 – Direttiva CE 31/2000 solamente nel caso in cui si possano ravvisare gli estremi del trattamento dati da parte dell’ISP attivo – *rectius* interferente con il trattamento stesso – e non invece a fronte del mero ruolo tecnico di vettore di dati automatici e non elaborati, analizzati o profilati». V. pure ID., *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider – passivi e attivi – tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, cit., p. 101 s.



traduce in tutele che non richiedono necessariamente la sussistenza di un illecito fonte di responsabilità civile, e in cui il *provider* gestore di un motore di ricerca, in relazione alle attività di «trovare informazioni pubblicate o inserite da terzi su Internet, [...] indicizzarle in modo automatico, [...] memorizzarle temporaneamente e, infine, [...] metterle a disposizione degli utenti di Internet secondo un determinato ordine di preferenza», sembra potersi considerare “attivo”. In linea con tale giurisprudenza, un illecito fonte di responsabilità civile sembra potersi configurare solo una volta che vi sia stata almeno una richiesta di cancellazione da parte di un interessato e che il *provider* “attivo” ingiustificatamente se ne sia disinteressato, ciò che è perfettamente in linea con il quadro suesposto, in quanto una simile eventualità basterebbe a far sorgere la responsabilità di tale *provider* ai sensi dell’art. 2043 c.c.

Considerando poi anche la più recente disciplina europea sul diritto d’autore, essa si pone esplicitamente in un rapporto non di armonica consistenza ma di prevalenza rispetto alla normativa sul commercio elettronico, contemplando una responsabilità notevolmente aggravata per il *provider* sia pure solo “passivo”, che sembra avvicinarsi a quella oggettiva. Tale soluzione, però, essendo circoscritta alla materia del diritto d’autore e più precisamente al particolare ambito di applicazione della dir. UE 2019/790, non inficia la più ampia proposta ricostruttiva qui elaborata bensì la rafforza, trattandosi di una eccezione come tale confermativa della diversa impostazione generale.

Se tutto ciò è esatto, possiamo concludere che il quadro normativo esaminato – che poteva senz’altro essere più chiaramente delineato dal legislatore europeo e da quello nazionale – è, in fin dei conti, ancora orientato a contemperare le varie posizioni tendenzialmente favorendo quella del *provider*, ciò che può giustificarsi in considerazione dei rilevanti interessi collettivi e individuali che con detta posizione d’ordinario coincidono, essendo del resto il «mercato [...] ancora oggi [...] il perno intorno al quale ruota gran parte del sistema normativo e delle politiche comunitarie»¹³⁸. Ma abbiamo anche veduto come larga parte della giurisprudenza tenda e prevedibilmente continuerà a tendere in futuro a modificare il citato contemperamento in favore piuttosto dei titolari di quei diritti, per esempio ma non solo quello alla *privacy*, che possono entrare in conflitto con la posizione del *provider*¹³⁹.

¹³⁸ E. LUCCHINI GUASTALLA, *ibidem*.

¹³⁹ V. F. DI CIOMMO, *Oltre la direttiva 2000/31/Cee, o forse no. La responsabilità dei provider di Internet nell’incerta giurisprudenza europea*, cit., c. 2073, ove si evidenzia la «tendenza pretoria ad



Dal punto di vista più generale, sia pure in un sistema di fonti del diritto sempre più complesso¹⁴⁰, occorre allora riaffermare le necessità che le scelte fondamentali siano compiute dal legislatore e che i giudici le rispettino poi fedelmente, per come esse sono sancite innanzi tutto – anche se ovviamente non solo – nel tenore letterale delle disposizioni che vengono di volta in volta in rilievo¹⁴¹. È infatti comprensibile, specialmente nella materia in esame, l’atteggiamento di quanti, temendo di commettere una ingiustizia applicando rigorosamente previsioni per diffuso convincimento ormai inadegua-

eludere le strette maglie della direttiva, e dunque a [...] responsabilizzare maggiormente i fornitori di servizi di Internet rispetto ai contenuti veicolati in rete per conto degli utenti», e 2077 s., ove si menzionano anche alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo, la quale criticabilmente «supera – o comunque prescinde totalmente da – la direttiva 2000/31/Cee» (per ulteriori riferimenti alla posizione della Corte europea dei diritti dell’uomo, cfr. altresì, di recente, F. FALCONI, *Diffamazione via hyperlinking e tutela della libertà di informazione on-line*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 1024 ss.; E.L. SCALI, *Responsabilità del sito Internet per commenti osceni e violenza online contro le donne*, in *Dir. int.*, 2019, p. 478 ss.; nonché R. PETRUSO, *Responsabilità delle piattaforme online, oscuramento di siti web e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’Uomo*, in *Dir. inf. inf.*, 2018, p. 511 ss.).

¹⁴⁰Non potendosi tra l’altro disconoscere l’importanza (anche per la meritoria funzione di stimolo alla riflessione svolta su quanti pure hanno preferito una diversa impostazione) della corrente dottrinale da tempo favorevole alla collocazione pure del “formante” giurisprudenziale nell’ambito delle vere e proprie fonti del diritto: cfr., per esempio, F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, *passim*; nonché, più di recente, F. BRAVO, *Ubi societas ibi ius e fonti del diritto nell’età della globalizzazione*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 1344 ss.; ID., *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà “fondamentali”, tra mercato e persona: nuovi assetti nell’ordinamento europeo?*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 190 ss., ove anche ulteriori riferimenti.

¹⁴¹Quello del rapporto tra legge e giurisprudenza è peraltro uno dei temi generali più controversi nel dibattito giuridico contemporaneo: cfr., tra i tanti, con posizioni varie, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, *passim*; ID., *Gli eredi della positività*, in *Nuovo dir. civ.*, n. 1/2016, p. 11 ss.; C. GRANELLI, *Dottrina delle corti e dottrina dei dottori*, in *Nuovo dir. civ.*, n. 3/2016, p. 65 ss.; ID., «La giurisprudenza è fonte di diritto?»: *introduzione ad un incontro di studi*, in *Jus civile*, 2016, p. 406 ss.; G. DE NOVA, *La giurisprudenza fonte del diritto?*, *ivi*, 2016, p. 412 ss.; C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, p. 764 ss.; N. LIPARI, *A partire da “L’invenzione del diritto” di Paolo Grossi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 349 ss.; ID., *Per un diritto secondo ragione*, *ivi*, 2018, p. 1427 ss.; ID., *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, *ivi*, 2010, I, p. 635 ss.; G. VETTORI, *Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 1341 ss.; G. D’AMICO, *L’insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 15 ss.; P. GROSSI, *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 763 ss. Si rammenti comunque che l’art. 101, co. 1, Cost., prevedendo che «la giustizia è amministrata in nome del popolo» e non della nazione, «vieta che le “correnti profonde” che l’interprete ritenga di percepire nel corpo sociale prevalgano sulla volontà popolare, per quanto contingente e per quanto mediata dalla rappresentanza (della legge) essa possa essere» (M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2013, p. 16 s.).



te¹⁴², si sentano spinti verso una scelta creatrice di diritto¹⁴³; ma si tratta di un atteggiamento – profondamente “postmoderno” – tanto comprensibile quanto evitabile, in un ordinamento giuridico come quello italiano pur sempre di *civil law*¹⁴⁴.

¹⁴² Tra i tanti, ragiona della «crescente inadeguatezza» della disciplina europea sulla responsabilità dei *provider*, da ultimo, F. DI CIOMMO, *op. ult. cit.*, c. 2073 s. Sulle prospettive di riforma, v. ampiamente M.L. MONTAGNANI, *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Milano, 2018, p. 171 ss.

¹⁴³ Cfr. F. BRAVO, *La responsabilità civile degli internet service providers*, cit., p. 690, il quale persuasivamente rileva: «a fronte della rinuncia ad un intervento adeguatore da parte del legislatore europeo, che per la verità appare indifferibile, il ruolo creativo assunto dalla giurisprudenza è risultato rinvigorito, ma complessivamente inadeguato a sopperire alla protratta inerzia del legislatore».

¹⁴⁴ In generale sulla necessità di tornare a valorizzare il ruolo della legislazione rispetto alla creatività dell'interprete e specialmente del giudice si è da ultimo soffermato con particolare efficacia, tra i civilisti, A. ZACCARIA, *Das europäische Privatrecht im Zeitalter der Post-Postmodernismus*, *Lectio doctoralis* tenuta in data 25 novembre 2019 presso l'*Universität Bayreuth* (Repubblica Federale Tedesca), in occasione della cerimonia di conferimento all'Autore del titolo di *Doktor der Rechtswissenschaft ehrenhalber* (Dr. jur. h.c.). Posizioni di questo tipo risultano in sintonia, sul versante filosofico, con le severe critiche al postmodernismo (caratterizzato, tra l'altro, proprio dalla citata creatività) di M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, 2012, *passim* (per un sintetico resoconto, cfr. S. TRAINI, *Il “nuovo realismo” e alcune considerazioni semiotiche*, in *Ocula*, 22 giugno 2013, p. 5 ss.).



ANGELO MAGNANI

Notaio

L'ACCETTAZIONE DELL'EREDITÀ E LA RILEVANZA DEGLI EFFETTI DELLA SUA TRASCRIZIONE * **

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il procedimento successorio e l'acquisto dell'eredità. – 3. L'accettazione espressa. – 4. L'accettazione tacita. – 5. L'accettazione presunta (artt. 477, 478 c.c.). Cenni. – 6. L'acquisto dell'eredità senza accettazione (cenni). – 7. Gli effetti della trascrizione dell'accettazione di eredità. – 8. Lo slancio applicativo dei principi suesposti a seguito della novella introdotta dal comma 1 bis all'art. 29 l. n. 52/1985. – 9. Lo stato della giurisprudenza. – 10. Obbligo o facoltà del notaio di curare la trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità. – 11. L'aspetto della trascrizione dell'accettazione tacita di eredità quale formalità «direttamente conseguente» all'atto traslativo di compravendita.

1. – Ex art. art. 2648 c.c. «si devono trascrivere l'accettazione della eredità, che importi l'acquisto dei diritti enunciati nei nn. 1, 2 e 4 dell'art. 2643 o la liberazione dei medesimi e l'acquisto del legato che abbia lo stesso oggetto». Malgrado ciò Rosario Nicolò, già quasi cinquant'anni fa¹, era costretto ad evidenziare la grande «rilevanza giuridica della trascrizione dell'accettazione di eredità», ma purtroppo sottovalutata a causa di un'antica prassi risalente fin dal codice civile previgente del 1865². Infatti, il primo

* *Repetita jùvant*, lett. «Le cose ripetute aiutano» [*alias* “ripetere una raccomandazione a volte può essere utile”], Cfr. Regula XVI, ult. p., *Ubi vide, ne superflua fiat repetitio*, in *Tractatus de regulis juris* di A. Reiffenstuel.

** *Omnes homines natura scire desiderant*, lett. «Tutti gli esseri umani sentono naturalmente la necessità di sapere» [lat. *scire* = greco *toû eidénai*]. F. OLGATI, *Problemi giuridici e problemi filosofici*, in *Rivista di filosofia neoscolastica*, fasc. I, gennaio 1932, p. 24 ss., *ibi* “nessuna persona seria ritiene che la scienza sia balzata un bel giorno, d'improvviso – come Minerva dal cervello di Giove – dalla testa di Copernico, di Leonardo e via dicendo”. Così inizia il primo libro della *Metafisica* aristotelica, dato che ogni sapere, ogni conoscenza ha un oggetto, giacché conoscere il nulla è assurdo.

¹ R. NICOLÒ, *La trascrizione*, II, Milano, 1971, p. 31.

² G. ASTUTI, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successori*, in *Ann. st. dir. XIV-XVII (1970-1973)*, p. 2 ss. Gli artt. 1932, 1933 e 1934 c.c. del 1865 al Tit. XXII trattavano



cod. 1865 «non conteneva» alcuna disposizione in tema di «trascrizione degli acquisti *mortis causa*»³, a differenza dell'attuale codice civile del 1942, il quale: (a) all'art. 2648, comma 1, dispone l'«obbligo» di «trascrivere» l'accettazione dell'eredità che importi l'acquisto di diritti reali immobiliari enunciati nei nn. 1, 2 e 4 dell'art. 2643 o la liberazione dai medesimi e l'acquisto del legato che abbia lo stesso oggetto; (b) nell'art. 2671, comma 1, prescrive che il notaio o altro pubblico ufficiale ha l'obbligo di curare la «trascrizione» dell'atto che ha ricevuto o autenticato⁴; (c) all'art. 2647, comma 3, dispone la trascrizione della costituzione del vincolo derivante dal fondo patrimoniale costituito per testamento «contemporaneamente» alla «trascrizione» dell'acquisto a causa di morte; (d) nell'art. 2685, al comma 1, stabilisce la necessità della trascrizione dell'accettazione di eredità e al comma 2 prevede che la trascrizione abbia gli effetti stabiliti per il beni immobili allo scopo dell'opponibilità rispetto a coloro che, avendo anch'essi acquistato a titolo derivativo, prima o dopo, la medesima cosa o un diritto su di stessa, non abbiano comunque provveduto a trascrivere. Infatti il ns. ordinamento giuridico ritiene basilari e necessari⁵, sia l'«acquisto» a titolo di erede [*rectius*, negozio dell'accettazione]⁶, che

“Della Trascrizione” degli atti che si dovevano trascrivere tra cui «non» vi era l'accettazione di eredità, ma «solo» la dichiarazione di accettazione dell'eredità col beneficio d'inventario [art. 1933 n. 2.], «pur» dovendosi addivenire – essendo un acquisto – all'accettazione di eredità per acquisire *mortis causa* un bene di provenienza ereditaria (art. 929 cc. 1865 *ibi* “l'eredità può essere accettata puramente e semplicemente o col beneficio dell'inventario”). F. VOLTOLINA, *Commentario al codice civile del Regno d'Italia 25 giugno 1865*, Venezia, pp. 1872, 1996.

³ Per una disamina degli antecedenti storici del sistema pubblicitario vigente e in particolare della pubblicità immobiliare *mortis causa* nella codificazione francese e italiana: A. CIATTI CÀIMI, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili. Artt. 2643-2645-bis, 2646-2651 in Cod. civ. Comm.* Schlesinger-Busnelli, Milano, 2018, pp. 1-19; V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano, 1954, p. 205 ss. Per la ‘mancanza’ di una disciplina della trascrizione degli acquisti a causa di morte nella legislazione italiana anteriore al vigente cod. civ.: *pro omnibus* N. COVIELLO, *Della trascrizione*, in *Il diritto civile italiano*, in P. FIORE (a cura di), 2^a ed., I, Napoli-Torino, 1914, p. 356; G. DE RUBERTIS, *La trascrizione dell'acquisto del legato e il notaio*, in *Vita not.*, 3, Palermo, 1996, p. 1557 ss.

⁴ G. PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. dir. civ.*, 3, Napoli, 2009, pp. 691-754; Id., *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2007, pp. 585-640; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 1998, p. 494 ss.; A. ZACCARIA e S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2005, p. 7; L. PESCATORE, *Formalità obbligatorie e formalità facoltative*, in *Riv. dir. ipot.*, 1964, p. 168; M. D'ORAZI-FLAVONI, *Rinunzia, esercizio negativo e divieto negoziale in relazione alla pubblicità nel diritto privato*, in *Dir. giur.*, 1951, p. 146 ss.; L. FERRI-P. ZANELLI, *Trascrizione, sub art. 2671*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1995, 3^a ed., p. 350; U. NATOLI, in U. NATOLI e R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti. Sub art. 2671*, in *Comm. c.c.*, VI, 4, Torino, 1959, p. 450.

⁵ L. COVIELLO, *Servitù prediali*, Napoli, 1926, p. 332; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, Art. 456-511, 3^a ed., in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna, 1997, p. 121 nt. 1, *ibi* si richiama il “principio generale” del ns. ordinamento giuridico secondo il quale «non» si hanno acquisti «senza» la volontà



rappresenta un «elemento costitutivo» del diritto alla successione⁷, sia la tempestiva «trascrizione» dell'acquisto a questo titolo. L'impostazione del precedente codice civile è figlia della lettura delle norme del passato, che vigevano in tempi addietro in materia di trascrizione immobiliare e che risentivano dell'assetto dell'istituto alle sue origini, che non tenevano in adeguato conto l'evoluzione sistematica successiva, che ne ha mutato, in profondità, funzioni, effetti e natura giuridica. La trascrizione trae, infatti, le sue origini dal periodo prerivoluzionario nella Francia settentrionale, in Belgio e nei Paesi Bassi⁸, i cui tratti fondamentali vennero recepiti dalla prima legge ipotecaria francese (*loi sur le régime hypothécaire*) del 27.6.1795, finalizzata, essenzialmente, alla tutela del credito ipotecario, principalmente, per dirimere i conflitti tra diversi acquirenti da un medesimo autore, senza la previsione di una regola in merito alla continuità delle segnalazioni pubblicitarie (*rectius* alla continuità delle trascrizioni) e con l'esclusione, ai fini dell'affidamento dei terzi, di indagini sulla validità, efficacia e idoneità dei titoli precedenti per la sicurezza della circolazione e dei traffici giuridici [*Verkehrssicherheit*], che costituisce la ragion d'essere costante di ogni sistema di pubblicità immobiliare⁹ e che costituì una grave lacuna di quel sistema, tale da essere giudicato il «tallone d'Achille» del *Code Na-*

dell'acquirente e che la regola desunta dall'art. 459 c.c. potrebbe essere considerata una specificazione di tale principio generale. Cfr. § 2.

⁶ R. CALVO, *Diritto delle successioni*, I, a cura di R. CALVO e G. PERLINGIERI, Napoli, 2008, pp. 120 ss.

⁷ *Pro omnibus* G. BONILINI, *Manuale diritto ereditario e delle donazioni*, Milano, 2018, 9^a ed. agg., pp. 7, 11, 48, 71-82, 107-109 ss.; pacifico nella giurisprudenza della S. corte che in tema di successioni *mortis causa* la delazione [*delatio*], ossia l'offerta del patrimonio ereditario al chiamato che può attuarsi, ex art. 457 c.c., per legge o per testamento, che segue l'apertura della successione, rappresentandone un presupposto, «non» è di per sé sola «sufficiente» all'acquisto della qualità di erede, essendo, per tale effetto, «necessaria» anche, da parte del chiamato, l'«accettazione», mediante l'*aditio* [l'accettazione espressa], oppure per effetto di *pro herede gestio* [*rectius* accettazione tacita], oppure per la ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 485 c.c. [accettazione presunta], perché, per l'appunto, l'eredità si acquista con l'accettazione (ex art. 459 c.c.). Per la centralità dell'accettazione nell'*iter* che conduce all'acquisto dell'eredità *ex multis*: Cass., 9.4.2014, n. 21348, in www.foroeuropeo.it; Cass., 12.3.2003, n. 3696, in *Riv. not.*, 2004, p. 224; Cass., 6.5.2002, n. 6479, in *Mass. Giur. it.*, 2002, c. 446; Cass., 22.9.2000, n. 12575, in *Giur. it.*, 2001, p. 956; Cass., 30.10.1991, n. 11634, in *Mass. cit.*, 1991, c. 1028; *nuper* Trib. Torino, 17.12.2014, Trib. Nola, 20.4.2018, Trib. Parma, 26.2.2019 [*ultra*, nt. 171].

⁸ Più precisamente da «*les coutumes de nantissement*» [usi di garanzia] vigenti in Francia nel XVIII secolo. Cfr. G. PETRELLI, *Pubblicità legale etc.*, cit., p. 693.

⁹ E. GABRIELLI, *Idoneità dei titoli al fine della pubblicità immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 153 ss., *ibi*, in un sistema di pubblicità legale sarebbe inutile e dannoso se accogliesse, senza alcuna verifica, informazioni non rispondenti alla realtà giuridica e se l'iscrizione nel libro fondiario non fosse ordinata alla condizione che i documenti prodotti abbiano tutti i requisiti di legge per l'iscrizione richiesta (art. 94, n. 4, l. tavol. e art. 2674, comma 1, c.c.); E. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire: étude historique et critique sur la publicité des transmissions immobilières en France et à l'étranger depuis les origines jusqu'à nos jours*, Parigi, 1891, p. 15 ss.



poléon. Di contro, il ns. sistema giuridico si è notevolmente «evoluto» nel tempo, in senso migliorativo, nei confronti del terzo subacquirente in buona fede e a titolo oneroso (per la salvezza dei diritti del terzo avente causa in buona fede), in virtù di istituti, quali il principio della continuità delle trascrizioni (art. 2650 c.c.)¹⁰, l'apparenza ereditaria¹¹, la pubblicità sanante (art. 2652 n. 6)¹², la non retroattività reale della risoluzione, rescissione o revoca dei contratti¹³, il controllo notarile di legalità degli atti da trascriversi¹⁴.

¹⁰ F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, Artt. 2643-2645bis, 2a ed., in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 1998, pp. 449-451.

¹¹ È il caso del contratto a titolo oneroso, avente ad oggetto beni immobili e beni mobili iscritti in pubblici registri, intervenuto con il cd. «erede apparente» – singolare figura di «non» titolare che si presenta sotto diversa luce a seconda che si rapporti con l'erede vero o con i terzi aventi causa da lui; in entrambi i casi occorre un comportamento esteriore tale da ingenerare e giustificare la convinzione di esser di fronte all'erede vero, concretizzantesi in un caso singolare di un acquisto a *non domino*, ma a titolo derivativo, in virtù d'una eccezionale valorizzazione tecnico-giuridica dell'apparenza del diritto. Se il compratore prova essere state adempiute le condizioni di buona fede (cioè di aver negoziato in buona fede, ignorando, senza colpa grave, che la persona del venditore, al di là dell'apparenza, non aveva la reale qualità di erede) e le necessarie trascrizioni (purché tanto l'acquisto a titolo di erede e cioè l'acquisto del venditore quale erede apparente, quanto l'acquisto del compratore dall'erede apparente, siano stati trascritti anteriormente alla trascrizione, da parte del vero erede o del vero legatario, dell'acquisto o della domanda giudiziale contro l'erede apparente ex art. 534, comma 3), il suo acquisto è salvo e può resistere, con esito positivo, all'azione di rivendicazione del vero erede (art. 534, comma 2, c.c.) (*amplius* § 6).

¹² È regola di tutti gli acquisti a *non domino* che il titolo di acquisto deve essere perfettamente valido ed efficace (cioè idoneo). Solo eccezionalmente la trascrizione può avere la funzione di rendere inopponibile, in concorso con altri requisiti, il vizio dell'atto. Si parla in questi casi di pubblicità sanante: l'atto invalido rimane tale tra le parti, ma il vizio dell'atto non è opponibile ai terzi subacquirenti. [NdA]

¹³ La risoluzione (giudiziale o di diritto), la rescissione o la revoca del contratto hanno di regola, salva contraria pattuizione, efficacia retroattiva fra le parti (opera, cioè, *ex tunc*, risalendo al momento della stipulazione del contratto). Invece, nei confronti dei terzi subacquirenti da una delle parti, la risoluzione, la rescissione o la revoca del contratto, anche se espressamente pattuita, «non» hanno «efficacia» sui diritti, da essi già acquistati «prima» della risoluzione (retroattività cd. obbligatoria), essendo salvi gli effetti della trascrizione della domanda nei RR.II. se il contratto abbia per oggetto diritti su immobili o su mobili registrati, perché a tale riguardo l'art. 2652 n. 1, c.c. e l'art. 2690 n. 1, c.c. dispongono che va trascritta la rispettiva domanda giudiziale. Una volta trascritta la domanda, la sentenza che pronunzi la risoluzione, la rescissione o la revoca del contratto pregiudica o meno gli atti trascritti o iscritti dal terzo subacquirente, secondo la priorità delle trascrizioni della domanda ovvero della trascrizione del titolo del terzo subacquirente medesimo. La sentenza è opponibile al terzo subacquirente che non abbia trascritto o trascriva tardivamente il proprio titolo. [NdA]

¹⁴ Essi si concretizzano – ad opera del notaio – nei cd. «controlli notarili», che costituiscono anche «linee guida» dell'attività notarile: (i) il «controllo di legalità» in ordine alla validità e all'efficacia del rispetto dell'obbligo sostanziale degli accordi; (ii) il controllo delle visure ipotecarie analitiche ventennali e catastali [cd. visure ipocatastali nel così chiamato 20^{le}], dalle quali risultino la «cronistoria» dei titoli di provenienza nel ventennio, svolte sotto la sua direzione e responsabilità; (iii) il controllo che sono state riscontrate la «regolarità dei trasferimenti» e la «continuità delle trascrizioni». Così secondo l'orientamento della giurisprudenza comunitaria (C. Giust. C.E., 17.5.1999 nel proc. n. C-260/97, citata da A. FUSARO, *Il notaio*



Pertanto la necessità della trascrizione dell'accettazione dell'eredità – espressa o tacita o presunta – è rimasta disattesa nella prassi sin quasi ad oggi a causa del fatto che gli effetti connessi alla trascrizione degli acquisti *mortis causa*¹⁵ sono stati spesso sottovalutati. È sembrato fin d'allora, e sembra soprattutto oggi, quasi incredibile che a quasi 80 anni dall'entrata in vigore del vigente codice civile, nell'esaminare la situazione giuridica immobiliare e la storia 20^{le} delle proprietà, si debba constatare come manchi ancora in molti casi nei registri immobiliari la trascrizione dell'accettazione dell'eredità (espressa o tacita o presunta) o addirittura non la si voglia effettuare¹⁶. Oggi il fenomeno sembra in via di soluzione, sia pure lentamente e affannosamente. Ciò è dovuto alla recente presa di posizione sia della prassi più illuminata¹⁷ sia del *modus operandi* delle banche nell'istruttoria dei mutui ipotecari e fondiari, che – finalmente – esigono che vengano trascritte le accettazioni di eredità, sia, infine, per la posizione assunta da alcuni Consigli notarili con espresse delibere sull'argomento portate da “Linee guida in materia di trascrizione degli acquisti *mortis causa* e di successioni” per i notai di quei Distretti notarili e di alcune Commissioni notarili regionali e interregionali. Ciò nonostante, sia l'Agenzia delle Entrate-Territorio-Servizi di Pubblicità Immobiliare, sia parte della prassi più retri-va e sia una parte dell'opinione pubblica, pare che ancora ignorino i principi giuridici esposti [*supra* e *infra*, § 7], dimostrando tuttora di sottovalutare la «necessità» della trascrizione dell'accettazione dell'eredità¹⁸. Si intende con questo studio, dopo decenni

esercita attività giurisdizionale?, in *Ius dicere in a globalized world a comparative overview*, I, Roma, 2018, pp. 69-89). Questa giurisprudenza parifica la procedura notarile alla procedura davanti al giudice e il risultato dell'attività notarile (l'atto notarile) a una sentenza.

¹⁵ Questa sottovalutazione è stata messa in evidenza a quel tempo da L. Ferri e poi da F.S. Gentile, R. Bonis, A. Salani, A. M. Bianco, R. Nicolò, P. Boero, Baralis-Metitieri e poi da E. Gabrielli, F. Gazzoni, G. Petrelli.

¹⁶ La storia 20^{le} della proprietà viene di norma richiesta dalle banche ai notai attraverso le relazioni ventennali ipo-catastali.

¹⁷ Cfr. *inter alios* A. MAGNANI, *Ricorso 9.6.2015 al Presidente Pavia contro il rifiuto del Conservatore RR.II. di Pavia di trascrivere la nota di trascrizione dell'accettazione tacita di eredità*, che ha portato alla declaratoria di illegittimità del rifiuto del Conservatore dei RR.II. di Pavia; *etiam Decreto del Tribunale Pavia, 14.10.2015, n. 2143/2015*, in *Riv. not.*, VI, Milano, 2016, pp. 1184-1185; ID, *La trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità: formalità «direttamente» conseguente a precedente atto dispositivo con provenienza ereditaria e «necessaria» ai fini della continuità delle trascrizioni, u.o.c.*, pp. 1185-1211; CONS. NOT. PARMA, 22.2.2016, n. 7 e 18.7.2016, n. 26, *Linee guida per i notai del Distretto di Parma in materia di trascrizione degli acquisti mortis causa e di successione in genere*; COMM. PROT. CNN, *Regola n. 8, La trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità e la trascrizione degli acquisti mortis causa in genere*, in www.notaio.org. e *Commissione Civiltistica I* coordinata da G. RIZZI e L. BULLO, *Acquisti mortis causa e trascrizione*, Consiglio notarile interregionale del triveneto, in www.notaitriveneto.it.

¹⁸ M. RAMPONI, *La domanda di voltura catastale di un immobile caduto in successione non comporta accettazione tacita dell'eredità. Un revirement della Cassazione?*, 2019, in www.eclegal.it; R. TRIOLA, M.



dall'intervento di prestigiosi giuristi, riaffermare¹⁹ la «rilevanza giuridica» dell'accettazione di eredità e della sua trascrizione²⁰ e, visto l'atteggiamento della prassi, si intende inoltre: (a) riapprofondire – dal punto di vista dogmatico [δόγμα, *dógma*] – *in primis* la questione in merito alla necessità di addivenire all'«accettazione» dell'eredità²¹ – *rectius*, necessità di un «atto di accettazione» intesa come dichiarazione di accettazione – al fine di determinare il valido passaggio, secondo il ns. ordinamento giuridico, dal patrimonio del *de cuius* a quello del chiamato; (b) *in secundis* la questione della necessità di effettuare la «trascrizione» dell'accettazione, espressa o tacita o presunta, dell'eredità, quando nel *relictum* vi siano beni immobili e quando si voglia disporre validamente di un diritto reale immobiliare o di godimento o di garanzia proveniente da successione ereditaria.

2. – Nel ns. ordinamento giuridico il fenomeno dell'«acquisto» di un diritto o di una cosa a titolo derivativo – ossia il “ricolleghersi” di esso a un soggetto [*rectius* la sua ‘successione’] mutando il soggetto che si sostituisce al precedente – è un «fatto volontario». Pertanto, non si ha un acquisto derivativo se non vi sia il concorso delle volontà del tra-

VARCACCIO GAROFALO, *La trascrizione: tra vecchi e nuovi problemi*, Torino, 2017; C. LEGGIERI, *Problemi e questioni in tema di accettazione dell'eredità*, in *Giustiziacivile.com*, Milano, 2016; E. GABRIELLI e F. GAZZONI, *Trattato della Trascrizione*, 3, Torino, 2014; V. BARBA, *Il chiamato all'eredità e la voltura catastale: tra violazione di un obbligo e compimento di atto che vale accettazione tacita dell'eredità*, in *Rass. dir. civ.*, 2/12, Napoli, 2012, pp. 308 ss.; F. SCODELLARI, *Due problemi in tema di trascrizione e di accettazione tacita dell'eredità*, in *Giust. civ.*, 3/2010, Milano, 2012, pp. 649-658; G. PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. dir. civ.*, 3, Napoli, 2009, pp. 690-754 e in www.gaetanopetrelli.it; ID, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla “tassatività” alla “tipicità”*, in *Quad. Rass. dir. civ.*, Napoli, 2009; etiam R. VINCI, *La responsabilità del conservatore dei registri immobiliari nell'attuale sistema pubblicitario*, in *Riv. dir. ipot.*, 1985, p. 9; P. BOERO, *La trascrizione del diritto di abitazione del coniuge superstite*, in *Giust. Civ.*, 1984, 2°, pp. 485 ss.; A. SALANI, *Appunti sulla trascrizione dell'accettazione di eredità*, in *Riv. Not.*, 1963, p. 49.

¹⁹ È questa la finalità di questo scritto.

²⁰ In passato L. FERRI, *La trascrizione degli acquisti «mortis causa» e problemi connessi*, Milano, 1951; R. BONIS, *La trascrizione degli acquisti mortis causa*, in *Riv. dir. ipot.*, 1959, p. 35 ss.; R. NICOLÒ, *La trascrizione*, II, Milano, 1973, p. 5 ss.; G. PETRELLI, *Note sulla trascrizione degli acquisti mortis causa*, in *Riv. not.*, 1993, pp. 272 ss.; M. R. CAMPANILE, *Rilevanza della trascrizione dell'accettazione dell'eredità nelle procedure di espropriazione forzata immobiliare e ruolo del giudice in caso di omissione*, Studio n. 32-2007/E (Studi Esecuzioni Immobiliari), approvato dalla Commissione Esecuzioni del CNN il 5.12.2008, in www.notariato.it; anche nelle procedure esecutive immobiliari è stata riconosciuta *in toto* tale rilevanza, Cass., 26.5.2014, n. 11638/2014, in *Imm. e prop.*, 2014, pp. 7, 462.

²¹ *Pro omnibus* G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, in *Diritto delle successioni*, a cura di in R. CALVO e G. PERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 169-355, II ed., p. 169 ss.



sferente e dell'acquirente²². Sono queste *regulae iuris* del ns. ordinamento giuridico che operano tanto se l'acquisto del successore abbia luogo a titolo particolare, quanto se abbia luogo a titolo universale. L'acquisto a titolo derivativo implica, per l'appunto, una 'successione': chi acquista è il 'chiamato', o l'avente causa [*a.c.*, *causam habens*] o il 'successore', invece chi trasferisce è il 'dante causa' [*d.c.*, *causam dans*] o 'autore' [*auc-tor*]²³. Quanto premesso serve per comprendere che l'eredità e la qualità di erede si trasmettono con l'«accettazione» [*aditio*], che è l'atto che compie l'acquirente della *res* o [*rectius*] è l'atto dell'accettazione dei beni ereditari, in seguito alla delazione [*delatio*] – in conseguenza della vocazione [*vocatio*] testamentaria (o per testamento) o legale (o per legge). È, così, il frutto di una procedura 'complessa'²⁴, che si svolge attraverso un autentico procedimento, ossia con una sequenza di fatti e atti, di cui almeno due sono atti e fatti essenziali nel procedimento di successione: la morte del soggetto – che è il cd. *dies a quo* – e l'accettazione dell'eredità da parte del chiamato – che è il cd. *dies ad quem*²⁵. Pertanto, «tre» sono i soggetti di questo procedimento di successione: (i) il 'chiamato' all'eredità, (ii) il 'chiamato-delato' all'eredità (titolare dello *ius delationis*, ovverossia del diritto di accettare l'eredità o successibile) e (iii) l'erede'²⁶. Con l'accettazione dell'eredità, dunque, si ha il mutamento della qualifica di delato in quella, ben più pregnante, di erede²⁷. La soluzione trova fondamento nel principio generale che l'acquisto di diritti e di situazioni giuridiche²⁸ e la loro successione, in una posizione attiva o passiva [→ *successio in ius* o *successio in universitatem* o *successio in universum ius, quod defunctus habuit*²⁹] dipendenti dal 'distacco' da un precedente soggetto [*d.c.*] 'a vantaggio' di un altro soggetto, successore [*a.c.*] sia l'effetto del consenso del soggetto interes-

²² F. MESSINEO, *Manuale di diritto privato e commerciale, Dottrine generali*, I, Milano, 1962, pp. 149, 163, 166-167, 172-173, 199.

²³ L'avente causa o successore può essere tale a titolo universale, o anche a titolo particolare, *mortis causa*, o per atto tra vivi (invece nel campo degli acquisti a titolo originario non vi è successione). [NdA]

²⁴ È un cd. procedimento successorio o fattispecie acquisitiva della posizione giuridico-economica del *de cuius*. G. BONILINI, *op. cit.*, pp. 71-72.

²⁵ G. PERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 169-355, II ed., pp. 378 ss.; C. CICERO, *Accettazione di eredità*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., 4a ed., agg., 2013, p. 2; A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, XLII, Milano, 1961, pp. 161-162.

²⁶ G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 184.

²⁷ G. BONILINI, *op. cit.*, p. 79.

²⁸ J. BONNECASE, *Supplement au traité théorique et pratique de droit civil de De Baudry-Lacantinerie*, Paris, 1925, p. 11.

²⁹ "Coloro che succedono in un'universalità di diritto sono considerati come eredi" (D.50.17.128⁶) [SESTO, *Regula XLVI*]), in A. REIFFENSTUEL, *Tractatus de regulis juris*, Firenze, 2011.



sato. Così nella successione per causa di morte l'acquisto di beni *mortis causa* non ha luogo se non per volontà del chiamato, che ha la scelta fra accettazione e rinuncia all'acquisto, che sono atti di volontà e senza di questi l'eredità «non» è acquistata. In conclusione: (α) nella successione *mortis causa* la volontà della legge o la volontà del *de cuius*, da soli, non sono sufficienti: l'accettazione [l'*aditio*] deve sommarsi con la vocazione [la *vocatio*], che è elemento indispensabile per acquistare l'eredità e per trasformare il semplice 'chiamato' in 'erede', con il conseguente acquisto dell'eredità³⁰. Il suo acquisto è perciò subordinato alla sua accettazione. Andando, in concreto, al testo di legge: ex art. 459 c.c. "l'eredità si acquista con l'accettazione" e "l'effetto dell'accettazione risale al momento nel quale si è aperta la successione"; (β) *ad abundantiam* si ricordi che il previgente codice del 1865 prevedeva agli artt. 929, 933 e 934³¹ che l'eredità si doveva acquistare con l'accettazione, espressa o tacita, e che l'effetto risaliva al giorno in cui si fosse aperta la successione *mortis causa*³²; (γ) anche il diritto romano prevedeva – fin da allora – che il succedere [la *successio*] nell'*hereditas*³³ veniva realizzato mediante un «atto di accettazione» [cd. *adictio*] da parte dei cd. eredi *voluntarii* [eredi volontari, detti pure *extranei* o *exteri*], mentre i cd. eredi *necessarii* o *sui iuris* – ossia i membri della *familia proprio iure* o *commune iure*³⁴, sia *ex lege* (figli), sia *ex testamento* (schiavi manomessi) – diventavano invece eredi automaticamente *ipso iure* [*sive velint sive nolint*], fin dal momento in cui il *de cuius* moriva una volta perfezionata la delazione in loro favore³⁵; (δ) così pure nel diritto greco i discendenti, *rectius* i discendenti collaterali, do-

³⁰ G. PERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 169-355, in part. pp. 169-171; F. MESSINEO, *op. cit.*, pp. 366-367; S. PUGLIATTI, voce *Acquisto del diritto (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, pp. 508-518; R. QUADRI, voce *Acquisti (Diritti)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1957, pp. 237-241; A. de CUPIS, voce *Successione nei diritti e negli obblighi*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, pp. 1990, 1250-1257; R. NICOLÒ, voce *Successione nei diritti*, in *Noviss. dig. it.*, id, XVIII, pp. 605-615; A. PALAZZO, voce *Successioni (Parte generale)*, XIX, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1999, pp. 123-181, in part. pp. 144-146.

³¹ F. VOLTOLINA, *op. cit.*, 1129-1137.

³² ID, *u.o.c.*, 1134 ss.

³³ *Successio* significava il subentrare di un soggetto nella posizione di un altro [la *successio in locum* o *in ius*], ossia il suo subingresso nella mera sostituzione di un soggetto ad un altro nell'*hereditas* intesa come *universitas iuris*, in tutti i rapporti già in testa al *de cuius*, sia dal lato attivo che dal lato passivo. [NdA].

³⁴ La *familia proprio iure* è quella con diretti discendenti, mentre la *familiae communi iure* sono famiglie autonome nate dall'unico stipite familiare e poi suddivisa a seguito della morte del capostipite antenato non più vivente. A. CORBINO, *Familia "proprio iure" e familia "communi iure"*, in *Estudios Juridicos en Homenaje al Prof. A. Guzmán Brito II*, Alessandria 2011, 41-45.

³⁵ G. IMPALLOMENI, *Successioni (Diritto Romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1957, § 2, 706; § 17, 714-715) e V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, ed. XIV riv. rist. an., Napoli, 1972, 508-563 ss. e in particolare 530. Cfr. *et. ultra* § *id*, § 5.



vevano, per entrare in possesso dell'eredità, chiederla (analogamente al diritto romano), mentre i discendenti diretti del *de cuius* subentravano direttamente al *de cuius* [o *is de cuius hereditate agitur*]³⁶. E ciò, a differenza di quanto previsto ancora oggi nell'ordinamento francese³⁷ e in quello tedesco, l'ordinamento giuridico italiano non ha accolto il principio francese e tedesco del passaggio automatico in capo all'erede del patrimonio del *de cuius* (cc.dd. principi della *saisine* e della *Gewere*)³⁸. In conclusione l'eredità, in base al ns. diritto, si acquista, invece [*supra*], con atto di accettazione, vale a dire, con un atto: (i) di natura strettamente privatistica; (ii) privo di ogni formalismo³⁹; (iii) consistente in un negozio giuridico; (iv) tale che possa risultare anche tacitamente dalla condotta del chiamato; (v) cosicché possa essere posto in essere solo dal momento dell'evento morte; (vi) diverso da un modo di acquisto *ex lege* e automatico (come è l'acquisto del legato). Da questo punto di vista, cerchiamo di capire la scelta del diritto che stiamo discutendo⁴⁰. Le ragioni della preferenza del ns. ordinamento a favore di una concezione deliberatamente consapevole e informata, piuttosto che verso un'automatica e pertanto involontaria e inconsapevole soluzione, propria di altri ordinamenti giuridici [*ultra, id*], può essere: per ragioni di 'ordine economico' per quegli ordinamenti che hanno scelto l'acquisto *ex lege*; per la differenza tra i regimi di 'responsabilità patrimoniale' (art. 2740 c.c.), dal momento che, salvo l'ipotesi dell'accettazione con beneficio d'inventario (art. 484 ss. c.c.) che limita la responsabilità dell'erede per i debiti ereditari e per i legati nei limiti del valore dei beni pervenuti al legatario (art. 756 c.c.), soltanto sull'erede ricade il rischio del pagamento dei debiti ereditari, anche oltre l'attivo ereditario (*ultra vires hereditatis*); per 'ragioni di ordine etico' che trovano fondamento nella circostanza che il chiamato potrebbe avere interesse a non essere e risultare erede di un

³⁶ U.E. PAOLI, v. *Successioni (dir. gr.)*, in *Noviss. dig. it.*, pp. 701-704; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9a ed. rist., Napoli, 1983, p. 96.

³⁷ F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Les successions. Les libéralités*, 4a ed., Parigi, 2014, pp. 353, 702, 706 ss.

³⁸ *Pro omnibus* P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 759; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 169. *Saisine* significa il prolungarsi del possesso dei beni dal defunto nell'erede. Per il principio francese *le mort saisit le vif* [il morto "cattura" il vivo = l'erede subentra "direttamente" nel possesso al *de cuius*, ossia la morte trasferisce subito il possesso in capo al vivo]. F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *op. cit.*, pp. 353, 702, 706 ss. Il correlativo principio tedesco è quello della *Gewere* [vestitura del possesso], significa *der Todte erbt den Lebendigen* [i morti ereditano i vivi]. M. RICCA BARBÈRIS, v. *Saisine*, in *Enc. it.* Treccani, Torino, p. 1936; P. S. LEICHT, v. *Gewere*, in *Enc. it. on line*, vc. corr.; G. BONILINI, *op. cit.*, p. 108.

³⁹ C. ROMANO, *L'amministrazione cautelare del patrimonio ereditario*, in AA.VV., *Diritto delle successioni*, (a cura di) R. CALVO e G. PERLINGIERI, I, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁰ F. VIOLA, *Il diritto come scelta*, in A. PLAIA (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Milano, 2007, pp. 169-199.



de cuius moralmente indegno. Per questi motivi risulta preferibile richiedere, ai fini dell'acquisto della qualità di erede, una manifestazione di volontà (espressa o tacita). Ne deriva che, nel ns. sistema giuridico con la morte del *de cuius* (art. 456 c.c.) si ha «soltanto» l'apertura della successione, realizzandosi esclusivamente la cd. vocazione (*vocatio*), con la quale il successibile acquista «nient'altro» che la qualità di «chiamato» e quindi il titolo per acquistare l'eredità, che ha natura potestativa e può essere trasmesso agli eredi (art. 479 c.c.) e ne consegue che il chiamato all'eredità, prima dell'accettazione, non è erede, ma è solo chiamato all'eredità o ereditando del *de cuius* [*is de cuius hereditate agitur*]⁴¹ o autore (è soltanto titolare di una situazione giuridica complessa che si sostanzia nel diritto di accettare l'eredità, conformemente alla teoria generale dell'acquisto dei diritti [Pugliatti, nt. 42]. Infatti, secondo la formulazione tradizionale, l'acquisto sarebbe la 'congiunzione' o il 'collegamento' del diritto con un altro soggetto, che (di regola) è titolare di un proprio patrimonio⁴². Nascita e acquisto dunque – pure rimanendo distinguibili e logicamente riconoscibili – costituiscono il 1° atto unitario (il 1°, il *prius* e il 2°, il *posterius*, anche se sono praticamente e cronologicamente coincidenti). Vi è tra loro: (α) un «nesso di causalità», nel senso che la perdita o la diminuzione del diritto in una persona è diretta a produrre l'acquisto in favore di un altro, cosicché l'acquisto possa considerarsi come un effetto di quella perdita o diminuzione del diritto; (β) e così la 'perdita' da parte del precedente titolare e l'acquisto del seguente sono inscindibilmente legati, sono effetti interdipendenti, contemporanei, basati sulla medesima causa giuridica e costituiscono due momenti inscindibili del medesimo atto unitario. Tuttavia è importante rilevare che sotto la denominazione di acquisto dell'eredità sono ricomprese varie fattispecie, tra loro eterogenee, in quanto non implicano tutte – come a prima vista parrebbe – una consapevole decisione del chiamato. È sembrata pertanto opportuna una trattazione separata dei vari casi particolari⁴³. Anzitutto va premesso che il

⁴¹ F. MESSINEO, *op. cit.*, 6.

⁴² S. PUGLIATTI, *L'acquisto del diritto*, voce *cit.*, pp. 508-518; A. DE CUPIS, *Successione nei diritti e negli obblighi*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1250-1257.

⁴³ Per una trattazione organica dell'accettazione di eredità: a) per un'analisi della dottrina romanistica: cfr. C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto romano ereditario*, Milano, 1900-02, rist. 1949; V. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano*, Roma, 1905; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*. 6. *Le successioni. Parte generale* (1930), rist., Roma, 1974; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, Napoli, 1932-33; V. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*; b) per attenta valutazione della dottrina civilistica: cfr. G. STOLFI, *Concetto dell'erede*, in *Giur. it.*, 1949, IV, p. 162 ss.; L. COVIELLO JR., *In tema di accettazione dell'eredità*, in *Riv. dir. civ.*, Padova, 1955, p. 803 ss.; ID, *La formula degli articoli 485, 487 e 527: «Il chiamato è considerato erede puro e semplice» e il modo di acquisto dell'eredità*, in *Riv. dir. civ.*, Padova, 1960, I, p. 363; R. QUADRI, *Acquisiti (diritti)*, in *Noviss. dig. it.*, I¹, Torino, 1957, pp. 237-241; P. PAJARDI, *Riflessioni e appunti sul si-*



stema dei modi di accettazione dell'eredità (Commenti), Padova, in *Riv. dir. civ.*, Padova, 1959, I, p. 79; P. SCHLESINGER, *La petizione d'eredità*, *Riv. dir. civ.*, Padova, 1959, I, p. 105; A. CICU, *op. cit.*, Milano, p. 160 ss.; D. BARBERO, *Sistema del Diritto Privato Italiano*, I, 6^a ed. riv. aum., Torino, 1961, pp. 842-869, 897-919; L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, Bologna, 1964, rist. 1^a ed., pp. 272-309, 3^a ed., Bologna, 1997, 121-330; A. TALLARIDA, *Prova in giudizio della qualità di erede*, in *Foro it.*, 1967, I, p. 1499; A. TRABUCCHI, *La ratifica degli atti unilaterali posti in essere dal "falsus procurator" e interruzione della prescrizione del diritto di accettare l'eredità*, in *Gius. it.*, 1969, I, 1, 1969, p. 1886; P. SCHLESINGER, *Successioni (dir. civ.): p. gen.*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 759 ss.; L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Successioni (Disposizioni generali)*, in *Giur. sist. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 1981, pp. 271-309; ID, *Successioni*, VI, t. 2°, 2 ed., in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, Torino, 1997, pp. 5-11; A. LISERRE, *Successioni*, I, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, Torino, 1982, pp. 42-43; T. DE FUSCO, *Successione ereditaria. Eredità devoluta a minori. Accettazione tacita*, Commento a Cass., 27.2.1986, n. 1267, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, pp. 618; A. DE CUPIS, *op. cit.*, 1990, pp. 1250-1257; A. BUSANI e CAMMARATA, *L'accettazione ereditaria del fallito*, in *Riv. not.*, Milano, 1993, p. 189; P. RECCHI, *L'acquisto in proprietà delle quote di terreno dei coeredi da parte degli eredi «agricoltori»: un passo avanti del diritto agrario ereditario*, *Riv. dir. agr.*, Milano, 1994, p. 118; A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica-Zatti, I, 1, Milano, 1996, pp. 240-287; ID, *Successioni (Parte generale)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIX, Torino, 1999, pp. 144-146; ID, *Le Successioni*, I (Disposizioni generali), in *Dir. priv. nella giur.* Cendon, Torino, 2000, pp. 107-176; G. CASSANO (cur.), *Le successioni. Disposizioni generali*, I, in *Dir. priv. nella giur.* CENDON (a cura di), Torino, 2000, G. MUSOLINO, *L'accettazione tacita e l'accettazione ex lege dell'eredità*, in *Riv. not.*, Milano, 2004, p. 226; ID, *L'accettazione ex lege dell'eredità del chiamato in possesso di beni ereditari*, in *Riv. not.*, Milano, 2009, pp. 1276; ID, *Accettazione dell'eredità e fissazione del termine da parte del giudice*, Milano, 2012, p. 1200; T. ROMOLI, *Adempimenti fiscali e accettazione tacita dell'eredità*, in *Notariato*, 6, Milano, 2005, p. 589; A. ALBANESE, *Il chiamato all'eredità e l'attività contrattuale prima dell'accettazione*, in *Contratto impr.*, Padova, 2006, p. 977; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 169-355 ss.; C. ROMEO, *L'accettazione dell'eredità*, in *La successione ereditaria*, in *Tratt. succ. don.* Bonilini, Milano, 2009, p. 1250 ss. e in part. pp. 1199-1258; G. DE NOVA, *Novelle e diritto successorio: l'accettazione di eredità beneficiata degli enti non lucrativi*, in *Riv. not.*, Milano, 2009, p. 1; P. FORTI (cur.), *Gli acquisti di immobili ereditari e la trascrizione per causa di morte*, in *Dir. priv. oggi* CENDON (a cura di), Milano, 2010, pp. 45-135, 107-213; G. ESPOSITO, *Denuncia di successione, voltura catastale e accettazione tacita di eredità*, in *Notariato*, VI, Milano, 2012, p. 702; A. TORRONI, *La reintegrazione della quota riservata ai legittimari nell'impianto del codice civile*, in *Giur. it.*, 2012, p. 8; C. CICERO, voce *cit.*, pp. 1-28; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, 3^a ed. agg., a cura di N. ZORZI GALGANO, Padova, 2015, pp. 829-841; P. ZATTI, *Manuale di diritto civile*, 7^a ed., Milano, 2015, pp. 1390-1393; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, a cura di A. FERRUCCI e C. FERRENTINO, I, 4^a ed., Milano, 2015, pp. 232-260; C. LEGGIERI, *Problemi e questioni etc.*, in *Giust. civ.com. cit.*, 2016; S. PUGLIATTI, voce *cit.*, pp. 508-518; P. PERLINGIERI, G. MARINARO, V. BARBA e G. PERLINGIERI, *Accettazione dell'eredità*, in *Manuale di diritto civile*, 9^a ed. riv. e int., Napoli, 2018, pp. 1119-1125; A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale diritto privato*, 23^a ed., a cura di F. ANELLI e C. GRANELLI, Milano, 2017, pp. 1376-1391; G. ALPA, *Manuale diritto privato*, 10^a ed., Milano-Assago, 2017, pp. 790-791 e 793-796; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 8^a ed., Napoli, 2017, pp. 449-461; G. BONILINI, *op. cit.*, p. 103 ss.; F. BOCCHINI– E. QUADRI, *Diritto Privato*, 7^a ed., Torino, 2018, pp. 1383-1384; R. NICOLÒ, *Successione nei diritti*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, pp. 606-615; V. BARBA, *Il chiamato all'eredità e la voltura catastale: tra violazione di un obbligo e compimento di atto che vale accettazione tacita dell'eredità*, *cit.*, p. 308 ss.; F. MESSINEO, *op. cit.*, pp. 366-397; M. PARADISO, *Corso di Istituzioni di diritto privato*, 10^a ed., Torino, 2018, pp. 758-761; E. MOROTTI, *Accertamento della qualità ereditaria tra limite del giudicato e retroattività della legge*, in *Fam. pers. succ.*, 2, Napoli, 2018, p. 481 ss.; F. LA FATA, *Accordi di integrazione della legittima e disposizioni testamentarie lesive*, in *Rass. dir. civ.*, Napoli, 2018, pp. 457-458.



fenomeno successorio, inteso come procedimento⁴⁴, si articola in quattro fasi logiche, temporali e a formazione progressiva⁴⁵: 1) la morte del *de cuius* (che corrisponde all'«apertura» della successione); 2) la vocazione [*vocatio*] consistente nella chiamata di un soggetto; 3) la delazione [*delatio*] consistente nell'offerta dell'eredità; 4) l'acquisto dell'eredità [*aditio hereditatis*]⁴⁶. L'apertura della successione, che si verifica con la morte di una persona [1° fase]⁴⁷, determina la sede del fenomeno successorio e il giorno di inizio della decorrenza del termine iniziale del procedimento successorio. La morte produce inoltre l'estinzione della capacità giuridica del *de cuius*. Invece la vocazione ereditaria (chiamata) [2° fase] consiste nell'«appello» operato dal testatore o dalla legge verso coloro che dovranno succedere al *de cuius* e attribuisce il «titolo» di acquisto dell'eredità. La delazione, invece [3° fase], è l'«effetto» della vocazione e consiste nell'«attribuzione concreta» del patrimonio ereditario ai chiamati che hanno conseguentemente il diritto di acquistare e di succedere⁴⁸. Il procedimento successorio si conclude poi con l'acquisto dell'eredità [*aditio hereditatis*] [4° fase]. L'accettazione costituisce il «titolo» d'acquisto dell'eredità e, di riflesso, dei singoli diritti che la compongono (si dice, infatti, titolo d'acquisto l'atto o il fatto giuridico – volontà dell'uomo o della legge – che giustifica l'acquisto del diritto)⁴⁹. In conclusione, l'erede non è erede senza l'accettazione⁵⁰. Tuttavia, in base al ns. sistema legislativo, l'acquisto dell'eredità «può» avvenire anche «senza» una volontà – tacita o espressa – di accettazione. Sono i casi dell'«acquisto senza accettazione» o di cd. «accettazione legalmente determinata» previsti dagli artt. 485, co. 1 e 2, 527 e 586 c.c. (*amplius infra* § 6). Le regole possono essere desunte da famose formule latine [*regulae iuris*]: *heres est 'tantum' 'qui esse vult'* [è erede soltanto 'chi vuole esserlo']⁵¹; *heres est solum qui 'se instar heredis gerit'* [è erede

⁴⁴ L. FERRI, *u.o.c.*, p. 122.

⁴⁵ G. BONILINI, *u.o.c.*, pp. 71-105.

⁴⁶ L'accettazione dell'eredità è l'«atto giuridico» che consente al chiamato dell'eredità di diventare erede. F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 366 ss.; G. BONILINI, *op. cit.*, pp. 107-131 ss. e particolare p. 117 ss.; A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt.* Iudica e Zatti, Milano, 1996, p. 240 ss.; G. SAPORITO, *L'accettazione dell'eredità*, in AA.VV., *Succ. e don.*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, p. 177 ss.; G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 232; A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 1329 ss.; in giurisprudenza *pro omnibus* Cass., 6.5.2002, n. 6479, in *CED on line*, 2002; Cass., 30.10.1991, n. 1163-4, in *CED on line*, 1991.

⁴⁷ Cfr. artt. 456 ss. c.c.; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 169-355; G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 25) e la costante giurisprudenza (*pro omnibus* Cass., 24.1.1981, n. 536).

⁴⁸ G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 190 ss.; G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁹ F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 366.

⁵⁰ ID., *u.o.c.*, p. 132.

⁵¹ F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 366.



soltanto chi ‘si comporta da erede’] e *heres non est ‘qui esse non vult’* [non è erede ‘chi non vuole esserlo’]⁵², che individuano i vari casi di acquisto dell’eredità. Una regola da ricordare è anche quella formulata da G. Perlingieri⁵³ secondo cui “diventa erede chi fa atto idoneo a presupporre l’adesione alla delazione”. In ogni caso, accettare l’eredità significa chi lo vuole o chi assume un comportamento che comporti accettazione. L’accettazione è, inoltre, una «facoltà». L’acquisto della figura di erede e dei diritti di successione [*aditio hereditatis*] – ultima fase del procedimento successorio [4° fase] – è, per l’appunto, il «momento logicamente successivo» alla delazione (*delatio*) [*supra* G. Perlingieri], ossia all’offerta o devoluzione dell’eredità⁵⁴. L’acquisto dei beni per successione ha luogo a «titolo derivativo», perché il *de cuius*, morendo, ‘offre’ la sua eredità ai suoi successori che, per acquistarla, la devono necessariamente accettare, o espressamente o tacitamente o presuntivamente (→ accettazione «presunta» o coatta, assumendo, cioè, un comportamento che realizzi l’acquisto *ex lege* dell’eredità, senza possibilità di prova contraria e senza che il giudice debba compiere alcuna indagine sull’*animus* del delato che ha infatti tenuto il comportamento tipizzato dalla norma⁵⁵). La successione ereditaria è quindi un acquisto⁵⁶ a titolo derivativo-traslativo⁵⁷. Essendo un acquisto, ne deriva l’applicazione del principio giuridico *nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet*⁵⁸, principio di ordine generale in materia successoria derivatoci dal diritto romano in applicazione del canone di logica *qui non habet dare non potest*⁵⁹ e il

⁵² Nel diritto civile francese, P. D. SENIORE, *Opere di G. R. Pothier contenenti i trattati del diritto francese*, 1ª ed., Parigi, 1841, 1ª ed. it., IV, Livorno, pp. 1838, 745.

⁵³ G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 240.

⁵⁴ G. PERLINGIERI, *L’acquisto dell’eredità*, *op. cit.*, 169-355; A. CICU, *Successione per causa di morte (p. gen.)*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 1961, p. 47 ss.; F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 55 ss.;

⁵⁵ G. BONILINI, *op. cit.*, p. 35.

⁵⁶ S. PUGLIATTI, voce *cit.*, pp. 508-510.

⁵⁷ Questo secondo la formulazione giuridica tradizionale per cui l’acquisto è la congiunzione o il collegamento del diritto con un determinato soggetto. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed. rist., Napoli, 1983, p. 91; S. PUGLIATTI, voce *cit.*, p. 508 ss. Tuttavia, l’acquisto è a titolo derivativo-costitutivo nel caso in cui il successore acquista un diritto non prima esistente nel patrimonio del *de cuius*, in quanto diritto autonomo che sorge per la prima volta in capo al successore (ad es. l’usufrutto costituito per testamento); F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁸ Nessuno può trasferire ad altri maggiori diritti di quanti ne abbia egli stesso. ULPIANO, D. 50,17, 54. Principio fondamentale in materia successoria e in applicazione del canone di logica: *qui non habet, dare non potest*. A. SALOMONE, *Intorno alla regola ‘nemo plus iuris’ (D.50.17.54 Ulp. 46 ad ed.)*, in *Teoria e storia del diritto privato*, n. X, p. 2017, in www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com.

⁵⁹ Chi non ha non può dare, ossia chi ha perso la titolarità di un diritto non può più disporne a favore di altri.



successore che acquista il diritto [§ 2], subentra nell'*universum ius defuncti*⁶⁰ o con un'assegnazione a titolo universale o in una quota di beni [*ex re certa*]⁶¹ e i diritti patrimoniali trasmissibili si acquistano dall'erede «senza» interruzioni o modifiche (d'altra parte, l'erede succede anche nel possesso di buona o mala fede del suo autore), poiché in materia di successione *mortis causa* il «d.c.» [dante causa = *dans causam*] non può validamente disporre che del proprio patrimonio. E ciò anche in applicazione del citato canone di logica [*supra*, *id*]⁶² e del principio per cui l'attore in rivendica deve dar prova del suo acquisto dal suo dante causa e così via, risalendo fino a quando non si possa collegare [ossia unire e fondere assieme] a un acquisto a titolo originario (usucapione)⁶³. Considerato che l'eredità si acquista o con la «manifestazione della volontà di accettarla» (accettazione 'espressa' e 'tacita') o «presuntivamente» – cd. accettazione 'presunta' o 'coatta', o anche *ex lege*⁶⁴, senza possibilità, pertanto, di prova contraria e, dunque, con una presunzione cd. '*iuris tantum*' – ossia con *praesumptiones iuris tantum* – e che l'effetto dell'acquisto risale al momento nel quale si è aperta la successione, con effetto *ex ante* o *ex tunc* (cd. retroattivo, cfr. art. 459 c.c., *supra* e *infra*)⁶⁵. L'effetto retroattivo dell'accettazione non è derogabile né dal testatore né dall'erede (arg. artt. 637 e 475, co. 2, c.c.) ed è conseguenza necessaria del concetto di successione come '*successio in lacum et ius defuncti*' [o *successio in universitatem* o *in universum ius*]⁶⁶, ossia il succedere nella «totalità dei rapporti attivi e passivi» che facevano capo al *de cuius*, rispetto al quale è inammissibile una soluzione di continuità. L'accettazione dell'eredità costituisce

⁶⁰ *Nihil est aliud haereditas, quam successio in universum ius, quod defunctus habuit* (D.50.16.24⁷).

⁶¹ In questo si ha la chiamata in beni determinati o in un complesso di beni determinati con l'intenzione però del testatore di assegnare il bene con il carattere di quota del patrimonio (art. 588 cpv. c.c.).

⁶² Ossia *nemo dat quod non habet*. L. MENGONI, *Acquisto a non domino*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., 1, Milano, 1987, p. 69 ss. e in particolare p. 71.

⁶³ Per la proprietà immobiliare per evitare la *probatio* diabolica, cioè una prova impossibile, si ricorre all'istituto dell'usucapione e basterà risalire a chi abbia acquistato la proprietà a titolo originario, trascorsi i termini previsti per l'usucapione, con la «prova» del possesso «qualificato» per gli ultimi 20 anni, avvalendosi magari della successione nel possesso o dell'accessione del possesso, l'attore acquisterà la proprietà a titolo originario. S. PUGLIATTI, voce *cit.*, pp. 508 e 518.

⁶⁴ Etimo, ← *ex lege* ≡ secondo quanto è previsto dalla legge, *alias* secondo legge.

⁶⁵ *Supra* nt. ¹⁵, a differenza di quanto previsto nell'ordinamento francese e in quello germanico (il ns. ordinamento non ha infatti accolto il principio della *saisine* [*supra* nt. ¹⁵]).

⁶⁶ V. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 36. Sullo sviluppo terminologico C. LONGO, *L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano*, in *Bull. Ist. dir. rom.*, XIV, 1901, pp. 127 ss., 224 ss., XV, 1903, pp. 283 ss.; P. BONFANTE, *La successio in universum ius e l'universitas*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, I, Milano, 1905, p. 533 ss.



– si badi bene! – il ‘*titulus*’ o ‘titolo legale’⁶⁷ – come preferiscono dire i Romani – la ‘*iusta causa*’ *acquirendi* o, più semplicemente, la *causa acquirendi*⁶⁸ dell’eredità e dei singoli diritti che la compongono⁶⁹. La sua funzione giuridica è pertanto l’«adesione» all’«offerta» (delazione) conseguente alla chiamata a succedere e pertanto l’accettazione si integra, si congiunge [‘si alliga’⁷⁰] con la vocazione, che è la volontà della legge nel caso di successione legittima e con la volontà del defunto nel caso di successione testamentaria [→*delatio*+*acceptatio*=*hereditatis empio*]. Non è sufficiente a far acquistare l’eredità, nel caso di successione testamentaria, la sola pubblicazione del testamento olografo e segreto (artt. 620 e 621 c.c.) e il passaggio del testamento pubblico dal fascicolo e repertorio notarile speciale degli atti di ultima volontà a quello generale degli atti fra vivi (art. 75 R.n.)⁷¹. Visti i principi citati, «non» è condivisibile la prassi che ritiene sufficiente la mera pubblicazione del testamento seguita eventualmente dalla sua trascrizione nei RR.II. (prassi molto seguita nel passato), dal momento che, «solo» se la pubblicazione contiene «anche» l’accettazione dell’eredità da parte del chiamato, si ha acquisto dell’eredità e l’obbligo conseguente di trascrizione riguarda sia l’accettazione dell’eredità sia l’acquisto del legato e «non» certo la trascrizione del testamento. Infatti, *ex* art. 2648 c.c. l’accettazione espressa dell’eredità si ha in base alla «dichiarazione» del chiamato all’eredità e la sua trascrizione si opera in base alla dichiarazione del chiamato contenuta in un atto pubblico o in una scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente che importi acquisto dei diritti enunciati nei nn. 1, 2 e 4 dell’art. 2643 o liberazione dai medesimi. L’accettazione dell’eredità, inoltre, «non» può essere «parziale» (art. 475, ult. co., c.c., cd. carattere della non parzialità dell’accettazione)⁷². Sicché il chiamato, ove intenda accettare, non può certo dichiarare di accettare, ad es., solo una frazione o una parte dell’eredità, oppure solo i suoi valori mobiliari o solo i suoi beni immobili, oppure rifiutare il passivo, perché con l’accettazione si acquista l’intera eredità (attiva e passiva) e la qualità di erede⁷³, trattandosi, per l’appunto, come natura giuridica,

⁶⁷ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3^a ed. ampl., Camerino, 1998, pp. 182, 392 ss.

⁶⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 212.

⁶⁹ Illuminante F. MESSINEO, *op. cit.*, § 192 e p. 366.

⁷⁰ *Sic* S. PUGLIATTI, voce *cit.*, p. 511.

⁷¹ R.d. 10.9.1914, n. 1326 (Regolamento per l’esecuzione della legge notarile, cd. regolamento notarile).

⁷² *Id.*, *u.o.c.*, pp. 110, 149, 150, 151, 215,

⁷³ *Id.*, *u.o.c.*, p. 108; A. MAGNANI, *La figura di erede e la qualità ereditaria, comprendenti sia rapporti e diritti patrimoniali sia qualità personali, morali, ideali. Conseguenze ed applicazioni (Nota alla sentenza del Tribunale di Milano del 10/11/1996)*, in *Riv. not.*, 5, 1998, 1048.



di un «negozio per adesione»⁷⁴ e in base all'art. 475, u.c., c.c. l'accettazione parziale è nulla. È anche nulla l'accettazione sottoposta a condizione e termine (art. 475, cpv., c.c.)⁷⁵. Una volta che l'eredità è accettata, l'accettazione diventa «irrevocabile»⁷⁶. L'irrevocabilità è un suo carattere saliente, operando il principio del *semel heres, semper heres*, perché se l'eredità viene accettata, ad essa «non» si può più «rinunziare». L'accettazione di eredità è, poi, un negozio giuridico «puro»⁷⁷ e, come tale, non tollera l'introduzione di elementi accidentali e non può esserle apposto alcun termine o condizione (è un cd. *actus legitimus*)⁷⁸. L'accettazione, una volta fatta, non può essere modificata (cd. carattere dell'«immodificabilità» dell'accettazione di eredità)⁷⁹, nel senso che, una volta accettata l'eredità puramente e semplicemente, tale accettazione equivale a rinuncia implicita a non valersi dell'accettazione con beneficio di inventario (mentre quest'ultima può trasformarsi in accettazione pura e semplice per effetto della decadenza, cfr. artt. 485 e 488 c.c.). L'accettazione dell'eredità, diversamente dal testamento, «non» è un «atto personalissimo», sicché è possibile il ricorso alla rappresentanza volontaria con una procura speciale⁸⁰. In conclusione, l'accettazione dell'eredità per il ns. ordinamento giuridico è «indispensabile»⁸¹.

3. – L'accettazione è espressa quando è attuata in base alla «dichiarazione» del chiamato che deve essere resa mediante atto pubblico o mediante scrittura privata munita di sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente (artt. 475 e 2702 c.c.), evidenziando di «accettare» l'eredità ovvero «assumendo» il titolo di erede (art. 475, comma 1, c.c.), in cui il contenuto dell'atto deve comportare, attraverso la più larga libertà di formula-

⁷⁴ G. PERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 176, 189, 204, 210, 218, 226-227, 240, 242, 244, 266.

⁷⁵ C. LEGGIERI, *op. cit.*, *ibi* nella disciplina generale dei contratti un'adesione, un'accettazione difforme dalla proposta equivale a nuova proposta (art. 1326 u.c. c.c.), ma nell'ambito successorio, in virtù dell'immodificabilità della delazione, non può applicarsi il predetto principio e in particolare se viene apposto il termine sarebbe un non senso (*semel heres, semper heres*, art. 637 c.c.) e pertanto in presenza di elementi accidentali il negozio è nullo, *ex* art. 475 c.c. G. BONILINI, *op. cit.*, pp. 110, 117, 149, 294, 296, 297 ss.

⁷⁶ ID, *u.o.c.*, p. 109.

⁷⁷ ID, *u.o.c.*, p. 110.

⁷⁸ G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 182, p. 397; D. BARBERO, *op. cit.*, p. 901.

⁷⁹ G. BONILINI, *op. cit.*, p. 109.

⁸⁰ ID, *u.o.c.*, pp. 111, 209, 421.

⁸¹ F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 369 ss. e ciò a differenza del diritto romano dove per i *sui* l'acquisto dell'eredità si operava *ipso iure* e era un tutt'uno con la delazione [*supra*]. Non così nel ns. diritto. V. ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, pp. 551-553.



zione, la «manifestazione» di una scelta «consapevole» da parte del chiamato diretta all'acquisto dell'eredità oppure l'affermazione della impossibilità di rinunciare all'eredità⁸². La dichiarazione del chiamato di accettare l'eredità consiste in un negozio: (i) «unilaterale» tra vivi [*inter vivos*] (artt. 475, 481, 484, 485 ult. co., 487, 488, 493, 495, 507, 510, 519 c.c.), cd. carattere dell'«unilateralità» dell'accettazione di eredità⁸³; (ii) «non recettizio»⁸⁴, cd. carattere della non recettizietà, dato che la volontà produce effetti a prescindere dalla conoscenza che ne abbiano avuta i terzi e non va indirizzata o notificata a chicchessia, neppure ai successibili di grado ulteriore; (iii) «irrevocabile» – come l'accettazione tacita e presunta – che comporta l'«inammissibilità di una rinuncia successiva» a garanzia della certezza dei rapporti giuridici⁸⁵; (iv) «puro»; (v) «per adesione» [o complementare]; (vi) «autonomo», perché a sé stante, anche se contenuto in un unico contesto insieme ad altro negozi, perché dotato di una propria indipendenza, sia formale sia sostanziale, dall'atto che (semmai) lo include, che, come spesso avviene, potrebbe anche essere compiuto per un intento o una finalità differente (contenuta, ad es., in un atto di mutuo, in un atto di divisione, in una compravendita o di donazione, *etc.*) e che comporta – tale autonomia dell'accettazione d'eredità con riguardo al negozio che la comprende – che la dichiarazione rimane valida ed efficace anche se l'atto “contenitore” si rivelasse invalido o fosse condizionato o a termine, in considerazione della qualità di negozio autonomo⁸⁶. In definitiva, mediante l'accettazione il chiamato all'eredità aderi-

⁸² P. SCHLESINGER, voce *cit.*, pp. 759-760; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 218-226; G. BONILINI, *op. cit.*, p. 115 ss.; C. ROMEO, *L'acquisto dell'eredità. L'accettazione espressa. L'accettazione tacita.*, cap. XIII, sez. I, §§ 10-19, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, Milano, 2009, pp. 1222-1258, in part. pp. 1222-1242.

⁸³ G. BONILINI, *op. cit.*, pp. 112, 117, 131, 268, 460.

⁸⁴ G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, 1a ed., Milano, 1959, 101, Napoli, 2011 (rist. ed. 1959), p. 98, 101, 102 nt. ²¹⁹, 127, 249; P. SCHLESINGER, voce *Dichiarazione*, in *Enc. dir.*, XII, Torino, 1964, p. 372; F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 368.

⁸⁵ A. CICU, *op. cit.*, p. 158; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, 1a ed. 1977, ult. ed. 2011, Napoli, p. 439. Ciò sulla base della regola fondamentale del diritto successorio *semel heres semper heres* [una volta erede, erede per sempre], principio ripreso da Ulpiano e da Gaio in due passi del Digesto [D. 4.4.7.10 (Ulp. l. 11 ad ed.) 'sine dubio heres manebit, qui semel extitit' 'senza dubbio resterà erede colui che lo è diventato una volta per tutte; e D. 28.5.89 (Gai. l. sing. de casibus) 'non potest adiectus efficere, ut qui semel heres exstitit desinat heres esse', non è possibile ottenere che smetta di essere erede colui che lo è diventato una volta per tutte]. Sul punto M. KASER, *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, 2. Auf., München 1971, § 162, p. 688, nt. 29: “Unröm., *semel heres, semper heres*, wohl nach Gai D. 28, 5, 89. Analogamente nel diritto civile francese: *l'héritier qui accepte la succession ne peut plus, en effet, renoncer à celle-ci*. F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *op. cit.*, pp. 692-693. [NdA]

⁸⁶ Cass., 25.8.1969, n. 3021; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 229-233.



sce a diventare erede, concretizzandosi in un negozio giuridico «per adesione» destinato a combinarsi, per la produzione dei suoi effetti, con una precedente situazione (*delatio*, art. 457 c.c.)⁸⁷, perché il suo acquisto è il risultato di un procedimento, che, passando necessariamente dalla delazione, si chiude, di regola, con l'accettazione, concretizzandosi in un atto conclusivo e perfezionativo di una fattispecie a formazione progressiva⁸⁸ [*supra* § 2]⁸⁹. È quindi necessaria la «forma scritta» e la dichiarazione della parte interessata di «accettare» l'eredità oppure l'«assunzione» del «titolo» di erede. Non occorrono, pertanto, atti *ad hoc*, essendo sufficiente che l'accettazione o l'assunzione del titolo di erede siano contenuti nel contesto di un altro atto formale⁹⁰. La dichiarazione «non» deve contenere la «specificazione dei singoli beni o rapporti» compresi nell'eredità⁹¹. L'assunzione del titolo di erede deve essere un atto «personale» del chiamato (tale qualifica, pertanto, non deve essere dichiarata da altri non autorizzati)⁹². Con riguardo alla pubblicità verso i terzi [*infra* § 7], è trascrivibile l'accettazione di eredità espressa contenuta in atto pubblico o in una scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente e, in conseguenza, non è trascrivibile l'accettazione espressa contenuta in una scrittura privata con sottoscrizioni non autenticate (a meno che non venga accertata giudizialmente l'autenticità delle firme).

4. – Vi è un sottile confine tra accettazione tacita di eredità e attività di amministra-

⁸⁷ G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 189.

⁸⁸ ID, *u.o.c.*, *id.*

⁸⁹ G. BONILINI, *op. cit.*, pp. 108, 116, 348; G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 233.

⁹⁰ Se l'accettazione dell'eredità è espressa non può dar luogo a dubbi. Invece l'assunzione del titolo d'erede potrebbe non importare accettazione, qualora sia usata dal soggetto per inavvertenza o per ignoranza, senza conoscerne appieno il suo significato e senza alcuna intenzione di compiere un atto di accettazione. In questo caso va ritenuta ammissibile la prova del contenuto vero della volontà. Cfr. Cass., 5.5.1967, n. 1750, in *Foro it.*, 1967, I, 1499, con nt. di A. TALLARIDA, *Prova in giudizio della qualità di erede*.

⁹¹ S. METALLO, «*Quesito civilistico n. 479-2017/C. Parere in tema di trascrizione di accettazione tacita di eredità*», in *CNNNotizie*, Roma, 5.4.2019; G. BONILINI, *op. cit.*, p. 116. In giurisprudenza Cass., 11.7.2014, n. 15888, in *Leggi d'Italia* 2014; Cass., 16.1.2017, n. 868, in *id.*, 2017; Cass., 17.7.2018, n. 19030, in *id.*, 2018. In merito all'espletamento della «dichiarazione di successione», al «pagamento delle imposte di successione» e alla «richiesta della voltura catastale», la S. corte, in più occasioni (Cass., 28.2.2007, n. 4783, Cass., 6.4.2017, n. 8980 e Cass., 19.12.2018, n. 32770) ha stabilito che il compimento di tali adempimenti sono atti di natura «unicamente e meramente fiscale» e «non» hanno alcun rilievo ai fini dell'accettazione dell'eredità e pertanto «senza alcuna valenza civilistica», in www.rivistafamiglia.it e www.puntodiritto.it.

⁹² G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 223.



zione più volte al centro delle attenzioni giurisprudenziali⁹³. L'accettazione si dice «tacita» o «per fatti concludenti [*per facta concludentia*]» o «*pro herede gestio*»⁹⁴, che tradizionalmente si ha quando si dispone e si gode dei beni ereditari o anche di alcuni di loro «*tamquam dominus*», come se si fosse il *dominus* [il proprietario]⁹⁵ o si alieni cespiti ereditari o si paghi debiti o si esiga crediti, non spiegabile altrimenti che con la volontà di essere erede⁹⁶ o quando l'intento di accettare trova (i) una «indiretta manifestazione»⁹⁷ – cc.dd. manifestazioni tacite di volontà – o (ii) esprimendosi «*re o rebus o factis*» [di fatto o con i fatti o con le azioni], in altri termini con una “dichiarazione senza parole”⁹⁸ (essendo in presenza di un'«implicita» manifestazione della volontà di acquistare l'eredità)⁹⁹. Pertanto, l'accettazione è tacita quando il chiamato «compia» un atto «concludente» e «univoco», incompatibile con la volontà di non accettare l'eredità o di rinunziarvi, che, proprio per questo, «presuppone necessariamente» la volontà di accettare e che «non» avrebbe il diritto di fare «se non» nella qualità di erede (art. 476 c.c.). Quindi,

⁹³ C. ROMANO, *L'amministrazione cautelare del patrimonio ereditario*, in *Diritto delle successioni*, a cura di R. CALVO e G. PERLINGIERI, I, Napoli, 2008, p. 86; Cass., 26.6.1993, n. 7125 in *Mass. Giust. civ.* 1993, p. 1090.

⁹⁴ Per la «letteratura più recente» sull'«accettazione tacita» di eredità (*pro herede gestio*): cfr. C. LEGGERI, *Problemi e questioni in tema di accettazione dell'eredità*, Milano, 2016, approfondimento del 17.10.2016, in *giustiziacivile.com*; A. CALZADA GONZÁLES, *La aceptación de la herencia en el derecho romano. Aditio nuda voluntate*, Saragoza 1995; G. COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio*, I. *La struttura originaria del 'gerere pro herede'*, Milano 1987, p. 34; M. AVENARIUS, *L'adizione dell'eredità e la rilevanza della volontà nella prospettiva di Gaio*, da AUPA, vol. LV, Torino, 2012, pp. 12-15. Per il diritto ereditario dell'epoca classica: cfr. GAI 2.167: “*At is, qui sine cretione heres institutus sit aut qui ab intestato legitimo iure ad hereditatem vocatur, «potest» aut cernendo aut «pro herede gerendo» vel «etiam nuda voluntate» suscipiendae hereditatis heres fieri. Eique liberum est, quocumque tempore voluerit, adire hereditatem.*” [trad. “Ma quello che sia stato istituito erede senza la creazione [*cretio* ossia l'atto solenne, v. V. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 553-555], o, quello che *ab intestato*, per legittimo diritto, è chiamato all'eredità, può diventare erede o con la creazione, o (per l'appunto) con la «gestione da erede», o ancora con la nuda volontà di adire l'eredità. Egli è libero di adire l'eredità in qualunque tempo vorrà., in G. VIGNALI, *Corpo del diritto, corredato delle note di Dionisio Gotofredo, e di C. E. Freiesleben, altrimenti Ferromontano con le varianti delle leggi e dalla cronologia delle leggi di Roma compilata sulle migliori opere finora pubblicate coll'aggiunzione delle Istituzioni di Gajo, dei frammenti di tutte le leggi relative al diritto romano, sia che sieno mentovate nel corpo del diritto sia che sieno raccolte in altre opere, dei Frammenti di Ulpiano, di Paolo e de' Frammenti così detti Vaticani*; *Digesto*, I, Napoli, 1856-62, § 167, p. 597.

⁹⁵ E. TAVILLA, *Le radici profonde d'Europa*, in *Tempi del diritto: Età medievale, moderna, contemporanea*, a cura di P. ALVAZZI DEL FRATE, M. CAVINA, R. FERRANTE, N. SARTI, G. SPECIALE, E. TAVILLA, S. SOLIMANO, Torino, 2016, p. 49.

⁹⁶ V. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 555.

⁹⁷ G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, *op. cit.*, pp. 184 nt.⁶⁸, 217, 234, 237 nt.²³⁸, 247 nt.²⁸⁷.

⁹⁸ F. CARNELUTTI, *op. cit.*, pp. 35.

⁹⁹ G. BONILINI, *op. cit.*, p. 115.



perché si possa parlare di accettazione tacita occorrono tre requisiti (o tre autonomi presupposti)¹⁰⁰: 1) un «atto» compiuto dal «chiamato all'eredità» e quindi, sia attraverso un negozio giuridico (ossia con una 'precisa manifestazione di volontà')¹⁰¹, sia a mezzo di un «atto in senso stretto» (atto in cui assumono rilievo la volontà e la consapevolezza dell'atto, non l'intenzione di produrre effetti giuridici che sono preordinati dalla legge e non rileva se l'autore dell'atto ne sia consapevole)¹⁰²; 2) l'atto compiuto deve «presupporre necessariamente» la volontà di accettare l'eredità¹⁰³, di per sé 'obiettivamente idoneo' a presumere l'accettazione (o, *rectius*, l'adesione alla delazione) puntando l'attenzione sulla 'natura intrinseca' dell'atto¹⁰⁴; 3) l'atto che il chiamato ha compiuto «non» avrebbe avuto il diritto di fare «se non» nella qualità di erede. L'atto compiuto [*supra* punti 1 e 2] – in altre parole – deve essere 'incompatibile' con la volontà di rinunciare e, in conseguenza, deve essere, senza alcun dubbio, «significativo» della volontà di accettare¹⁰⁵. Si pensi al caso – frequentissimo nella prassi – in cui colui a cui è stata offerta l'eredità 'venda' o in generale 'disponga' concretamente di beni ereditari (di qualsiasi natura, e così anche una somma in essere su un c/c, o un rateo di pensione, o di un auto-mezzo, o di un credito, o di un gioiello). Si può allora ben comprendere che l'accettazione di eredità avviene «abituamente» in forma tacita a mezzo di una cd. '*pro herede gestio*' ['*gestio pro herede*'] dei Romani, ossia attraverso 'comportamenti' consistenti in dichiarazioni «tacite – o «indirette» – di volontà» e con una 'valutazione', per lo più, 'di fatto', attraverso un 'fatto concludente', che non sia spiegabile altrimenti che con la volontà di essere erede¹⁰⁶. Pertanto la volontà di accettare può essere provata anche in «via indiretta», così che l'erede esprime la sua volontà, per l'appunto, con una cd. '*pro herede gestio, tamquam dominus*', ossia usando dei beni ereditari, o anche solo di alcuni, in modo che tale comportamento 'non' sia spiegabile 'altrimenti' che con la volontà di essere

¹⁰⁰ G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 243 ss.

¹⁰¹ E. BETTI, *Negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1957, pp. 208-220 e in part. 210; F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 460; V. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 77.

¹⁰² Per la differenza tra negozi giuridici e atti giuridici in senso stretto F. CARNELUTTI, *op. cit.*, pp. 216-217; F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, pp. 110, 125, *op. cit.*, P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Fatto, atto e negozio*, in *op. cit.*, 2018, pp. 73-74.

¹⁰³ G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 234.

¹⁰⁴ ID, *u.o.c.*, p. 244.

¹⁰⁵ Secondo G. PERLINGIERI [nt. *supra*] ogni analisi deve essere basata su una 'valutazione oggettiva' della 'natura' dell'atto, «più che» sulla «volontà» e sull'«intenzione» del chiamato. ID, *u.o.c.*, p. 246. Cass., 11.7.2014, n. 15888 (rv. 632054), in *CED Cassazione*, 2014.

¹⁰⁶ V. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, pp. 552-563; F. MESSINEO, *op. cit.*, I, pp. 482, 559; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ e G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazione*, VII, Padova, p. 89.



erede. Il comportamento ‘*pro herede gestio*’ è quindi una manifestazione «implicita» della volontà di accettare attraverso una manifestazione esplicita di un comportamento, seppur non solenne, a titolo di erede e pertanto «concludente» e «incompatibile» con la volontà di rinunciare all’eredità e con una «gestione di fatto» dei beni ereditari¹⁰⁷. Nel caso in cui il chiamato, senza dichiarare espressamente di accettare l’eredità, in un atto pubblico o in una scrittura privata autenticata, assuma – anche solo nella parte enunciativa dell’atto e non necessariamente nella parte dispositiva e pertanto incidentalmente – il titolo di erede, non può, strettamente, a norma del testo di legge (art. 475 c.c.), parlarsi di accettazione tacita, bensì di accettazione espressa. In merito agli atti che possono comportare accettazione tacita di eredità, il ns. codice evita dall’enunciare gli atti che importano certamente accettazione tacita di eredità, ma esprime i principi generali e quindi lascia la possibilità della prova contraria. La giurisprudenza ha individuato man mano una serie di fattispecie che condurrebbero all’acquisto dell’eredità e altre di senso opposto. La «natura giuridica» dell’accettazione tacita dell’eredità è controversa: *a*₁) l’accettazione tacita è «un negozio» perché presuppone una «consapevole adesione alla delazione»; *a*₂) in particolare consisterebbe in un «negozio giuridico di attuazione»¹⁰⁸ – categoria giuridica contrapposta ai negozi giuridici di dichiarazione, perché la volontà «non» è manifestata, ma è «attuata» attraverso un «comportamento»; *b*) l’accettazione tacita «non» consisterebbe in un negozio giuridico¹⁰⁹, ma deriverebbe da un «atto dispo-

¹⁰⁷ L’accettazione tacita era nota anche nel diritto romano classico. V. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 508 ss.

¹⁰⁸ G. PERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 210, 215, nt. ²³⁷, 220, 235-237.; L. CAMPAGNA, *I «negozi di attuazione» e la manifestazione dell’intento negoziate*, Milano, 1958, p. 129, ss., *ibi* le manifestazioni di volontà indirette, al pari di quelle dirette, possono risultare tanto da dichiarazioni quanto da comportamenti non dichiarativi; A. FALZEA, voce *Manifestazione (Teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 469 ss.; ID, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 682 ss. (poi ripubblicata in ID., *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, p. 95 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 137; F. MESSINEO, *op. cit.*, VI, 373; L. FERRI, *Disposizione generali sulle successioni*, *op. cit.*, p. 261 ss.

¹⁰⁹ Il carattere negoziale dell’accettazione tacita di eredità è negato da alcuni autori: A. CICU, *op. cit.*, p. 178; G. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 1961, p. 781 ss.; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, nt. ²³⁸; D. BARBERO, *op. cit.*, II, p. 929, che sottolinea la complessità di una ricostruzione dogmatica della figura dell’accettazione tacita e che l’accettazione cd. tacita più che una figura è una “denominazione”, che non soltanto “ricomprende varie fattispecie”, ma “fattispecie di diversa natura”, e cioè, precisamente, negoziate e non negoziale e che l’“atto di gestione” di beni ereditari assume in concreto natura negoziale se è sorretto dalla volontà di accettare; V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 311 ss., che colloca la fattispecie dell’accettazione tacita nell’ambito dei cd. “comportamenti legalmente tipizzati” e che il “carattere non negoziale” dei comportamenti legalmente tipizzati ha un suo sicuro fondamento teorico. Per L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, p. 439, l’accettazione di eredità “è



sitivo» al quale la legge attribuisce l'effetto 'automatico' dell'acquisto dell'eredità, anche contro la volontà del chiamato. Anzi, il chiamato all'eredità che alieni un bene ereditario non può riservarsi di decidere se accettare o meno l'eredità, rimettendo, in caso di rinuncia, nell'asse ereditario il ricavato dell'alienazione e l'eventuale risarcimento del danno. L'unico modo possibile di alienare beni ereditari senza assumere la qualità di erede è quello previsto dall'art. 460 c.c. (l'esercizio di azioni possessorie a tutela dei beni ereditari e il compimento di atti conservativi, di vigilanza e di amministrazione temporanea). Infatti, gli atti che per valutazione del legislatore non importano accettazione tacita di eredità consistono nei poteri riconosciuti al chiamato all'eredità prima dell'accettazione (art. 460 c.c.), per cui l'esercizio di tali poteri, cui si è abilitati dalla legge nella veste di chiamati, non può importare accettazione tacita. Pertanto, per diretta previsione di una norma, il chiamato può, senza che ciò comporti accettazione tacita di eredità: (α) esercitare le azioni possessorie a tutela dei beni ereditari; (β) compiere atti di conservazione, di vigilanza e di amministrazione temporanea; (γ) vendere, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, beni ereditari non suscettibili di conservazione o la cui conservazione importerebbe grave dispendio. Infatti, gli atti di vigilanza, conservazione e amministrazione temporanea e le azioni possessorie a tutela dei beni ereditari non implicano necessariamente la volontà di accettare l'eredità, potendo il chiamato compiere tali atti per evitare un pericolo attuale di un danno o per evitare la dispersione dei beni o per recuperarli o allo scopo di conservare il valore economico e l'integrità dei beni avendo riguardo alla loro capacità produttiva, senza, per questo, voler diventare erede. Questi atti comprendono sia atti materiali sia certi atti giuridici, sia di ordinaria amministrazione che di straordinaria amministrazione, tra cui gli atti relativi alla coltivazione dei fondi rustici (per i quali l'urgenza coincide con la tempestività delle operazioni relative alle colture), gli atti relativi alla produttività dei fondi rustici e urbani (affitto, locazione, adeguamento dei canoni), gli atti diretti al mantenimento dell'avviamento di una azienda (consegna di merci vendute e riscossione dei relativi importi, il loro rifornimento, il pagamento dei dipendenti), la vendita di beni che non si possono conservare o la cui conservazione importi grave dispendio, gli atti relativi alla percezione e all'impiego delle rendite, *etc.* ¹¹⁰.

un negozio giuridico, tra vivi, unilaterale e non recettizio (non cognitizio)" e consiste nella "manifestazione di volontà" diretta ad acquistare l'eredità.

¹¹⁰ G. CAPOZZI, *op. cit.*, pp. 120, 233.



5. – Gli artt. 477 e 478 c.c., che seguono quelli dell'accettazione tacita (art. 476 c.c.), individuano espressamente gli atti che importano accettazione presunta dell'eredità, quali: (α) la donazione, la vendita o la cessione che il chiamato all'eredità faccia dei suoi diritti di successione a un estraneo o a tutti gli altri chiamati o ad alcuni di questi (art. 477 c.c.); (β) la rinuncia all'eredità qualora sia fatta a fronte di corrispettivo o a favore di alcuno soltanto dei chiamati (art. 478 c.c.), al contrario della rinuncia pura e semplice, cd. abdicativa, che avvantaggia, come effetto indiretto, tutti i chiamati (arg. art. 478 c.c.). Dalla formulazione di quest'ultima norma si deduce che, nella scelta del legislatore, ha pesato – evidentemente – la considerazione che nella rinuncia abdicativa è chiara la volontà del rinunziante di «non» acquistare diritti e, per questa ragione, tale rinuncia non implica – secondo la formula di legge – accettazione, mentre la rinuncia a favore «solo» di alcuni «comporta accettazione» perché implicherebbe, al contrario, la volontà di trasferire ad altri un diritto¹¹¹. Queste fattispecie – anche se aventi natura simile all'accettazione tacita dell'eredità – vengono classificate dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza¹¹² come accettazione «presunta». Per l'accettazione presunta, a differenza dell'accettazione tacita, «non» vi è, tuttavia, la possibilità di una prova contraria e comporta l'acquisto dell'eredità in base a presunzione «assoluta». La formulazione dell'art. 477 c.c. comprende, nel proprio ambito, tutti i contratti bilaterali – a titolo gratuito e oneroso – ovverosia donazione, vendita e cessione (in altre parole, ogni sorta di negozio dispositivo diverso dai precedenti). Non rientrano nella previsione gli atti aventi ad oggetto singoli beni ereditari oppure solo l'attivo senza il passivo, ma solo quelli che riguardano l'intera eredità o una sua quota *pro indiviso* [*alias*, ideale]¹¹³. Va distinto tra la donazione a favore degli altri chiamati all'eredità e la rinuncia gratuita abdicativa di cui all'art. 519, co. 2, c.c., anche se i beneficiari sostanzialmente sono gli stessi. Solo con la donazione – e non con la rinuncia – si verifica accettazione di eredità da parte di chi ha donato, in quanto, sotto il profilo strutturale, la donazione è negozio bilaterale, mentre la rinuncia abdicativa è negozio unilaterale¹¹⁴ con cui il chiamato dismette o comunque respinge la delazione. Diverso è il caso della rinuncia dietro corrispettivo, o a favore di alcuni soltanto dei chiamati, contemplato dall'art. 478 c.c., che assume, invece, la

¹¹¹ ID, *u.o.c.*, p. 92.

¹¹² Cfr. G. PERLINGIERI, *op. cit.*, § 10, pp. 266-275; G. BONILINI, *Accettazione presunta*, in *op. cit.*, pp. 118.

G. BONILINI, M. CONFORTINI, *Codice delle Successioni e Donazioni*, Torino, 2014, 258, *ubi* si intitola l'art. 477 c.c. come «Accettazione 'presunta' di eredità «con atti bilaterali»» e l'art. 478 c.c. come «Accettazione 'presunta' di eredità «con rinuncia»». Cass., 14.2.1973 n. 454, in *Giust. civ.*, 1973, 1, p. 731.

¹¹³ A. BURDESE, in *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1977, p. 285.

¹¹⁴ L. FERRI, *op. cit.*, p. 286.



struttura di negozio bilaterale, poiché è utilizzata per conseguire un vantaggio o per beneficiare determinati soggetti, in deroga alla regola della devoluzione dell'eredità in caso di rinuncia abdicativa¹¹⁵, che implica, al contrario, una 'dismissione' intesa come 'rifiuto' dell'eredità prima che "entri" nel patrimonio del chiamato. Le rinunzie dietro corrispettivo o a favore di alcuni soltanto dei chiamati consistono, queste, per la verità, in rinunzie cd. traslative, in quanto il chiamato disporrebbe della delazione acquistando l'eredità. Indubbiamente il criterio di distinzione tra le rinunzie traslative *ex art. 478 c.c.* e i negozi *ex art. 477* potrebbe apparire tenue, ma in realtà non lo è affatto dal punto di vista strettamente dogmatico-giuridico¹¹⁶. Si può far leva sul dato letterale delle norme, ma soprattutto sui destinatari degli effetti degli atti, che, nel primo caso, possono essere solo altri chiamati, mentre, nel secondo caso, anche soggetti estranei alla successione¹¹⁷. Inoltre le fattispecie di cui all'art. 478 possono ricomprendere anche atti unilaterali di rinuncia interpretabili come proposte contrattuali di donazione a favore di alcuni o di vendita a favore di tutti o parte dei chiamati, o come accettazione di precedente proposta, o ancora come adempimento di precedente impegno assunto per contratto¹¹⁸.

6. – Accanto alle forme di accettazione espressa, tacita e presunta di eredità, vi è una 'quarta' specie di acquisto dell'eredità¹¹⁹ che «opera per volontà della legge» [*ope legis*] in modo automatico, prescinde dalla volontà del chiamato all'eredità¹²⁰ e avviene senza o anche contro la volontà del chiamato¹²¹. È detta "acquisto dell'eredità senza accettazione" o

¹¹⁵ A. PALAZZO, *Le successioni*, *op. cit.*, p. 254.

¹¹⁶ È la cd. "giurisprudenza dei concetti" (*Begriffsjurisprudenz*), scienza giuridica sviluppatasi tra l'Ottocento e il Novecento, soprattutto in Germania e in Italia, che procede all'«elaborazione di concetti generali e astratti» sulla base di norme valide solo perché esistenti, aventi, in quanto tali, la natura di 'dogmi', quale "metodo d'interpretazione" delle "norme" basato sull'accorpamento di leggi e istituti in concetti generali (è, in sostanza, la "*Rechtslehre*", ossia teoria generale del diritto, di A. MERKEL) ≡ la "sistematizzazione dei concetti giuridici" attraverso la loro "deduzione" dall'analisi dei principi generali delle varie branche dell'ordinamento positivo. F. OLGATI, *Problemi giuridici e problemi filosofici: la dogmatica giuridica*, v. XXIV, n. 1 (genn. 1932), pp. 24-56; cfr. *et. voce Dogmatica giuridica*, in *Enciclopedia on line* Treccani. [NdA].

¹¹⁷ L. FERRI, *o.u.c.*, p. 285.

¹¹⁸ A. BURDESE, *o.u.c.*, p. 289

¹¹⁹ F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 372.

¹²⁰ G. BONILINI, *op. cit.*, p. 120 ss.

¹²¹ L. COVIELLO jr., *La formula degli artt. 485, 487 e 527: «il chiamato è considerato erede puro e semplice» e il modo di acquisto dell'eredità*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, p. 363; P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 756 ss.



(“accettazione legalmente determinata” o *ex lege*)¹²². Si pensi, *in primis*, al caso in cui l’istituto sia, a qualsiasi titolo, nel «possesso di beni ereditari» e non proceda all’inventario «entro tre mesi dal giorno dell’apertura della successione o della notizia della devoluta eredità»: *ex art.* 485 c.c. il chiamato all’eredità è considerato erede puro semplice. Questa specie di acquisto dell’eredità senza accettazione¹²³ si verifica: (i) per l’appunto quando il chiamato all’eredità sia nel possesso dei beni ereditari e lasci trascorrere il predetto «termine (di tre mesi)» per fare l’inventario «senza» redigerlo, ove il presupposto di applicazione della norma è il «possesso materiale» o «di fatto» dei beni ereditari (non è richiesto né il possesso in senso tecnico, bensì la semplice situazione di detenzione, né il possesso dell’intera eredità); (ii) *in secundis* nell’ipotesi di sottrazione o di occultamento di beni ereditari da parte del chiamato. Nel primo caso l’acquisto dell’eredità «è imposto» dalla legge a «tutela» degli interessi dei terzi e si verifica – per l’appunto – con il «possesso materiale» o con la «semplice detenzione» dei beni ereditari o anche di solo di alcuni beni. Il chiamato è considerato erede puro e semplice, anche nell’ipotesi in cui, pur avendo compiuto l’inventario nei tre mesi dal giorno dell’apertura della successione, «non» abbia ancora «fatto» la «dichiarazione» di accettazione col beneficio d’inventario o la rinuncia nel termine di quaranta giorni da quello del compimento dell’inventario (art. 485 u.c.). Nel secondo caso, contemplato dall’art. 527 c.c., secondo alcuni, la sottrazione o l’aver nascosto beni dell’eredità volontariamente assume il carattere di una ‘pena inflitta’ al chiamato a sanzione di un fatto illecito¹²⁴, secondo altri tale comportamento del chiamato ravvisa, invece, un’ipotesi di accettazione tacita dell’eredità. Anche dopo la rinuncia può rimanere la delazione (e quindi il rinunziante è ancora un chiamato all’eredità) poiché la sottrazione o l’occultamento di beni ereditari a rinuncia avvenuta può comportare una revoca della rinuncia *ex art.* 525 c.c. e l’acquisto dell’eredità, fatto salvo il caso in cui l’eredità non sia già stata acquistata da altri chiamati.

In conclusione, soprattutto in caso di accettazione tacita – oltre che, ovviamente, nell’accettazione definita «acquisto senza accettazione» – la massima “non è erede chi non lo vuole”, corretta sì in senso negativo, non può esser peraltro trasferita, nella formula, in senso positivo, “diviene erede solo chi vuole esserlo”, bensì, piuttosto, nella regola “diventa erede chi fa atto idoneo a presupporre l’adesione alla delazione” [G. Perlingieri, *supra* § 2].

¹²² P. PERLINGIERI, G. MARINARO, V. BARBA e G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 1122; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 201, 204, 240,

¹²³ F. MESSINEO, *op. cit.*, 372. Anche tale A. parla di una 3° forma di accettazione.

¹²⁴ F.S. AZZARITI – G. MARTINEZ – G. AZZARITI, *op. cit.*, pp. 93, 94, 95.



7. – Il termine “trascrizione”, usato nella pratica per indicare la «riproduzione letterale in estratto» [dal lat. *transcribere*, copiare un testo¹²⁵], ossia mediante documenti sintetici chiamate “note” [note di trascrizione, di iscrizione e di annotazione] (comb. disp. artt. 2659 e 2679 c.c.), in pubblici registri *ad hoc* delle Conservatorie dei RR.II., di atti che si riferiscono ai beni immobili (negozi giuridici, convenzioni urbanistiche, vincoli di destinazione e di inalienabilità, vincoli storici e artistici, provvedimenti, atti amministrativi), la cui conoscenza da parte dei terzi sia ritenuta rilevante o comunque utile¹²⁶. La locuzione viene anche utilizzata – in seguito all’introduzione del sistema di elaborazione automatica dei RR.II. ad opera della l. 27.2.1985, n. 52¹²⁷ – per indicare l’inserimento in archivi informatici *ad hoc* di dati relativi alle domande di trascrizione, iscrizione e annotazione di atti riguardanti beni immobili a cui si deve dare pubblicità. Pertanto, scopo essenziale di un sistema di pubblicità immobiliare è la realizzazione della «conoscibilità legale» delle vicende giuridiche dei beni immobili di cui il sistema si occupa, al fine di garantire una «maggiore sicurezza» nella loro circolazione¹²⁸. Atteso quanto sopra, l’«accettazione dell’eredità è enunciata *apertis verbis* dalla legge come soggetta a trascrizione»¹²⁹, anzitutto per la tutela dell’acquirente di immobili di provenienza ereditaria e dei suoi creditori, poi per esigenze di «certezza del traffico giuridico immobiliare» e per esigenze di «completezza e sicurezza nella consultazione dei RR.II.» e poi per permette-

¹²⁵ Cfr. *Diccionario etimológico*, in *etimologias.dechile.net* e in *www.dizionario-latino.com*.

¹²⁶ F.S. GENTILE, voce *Trascrizione*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1957, pp. 517-531; L. MENGONI, *La pubblicità immobiliare*, in *Jus*, 1986, p. 3.

¹²⁷ Questa legge è chiamata “Modifiche al libro sesto del codice civile e norme di servizio ipotecario, in riferimento alla introduzione di un sistema di elaborazione automatica nelle conservatorie dei registri immobiliari”. R. ZAGAMI, *Nota di trascrizione e automazione delle Conservatorie dei Registri Immobiliari*, in *Informatica e diritto*, XXI ann., IV, 1995, n. 2, pp. 97-118.

¹²⁸ F. PADOVINI, voce *cit.*, in *Noviss. dig. it.*, App., VII, Torino, 1987, 800-810; Cfr. art. 19 *bis*, comma 1, l. 27.2.1985, n. 52, portante modd. al libro VI c.c. e norme del servizio ipotecario a seguito dell’introduzione, nelle Cons. RR.II., di un sistema di elaborazione automatica.

¹²⁹ In dottrina per una trattazione della trascrizione dell’acquisto a causa di morte e dell’accettazione di eredità: cfr. S. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, Messina, 1945, p. 414; U. NATOLI, *Della tutela dei diritti. Trascrizioni*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1971, p. 150; F.S. GENTILE, voce *Trascrizione* (§ 5. *Trascrizione degli acquisti mortis causa*), *cit.*, pp. 517-531, in part. p. 524; L. CARIOTA FERRARA, *Questioni di diritto transitorio circa la trascrizione degli acquisti mortis causa*, in *Riv. dir. civ.*, Padova, 1955, p. 814; F. PADOVINI, voce *Trascrizione*, *cit.*, in *Noviss. dig. it.*, app., VII, Torino, 1987, pp. 800-810; R. NICOLÒ, *La trascrizione*, II, a cura di R. MOSCHELLA, G. MARICONDA, F. GAZZONI, Milano, 1973, pp. 5-42; ID, *op. cit.*, III, a cura di D. MASSINETTI, 1973, pp. 127-138; L. MENGONI, *La pubblicità immobiliare*, *cit.*, p. 3; A. de CUPIS, *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 997-1016; S. PUGLIATTI, *La trascrizione* *cit.*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, pp. 418 ss. e in part. pp. 477 e 481; R. TRIOLA, *Trascrizione*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, pp. 937-978 in part. 950-951, 953-954, 955; G. SICCHIERO, *La tra-*



re lo sviluppo del credito garantito da immobili, dando più intensa efficienza e sicurezza al mercato immobiliare¹³⁰. In base al dettato di legge: (α) a norma dell'«art. 2648» c.c. [cfr. § 1] ci ricorda che “*si devono trascrivere l'«accettazione della eredità», che importi l'acquisto dei diritti enunciati nei nn. 1, 2 e 4 dell'art. 2643 o la liberazione dei medesimi e l'acquisto del legato che abbia lo stesso oggetto*”, sia esso un diritto già spettante al *de cuius*, ovvero un diritto a contenuto più limitato rispetto a quello che apparteneva al *de cuius* e così usufrutto, uso, abitazione, superficie, servitù prediali, dominio utile”; (β) analogamente si rammenti che l'«art. 2685» ribadisce la stessa regola [“*«si devono trascrivere l'«accettazione dell'eredità» e l'acquisto del legato»* che importino l'acquisto di un analogo diritto reale immobiliare]. Il ns. ordinamento giuridico prescrive che l'eredità vada «accettata» al fine di essere acquistata dal delato [*supra* § 2] e che l'accettazione della medesima [e del legato] sia «trascritta» (a) allo scopo di «assicurare» la «continuità delle trascrizioni», onde far produrre effetti e «rendere opponibili le successive trascri-

scrizione e l'intavolazione, in *Giur. sist. dir. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 1993, pp. 114-117; F. TRINGALI, *Trascrizione (Artt. 2643-2696)*, IV, Torino, 2002, in *Comm. c.c.* Cendon, 3-58 in part. pp. 24-30, 39-40; G. PETRELLI, *Note sulla trascrizione degli acquisti “mortis causa”*, in *Riv. not.*, 1993, Milano, pp. 271 ss.; ID, *Trascrizione degli acquisti “mortis causa” e espropriazione forzata immobiliare*, in *Notariato*, 5, Milano, 2003, p. 484; L. FERRI e P. ZANELLI, *Della trascrizione. Art. 2643-2696*, a cura di L. FERRI, M. D'ORAZIO-FLAVONI, 3^a ed., in *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, Bologna, 1995, 255-273; A. CHINALE, voce *Pubblicità immobiliare*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVI, Torino, 1997, pp. 126-140; S. TONDO, *Sulla trascrizione di acquisti immobiliari a causa di morte*, in *Vita not.*, Palermo, 2001, 1182; M.R. CAMPANILE, *Rilevanza della trascrizione dell'accettazione dell'eredità nelle procedure di espropriazione forzata immobiliare e ruolo del Giudice in caso di omissione*, Studio CNN n. 32-2007/E, in www.notariato.it; M. DE RUGGIERO, *Trascrizione in compravendita e figure collegate*, VII, in *Dir. Priv. nella Giuris.* Cendon, 2007, pp. 389-407; G. SANTARCANGELO, *La trascrizione dell'accettazione tacita di eredità*, in *Notariato*, Milano, 2009, 4, p. 398; F. SCODELLARI, *Due problemi in tema di trascrizione e di accettazione tacita dell'eredità*, in *Giust. civ.*, III, Milano, 2010, pp. 647-658; G. OREFICE, *La trascrizione degli acquisti mortis causa e gli effetti del contratto rispetto ai terzi* (Cass. 6 giugno 2011, n. 12242), in *I Contratti*, 2, Milanofiori Assago, 2012, pp. 133-137; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Tratt. trascr.* Gabrielli-Gazzoni, vol. I, t. II, 2012, 320-364; A. ORESTANO, *Le domande con le quali si contesta il fondamento di un acquisto a causa di morte*, in *Tratt. trascr.* Gabrielli-Gazzoni, Milanofiori Assago, 2014, pp. 175-197; F. REGINE, *Questioni in tema di trascrizione degli acquisti per causa di morte*, 6, in *Notariato*, Milano, 2014, p. 616; A. CIATTI CÀIMI, *op.cit.*, 1-35, 305-383; A. CRIVELLI, *La continuità delle trascrizioni e l'accettazione di eredità nel processo esecutivo. Commento all'ordinanza del Tribunale di Bologna 13 luglio 2017* [Nota a Trib. Bologna, Sez. IV, ord. del 13 luglio 2017], in *Fam. pers. succ.*, 3, Napoli, 2018, p. 940 ss.; D. BARBERO, *Sistema del Diritto Privato Italiano, op. cit.*, pp. 522-523; F. MESSINEO, *op. cit.*, pp. 375-379; P. FORTI, *Gli acquisti di immobili ereditari e la trascrizione per causa di morte, op. cit.*, pp. 136-348; G. MARASÀ, *Una rivisitazione della trascrizione dell'accettazione tacita di eredità. Un opportuno ritorno al passato per un futuro più parsimonioso?*, in *Vita not.*, 2016, Palermo, 2016, p. 465 ss.; R. ROMOLI, *Il trattamento fiscale della trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità* (Comm. Trib. Prov. Pisa, 4.3.2016), in *Vita not.*, Palermo, 2016, pp. 603 ss.

¹³⁰ A. CHINALE, voce *cit.*, pp. 130-131.



zioni e iscrizioni» a carico dell'erede e del legatario [art. 2650 c.c.] ed inoltre (b) al fine di «garantire» gli acquisti immobiliari *inter vivos* a titolo oneroso effettuati in buona fede dai terzi acquirenti dall'erede apparente (art. 534, commi 2 e 3, c.c.), prevedendo, quindi, la «prevalenza» sull'azione dell'erede vero «quella dell'erede apparente», che abbia trascritto sia la sua accettazione di eredità, sia l'alienazione anteriormente alla trascrizione dell'acquisto *mortis causa* da parte dell'erede vero e prima della trascrizione della domanda giudiziale di petizione ereditaria da parte dell'erede vero contro l'erede apparente¹³¹; (γ) l'accettazione di eredità, pertanto, «deve» essere quindi «trascritta»¹³² (ex artt. 2648, 2660, 2661, 2662, 2688, 2829 c.c.)¹³³: 1) se il chiamato dichiara di accettare l'eredità in un atto pubblico o in una scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente (cd. dichiarazione o accettazione espressa) e la trascrizione viene effettuata «contro» il defunto ed «a favore» del successore (lo stesso in tutti gli altri casi di trascrizione di acquisti *mortis causa*); 2) nel caso frequente in cui l'accettazione sia avvenuta tacitamente (cd. dichiarazione o accettazione tacita), cioè attraverso un comportamento concludente, valutato oggettivamente, avendo riguardo della natura dell'atto compiuto e dell'*animus* del delato, al quale è stata offerta l'eredità, posto in essere sulla base di univoche e obiettive circostanze, che lascino desumere e concludere, necessariamente e senza ombra di dubbio, la volontà di accettare e che non avrebbe il diritto di fare

¹³¹ In merito all'erede apparente: F. GAZZONI, *op. cit.*, pp. 298, 465; ID, *op. cit.*, p. 355, secondo cui «La trascrizione dell'acquisto dell'erede apparente contro il *de cuius* non ha, per l'erede stesso, alcuna rilevanza. Egli infatti, pur trascrivendo, soccomberà rispetto all'erede vero anche se costui non avrà trascritto il proprio acquisto, perché il titolo dell'erede apparente non è idoneo a giustificare la successione *mortis causa*. La trascrizione avrà invece rilevanza in sede di circolazione dei diritti, ove l'erede apparente disponga di beni di cui è titolare l'erede vero»; ID, *La trascrizione etc.*, I, *op. cit.*, p. 134 s., che evidenzia che l'unico interesse dell'erede alla trascrizione è ravvisabile nell'esigenza di tutela rispetto agli aventi causa dall'erede apparente (artt. 534 e 2652 n. 7 c.c.). G. BONILINI, *op. cit.*, 143-145; A. CIATTI CÀIMI, *op. cit.*, pp. 369-374; P. FORTI, *op. cit.*, pp. 45-135; A. CICU, *op. cit.*, pp. 247-262; F. MES-SINEO, *op. cit.*, pp. 663-675.

¹³² F.S. GENTILE, voce *cit.*, p. 524.

¹³³ *Memento* che per soli fini di «pubblicità notizia» è prevista la trascrizione del certificato di avvenuta presentazione della dichiarazione di successione, compiuta su richiesta dell'AdE presso la Conservatoria competente. L'art. 5 d.lg. 31.10.1990, n. 347 (t.u. imp. ipot. cat.) elimina ogni dubbio e attribuisce a tale trascrizione valenza esclusivamente fiscale e non anche sostanziale («Nel caso di successione ereditaria comprendente beni immobili o diritti reali immobiliari, a chiunque devoluti e qualunque ne sia il valore, l'ufficio del registro redige il certificato di successione, in conformità alle risultanze della dichiarazione della successione o dell'accertamento d'ufficio, e ne richiede la trascrizione, compilando in duplice esemplare la nota, a spese dei soggetti obbligati al pagamento dell'imposta di successione. La trascrizione del certificato è richiesta ai soli effetti stabiliti dal presente testo unico e «non» costituisce «trascrizione degli acquisti a causa di morte» degli immobili e dei diritti reali immobiliari compresi nella successione»). G. SICCHIERO, *op. cit.*, 155 ss.



se non nella qualità di erede [*ad litteram* art. 476 c.c.], ricavando da esso quale sia il vero animo del chiamato; 3) nelle «fattispecie legali tipiche» di accettazione tacita e presunta di eredità previste dagli artt. 477 (Donazione, vendita e cessione dei diritti di successione a un estraneo o a tutti gli altri chiamati o ad alcuni di essi) e art. 478 (Rinuzia ai diritti di successione, qualora sia fatta dietro corrispettivo o a favore di alcuno soltanto dei chiamati) c.c.¹³⁴, che non impongono al giudice l'indagine prevista dall'art. 476 c.c. perché «già» ritenute comportanti accettazione dalla legge per presunzione *iuris et de iure*, giacché presuppongono necessariamente la volontà di accettare e sono tali che il chiamato non avrebbe il diritto di fare se non nella sua qualità di erede¹³⁵. In tali casi «si può» [senza addivenire a un'accettazione espressa] domandare la trascrizione dell'eredità sulla «base» di quell'«atto» che importa accettazione qualora risulti da «atto pubblico» o da «scrittura privata con sottoscrizione autenticata» o «accertata giudizialmente»¹³⁶. In merito alle finalità e agli effetti della trascrizione dell'accettazione di eredità, si segnala: (α_2) la sua «funzione di pubblicità dichiarativa» [*et. infra*], cioè a fini della conseguente «opponibilità vs. i terzi» dell'«atto di trasferimento immobiliare» compiuto dal successore *mortis causa*¹³⁷: infatti gli eventuali conflitti tra successori del *de cuius* si risolvono sulla base delle norme di diritto sostanziale in materia successoria e non in base ai principi della trascrizione (pertanto non vale ai fini di opponibilità di cui all'art. 2644 c.c.); (β_2) la pubblicità dà la «legale conoscenza» dell'avvenuta accettazione di eredità: la trascrizione, infatti, «opera indipendentemente» dall'«effettiva conoscenza» che ne abbiano i soggetti. È questa una presunzione *iuris et de iure*, verso la quale non è ammessa la prova contraria: sappia o non sappia il soggetto che la trascrizione è stata effettuata, per la legge è come se lo sapesse. È sufficiente, per l'ordinamento giuridico, che l'atto sia «trascritto» nei RR.II.: chi vi ha interesse è messo in grado di conoscerlo. Se il soggetto è negligente '*imputet sibi*' ['le conseguenze sono imputabili solo a se stesso e non coinvolge i terzi']. Infatti la pubblicità dell'acquisto dell'eredità, da parte del chiamato, e la «conseguente» sua «opponibilità» vs. i terzi sono «fattori assai rilevanti» della vicenda successoria: senza la trascrizione dell'accettazione «non si può rendere nota ai terzi» la

¹³⁴ L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Dell'apertura della successione, della delazione e dell'acquisto dell'eredità, della capacità di succedere, dell'indegnità della rappresentazione, dell'accettazione dell'eredità. Art. 456-511*, 1ª ed. 1966, 3ª ed. 1972, Bologna, 1997, in *Comm.* Scialoja-Branca, 284 ss.

¹³⁵ Cass., Sez. un., 14.2.1973, n. 454, in *Gius. civ.*, 1973, I, p. 731 e in *Riv. not.*, 1973, II, pp. 1110.

¹³⁶ G. BONILINI, *Manuale etc.*, cit., p. 116.

¹³⁷ A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *op. cit.*, pp. 1427 e 1437.



successione *mortis causa*, la sua devoluzione e il suo acquisto¹³⁸; (γ_2) la trascrizione produce l'«opponibilità» del «successivo atto» di trasferimento o di concessione di ipoteca. Il tutto nel rispetto del «principio» base del ns. ordinamento giuridico definito principio della “continuità delle «trascrizioni» e delle «iscrizioni» (art. 2650 c.c): nel caso in cui un atto di acquisto è soggetto a trascrizione, le successive trascrizioni o iscrizioni a carico dell'acquirente «non producono effetto se non è [stato] trascritto [anche] l'atto anteriore di acquisto [sia esso *mortis causa* sia *inter vivos*]. Pertanto: a) “continuità” delle trascrizioni vuol dire che nei registri immobiliari ogni nuovo trapasso «deve» risultare «proveniente» da «colui che vi figura ultimo titolare» del diritto, in modo che si abbia una serie continua e ininterrotta di soggetti ($A \rightarrow B \rightarrow C \rightarrow D \rightarrow E$), di cui il 1° è dante causa [d.c.] del 2°, il 2° è dante causa del 3° etc. Ne deriva che la continuità è interrotta allorché un acquirente trascrive il suo acquisto come proveniente non dall'immediato [precedente] suo dante causa (B da A, C da B, D da C, E da D), ma da un soggetto che non figura nell'ordine e nella serie delle trasmissioni già trascritte direttamente; b) allora succede che la trascrizione dell'acquirente «non ha effetto», né per lui né per i successivi trascriventi con titolo da lui, «finché» non sia effettuata la «trascrizione mancante» (ed eventualmente dei suoi precedenti autori che non avessero trascritto sino a ristabilire la continuità della derivazione dall'ultimo trascrivente che ha trascritto in continuità); c) perciò, se dopo l'acquirente, ma prima che si sia provveduto a ristabilire la continuità della serie dei trascriventi, sopravviene «un terzo che trascrive in continuità» dal dante causa dell'acquirente, il terzo prevale sul ns. acquirente, benché abbia trascritto posteriormente a lui; d) ciò che decide, infatti, è non tanto e non soltanto la priorità della data in sé, quanto e soprattutto la «priorità nell'ordine della continuità»; e) gli «effetti» della trascrizione dell'«acquisto dall'erede» sono «subordinati» alla «trascrizione dell'atto di acquisto», ossia, nel caso in esame, alla «trascrizione dell'acquisto *mortis causa*» [vale a dire dell'accettazione di eredità], conseguendo così la “continuità delle trascrizioni” (=la “continuazione” degli “anelli della catena”), “senza” soluzioni di continuità¹³⁹ (che riguarda, comunque, tutti gli acquisti a titolo derivativo, quali sono anche gli acquisti *mortis causa*, salvaguardando il rispetto della continuità delle trascrizioni e delle iscrizioni per l'acquirente di un diritto avente (nel caso *de quo*) provenienza ereditaria ai fini dell'opponibilità vs. i terzi dell'atto di trasferimento immobiliare compiuto dal successo-

¹³⁸ Per la sottovalutazione in passato degli effetti giuridici connessi alla trascrizione degli acquisti *mortis causa* [*supra* e nt. ⁶] Cfr. P. BOERO, *op. cit.*, p. 485 ss.; R. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 31. Già più di cinquantacinque anni fa A. SALANI, *cit.*, p. 49.

¹³⁹ F. GAZZONI, *Manuale c.*, pp. 299-302.



re *mortis causa* (nel caso di successioni sia legittime che testamentarie); *f*) in definitiva la trascrizione degli acquisti *mortis causa* è «assai rilevante» e produce «decisivi effetti giuridici»¹⁴⁰ allorché si miri – naturalmente – a rendere opponibili le trascrizioni di atti dispositivi aventi ad oggetto immobili pervenuti per successione *mortis causa*. Infatti [§ *supra*] il ns. sistema della trascrizione è basato su una sorta di «catena»¹⁴¹ e, per stabilire chi prevalga tra più acquirenti in conflitto tra di loro, è «necessario» poter sempre «risalire» la catena» fino a giungere al comune autore; *g*) in conclusione, tutto ciò è prescritto dal ns. ordinamento giuridico perché il ns. sistema di circolazione immobiliare è fondato, per l'«opponibilità ai terzi» dei trasferimenti immobiliari, sulla «necessità» della trascrizione presso i RR.II. «anche» degli acquisti *mortis causa*¹⁴²; *h*) *ad concludendum* se il defunto era titolare della proprietà di beni immobili, è «necessario» trascrivere presso l'Ufficio dei RR.II. competente per territorio l'accettazione di eredità, che sancisce l'avvenuta acquisizione» da parte degli eredi degli immobili ereditari, perché il ns. sistema di pubblicità degli acquisti immobiliari con i suoi registri immobiliari (ad eccezione di quelli basati sul cd. sistema tavolare di tipo austriaco in essere nei territori austriaci, anteriormente alla prima guerra mondiale, delle province del Trentino-Alto Adige, etc.¹⁴³) è organizzato su base personale e non reale (impostati cioè sulle persone e non sui beni), per cui ogni pagina riporta le varie trascrizioni o iscrizioni effettuate nei confronti dei vari soggetti con tutte le successive vicende indotte dagli atti e sentenze di cui all'art. 2643 c.c. (se gli atti trascritti sono acquisti del diritto la trascrizione avviene «a favore» e, nel caso di perdita del diritto, la trascrizione avviene «contro»). Pertanto se un soggetto – che si chiamerà 1° acquirente [F₁] – acquista da un altro soggetto – che si chiamerà 1° venditore [D₁] – e si vuole sapere se 1° venditore [D₁] è realmente pieno proprietario per acquisto a titolo derivativo – tra cui l'acquisto *mortis causa* – si dovrà, per prima cosa, verificare che «non» sia stato trascritto contro 1° venditore [D₁], ad opera di terzi, alcuna alienazione di diritti incompatibili con quello che si intende acquistare (formalità, ossia trascrizioni e iscrizioni ipotecarie, che gli sono pregiudizievoli). Poi l'acquirente attuale

¹⁴⁰ *Pro omnibus amplius* G. PETRELLI, *Note etc.*, cit., p. 272 ss.

¹⁴¹ F. GAZZONI, *o.c.*, II, p. 191.

¹⁴² Memento: giacché le trascrizioni a favore dell'acquirente «non» producono effetto «se non è trascritto» l'atto anteriore di acquisto e se l'acquisto è avvenuto *mortis causa* (che è sempre acquisto a titolo derivativo) deve esserci la «continuità» della «catena» dei trasferimenti data dalla trascrizione dell'acquisto *mortis causa*.

¹⁴³ G. GABRIELLI, *Libri fondiari*, in *Noviss. dig. it., Appendice*, IV, Torino, 1983, p. 952. Obiettivamente, il sistema tavolare è più facile e sicuro e, in sostanza, ogni bene immobile ha una pagina dei registri dove sono iscritti tutti gli atti riguardanti la circolazione dei diritti relativi a quel bene. [NdA].



[F₁] dovrà, in seconda battuta, risalire all'acquisto del suo venditore [D₁] – suo dante causa (anche a titolo successorio) – e verificare che non sia stato trascritto o iscritto contro di lui [D₂] qualsiasi eventuale trascrizione pregiudizievole o iscrizione incompatibile con il diritto acquistato o acquistando dall'attuale acquirente [F₁]. Inoltre, come ulteriore battuta, l'acquirente attuale [F₁] dovrà risalire all'acquisto, anche *mortis causa*, ancora anteriore [di D₂]. Se questo [D₂] è pieno proprietario del bene [2° venditore D₂], l'indagine si potrà fermare se vi sarà stato un acquisto a «titolo originario», cioè per usucapione (cd. acquisto *a non domino*), cioè se il suo «periodo di “possesso” avrà raggiunto i 20 anni» [è la cd. regola “possesso vale titolo” o “possesso titolato”, ossia chi acquista beni dal non proprietario ne consegue la proprietà se ricorrono le seguenti condizioni: (i) un «titolo idoneo al trasferimento del diritto», cioè deve trattarsi di un atto o fatto di per sé (ossia astrattamente idoneo) a realizzare un'attribuzione immediata all'acquirente (una vendita, una sentenza costitutiva *ex art.* 2932); (ii) la «buona fede» al momento della consegna, vale a dire, l'ignoranza dell'altruità della cosa da parte di una persona di media diligenza, conformemente alla regola generale secondo cui la buona fede si presume, ma non giova se dipende da colpa grave *ex art.* 1147; (iii) il possesso derivante da una «effettiva consegna» da parte del disponente, ossia occorre un possesso «derivato» collegato a una consegna materiale (non ritenendosi sufficiente a tal fine la consegna dei documenti). Ma se il 2° venditore [D₂] non fosse stato ancora proprietario per 20 anni, si «dovrà» continuare a «risalire» fino a quando non sarà «maturato», per un possessore, il «periodo utile» di «20 anni» (cd. 20^{nio}) per usucapire, perché allora di nuovo, intervenendo un acquisto a titolo originario, la funzione della trascrizione viene a cessare. Si dovrà considerare un «periodo di venti anni» e «non» già di «soli dieci anni»¹⁴⁴, perché la buona fede *ex art.* 1159 c.c. sfugge all'indagine del nuovo acquirente. Questo sistema va irrimediabilmente in *tilt* ogni qualvolta «anche» un «solo» acquisto «non» sia stato «trascritto» interrompendosi così la [necessaria] «continuità della catena». Si supponga poi che alcuno degli acquirenti non abbia a suo tempo e a sua volta trascritto il proprio acquisto. In tal caso, in base al sopra richiamato art. 2650 c.c., le trascrizioni a favore dell'acquirente non producono effetto se non è stato trascritto l'atto anteriore di acquisto. → la «continuità» della catena «deve» sempre «esserci», «anche» se tale acquisto è avvenuto *mortis causa*. Da qui, la «necessità» di «curare» la trascrizione dell'accettazione di eredità [cioè dell'acquisto *mortis causa*], perché, anche in caso di successione *mortis causa*, si è in presenza di un acquisto a titolo derivativo, che deve esserci, ai fini della

¹⁴⁴ Errata è nella prassi, l'opinione di colore che ritengono sufficienti i 10 anni (c.d. 10^{nio}). [NdA].



«continuità» della «catena» dei «successivi trasferimenti», pur se, la trascrizione di tali acquisti non ha alcun valore ai fini dell'art. 2644, risolvendosi i possibili conflitti, come detto, tra successori *mortis causa* secondo i principi del diritto successorio e non secondo quelli della trascrizione con efficacia dichiarativa¹⁴⁵. Quando l'atto anteriore di acquisto è stato trascritto le trascrizioni dei successivi acquisti o le iscrizioni successive «producono effetto» secondo il «loro ordine rispettivo» (cd. «effetto di prenotazione» o «efficacia prenotativa» della trascrizione e dell'iscrizione ex art. 2650, comma 2, c.c.)¹⁴⁶; (δ₂) la «funzione» di «tutelare gli acquisti dall'erede apparente». La trascrizione degli acquisti *mortis causa* può avere, infatti, anche una efficacia sostanziale, pur se diversa da quella tipica indicata nell'art. 2644 c.c. (cd. principio di «prevalenza della prima trascrizione» o dell'«efficacia dichiarativa» o «tipica» della trascrizione¹⁴⁷). In particolare con riguardo agli acquisti dall'erede apparente, l'art. 534, comma 3, c.c. prevede la trascrizione dell'acquisto *mortis causa* sotto due aspetti e cioè con riferimento all'acquisto dell'erede apparente e all'acquisto dell'erede vero. Sotto il primo aspetto, la trascrizione dell'acquisto dell'erede apparente è una delle condizioni che la legge richiede per la tutela dei subacquirenti (a titolo oneroso e di buona fede) nei confronti dell'erede vero. Sotto il secondo aspetto, la trascrizione dell'acquisto dell'erede vero ha l'effetto giuridico tipico di porre quest'ultimo al sicuro nei confronti degli atti di disposizione di un eventuale erede apparente (ove l'acquisto di quest'ultimo non fosse ancora trascritto). Il risultato è molto simile a quello che si avrebbe se fra l'erede vero e l'acquirente dall'erede apparente si potesse ipotizzare un conflitto risolvibile ai sensi dell'art. 2644 c.c. La trascrizione dell'acquisto dell'erede vero impedisce, infatti, che abbiano effetto nei suoi confronti le trascrizioni o iscrizioni prese successivamente dai terzi contro l'erede apparente, per quanto il loro acquisto sia anteriore. Viceversa, la trascrizione dell'acquisto compiuto dai terzi e del titolo ereditario del loro dante causa, se è anteriore alla trascrizione del titolo dell'erede vero, preclude a questi la possibilità di rivendicare i beni ereditari nei confronti dei terzi che li hanno acquistati in buona fede ed a titolo oneroso. In primo luogo, a differenza di quanto avviene con riferimento all'art. 2644 c.c., l'acquisto del terzo avente causa dall'erede apparente che trascrive per primo è salvo solo se a titolo oneroso e in

¹⁴⁵ F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 301.

¹⁴⁶ A. CIATTI CÀIMMI, *op. cit.*, pp. 316, 364-365; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Tratt. trascr.* Gazzoni-Gabrielli, Milanofiori, 2012, II, p. 422 s.; L. FERRI, *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, Milano, 1951, p. 130 ss.; ID, *Della trascrizione immobiliare*, *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, 3ª ed., Bologna-Roma, 1995, p. 270 ss.

¹⁴⁷ ID, *u.o.c.*, pp. 299-302.



buona fede. L'art. 2644 c.c., poi, risolve, in base alla priorità della trascrizione, il conflitto tra «due alienazioni» poste in essere dallo stesso soggetto. Nel caso previsto dall'art. 534, comma 3, c.c., invece, la priorità della trascrizione risolve il conflitto tra due soggetti i quali ricollegano il proprio acquisto (direttamente l'erede vero; indirettamente l'avente causa dall'erede apparente) allo stesso «titolo» (la successione *mortis causa*). È prescritto l'«obbligo» della «trascrizione» degli acquisti *mortis causa* – e pertanto della trascrizione dell'accettazione di eredità – non solo dall'art. 2648 c.c., ma anche dall'art. 2645 c.c., in base al quale si «devono» trascrivere l'accettazione di eredità e l'acquisto di legato e la trascrizione ha gli effetti stabiliti per i beni immobili dall'art. 2644 c.c. Ne deriva che i successivi atti di trasferimento «non hanno effetto» riguardo ai terzi a qualunque titolo che abbiano acquistato diritti sugli immobili in base a un atto trascritto anteriormente alla trascrizione. In conclusione, secondo i principi del ns. ordinamento giuridico, la «derivazione» di un «diritto» da un «acquisto reso pubblico» «prevale» sulla derivazione del diritto da un acquisto – sia *mortis causa* sia *inter vivos* – «non» reso pubblico. Infatti, nei confronti del terzo «conta» la situazione quale risulta dai pubblici registri al momento nel quale è effettuata la trascrizione del suo acquisto. Inoltre la trascrizione, in assenza di continuità, è una fattispecie «sospensivamente condizionata» alla trascrizione del titolo precedente: la condizione è rappresentata dall'«avvenuta» trascrizione degli acquisti precedenti¹⁴⁸ e, «avveratasi» la condizione, gli effetti si producono «retroattivamente». Quindi, la trascrizione dell'ultimo avente causa e, più in generale, tutte le trascrizioni successive a quella curata, «seppur» eseguita «posteriormente», sarà «efficace» e potrà dirimere tutte le eventuali controversie secondo il citato principio della continuità delle trascrizione, conformemente alla regola di cui all'art. 2644 c.c., che disciplina, per l'appunto, gli effetti della trascrizione: (i) gli atti «non» trascritti «si presumono ignoti» ai «terzi»; (ii) gli atti non trascritti «non» spiegano la loro «efficacia» vs. i «terzi» (è la cd. «efficacia negativa» della trascrizione); (iii) di contro, gli atti trascritti «si presumono» «conosciuti»; (iv) e, quindi, gli atti trascritti «sono opponibili» contro «qualunque terzo» (è la cd. «efficacia positiva» della trascrizione)¹⁴⁹. In «difetto di continuità», le successive trascrizioni o iscrizioni a carico dell'acquirente, sono idonee a produrre solo un «effetto immediato» di «prenotazione»: chi trascrive, in assenza di continuità, «prenota» il n. d'ordine, che «varrà quando la continuità sarà stata assicurata»

¹⁴⁸ Mirabiliter F. GAZZONI, *La trascrizione etc.*, op. cit., p. 199.

¹⁴⁹ Et deinde A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, op. cit., p. 1446.



mediante trascrizione degli acquisti precedenti¹⁵⁰. La prenotazione spiega, pertanto, una sorta di «effetto preliminare» di una “fattispecie in pendenza”¹⁵¹. Una pubblicità frammentaria e isolata non può certo soddisfare le esigenze dell’ordinamento giuridico di far sì che tutti siano resi edotti dei successivi trasferimenti di un immobile¹⁵². L’«effetto giuridico voluto, in caso di non continuità – c.d. “difetto di continuità” – non si produce» e «non consente la tutela dei terzi acquirenti», anche quelli di buona fede di immobili in base a titolo nullo o annullabile a mezzo della cd. pubblicità sanante (art. 2652 n. 6 c.c.¹⁵³; (ε₂) l’effetto di «rendere inoperante» la «successiva iscrizione ipotecaria» accesa «contro il *de cuius*» nel caso in cui il debitore-*de cuius* sia morto dopo la formazione di un qualsiasi titolo ipotecario (ipoteca volontaria, giudiziale, legale) e quindi prima dell’iscrizione ipotecaria¹⁵⁴ e sia stato trascritto l’acquisto dell’eredità, «dovendosi», in questo caso, iscrivere l’ipoteca nei confronti degli «eredi» (art. 2829 c.c.)¹⁵⁵ e quindi l’eventuale iscrizione contro il *de cuius* è nulla¹⁵⁶. Se gli eredi sono più di uno e tutti abbiano trascritto l’accettazione dell’eredità, l’iscrizione presa contro alcuni di essi non ha effetto verso gli altri¹⁵⁷. In merito alla modalità pratica di esecuzione della trascrizione dell’accettazione di eredità, essa «deve» essere effettuata: (i) «contro» il defunto e «a favore» dell’erede presso la Conservatoria competente per territorio, nella cui circoscrizione il bene immobile è situato e (ii) nella circoscrizione delle varie conservatorie competenti per territorio quando nell’asse ereditario vi siano una pluralità di immobili situati in differenti circoscrizioni [caso frequente], indicando in ciascuna nota gli immobili che ricadono all’interno della propria circoscrizione (art. 2660 n. 5 con riferimento all’art. 2826 c.c.); (iii) in caso di formalità non eseguita presso la Conservatoria competente le successive trascrizioni resteranno prive di effetti.

¹⁵⁰ *Pro omnibus* F. GAZZONI, *La trascrizione etc.*, op. cit., p. 199.

¹⁵¹ In merito alla trascrizione degli acquisti *mortis causa*, U. NATOLI, *Della trascrizione*, in *Comm. c.c.*, Torino, 1971, 150; S. PUGLIATTI, *La trascrizione cit.*, p. 414.

¹⁵² Cfr. A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *o.c.*, 1456 ss.

¹⁵³ G. PETRELLI, *Note sulla trascrizione cit.*, 274; P. FORTI, *o.c.*, 194.

¹⁵⁴ P. BOERO, *Le ipoteche*, in *Giur. sist. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 1999, p. 590;

¹⁵⁵ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger, XVI, Milano, 2006, 129; V. TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti. (Delle ipoteche) (Artt. 2808-2899)*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Torino, 1a ed., 1970, 2a ed., 1976.

¹⁵⁶ D. RUBINO, *L’ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, XIX, Milano, 1956.

¹⁵⁷ *Id.*, op. cit.



8. – Le disposizioni in esame hanno beneficiato di un nuovo slancio applicativo a seguito della novella introdotta con l'aggiunta del comma 1 *bis* all'art. 29 l. n. 52/1985, ove, con riferimento agli atti pubblici e alle scritture private autenticate aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali (ad esclusione dei diritti reali di garanzia) su fabbricati già esistenti, è stato stabilito che *“prima della stipula dei predetti atti il notaio «individu[i]» gli «intestatari catastali» e verific[hi] la loro «conformità» con le «risultanze dei registri immobiliari»*”. La disciplina è stata introdotta al fine di attivare, mediante l'Anagrafe immobiliare integrata, gestita dall'Agenzia del Territorio, un meccanismo automatico finalizzato a individuare i soggetti titolari di immobili, mediante l'incrocio fra gli archivi catastali e quelli dei registri immobiliari. L'intervento del legislatore si articola su quattro piani differenti: (1) l'«obbligo» di «indicare» in «atto» gli «identificativi catastali» dei fabbricati, così come sono riportati al Catasto Fabbricati; (2) l'«obbligo» di «menzione» in «atto» dell'avvenuto «deposito» con i relativi estremi presso il Catasto Fabbricati della «planimetria» dei fabbricati oggetto dell'atto; (3) l'«obbligo» della «dichiarazione» resa in atto dagli «intestatari» circa la «conformità» allo «stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie»; (4) l'«obbligo» di provvedere all'«allineamento soggettivo» tra l'«intestazione catastale» e le «risultanze dei Registri Immobiliari». Tale normativa si applica agli «atti pubblici» e alle «scritture private autenticate tra vivi», per cui devono ritenersi essere «esclusi» i «testamenti» (in quanto atti *mortis causa*) e altri atti legati al devoluzione ereditaria, quali l'«accettazione» e la «rinuncia» di eredità e la «pubblicazione di testamenti», gli «atti aventi ad oggetto diritti reali di garanzia» (come le costituzioni di ipoteche), le «scritture private non autenticate» poiché non idonee, in prima battuta, a valere quale titolo passibile di pubblicità immobiliare ed inoltre i «provvedimenti giudiziari» – non contemplati anch'essi dalla normativa – suscettibili di pubblicità immobiliare, come le sentenze costitutive ex 2932 c.c. ed inoltre il «contratto preliminare» di tali contratti (anche se sarebbe opportuno che da questo risulti l'identificazione catastale, il riferimento alle planimetrie catastali e la dichiarazione circa la conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie. In tal modo si verrebbe a superare il problema circa la mancanza dei requisiti “catastali” nella sentenza di esecuzione in forma specifica del preliminare ex 2932 c.c.). Gli obblighi introdotti, «a pena di nullità» (nullità formale), riguardano, pertanto una «grande quantità degli atti» rogati o autenticati nelle firme da notaio, riferendosi al trasferimento, alla costituzione e allo scioglimento di comunione di diritti reali su fabbricati esistenti.



9. – La «tassatività» della trascrizione dell'accettazione dell'eredità (o del legato), ai fini della continuità sulle trascrizioni, è stata «riconosciuta» oltre che dalla dottrina, pressoché dominante¹⁵⁸, anche dalla giurisprudenza, che ha affrontato e giudicato, basandosi proprio sulla presenza o soprattutto sull'assenza di tale trascrizione, i conflitti nati tra l'erede vero (o il legatario vero), l'erede apparente e il terzo acquirente e più precisamente:

(α) da «Cass. 11.9.1980, n. 5225», «Cass. 28.5.1984, n. 3263» e «Cass. 5.7.2012, n. 11305 (rv 623088)» ai fini della “soluzione dei conflitti tra l'erede apparente e l'erede o il legatario veri”: a) la “trascrizione dell'alienazione di un immobile ereditario da parte dell'erede apparente, che «non» abbia precedentemente «trascritto» l'«accettazione dell'eredità», è inopponibile all'erede vero che abbia trascritto l'accettazione d'eredità posteriormente alla trascrizione di tale alienazione” [Cass. n. 5225/1980¹⁵⁹]; b) quando nel patrimonio ereditario vi sono beni immobili “qualora il chiamato all'eredità non abbia ancora trascritto l'accettazione di eredità, in base agli atti contemplati dall'art. 2648 c.c. (fra i quali non può essere inclusa la denuncia della successione ai fini fiscali), l'acquisto dei diritti su detti beni, in forza di contratto intervenuto con il chiamato, «non è opponibile» al legatario [o all'erede vero] che abbia trascritto il proprio titolo, in base al combinato disposto degli artt. 534, 2644 e 2650 c.c., tenendo conto che la «trascrizione di tale contratto», «ancorché anteriore» alla trascrizione del legato [o dell'accettazione di eredità dell'erede vero], può produrre effetti «solo» dalla data in cui venga trascritta la suddetta accettazione (cd. principio della continuità delle trascrizioni) e, quindi, «non» può operare «in pregiudizio del legatario [o dell'erede vero] trascrivente prima» della trascrizione dell'accettazione medesima” [Cass. n. 3263/1984¹⁶⁰]; c) “la vendita di un bene ereditario da parte dell'erede apparente, ai sensi degli artt. 534, comma 3, e 2652, n. 7, c.c., «ove manchi» l'«anteriore trascrizione della sua accettazione ereditaria» (pur se accettazione tacita, trascrivibile *ex art.* 2648, comma 3, c.c.), «non» è opponibile

¹⁵⁸ A. CIATTI CÀIMI, *op.cit.*, p. 331; V. NICOLÒ, *La trascrizione cit.*, II, p. 5 ss., 27; S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale, op. cit. e voce cit.*, p. 418; G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Tratt. di. priv.* Rescigno, XIX, 1, Torino, 2a ed., 1997, p. 132; F.M. DEL BENE, *Acquisti mortis causa, trascrizione e apparenza*, Milano, 2000, p. 77 ss.; G. PERLINGIERI, *Atti dispositivi «nulli» e acquisto dell'eredità. Contributo allo studio della gestione conservativa*, Napoli, 2002, p. 13 ss.; A. ZACCARIA e S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2a ed., 2008, p. 254 ss.; F. MANOLITA, *Il ruolo del tempo nella trascrizione (principio di continuità e criteri di prevalenza)*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2010, p. 24-30; L. FERRI e P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 256 ss.; R. TRIOLA, *La trascrizione, op. cit.*, 141; L. FERRI, *La trascrizione degli acquisti «mortis causa» e problemi connessi, cit.*, p. 132.

¹⁵⁹ In *Riv. not.*, 1981 (il virgolettato sono le parole della S. corte).

¹⁶⁰ In *Mass. Giur. It.*, 1984 (quanto è tra il virgolettato sono le esatte parole della S. corte).



all'erede vero che abbia trascritto l'accettazione posteriormente alla vendita stessa, né la mera trascrizione dell'atto traslativo del bene ereditario comprova, di per sé, un'accettazione ereditaria opponibile ai terzi o all'erede vero, potendo il bene essere pervenuto all'alienante in virtù di un titolo diverso" [Cass. n. 11305/2012 (rigetta App. Milano 6.6.2006)¹⁶¹]. Si sottolinea che in queste sentenze della Cassazione di qualche anno fa sono 'condensati' tutti i "principi giuridici" *de quo*;

(β) da «Cass. 21.2.1995, n. 1909», ai fini della soluzione dei conflitti tra il legatario (nella specie, del diritto di abitazione sulla casa attribuito al coniuge superstite) e il terzo acquirente dall'erede: il conflitto tra questi soggetti va risolto a favore di chi per primo abbia trascritto il proprio atto, trattandosi di atti provenienti dal medesimo autore¹⁶². Di recente è stata espressamente ribadita l'«obbligatorietà» della «trascrizione dell'accettazione dell'eredità», in materia di espropriazioni immobiliari:

(γ) da «Cass. 26.5.2014, n. 11638»¹⁶³. La S. corte, in materia di esecuzione forzata immobiliare, ha anche stabilito rilevanti principi di diritto in tema di accettazione (tacita) di eredità: (i) in caso di provenienza successoria dei beni oggetto di un atto dispositivo «è indispensabile» la trascrizione del titolo di acquisto *mortis causa*, vale a dire, dell'«accettazione di eredità (espressa o tacita)» per «assicurare» la «stabilità» dell'atto di disposizione rispettando il principio della continuità delle trascrizioni; (ii) «una volta trascritta l'accettazione di eredità e ripristinata la continuità delle trascrizioni, la trascrizione del «successivo atto dispositivo» (vendita, decreto di trasferimento in caso di espropriazione immobiliare, etc.) «avrà», a sua volta, «effetto contro coloro che abbiano iscritto o trascritto diritti successivamente»; (iii) la trascrizione dell'accettazione dell'eredità, pertanto, «assicura» il «rispetto del principio della continuità» delle trascrizioni (di cui all'art. 2650 c.c.) «attribuendo» l'«efficacia» alle «successive trascrizioni o iscrizioni» eseguite a carico dell'erede e relative ai beni dell'eredità; (iv) se la trascrizione dell'acquisto *mortis causa* non è effettuata, «le trascrizioni e iscrizioni successive – compresa la trascr. del pignoramento – non producono effetto a carico dell'acquirente successivo» (ex art. 2650, comma 1, c.c.); (v) «se» la continuità viene ripristinata (con la trascrizione dell'accettazione dell'eredità) le successive trascrizioni e iscrizioni producono effetto «secondo» il loro «ordine rispettivo» (salvo il disposto dell'art. 2644). Perciò, «una volta trascritta» l'accettazione di eredità e «ripristinata» la continuità delle trascrizioni» (nel

¹⁶¹ In *CED Cassazione 2012* (il virgolettato sono le esatte parole della S. corte).

¹⁶² In *Giur. it.*, 1995, I, 1, 2060 con nota di F. CIMEI.

¹⁶³ In *Imm. e prop.*, 2014, 7, p. 462.



presupposto che non vi siano trascritte o iscritte intermedie e quindi non operi l'art. 2644 c.c.), pur dopo la trascrizione di un pignoramento, questo mantiene i suoi effetti e la trascrizione del successivo atto di trasferimento «avrà», a sua volta, «effetto» contro coloro che abbiano trascritto o iscritto diritti in «epoca successiva» alla trascrizione del pignoramento; (vi) la trascrizione del pignoramento – effettuata in mancanza della trascrizione dell'acquisto *mortis causa* – comporta il «rigetto» dell'«istanza di vendita», per essere la trascrizione del pignoramento stesso privo di effetti finché non sia trascritta l'accettazione di eredità e ripristinata la continuità delle trascrizioni: Una volta trascritta l'accettazione di eredità, anche la trascrizione del pignoramento manterrà i suoi effetti e la trascrizione del successivo decreto di trasferimento «avrà» a sua volta «effetto» contro coloro che abbiano iscritto o trascritto diritti in epoca successiva alla trascrizione del pignoramento; (vii) «il chiamato all'eredità non acquista il diritto reale sul bene immobile fintanto che non accetti l'eredità» (ex art. 459, 1° inciso, c.c.) e una volta che abbia accettato, espressamente o tacitamente, il suo acquisto «risalirà» al momento dell'apertura della successione (ex art. 459, 2° inciso, c.c.); (viii) pertanto, l'acquisto della «qualità di erede» – che «rileva sul piano sostanziale» – prescinde dalla trascrizione dell'accettazione di eredità ex art. 2648 c.c., mentre la «trascrizione dell'accettazione di eredità attribuisce efficacia alle successive trascrizioni o iscrizioni» eseguite a carico dell'erede e relative ai beni dell'eredità, in virtù del rispetto del principio della continuità delle trascrizioni; (ix) nel processo esecutivo spetta al Giudice dell'esecuzione verificare, «d'ufficio», la «titolarità» in capo al debitore esecutato del diritto reale pignorato sul bene immobile, mediante l'esame della documentazione depositata dal creditore procedente ovvero integrata per ordine dello stesso Giudice (ex art. 567 c.p.c.), dalla quale «deve risultare» la «trascrizione» di un «titolo di acquisto» in suo favore; (x) spetta al creditore procedente dimostrare, attraverso la documentazione da lui prodotta, la trascrizione di un titolo di acquisto a favore del debitore esecutato, nonché l'assenza di trascrizioni a carico dello stesso debitore relative ad atti di disposizione del bene, precedenti la trascrizione del pignoramento; (xi) in mancanza di trascrizione dell'accettazione «se il chiamato ha compiuto uno degli atti che importano accettazione tacita dell'eredità, chiunque» (e così anche il creditore di colui che abbia assunto la qualità di erede oppure anche l'acquirente di colui che ha venduto accettando tacitamente l'eredità) «può richiedere la trascrizione dell'accettazione tacita di eredità» se l'atto, che ha comportato accettazione tacita, risulti da sentenza, da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente (ex art. 2648, comma 3, c.c.); (xii) «non» è «corretta», invece, la tesi che la trascrizione tardiva dell'accettazione tacita dell'eredità in virtù di un atto anteriore



comportante accettazione tacita dell'eredità, pur ripristinando la continuità delle trascrizioni, «non» consentirebbe alla trascrizione dell'atto successivo (es. l'atto di pignoramento, nel caso esaminato da Cass. n. 11638/2014) di «produrre i suoi effetti retroattivamente»¹⁶⁴, poiché, «una volta» trascritta l'accettazione di eredità e «ripristinata» la continuità delle trascrizioni, l'atto trascritto «mantiene» i suoi effetti [es. la trascrizione del pignoramento] e avrà, a sua volta, effetto contro coloro che abbiano trascritto o iscritto diritti in epoca successiva (poiché la trascrizione dell'accettazione dell'eredità assicura il rispetto del principio della continuità delle trascrizioni di cui all'art. 2650 c.c.), «attribuendo efficacia», seppure *ex post*, alle successive trascrizioni o iscrizioni eseguite a carico dell'erede e relative ai beni dell'eredità; (xiii) la trascrizione dell'acquisto *mortis causa* è «rilevante anche» per «dirimere» il «conflitto» con gli aventi causa dall'«erede apparente»: pertanto, se l'alienante [o il debitore esecutato, nel caso esaminato dalla Cass.] è il vero erede, la «trascrizione» del suo acquisto *mortis causa* «preserva» l'«acquisto» dell'«acquirente» (o del «creditore ipotecario» nel caso di mutuo ipotecario o dell'«aggiudicatario» nel caso di esecuzione immobiliare) da «diritti vantati da terzi» che abbiano acquistato dall'«erede apparente» e abbiano «trascritto» il proprio titolo «prima» della trascrizione della vendita» [o del decreto di trasferimento]; con la trascrizione dell'accettazione dell'eredità l'aggiudicatario è tutelato «anche» nel «caso in cui l'espropriato sia erede apparente», perché l'«acquisto coattivo prevale sull'acquisto dall'erede vero», alle condizioni previste dall'art. 534, comma 4, c.c., ovvero alle condizioni previste dall'art. 2652 n. 7 c.c., dal momento che la funzione, che la trascrizione dell'acquisto *mortis causa* in capo all'esecutato assolve, nell'espropriazione immobiliare, è quella di tutelare l'acquisto dell'aggiudicatario; (xiv) pertanto è «fatta sempre salva» la «possibilità» di «ripristinare la continuità delle trascrizioni con effetti retroattivi, senza alcun limite temporale», ai sensi dell'art. 2650, comma 2, c.c.; (xv) ne consegue che, qualora il diritto reale immobiliare alienato [o sottoposto a pignoramento nel caso esaminato dalla Corte di Cassazione] abbia una provenienza ereditaria e l'accettazione dell'eredità dell'alienante (o del debitore esecutato) non sia stata trascritta a cura dell'erede (o del debitore esecutato), «chiunque» (art. 2648, comma 3, c.c. che parla, sebbene genericamente, di «si può chiedere») e pertanto anche il creditore procedente (nel caso di esecuzione immobiliare esaminato dalla S. corte), se il chiamato all'eredità ha compiuto uno degli atti che comportano accettazione tacita dell'eredità, «può richiedere», a sua cura e spese, la «trascrizione dell'accettazione tacita» dell'eredità sulla base dell'atto di disposizione

¹⁶⁴ Come sostenuto erroneamente da Trib. Terni n. 1182/2009, cassato da Cass. n. 11638/2014.



compiuto dal chiamato all'eredità, allorché risulti da atto pubblico o da scrittura privata autenticata. Diversamente, «se» il chiamato ha compiuto atti comportanti accettazione tacita «non trascrivibili» (perché «non» risultanti da atto pubblico, scrittura privata autenticata o da sentenza o non abbiano per oggetto beni immobiliari) ovvero se l'acquisto della qualità di erede sia seguito *ex lege* in seguito ai fatti di cui agli artt. 485 e 527 c.c. (acquisto senza accettazione), non risultando, questo acquisto, dai RR.II., la vendita del bene del chiamato «presuppone» che la qualità di erede del debitore esecutato sia «accertata giudizialmente»¹⁶⁵ [anche dopo la trascrizione del pignoramento, nel caso di esecuzione immobiliare] purché prima dell'autorizzazione alla vendita¹⁶⁶. Pertanto, nonostante la formulazione della norma (il generico e riduttivo “si può” usato dall'art. 2648, comma 3, c.c.) si «deve escludere» che, in tale ipotesi, la trascrizione «sia facoltativa», dovendosi, l'espressione usata, interpretare esclusivamente nel senso che la trascrizione è possibile anche qualora l'accettazione dell'eredità non risulti da un atto *ad hoc* di accettazione espressa di eredità¹⁶⁷ e, per di più, il termine [‘può’] deve essere interpretato nel senso della «necessità» di tale trascrizione «ai fini» dell'«opponibilità ai terzi» dell'«atto» di accettazione dell'eredità. Come si evince dal principio generale della continuità delle trascrizioni (art. 2650 c.c.) e dalla regola che prescrive la specifica documentazione che si deve presentare alla Conservatoria dei RR.II. (art. 2660 c.c.), oltre l'atto di accettazione dell'eredità (art. 2648 c.c., che contempla anche la trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità);

(δ) da «Cass. 2.4.2019, n. 15597»¹⁶⁸, ancora in materia di espropriazioni immobiliari coattive immobiliari, alla luce dell'«evoluzione normativa» di cui alle riforme operate – dapprima con la l. 3.8.1998, n. 302 e poi con la l. 28.12. 2005 n. 263 – miranti a rendere più «affidabile» e così appetibile – la vendita immobiliare e prevedendo la documentazione da produrre all'istanza di vendita (art. 567, comma 2, c.p.c.): infatti sempre al giu-

¹⁶⁵ Secondo A. NATALE, in *Codice delle Successioni etc.*, cit., p. 298, l'atto “da trascrivere potrebbe essere una «dichiarazione di volontà» con «efficacia dichiarativa», o meglio di «accertamento», ipotesi che non suscita gravi problemi perché la possibilità di trascrivere un atto di accertamento privato in luogo di una sentenza di accertamento deve ammettersi in linea di principio”. Naturalmente tale dichiarazione la può manifestare soltanto l'erede. [NdA].

¹⁶⁶ *Etiam* Trib. Verbania, 7.2.2003, n. 110/99 r.g.e., con comm. di G. PETRELLI, in *Notariato*, n. 5/2003, p. 483.

¹⁶⁷ Cfr. *pro omnibus* F. GAZZONI, *La trascrizione cit.*, 112 ss.; R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, 1^a ed., Torino, 2000, 3^a e ult. ed., IX, Torino, 2012, 140 ss.; ID, *Trascrizione*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 937 ss.; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1977, 302. Così in giurisprudenza da ultima Cass. n. 11305/2012, *cit. ante*.

¹⁶⁸ In www.diritto24.ilsole24ore.com.



dice dell'esecuzione spetta «verificare» d'ufficio la «titolarità» in capo al titolare [e debitore esecutato] del «diritto reale» [pignorato] sul bene immobile, mediante l'«esame» della «documentazione legale» (depositata dal creditore procedente, ovvero integrata per ordine dello stesso giudice ai sensi del comma 3 dell'art. 567), consistenti nell'estratto del catasto e dei certificati delle iscrizioni e trascrizioni relative all'immobile [pignorato], eventualmente sostituita – come avviene spesso e quasi di norma – da un certificato notarile attestante le risultanze delle visure catastali e dei registri immobiliari. Come stabilito dalla S. corte, in applicazione del nuovo art. 474, comma 3, c.p.c., nel testo da ultimo modificato da l. 28.12.2005, n. 263¹⁶⁹, secondo il ns. ordinamento giuridico: (i) l'acquisto a seguito di vendita forzata (ovverossia in seguito a espropriazione immobiliare coattiva) è corrispondente all'acquisto a titolo derivativo (e non a quello a titolo originario); (ii) è «necessario», anche in termini di ragionevolezza logico-costruttiva del sistema, risalire all'«atto anteriore al 20^{le}» che «chiude» la catena con l'individuazione dell'anello iniziale e che permetta di avere un «periodo pieno» – verificato e certificato – di «almeno vent'anni»; (iii) in tema di espropriazione forzata immobiliare – ma il principio è applicabile, naturalmente, anche in tema di comune atto traslativo – è necessaria, nel caso di atto traslativo, o la verifica [o la richiesta, nel caso di vendita forzata, da parte del giudice dell'esecuzione, della certificazione, da parte del delegato alla vendita, attestante] che, in base alle risultanze dei registri immobiliari, il bene risulti di titolarità dell'alienante [o del debitore esecutato, nel caso di vendita forzata], sulla «base» di una «serie continua» di «trascrizioni» di idonei «atti di acquisto», riferibili al «periodo» che «va» dal «primo atto idoneo di acquisto», che sia «precedente al ventennio», «fino» alla «data dell'alienazione» [o alla data di trascrizione del pignoramento, nel caso di espropriazione forzata] della libertà del bene da ipoteche e trascrizioni pregiudizievoli e della titolarità del diritto in capo all'alienante; (iv) di contro, nel caso di assenza di un «titolo idoneo di acquisto precedente al 20^{le}» – che chiuda la «catena» di un «periodo pieno di almeno vent'anni» – «non» sarà possibile «ritenere» chiusa la verifica in merito alla piena titolarità dell'alienante (e pertanto nel caso di esecuzione forzata ne conseguirà la chiusura anticipata del processo esecutivo); (v) in sostanza la S. corte n. 15597/2019 ha stabilito lo «stòp» alle esecuzioni immobiliari «in assenza» di un «titolo di acquisto» certo «antecedente» al ventennio che precede il pignoramento¹⁷⁰, il che significa in assenza della con-

¹⁶⁹ L. 28.12.2005, n. 263 («Interventi correttivi alle modifiche in materia processuale civile introdotte con d.l. 14.3.2005, n. 35, conv. con modd. da l. 14.5.2005, n. 80»).

¹⁷⁰ F. MACHINA GRIFEO, *Immobili, stop esecuzioni senza un titolo certo anteriore al ventennio*, in *Guida dir.*, 11.6.2019, u. cit.



tinuità delle trascrizioni nell'ultimo ventennio e della possibilità di poterne validamente certificarne la continuità delle trascrizioni ¹⁷¹.

10. – Appurato allora [*supra* §§ 1 e 9] che la trascrizione dell'accettazione dell'eredità è «obbligatoria», il notaio, che riceve un atto dispositivo che comporti accettazione tacita dell'eredità, ha il «dovere» e l'«obbligo» professionale ¹⁷² di «eseguire» la trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità e rientra tra quei soggetti che la devono richiedere ¹⁷³. La ragione dell'obbligo – e non della facoltà – per il notaio è da ricercarsi nelle norme che «impongono» al notaio, quale pubblico ufficiale, di «curare» la «trascrizione dell'atto», che ha ricevuto o autenticato, soggetto a pubblicità e di «curare», che

¹⁷¹ Sulla necessità della trascrizione dell'accettazione di eredità: (a) per la giurisprudenza «fino all'anno 1989»: Cass., 22.3.1949, in *Foro it.*, Rep. 1949, v. *Successione*, n. 48; Cass., 20.11.1952, in *id.*, Rep. 1952, v. *cit.*, n. 52; Cass., 14.7.1955, in *Foro pad.*, 1955, I, p. 1258; Cass., 28.10.1957, in *Mass. Foro it.*, 1957, n. 4179; App. Caltanissetta, 10.5.1958, in *Foro it.*, Rep. 1958, v. *Successione*, n. 37; Cass., 14.7.1970, in *Mass. Foro it.*, 1970, n. 1435; Cass., 15.9.1970, in *Mass. Foro it.*, 1970, n. 1435; Cass., 14.7.1972, in *Giust. civ.*, 1973, I, 1387; App. Milano, 11.3.1975, in *Mon. trib.*, 1975, p. 922; Cass. 13.5.1976, in *id.*, 1976, 1692; Cass., 9.10.1980, in *id.*, 1980, n. 6361; Cass., 125/1983; Cass. n. 4520/1984; Cass. n. 2489/1987; Cass., 2.7.1987, in *Mass. Foro it.*, p. 1987, n. 5793; Cass., 10.3.1987, in *Mass. Foro it.*, 1987, n. 2489; Cass. n. 1885/1988; Trib. Cassino, 10.2.1989, in *Nuovo dir.*, 1991, p. 551, con nota di MELIADÒ; (b) per la giurisprudenza «dall'anno 1989 fino ai giorni nostri *ex plurimis*»: Cass. n. 11634/1991; Cass. n. 6479/2002; Trib. Verbania, 7.2.2003, in *Notariato*, 2003, 483 con nota G. PETRELLI; Trib. Terni, 3.5.2010, in *Riv. not.*, 3, 2012, pp. 682-689; Cass., 12.6.2006, n. 13571, in *Arch. Giur. circ.*, 2007, 9, p. 948; Cass., 14.11.2008, n. 27274, in CED Cass. n. 247933; Cass., 30.4.2010, n. 10525 e in *CED Cassazione*, 2010; Cass., 5.7.2012, n. 11305, in CED Cassazione 2012; Trib. Bari, 10.10.2013, in *Leggi d'Italia*, 2013; Trib. Torino, 17.12.2014, in *id.*, 2014; Cons. Stato, 5.3.2014, n. 1050, in *Leggi d'Italia*, 2014; Cass., 13.6.2014, n. 13491, in *Notariato*, 2014, 4, 391; Cass., 11.7.2014, n. 15888, in *CED Cassazione*, 2014 e in *Leggi d'Italia*, 2014; Cass., 16.1.2017, n. 868, in *id.*, 2017; Cass., 6.3.2018, n. 5247, in *id.*, 2018; Trib. Nola, 20.4.2018, in *id.*, 2018; Cass., 30.5.2018, n. 13639 in *id.*, 2018; Cass., 17.7.2018, n. 19030, in *id.*, 2018; Cass., 30.8.2018, n. 21436, in *CED Cassazione*; Cass. 19.2.2019, n. 4843, in *Leggi d'Italia*, 2019, *CED Cassazione*, 2019; Trib. Parma, 26.2.2019, in *Leggi d'Italia*, 2019.

¹⁷² Cfr. *pro omnibus* G. IACCARINO, *Accettazione presunta di eredità con atti bilaterali (art. 477)*, in *Cod. succ. e don.*, a cura di G. BONILINI, M. CONFORTINI, Torino, 2014, p. 260 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione etc.*, op. cit., p. 112; C.N.N., *Rilevanza della trascrizione dell'accettazione dell'eredità nelle procedure di espropriazione forzate immobiliari e ruolo del giudice in caso di omissione*, in *Banca dati notarile*, St. n. 32/E/2007, appr. dalla Commissione esecuzioni il 5.12.2008, in www.notariato.it; ID, *Regola n. 8*, *ibi*, il notaio dovrebbe consigliare alle parti, dopo averle debitamente informate, di procedere alle trascrizioni mancanti; addirittura G. SANTARCANGELO, *La trascrizione dell'accettazione tacita di eredità*, in *Notariato*, 2009, 4, pp. 399 ss., *ibi*, secondo cui. “in mancanza di passaggi intermedi nel 20^{nio} è conveniente «risalire» ad una successione apertasi anche «oltre» tale termine”, opinione tuttavia sovrabbondante e non condivisa dall'A. di questo scritto.

¹⁷³ V. TAGLIAFERRI, in *Le successioni. Manuale notarile*, a cura di V. TAGLIAFERRI, F. PREITE e C. CARBONE, Milano, 2015, p. 263.



l'«atto» che ha ricevuto, «vada a buon fine» e che, per effetto del principio della continuità delle trascrizioni – cioè del rispetto della «continuità» nella «catena» dei «successivi trasferimenti» – l'atto «produca» l'«effetto traslativo voluto»¹⁷⁴. Infatti *ex art.* 2671 c.c. («Obbligo dei pubblici ufficiali») il notaio o altro pubblico ufficiale che ha ricevuto o autenticato l'atto soggetto a trascrizione ha l'«obbligo» di «curare» che questa venga eseguita nel «più breve tempo possibile» ed è tenuto al risarcimento dei danni in caso di ritardo, salva l'applicazione delle pene pecuniarie previste dalle leggi speciali, se lascia trascorrere 30 gg. dalla data dell'atto ricevuto o autenticato. Tale obbligo è riconfermato anche dall'art. 6 («Termini per la trascrizione») d.lg. 31.10.1990, n. 347, T.U. disp. imp. ipot. e cat., che prevede l'obbligo del notaio di eseguire la trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità, «saldando» così la «catena» tra l'acquirente, l'erede e il *de cuius*¹⁷⁵. Va aggiunto anche l'«obbligo» di «controllare» se siano state «effettuate» le «trascrizioni» relative a tutte le «successione apertesi nel ventennio» e, in mancanza, di «provvedere» alla trascrizione delle pregresse accettazioni di eredità, sia espresse sia tacite, in presenza di titoli idonei per la trascrizione e a spese del venditore¹⁷⁶. Si comprende quindi l'importanza della trascrizione dell'acquisto dell'eredità. Di conseguenza, il notaio, in quanto pubblico ufficiale, che riceve un atto di compravendita di un bene immobile ereditario, in assenza di una precedente trascrizione dell'accettazione dell'eredità a favore del chiamato/venditore, ha il «dovere» e l'«onere», ai fini del principio della continuità delle trascrizioni, oltre che allo scopo di tutelare l'acquirente nell'acquisto dall'erede apparente, di curare «non solo» la trascrizione dell'atto di compravendita, ma «anche» la trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità che si è prodotta per effetto della compravendita appena stipulata. Inoltre nella prassi notarile, alcuni notai, forse con una certa leggerezza, trascrivono l'accettazione tacita dell'eredità indicando nella nota soltanto i beni che sono stati oggetto del negozio di trasferimento. Questi notai si basano sulla teoria – seguita nella prassi ma che in dottrina si può invece definire di minoranza – che considera realizzata la continuità delle trascrizioni per il solo effetto della pura trascrizione dell'accettazione tacita di eredità, dando la pubblicità, nei RR.II., al solo soggetto «contro» [cioè il *de cuius*] e ai solo soggetti «a favore», cioè ai successori *mortis causa*, «a prescindere» dagli immobili inseriti in nota di trascrizione e in considerazione che il ns. sistema di pubblicità immobiliare è a base personale e che dal lato sostanziale l'ac-

¹⁷⁴ Cfr. F. GAZZONI, *Trattato etc.*, II, 191; ID, *Manuale cit.*, p. 299.

¹⁷⁵ F. GAZZONI, *La trascrizione etc.*, *op. cit.*, p. 538; R. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 24.

¹⁷⁶ V. TAGLIAFERRI, *op. cit.*, p. 263.



cettazione d'eredità "porta necessariamente a coinvolgere" tutti i beni ereditari e non solo alcuni di essi, perché l'erede è erede di tutto il patrimonio ereditario, inteso come *universitas iuris* e come tale comprensivo di tutti i beni e diritti e di tutti i rapporti giuridici attivi e passivi. L'opinione è attualmente seguita da una prassi ristretta, nonostante le citate "Linee guida" per i notai di alcuni Distretti notarili, tra cui quello di Parma e del Triveneto che prescrivono che «nella nota di trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità «debbono» essere indicati «tutti» gli immobili caduti in successione», anche se non riportati nel titolo da trascrivere. La prescrizione di questi Distretti notarili appare corretta e in conformità all'«art. 2660, n. 5, c.c.», che disciplina la nota di trascrizione degli acquisti *mortis causa*. In tale articolo, infatti, con riguardo ai beni da indicare in nota, «non» si fa alcun «riferimento» al «titolo», contrariamente all'art. 2659, n. 4, c.c., riguardante la nota di trascrizione degli atti *inter vivos*, che prevede espressamente, tra gli elementi da indicare in nota, la natura e la situazione dei «beni» a cui si riferisce il «titolo» degli atti *inter vivos*. Infatti nella trascrizione degli acquisti *mortis causa*, l'«obbligo» di «specificare» i «dati identificativi» degli immobili «non» è riferito «all'atto» da trascrivere «ma» alla «nota di trascrizione», alla quale è attribuita la peculiare «funzione» di consentire l'individuazione, oltre che del titolo trascritto, «anche» dei suoi «estremi soggettivi e oggettivi». Pertanto la «nota» – che è atto di parte – può e «deve» integrare eventuali «insufficienze» dell'«atto» da trascrivere, mentre il rischio e la responsabilità relativi alla sua compilazione gravano esclusivamente sul soggetto che l'ha redatta e su quello interessato all'attuazione della pubblicità¹⁷⁷. A sostegno della dottrina maggioritaria, si ritiene di dover «distinguere» l'aspetto sostanziale da quello della pubblicità immobiliare. A proposito dell'aspetto sostanziale, *nulla quaestio* che l'accettazione dell'eredità possa riguardare l'intero asse ereditario. Invece, per quanto riguarda la pubblicità immobiliare, la trascrizione dell'accettazione di eredità deve riguardare non tanto l'acquisto, da parte dell'erede, della sua figura di successore di un complesso indeterminato di beni (*universitas iuris et facti*), quanto l'«acquisto» di «singoli beni immobili». Infatti, in base all'art. 2660 c.c. – che prevede la trascrizione degli acquisti a causa di morte – al comma 2 n. 5 è previsto (richiamando l'art. 2826 c.c.) che «deve» essere presentata alla Conservatoria RR.II. la «nota» di trascrizione con la «specificazione» dei «beni immobili», della loro «natura», del «comune» in cui si trovano e dei «dati di identificazione catastale». D'altronde anche nel suo significato etimologico, con il sostantivo «nota» [dal lat. *nōta*, segno, elenco, notazione], si vuol indicare un qualcosa che serve a

¹⁷⁷ Cfr. Cass., 22.6.2011, n. 13695; T. Monza, 4.12.2007.



evidenziare qualcosa in più dell'accettazione di eredità, qualcosa di integrativo che non deve essere dimenticato: indicazione, natura e dati catastali dei beni immobili ricompresi, nella devoluzione *mortis causa*, nel territorio di competenza della Conservatoria dei RR.II. (trattandosi di pubblicità degli acquisti immobiliari e di trascrizione «immobiliare», nei RR.II. va data pubblicità sia alle “vicende”, indicandone il “titolo” di acquisto”, *titulus acquirendi-acquirendi causa*, ma anche quali siano gli “immobili”. Inoltre, poiché la trascrizione immobiliare consiste in una pubblicità su beni immobili determinati, si devono considerare quanto meno le successioni apertesesi nel «periodo di venti anni» e «non già di soli dieci anni», perché la buona fede *ex art. 1159 c.c.* e il possesso *ex artt. 485 e 487 c.c.* sfugge all'indagine *de quo*¹⁷⁸. Si ricordi inoltre che l'obbligo è posto al fine di favorire la pubblicità dei trasferimenti immobiliari e la completezza dei relativi registri anche per quanto riguarda l'osservanza del principio di continuità delle trascrizioni «degli immobili» basato su una sorta di catena fino a giungere al comune autore, meccanismo che il nostro sistema di pubblicità degli acquisti immobiliari è organizzato su base personale. Tali indicazioni richieste costituiscono espressamente un «onere» per le parti e un «obbligo» di legge per il notaio, come si può desumere *ad litteram* dalla previsione dai termini “deve”, “indicazioni richieste” e “specificamente designato”, usati dagli artt. 2660, comma 2, e 2826 c.c. Pertanto, si deve ritenere che la trascrizione dell'acquisto *mortis causa* possa dirsi perfetta «solo» rispetto agli «immobili indicati» nella «nota» di trascrizione¹⁷⁹.

11. – La trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità, contrariamente da quanto argomentato dalla Agenzia delle Entrate¹⁸⁰, è una «*formalità direttamente conseguente*» all'atto traslativo da cui scaturisce, «*posta in essere per effettuare gli adempimenti pres-*

¹⁷⁸ F. GAZZONI, *Manuale cit.*, p. 301.

¹⁷⁹ L. FERRI e P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 262, *ibi* “per l'ered. in particolare, l'acquisto, oggetto della trascrizione, non è l'acquisto dell'eredità, come complesso indeterminato di rapporti, o come *universitas*, ma l'«acquisto» dei «singoli beni immobili o diritti reali immobiliari». Il fenomeno successorio è considerato quindi, in relazione alla trascrizione, in modo atomistico, onde, trascritto l'acquisto riguardo a «certi beni» ereditari, la trascrizione «non può dirsi compiuta» rispetto a quegli altri beni ereditari «non» contemplati nella nota. La lettera della legge non ci deve dunque trarre in inganno: la formula ‘trascrivere l'accettazione dell'eredità che importa acquisto’ va risolta nell'altra: ‘trascrivere l'acquisto sulla base dell'accettazione’; *Ibidem*, *pro omnibus*, Cass., 14.7.1955, in *Foro pad.*, 1955, I, p. 1258, che ha stabilito che la trascrizione di atti relativi ad un'eredità «è priva di effetti» se non sia accompagnata da «specificata» designazione degli «immobili».

¹⁸⁰ Cfr. AdE, Circ. 21.2.2014, n. 2/E, in www.agenziaentrate.gov.it.



so i registri immobiliari», volta a garantire la «definitività e l'«opponibilità» dell'effetto traslativo¹⁸¹. Pertanto, in caso di trascrizione della compravendita e dell'accettazione tacita di eredità, conseguente all'alienazione di un bene ereditario, la «nota di trascrizione dell'atto dispositivo *inter vivos*» (compravendita, divisione, concessione di ipoteca, etc.) e la «nota di trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità» – presentate contemporaneamente o anche separatamente, perché, ad es., la trascrizione dell'accettazione tacita è stata presentata successivamente sulla base dello stesso titolo dispositivo – «sono», inevitabilmente e logicamente, «formalità» direttamente «collegate» e «conseguenti» all'«atto di disposizione», ricevuto dal notaio, che la presuppongono e rientrano pertanto nel nòvero di tali atti e formalità¹⁸². Non ha senso considerare come formalità direttamente conseguente all'atto soltanto la trascrizione della compravendita – *ex art. 2643 c.c.* – e non anche la trascrizione dell'accettazione tacita di eredità che si deve trascrivere, come sancito dall'art. 2648 c.c. Il «titolo» di entrambe (trascrizione della compravendita e trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità) è il medesimo atto dispositivo (compravendita, permuta, divisione, ecc.) che importa anche accettazione tacita di eredità. E la funzione di entrambe le formalità è quella di opporre gli effetti dell'atto *inter vivos* trascritto contro l'erede e a favore dell'acquirente o del condividente nei confronti dei terzi e a vantaggio esclusivo dell'avente causa dell'erede. Senza la trascrizione dell'acquisto *mortis causa* la trascrizione dell'acquisto del terzo contro l'erede ha solo un'efficacia prenotativa (*amplius* § 7). Non rileva il fatto che l'accettazione tacita possa esser-

¹⁸¹ Cfr. Trib. Pavia, 14.10.2015, n. 2143/2015, in *Riv. not.*, VI, Milano, 2016, pp. 1184 –1185; *etiam* le segg. della giurisprudenza tributaria, ma sul punto *de quo* dal punto di vista prettamente civilistico: CTP Pavia nn. da 582 a 588 del 21.11.2016, nn. da 633 a 649 del 15.12.2016; n. 491 del 20.12.2018; nn. da 500 a 509 del 20.12.2018; nn. da 52 a 57 del 25.2.2019; nn. da 60 a 70 del 26.2.2019; nn. da 114 a 119 del 10.4.2019; nn. da 146 a 151 del 16.5.2019; nn. da 170 a 178 del 22.5.2019; nn. da 195 a 199 del 24.5.2019; nn. da 202 a 225 del 27.5.2019; nn. da 264 a 271 del 20.6.2019; nn. da 312 a 316 e nn. da 318 a 322 del 22.7.2019, nn. da 338 a 344 del 6.8.2019; CTP Lodi 12.12.2016, n. 140; CTR Lombardia nn. da 295 a 300 del 12.1.2018, n. 4456 del 22.10.2018, n. 5043 del 21.11.2018.

¹⁸² Se l'atto di disposizione consiste in un atto traslativo a titolo oneroso della proprietà di beni immobili in genere o in un atto traslativo o costitutivo di diritti reali immobiliari di godimento, compresi la rinuncia pura e semplice agli stessi, o in un provvedimento di espropriazione per pubblica utilità o in un trasferimento coattivo, soggetti all'imposta proporzionale prevista dall'art. 1 della tariffa, parte prima, allegata al citato testo unico di cui al d.P.R. n. 131 del 1986, le «formalità direttamente conseguenti», e quindi anche la trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità, posti in essere per effettuare gli adempimenti presso il catasto ed i registri immobiliari sono esenti dall'imposta di bollo, dai tributi speciali catastali e dalle tasse ipotecarie e sono soggetti a ciascuna delle imposte ipotecaria e catastale nella misura fissa di euro cinquanta, in conformità al co. 3, dell'art. 10, d.lg. n. 23/2011. G. PETRELLI, *La trascrizione di accettazione tacita di eredità sconta solo l'imposta ipotecaria*, in *Il quotidiano del Commercialista*, 26.2.2014; A. LOMONACO, *Tassazione della trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità*, in *Quesito* n. 159-2014/T, Uff. St. C.N.N., in www.notariato.it.



si verificata – sostanzialmente – in un momento precedente per un comportamento concludente ovvero per un atto antecedente non trascritto¹⁸³, poiché in ogni caso la trascrizione si può effettuare solo in presenza di un titolo idoneo per la pubblicità immobiliare *ex art. 2648 comma 3 c.c.* Pertanto «non» va confuso l'«aspetto sostanziale» dall'«aspetto della pubblicità immobiliare». La fattispecie dell'atto (fattispecie primaria) e quella della sua pubblicità (fattispecie secondaria) sono due fattispecie diverse e autonome. La prima produce effetti solo tra le parti e la seconda ne amplia gli effetti verso i terzi¹⁸⁴. Nel caso in cui l'accettazione dell'eredità tacita consti in un comportamento concludente antecedente e non risulti da un atto dispositivo, ai fini della sua trascrizione è «sempre necessaria» una sentenza dichiarativa dalla quale risulti l'avvenuta accettazione tacita o un atto scritto (pubblico o scrittura privata autenticata) «ricognitivo» o «dichiarativo» dell'avvenuta accettazione tacita. La conferma che la trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità è direttamente conseguente all'atto con cui si trascrive si trova proprio nell'*art. 2648, comma 3, c.c.* dove il legislatore dà la possibilità di trascrivere l'accettazione dell'eredità anche qualora non risulti da un atto *ad hoc* ma sulla base dell'atto che l'ha comportata¹⁸⁵.

¹⁸³ Come invece sostiene erroneamente l'AdE.

¹⁸⁴ S. PUGLIATTI, *La trascrizione cit.*, p. 419 ss.

¹⁸⁵ La teoria sulla «necessità» di eseguire la trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità, consistente in una «formalità direttamente conseguente» all'atto dispositivo che l'ha prodotta, è stata avvalorata anche da *Trib. Pavia 14.10.2015, n. 2143/15* [*supra* nt. 17], che si è pronunciato a seguito del rifiuto, da parte della Conservatrice dei RR.II. di Pavia, di ricevere le note di trascrizione di due accettazioni tacite dell'eredità, conseguenti e direttamente collegate ad un atto di compravendita. Il notaio, che si è visto rifiutare la trascrizione, si è avvalso dello «speciale procedimento» previsto dall'*art. 113 bis disp. att. c.c.*», che richiama la procedura stabilita nell'*art. 745 c.p.c.*» e che prevede, al suo comma 2, la possibilità di proporre ricorso al Presidente del Tribunale del luogo nella cui circoscrizione il Conservatore esercita le sue funzioni. La decisione da parte del Presidente è presa con «decreto», sentito il Conservatore, «non» essendo necessario, né sentire la parte che ha proposto il ricorso (sebbene ciò avvenga con frequenza in pratica), né l'intervento di tutte le parti interessate al provvedimento, né l'assistenza di un avvocato. In seguito al ricorso proposto dal notaio, il Trib. di Pavia, (i) dopo aver evidenziato il fondamentale principio della continuità delle trascrizioni *ex art. 2650 c.c.*, per cui, nei casi in cui un atto di acquisto è soggetto a trascrizione, le successive trascrizioni o iscrizioni a carico dell'acquirente «non» producono effetto «se» non è trascritto l'atto anteriore di acquisto, per cui, per avere effetto, ogni trascrizione contro un soggetto «deve» essere «preceduta» da una trascrizione a suo favore avente per oggetto lo stesso diritto; (ii) dopo aver evidenziato che la trascrizione dell'accettazione tacita di eredità è una «formalità direttamente conseguente» all'atto traslativo, posta in essere proprio «per effettuare gli adempimenti presso i registri immobiliari», volta a garantire la «definitività» e l'«opponibilità» dell'effetto traslativo; (iii) ha «ordinato» al Conservatore dei RR.II. di Pavia di ricevere le note di trascrizione delle accettazioni tacite dell'eredità conseguenti e direttamente collegate all'atto di compravendita. M. VASCELLARI, *Commentario alla legge 27 febbraio 1985, n. 52*, in *Nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1986, p. 106; Cass., 29.10.1992, n. 11751, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1227; *et. Cass.*, 5.5.1998, n. 4523, in *Rep. Giur. it.*,



1998, voce *Trascrizione e conservatorie dei registri immobiliari*, n. 35 e, con riferimento ad altra fattispecie regolata dalla procedura *ex art. 745 c.p.c.*, Cass., 24.6.1948, n. 1006, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, III, 100, con nota di MONGIARDO, *In tema di rilascio di copie di atti pubblici*. Si ricordi che: (a) la decisione presa, a seguito del procedimento *ex art. 113 bis*, può costituire presupposto per esercitare – ai sensi della l. 21.1.1983, n. 22 (“Disciplina della responsabilità dei conservatori dei registri immobiliari”) – azione di responsabilità contro lo Stato e nei confronti del Conservatore (nei casi di dolo o colpa grave), poiché *ex art. 6, co. 1, l. n. 22/1983* “Il Ministero delle finanze [ora Ministero dell’economia e delle finanze (c.d. MEF)] è «responsabile dei danni cagionati», «anche senza dolo o colpa grave», dal «conservatore dei registri immobiliari» dopo il 24 novembre 1973”; (b) l’art. “232-bis. A decorrere dal 25 novembre 1973, la responsabilità per danni del conservatore dei registri immobiliari è regolata dalle norme relative agli impiegati civili dello Stato, salvo che per i rapporti definiti con sentenza passata in giudicato, con transazione, o comunque esauriti”; (c) come principio generale, al pari di qualsiasi altro soggetto giuridico, anche la pubblica amministrazione, e, nei limiti di seguito precisati, i propri dipendenti, possono incorrere in forme di responsabilità civile. Difatti, il vigente quadro normativo, sia a livello costituzionale (art. 28 e 113 Cost.), sia a livello delle altre fonti del diritto (art. 2 e 4, l. 20.3.1865, n. 2248 all. E; art. 1218 e art. 2043 ss. c.c.; art. 22 ss. d.P.R. 10.1.1957, n.38), non prevede alcuna esenzione o privilegio per la Pubblica Amministrazione qualora arrechi un danno a terzi, intranei o estranei alla P.A., ed anzi si assiste nella nostra realtà giudiziaria ad una «progressiva crescita dei giudizi risarcitori nei confronti di enti pubblici», sia innanzi al giudice ordinario, sia innanzi al giudice amministrativo a seguito delle modifiche introdotte al previgente sistema dall’art. 7 l. 21.7.2000, n. 205 e, successivamente, dagli artt. 30 e 117 del codice del processo amministrativo (d.lg. 2.7.2010, n.104). La norma è stata introdotta dall’art. 6, l. 27.2.1985, n. 52 in sostituzione della previgente simile disciplina contenuta nell’art. 30 l. 25.6.1943, n. 540 e prevede che “il conservatore, nel caso in cui non riceva i titoli e le note ai sensi dell’art. 2674 del codice, indica sulle note i motivi del rifiuto e restituisce uno degli originali alla parte richiedente. La parte può avvalersi del procedimento stabilito nell’art. 745 del codice di procedura civile. Dello stesso procedimento la parte può avvalersi per il ritardo nel rilascio di certificati o di copie. Il pubblico ministero comunica al Ministero di grazia e giustizia e al Ministero delle finanze la decisione adottata”; P. BOERO, *Il rifiuto di esecuzione da parte del Conservatore. Il procedimento ex art. 113 ter disp. att.*, in *Tratt. trascr.* Gabrielli-Gazzoni, III (*Formalità e procedimento. Trascrizione mobiliare. Pubblicità. Intavolazione*), a cura di G. Baralis, P. Boero, G. Sicchiero, Milano Assago, 2014, p. 192. Sulla responsabilità del Conservatore dei RR.II.: Cass. 12.3.2008, n. 6628, in *Foro it.*, 2009, I, p. 1205; Cass. 12.5.2003, n. 7259, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Trascrizione*, n. 32; Cass., Sez. un., 20.3.1986, n. 1973, in *Nuova giur. comm.*, 1987, I, p. 59, con osservazioni di COMIGLIO, *Decreto ex art. 745 c.p.c. – Condanna della pubblica amministrazione a un “facere”*. Tra le decisioni di merito, molte sono dello stesso avviso (ad es. App. Roma 30.4. 1951, in *Dir. fall.*, 1951, II, 151, con nota di MAROI, *Inimpugnabilità-dei provvedimenti del presidente del tribunale ex art. 2450 c.c.*; App. Palermo 10.6.1955, in *Giur. it.*, 1956, I, 2, 598, con nota adesiva di FRANCHI, *Intorno al sindacato giurisdizionale del rifiuto di operazioni giuridiche*, in *Riv. dir. processuale*, 1956, II, 276, con nota adesiva di P. MICHELI, *In tema di impugnabilità del decreto del presidente del tribunale emesso ai sensi dell’art. 745 c.p.c.*, in *Vita notarile*, 1955, 517, con nota critica di A. JANNUZZI, *Sulla impugnazione del decreto presidenziale che provvede sul rifiuto o sul ritardo del Conservatore dei registri immobiliari ad eseguire le trascrizioni o le iscrizioni*; App. Trieste 26.2.1960, in *Riv. dir. ipotecario*, 1961, p. 327, con nota di L. PESCATORE; App. L’Aquila, 19.5.1987, in *Vita notarile*, 1987, p. 800.



PAOLO DORIA

Avvocato

LA FORMAZIONE DEL GIURISTA: L'IMPRESA DI SERVIZI LEGALI O IL *VIR BONUS DICENDI PERITUS*¹?

SOMMARIO: 1. Premessa: le scuole forensi per la formazione del giurista. – 2. Il modello del giurista: l'imprenditore che offre il sapere giuridico sul mercato, o il *vir bonus dicendi peritus*? – 3. Conclusioni.

1. – Quando si pone l'interrogativo sulla possibilità di considerare la giustizia come un'azienda, si accostano necessariamente gli operatori del diritto alle imprese, ovverosia ad attività organizzate al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi².

Per un docente su cui ricade la responsabilità dell'organizzazione di una scuola di formazione forense dedicata alla preparazione degli avvocati del futuro, il tema è estremamente delicato perché riguarda lo stesso obiettivo finale del programma didattico da proporre ai discenti.

Per affrontare adeguatamente la questione, pertanto, è necessario esaminare il problema della formazione forense sia sotto il profilo culturale che di quello normativo.

Il tema della formazione giurista³, che pure è di antica data, traendo la propria radice

¹ Scritto destinato agli Atti della Conferenza *Le sfide future per la giustizia: la giustizia come azienda?*, tenutasi in data 8 marzo 2019 presso il Polo scientifico-didattico Studi sull'Impresa di Vicenza dell'Università di Verona, sotto la presidenza del Prof. Alessio Zaccaria.

² È appena il caso di ricordare che impresa e azienda, pur essendo considerate nel gergo comune sinonimi, in realtà rappresentano giuridicamente due nozioni distinte, l'una collegata all'attività dell'imprenditore (art. 2082 c.c.), l'altra al complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'impresa (art. 2555 c.c.).

³ A. Mariani Marini, *Introduzione a un modello formativo per l'avvocatura*, a cura del CENSIS e del Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati, Milano, 2000, p. 13 ss.; *id.*, *Come formare il giurista*, in *Diritto & formazione*, 2005, 10, p. 1388 e ss.; *id.*, *La formazione dell'avvocato – il ruolo della scuola forense*, in *La previdenza forense*, 2005, p. 311 e ss.; *id.*, *Il futuro di una professione antica. Prospettive per le scuole forensi*, in *Conferenza nazionale delle scuole forensi. Atti*, Roma, 2009, p. 11



addirittura agli albori della professione forense, è quanto mai attuale, come è documentato dalle numerose pubblicazioni di autorevoli studiosi che trattano la materia.

Sotto l'aspetto legislativo, i primi corsi di formazione vennero normati con il D.P.R. n. 101 del 1990 che disciplinava la pratica forense: l'art. 3 prevedeva che i consigli dell'ordine potessero costituire delle scuole di formazione professionale di durata biennale basate sulla trattazione di casi pratici di natura civile, penale e amministrativa.

In realtà, in quegli anni, salvo alcune lodevoli eccezioni, non si sviluppò un autentico movimento culturale attento alla formazione didattica del giurista.

La vera spinta esterna alla costituzione delle scuole di formazione forense avvenne ad opera dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che nel 1999 pose all'attenzione degli ordini forensi il dovere di garantire la qualità delle prestazioni professionali degli iscritti, a pena della stessa sopravvivenza del sistema ordinistico. Il Consiglio Nazionale Forense, allora, costituì frettolosamente il Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati, con lo scopo di dare avvio ad un movimento formativo nuovo che si staccasse dal tradizionale praticantato, ormai rivelatosi irrimediabilmente superato dalle dinamiche socio-economiche e dall'accesso incontrollato, con crescita esponenziale, dei giovani alla professione. Nello stesso anno 1999 venne costituita anche la scuola di formazione forense dell'Ordine degli Avvocati di Vicenza, che pertanto compie vent'anni di attività didattica.

ss.; id., *Agli antipodi dell'azzeccagarbugli. Cultura ed etica dell'avvocato*, Napoli, 2009, p. 57 ss.; id., *Conoscere per deliberare. Sull'accesso ai giovani alla professione*, in *Cultura e diritti*, 2013, 01, p. 9 ss.; A. Zaccaria, *L'insegnamento del diritto: dall'Università alla professione di avvocato*, in *Studium Iuris*, 2013, p. 1-4; A. Gentili, *La formazione dell'avvocato civilista*, in *Cultura e diritti*, 2012, 2, p. 9 ss.; P. Moro, *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, Pordenone, 2009; G. Pascuzzi, *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, Bologna, 2013; id., *Avvocati formano avvocati. Guida all'insegnamento dei saperi forensi*, Bologna, 2015; B.C. Sinisi, *La formazione del giurista tra teoria e pratica*, in *Cultura e diritti*, 2013, 4, p. 33 ss.; M. Manzin, *La "svolta argomentativa" in Italia e il contributo della metodologia alla formazione del giurista pratico*, in *Cultura e diritti*, 2012, 1, p. 63 ss. e, ivi, 2012, 2, p. 21 ss.; id., *La formazione dei formatori come s'insegna nel "ginnasio forense"*, in *Educazione forense. Sul metodo della didattica giuridica*, a cura di P. Moro, Trieste, 2011, p. 25 ss.; M. Cossutta, *Metodo formativo e metodo giuridico. Due campi a confronto per mezzo di nove domande*, in *Educazione forense. Sul metodo della didattica giuridica*, a cura di P. Moro, cit., p. 37 ss.; C. Angelici (a cura di), *La formazione del giurista*, Milano, 2004; V. Zeno Zencovich (a cura di), *Come insegnare il diritto. Metodi, modelli, valutazione*, Torino, 2004; S. Racheli, *Formazione dell'avvocato e identità di ruolo*, in *L'avvocato e il processo. Le tecniche di difesa*, a cura di A. Mariani Marini e M. Paganelli, Milano, 2003, p. 639 ss. Sulla formazione dell'avvocato in Europa: G.B. Ferri, *La formazione del "civilista europeo"*, in *Contratto e impresa Europa*, 1996, p. 463 ss.; A. Gambaro, *La formazione del giurista in Europa*, in *Contratto e impresa Europa*, 2002, p. 796 ss.; G. Alpa – A. Mariani Marini (a cura di), *La formazione dell'avvocato in Europa*, Pisa, 2009; P.G. Traversa, *Dalla Sicilia alla Lapponia, alla ricerca di una formazione giudiziaria europea*, in *Cultura e diritti*, 2013, 3, p. 27.



Tra i pochi volenterosi chiamati ad occuparsi della materia, si sviluppò subito la consapevolezza che la metodologia didattica da proporre nelle scuole forensi doveva distaccarsi dal tradizionale insegnamento del sapere giuridico attraverso la lezione frontale, che rischiava di tradursi in un'inutile ripetizione dei corsi universitari, né poteva prevedere un semplice programma di preparazione al superamento dell'esame di abilitazione professionale⁴, condotto secondo uno schema inadeguato ed obsoleto. In questa situazione, senza punti di riferimento, Alarico Mariani Marini, allora presidente del Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati e straordinario promotore del movimento della didattica forense, era costretto a riconoscere che *“per alcune aree di insegnamento si parte letteralmente da zero”*⁵. Naturalmente si faceva riferimento alle tecniche di argomentazione e persuasione, alla ricerca, al linguaggio giuridico, alla metodologia giuridica e alla comunicazione scritta e orale dell'avvocato.

Venne iniziato un lungo percorso basato su seminari e convegni dedicati alla formazione dei docenti su materie, come la retorica forense, abbandonate dalle università da almeno un secolo e mezzo.

Pur con molte resistenze, basate sulla mancanza di sensibilità per la cultura della formazione dei giovani giuristi, il movimento prese abbrivio fino a sfociare nel definitivo riconoscimento delle scuole di formazione forense nel nuovo ordinamento professionale, visto l'art. 43 della legge n. 247 del 2012. Secondo la norma citata, ora le scuole di formazione forense rappresentano i cardini della preparazione dei tirocinanti e devono essere considerate come master *post lauream* abilitanti di alta specializzazione.

Purtroppo, tuttora, nonostante il tardivo regolamento ministeriale 9 febbraio 2018 n. 17, il nuovo modello formativo non è ancora attuato, a causa di un ulteriore rinvio al 31 marzo 2020 disposto dal decreto ministeriale 5 novembre 2018 n. 133.

In ogni caso, sin dall'inizio, lo sviluppo delle scuole forensi ha dovuto fare i conti con il modello formativo da proporre.

Da sempre nell'avvocatura si contrappongono due modelli antitetici di avvocati: da una parte il legale attento alla componente economica e commerciale della professione, dall'altra il patrono sobrio e diligente, sensibile alla componente pubblica del proprio ministero. Il primo privilegia la componente privatistica, il secondo quella pubblicistica della professione forense.

⁴ A. Mariani Marini, *Come formare il giurista*, in *Diritto & formazione*, 2005, 10, p. 1388; *id.*, *La formazione dell'avvocato – il ruolo della scuola forense*, in *La previdenza forense*, 2005, pp. 311 ss.

⁵ A. Mariani Marini, introduzione a *Un modello formativo per l'avvocatura*, a cura del Censis e del Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati, Milano, 2000, p. 23.



Questa contrapposizione si rinviene addirittura alle radici della professione forense che, per quel che riguarda il diritto occidentale, viene fatta risalire ai processi iniziati a Siracusa nel 467 A.C., in seguito alla caduta dei tiranni Gelone e Gerone.

In pochi anni l'esercizio della retorica fiorì anche ad Athena dove raggiunse livelli di eccellenza con la scuola dei sofisti che privilegiavano la dialettica eristica, ovverosia la tecnica dell'argomentazione tesa a vincere le cause *per fas et nefas*.

Dappertutto in Grecia sorsero scuole di retorica forense, che potremmo definire antesignane delle nostre moderne scuole di formazione per tirocinanti.

Aristofane, nella propria commedia satirica "*Le nuvole*", scritta attorno al 423 A.C., trattava in termini caricaturali proprio il problema dell'insegnamento della retorica: il vecchio Strepsiade, che era stato un giudice popolare, voleva imparare da Socrate, tratteggiato come maestro di sofistica in termini opposti rispetto alla figura riportata da Platone⁶, il metodo per vincere le cause. Ci sono dei sapienti che, "*se li paghi, ti insegnano a parlare e a vincere con il torto o con la ragione*"⁷.

Questa impostazione venne superata già nella Grecia classica dal pensiero di Platone e di Aristotele.

Platone distinse una cattiva retorica, tesa a dimostrare la verosimiglianza e l'illusione, dalla sua controparte filosofica, ovverosia la dialettica, che aveva per oggetto la ricerca della verità⁸, contrapponendo l'antitesi tra il sembrare e l'essere.

La retorica di Aristotele era basata sulla prova, sull'argomentazione, sull'elocuzione e sulla composizione del discorso⁹. Il grande filosofo poneva in parallelo la dialettica con la retorica e distingueva il ragionamento dimostrativo fondato sul sillogismo, che parte da premesse necessariamente vere, dall'entimema, basato su premesse soltanto probabili. Lo sviluppo argomentativo di Aristotele elaborava una logica del verosimile¹⁰ e del pro-

⁶ Sulla figura di Socrate è prevalente la caratterizzazione che ci deriva dagli scritti dell'allievo Platone, anche se sin dall'antichità il dibattito era quanto mai controverso; infatti, altre fonti ci riportano un ritratto completamente diverso del grande filosofo ateniese. Intervenero nella controversia tra gli altri anche Aristotele e Senofonte. Le discussioni proseguirono poi ininterrottamente fino ai nostri giorni. Sul punto vedasi A. Grilli, in Aristofane, *Le nuvole*, a cura di A. Grilli, Milano, 2001, p.11. Sull'importanza dello studio del filosofo ateniese ai fini del metodo dialettico del processo, in funzione di una prospettiva processuale del diritto, vedasi lo splendido libro di Paolo Moro, *La via della giustizia. Il fondamento dialettico del processo*, con l'*Apologia di Socrate* di Platone, Pordenone, 2001.

⁷ Aristofane, *Le nuvole*, a cura di A. Grilli, Milano, 2001, p. 119-120.

⁸ R. Barthes, *La retorica antica*, Milano, 2001, p. 16; B. Mortara Garavelli, *Manuale di retorica*, Milano, 1999, p. 22-23.

⁹ R. Barthes, *La retorica antica*, cit., p. 21; B. Mortara Garavelli, *Manuale di retorica*, cit. p. 23.

¹⁰ S. Fuselli, *Verità ed opinione nel ragionamento giudiziale. A partire da un confronto con Aristotele*



babile che viene utilizzata tuttora, consapevolmente o meno, da tutti gli avvocati¹¹. Il grande filosofo stagirita intuì che i giuristi dovevano porre l'attenzione non solo sul discorso persuasivo, ma soprattutto sulla capacità di essere convincenti dando dimostrazione di doti etiche quali la moralità, la saggezza, la mitezza e la benevolenza. Il capolavoro della retorica di Aristotele consiste nella fusione dell'*éthos*, cioè le doti di carattere e d'animo dell'oratore, con il *pathos*, ovverosia la capacità di suscitare emozioni nell'uditorio a scopo persuasivo.

Le riflessioni e le opere di Platone e di Aristotele vennero riprese in età romana da Cicerone e Quintiliano, altri giganti dello studio della retorica forense.

È a Catone che dobbiamo l'identificazione della figura dell'avvocato con quella del *vir bonus dicendi peritus*¹² che è il prodotto della formazione retorica del giurista¹³; invero la qualificazione *bonus* e *peritus* non va intesa nel duplice senso di abilità e probità professionale come virtù distinte, ma in un unico concetto dove la capacità tecnica e la dote morale si fondono ontologicamente, “*essendo il bonus il fondamento e la misura del peritus*”, come è stato magistralmente scritto¹⁴.

Purtroppo questo modello non è stato universalmente recepito nella storia dell'avvocatura.

Chi scrive è ben consapevole che nel foro si riscontrano numerosissimi paradigmi umani che sono agli antipodi di questa concezione del giurista e della sua formazione: dappertutto proliferano legulei ignoranti, curiali, opportunisti, avidi e pavidì. Lo stereotipo non è soltanto quello dell'Azzeccagarbugli dei Promessi sposi o di Bartolo delle mozartiane Nozze di Figaro nello splendido libretto di Da Ponte (“*se tutto il codice dovessi volgere, se tutto l'indice dovessi leggere, con un equivoco, con un sinonimo, qualche garbuglio si troverà*”¹⁵), ma è un fenomeno che si ripete continuamente nella storia

e Hume, in *Retorica, processo, verità. Principi di filosofia forense*, a cura di F. Cavalla, Milano, 2007, p. 263 ss.

¹¹ A. Mariani Marini, *Agli antipodi dell'azzeccagarbugli. Cultura ed etica dell'avvocato*, cit., p. 21.

¹² La definizione, come è noto, è di catoniana memoria, e la si ritrova nella *summa* della retorica antica in Quintiliano: “*Non posse oratorem esse nisi virum bonum. Sit ergo nobis orator quem constituimus is qui a M. Catone finitur vir bonus dicendi peritus*”, in *Instit. Orat.*, XII, I, 1 e XII, I, 44.

¹³ P. Moro, *Vir bonus dicendi peritus. L'etica dell'avvocato di valore*, in *Retorica e deontologia forense*, a cura di P. Moro, Milano, 2010, p. 19 ss.

¹⁴ M. Manzin, *Avvocati custodi del processo*, in *Retorica e deontologia forense*, a cura di M. Manzin e P. Moro, cit., p. 9; *id.*, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino, 2014, p. 173 ss.

¹⁵ L. Da Ponte, libretto de *Le nozze di Figaro*, musicato da W.A. Mozart e andato in scena nel 1786. Atto primo, scena terza.



dell'avvocatura e la accompagnerà per sempre. Ma contro questa figura negativa della professione forense, pur così diffusa nell'immaginario collettivo, si erge l'argine costituito da quelle straordinarie personalità che riescono, con il portato del loro esempio e delle loro opere, a far brillare un'immagine completamente diversa del giurista, studioso, colto, diligente, onesto, sobrio e impavido¹⁶.

Purtroppo, però, secondo la concezione della gente comune la funzione dell'avvocato, prendendo spunto dalla scuola dei sofisti, sarebbe quella di vincere le cause, *per fas et nefas*, ovverosia senza alcuna indagine sulla fondatezza giuridica delle pretese azionate, e senza alcuna considerazione di tipo etico¹⁷, pubblico¹⁸ e deontologico¹⁹. L'avvocato

¹⁶ Il richiamo non può non andare a Piero Calamandrei, autore di opere straordinarie: *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, 1989; *id.*, *Troppi avvocati!*, ristampa anastatica a cura della Fondazione forense bolognese, Bologna, 2006. Bisogna anche valorizzare il recupero di studi antichi che riproponevano questo cronico scontro tra legulei verbosi, ignoranti e scorretti e avvocati diligenti, colti, studiosi e onesti. In questo senso il mio pensiero va a F. Sansovino, *L'avvocato, dialogo nel quale si discorre tutta l'autorità che hanno i Magistrati di Venezia. Con la pratica delle cose giudiziali del Palazzo*, Venezia, 1559, ripubblicato a cura di P. Calamandrei, Firenze, 1942 e poi, per tipi della Ronzani (Vicenza), nel 2016, con il titolo *L'avvocato e il segretario*; in questo volumetto Sansovino, alla maniera classica, immaginava un dialogo a tre tra Marino, giovane praticante, Felice, avvocato affermato, "scaltrito affarista", più fortunato che dotto, e Lorenzo, avvocato più ricco di dottrina che di clienti. L'avvocato Felice suggeriva al giovane di non studiare le cause ma di rappresentare al giudice, con citazioni latine e frasi fatte, la volontà del cliente, curando di vestir bene, di dimostrarsi in confidenza con i giudici e di farsi accompagnare al processo da uno stuolo di collaboratori per apparire autorevole; l'avvocato Lorenzo, invece, raccomandava al giovane Marino di studiare approfonditamente le cause e di pensarci bene prima di accettarle; inoltre, suggeriva all'allievo di essere probbo, sincero, fedele e libero, rifiutandosi di difendere il torto. È la solita contrapposizione tra avvocato commerciante e *vir bonus dicendi peritus*. Sul punto vedasi anche C. Goldoni, *L'avvocato veneziano*, commedia ripubblicata a cura di I. Cacciavillani, Venezia, 2009; Tra i contemporanei, per cui non si spenderanno mai abbastanza parole di gratitudine, A. Mariani Marini, *Agli antipodi dell'azzeccarbugli. Cultura ed etica dell'avvocato*, Napoli, 2009; F. Cavalla, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in *Retorica, processo, verità*, a cura di F. Cavalla, Milano, 2007, p. 84 ss.

¹⁷ A. Mariani Marini, *Etica degli affari, etica della professione*, in *Diritto & formazione*, 2005, 11, p. 1531; A. Mariani Marini – G. Alpa (a cura di), *Etica professionale e responsabilità sociale dell'avvocato europeo*, Pisa, 2013; F. Puppò, *Fondamento dell'etica professionale*, in *Cultura e diritti*, 2012, 3, p. 73 e ss.; G. Pascuzzi, *Diventare avvocati e riuscire ad esserlo: insegnare l'etica delle professioni forensi attraverso le trame narrative*, in *Cultura e diritti*, 2012, 1, p. 15 ss.

¹⁸ P. Calamandrei, *Troppi avvocati!*, ristampa anastatica a cura della Fondazione forense bolognese, Bologna, 2006, p. 8.

¹⁹ Per una visione contraria a quella prospettata: A. Mariani Marini, *Cronache di anni perduti. Avvocati e avvocature*, Pisa, 2017, p. 153 e ss.; *id.*, *Formazione, cultura, deontologia*, in *La previdenza forense*, 2001, p. 270. Per questo A. deve essere superata la concezione tradizionale della deontologia dell'avvocato per giungere alla configurazione di una vera responsabilità sociale del professionista forense. Questa tesi gode anche del sostegno di quanto contenuto nel preambolo del Codice di deontologia degli avvocati europei approvato a Strasburgo il 24/10/1988. Nello stesso senso, G.M. Flick, *L'avvocatura di fronte ai "nuovi" diritti nella crisi italiana ed europea*, in *Cultura e diritti*, 2013, 1, p. 65.



non è visto come un autentico promotore di legalità perché non gli è generalmente riconosciuta la funzione di elemento indispensabile del processo per rappresentare al meglio gli interessi del proprio assistito²⁰ per il fine ultimo del miglior funzionamento dell'amministrazione della giustizia²¹.

E così accade sovente che l'avvocato si presti ad accettare qualsiasi incarico dal proprio cliente, confidando in due antichi principi: *habent lites sidera sua*²² e *iura novit curia*²³. In base al primo adagio, si ritiene che non sia possibile stabilire preventivamente l'esito di una causa, che sfuggirebbe a qualsiasi possibile pronostico, perché nel corso del processo possono intervenire innumerevoli eventi imprevedibili. Per il secondo principio, invece, l'individuazione della norma applicabile al caso concreto spetta solo al giudice, mentre l'avvocato dovrebbe portare all'attenzione della curia solo l'allegazione del fatto costitutivo e la domanda del proprio assistito. Si tratta, però, di una lettura distorta ed inaccettabile per l'avvocato che deve svolgere anche una funzione sociale²⁴ nel processo e, più in generale, nell'ambito della società moderna. Lo stesso codice deontologico forense impone all'avvocato di non consigliare o assecondare azioni illecite o in mala fede (art. 23, commi 5° e 6°, cod. deont. for.), oppure inutilmente gravose per il cliente (art. 23, comma 4°, cod. deont. for.) o vessatorie per la controparte (art. 66 cod. deont. for.)²⁵.

La funzione sociale della difesa prevede anche il superamento del confine della deontologia a cui è tradizionalmente ancorata la professione forense. L'avvocato, nella difesa

²⁰ “Chi afferma il suo diritto, difende, all'interno del limitato spazio del medesimo, il diritto”: così R. Von Jhering, *La lotta per il diritto*, Milano, 1989, p. 127.

²¹ P. Calamandrei, *Troppi avvocati!*, ristampa anastatica a cura della Fondazione forense bolognese, Bologna, 2006, p. 10; A. Mariani Marini, *L'argomentazione dell'avvocato*, in U. Vincenti – A. Mariani Marini – F. Cavalla, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Pisa, 2004, pag. 73; il fine ultimo dell'avvocato è quello di ottenere da parte del giudice la condivisione della sua tesi utilizzando “argomenti buoni e condivisibili”.

²² P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, 1999, p. 13.

²³ L. Mingardo – F. Reggio, in *Il Diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, a cura di P. Moro, Milano, 2012, p. 217. Il brocardo si associa all'ulteriore principio “*da mihi factum tibi dabo ius*”.

²⁴ Il rilievo sociale della difesa è espressamente riconosciuto dagli art. 9 e 10 del codice deontologico forense e dagli artt. 1, 2° comma e 3, 2° comma, della L.P. Sul punto: A. Mariani Marini – G. Alpa, *Etica professionale e responsabilità sociale dell'avvocato europeo* (a cura di), Pisa, 2013; A. Mariani Marini, *Il tempo che verrà. Avvocatura e società*, Pisa, 2012, p. 25 e ss.; R. Danovi, *Il nuovo codice deontologico forense*, Milano, 2014, p. 110 – 112; R. Lombardi, *L'avvocato della post-modernità. Note a margine dell'obbligo di formazione per l'accesso alla professione forense*, in *Cultura e diritti*, 2018, 1/S, p. 15.

²⁵ R. Danovi, *Il nuovo codice deontologico forense*, Milano, 2014, pp. 160 e 402.



del proprio assistito, non deve solamente valutare il dovere di diligenza e di fedeltà, ma deve anche considerare i propri doveri verso la società per la salvaguardia dei diritti umani e fondamentali²⁶.

L'avvocato deve fungere da autentico filtro di legalità valutando previamente la fondatezza delle pretese del proprio cliente. Solo così facendo adempie alla propria funzione pubblica, etica e sociale.

2. – Oggi la professione forense viene sempre più assimilata anche a livello legislativo a un'impresa ed è in atto ormai da diversi anni un processo di indirizzamento verso criteri mercantilitici che sembra condurre alla mercificazione della prestazione del giurista²⁷.

Si sostiene autorevolmente che i saperi giuridici “consentono di produrre prestazioni tecniche negoziabili nell'economia di mercato”²⁸.

Questa assimilazione dell'avvocato all'imprenditore provoca ovviamente problemi anche nei programmi didattici nelle scuole forensi.

Se si pone l'accento sulla componente privatistica e imprenditoriale dell'avvocatura, diviene preminente l'insegnamento della gestione economica dello studio professionale.

Si dovrebbero mutuare paradigmi e schemi della moderna psicologia del lavoro, traendo spunti dalle esperienze ormai decennali maturate nell'ambito della formazione commerciale e pubblico-amministrativa, che portano a valorizzare strategie di marketing²⁹, tecniche relazionali e processi della comunicazione suggestiva.

Il tirocinante dovrebbe dimostrare una predisposizione per le relazioni commerciali, per le tecniche di marketing e per la capacità di promuovere il proprio “prodotto” e la propria immagine ricorrendo alla pubblicità e allo sfruttamento dei social e dei mass media³⁰.

²⁶ A. Mariani Marini, *Il tempo che verrà. Avvocatura e società*, Pisa, 2012, p. 71.

²⁷ G. Alpa, *L'avvocato. I nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione*, Bologna, 2005, p. 52-53; A. Mariani Marini, *Il tempo che verrà. Avvocatura e società*, cit., p. 18; id., *Agli antipodi dell'azzeccagarbugli. Cultura ed etica dell'avvocato*, cit., p. 50. F. Puppo, *Il fondamento dell'etica professionale*, in *Cultura e diritti*, 2012, 3, p. 73. Per una precisa ricostruzione normativa del problema: V. Putortì, *Prestazioni d'opera intellettuale e regole della concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 2012, I, p. 126 e ss.. Per una visione favorevole alla nuova impostazione imprenditoriale della professione forense, valorizzando la diffusione di studi di grandi dimensioni, di certificazioni ISO 9001 e della pubblicità: L. Butti, *Diventare giurista. Il diritto come lavoro e passione*, Bologna, 2012, p. 148-149.

²⁸ N. Irti, *La formazione del giurista*, in *La previdenza forense*, 2004, p. 201.

²⁹ Per una critica di questa impostazione, vedasi A. Mariani Marini, *Agli antipodi dell'azzeccagarbugli. Cultura ed etica dell'avvocato*, Napoli, 2009, p. 50.

³⁰ Si pensi alla vergognosa corsa da parte di molti colleghi, anche affermati, all'accaparramento delle di-



Viceversa, se si pone come modello di riferimento l'avvocato colto, sobrio e diligente, che funge da filtro di legalità tra il proprio cliente e l'amministrazione della giustizia, le materie da approfondire sono quelle considerate essenziali dall'art. 43 della Legge Professionale all'interno del perimetro tracciato dai principi etici e deontologici: il linguaggio giuridico, la redazione degli atti giudiziari, la tecnica impugnatoria dei provvedimenti giurisdizionali e degli atti amministrativi, la tecnica di redazione del parere stragiudiziale e la tecnica di ricerca.

In altra sede³¹ ho spiegato i motivi per cui, in base ad una corretta interpretazione degli articoli 43 e 46 della Legge Professionale, ritengo che sia necessario introdurre l'insegnamento della retorica forense. Si tratta della tecnica e della teoria dell'argomentazione che è alla base di qualsiasi discorso o scritto persuasivo.

L'insegnamento, poi, deve essere condotto con il metodo casistico, perché il tirocinante deve padroneggiare la tecnica dell'argomentazione e della persuasione nell'ambito del processo: deve apprendere le corrette tecniche di difesa che sono essenzialmente metodologiche.

L'insegnamento di queste materie non prescinde dall'adeguata considerazione degli aspetti psicologici che governano il processo. Anzi, la scelta del modello classico nella formazione dell'oratore considera l'adeguata valorizzazione dell'aspetto psicologico della difesa, del processo e dei protagonisti del processo³²: gli antichi avevano la perfetta consapevolezza della rilevanza delle emozioni nella comunicazione forense, ma mantenevano l'elemento psicologico sempre nell'ambito della tecnica persuasiva senza sopravvalutarlo come scienza autonoma³³. In ogni caso le tecniche di comunicazione (o di manipolazione) psicologica³⁴ che mirano a sedurre il destinatario del messaggio sono lontanissime dalla concezione dell'adesione ad una tesi condivisa dall'uditorio come concepita da Perelman³⁵ e non possono essere adottate come modello di riferimento³⁶

fese di casi importanti a grande impatto mediatico al solo fine di promuovere la propria immagine commerciale presso il pubblico.

³¹ P. Doria, *Insegnare ad argomentare. La lezione argomentativa e il metodo casistico*, in *Cultura e diritti*, 2018, 1/S, p. 73-74.

³² U. Vincenti, in Vincenti-Mariani Marini-Cavalla, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, op. cit., p. 38; Quintiliano, *Instit. Orat.*, XII, 7, 56; per la preparazione del testimone, V, 7, 11; Cicerone, *De oratore*, II, 42, 178; Aristotele, *Retorica*, II, 1 e II, 4.

³³ Sofocle e Shakespeare sapevano sui rapporti umani una quantità di cose che Freud era incapace di percepire: R. Girard, *La violenza e il sacro*, Milano, 1997, p. 282. Nello stesso senso: R. Guenon, *La crisi del mondo moderno*, Roma, 1997, p. 76.

³⁴ C. Duò, *Dall'ars oratoria alla neuro-linguistica: la comunicazione dell'avvocato stratega*, in *Speciale XXIX Congresso dell'Avvocatura*, a cura di A.N.F., novembre 2008, pp. 8-10.

³⁵ C. Perelman, *Logica giuridica nuova retorica*, Milano, 1979, pp. 168 ss.



per la tecnica dell'argomentazione dell'avvocato moderno³⁷. Lo scopo del giurista non è quello di persuadere agendo sul piano psicologico per indurre il giudice ad aderire emotivamente ad una tesi, ma è quello di convincere i propri interlocutori del fondamento della propria argomentazione sulla base di principi di ragionevolezza universalmente condivisi, pur valorizzando adeguatamente anche il piano emotivo per dare maggiore efficacia all'esposizione delle proprie tesi difensive³⁸.

L'insegnamento, poi, deve assicurare l'assoluta preminenza dei principi deontologici che devono improntare il corretto esercizio della professione forense, come peraltro è espressamente previsto dall'art. 3 del d.m. n. 17 del 2018³⁹.

In sostanza, avendo come riferimento la figura classica del retore che si tramanda da secoli, nelle scuole di formazione forense bisogna saper evolvere il sapere giuridico nel saper fare (la professione forense).

Questo passaggio, però, è solo parziale, e non distinguerebbe la figura dell'avvocato dall'imprenditore.

Infatti, è necessario anche insegnare a saper essere avvocati: il giovane giurista deve saper comprendere l'ambiente in cui opera, deve essere in grado di gestire le relazioni con gli altri interlocutori sociali e deve adottare comportamenti eticamente appropriati, rispettando i dettami deontologici e pubblici del proprio ruolo⁴⁰.

Questa è la vera differenza tra il modello di avvocato a cui fa riferimento la Scuola Forense di Vicenza e l'imprenditore che presta servizi economici negoziabili nel mercato.

3. – Sicuramente l'approccio al tema proposto, ovvero sia l'identificazione della giustizia come azienda, deve essere visto sotto diversi punti di vista.

³⁶ Per una visione critica della retorica come mezzo di persuasione fine a se stesso, vedasi C. Michelstaedter, *La persuasione e la retorica*, Milano, 1982.

³⁷ A. Mariani Marini, *Agli antipodi dell'azzeccagarbugli. Cultura ed etica dell'avvocato*, op. cit., p. 49. P. Moro, *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, Pordenone, 2009, p. 49: "lo scopo della retorica non è puramente psicologico".

³⁸ A. Mariani Marini, *Il ragionamento dell'avvocato. Le tecniche dell'argomentazione nel discorso giudiziale*, in *Diritto e formazione*, 2008, 2 p. 286.

³⁹ Lo stesso art. 3 che pone in premessa la preminenza dei principi deontologici e li ribadisce al 2° comma, lettera c, prescrive anche che debba essere trattato l'insegnamento dell'organizzazione dell'amministrazione dello studio (2° comma lettera h). Tuttavia, nel complesso, ritengo che la componente etica, argomentativa e metodologica sia assolutamente prevalente nella didattica forense anche sotto il profilo normativo.

⁴⁰ G. Pascuzzi, *Avvocati formano avvocati. Guida all'insegnamento dei saperi forensi*, Bologna, 2015, p. 78-79.



Per chi ha la responsabilità del funzionamento dell'amministrazione della giustizia certamente può essere utile l'ispirazione ai principi di efficienza che caratterizzano l'azienda: l'ottimizzazione delle risorse e l'attenzione per la razionalità del "ciclo produttivo" e commerciale sono elementi positivi, direi anche imprescindibili, per la miglior fruizione del servizio da parte degli utenti e degli operatori.

Tuttavia, per quanto riguarda gli avvocati, non condivido affatto l'assimilazione della professione forense all'impresa, che deve perseguire finalità preminentemente privatistiche e commerciali.

La nostra tradizione classica ci tramanda la figura del *vir bonus dicendi peritus* che rimane ancora attuale perché comprende non soltanto la componente tecnica e professionale, ma anche quella pubblica, etica e sociale che rimane fondamentale per il corretto esercizio della professione forense.

È vero che questa visione può sembrare romantica e non più al passo con i tempi, vista la necessità di competere commercialmente in un mercato sempre più agguerrito e spietato, dove i valori deontologici possono sembrare delle autentiche chimere⁴¹.

Tuttavia, togliendo la componente umana ed etica dalla professione forense, si corre il rischio di arrivare presto all'estinzione dell'avvocato che, come esperto di *problem solving*, verrà inevitabilmente superato dalle intelligenze artificiali che si stanno rapidamente sviluppando. Un destino non dissimile, peraltro, spetterebbe in quel caso anche ai giudici.

Invece, non bisogna mai dimenticare che il giurista costituisce il "*pronto soccorso delle ambascie umane*"⁴² dove chiedono cura ed assistenza le persone con i loro drammi e le loro preoccupazioni.

Quindi, il modello di difensore a cui bisogna puntare non è certo quello a cui arrida solo il successo commerciale: "*ricchi diventano soltanto coloro che sotto il titolo di avvocati sono in realtà commercianti o mezzani, o finanche, come usano certi specialisti in processi di divorzio, disinvolti affittacamere*"⁴³.

Perciò, fino a quando il mio Ordine mi onorerà con l'incarico conferitomi vent'anni fa, la didattica della scuola di formazione forense di Vicenza punterà a formare il *vir bonus dicendi peritus* e non commercianti.

⁴¹ Questa critica bonaria mi è stata rivolta dal mio caro amico Nicola Madia, degno erede di una grande dinastia di principi del foro nella presentazione del mio ultimo articolo "*Giuristi si nasce o si diventa? La professione forense richiede un innato talento*", in *Gli Oratori del Giorno*, 2018, n. 5, p. 15.

⁴² P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, 1999, p. XXXI.

⁴³ P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit., p. 385.



ANDREA FEDI

Avvocato

BIG DATA AND AI: AN ISSUE FOR GENERAL LAW AND DATA PROTECTION

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. A case study: *Big Data* and anti bribery. – 3. International principles and recent statements. – 4. Personal vs. non-personal data. – 5. Transparency and purpose limitation – 6. Profiling. – 7. Automated decisions. – 8. In a nutshell and an interpretative offer.

1. – The term “Big Data” has long since appeared in the jargon of practitioners interested in legal ramifications of new technologies. By this term it is common to address extremely large data sets that may be analysed computationally to extract inferences about data patterns, trends and correlations¹. In other terms, the term refers to a phenomenon characterised by:

- i. a magnitude requirement (large data sets),
- ii. a methodology (computational analysis, i.e., through a machine),
- iii. a final goal (the extraction of knowledge from the data sets, as a miner extract a mineral from a mine).

The current technology has indeed opened doors to the possibility to collect and process huge amounts of data, and extract from their analysis new and predictive knowledge with great ‘velocity’, from large ‘volume’ databases containing a ‘variety’ of different

¹ Big Data makes it possible to collect and analyse large amount of data to identify attitude patterns and predict behaviours of individuals, groups and communities – it is necessary to secure the protection based on a person’s right to control his/her personal data and the processing of such data. Big Data analytics identify computational technologies that analyse large amounts of data to uncover hidden patterns, trends and correlations: the whole data management lifecycle of collecting, organizing and analysing data to discover patterns, infer situations or states, predict and understand behaviours.

See also ICO, *Big data, artificial intelligence, machine, learning and data protection*, 2017.



data (so large and various that a natural person could not reasonably make such analysis), controlling their ‘veracity’ and, eventually, creating ‘value’.

Indeed, the computational insight of data fields (also through artificial intelligence, AI) consents to find (often unexpected) correlations among data and draw consequences (forecasts) almost in real time, which of course delivers a high value capacity to predict (and influence) reactions of individuals and communities (elections, consumer preferences, investment appetites, etc.). Big Data have been therefore indicated as a new paradigm for the collection, storage, management, analysis and visualisation of large data collections with heterogeneous characters. That paradigm is based on the notorious 5 Vs (volume, velocity, variety, veracity and value)².

Obviously possibility to extract value from extensive data sets fundamentally requires the ability to gather together significant volumes of data and material technological investments to analyse them through new fast technologies³. It is no surprise, then, that big players in this game are on one hand governments (public authorities and agencies)⁴ and large corporations⁵.

Now, it is just honest to say that we should not indulge in (only) dystopic and alarming descriptions of data analytics. That analysis can be used for good reasons and give great results in fighting crimes, frauds and tax evasion, or organising reactions to emergencies (earthquakes, floods, etc.) or managing smart cities which more efficiently provide public services to citizens (traffic, garbage, mail, etc.)⁶. Big Data can also be used to forecast effects of public policy decisions and ponder pros and cons, for proactive and predictive healthcare, to peruse extensive sets of documents in trials or investigations.

² GIRINO, ESTRANGENORS, *Alla ricerca dei dati perduti*, in *Privacy &*, 2019, p. 74

³ Anyone of us should be aware of how many digital traces we leave each time we surf on the internet, use a fidelity card or exploit geo location systems. In addition, all our technological devices share our data (Internet of Things) and communicate them to the service providers that supply TLC, domotics, maps and other services that we cannot but use in the world of today. Those digital traces are processed through algorithms and AI and provide a clear vision of who we are as individuals and of the communities to which we belong. From structured or unstructured data (input), through data mining and cleansing, aggregation and integration, analysing and modelling, Big Data players obtain an output that gives a precise insight on natural persons and groups.

⁴ It is sufficient to consider the incredible amount of information that the governmental authorities process with respect to citizens, tax payers, immigrants, business undertakings, etc.

⁵ Let's think to consumers' profiles, data on visitors of websites and social networks, etc. MAURO, *I big data tra protezione dei dati personali e diritto della concorrenza*, in *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole di mercato*, Milano, 2019, p. 643.

⁶ IASELLI, *Lezioni di informatica giuridica*, ed. Key, Milano, 2019, p. 53 ff.



On the other hand, we should all be adverted that the algorithms used to inquire Big Data sets are written by human beings and (albeit the algorithms may thereafter develop and grow and transform themselves through machine learning and AI) they will inevitably be affected by prejudices or, simply, mistakes made by those persons⁷. If the tool (algorithm) is wrong it will originate wrong knowledge. Imagine an algorithm based on a scientific or statistical theory that proves wrong after many years, or an algorithm that simply mirrors a ‘state of play’ that changes over time. Just a century ago, the writer of an algorithm might assume that women were less productive than men or monopolies are more efficient than competition.

A wrong setting of the algorithm may do even worse. It may in fact orient forecasts and decisions in a way that perpetuates the mistake, say – denying loans to certain classes of people and therefore blocking the possibility itself that the individuals of that cluster may demonstrate the wrong assumption on which the algorithm has been conceived.

Also, Big Data are made to categorise knowledge but that categorisation may lead to ‘imprisonment’ of individuals in clusters and to treat each person in the cluster independently from his/her single, original and unique nature. In this way, everyone becomes prisoner of his/her cluster and his/her past. The facts of one’s life are the fuel of the Big Data engine, which will not consider the possibility of change.

Again, there is wide literature and awareness of risks entailed by Big Data and only sectoral knowledge of how much they could improve our lives. However, we must combat one-sided perceptions. Let me just try to give an example.

2. – It is now two decades that many jurisdictions have adopted anti-bribery legislations and have called companies and legal entities to cooperate in the fight by creating a special incentive to prevent business crimes. In fact, the UK Anti Bribery Act, the Spanish Ley Organica, the French Loi Sapin II and the Italian law 231 all share a common trait, pursuant to which the company is responsible for bribes committed in the interest of the company by one of its representatives/employees unless the company has adopted a compliance system to prevent, detect and fight commission of bribes.

⁷ *Algorithms, far from being neutral, reflect embedded choices about data, connections, inferences, interpretations and thresholds for inclusion which are “political” in nature and should therefore be subject to legal scrutiny* (ODDENINO, in *Dir. Comm. Int.*, 2017, p. 777).



Thus, company willing to go exempt from sanctions have a need for conducting a risk mapping, a risk assessment and a gap analysis through a specific due diligence exercise, in order to then marshal effective and regular audits and procedures for preventive controls and continuous monitoring.

Traditionally, at least in Italy, the above need has been transposed into long and heavy compilations of internal and detailed internal rules and procedures (on top of existing general laws), which hardly match with the rapidity and flexibility of business and have rarely consented to the company the exculpation of companies.

More, the need to select employees, agents and suppliers and check their “white” status (i.e., no past criminal records), in order to demonstrate a diligent investigation aimed at preventing future crimes, inevitably clashes with those employees’, agents’ and suppliers’ privacy rights and with the General Data Protection Regulation 679/2016 (GDPR), whose Art. 10 consents only a very limited scope for those background checks⁸.

However, a point is worth underlining.

Italian law does not require companies to write long manuals of internal rules, nor to investigate one’s private life prior to hiring him or her.

The law indeed only requires a ‘model of organisation and business’ and a ‘model’ (a way of doing safe business) is not a ‘manual’ of prescriptions. What is pivotal is that the company must get organised and ready to prevent business crimes; it does not mean that the company should write or rephrase the law or replace a public prosecutor.

If one concurs with the above, then Big Data and AI could be a model of controlling a business without writing extensive rules and impinging in personal criminal data of employees. For example, Big Data may consent preventive knowledge of where and in which occasions business crimes are more likely to happen, where to direct audits, which facts or documents needs to be checked in depth, how to make sample controls, etc.

The above is even more evident considering the reporting duties laid down by the EU Directive 2014/95/EU and the metric exercise that it mandates for large corporations⁹.

⁸Processing of personal data relating to criminal convictions and offences or related security measures shall be carried out only under the control of official authority or when the processing is authorised by EU or EU Member State law providing for appropriate safeguards for the rights and freedoms of data subjects.

⁹“*In order to enhance the consistency and comparability of non-financial information disclosed throughout the Union, certain large undertakings should prepare a non-financial statement containing information relating to at least environmental matters, social and employee-related matters, respect for human rights, anti-corruption and bribery matters. Such statement should include a description of the policies, outcomes and risks related to those matters and should be included in the management report of the undertaking con-*



Again, Big Data may furnish the metric to assess results of preventive law initiatives, consequences on environment and impacts on stakeholders, special needs to protect communities and human rights and methodologies to assess consequences of entrepreneurial decisions.

Use of data analytics for compliance matters (including KYC) will consent big achievements.

3. – That being said, it is evidently important to avoid abuses of Big Data and here we must remind the following pillar statements.

Art. 12 of the Universal Declaration of Human Rights: no one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, or to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

Art. 8.1 of the EU Convention on Human Rights: everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Art. 8.1 of the EU Charter of Fundamental Rights: everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her. Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified. Compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority.

All in all, Big Data impinge in our private life and extract knowledge on individuals often with the purpose to influence their choices (as consumers, citizens, investors). That may clash with some of the very foundation principles of EU¹⁰ and, quite obviously, has

cerned. The non-financial statement should also include information on the due diligence processes implemented by the undertaking, also regarding, where relevant and proportionate, its supply and subcontracting chains, in order to identify, prevent and mitigate existing and potential adverse impacts”.

¹⁰ I cannot but remind the words of the former Chairman of the Italian Data Protection Authority, Antonello Soro (*Big data e libertà nella dimensione digitale*, August 23, 2018): “*The new emergency for global*



generated concern, which has been repeatedly expressed by EU bodies.

The COUNCIL OF EUROPE on 23 January 2017 issued its *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data* and insisted on the following cornerstone yardsticks:

- a) ethical and socially aware use of data,
- b) need of preventive policies and risk assessment,
- c) respect of principles of purpose limitation and transparency,
- d) privacy by-design approach,
- e) pivotal role of individual's consent,
- f) anonymization of data whenever possible,
- g) centrality of human intervention (as opposed to AI) in Big Data supported decisions.

Consistently, the ADVISORY COMMITTEE OF THE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF INDIVIDUALS WITH REGARD TO AUTOMATIC PROCESSING OF PERSONAL DATA (Convention

privacy is called app economy” – The term “app economy” is one of the most appropriate definitions of the digital economy, where a significant part of trade is channelled through applications downloaded by consumers, for various purposes, on smartphones, tablets, etc.. In most cases, apps provide services free of charge or, more precisely, in exchange for non-monetary consideration: data. They are used to build consumer profiles useful for effectively directing marketing activities and therefore represent both an important asset from an economic point of view and the object of a fundamental right. Example: applications that allow obtaining information on the header of the numbers typed, drawing on a database compiled by the users themselves.

Consent: even assuming that it is actually acquired, one should ask if it is really informed and therefore if the user has actual awareness of the use that will be made of the data provided. In the absence of adequate information, the consent itself could not be considered validly given.

Transfer of contacts from the address book: the user cannot validly use these contacts – transferring them to a supplier who will use them in a commercial context – without the consent of the third party. This highlights the limits and risks of a commercial system in which the general conditions of contract, unilaterally established by digital companies (or by big techs), end up defining the perimeter of rights and freedoms.

Geopolitical impact and impact on the structure and transparency of the market: such commercial systems, with companies located mainly outside the European Union and in real data havens, are often much more elusive and “underground” than tax systems. And, perhaps, even more dangerous, if we consider that in the digital dimension.

Objective difficulty of enforcing sanctioning measures against parties towards which, in the event of non-compliance, it is rather problematic not only to resort to the criminal sanctions provided for in the event of non-compliance, but also, more simply, to effectively carry out inspection activities.

“In order to overcome these aporias, it is essential that the right to the protection of personal data and the necessary guarantees to ensure its effectiveness be recognised at international level. In a global context such as that of the network, based on interdependence and on the overcoming of borders and frontiers, the protection of rights can only be global and based on homogeneous levels of guarantee”.



108) issued on January 25, 2019 its *Guidelines on data protection and artificial intelligence* and

i) offered a series of recommendations to developers of AI solutions and public decision-makers inviting them to consider in advance (“by design”¹¹) any potential adverse effects of AI on rights of individuals, through impact assessment procedures that involve also independent committees of experts and academic institutions;

ii) asserted the need to design algorithms that do not take decisions conditioned by prejudices or on an unnecessary amount of data (Big Data) and, with a view to privacy and data protection, suggested the use of so-called ‘synthetic data’ in the training phase of the algorithm, i.e. a particular category of data anonymized by computer processing;

iii) recommended to maintain a ‘human rights by design’ approach, i.e. continuous vigilance over the algorithm and the guarantee for the right of data subjects not to be subject to decisions based on fully automated processes;

iv) called on governments and public decision-makers to ask bidders in public tenders special forms of transparency on algorithms and guarantees that preventive impact assessments on personal data have been carried out;

v) placed particular emphasis on the need to set up training programs and “digital literacy”, in order to spread awareness among the population on the potential and limits of AI.

Few months ago, the COMMITTEE OF EU MINISTERS of 13 February 2019, with its *Declaration on the manipulative capabilities of algorithmic processes* recognized that “digital services are used today as an essential tool of modern communication [...]. This results in unprecedented amounts of new data that are constantly created with mounting speed and scale. [...] Technology is an ever growing presence in our daily lives and prompts users to disclose their relevant, including personal, data voluntarily and for comparatively small awards of personal convenience. These data are used to train machine-learning technologies to prioritise search results, to predict and shape personal preferences, to alter information flows, and, sometimes, to subject individuals to behavioural experimentation. [...] Increasingly, computational means make it possible to infer intimate and detailed information about individuals from readily available data. This supports the sorting of individuals into categories, thereby reinforcing different forms of

¹¹ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Guidelines 4/2019 of November 13, 2019 on Article 25, data protection by design and by default*.



social, cultural, religious, legal and economic segregation and discrimination. It also facilitates the micro-targeting of individuals based on profiles in ways that may profoundly affect their lives. Moreover, data-driven technologies and systems are designed to continuously achieve optimum solutions within the given parameters specified by their developers. When operating at scale, such optimisation processes inevitably prioritise certain values over others, thereby shaping the contexts and environments in which individuals, users and non-users alike, process information and make their decisions. This reconfiguration of environments may be beneficial for some individuals and groups while detrimental to others [...]. Contemporary machine learning tools have the growing capacity not only to predict choices but also to influence emotions and thoughts and alter an anticipated course of action, sometimes subliminally.” Therefore “the Committee of Ministers:

i) draws attention to the growing threat to the right of human beings to form opinions and take decisions independently of automated systems, which emanates from advanced digital technologies. Attention should be paid particularly to their capacity to use personal and non-personal data to sort and micro-target people, to identify individual vulnerabilities and exploit accurate predictive knowledge, and to reconfigure social environments in order to meet specific goals and vested interests;

ii) encourages member States to assume their responsibility to address this threat by [...] considering the need for additional protective frameworks related to data that go beyond current notions of personal data protection and privacy [...]; taking appropriate and proportionate measures to ensure that effective legal guarantees are in place against such forms of illegitimate interference; and empowering users by promoting critical digital literacy skills and robustly enhancing public awareness [...];

iii) draws attention to the necessity of critically assessing the need for stronger regulatory or other measures to ensure adequate and democratically legitimated oversight over the design, development, deployment and use of algorithmic tools, with a view to ensuring that there is effective protection against unfair practices or abuse of position of market power.”

There are two remarks that seem worth emphasizing.

First, will all the above statements generate new EU rules on Big Data in the short term? We are under the impression that, albeit after a long and certainly articulated and non-easy process, we should expect that.

Second, even before the enactment of new rules, it would be a mistake to consider the



above statements as mere political orientations. Now that the data protection regulation is framed within a common EU regulation directly applicable in the whole EU, the above statements can also be taken as interpretative guidance on the interpretation and construction of individuals' rights in the Union.

The above can play an important role, all the more because the GDPR seems to fall short with respect to the need to regulate Big Data and AI.

4. – The GDPR contains itself a very strong statements: *“The processing of personal data should be designed to serve mankind. [...] GDPR respects all fundamental rights and observes the freedoms and principles recognised in the Charter as enshrined in the Treaties, in particular the respect for private and family life, home and communications, the protection of personal data, freedom of thought, conscience and religion, freedom of expression and information, freedom to conduct a business, the right to an effective remedy and to a fair trial, and cultural, religious and linguistic diversity”*.

That being said, the architecture of GDPR is however based on protection of ‘personal data’, i.e., data of identifiable individuals¹² and that limited scope leaves much out of the scope of GDPR’s protections.

In fact, whilst personal data are subject to several controls and restrictions pursuant to the GDPR, EU flows of non-personal data are basically free¹³, which means that the GDPR does not provide protections against abuses of Big Data each time they are (or appear) to process non personal data, e.g., data referred to communities and groups (as opposed to individuals) or anonymized data (that cannot be associated to identifiable natural persons)¹⁴.

¹² Art. 4(1) GDPR: *“personal data means any information relating to an identified or identifiable natural person (the data subject); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person”*.

¹³ See EU Non Personal Data Regulation 1807/2018. GIANNELLA, VENDITTI, *Il Regolamento (UE) 2018/1807 e il confine con il GDPR*, in *Privacy &*, 2019, 17.

¹⁴ Obviously, anonymization is different from mere pseudonymisation, which means only *“the processing of personal data in such a manner that the personal data can no longer be attributed to a specific data subject without the use of additional information, provided that such additional information is kept separately and is subject to technical and organizational measures to ensure that the personal data are not attributed to an identified or identifiable natural person”*. Pseudonymised data remain personal data and are subject to GDPR rules. “Whereas 26 GDPR: *Personal data which have undergone pseudonymisation,*



With respect to information on communities (neighbourhoods, work teams, churches, etc.) the risk of clustering them and taking automated decisions through AI thus remains on the table, because the GDPR is not designed to provide safeguards to communities but only to furnish a shield for individuals.

With respect to anonymized data, instead, all the legal framework of the GDPR bases on the possibility to draw a clear line distinguishing between personal data and anonym data¹⁵, but that line appears today tiny, pale and controversial¹⁶.

Here lays the first problem: data may appear anonymized but the great power entrenched in Big Data analysis may decrypt them and re-associate those data to identifiable individuals¹⁷. The EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR indeed recognized that in its Opinion 7/2015 of November 19, 2015: *“One result is the emergence of a revenue model for Internet companies relying on tracking online activity. Such Big Data should be considered personal even where anonymization techniques have been applied: it is becoming and will be ever easier to infer a person’s identity by combining allegedly ‘anonymous’ data with publicly available information such as on social media. Furthermore, with the advent of the ‘Internet of Things’, much of the data collected and communicated by the increasing number of personal and other devices and sensors will be personal data: the data collected by them can be easily related to the users of these devices whose behaviour they*

which could be attributed to a natural person by the use of additional information should be considered to be information on an identifiable natural person. To determine whether a natural person is identifiable, account should be taken of all the means reasonably likely to be used, such as singling out, either by the controller or by another person to identify the natural person directly or indirectly. To ascertain whether means are reasonably likely to be used to identify the natural person, account should be taken of all objective factors, such as the costs of and the amount of time required for identification, taking into consideration the available technology at the time of the processing and technological developments. The principles of data protection should therefore not apply to anonymous information, namely information which does not relate to an identified or identifiable natural person or to personal data rendered anonymous in such a manner that the data subject is not or no longer identifiable. GDPR does not therefore concern the processing of such anonymous information, including for statistical or research purposes.”

¹⁵ Whereas 26 of the GDPR explicitly states that “principles of data protection should therefore not apply to anonymous information, namely information which does not relate to an identified or identifiable natural person or data rendered anonymous in such a manner that the data subject is no longer identifiable.”

¹⁶ Very much the same happens with respect to common data, sensitive data and judicial data; in a Big Data scenario the analytics may infer sensitive data from common data and the distinction is puts at stake.

¹⁷ According to Whereas 26 “To determine whether a natural person is identifiable, account should be taken of all the means reasonably likely to be used, such as singling out, either by the controller or by another person to identify the natural person directly or indirectly. To ascertain whether means are reasonably likely to be used to identify the natural person, account should be taken of all objective factors, such as the costs of and the amount of time required for identification, taking into consideration the available technology at the time of the processing and technological developments”.



will monitor. These may include highly sensitive data including health information and information relating to our thinking patterns and psychological make-up”.

This is what is otherwise called in literature as ‘singling-out’: data which are apparently anonymized can be used to retrieve ‘personal’ data using analytics.

If we start considering that very few data are thus actually anonym, and the majority of those only pretend to be anonym (but in reality they are not), then the GDPR applies and a big clash emerges, principally because rules on transparency, profiling and automated decisions of the GDPR must apply.

5. – Among the foundations of the GDPR we easily trace the principles of transparency (data subjects must be aware of the processing of their data, by whom, for which purposes, how) and purpose limitation (a controller may not process data for purposes other than those disclosed).

The above triggers that data subjects must receive a full notice on the processing of their data (as dictated by Articles 13/14 GDPR) and, as stated in Art. 6.1(b) GDPR, personal data may be collected only for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a manner that is incompatible with those purposes¹⁸.

That poses at least three material issues in respect of Big Data and data analytics through AI¹⁹.

The first issue is that Big Data are not always collected directly from the controller that pulls them in the data analytics engine. That may happen, of course; for instance when a social network collects digital traces of its members and then analyse them²⁰.

¹⁸ And, where the processing for a purpose other than that for which the personal data have been collected is not based on the data subject’s consent or on a EU or EU Member State law which constitutes a necessary and proportionate measure in a democratic society, the controller shall, in order to ascertain whether processing for another purpose is compatible with the purpose for which the personal data are initially collected, take into account, inter alia: (a) any link between the purposes for which the personal data have been collected and the purposes of the intended further processing; (b) the context in which the personal data have been collected, in particular regarding the relationship between data subjects and the controller; (c) the nature of the personal data, in particular whether special categories of personal data are processed, pursuant to Article 9, or whether personal data related to criminal convictions and offences are processed, pursuant to Article 10; (d) the possible consequences of the intended further processing for data subjects; (e) the existence of appropriate safeguards, which may include encryption or pseudonymisation.

¹⁹ MANTELERO, *La privacy all’epoca dei big data*, in *I dati personali nel diritto europeo*, Torno, 2019, p. 1181.

²⁰ Whereas 30 GDPR: *Natural persons may be associated with online identifiers provided by their devices, applications, tools and protocols, such as internet protocol addresses, cookie identifiers or other*



Here, the Big Data collector and analyser is the direct point of contact of the social network members. But in certain instances the Big Data controller first collects data from various sources (social networks, public data, sellers of data bases, large retail businesses), then puts them together and finally makes the analysis without having had any direct relationship with the data subjects. In this second scenario, the data subject should be informed from the beginning (say – from the time he/she subscribes a fidelity card in a shop or a membership in a social network) that his/her personal data can go through the whole chain from the shop to the distributor to the manufacturer to the Big Data player and, here is the point, the data subject should be informed since that very moment of the purpose for which his/her data will be processed by each player along the chain.

The second issue is the legal relationship between controllers down the chain. Are they autonomous controllers, or co-controllers or one is a processor and the other the real controller? Clearly, the liability regime (vis-à-vis data subjects and authorities) may change.

The third related issue is that the data controller should be able to inform the customer of all uses of his/her data but nobody can precisely define that at that stage, also because the inferred knowledge that data analytics will provide (and the uses of those knowledge once it has emerged) is unknown before the analytics is done and the outcome of the analysis is delivered. The data analytics will in other terms often shed light on unexpected correlations or patterns and, only once those correlations have emerged (ex post), their value and the potential use of those will become clear.

Hence, either we give a formalistic application to the GDPR and consider sufficient to insert in the initial privacy notices a generic warn that data could be subject to data analytics and used for marketing; or, conversely, we impose new and more detailed notices to the data subject from time to time as soon as more information on purposes and methodologies of processing is available, which risks to compel data players to continuously update initial privacy notices with a storm of confusing and constant communications.

It seems evident that the mechanism itself (notice and purpose limitation) works well in a one-to-one legal relationship (one controller vis-à-vis one data subject) and does not work efficiently when there are intermediate controllers who handle billion of data on million people.

identifiers such as radio frequency identification tags. This may leave traces which, in particular when combined with unique identifiers and other information received by the servers, may be used to create profiles of the natural persons and identify them.



6. – GDPR is strict on the ability of data controllers to profile natural persons. As a start, the notion of profiling²¹ is broad and includes “any form of automated processing of personal data consisting of the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person, in particular to analyse or predict aspects concerning that natural person’s performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behaviour, location or movements”.

On top of that it should also be considered that the GDPR applies extensively in terms of territory²², its Art. 3.2.b in fact clarifies amongst others that “GDPR applies to the processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or processor (even) not established in the Union, where the processing activities are related to the monitoring of their behaviour as far as their behaviour takes place within the Union”.

The above results in a large notion of profiling and a large scope of territorial application²³. And many are the rules applicable to profiling under the GDPR that create issues in a Big Data economy.

a) Pursuant to Art. 13.2.f GDPR²⁴ (information to be provided where personal data

²¹ DESTRI, LOTTO, *La profilazione*, in *Il processo di adeguamento al GDPR*, Milano, 2018, 459; PIERRUCCI, *Elaborazione dei dati e profilazione delle persone*, in *I dati personali nel diritto europeo*, Torno, 2019, p. 131.

²² ODDENINO, *Reflections on big data and international law*, in *Dir. Comm. Int.*, 2017, p. 777. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3)*, November 12, 2019.

²³ That extra-territorial application has however some limits. In its recent decision, the European Court of Justice (ECJ, 24 September 2019, Google LLC vs. CNIL, Case C-507/17) has settled a dispute between Google and the CNIL (the French Data Protection Authority) as to how a search engine operator is to give effect to the right to de-referencing. Where a search engine operator grants a request for de-referencing, is that operator required to carry out that de-referencing on all versions of its search engine, or, on the contrary, only on the versions of that search engine corresponding to all the EU Member States? The fact that a search engine is operated by an undertaking that has its seat in a third State cannot result in the processing of personal data escaping the obligations and guarantees laid down by EU laws. The internet is a global network without borders and search engines render the information and links contained in a list of results displayed following a search conducted on the basis of an individual’s name ubiquitous. In a globalised world, internet users’ access — including those outside the EU — to the referencing of a link referring to information regarding a person whose centre of interests is situated in the EU is thus likely to have immediate and substantial effects on that person within the EU itself. Still, EU legislature have not chosen to confer a scope on the rights which goes beyond the territory of the Member States, not to impose on an operator, like Google, a de-referencing obligation which also concerns the national versions of its search engine that do not correspond to the Member States. It follows that, currently, there is no obligation under EU law, for a search engine operator, to carry out such a de-referencing on all the versions of its search engine.

²⁴ See VECCHI, MARCHESE, ORTILLO, *Le disposizioni generali e le definizioni in materia di protezione*



are collected from the data subject), “the data controller shall, at the time when personal data are obtained, provide the data subject with the following [...] information necessary to ensure fair and transparent processing: [...] the existence of automated decision-making, including profiling, [...] and, at least in those cases, meaningful information about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject”²⁵. But how may that happen when the “logic” is developed through AI (i.e., a non-human intelligence that develops and transform itself over time and departs from the initial human-written algorithm by machine learning)? In other terms, how can a controller inform a data subject on something that the controller itself does not know and cannot know because the logic is developed by an AI beyond human abilities?

b) One should also consider that the hidden patterns and correlations that are discovered through data analytics (and which allow the profiling of an individual) are the result of the analytics and become evident only at the end of it when their value and potential use is uncovered. We are used to learn on books about the scientific method: a scientist observes something that happens on nature, conceives a theory that could explain it and at this point tests the validity of such theory with experiments. In a Big Data world the process is reversed. There is no (human) theory at inception and then specific (human) test. What happens is often the reverse. Large amounts of different data are put in the turbine of data analytics and unexpected and non-searched correlations emerge, which of course have a value but were not intended to be found. But then, if it is so, how can a controller inform the data subject on consequences of the processing when the outcomes of the analytics are defined only at the end of the process and not before?

7. – As we have briefly mentioned earlier, the GDPR contains a very strict regulation of decisions taken with automated means (including decisions based on automated profiling) by processing personal data.

dei dati personali, in *Commentario al regolamento UE 2016/679 e al codice della privacy aggiornato*, Ed. Top Legal, 2019, p. 121.

²⁵ Similarly, Art. 15.1.h of GDPR provides that: “The data subject shall have the right to obtain from the controller confirmation as to whether or not personal data concerning him or her are being processed, and, where that is the case, access to the personal data and the following information: [...]the existence of automated decision-making, including profiling, [...] and, at least in those cases, meaningful information about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject.”



Pursuant to Articles 22 and 70.1.f GDPR ²⁶,

1. the data subject has the right not to be subject to a decision based ‘solely’ on automated processing, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her;

2. the prohibition above does not apply only if the decision: (a) is (strictly) necessary for entering into, or performing a contract between the data subject and the data controller; or (b) is authorized by EU or EU Member State law to which the controller is subject and which also lays down suitable measures to safeguard the data subject’s rights and freedoms and legitimate interests; or (c) is based on the data subject’s ‘explicit’ consent;

3. in the cases referred to in points 2.(a) and 2.(c), the data controller shall implement suitable measures to safeguard the data subject’s rights and freedoms and legitimate interests, at least the right to obtain human intervention on the part of the controller, to express his or her point of view and to contest the decision; and, in any event,

4. automated decisions may not be based on special categories of personal data (health, political orientation, etc.) ²⁷ unless there is the data subject’s ‘explicit’ consent or there is substantial public interest ²⁸ and suitable measures to safeguard the data subject’s rights and freedoms and legitimate interests are in place ²⁹.

Now, it is hard to reconcile that with a Big Data environment.

In fact:

²⁶ MESSINETTI, *La tutela della persona umana versus l’intelligenza artificiale. Potere decisionale dell’apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, in *Contr. Impr.*, 2019, p. 861.

²⁷ Categories listed in Article 9(1) GDPR.

²⁸ Point (a) or (g) of Article 9(2) GDPR.

²⁹ Whereas 71 of the GDPR explains that “the data subject should have the right not to be subject to a decision, which may include a measure, evaluating personal aspects relating to him or her which is based solely on automated processing and which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her, such as automatic refusal of an online credit application or e-recruiting practices without any human intervention. [...]. However, decision-making based on such processing, including profiling, should be allowed where expressly authorized by Union or Member State law to which the controller is subject, including for fraud and tax-evasion monitoring and prevention purposes conducted in accordance with the regulations, standards and recommendations of Union institutions or national oversight bodies and to ensure the security and reliability of a service provided by the controller, or necessary for the entering or performance of a contract between the data subject and a controller, or when the data subject has given his or her explicit consent. In any case, such processing should be subject to suitable safeguards, which should include specific information to the data subject and the right to obtain human intervention, to express his or her point of view, to obtain an explanation of the decision reached after such assessment and to challenge the decision”.



– data analytics are often based on AI and AI produces automated decisions, including decisions based solely on AI; forbidding only automated decisions is a great roadblock on AI's full exploitation and moves from an assumption, that a human decision is qualitatively better than an AI decision;

– explicit, free, informed and unequivocal consent³⁰ (which is one of the ways to unblock the possibility of automated decisions) requires full data subject's information on purposes and methodologies of the data analytics but, as we have seen above, that is hardly doable when the purpose and the outcome of data analytics cannot be defined (and communicated) before the processing and inferences and correlations and their potential uses and value emerge only after such analytics; notices to data subjects at the start of the process will therefore be inevitably general, but that conflicts with the need of an explicit and full consent;

– stating that safeguards are necessary is just right, but which safeguards are necessary in an AI and Big Data scenario? I suspect that regulation should clarify it and clear the path for those who want to engage in this business without taking imponderable risks;

– which meaning can we give to the 'human intervention factor' that the controller must ensure upon data subject's request? When is that intervention enough to satisfy the rule and when is it a fake or irrelevant intervention?

Whereas 71 of the GDPR indicates a path: *"In order to ensure fair and transparent processing in respect of the data subject, taking into account the specific circumstances and context in which the personal data are processed, the controller should*

a) use appropriate mathematical or statistical procedures for the profiling,

b) implement technical and organizational measures appropriate to ensure, in particular, that factors which result in inaccuracies in personal data are corrected and the risk of errors is minimized,

c) secure personal data in a manner that takes account of the potential risks involved for the interests and rights of the data subject and that prevents, inter alia, discriminatory effects on natural persons on the basis of racial or ethnic origin, political opinion, religion or beliefs, trade union membership, genetic or health status or sexual orientation, or that result in measures having such an effect".

³⁰ CAGGIA, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel diritto europeo*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2019, p. 1.



However, without guidance on what is fair and transparent, appropriate and secure I am afraid that we will be lost in translation between the general principles of the law and the need of specific rules which can give firm ground to investments in this field.

The very same problems arise when we confront ourselves with the need of a data protection impact assessment (DPIA) based on Art. 35 of GDPR. In accordance with that article a DPIA “*shall in particular be required in the case of [...] a systematic and extensive evaluation of personal aspects relating to natural persons which is based on automated processing, including profiling, and on which decisions are based that produce legal effects concerning the natural person or similarly significantly affect the natural person*” and the DPIA shall contain at least: “(a) a systematic description of the envisaged processing operations and the purposes of the processing, including, where applicable, the legitimate interest pursued by the controller; (b) an assessment of the necessity and proportionality of the processing operations in relation to the purposes; (c) an assessment of the risks to the rights and freedoms of data subjects; and (d) the measures envisaged to address the risks, including safeguards, security measures and mechanisms to ensure the protection of personal data and to demonstrate compliance with GDPR taking into account the rights and legitimate interests of data subjects and other persons concerned. Where appropriate, the controller shall seek the views of data subjects or their representatives on the intended processing, without prejudice to the protection of commercial or public interests or the security of processing operations.

Once again, the question is how that may happen with respect to data analytics and AI, when the outcome of the processing (and the use of it that the controller will do) come to the surface after the analytics being made and the unforeseen correlations are found.

More, can we really expect that views of data subjects are sought? Regardless of the disposition of the data controller to request those views, it is the same width in the scope of data and multitude of data subjects that render the exercise extremely heavy.

8. – The legal philosophy at the base of the GDPR seems to diverge considerably as compared to the business philosophy that boosts data analytics³¹.

³¹ FAINI, *Big data e internet of things: data protection e data governance alla luce del regolamento europeo*, in *Il processo di adeguamento al GDPR*, Milano, 2018, 459. CESANA, *Dati personali e big data: la nuova privacy europea*, in *Big Data: privacy, gestione, tutele*, Torino, 2018, p. 111. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017,



- The GDPR establishes the need of a risk based approach when processing data (the other tip of the coin is the accountability of the controller), whereas risks of big data analytics are inherently high.
- The GDPR is based on purpose limitation, whereas data analytics is carried out to produce outcome whose uses are not visible before analytics is made. Further, the GDPR imposes transparency whereas it is almost impossible to provide precise information on purpose and use of the output before data are collected and the analysis is done.
- The GDPR stipulates especially strict rules on profiling and automated decisions, but this hardly can match with AI.
- The GDPR protects individuals, whereas Big Data pose issues also for groups and communities.

This is why In July 2019, the Italian data protection, antitrust and TLC authorities issued guidelines that stressed the following points³²:

- a) Information duties in GDPR are not enough,
- b) Approach limited to individuals does not suffice,
- c) Big Data are inherently transnational and must be addressed through international cooperation,
- d) Anonymization must be actual,
- e) Control of unfair practices by antitrust authority has to be enhanced and new merger controls approach has to be taken into account,

p. 369. MAGLIO, *Ripensare il futuro della protezione dei dati personali. Le tecnologie in evoluzione nell'era dell'intelligenza artificiale e dei big data*, in *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali*, Maggioli, 2019, p. 871.

³² In July 2019, the Italian GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, the AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO and AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI issued guidelines that stressed the following points: 1. *Government and Parliament to consider new rules for full and effective transparency on use of personal data (towards individuals and collectivities)*, 2. *International cooperation to be reinforced*, 3. *Single policy on extraction, access and use of publicly available data for public use and coordination with single digital market*, 4. *Reduce information asymmetries between users and digital players and between platforms and other business players*, 5. *Determine nature and title to data and effective anonymization prior to processing data*, 6. *Provide new instruments for on-line pluralism, transparency and awareness*, 7. *Consumerist approach through antitrust instruments to be extended to service level, innovation and equity*, 8. *Reform merger controls*, 9. *Enhance portability and mobility of data*, 10. *New audit rights for authorities and increase sanctions*, 11. *Permanent coordination among the three authorities*. See also Delibera 217/17/CONS of May 30, 2017 of the AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Avvio di un'indagine conoscitiva sui big data*; and AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera 217/17/CONS* of June 2018.



f) Data portability is an effective tool to rebalance the position of data subjects vis-à-vis controller and it should be extended also beyond GDPR rules,

g) Powers of public authorities in TLC, antitrust and data protection must be exercised consistently in an integrated fashion.

We cannot be content with simply underlining the above legal issues. A legal solution should be sought. And we cannot but only looking forward new regulations.

Potentially, one way through could be to consider data protection rules not as an isolated archipelago but as part of the thorough civil and commercial law system and, hence, apply to Big Data a combination of rules taken from the GDPR and the legal standards of EU continental law (fairness and loyalty, consumer protection, etc.).

If we look to Big Data from that standpoint, some solutions seem to emerge.

i. On the inherent risk of Big Data³³: Italian law does not prohibit an entrepreneurial activity because it is risky. On the contrary, specific standards are rules out in case of activities embedding significant risks. Pursuant to art. 2050 of the Italian civil code, the one who causes third party damage in the pursuance of the a risky activity, whether because of its very nature or the means that are used for that activity, shall redress the damage unless it proves to have used all the adequate measures to avoid the damage. That rule should apply to Big Data, it being however understood that the rules must be interpreted on the basis of the ‘state of the art’ without forcing players to unreasonable spending³⁴.

³³ See the extensive and argumented reasoning in *Intelligenza Artificiale e diritto*, in *Giur. It.* 2019, 9, 1657 ff., especially RUFFOLO, *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, p. 1689.

³⁴ Whereas 78 GDPR states: “When developing, designing, selecting and using applications, services and products that are based on the processing of personal data or process personal data to fulfil their task, producers of the products, services and applications should be encouraged to take into account the right to data protection when developing and designing such products, services and applications and, with due regard to the state of the art, to make sure that controllers and processors are able to fulfil their data protection obligations”. And Whereas 81 adds: “In order to maintain security and to prevent processing in infringement of this Regulation, the controller or processor should evaluate the risks inherent in the processing and implement measures to mitigate those risks, such as encryption. Those measures should ensure an appropriate level of security, including confidentiality, taking into account the state of the art and the costs of implementation in relation to the risks and the nature of the personal data to be protected. In assessing data security risk, consideration should be given to the risks that are presented by personal data processing, such as accidental or unlawful destruction, loss, alteration, unauthorised disclosure of, or access to, personal data transmitted, stored or otherwise processed which may in particular lead to physical, material or non-material damage”. The same principles can be traced in Art. 25.1 GDPR (privacy by design) and Art. 32.1 (security of processing).



ii. On data transparency and purpose limitation: the data subject must be informed that his/her data that those data could be used for data analytics and should also be informed at least of the general purposes of that analytics (i.e., whether for marketing, of public interest, or political surveys or other). This may be way too generic for full transparency and explicit consent and, conversely, mandating Big Data players to continuously integrate and detail information each time that analytics is done could be far too burdensome (considering that data subjects to be informed could be in the range of million). However, nothing forces the data controllers to provide the privacy notices with individual letters (one per each data subject). A privacy notice on the website could be enough³⁵ also because other way of notifying individuals can be disproportionate³⁶. Hence, a general privacy notice at the time of collecting the data could cover data analytics by a Big Data player if that one publicly provides more detailed information on its website.

iii. On profiling and automated decisions: the same line of reasoning could be adopted and the requirements of the GDPR should be viewed taking into account fairness, state of the art and reasonable costs. If so, information on the logic and consequences of the processing and DPIA could be make available through the Big Data player's website and human intervention and safeguards adopted to govern automated decisions will need to be interpreted not as absolute guarantees (*obbligazioni di risultato*) but as best effort obligations to be bench marketed to the state of the art.

In sum, what really counts is to put data subjects in the position to exercise their right to object³⁷. Once this result is achieved, the market will regulate itself.

³⁵ Art. 12.1 GDPR states that “*The controller shall take appropriate measures to provide any information referred to in Articles 13 and 14 and any communication under Articles 15 to 22 and 34 relating to processing to the data subject in a concise, transparent, intelligible and easily accessible form, using clear and plain language, in particular for any information addressed specifically to a child. The information shall be provided in writing, or by other means, including, where appropriate, by electronic means*”.

³⁶ Art. 14.5(b) GDPR.

³⁷ The data subject shall have the right to object, on grounds relating to his or her particular situation, at any time to processing of personal data concerning him or her which is based on point (e) or (f) of Article 6(1), including profiling based on those provisions. The controller shall no longer process the personal data unless the controller demonstrates compelling legitimate grounds for the processing which override the interests, rights and freedoms of the data subject or for the establishment, exercise or defence of legal claims. Where personal data are processed for direct marketing purposes, the data subject shall have the right to object at any time to processing of personal data concerning him or her for such marketing, which includes profiling to the extent that it is related to such direct marketing.



Abstract

This short article recapitulates the notion of Big Data and the difficult match between Big Data and current data protection rules (purpose limitation, transparency, consent, profiling and automated decisions). After doing that, the Author tries to indicate an interpretative way to reconcile massive use of large data sets to profile individuals with the principles of the GDPR.



GIUSEPPE GRISI

Professore ordinario di Diritto privato – Università Roma Tre

LA LEZIONE DEL CORONAVIRUS

SOMMARIO: 1. *L'ardua sfida del COVID-19.* – 2. *Questa tragedia umana era proprio imprevedibile? La latitanza della prevenzione.* – 3. *Il coronavirus e il degrado ambientale. Un campanello d'allarme e un monito all'umanità.* – 4. *Immaginando il dopo COVID-19.*

1. – Ricorderemo la strana Pasqua del 2020 per averla trascorsa in clausura, nel pieno di un'emergenza epidemiologica che non oscura l'azzurro intenso e limpido del cielo primaverile. Ed anche il primo maggio si preannuncia inedito, perché dall'assedio del COVID-19 non saremo certamente liberati. Mentre scrivo molto si discute, in un clima confuso, di una fase 2 da inaugurare perché l'emergenza economica si sta rivelando più pressante di quella sanitaria. Continuano a morire centinaia di persone al giorno e migliaia sono i nuovi contagiati e ci si prepara ad uscire, gradualmente ma senza un piano programmato, dal *lockdown*. Si naviga a vista ed oltre l'orizzonte è imperscrutabile.

In periodi come questo tutti i giorni si somigliano ed eppure a dominare è l'inconsueto. La nostra vita è cambiata e la dura realtà sollecita a riflettere, a tutto campo, su cose e questioni le più disparate. Capita di scoprire che le bazzecole tali non sono, che tutto ha un valore: è come se improvvisamente il mondo si fosse messo a girare all'incontrario e anche questo è insolito. E nuovo è anche il COVID-19, che faticosamente stiamo cercando di conoscere, per addomesticarlo, come è nostra abitudine fare in questo ed altri frangenti analoghi. Vi riusciremo? Certezze non ne abbiamo; l'unica – a tutti ben chiara – è che con il coronavirus che ci ha aggredito dovremo, forse per sempre, convivere¹. Abbiamo, poi, anche imparato che altri virus, diversi da questo, sono in piena atti-

¹ L'eventualità che il virus si autoestingua per non più comparire non è teoricamente da escludere, ma è data per assai improbabile. La somministrazione di un vaccino – che non è prossima (circolano, al riguardo, diverse voci e c'è chi parla, addirittura, della fine del 2021) – non impedirà al virus di continuare a circola-



vità² e che altri ancora potrebbero in futuro, senza preavviso, farsi vivi e provocare effetti anche peggiori di quelli, catastrofici, che stiamo purtroppo constatando. Meglio, dunque, rassegnarci e cercare di non farci trovare impreparati quando saremo chiamati ancora una volta a contrastare l'azione di questi temibili organismi: diventa, allora, importante far tesoro dell'esperienza fatta e – ciò vale per noi e per le generazioni a venire – tener sempre desta la memoria di quelle, analoghe, ciclicamente ricorrenti nella storia dell'umanità³.

Gli scienziati, quale che sia il settore di cui si occupano, traggono dall'osservazione di fasi così delicate della storia infiniti spunti di riflessione: i giuristi non fanno eccezione⁴. Già non si contano gli scritti pubblicati, molti dei quali frutto di analisi approfondite che, maturate a così breve distanza dall'evento, lasciano stupefatti e suscitano ammirazione. A stretto ridosso della comparsa del COVID-19, molte riviste elettroniche che si occupano di diritto hanno, senza indugio, rivolto al nuovo arrivato specifica attenzione, aprendo forum di discussione, sviscerando in dossier dedicati le varie questioni legate all'epidemia e ospitando contributi destinati ad alimentare un dibattito che si annuncia duraturo e stimolante⁵. Alcuni Atenei hanno aggiornato i loro siti attivando *link* di interesse giuridico dediti allo studio degli effetti del coronavirus⁶ ed altri siti sono nati, su

re, ma assicurerà, si spera in modo totale e definitivo, l'immunizzazione dalla malattia. Sono in via di sperimentazione farmaci efficaci che saranno, forse, disponibili entro l'anno corrente, ma serviranno a curare e non a tenerci indenni dal rischio di contrarre l'infezione.

² Si pensi a quello del morbillo, che ancora miete vittime nel mondo. Ciò è dovuto, essenzialmente, all'inadeguatezza dell'attuale copertura vaccinale, come denunciato dall'Organizzazione mondiale della sanità che, nel solo 2018, ha stimato in 140.000 il numero dei morti – per lo più bambini di età inferiore ai 5 anni – provocati dalla malattia.

³ Altre pandemie, nel passato, hanno determinato effetti ancor più nefasti di quella attuale: basti pensare, nemmeno così lontana nel tempo, all'influenza spagnola che negli anni 1918/1920, contagiò circa un terzo della popolazione mondiale, provocando decine di milioni di morti in una popolazione malnutrita e fortemente debilitata dalla guerra.

⁴ La materia di studio è perennemente attuale – come dimostra l'indagine di M. ASCHERI, *Rimedi contro le epidemie. I consigli di diritto europeo dei giuristi (Secoli XIV-XVI)*, Canterano, 2020 – ed anche in quest'epoca sono molti i cultori del diritto che hanno rivolto attenzione alle questioni attinenti al rischio ed agli eventi catastrofici. Tra l'altro, è attivo da diversi anni, legato all'Università di Bologna, un *open access journal* dal titolo "Governare la paura", in <https://governarelapaura.unibo.it/> che ospita saggi e ricerche di grande interesse su questi temi.

⁵ Si vedano, *ex plurimis*, Nomos. Le attualità nel diritto (nomos-leattualitaneldiritto.it), Diritti Regionali (dirittiregionali.it), BioDiritto (biodiritto.org), Forum di Quaderni Costituzionali (forumcostituzionale.it), federalismi.it (federalismi.it).

⁶ È il caso dell'Università di Urbino (www.uniurb.it), nel cui sito ora compare in grande evidenza una sezione intitolata *Coronavirus. Misure in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19* che raccoglie fonti normative, provvedimenti, sentenze, note e commenti.



iniziativa di giuristi, per raccogliere materiali e commenti sull'emergenza COVID-19⁷.

Da civilista, anche a me è capitato di prestare interesse al “diritto della crisi”, precisamente quando, coordinando i lavori di un gruppo di ricerca italo-spagnolo, ho avuto modo di analizzare l'impatto su categorie e istituti giuridici fondamentali del diritto privato della crisi economico-finanziaria che nel 2008 colpì pesantemente, in special modo, il mondo occidentale⁸.

Fu una sfida dura da affrontare. Quella crisi ebbe un forte impatto sull'economia a livello globale, ma i Paesi in condizioni meno floride e più di altri indebitati, come l'Italia, ne patirono maggiormente gli effetti. La reazione, all'epoca, portò all'adozione di provvedimenti volti ad evitare il *default* nei conti pubblici, a dare ossigeno al sistema economico e finanziario, a venire incontro alle esigenze dei debitori in crisi di liquidità: ne sono testimonianza, soprattutto, i molti decreti legge adottati dal governo “tecnico” presieduto da Mario Monti incidenti in modo energico nei settori più disparati⁹ e la l. 27 gennaio 2012, n. 3 che, significativamente, raccoglie in un unico corpo disposizioni in tema di usura, di estorsione e di composizione delle crisi da sovraindebitamento¹⁰.

Quella di oggi è più di una sfida e non a caso è invalso l'uso di far richiamo alla guer-

⁷ Così, l'Associazione Diritto Pubblico Comparato e Europeo e l'Associazione Italiana di Diritto Comparato hanno dato vita al sito <https://comparativecivildlaw.com>.

⁸ Presentai il progetto nel 2011 e, trascorsi tre anni, i risultati della ricerca sono confluiti in G. GRISI (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Napoli, 2014.

⁹ Il primo, se non andiamo errati, è il c.d. Decreto salva Italia (d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, nella l. 22 dicembre 2011, n. 214) che ha varato una manovra correttiva da 30 miliardi (dando il via, tra l'altro, alla riforma del sistema pensionistico), per mettere in sicurezza i conti e per assicurare nel 2013 il pareggio di bilancio. A seguire, sono stati emanati: a) il c.d. Decreto cresci Italia (d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, nella l. 24 marzo 2012, n. 27) recante *disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività che hanno comportato* l'alleggerimento di oneri alle imprese ed apertura alle liberalizzazioni; b) il c.d. Decreto semplifica Italia (d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito, con modificazioni, nella l. 4 aprile 2012, n. 35) contenente anche disposizioni in materia di agenda digitale e sviluppo dei settori della innovazione, ricerca e istruzione, turismo e infrastrutture energetiche; c) il c.d. Decreto sviluppo (d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134), con misure urgenti per la crescita del Paese, nei settori più vari; d) il c.d. Decreto sviluppo bis (d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221) recante ulteriori misure volte a promuovere innovazione tecnologica e digitalizzazione nel mercato e nella pubblica amministrazione.

¹⁰ Ma molte altre normative integrano disposizioni volte a fronteggiare la difficile situazione venutasi a determinare: tra esse, ad esempio, il d.l. 10 febbraio 2009, n. 5 (convertito, con modificazioni, nella l. 9 aprile 2009, n. 33) che disciplina i distretti produttivi e le reti di imprese, il d.m. 3 febbraio 2011 che reca determinazioni in materia di credito ai consumatori, la l. 11 novembre 2011, n. 180 che definisce lo statuto delle imprese e dell'imprenditore e istituisce il Garante per le micro, piccole e medie imprese. Si elaborano, in questa fase, progetti, mai compiutamente realizzati, di riqualificazione della spesa pubblica e *spending review*.



ra. Non trovo che l'accostamento sia appropriato, ma l'impressione che la pandemia abbia provocato un'autentica catastrofe, di proporzioni mai viste prima d'ora¹¹, vale forse a giustificarlo. L'economia è depressa. Il presente è, per molti, fosco e il futuro minaccioso. La povertà cresce e si accentuano le disuguaglianze. Il dissesto incide su un tessuto già debilitato dalla crisi del 2008 che, in Italia, ha lasciato strascichi ancor oggi tangibili. Uscire dal tunnel sarà un'impresa anche perché gli effetti dell'epidemia, destinati a protrarsi e chissà per quanto tempo, appaiono oltre che catastrofici, pervasivi: nessun ambito della vita individuale e collettiva è risparmiato.

Non avendo, i singoli Paesi, da soli e con le proprie risorse, possibilità di tirarsi fuori da un'emergenza di queste proporzioni e di queste dimensioni, voci autorevoli, da più parti, evocano l'assoluta necessità di un nuovo Piano Marshall¹², richiamato per mettere l'accento sull'eccezionalità del momento e sull'esigenza di fronteggiarlo, a livello globale¹³, con interventi straordinari rispondenti a logiche di ricostruzione economica, sociale e morale analoghe a quelle che hanno consentito ai Paesi dell'Occidente di attivare un processo di crescita nel secondo dopoguerra. Allo stato, tuttavia, osservando quel che accade in Italia¹⁴, in Europa¹⁵ e nel mondo¹⁶, di quel Piano Marshall non c'è traccia, né

¹¹ Mario Draghi, in un articolo pubblicato dal *Financial Times* alla fine del marzo scorso, ha parlato di una «tragedia umana potenzialmente di proporzioni bibliche». Lucida e impietosa la sua analisi: «mentre molti affrontano il rischio di perdere la vita, molti di più rischiano di perdere i mezzi di sussistenza. Giorno dopo giorno, le notizie economiche peggiorano. Le aziende fanno i conti con perdite nell'intero sistema economico. Molte già si stanno ridimensionando e licenziano lavoratori. Una **profonda recessione** è inevitabile» e occorre fare di tutto per evitare che «si trasformi in una prolungata depressione».

¹² Lo si invoca anche nella lettera inviata al Direttore de *L'Avvenire* dalla Presidente della Commissione Europea Ursula von der Leyen il 4 aprile 2020 (il testo integrale può leggersi in www.avvenire.it), pur se in un'ottica solidarista che potremmo definire «all'olandese» in quanto – come nota G. DI GASPARÉ, *MES, CORONABOND, BCE/ Italia, gli errori da evitare e la mossa possibile per salvarci*, intervista rilasciata al quotidiano on line *IlSussidiario.net* (in www.ilsussidiario.net) ed ivi pubblicata il 5 aprile scorso – imperniata su «gesti autonomi di generosità da parte degli altri partners» e non sul «principio della «coesione economica e sociale»».

¹³ È impensabile, però, che i singoli Paesi, da soli e con le proprie risorse, possano farcela a tirarsi fuori da un'emergenza di queste proporzioni e di queste dimensioni.

¹⁴ Nel sito della Gazzetta Ufficiale (www.gazzettaufficiale.it) un link rimanda alla voce «Coronavirus» che raccoglie – con accesso libero e immediato – tutti gli atti recanti misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Trattasi di misure di varia natura, incidenti su piani diversi, opinabili quanto ad efficacia e rispondenza alla gravità della situazione (cfr. quelle al primo impatto prospettate da G. DI GASPARÉ, *Effetto domino del coronavirus sull'economia, alcune proposte di contrasto ad impatto immediato*, nella rivista elettronica *Amministrazione In Cammino*, 2020). Per ragioni facili da intuire, è stato il Governo ad adottare la gran parte dei provvedimenti. Tra i più significativi: a) il D. L. 17 marzo 2020, n. 18 che, emanato nella fase più acuta dell'epidemia, contiene disposizioni relative al potenziamento del Servizio sanitario nazionale e al sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese, nonché in materia di giustizia, di trasporti, per i settori agricolo e sportivo, dello spettacolo e della cultura,



sembra essere maturata la consapevolezza che – voglio riprendere le parole impiegate da Papa Francesco – siamo «tutti chiamati a remare insieme, tutti bisognosi di confortarci a vicenda. Su questa barca... ci siamo tutti»¹⁷. Nemmeno il coronavirus è riuscito a ri-

della scuola e dell'università; b) il D.L. 8 aprile 2020, n. 23, che introduce misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro e proroga di termini amministrativi e processuali. Altre misure sono state oggetto di Decreti del Presidente del Consiglio – emanati in forza dell'art. 3 del D.L. 23 febbraio 2020 (convertito, con modificazioni, nella L. 5 marzo 2020, n. 13) – e pure numerose sono state le ordinanze ministeriali e della Protezione civile. Anche le Regioni hanno, con ordinanze, operato interventi e in più di un caso la sovrapposizione ha generato confusione e incertezza sulle regole da applicare. Su questo ed altri problemi – si pensi alle misure limitative di libertà costituzionali introdotte mediante atti che, a detta di taluno, sarebbe spettato al Parlamento adottare – il dibattito tra i costituzionalisti è aperto [in argomento, v. – entrambi pubblicati in *Consulta OnLine*, 2020 (nel sito www.giurcost.org) – M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*; T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*].

¹⁵ È questo il terreno ove si gioca la partita più importante. Si preannuncia una recessione globale di proporzioni mai viste e, ciò nonostante, l'Europa fatica a comprendere che, in gioco, non c'è soltanto la sorte dei singoli Stati, ma quella del progetto di unificazione europea che, già instabile e indebolito, rischia il definitivo fallimento. I segnali sinora giunti sono timidi e, per l'Italia, le decisioni che si «stanno prendendo (...) in gran fretta (...)» sono tutte strade piuttosto rischiose» (così G. DI GASPARÉ, *MES, CORONABOND, BCE/ Italia, gli errori da evitare e la mossa possibile per salvarci*, cit.) e, in larga parte e con qualche aggiustamento, già sperimentate in situazioni che con quella attuale hanno poco a che spartire; mentre da più parti si invoca l'adozione di misure straordinarie e *ad hoc* calibrate (v., ancora, G. DI GASPARÉ, *Coronavirus, come la BCE può trasferire subito la liquidità necessaria all'economia reale*, nella rivista elettronica *Amministrazione In Cammino*, 2020). Non va, tuttavia, negata l'utilità dei passi mossi dalla BCE nella giusta direzione (v. la decisione di lanciare un *quantitative easing* da 750 miliardi, come pure il proponimento espresso dal Presidente Christine Lagarde di difendere l'euro con ogni mezzo) e delle misure messe in campo dal Parlamento Europeo e dalla Commissione, relative allo stanziamento di consistenti importi a sostegno delle misure nazionali dirette a contrastare la disoccupazione e ad alimentare la cassa integrazione e allentando e rendendo più flessibili i vincoli nell'impiego di fondi. Le maggiori resistenze provengono dal Consiglio Europeo, che, egemonizzato dai Paesi c.d. rigoristi, Olanda e Germania in testa, pur consapevole della gravità eccezionale del momento, ha deliberato aiuti economici consistenti, mantenendo però ferma l'ostilità sempre manifestata verso logiche di condivisione del debito, anche se riferite in via esclusiva a quello legato ai costi, di necessità e da tutti, sopportati per fronteggiare la crisi in atto e preparare la ripresa. Quanto mai eloquente la logorante diatriba sul MES e sul *coronabond*, risolta con un tipico compromesso al ribasso.

¹⁶ Anche negli USA, colpiti pesantemente dall'epidemia, il sistema sanitario ha mostrato evidenti falle e la reazione all'evento è stata tardiva ed incerta. Con l'economia in difficoltà pari a quelle affrontate nel 1929 e la disoccupazione in crescita esponenziale, l'attenzione si è ben presto concentrata sul rilancio della prima economia mondiale e, a questo fine, è stato varato un piano – definito “storico” – da 2.000 miliardi di dollari. Latente è il timore di veder vacillare il primato, insidiato dalla Cina. La pandemia, d'altronde, non ha colpito tutti allo stesso modo e diverse erano le condizioni economiche nei singoli Stati prima che insorgesse, sicché l'emersione di nuovi equilibri nei rapporti tra le grandi potenze economiche mondiali – ed anche nel contesto europeo – non è da escludere.

¹⁷ Questo il forte messaggio – che reca implicito un monito – rivolto dal Pontefice a tutti, credenti e non, nell'omelia pronunciata nel corso della commovente preghiera in una piazza S. Pietro deserta il 27 marzo scorso.



muovere gli steccati, a sopire le liti e ad ammorbidente il sovranismo¹⁸; c'è, forse, chi pensa di sfruttare l'occasione per acquisire vantaggi competitivi nel mercato globale e, comunque, resta laboriosa la ricerca di un'unità di intenti su ciò che è opportuno fare per favorire la ripresa.

C'è poco da stare allegri, ma la situazione è in movimento e dobbiamo – oggi più che mai – confidare nella veridicità dell'antica massima che invita a sperare finché c'è vita. Non entro nel merito dei possibili sviluppi della vicenda nella fase caratterizzata dal perdurare dell'epidemia, né voglio guardare indietro per indagare se le scelte via via adottate per contrastare il virus siano state le migliori possibili e quanti e quali errori si siano compiuti. Questioni poco chiare vanno pian piano emergendo e in talune sembrano affiorare gravi responsabilità sulle quali, ovviamente, andrà fatta luce¹⁹, ma non sta a me fare processi. Mi propongo, invece, di riflettere sulle cause della catastrofe che, dopo la prima fase dominata dalla confusione e inquinata dalle immancabili *fake news*, cominciano a delinearsi nitidamente. Farlo è importante, non per andare alla ricerca di un capro espiatorio, ma per capire cosa sta accadendo. Vicende drammatiche quali questa scuotono le coscienze, pongono interrogativi, attivano dinamiche che possono, a livello individuale e collettivo, promuovere processi di cambiamento reale e profondo del modo di essere, di vivere e di stare in società. E, allora, è proprio questo il momento di affrontare di petto certe questioni, perché se un cambiamento è possibile occorre indirizzarlo verso obiettivi di miglioramento della qualità della vita su questa nostra terra. Diventa, allora, interessante acclarare se tra l'uomo e la pandemia in atto vi sia qualche legame, se il primo abbia in qualche modo potuto contribuire al verificarsi della seconda, con errori e inadempienze, commessi nel passato lontano e recente, che, se sussistenti, sarà bene non ripetere. Accertarlo serve in costanza dell'epidemia, ma serve soprattutto al dopo COVID-19, che è irragionevole immaginare autoreferenziale e sganciato dal “prima” e dal “durante”. E, dunque, ecco che lo sguardo retrospettivo proietta luce sul futuro, sicché sul domani concentrerò l'attenzione nella parte conclusiva di questo scritto. I fatti mi smentiranno,

¹⁸Non sembra essersi avverato lo scenario che, profeticamente, Ronald Reagan ebbe a delineare il 21 settembre 1987. Come riportato in un articolo di Al Gore dell'ottobre 2007, intitolato “Se la Terra non muore per colpa degli alieni”, che mi è capitato di leggere in www.repubblica.it, l'allora presidente americano disse: «Nelle nostre ossessioni per gli antagonismi del contingente, spesso dimentichiamo quante cose uniscano tutti i membri del genere umano. Forse, per prendere atto dell'esistenza di questo vincolo comune, ci occorre una minaccia universale ed esterna. Di tanto in tanto penso a quanto rapidamente svanirebbero le differenze che ci caratterizzano se dovessimo improvvisamente far fronte a una minaccia aliena proveniente da fuori di questo mondo». I sogni ogni tanto si avverano, ma non è questo il caso.

¹⁹Ne richiamiamo una – la vicenda che ha visto implicate le RSA e le case di riposo per anziani, in Lombardia e non solo – particolarmente dolorosa ed allarmante.



ma ho ragione di credere che siamo alle prese con un evento che segna un confine, uno spartiacque nella nostra storia: e se così è, c'è da chiedersi se il dopo COVID-19, tra mille difficoltà, possa avere in serbo qualche inattesa positiva sorpresa.

2. – Sulla causa, per così dire, efficiente di questa tragedia non nutro dubbi. Abbiamo a che fare con un agente infettivo naturale, ancora una volta di derivazione animale²⁰ e nuovamente trasmesso all'uomo in Cina, dove la promiscuità tra uomo e animali di ogni specie è notoria e particolarmente accentuata, nelle campagne come nei grandi centri urbani²¹. Il dato rassicura²², ma non testimonia l'estraneità dell'uomo alla vicenda.

Poco interessa evidenziare l'ignoranza e la labile memoria di chi aveva creduto che catastrofi del genere appartenessero al passato e non fossero di questo mondo. Importa, invece, rilevare – come i fatti dimostrano – che alla sfida del coronavirus siamo arrivati tutti, governanti e governati, del tutto impreparati. Eppure, l'avvento di una pericolosa pandemia era stato, anche in ambienti scientifici, ipotizzato come altamente probabile²³ e tra

²⁰ Questa è la risposta scientificamente più accreditata. D'altronde, i «peggiori killer dell'umanità nella nostra storia recente (vaiolo, influenza, tubercolosi, malaria, peste, morbillo, colera) sono sette malattie evolute a partire da infezioni degli animali, anche se i microbi che le causano sono al giorno d'oggi esclusivamente caratteristici della specie umana» (J. DIAMOND, *Armi, acciaio e malattie. Breve storia del mondo negli ultimi tredicimila anni*, Torino, 2014, 150).

²¹ In quel Paese il contatto tra animali e uomo assume forme e dimensioni tali da accrescere la possibilità di trasmissione del virus dagli uni all'altro. Molti annoverano tra i fattori che la favoriscono, la caccia, il commercio di animali vivi di ogni specie, anche selvatici, destinati al consumo, le scarse condizioni igieniche dei mercati ove gli animali spesso vengono, sul posto, macellati e venduti anche al dettaglio. Nei mercati della città di Wuhan, primo focolaio dell'infezione, pare che questa pratica sia particolarmente fiorente.

²² Vale – se non altro – a sgombrare il campo da ipotesi fantasiose che avevano ventilato la possibilità che il virus fosse stato creato dall'uomo in laboratorio.

²³ Un rapporto risalente al settembre 2019, redatto da un gruppo di esperti incaricato dall'OMS, faceva espressa menzione di un virus capace di scatenare un'epidemia di ampia portata che si sarebbe potuta tramutare in una pandemia. Il giornalista e divulgatore scientifico David Quammen, collaboratore del National Geographic, nel suo recente libro *Spillover* (Milano, 2017) aveva individuato nei virus – come si legge nella presentazione del volume nel sito dell'editore Adelphi – «i responsabili della prossima pandemia», aggiungendo che «sono già tra noi» e «che oggi colpiscono gli animali ma che potrebbero da un momento all'altro fare un salto di specie – uno spillover in gergo tecnico – e colpire anche gli esseri umani». Che potesse venire dal virus la più grande minaccia alla signoria dell'uomo sul pianeta lo avevano predetto in molti, come riporta un articolo del 3 marzo 2020 pubblicato in www.ilfoglio.it: si fa il nome del celebre genetista e microbiologo statunitense Joshua Lederberg, premio Nobel nel 1958 per la medicina e la fisiologia, ma anche quello di Sylvie Briand, specialista di malattie infettive dell'Organizzazione mondiale per la Sanità, che, nel «2018, a Davos, (...) disse che era in arrivo una nuova pandemia, che non eravamo mai stati tanto vulnerabili, «e non c'è modo di fermarla»; si cita, ancora, Bill Gates che, nel «2019 a una conferenza sulla salute (...) disse che sarebbe potuto saltar fuori facilmente un virus in grado di uccidere 30 milioni di persone» e



breve faremo cenno a provvedimenti che il legislatore, europeo e nazionale, ha adottato proprio perché edotto del pericolo imminente. Se, dunque, parliamo di un evento non certo improvviso, imprevedibile e inatteso, dubito che l'impreparazione possa ritenersi giustificata e il dubbio si tramuta in certezza se penso che l'infezione in Cina era nota al mondo un paio di mesi prima che assumesse dimensioni pandemiche²⁴; era chiaro che l'aggressione del virus si sarebbe ben presto estesa in Europa e altrove, eppure, nell'immediato, per predisporre ad affrontarla nel miglior modo non si è fatto praticamente nulla²⁵ e ci si è dedicati al contrasto solo quando il contagio si è diffuso con virulenza.

Noto, dunque, una duplice negligenza: non aver attivato a fronte del pericolo misure tese alla prevenzione e non aver reagito con prontezza quando l'infezione ha cominciato a palesarsi e a rivelare la sua potente carica maligna. Ma c'è di più. Non solo si era pronosticata l'aggressione pandemica di un virus, ma se ne erano anche individuate le cause scatenanti, in prevalenza – come vedremo – ricondotte al degrado ambientale che è, per lo più, determinato da fattori legati ad attività imprudenti e sconsiderate dell'uomo. Dunque, sull'uno e sull'altro versante, l'uomo è coinvolto nella vicenda.

Della rilevata impreparazione, a dover rispondere sono, *in primis*, i governanti. Merita rimprovero quello europeo che – per sua stessa ammissione – si è lasciato prendere «un po' in contropiede da un nemico sconosciuto e da una crisi senza precedenti per portata e repentinità»²⁶.

L'Europa, che è (ancora) la nostra comune casa, si è dotata di un'Unione alla quale sono state attribuite competenze per conseguire alcuni obiettivi. Tra le materie in cui l'UE ha competenza esclusiva o concorrente non ci sono la tutela e il miglioramento del-

viene, altresì, riferito che, pochi mesi dopo, «un comitato scientifico affiliato alla Banca mondiale disse che in quel momento più che in passato c'era “un rischio elevato di un'epidemia devastante a livello regionale o globale che non soltanto ucciderà molte persone ma creerà danni gravi all'economia e il caos sociale”».

²⁴ Se non erro, l'epidemia è scoppiata a Wuhan e nella provincia cinese dell'Hubei tra la fine del 2019 e l'inizio del 2020 e, dopo poco, se ne è avuta notizia, anche se sugli effetti provocati non siamo certi di aver avuto un'informazione precisa. Magari, sarebbe da acclarare se siano attendibili le tesi – che da un po' circolano – che fanno risalire l'inizio del contagio ai mesi ancora precedenti e che considerano possibile che non sia la Cina il primo focolaio.

²⁵ Emblematico lo svolgimento, il 19 febbraio, dell'incontro Atalanta-Valencia di Champions League che, ancorché giocato nello stadio di San Siro a Milano a porte chiuse, è stato, a Bergamo, occasione di aggregazione per migliaia di persone che, l'una accanto all'altra, hanno certamente gioito, euforiche, per l'esito dell'incontro favorevole alla compagine lombarda. Con meno entusiasmo, la stessa situazione si è vissuta in Spagna. Se, in Italia, l'area di Bergamo e dintorni è tra quelle maggiormente colpite dall'epidemia, con un tributo di morti impressionante, forse c'è da credere che una qualche relazione tra quell'evento e questo tragico bilancio esista.

²⁶ Le parole riportate sono tratte dalla lettera della Presidente della Commissione Europea citata *supra*, nella nota 12 e, apprezzabili per l'onestà, più che una giustificazione, sostanziano una confessione.



la salute umana²⁷, ma in tema di salute pubblica – come testimonia l’art. 168, co. 2, TFUE – l’Unione è tenuta ad attivarsi per prevenire le malattie e affezioni e per eliminare le fonti di pericolo per la salute fisica e mentale e ad adottare misure di incentivazione «per lottare contro i grandi flagelli che si propagano oltre frontiera (...) e (...) contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero»²⁸. Si inserisce in questo quadro la Dir. 2003/99/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 novembre 2003 sulle misure di sorveglianza delle zoonosi e degli agenti zoonotici, emanata sul presupposto del particolare pericolo rappresentato da «qualsiasi malattia e/o infezione che possa essere trasmessa naturalmente, direttamente o indirettamente, tra gli animali e l’uomo»²⁹. E, benché in vigore a partire dal 21 aprile 2021, è degno di considerazione anche il Reg. (UE) 2016/429 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016, che concerne la sanità animale, ma a mente dell’art. 2, co. 2 «si applica alle malattie trasmissibili, comprese le zoonosi», fatto salvo quanto previsto in atti dell’Unione che – come la summenzionata direttiva – di esse si occupino specificamente³⁰.

Questi dati sono eloquenti. Di fronte ad essi, la tesi dell’improvvisa e inattesa aggressione di “un nemico sconosciuto” vacilla. E, comunque, a tutto voler concedere, l’impreparazione non si sarebbe registrata se l’UE, come è suo compito fare, si fosse preoccupata della prevenzione dell’infezione³¹. Per prevenire non basta dimostrare attenzione al

²⁷ Che, però, rientrano nel novero dei settori in cui l’Unione, a norma dell’art. 6, lett. a), TFUE, è chiamata a «svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l’azione degli Stati membri».

²⁸ Rileva in quest’ambito anche l’art. 196 TFUE, a mente del quale «L’Unione incoraggia la cooperazione tra gli Stati membri al fine di rafforzare l’efficacia dei sistemi di prevenzione e di protezione dalle calamità naturali o provocate dall’uomo».

²⁹ Questa è la definizione data, nella direttiva, al termine “zoonosi”; per “agente zoonotico” deve, invece, intendersi «qualsiasi virus, batterio, fungo, parassita o altra entità biologica che possa causare una zoonosi».

³⁰ Si vedano, di detto regolamento, anche i considerando (17), (28)-(31) e (173). Norme di esecuzione del regolamento de quo sono contemplate nel Reg. (UE) 2018/1882 della Commissione del 3 dicembre 2018.

³¹ Perché qui – val bene precisarlo, a scanso di equivoci – è la prevenzione ad entrare in gioco e non la precauzione. La prima ha riferimento alla limitazione di rischi oggettivi e provati, mentre la seconda riguarda rischi ipotetici o basati su indizi, pericoli non già identificati, ma potenziali, di cui non è possibile allo stato delle conoscenze valutare in maniera sufficientemente sicura le probabilità (o anche solo le modalità) di avveramento. Il principio di precauzione nasce nel terreno ambientale e trova anch’esso, nel diritto dell’UE, considerazione esplicita [v. l’art. 191, co. 2, TFUE e, di particolare rilievo, la Comunicazione della Commissione delle Comunità Europee COM(2000) 1 Final (2 febbraio 2000)]; non è, tuttavia, menzionato nella Dir. 2004/35/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, mentre lo è – accanto all’azione preventiva, alla correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all’ambiente, nonché al principio “chi inquina paga” – nel testo dell’art. 3 ter del D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 che, a detta direttiva, ha dato attuazione. In Francia c’è chi ha parlato di **costituzionalizzazione del principio di precauzione**, sulla scorta



problema: bisogna agire, occorre mettere in campo misure concrete, che, ovviamente, non è detto riescano ad evitare che un evento si verifichi, ma possono – se adeguate e proporzionate alla gravità di quest’ultimo – attenuarne gli effetti dannosi³². Non mi sembra che l’UE lo abbia fatto³³. Non sta a noi dire cosa, invece, avrebbe dovuto fare, ma – ad esempio – viste le circostanze, avrebbe potuto attivare, in funzione preventiva, la linea di credito destinata ad essere utilizzata dagli Stati membri per migliorare l’efficienza del servizio sanitario, che – com’è noto – solo nella fase acuta della pandemia è stata aperta dal Consiglio Europeo per contrastare l’emergenza. Si badi bene, non stiamo qui lamentando la mancata assunzione da parte dell’UE di compiti e responsabilità in ambito sanitario che non sono suoi, ma l’incapacità di dotarsi di strumenti propri atti a fronteggiare in modo pronto ed efficace l’infezione prima che la situazione diventi emergenziale, assicurando ai singoli Stati l’ausilio loro necessario nel momento in cui più serve. La prevenzione si organizza prima del verificarsi dell’evento da scongiurare e non – com’è avvenuto, tra mille impacci, incertezze e liti – a catastrofe in corso.

È ancor più grave constatare che questa elementare regola è stata trascurata anche dai nostri governanti³⁴, chiamati a decidere e a definire linee ed azioni di politica sanitaria, tese sì a reagire adeguatamente alle calamità naturali o provocate dall’uomo, ma anche – le due voci sono strettamente correlate – alla loro prevenzione.

dell’art. 5 della *Charte de l’environnement*, aggiunta con Legge costituzionale n° 2005-205 del 1° marzo 2005 alla Costituzione Francese.

³² Può essere, al riguardo, ripresa la definizione di “misure di prevenzione” contenuta nell’art. 2 della Dir. 2004/35/CE in materia di danno ambientale, che così recita: «le misure prese per reagire a un evento, un atto o un’omissione che ha creato una minaccia imminente di danno (...), al fine di impedire o minimizzare tale danno». Di “azione preventiva” parla l’art. 3 ter del D. Lgs. 152/2006.

³³ Né constano azioni concrete poste in essere quando l’infezione ha fatto, in Cina, la sua prima ufficiale comparsa.

³⁴ Uso, a ragion veduta il plurale, giacché l’art. 117 Cost. pone la tutela della salute nel novero delle materie di legislazione concorrente statale e regionale. L’intersecarsi in materia sanitaria delle due competenze, che è fonte di problemi in periodi normali, ne determina di ancor più seri e spinosi in fasi eccezionali quale quella che stiamo attraversando. La vicenda che ci occupa, infatti, ha evidenziato, spesso, il disaccordo tra governo centrale e locale circa le decisioni da assumere e la tendenza di talune Regioni a gestire in proprio la crisi sanitaria ponendo, nei fatti, in discussione la competenza in via esclusiva che l’art. 117 Cost. affida allo Stato per ciò che concerne la “profilassi internazionale” e la determinazione, in maniera omogenea sull’intero suo territorio, “dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”, comprese quelle rese dal sistema sanitario. L’emergenza sanitaria, d’altronde, richiede decisioni rapide e assunzione chiara di responsabilità da parte di chi è chiamato a decidere, mentre la presenza di una pluralità di centri di comando – come, peraltro, da molti denunciato – è fonte di confusione, di incertezza e disorientamento nella popolazione e non agevola la soluzione dei mille problemi che incombono: preoccupazione, questa, che anche il legislatore costituzionale deve aver ritenuto degna di considerazione quando ha formulato l’art. 120, co. 2, conferendo allo Stato il potere di sostituirsi ad organi delle Regioni, nei casi ivi indicati.



Non parlerei di disattenzione verso le malattie infettive e i pericoli legati alla loro diffusione. La Dir. 2003/99/CE sulle misure di sorveglianza delle zoonosi e degli agenti zoonotici è stata attuata con D. Lgs. 4 aprile 2006, n. 191. Esiste un Piano nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale³⁵, integrato da linee guida emanate dal Centro Nazionale per la Prevenzione e il Controllo delle Malattie (CCM), istituito al fine di contrastare le emergenze di salute pubblica legate prevalentemente alle malattie infettive e diffusive, nonché al bioterrorismo³⁶. Anche le Regioni hanno elaborato piani. Il problema è che i tanti propositi espressi in tali atti si sono rivelati, alla prova dei fatti, inefficaci³⁷ e che l'Italia non è stata in grado di predisporre un valido sistema di prevenzione³⁸. Abbiamo sì reagito all'infezione³⁹, ma in ritardo e con misure di contrasto all'epidemia già in atto che, certamente, avrebbero prodotto risultati migliori se quel sistema fosse stato approntato e avesse svolto la sua funzione.

La prevenzione, nell'ambito nostro, si basa su due imprescindibili fattori: la ricerca scientifica e un sistema sanitario efficiente. In Italia, sono in panne entrambi: la prima gode di stanziamenti pubblici di poco superiori all'1% del Pil a fronte di una media europea del 2%⁴⁰ e il secondo, anch'esso non adeguatamente foraggiato, per non veder diminuiti gli attuali standard di qualità del servizio, avrebbe bisogno di risorse di gran lunga superiori a quelle di cui dispone⁴¹. Questi dati eloquentemente restituiscono immedia-

³⁵ Il Piano, elaborato a seguito di raccomandazione rivolta a tutti i Paesi dall'OMS e secondo le indicazioni da questa fornite nel 2005, rappresenta il riferimento nazionale da considerare nel mettere a punto i Piani operativi regionali e si sviluppa secondo le sei fasi pandemiche dichiarate dall'OMS, prevedendo per ogni fase e livello obiettivi e azioni.

³⁶ Nel Programma 2017 del CCM si esprime preoccupazione per «lo scenario epidemiologico delle malattie trasmesse da vettori e delle zoonosi (alimentari e non)» che – si dice espressamente – «è profondamente cambiato in tutto il mondo».

³⁷ I fatti dicono che la sorveglianza o non c'è stata o non ha funzionato. È, infatti, assodata la circolazione del virus, in Italia, ben prima che il contagio si manifestasse nel basso lodigiano, dove è stata delimitata la prima “zona rossa”. Sarà bene accertare se una segnalazione sia stata o meno indirizzata a chi di competenza o sia rimasta inascoltata.

³⁸ La constatazione può essere estesa a numerosi altri Paesi, in Europa e altrove, ma ciò non vale a giustificare l'inadempienza nostra.

³⁹ Ed anche in modo particolarmente deciso e con misure di una certa efficacia che molti altri Paesi, sia pure non alla lettera, hanno, sulla scia, adottato.

⁴⁰ Da una notizia Ansa del 20 marzo 2019 si evince che la spesa pubblica per la ricerca è stata tagliata del 21% in dieci anni, dal 2007 al 2016 e che a questo taglio dal 2008 al 2014 si è accompagnato quello del 14% alle università statali, per un totale di circa 2 miliardi di euro.

⁴¹ Molti parlano di tagli alla sanità pubblica, ma taluni ritengono questa affermazione non veritiera, osservando come, in realtà, nell'ultimo decennio sia aumentata l'entità del finanziamento al Servizio Sanitario Nazionale. Ciò non ne certifica, però, il miglioramento, poiché c'è da tener conto che l'Italia è, dopo il Giappone,



ta la percezione di quanto scarsa sia l'attenzione prestata verso un'esigenza che meriterebbe ben altra considerazione. Il coronavirus ha evidenziato limiti e carenze del nostro servizio sanitario nazionale⁴², tarato sull'esigenza di cura delle patologie e non attrezzato a prevenirne l'insorgenza là dove il serio pericolo di diffusione epidemica renda necessaria la predisposizione di piani di intervento destinati ad operare nell'eventualità ci si trovi a doverla fronteggiare⁴³. Guardando alla vicenda coronavirus, se una strategia fosse stata elaborata, avrebbe certamente previsto l'assegnazione ai medici di famiglia di un ruolo ben più importante di quello che, nella realtà, si sono trovati a svolgere, per di più in condizioni di intollerabile precarietà⁴⁴. Nel contesto di un sistema che ha visto confermata la sua natura ospedalocentrica⁴⁵, si sono palesati problemi già da tempo avvertiti e mai affrontati in modo risolutivo: accentuato divario qualitativo e quantitativo del servizio offerto tra nord e sud, insufficienza delle strutture e del personale sanitario che, nonostante gli sforzi⁴⁶, determina il collasso in situazioni di emergenza⁴⁷ e così via dicendo. Abbiamo dovuto constatare – altro frutto avvelenato della globalizzazione – l'assenza, nel nostro Paese, di imprese dedite alla produzione di strutture e dispositivi atti ad essere prontamente utilizzati in caso di emergenza sanitaria (mascherine, ventilatori

il Paese al mondo con il più alto tasso di invecchiamento; sicché, alla resa dei conti, nonostante l'incremento di risorse – peraltro eroso dall'inflazione e ridottosi, negli anni recenti, in conseguenza della debole crescita del Pil – la sanità pubblica si è impoverita e, come i fatti dimostrano, non si è attenuato il divario tra nord e sud e non sono certo variati in meglio, sul territorio nazionale, gli standard delle prestazioni rese.

⁴² Del quale, eppure, meniamo vanto e non a torto se guardiamo ai principi basilari sui quali poggia – universalità, uguaglianza, equità – dalla sua istituzione avvenuta con l. 23 dicembre 1978, n. 833; principi, che trovano, in termini concreti, traduzione nel livello qualitativo delle prestazioni rese che, d'ordinario, è mediamente buono con punte di autentica eccellenza.

⁴³ È così che il SSN assolve alla funzione che l'art. 1 della l. 833/1978 gli affida: che è quella di promuovere e mantenere, oltre che recuperare, la salute fisica e psichica di tutta la popolazione.

⁴⁴ Neanche la dotazione dei minimi dispositivi di protezione – le mascherine, per intenderci – è stata loro assicurata nella fase acuta della crisi epidemica, sicché è, allo stato, altissimo il numero dei medici di famiglia infettati, molti dei quali hanno perso la vita.

⁴⁵ Più volte, in passato, senza ottenere alcun tangibile risultato, si è invocata una riforma della sanità che puntasse, invece, a potenziare l'assistenza territoriale, decisiva non solo per decongestionare (e rendere più efficienti) gli ospedali, ma per venire incontro alle esigenze delle persone più vulnerabili che abbondano in un Paese di anziani come il nostro.

⁴⁶ Molti e al limite dell'eroico, nel caso di specie, sicché un elogio solenne meritano i medici, gli operatori sanitari e socio-sanitari, il personale tutto per il lavoro svolto negli ospedali, senza risparmio di energie e con l'incombente rischio del contagio che ha causato un numero assai consistente di decessi.

⁴⁷ Valga rammentare l'impatto della pandemia sui posti letto in terapia intensiva, che, nel pieno dell'epidemia, si sono rivelati (più che sufficienti in Germania e) insufficienti in Lombardia, determinando seri problemi per l'efficacia della cura di questa come di altre patologie. Non dimentichiamo che un buon numero di nostri pazienti contagiati sono stati trasportati in ospedali tedeschi per ricevere le cure che le nostre strutture ospedaliere, sovraffollate e carenti di strutture e personale, non erano in condizione di offrire.



polmonari, ecc.) e anche questo è un segnale della poca sensibilità verso le logiche di prevenzione. Questi dati – beninteso – non sono inspiegabili⁴⁸. La verità è che quelle logiche, in Italia, sono state sempre accantonate, per ragioni varie: un po' perché abbiamo sempre affari più importanti a cui pensare⁴⁹, un po' per l'atavica sofferenza delle finanze dello Stato e degli altri enti pubblici territoriali che impone "scelte tragiche"⁵⁰, un po' per limiti culturali anch'essi sedimentati che portano a ritenere economicamente più conveniente "curare" che "prevenire", molto per la negligenza (sempre) riposta nell'allocazione delle (perennemente scarse) risorse disponibili. Compiere scelte di reale cambiamento nel nostro Paese è sempre stato problematico, ma una strada diversa poteva essere imboccata e così non è stato, ora come in passato⁵¹. Se i fondi stanziati per consentire a pochi una pensione anticipata fossero stati utilizzati per consolidare e irrobustire il nostro servizio sanitario nazionale – invece, di fatto, indebolito nelle strutture e nel personale – forse staremmo qui a raccontare una storia, in parte, diversa.

I nostri governanti, quando questa brutta storia è iniziata, hanno lanciato all'unisono un messaggio ineccepibile: «Prima di tutto la salute, l'economia viene dopo». Orbene, se vogliamo che esso non degradi a vuoto slogan, occorrono scelte coerenti, espressione di politiche oculate e lungimiranti, che consentano di prevenire, ove possibile, eventi in potenza disastrosi ed attenuarne e renderne meglio gestibili gli effetti che sono in grado di generare; scelte, tra l'altro, che semplificano il "dopo". Chissà che il coronavirus non riesca ad aprire gli occhi ai nostri decisori? Intanto, più che giustificato appare il rimprovero loro rivolto.

⁴⁸ Così come non è inspiegabile, né è dovuto al caso o alla fortuna, che in Germania l'epidemia abbia provocato conseguenze assai meno gravi che in Italia.

⁴⁹ Tanto per rendere emblematicamente il concetto che intendiamo rappresentare, non dimentichiamo che in Italia, negli ultimi anni, sono crollati ponti, viadotti, cavalcavia, con diverse vittime e feriti e che, in generale, l'ordinaria manutenzione del patrimonio pubblico costituisce un problema ancora irrisolto.

⁵⁰ E qui entra in gioco l'incapacità di ricondurre entro limiti fisiologici l'evasione fiscale, che è enorme e che, impoverendo l'erario, ostacola la possibilità di fronteggiare, con tempestività e maggiore efficacia, le esigenze sanitarie della popolazione, specie in presenza di un'epidemia. Non va, ovviamente, assolto il cittadino evasore, che è, anzi, il primo anello della catena e che dovrebbe, anche moralmente, avvertire vergogna nell'osservare le conseguenze tragiche dell'aggressione del virus.

⁵¹ Il verificarsi di una catastrofe, peraltro, non è eventualità rara in Italia e, ciò nonostante, immancabilmente, gli errori si ripetono e il prezzo che finiamo col pagare è sempre troppo alto. Sicché, eccoci nuovamente, quando un terremoto si verifica o un'epidemia scoppia, a chiudere la stalla quando i buoi sono scappati, a far la triste conta dei danni, a scoprire man mano l'enorme dimensione degli importi necessari per ripararli e a rimetterci faticosamente in carreggiata, senza dare il minimo peso, *pro futuro*, al fatto che con importi molto minori si sarebbero magari potute apprestare, in via preventiva, misure atte quanto meno a ridurre l'impatto della catastrofe sul nostro esangue bilancio.



3. – Di prevenzione, ovviamente, c'è bisogno non solo in ambito sanitario. L'azione preventiva è il primo e più importante argine al degrado ambientale, che dobbiamo però purtroppo constatare esistente e di proporzioni tali da far pensare raggiunto e superato il limite di guardia. I danni prodotti vanno, per quanto possibile, riparati ed occorre rimuovere le cause che li hanno generati. Su questi fronti, nessuno può tirarsi indietro. Ognuno di noi è chiamato a fare la sua parte, nel quotidiano e a partire dalle piccole azioni che spesso compiamo senza pensare alle conseguenze, assai gravi, che possono derivarne, per la natura, per i nostri simili, per la collettività nel suo insieme. E un impegno straordinario è chiamato ad assolvere l'Europa⁵², nel quadro di un comune e solidale sforzo, a livello globale, mosso dalla coscienza che, per salvare l'umanità, è necessario un cambiamento radicale di rotta che porti, finalmente, ad affermare, quali principi guida di ogni azione a livello individuale e collettivo, il rispetto per l'ambiente e la preservazione degli equilibri naturali, sin qui troppo spesso fatti oggetto di vuote declamazioni. Lo dobbiamo alle generazioni che verranno, il cui destino dipende da noi⁵³.

Dunque, il cataclisma “naturale” che oggi siamo chiamati a fronteggiare – l'ultimo dei tanti verificatisi nel corso della storia e, in numero consistente, negli ultimi decenni – si inserisce, al pari di molti altri che l'hanno preceduto, in un contesto densamente popolato da fattori che, da tempo, rivelano il pessimo stato in cui il pianeta è ridotto. L'ambiente è degradato e ciò – come segnalato – va, in gran parte, correlato ad attività di sfruttamento, senza freni e limiti, da parte dell'uomo, delle risorse della Terra; attività, che – sono gli scienziati a dirlo – hanno creato condizioni favorevoli all'azione patogena dei virus, che nel nostro stesso habitat *ab immemorabili* vivono e prosperano⁵⁴. Stiamo perciò contrastando un nemico che abbiamo contribuito ad armare ed incoraggiare appren-

⁵² L'ambiente è settore ove l'UE ha competenza concorrente con quella degli Stati membri [v. art. 4, co. 2, lett. e), TFUE] e l'art. 191, co. 2, TFUE precisa che, in quest'ambito, la politica dell'Unione «è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio 'chi inquina paga'». *Prevention first*, per dirla alla Trump. Su quegli stessi fondamenti – che troviamo, poi, sostanzialmente riproposti nella nota Dir. 2004/35/CE in materia di danno ambientale – poggia la “adeguata azione” che, a norma dell'art. 3 ter del D. Lgs. 152/2006, tutti gli enti pubblici e privati e le persone fisiche e giuridiche pubbliche o private devono porre in essere per garantire la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale.

⁵³ Voglio riportare le parole usate dalla giovane attivista ecologista svedese Greta Thunberg in chiusura dell'intervento svolto, di fronte ai potenti del mondo, nel recente World Economic Forum di Davos: «Our house is still on fire. Your inaction is fuelling the flames by the hour. We are telling you to act as if you loved your children above all else».

⁵⁴ Interessante, documentato e chiaro – anche per un profano quale io sono – è un articolo di Sandro Modeo dal titolo “Dai pipistrelli all'uomo: alle origini del coronavirus”, che mi è capitato di leggere in www.corriere.it.



dere che anche il legislatore europeo, nero su bianco, lo abbia certificato⁵⁵. Non è una colpa lieve. C'è chi, provocatoriamente, ha confessato «Il virus sono io»⁵⁶, volendo segnalare quanto patogeno sia il genere umano, aduso a soddisfare i suoi quasi sempre voluttuari bisogni nel totale disinteresse per le implicazioni dannose dei suoi comportamenti⁵⁷. Ebbene, non credo che la dichiarazione sia campata in aria.

La situazione è in evoluzione, stiamo cercando di scoprire i segreti di un organismo di cui ancora sappiamo poco e la ricerca andrà avanti, sicché, usciti dal tunnel, avremo più chiare le idee su ciò che sta accadendo: appureremo, allora, che molte delle ipotesi che oggi prospettiamo non hanno fondamento alcuno, ma, allo stato, crediamo che su alcuni dati si possa soffermare l'attenzione, perché no, anche per trarre conclusioni da non prendere tutte – beninteso – come oro colato.

Possiamo sbilanciarci e considerare presente un nesso causale tra cambiamento climatico e insorgenza di pandemie: molti illustri studiosi lo sostengono da tempo osservando gli effetti della deforestazione e della desertificazione e un recente *report* del WWF Italia⁵⁸ ha posto l'accento sull'urgenza di porre rimedio al surriscaldamento globale per evitare che si presentino malattie anche peggiori di quelle provocate dal coronavirus⁵⁹.

Controverso è il legame con l'inquinamento atmosferico – soprattutto quello prodotto

⁵⁵ L'acquisita consapevolezza della gravità del problema è il primo fondamentale *step*. Dal testo dei considerando (2) e (3) del Reg. (UE) 2016/429, già citato, estrapoliamo – assai indicativo – il seguente passo: «Come dimostrato dalle recenti esperienze, le malattie animali trasmissibili possono avere un impatto significativo anche sulla sanità pubblica e (...) si possono osservare effetti interattivi negativi in relazione alla biodiversità, ai cambiamenti climatici e ad altri aspetti ambientali. I cambiamenti climatici possono influenzare la comparsa di nuove malattie, la prevalenza delle malattie esistenti e la distribuzione geografica degli agenti e dei vettori patogeni, compresi quelli che interessano la fauna selvatica».

⁵⁶ Questo è il titolo di un articolo di Sandro Veronesi, che molto ha fatto discutere, pubblicato nel marzo scorso ne *La lettura*, inserto culturale del Corriere della Sera. La dichiarazione costituisce l'esito di un ragionamento dai toni forti, volutamente impiegati per suscitare reazioni e scuotere le coscienze.

⁵⁷ In quest'ottica va inquadrato l'interrogativo, tratto dall'articolo in parola, che qui fedelmente riporto: «A che cosa serviamo, ormai, noi uomini sul pianeta Terra? Perché dovremmo continuare a vivere, noi, dopo che la Madre Terra si è sbarazzata di altre migliaia di specie inutili o dannose, inclusi i dinosauri che sembravano i padroni del mondo?». E c'è chi veramente ha teorizzato che, per riparare i danni dall'uomo procurati all'ambiente e ridare energia e sviluppo al pianeta, altra strada non c'è che l'estinzione del genere umano (v. P. MacCORMACK, *The Ahuman Manifesto: Activism for the End of the Anthropocene*, London, 2020).

⁵⁸ Il rapporto, del 2020, reca il titolo «Pandemie, l'effetto boomerang della distruzione degli ecosistemi» e il sottotitolo «Tutelare la salute umana conservando la biodiversità»; lo si può esaminare e scaricare in formato pdf accedendo al sito www.wwf.it.

⁵⁹ In Antartide si sono registrate temperature superiori ai 20 gradi centigradi, mai raggiunte prima d'ora e, nel mondo, assistiamo allo scioglimento dei ghiacciai e alla degradazione del permafrost che, se non arrestati, determineranno conseguenze catastrofiche per la vita dell'uomo sulla terra, tra le quali – sembra ormai provato – anche la liberazione di virus antichissimi e sconosciuti, in potenza assai pericolosi.



da varie tipologie di particolato – e con la pessima qualità dell’aria, conseguenza di una serie di fattori da porre, in larga parte, in relazione ad attività e comportamenti umani ispirati da modelli economici incuranti della sostenibilità. Le valutazioni della scienza non sono concordi e mi guardo bene dal prendere posizione; ma se osservo – nella vicenda in esame – l’ineguale distribuzione dei contagi nelle aree del pianeta e il differente grado di contagiosità e letalità del virus, trattenermi dall’esprimere la sensazione che quel legame sussista diventa, francamente, difficile.

Il focolaio iniziale – come detto – è stata la Cina, in un’area densamente popolata; è incerto il numero dei contagiati e dei decessi, ma la reazione al fenomeno è stata drastica, sicché l’epidemia non si è granché diffusa nel gigantesco Paese asiatico. L’infezione ha subito raggiunto il Giappone e, in misura più preoccupante, la Corea del Sud – da quella del Nord nulla è trapelato – ma, anche grazie all’impiego delle moderne tecnologie di cui quei Paesi dispongono, è stata contenuta⁶⁰ e non ha prodotto gli effetti devastanti che, invece, si sono purtroppo, determinati nelle opulente società del benessere – Europa e Stati Uniti d’America – raggiunte anch’esse, a distanza di poco tempo, dall’epidemia. Particolarmente violenta è stata l’epidemia in Italia⁶¹, dove tuttavia la diffusione del contagio non è stata uniforme: elevatissima in Lombardia ed anche in Emilia Romagna – le nostre regioni più ricche ed economicamente progredite – si è rivelata più contenuta nel sud e nelle isole. L’Asia meridionale e il sud-est asiatico non sono state risparmiate ed hanno, anche loro, risentito effetti assai pesanti. L’Africa, che in un primo momento sembrava immune, ha poi avvertito in alcune zone – il Sudafrica e i Paesi bagnati dal Mediterraneo, Egitto *in primis* – la presenza del virus, manifestatosi, però, con un’intensità assai minore di quella verificata nelle altre aree del globo⁶². L’emisfero australe è, allo stato, meno colpito di quello boreale e ciò lascia ipotizzare che il fattore climatico condizioni lo sviluppo dell’infezione⁶³.

⁶⁰ Esse hanno agevolato l’individuazione dei portatori del virus – che sono spesso inconsapevoli di esserlo – limitando così la diffusione dell’epidemia. In quei Paesi, il conflitto con la privacy o non si posto o è stato agevolmente superato in ossequio ad esigenza, assolutamente prevalente, di tutela della salute pubblica.

⁶¹ Vero è che il virus colpisce tutte le classi di età, ma è innegabile che a risentire effetti più gravi sono gli anziani, spesso affetti anche da una o più patologie preesistenti. L’elevato tasso di invecchiamento dell’Italia è certamente tra le ragioni alla base del particolare accanimento del virus nel nostro Paese, ma probabilmente non è quella che più di altre ha inciso.

⁶² Non a caso gli scienziati sono stati indotti ad ipotizzare – parole del virologo Massimo Galli, direttore del reparto di Malattie infettive all’Ospedale Sacco di Milano – «una diversa disponibilità e diverse caratteristiche dei **recettori per il virus in alcune etnie**, in alcune popolazioni, soprattutto di origine africana».

⁶³ Il dato risulterà confermato se – come anche alcuni scienziati prevedono – la stagione estiva vedrà una



Il quadro prospettato, per quanto approssimativo, fa pensare. L'ho messo a raffronto con la mappa dell'inquinamento atmosferico e della qualità dell'aria nel pianeta e ho potuto verificare che le zone segnalate con la condizione peggiore sono tra quelle in cui l'infezione si è propagata con maggiore intensità e virulenza. L'alto tasso di inquinamento in Cina, da anni in veloce e frenetica crescita economica⁶⁴, è notorio. Ma, in Italia, non stanno molto meglio le regioni del nord, dove alta è la densità abitativa e particolarmente sviluppate sono le attività industriali e la zootecnia e, quanto alla pianura padana, è stata la NASA, già nel 2005 a classificarla tra le zone più inquinate del mondo, soprattutto per lo smog prodotto di fattori antropici e, in larga parte, dell'elevata industrializzazione. Viene da pensare che l'Occidente più industrializzato, USA ed Europa in testa, stiano pagando il prezzo del vertiginoso sviluppo avuto nel secondo dopoguerra, ovvero – per dirla con Hobsbawm – degli anni di «straordinaria crescita economica e di trasformazione sociale, che probabilmente hanno modificato la società umana più profondamente di qualunque altro periodo di analoga brevità»⁶⁵. Di questo travolgente cambiamento abbiamo apprezzato i vantaggi nel disinteresse per lo sconvolgimento degli equilibri naturali ad esso correlati.

Tirando le somme, non pare imputabile al fortuito il fatto che l'infezione abbia trovato terreno particolarmente fertile per attecchire nelle aree del mondo a tutti note. Il COVID-19 non colpisce a caso, ma discrimina. E se la diversificazione poggia – anche se non in via esclusiva – su quanto poc'anzi rilevato⁶⁶, diventa logicamente impossibile ritenere l'uomo estraneo alla vicenda, vittima incolpevole dell'imponderabile.

Non vogliamo né accostare il coronavirus alla biblica figura dell'Angelo sterminatore mandato dal Signore, né riesumare le narrazioni degli antichi miti che sulla relazione indissolubile tra morte e resurrezione basavano le risposte a dubbi e domande esistenziali; chi ha buon senso, tuttavia, non dovrebbe faticare a cogliere, nell'impatto così violento e dirompente del COVID-19, un avvertimento – starei per dire un ultimatum – indirizzato all'intero genere umano e, con voce particolarmente forte e piena, a chi, nel globo, maggiormente contribuisce al degrado dell'ecosistema.

sensibile riduzione, se non un azzeramento, dei contagi. Dovremmo allora, però, prepararci ad affrontare un più che probabile ritorno del coronavirus in autunno, con i primi freddi.

⁶⁴ Si calcola che il PIL cinese sia cresciuto con una media del 10% negli ultimi trent'anni.

⁶⁵ Così, con riferimento a ciò che ha fatto seguito alla «Età della catastrofe, che va dal 1914 sino ai postumi della seconda guerra mondiale», E. J. HOBSBAWM, *Il secolo breve. 1914-1991*, Milano, 2014, 18.

⁶⁶ Altri dati fanno riflettere. Ad esempio, negli USA ad essere contagiati e a morire sono in larga parte gli afroamericani e gli ispanici e ciò accade in conseguenza delle forti disuguaglianze sociali, che si riverberano sulle possibilità di accesso alle cure mediche, minori per le fasce più deboli della popolazione. Altre discriminazioni sono oggetto di studi scientifici non ancora approdati ad una conclusione: ci si interroga, ad esempio, sul perché l'infezione colpisca individui di sesso maschile in numero largamente maggiore rispetto alle donne.



Di “utile avvertimento” parla chi nel virus riconosce un vessillifero della decrescita⁶⁷, giudicata l’unico antidoto efficace alle alterazioni degli equilibri naturali, ormai prossime al punto del non ritorno⁶⁸; qualcuno a buon diritto disapproverà la terapia, ma credo che nessuno possa ragionevolmente mettere in dubbio l’urgenza e la necessità di una cura. Cura, che necessariamente comporta un radicale cambiamento del rapporto tra l’uomo e la natura, che va impostato su nuove basi⁶⁹.

Bisogna che l’uomo comprenda che il pianeta è vivo, respira, soffre, si trasforma continuamente, si evolve; e noi, incoscientemente, lo abbiamo trattato come se fosse un oggetto inerte, da soggiogare al nostro dominio. La nostra scriteriata attività e l’ossequio prestato a logiche di tornaconto *individuale* da ricercare con ogni mezzo hanno compromesso gli ecosistemi e la biodiversità. La vita sul pianeta si basa su equilibri che l’uomo, dotato di funzioni cerebrali superiori ma non sempre ben sfruttate, ha sconvolto: con un consumo eccessivo delle risorse ha rapinato e violentato la natura e che questa dia, ciclicamente, segnali, più o meno forti, di insofferenza è – ci si perdoni il bisticcio – naturale, né c’è da sorprendersi che la reazione possa assumere anche le caratteristiche proprie delle pandemie.

⁶⁷ Si associa alla decrescita una corrente di pensiero politico, economico e sociale che dà centralità all’esigenza di riduzione **della produzione economica** e dei consumi, per impostare su basi nuove il rapporto tra uomo e natura in un’ottica di equilibrio ecologico. L’esponente più autorevole è il filosofo ed economista francese Serge Latouche, il cui pensiero trova espressione in numerose opere, tra le quali ricordiamo: *La scommessa della decrescita* (Milano, 2014), *Per un’abbondanza frugale. Malintesi e controversie sulla decrescita* (Torino, 2012), *Come si esce dalla società dei consumi. Corsi e percorsi della decrescita* (Torino, 2011), *Breve trattato sulla decrescita serena* (Torino, 2008). Figura di spicco in Italia è Maurizio Pallante, fondatore e presidente dell’Associazione Movimento per la decrescita felice, anch’egli autore o curatore di diversi saggi, tra i quali *Sostenibilità Equità Solidarietà. Fondamentali 1.0 d’un progetto politico in costruzione* (Torino, 2019), *Sostenibilità Equità Solidarietà. Un manifesto politico e culturale* (Torino, 2018), *La decrescita felice* (Roma, 2015), *La felicità sostenibile* (Milano, 2009).

⁶⁸ In questi termini G. TAMINO, *Cosa ci sta insegnando questa pandemia*, in *La decrescita. Voci e proposte per un mutamento di civiltà* (in www.decrecita.it, ed ivi ospitati altri scritti dedicati al tema). L’A. dell’articolo – biologo dell’Università di Padova e associato all’organizzazione di volontariato denominata: “Associazione per la Decrescita” – traccia così la strada «per evitare nuove e più gravi pandemie, sicuramente probabili (...) e quindi (...) ridurre le alterazioni dell’ambiente, come la perdita di biodiversità, l’alterazione degli habitat e i cambiamenti climatici, favorendo processi produttivi industriali ed agricoli basati sull’economia circolare, sostenibili, con ricorso a fonti energetiche rinnovabili».

⁶⁹ Questo è il monito forte che anche Papa Francesco ha sentito il bisogno rivolgere all’umanità intera nell’Enciclica “Laudato si’” sulla cura della casa comune. L’enciclica, datata 24 maggio 2015, è un testo complesso che della crisi ecologica analizza tutti i profili più rilevanti, proponendo linee di orientamento e di azione di rilievo anche economico e politico. Indicativo l’esordio, che richiama San Francesco d’Assisi e il Cantico delle creature per ribadire «che la nostra casa comune è anche come una sorella, con la quale condividiamo l’esistenza, e come una madre bella che ci accoglie tra le sue braccia».



L'uomo, dunque, ha molto da rimproverarsi e il coronavirus, se da un lato ha smascherato le sue responsabilità, dall'altro ha a lui indicato il modo per sfuggire al destino ineluttabile verso cui era incamminato. Ora dovremmo tutti aver acquisito consapevolezza che è in gioco la nostra sopravvivenza nel pianeta e che è utopico pensare di poter vivere sani e felici in un mondo malato. Queste premesse possono a noi fornire la spinta decisiva per cambiare registro a tutti i livelli e in ogni campo senza tergiversare⁷⁰, per rispettare la natura, per riconoscere e correggere gli errori fatti e decuplicare sforzi ed energie per non ripeterli. Insomma, è possibile, come l'Araba fenice, risorgere dalle ceneri e inaugurare una stagione nuova, ma dovremo essere in grado di assecondare la dinamica "virtuosa" che il coronavirus ha attivato: potremo, allora, migliorare noi stessi e il nostro modo di vivere. E per provare a dimostrare che la mia è qualcosa in più di una pia speranza, dovrò – come in esordio avevo preannunciato – spingermi, giocoforza, ad immaginare lo scenario del dopo COVID-19 e a renderlo credibile ad un lettore che – come me – sia convinto che quello in cui prima dell'epidemia abbiamo vissuto non è il mondo migliore possibile.

4. – La pandemia in atto – lo abbiamo detto – è uno spartiacque e non è vuota retorica, né immotivato ottimismo a spingerci ad affermare che il dopo COVID-19 può essere migliore del "prima". Impiego il "può" a ragion veduta, perché i fatti potrebbero smentirmi e, se così dovesse essere, è pressoché certo che il dopo COVID-19 sarà – e di gran lunga – peggiore del "prima". Ho fiducia perché, nella situazione in atto, vedo semi che possono dare buoni frutti, se sapremo con cura coltivarli. Sicché, come ogni cosa terrena, una medaglia ha sempre il suo rovescio e il male assoluto – ammesso che esista – non ha le sembianze di quello che oggi registriamo. Il terribile coronavirus ha, nascosta, un'anima buona che, con intelligenza, dovremo cercare di far affiorare⁷¹. Se così non sarà, dal-

⁷⁰ Il **Ministro della salute Speranza**, commentando l'8 aprile scorso dati che segnalavano un'attenuazione dell'infezione, ventilava come possibile, ma con gradualità, un allentamento dei drastici divieti allora vigenti, «**immaginando una nuova modalità** della nostra vita sociale, del nostro modello produttivo e della nostra organizzazione sanitaria che ci consenta di uscire dal blocco». Condivido appieno, ma credo vada sottolineato che quel che il Ministro immaginava utile per «uscire dal blocco» diventa necessario – e per finalità ben più rilevanti – quando del COVID-19 ci saremo liberati.

⁷¹ "Il virus buono" è il titolo di un libro di Guido Silvestri, medico e professore e capo dipartimento alla Emory University di Atlanta. Indicativo il sottotitolo: "Perché il nemico della salute può diventare il nostro migliore alleato". In effetti, nel volume sono evidenziati dati – scientificamente rilevanti – che dimostrano che i virus, nella storia della vita sulla terra, esistono non solo per scatenare malattie pericolose per l'uomo, ma anche per svolgere numerose importanti funzioni a suo vantaggio; ciò che dovrebbe indurre a modificare il nostro rapporto con loro. "Uomini e virus. Una tragedia ma anche una lezione" è il titolo di uno dei capitoli.



la crisi in atto difficilmente usciremo e anche questo apre alla fiducia verso un domani a tinte meno fosche di quelle che i profeti di sventura, oggi, predicono.

Sovranismi e populismi gettano benzina sul fuoco del diffuso sentimento anti-istituzionale, alimentando un clima di sfiducia che, in forme esasperate, costituisce un rischio latente per la democrazia⁷². Il coronavirus offre alla politica un'occasione di riscatto.

Non deve perderla l'UE, se vuole riprendersi dalle secche in cui è precipitata. L'Unione, nata per realizzare un nobile progetto, può trovare affrontando la crisi in atto motivazioni forti che la spingano ad accantonare i conflitti sempre latenti per ridare fiato a logiche solidali, di compartecipazione, di coinvolgimento, di responsabilizzazione, sin qui neutralizzate dal prevalere dei nazionalismi. Se avrà chiara la posta in gioco – che è il recupero di un'identità democratica, chiara e dinamica – l'Europa potrà crescere e mantenere forza e prestigio nello scenario globale; c'è chi alacremenente lavora perché ciò non accada, ma sono europeista e ad una prospettiva diversa da quella non voglio nemmeno pensare.

Ma l'occasione è ghiotta anche per la politica italiana, alla quale il COVID-19 sembra aver restituito dignità e credibilità. I cittadini hanno avvertito ciò che da tempo non percepivano: la gestione dell'emergenza sanitaria ha reso tangibile la presenza delle istituzioni – e, per ovvie ragioni, dello Stato e del Governo centrale *in primis* – che è stata avvertita come necessaria ed insostituibile e, pur tra mille difficoltà e incertezze, si è manifestata non con slogan o messaggi propagandistici, ma attraverso l'adozione di misure dure ed energiche, in larga parte condivise e accettate, che hanno dato risultati soddisfacenti. La popolazione ha, con rare accezioni, disciplinatamente rispettato le regole e non solo per la paura del contagio, ma per una riacquistata fiducia nell'operare di istituzioni, sorprendentemente rivelatesi alleate e non antagoniste nella battaglia a difesa del bene più importante che è la vita. Ora, il problema è non disperdere questo insperato patrimonio di fiducia, che è forse impresa più ardua della riconquista⁷³. La verifica non si farà attendere, perché su vari fronti occorrerà dimostrare di saper bene operare nell'interesse comune. Uno di questi è la lotta contro la criminalità, che sappiamo essere ben attrezzata

⁷² Il «sovranoismo sembra stabilmente avviato a rappresentare l'alternativa all'europeismo o al globalismo (...); il populismo viene spesso riportato in chiave oppositiva a concetti eterogenei: i sostenitori ritengono che agli antipodi del populismo c'è l'elitarismo o la tecnocrazia, laddove i detrattori collocano all'altro corno dell'alternativa la democrazia *tout court*» (S. MAZZAMUTO, *L'Europa del diritto alla prova del sovranoismo e del populismo*, In *Europa dir. priv.*, 2019, 279).

⁷³ Sembrano, infatti, nella fase di uscita dall'emergenza, riprendere vigore, all'interno della maggioranza di governo e nel rapporto tra questa e le forze di opposizione, le logiche – in realtà solo sopite e mai ripudiate – che hanno portato al logoramento del rapporto tra i cittadini e la politica. Il dibattito – francamente sconcertante – sull'utilizzo del MES ne dà testimonianza.



nel nostro Paese e pronta a trarre profitto dalla situazione post-emergenziale. Circolerà per un bel po' di tempo molto denaro e l'urgenza di renderlo immediatamente disponibile alleggerirà le procedure e i controlli: si prospettano affari d'oro per le grandi mafie, che hanno radici in ogni parte del globo, conoscono bene le moderne tecnologie ed hanno tentacoli nell'economia e nella politica nazionale e internazionale⁷⁴. Spetta allo Stato reagire adeguatamente all'assalto, per difendere l'economia legale ed evitare che le risorse siano distratte dalla loro destinazione.

L'anima buona del virus può manifestarsi anche sul terreno dell'economia, se la produzione, il consumo, il lavoro troveranno forme di espressione coerenti con un modello di sviluppo diverso da quello che abbiamo, sin qui, eletto a riferimento⁷⁵. C'è molto da correggere e l'esperienza vissuta ha aperto – in ogni campo – orizzonti nuovi e prima nascosti⁷⁶ e indicato strade utilmente percorribili per conseguire, nella sostenibilità, obiettivi di crescita⁷⁷.

Abbiamo compreso che il cambiamento passa per l'impiego delle moderne tecnologie dell'informazione e della comunicazione⁷⁸, da incentivare nel pubblico e nel privato, in ogni settore dell'economia, in modo accorto e intelligente⁷⁹. Mi viene da pensare – ma è solo un esempio – allo *smart working* che, nella fase emergenziale, ha consentito a molti la prosecuzione del lavoro ed evitato la chiusura, forse definitiva, di molte attività; anche la pubblica amministrazione ad esso ha fatto ampiamente ricorso, con risultati soddisfa-

⁷⁴ Si veda, recentemente pubblicato, il libro di G. C. CASELLI e G. LO FORTE, *Lo Stato illegale. Mafia e politica da Portella della Ginestra ad oggi*, Bari-Roma, 2020.

⁷⁵ «Il capitalismo come lo conosciamo oggi ci ha reso incapaci di rispondere ad una sfida del genere»: parole del premio Nobel Joseph Stiglitz, parte di un'intervista di recente rilasciata ove rileva che il *coronavirus*, avendo fatto affiorare l'importanza delle connessioni tra Stati nell'epoca della globalizzazione, dell'azione collettiva e della scienza, «potrebbe darci delle lezioni che potremmo imparare, ma non è affatto certo che lo faremo».

⁷⁶ Tanto per esemplificare, in piena crisi sanitaria, con i ristoranti fermi, si è avuto un grande incremento della spesa *on line*, con consegna a domicilio. Sicché, anche i distributori di prodotti di qualità e specialità di nicchia, solitamente destinati alle cucine professionali, hanno aperto nuovi canali di vendita, scoprendo un mercato nuovo e potenzialmente fiorente al quale, con ogni probabilità, non avrebbero rivolto attenzione. Grandi chef hanno attivato collaborazioni con vettori per attivare servizi di delivery.

⁷⁷ Anche i quartieri delle nostre città potrebbero cambiare volto: c'è chi parla di rigenerazione urbana guardando ai cambiamenti che le nuove abitudini di vita e di lavoro apporteranno.

⁷⁸ C'è da colmare un gap notevole su questo fronte: l'Italia occupa, infatti, uno degli ultimi posti in Europa quanto a livello di informatizzazione.

⁷⁹ Non sono un nostalgico del mondo analogico e ho sempre apprezzato – e tanto più oggi apprezzo – le potenzialità positive e i benefici effetti legati alla rivoluzione digitale, ma credo occorra sempre essere vigili ed aver misura per evitare che la tecnica prenda il sopravvento sull'uomo, lo imprigioni e lo trasformi nel profondo, temo non in senso migliorativo.



centi e con evidente profitto per l'intera collettività. Ebbene, scoperta l'utilità e la duttilità di detti strumenti, acquisita anche una certa familiarità con essi e sviluppati profili professionali capaci di sfruttarne appieno le potenzialità, sarebbe veramente un errore imperdonabile non continuare ad impiegarli. Si fa, da tempo, un gran parlare di *spending review* e di miglioramento dell'efficienza e dell'efficacia della spesa pubblica – nodi irrisolti e, tuttavia, decisivi per le sorti di un Paese, come il nostro, che dal tunnel uscirà più indebitato di quanto già non lo fosse – e, con ogni probabilità, sta proprio nell'*information technology*, resa operativa a regime, una delle chiavi decisive per passare, finalmente, dalle parole ai fatti⁸⁰. Anche i costi della politica – è dimostrato – possono essere fortemente ridotti⁸¹.

Le nuove tecnologie, peraltro, possono dare un aiuto al nostro sistema sanitario nazionale per rispondere più efficacemente alle crescenti esigenze della popolazione e, in particolare, a quelle delle persone più vulnerabili, bisognose di un'assistenza più assidua e fornita nel luogo ove abitualmente dimorano⁸². E possono rivelarsi utili, in mille modi e nella vita di tutti i giorni, a ciascuno di noi, direi ora più che in passato visto che molti, durante il *lockdown*, hanno avuto l'occasione di familiarizzare con la rete Internet scoprendone le potenzialità, prima insospettate⁸³. Abbiamo, *on line*, sperimentato l'uso di un canale di accesso ulteriore all'informazione che, risultato importantissimo in costanza della crisi⁸⁴, continueremo certamente ad impiegare, con la prudenza che sola può porci al riparo da inganni e manipolazioni.

⁸⁰ Ognuno ha potuto constatare come l'*information technology*, oltre che consentire un risparmio di notevoli risorse senza pregiudizio per l'efficienza, è in grado concretamente di elevare la qualità della vita delle persone ed arrecare beneficio all'*ambiente*. Basti pensare alla riduzione dell'inquinamento atmosferico legata a pratiche, quale lo *smart working*, che limitano all'indispensabile gli spostamenti sul territorio.

⁸¹ L'attività politica, grazie alla tecnologia, ha potuto svilupparsi efficacemente, ancorché in forme e modi non consueti in costanza dello stato emergenziale. Per dirne una, l'impiego delle videoconferenze ha evitato gli spostamenti e i viaggi, consentendo a distanza il dialogo tra le diverse istanze istituzionali nazionali e l'interlocuzione tra le alte cariche dello Stato dei diversi Paesi. Perché non continuare?

⁸² L'attivazione su larga scala della telemedicina può servire allo scopo, ma la digitalizzazione può anche risolvere problemi di altra natura, quale – ad esempio – quello dell'anziano solo e con difficoltà motorie che va rifornito dei viveri necessari al sostentamento e dei medicinali che gli occorrono.

⁸³ Possiamo, dunque, riconoscere al coronavirus il merito di aver migliorato il livello di alfabetizzazione informatica della popolazione. Molti non conoscevano – ed ora conoscono – la pratica, diventata diffusa, di impiegare il computer, il tablet o lo smartphone per vedere persone care ed amici fisicamente lontani e dialogare con loro a distanza.

⁸⁴ La possibilità di conoscere *on demand* dei dati sull'emergenza sanitaria, ovviamente non ingannevoli o distorti, ci ha resi più consapevoli della gravità del momento e più propensi ad accettare di buon grado disagi e sacrifici mai prima d'ora sopportati.



E l'uomo? Che uomo uscirà dal tunnel della crisi epidemiologica?

«Nessuno sarà lasciato solo»: questo è il messaggio chiaro e rassicurante che chi governa, in Italia e in Europa, ha lanciato nel pieno dell'emergenza. Occorrerà mantenere la promessa, presupposto perché l'economia riprenda a marciare⁸⁵. Se sarà così⁸⁶, l'aver debellato l'epidemia inevitabilmente stimolerà, nella popolazione stressata, aspettative elevate di ritorno alla normalità e i più fortunati, quelli che avranno conservato una certa solidità patrimoniale, sollecitati dall'euforia potrebbero essere indotti a riprendersi, in fretta e con gli interessi, tutto ciò che l'epidemia ha tolto e, fedeli ad una visione ancor più individualistica della vita, ad esasperare la tendenza a pensare solo a loro stessi e al loro benessere. I consumi in ripresa darebbero ulteriore ossigeno all'economia e di questo hanno bisogno i settori – come il turismo – che più hanno sofferto le conseguenze della crisi. L'ottimismo nutre l'auspicio che ciò possa realmente avverarsi e, se questo sarà lo scenario del dopo COVID-19, ciascuno di noi riacquisterà la dimensione che aveva un tempo, le vecchie abitudini, il consueto stile di vita.

È probabile che le cose andranno così, che l'uomo del dopo COVID-19 torni ad essere, in buona sostanza, quello che era. Il pianeta non avrebbe di che gioire, ma non è questo il punto. Il fatto è che, ragionando un po' più a fondo, viene difficile credere che con la fine dell'epidemia si possano *d'emblée* riportare le cose al punto di partenza. Ci vorranno anni prima che sbiadisca il ricordo delle sofferenze e delle drastiche restrizioni imposte dall'emergenza sanitaria; esso, anzi, è destinato a permanere vivo a lungo, accanto al timore che il dramma possa essere rivissuto, se non a causa del COVID-19, per colpa di qualche altro virus altrettanto, se non più, aggressivo. Il virus, dunque, pur debellato, lascerà, indelebile e profonda, una traccia.

Ma c'è dell'altro. Se dovessimo prendere atto che c'è molto di buono, per noi e per la collettività, nei cambiamenti che siamo stati costretti ad introdurre nelle nostre abitudini e nel nostro *modus vivendi*, potremmo essere tentati di mettere definitivamente da parte ogni ambizione di riconquista della vecchia “normalità”: il dopo COVID-19 si svilupperebbe, allora, nel segno di una maggiore sobrietà e di un più accentuato senso di responsabilità, componenti essenziali di un nuovo equilibrio da salvaguardare, nella con-

⁸⁵ E non solo. Se l'uomo ha problemi di sopravvivenza, come si può pensare che possa aver rispetto della natura. Ricordo di aver letto, tempo addietro, il testo di un'intervista resa da Isaac Asimov, nel corso della quale, retoricamente, il celebre scrittore poneva il seguente interrogativo: «Se devo scegliere se salvare un albero o salvare me, cosa scelgo?».

⁸⁶ Nell'eventualità contraria, si aprirebbe una crisi ancor più grave di quella che il coronavirus ha determinato. In un clima di aperta e diffusa conflittualità, emergerebbero problemi seri per l'ordine pubblico e finanche per la tenuta democratica.



vinzione che ciò aiuti a vivere meglio, più a lungo e in buona salute. È questa la più positiva sorpresa tra quelle in esordio evocate.

Vorrebbe dire, allora, che l'avvertimento che il coronavirus ci ha rivolto è stato ascoltato, ha sortito l'effetto desiderato. Il nostro è più che un auspicio. L'epidemia ha instillato in ogni persona di buon senso un antidoto all'individualismo: ha fatto affiorare un Paese diverso e migliore di quello che conoscevamo, ha liberato enormi energie nella collettività sinora irretite da burocrazia e controlli asfissianti, ci ha mostrato il lavoro e l'impegno volontario, instancabili, di tante persone al servizio degli altri, ci ha costretti a riflettere sulla fase finale dell'esistenza⁸⁷ e sul senso della vita e della morte⁸⁸, ci ha restituito un'idea più chiara e convincente di cosa significhi solidarietà, ci ha reso consapevoli dell'importanza della coesione sociale e dei legami di comunità, ci ha fatto comprendere quanto sia inaccettabile e pericolosa la libertà se schiacciata sull'individualismo ed estraniata dalla dimensione solidaristica che pure le è connaturale⁸⁹, ci ha aperto gli occhi sui riflessi che i nostri comportamenti e le nostre inazioni hanno sulla vita degli altri, sull'interdipendenza congenita all'appartenenza ad uno stesso gruppo che interagisce nel medesimo contesto⁹⁰.

Si obietterà: se siamo quel che siamo dopo aver affrontato diversi eventi catastrofici, perché mai proprio questo dovrebbe suscitare cambiamenti tanto radicali? Domanda legittima, beninteso, ma che non fa i conti con la singolarità di questa tragedia. Nell'Europa fe-

⁸⁷ Ovverosia sul tema del morire, che – come precisa S. PATTI, *La fine della vita e la dignità della morte*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 390 – rimanda al concetto di “fine vita”, non equipollente a quello di “morte”.

⁸⁸ Non riusciamo a immaginare come, in un'ipotesica – allo stato – edizione aggiornata del noto studio di P. ARIÈS, *Storia della morte in Occidente*, Milano, 1998, un saggio dedicato alla vicenda che ci occupa possa non trovare spazio.

⁸⁹ «La libertà non è uno spazio libero, libertà è partecipazione» cantava l'indimenticato Giorgio Gaber in una delle sue più celebri canzoni. Ed è paradossale che di ciò ci si sia potuti render conto proprio in coincidenza con eventi che hanno determinato la privazione della libertà, di circolazione e non solo.

⁹⁰ Abbiamo avuto modo di constatare che proteggere la propria salute significa (ed è, anzi, è il solo modo per) tutelare la salute pubblica. Questo nesso – che è biunivoco – merita di essere sottolineato, giacché pone in luce un dato rilevante che fa da contraltare alla tendenza ad esaltare oltremisura, sul terreno della salute, la centralità dell'autonomia e dell'autodeterminazione di ciascun individuo e a dimenticare che essa non domina incontrastata e che al rispetto delle decisioni individuali va posto un limite quando – credo che il legislatore costituzionale lo avesse ben compreso – è «interesse della collettività» che la salute sia tutelata. Anche il più strenuo paladino di detta centralità, peraltro, se da un lato denuncia il rischio di «una sorta di depotenziamento del diritto all'autodeterminazione attraverso il “confinamento” del diritto alla salute tra i diritti sociali», dall'altro si pone la «importante questione di quali siano i limiti compatibili con l'esercizio di tale diritto» (v. S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 250 ss. e, in specie, 267). D'altronde, «l'autodeterminazione per la sua propria natura, della quale fa fede il nome stesso, nasce come diritto di libertà» (C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 1047).



lix abituata da anni ad osservare la guerra e le sventure degli altri, il coronavirus ha suscitato, a livello emotivo, un coinvolgimento e un turbamento mai – a mia memoria – tanto violenti e duraturi. Non c'è da sorprendersi. Siamo nel XXI secolo, la scienza ha compiuto passi da gigante, la tecnologia è così avanzata e pervasiva che tutto sembra possibile: abbiamo conosciuto la forza immensa della natura, ma mai avremmo pensato che potesse manifestarsi contro di noi in una forma tanto insidiosa e particolare. Un organismo invisibile e invincibile ha messo a nudo la nostra fragilità, ci ha costretti a riflettere sugli errori compiuti, sull'egoismo e lo scarso senso del bene comune che troppo spesso ispirano o accompagnano le nostre azioni⁹¹; ci ha brutalmente fatto intendere che l'uomo non è padrone della natura, né è in grado di dominare e vincere ogni sfida, che il benessere conquistato non è perpetuo, che la crescita e lo sviluppo non sono fattori ineluttabili: dovremmo, insomma, avere imparato che limiti esistono e non vanno varcati.

Altro che avvertimento. È una lezione di vita quella che il coronavirus ci ha impartito. Ci sarà pure qualcuno che ne farà tesoro, che si scoprirà emancipato dalla “normalità” precedente ed impegnato nella consapevole e matura accoglienza di una nuova “normalità”, nel quotidiano vivere e, in ogni campo, nell'economia, nella politica, nella società? E può darsi che altri seguano il suo esempio. Non solo il virus è contagioso. Sarà un piccolo grande passo avanti per l'umanità.

⁹¹ Torna ancora utile far richiamo alle parole di Papa Francesco nell'omelia già citata: «La tempesta smaschera la nostra vulnerabilità e lascia scoperte quelle false e superflue sicurezze con cui abbiamo costruito le nostre agende, i nostri progetti, le nostre abitudini e priorità. Ci dimostra come abbiamo lasciato addormentato e abbandonato ciò che alimenta, sostiene e dà forza alla nostra vita e alla nostra comunità. La tempesta pone allo scoperto tutti i propositi di “imballare” e dimenticare ciò che ha nutrito l'anima dei nostri popoli; tutti quei tentativi di anestetizzare con abitudini apparentemente “salvatrici”, incapaci di fare appello alle nostre radici e di evocare la memoria dei nostri anziani, privandoci così dell'immunità necessaria per far fronte all'avversità. Con la tempesta, è caduto il trucco di quegli stereotipi con cui mascheravamo i nostri “ego” sempre preoccupati della propria immagine; ed è rimasta scoperta, ancora una volta, quella (benedetta) appartenenza comune alla quale non possiamo sottrarci: l'appartenenza come fratelli».



V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, Giuffrè, Milano, 2018

1. – Il libro di Veronica Bongiovanni è una messa a punto di una tematica classica, e perciò sempre attuale: l'integrazione del contratto, che diventa o può diventare problematica nel momento in cui, durante l'esecuzione, insorga un conflitto tra le parti che appunto si incentri sul contenuto del regolamento negoziale: o perché l'una o l'altra parte fanno appello a quest'ultimo per fondare le proprie rispettive pretese in chiave di adempimento/inadempimento, o perché l'una o l'altra parte affermano che una determinata obbligazione non può essere esigibile, posto che, se vi fosse adempimento, si andrebbe a violare un precetto inderogabile, che il regolamento contrattuale ha invece inteso illecitamente superare, richiedendosi così un intervento conformativo da parte del giudice.

È del tutto ovvio che quello dell'integrazione è un tema delicato perché va al cuore di molte, se non di tutte delle questioni riconducibili al ruolo dell'autonomia privata: che tale ruolo sia dominante o recessivo, diretto o indiretto, favorito o osteggiato, non c'è dubbio che le modalità con cui l'integrazione viene realizzata si ripercuotono sull'intera fisionomia del contratto.

Ma nel titolo del libro compare una locuzione ancora più problematica, rispetto al fenomeno dell'integrazione: alludo a quelle 'clausole implicite' (e dunque il pensiero va subito agli *implied terms* del diritto inglese, sui quali l'autrice si sofferma ampiamente), che sono sì un notevole strumento di integrazione, ma lo sono non già in quanto ricondotte a un inesistente voluto delle parti (nella logica tutta retorica di una volontà fittizia), sì che le clausole implicite non sarebbero altro che la volontà delle parti pur rimasta inespressa; lo sono in quanto tali clausole implicite sono ormai intese, in chiave oggettiva, quali svolgimenti ragionevoli del contenuto del contratto, in assenza di una volontà delle parti: un contratto, va precisato, non quale idealtipo, ma quale concreta pattuizione conclusa in un certo momento, da certe parti, a certe condizioni, con certi scopi.

Ecco che, allora, queste clausole implicite hanno poco o nulla di inaspettato e imprevedibile, aderendo esse, al contrario, alle caratteristiche funzionali del contratto e all'ambiente in cui il contratto è stato formato, concluso, eseguito. Un riferimento all'ambiente che, naturalmente, potrà essere tanto più forte quanto più sarà circoscritto, al di là dei confini geografici, va da sé, potendosi così farsi emergere (e saremo allora prevalentemente nell'ambito dei rapporti professionali) quelle circostanze strutturalmente esterne al contratto, ma funzionalmente a esso interne, le quali ben potranno espandere o anche re-



stringere il regolamento contrattuale, appunto nell'idea che il contesto, e cioè gli usi e le pratiche commerciali, ha una forza integrativa, naturalmente mediata da criteri e parametri, quali, in primo luogo, la clausola generale di buona fede e il principio di ragionevolezza, sì da rendere il contenuto del contratto, e dunque in particolare il testo del contratto, il più vicino possibile al contesto al cui interno quel contratto è sorto. Un contesto che però, per poter funzionare al meglio in chiave di integrazione, deve essere appunto connotato da elementi di unitarietà e non di frammentazione, dunque in direzione di un *ethos* monistico e non già pluralistico, anche ai fini di una materiale ricostruzione in giudizio di esso.

Il 'contesto contrattuale' (che andrà poi meglio definito, e sul quale infatti approfonditamente si sofferma la nostra autrice), dunque, funziona alla stregua di un vero e proprio *tertium comparationis*, sia per valutare le pretese delle parti rispetto al testo contrattuale, sia per integrare il regolamento contrattuale, che in questa logica dinamica non è la proiezione di una volontà storiograficamente accertabile, e ormai storicamente esauritasi, delle parti, ma è la progressiva attuazione di quegli obiettivi all'origine del rapporto negoziale (cfr. p. 89).

Il contesto, inteso esso in senso stretto o in senso lato, funzionalizza il testo.

2. – Vediamo allora in primo luogo com'è strutturato il volume, diviso in cinque Capitoli.

Il primo è dedicato all'integrazione suppletiva del contratto (pp. 1-89); il secondo all'integrazione contrattuale nei sistemi di *civil law* (pp. 91-168); il terzo alle clausole implicite nel *common law* inglese (pp. 169-257); il quarto alle clausole implicite nei progetti di codificazione e negli strumenti di armonizzazione del diritto contrattuale europeo ed internazionale (pp. 259-348); il quinto al percorso ermeneutico-ricostruttivo del contratto tra *civil law* e *common law* (pp. 349-415).

Il filo conduttore della ricerca emerge fin dalle prime pagine del lavoro, e può essere sintetizzato come segue: accentuare non i contrasti ma le sinergie tra le diverse fonti di integrazione del contratto, «definendone i rispettivi ruoli e, soprattutto, individuando i criteri che, in una dimensione sovranazionale e sistematica, sono destinati a modularne l'intervento» (p. 11).

Dunque, un fenomeno integrativo che, nell'ottica di una costruzione del regolamento (p. 24 e ss.) affidata sinergicamente tanto alle fonti autonome quanto a quelle eteronome, tanto all'autonomia privata quanto all'ordinamento e ai suoi valori e ai suoi principi (ma



senza eccedere, a tutela dell'autonomia privata e del programma negoziale: a p. 89, l'autrice si professa infatti contraria a un'integrazione basata su di una estremizzazione del ragionamento per principi), supera, con il conforto di una comparazione utilizzata in chiave prescrittiva (ha del resto recentemente osservato Sabino Cassese, nella *Domenica del Sole* 24 Ore, del 9 febbraio 2020, p. VI, che tra i benéfici effetti del diritto comparato c'è proprio quello del passaggio dalla comparazione al diritto comparato, sì che il comparatista non ha più soltanto una funzione conoscitiva, potendo così incidere sulla funzione normativa, e precisando: «Questo straordinario progresso è dovuto all'ampliamento dei confini statali, alla loro porosità, ai trapianti, alle connessioni e alle forme cooperative sempre più necessarie nel mondo, che producono l'apertura di finestre e porte tra ordini giuridici prima ermeticamente chiusi l'uno all'altro»), ogni rigida distinzione tra integrazione e interpretazione, così anzi recuperando – ma non già, ovviamente, nella direzione di un ritorno della mistica della volontà, quanto di una compiuta oggettivazione del contenuto contrattuale, che proprio nel contesto contrattuale trova significativi punti di appoggio – quell'interpretazione integrativa che pareva fosse solo un ricordo del passato (p. 25).

Il principale aspetto che va sottolineato (ed è un sicuro pregio del volume), dunque, è il taglio comparatistico della ricerca, che sfocia nelle considerazioni complessive e ricostruttive cui è appunto dedicato l'ultimo capitolo, dal quale conviene partire, anche perché in esso troviamo un'efficace sintesi di tutta la trattazione.

Il filo conduttore dell'intero lavoro è il seguente: affermare l'inadeguatezza del modello integrativo codicistico 'nel tempo della complessità' (come infatti suona il titolo del par. 1 del Cap. V, p. 349). Ciò che oggi non soddisfa (o quantomeno non soddisfa l'autrice) è il fatto che l'art. 1374 «si regge [...] essenzialmente [...] sulla mera indicazione delle fonti utilizzabili per colmare le eventuali lacune, rifuggendo da un approccio ricostruttivo che sia, invece, funzionale all'individuazione di una regolamentazione adeguata, attraverso strumenti in grado di cogliere le situazioni di interesse che il contesto rappresenta» (p. 352). Si può del resto subito rilevare come questa 'disattenzione' legislativa rivolta al contesto (un contesto endocontrattuale, si badi, non già esocostrattuale, al quale sarebbe comunque possibile prestare attenzione: ma sul punto ritornerò più avanti) sia già stata ampiamente recuperata attraverso un massiccio uso, in Italia e negli altri ordinamenti di *civil law* che la Bongiovanni considera (e nella stessa direzione va letta l'abbondante *contractual soft law* di matrice europea), soprattutto, della buona fede e della ragionevolezza (nei loro reciproci rapporti, nelle loro parziali o totali sovrapposizioni, nelle loro differenze).

In altre parole, al di là del disegno contrattuale codicistico (e uso volutamente il ter-



mine ‘disegno’: cfr. infatti la nota 96 di pag. 393, ma qui con riferimento al disegno delle parti: quindi, un disegno contrattuale incentrato sull’autonomia privata e che, è ovvio, dal ‘contesto’ potrà trarre un effettivo vantaggio, in termini di efficienza e di costi di transazione – cfr. p. 32 –, solo se di tale contesto si adotti una visione piuttosto ristretta, che è quella, mi pare, fatta propria dalla nostra autrice: un contesto che, però, è allora poco più dei criteri di interpretazione oggettiva del contratto), non è dubbio che c’è una vita del contratto che va oltre la previsione legislativa, e che appunto si apre e si affida alla libertà dei contraenti.

3. – Quanto appena osservato, naturalmente, non significa che non sia opportuno ripensare il ‘disegno legislativo’ del contratto (e dunque, soprattutto, la parte generale del contratto di cui al nostro codice civile), ma significa che, e fortunatamente, le ‘stagioni del contratto’ (per richiamare qui un lavoro di Guido Alpa), cambiano anche quando il legislatore rimanga, per ottime o pessime ragioni, inerte.

E se allora ripercorriamo mentalmente la vicenda del contratto all’interno del nostro ordinamento, la tematica dell’integrazione contrattuale è stata ormai da tempo resa più mobile e flessibile grazie a un dialogo, preparato dalla dottrina e accolto dalla giurisprudenza (un dialogo, che per alcuni si è rivelato prodromo di effetti perniciosi), tra fonti di integrazione del contratto e Costituzione, tra contratto e Costituzione, e dunque, oggi, tra contratto e fonti sovranazionali di livello costituzionale o paracostituzionale, appunto nell’idea che il testo contrattuale, almeno fino a un certo punto (e il problema è allora proprio quello di individuare il limite massimo di operatività di questa integrazione, che guarda più al versante dell’eteronomia che non a quello dell’autonomia; un limite, che però non potrà mai essere fissato una volta per tutte, pena l’irrigidimento di un istituto, come il contratto, che, nato nel mercato, dal mercato e per il mercato, sufficientemente duttile dovrà pur sempre rimanere, dovendosi così ripensare, di fronte a ogni nuova esigenza, individuale o collettiva, alla traiettoria storica del contratto, sì che, da un lato, sia assicurata una certa continuità con il passato, ma dall’altro non sia mortificata quella stessa esigenza di discontinuità grazie alla quale il contratto non solo potrà continuare a vivere, ma financo prosperare), deve essere immerso nel contesto socio-economico nel quale il rapporto si trovi a funzionare, altrimenti il rischio sarà esattamente quell’astratismo logico già vigorosamente criticato, ad esempio, da Ascarelli, nella lusinghiera recensione al ‘Contratto’ di Gorla (*Trim.*, 1956, p. 924 ss.), ove appunto si legge (p. 930) che la *civil law*, per ragioni di completezza e di sistematicità, ha sempre ‘preceduto’ i fat-



ti, laddove la *common law* nasce sempre *ex post*, e cioè «è realmente muta rispetto ad ipotesi che non siano realmente proposte e rifugge da quella fantasia sistematica che spinge il *civil lawyer* a disegnare un sistema completo nel quale trovano posto e soluzione anche ipotesi ancora non presentatesi al giudizio di autorità giudicanti».

A questo modo di vedere è consentanea la critica della Bongiovanni all'impostazione codicistica, conservatrice e riduzionistica (p. 351), impostazione la quale, «nel disciplinare le diverse forme di manifestazione dell'agire privato, si mostra indifferente a valutazioni fondate sulla contestualizzazione delle stesse, in un'ottica di assoluta astrazione dai profili pratici e concreti della realtà» (pp. 351-352).

L'apertura, o meglio il passaggio, dal contratto del codice civile italiano al contratto del diritto contrattuale globalizzato e quindi del diritto globalizzato *tout court* ha del resto determinato quel fenomeno di progressiva reciproca contaminazione dei modelli contrattuali, con la conseguenza che «il continuo processo di avvicinamento tra sistemi diversi e la graduale convergenza che si sta realizzando tra di essi hanno creato le basi per una loro armonizzazione, funzionale a valorizzarne le affinità e ad attenuarne le contrapposizioni» (pp. 355-356).

Di più: «Da una realtà variabile nel tempo ma sempre più coesa nello spazio è, quindi, possibile trarre indicazioni tendenzialmente simili nei vari contesti nazionali, la cui concretizzazione è affidata, in misura crescente, al momento dell'applicazione giurisprudenziale» (p. 356).

Una centralità della giurisprudenza, riscontrabile in tutti gli ordinamenti analizzati da Veronica Bongiovanni, che si spiega proprio con la circostanza che è la fase processuale quella che meglio può valorizzare il contesto contrattuale, e in particolare un contesto contrattuale inteso in senso stretto, a tutela del programma economico negoziale.

4. – Senza dubbio opportuna, quindi, la prospettiva metodologica della nostra autrice, la quale ha adottato un «metodo attento al profilo comparatistico e funzionale a cogliere, se possibile, l'unità nel molteplice» (p. 358).

Di qui, allora, il riferimento alle «significative convergenze metodologiche» tra *civil law* e *common law*, in particolare emergendo «la comune esigenza di tener conto, nel percorso ricostruttivo, della dimensione contestuale del regolamento contrattuale, ossia di quei profili oggettivi che lo connotano sia in base alla sua appartenenza ad una data tipologia sia in relazione all'ambito sociale e giuridico in cui è inserito e destinato ad operare» (p. 358).



Naturalmente l'apertura al contesto contrattuale – ne ho fatto un cenno sopra – può seguire varie direzioni: non mi pare infatti che, per evocare un terzo criterio (oltre quelli della buona fede e della ragionevolezza) assai aperto a questa operazione di contestualizzazione del precetto contrattuale, la natura del contratto possa essere impiegata solo nel senso di interpretare, integrandolo, o di integrare, interpretandolo, il contratto medesimo, in modo tale da arricchirne il contenuto sulla base di esigenze (primariamente economiche, ma al limite anche sociali, in senso lato, delle parti) ricavate a partire dall'ambiente all'interno del quale quel contratto ha operato o è destinato a operare; ciò perché, a ben vedere, il criterio della natura dell'affare (ma lo stesso discorso può farsi in riferimento alla buona fede, alla ragionevolezza, all'equità, all'affidamento, alle ragionevoli aspettative delle parti, e via enumerando in chiave di approccio oggettivizzante) può anche svolgere una funzione opposta, di chiusura contro il contesto, nell'idea che, se le parti hanno 'disegnato' in un certo modo il perimetro contrattuale, al di là di superficiali dimenticanze o di elaborate strategie, allora integrare quel regolamento in direzione contestuale è rischioso, non tanto perché, tramite il richiamarsi al contesto, si attribuisca alle parti una volontà da esse mai espressa (né internamente né esternamente), ma perché questo modo di procedere mette in questione l'operazione economica che le parti hanno già esse oggettivamente inteso regolamentare, inserendo nel contratto quelle clausole e non altre, assumendosi il rischio economico della lacuna.

Dunque, ci si può domandare se la 'simpatia ermeneutica' verso il contesto debba essere messa a frutto in vista di una apertura contrattuale, cioè per rendere il contratto più in linea con il contesto (ma occorrerà poi sempre interrogarsi sull'estensione di tale contesto, se limitato all'ambiente contrattuale o esteso alla dimensione sociale più autentica, guardandosi così a una sociologia del diritto che può svolgere un ruolo dogmaticamente costruttivo, filtrando in chiave appunto dogmatica determinati acquisizioni sociologiche), oppure in vista di una chiusura contrattuale, e ciò, sia al fine di proteggere la specificità di quel contratto dalla ricchezza del contesto sociale (e qui si potrà ben pensare alle potenzialità della causa concreta, in questo senso 'anticontestualista'), sia al fine di intendere in senso stretto il medesimo contesto contrattuale. Un contesto che risulta allora coincidere con il rapporto contrattuale e con le caratteristiche di quelle parti, non già dell'ambiente professionale nel quale le parti operano (ché il contratto potrebbe aver appunto inteso introdurre una deviazione rispetto alle comuni pratiche commerciali del settore), né, tampoco, dell'ambiente sociale al quale le parti in quanto consociate siano comunque riconducibili, con il fine evidente di impedire che possano penetrare nel contratto prospettive o anche magari sensibilità socialmente esistenti, quando non addirittura



diffuse, ma che appunto il programma negoziale ha inteso escludere *in radice*. Qui, dunque, l'appello al contesto o all'ambiente contrattuale si muove lungo la linea della massima chiusura del contratto di fronte a un contesto sociale il cui pluralismo, se trovasse ingresso nel contratto, ne ostacolerebbe la coerenza programmatica.

Da questo punto di vista, anzi, si può aggiungere (ed è un fenomeno già perfettamente conosciuto, a partire dalle conseguenze sociali del multiculturalismo inclusivo) che è proprio il pluralismo sociale a legittimare il ricorso al contratto per conseguire un risultato antipluralistico, una impermeabilità sociale: in altre parole, la finalità del contratto, qui, è quella di realizzare uno specifico ordine giuridico (giuridicamente rilevante, perché socialmente tale), che come tale ha pieno diritto di esistere, in quanto fondato proprio su quel pluralismo sociale che ne sta a monte (anche il rifiuto del pluralismo è una scelta legittima solo se si dà per presupposto un ordinamento pluralistico); esattamente come accade, su un altro piano, ancora più delicato, con le rivendicazioni di diversità, anche esasperata, tanto individuale quanto collettiva, le quali trovano piena legittimazione proprio all'interno di quel multiculturalismo inclusivo che fonda il diritto alla diversità: un diritto che però assume poi accenti non solo problematici ma anche drammatici, quantomeno sotto il profilo dell'incremento del conflitto sociale e dell'impossibilità di convergere sull'identificazione del bene comune, con dirette ricadute sul diritto penale, donde la teorizzazione di sistemi penali differenziati (e va allora visto il brillante intervento di F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, il Mulino, 2019, pp. 53-55, e in particolare il seguente rilievo che si legge a p. 55: «[Q]uesta segmentazione sociale e giuridica rinsalda le divisioni sociali e accentua i conflitti; inoltre la difesa delle minoranze e l'arretramento dello Stato di fronte alle loro identità culturali è fonte di privilegi e di nuovi specifici diritti»).

Ci si potrebbe allora chiedere, in chiave di filosofia politica contrattuale, se il tante volte ripetuto ritorno degli *status*, pur all'interno di un diritto globalizzato, non possa rappresentare un'efficace arma culturale, nella prospettiva del 'disegno contrattuale intelligente', che almeno in parte sta a cuore alla nostra autrice (dico 'almeno in parte', perché certamente la linea ricostruttiva di Veronica Bongiovanni non è nel senso di un testualismo esasperato, quanto piuttosto nel senso del massimo possibile equilibrio tra testualismo e contestualismo, come si evince dal seguente passaggio, relativo al diritto inglese ma significativo anche nella prospettiva italiana: "Devono [...] considerarsi [...] parte del c.d. *"relevant background"* di ogni contratto, principi, quali l'onestà e la correttezza, chiamati ad orientare il comportamento di contraenti nell'esecuzione del contratto e, per questo, da considerarsi in esso impliciti. Se, però si ammette che la buona fede



veicoli i valori condivisi, emergenti dal contesto, giustificando, in tal modo, l'attivazione del procedimento di *implication in fact*, è bene tenere presente [...] che il c.d. *test of good faith* deve essere governato dal canone della ragionevolezza, muovendosi sempre in una dimensione valutativa di tipo oggettivo. L'interprete è, così, chiamato ad utilizzare anche la buona fede, in uno ai valori ad essa sottesi, quale base per colmare la lacuna contrattuale, ma il contenuto del c.d. *implied term of good faith* deve essere ricostruito adottando, come criterio di valutazione, lo *standard* comportamentale di un soggetto ragionevole», p. 251), per mettere ad esempio in questione esigenze di giustizia o aperture al solidarismo contrattuale assunte in termini generali quando non universalistici, le quali, però, implicano appunto l'esistenza di un'etica condivisa, agevolmente trasferibile all'interno del contratto: in assenza di tale etica condivisa, invece, ben potrebbero legittimarsi giustizie particolari (quelle giustizie particolari, a ben vedere, tipiche dell'autonomia privata), e ciò proprio grazie a un contratto non solo sensibile, ma unidirezionalmente proiettato su di un contesto determinato e ristretto, il più possibile impermeabile a ogni intervento esterno, soprattutto quando esso sia svolto da parte di una dogmatica sociologizzante.

5. – Si tratta, come sempre, di essere chiari non solo e non tanto nella definizione stipulativa dei termini impiegati, quanto nelle scelte di politica del diritto e dei mezzi individuati per il perseguimento di queste ultime.

Occorre quindi chiedersi: come va usato, e per quali fini, il ricorso al contesto, tanto in chiave interpretativa quanto in chiave integrativa? Se guardiamo, seguendo la puntuale disamina della Bongiovanni, alla vicenda inglese (che è forse, fra tutte quelle analizzate nel volume, la più significativa, anche rispetto al possibile uso del diritto comparato in chiave prescrittiva, che è poi quanto la nostra autrice si è prefissa di fare, almeno in parte), non è dubbio che il richiamo alle c.d. *surrounding circumstances* (cfr. ad esempio p. 366), e quindi al 'contesto contrattuale', è fatto nella prospettiva dell'operazione economica, dunque al fine di proteggere l'autonomia privata, e non già onde introdurre nel contratto elementi a esso estranei, come quelle esigenze di giustizia, che possono essere sociologicamente ricostruite appunto a partire dal contesto sociale: esigenze che, esistendo, potrebbero essere fatte retroagire sul contratto, così snaturandolo, appunto rispetto all'operazione economica.

Se è così, ci si può allora anche chiedere in che cosa effettivamente differisca l'approccio contestualista da quello testualista; perché è del tutto ovvio che fondare l'ope-



razione a cavallo tra interpretazione e integrazione su di un contesto contrattuale volto a potenziare il regolamento, arricchendolo bensì ma in senso solidale ai valori del contratto, è un altro modo per rafforzare il testo contrattuale, e per quanto esso ha espresso e per quanto ad esso è implicitamente, ma non impropriamente, riconducibile nella logica economica della pattuizione.

Anche la nostra autrice guarda al contesto in chiave di un rafforzamento e di un più efficace svolgimento della vicenda negoziale, come mi pare emerga chiaramente nel momento in cui (qui riflettendo sull'interpretazione integrativa di matrice germanica) venga rilevato che l'intervento interpretativo-integrativo del giudice andrà «al di là dello sviluppo dell'intento espresso dall'autore dell'atto, spingendosi, attraverso la ricerca degli aspetti peculiari del caso concreto, fino a ricostruire la dimensione inespressa del regolamento, colmandone le lacune» (p. 371).

E tuttavia, almeno *prima facie*, c'è forse un margine per affermare che, nella prospettiva di Veronica Bongiovanni, il contesto non può essere inteso soltanto in chiave strettamente endocontrattuale, ma dovrebbe potersi leggere anche in chiave esocontrattuale, nell'idea che, se il volto più dogmaticamente presentabile dell'integrazione, oggi, è dinamico, allora quest'ultima, pur naturalmente muovendo da quanto espresso nel contratto, se «intes[a] come atto su cui fa leva il criterio di identificazione della regola e di individuazione degli effetti riconducibili allo stesso [contratto], non può prescindere dalla ricostruzione della situazione complessiva, della quale l'atto è espressione in un dato momento storico e sulla quale esso è destinato ad incidere» (p. 373).

E tuttavia, direi che questa apertura alla storia fa pur sempre riferimento alla storia interna al contratto e al rapporto tra le parti: «Tale situazione complessiva può dirsi costituita da una serie di elementi di fatto, che sono destinati a variare in virtù del continuo adattamento del metodo ricostruttivo allo stato transeunte della realtà giuridica e che, quindi, testimoniano il concreto atteggiarsi degli interessi in gioco, ai quali l'ordinamento riserva un certo rilievo ai fini della produzione degli effetti. Così, possono venire in considerazione: la qualità, la posizione, le condizioni giuridiche e di fatto dei contraenti; i comportamenti degli stessi e, più in generale, il tipo di attività di cui il contratto rappresenta l'esplicazione, quale parte di una più ampia operazione; la natura dei beni e dei servizi che ne formano oggetto; gli interessi accessori, connessi alla pattuizione contrattuale; i profili attinenti al contesto in cui la pattuizione è inserita, quali le caratteristiche del mercato in cui ha luogo lo scambio, nonché le circostanze temporali e spaziali che fanno da sfondo al contratto» (ivi).

Ne deriva allora una difficoltà ulteriore, che è la seguente: situare storicamente un



rapporto contrattuale, anche rispetto alle condizioni delle parti, può portare, al limite, a far ritornare in primo piano il versante psicologico e volontaristico, quale decisivi strumenti di accertamento della realtà storica relativa alla vicenda oggetto di giudizio. Ma anche il criterio storico, a ben vedere, può trovare un appiglio nel criterio testualistico: il testo come specchio di una vicenda in parte compiuta (la conclusione del contratto) e in parte in svolgimento (l'esecuzione del contratto). E del resto il glorioso percorso della filologia classica bene attesta quanto delicati possano essere ed effettivamente siano i rapporti tra testo e contesto.

Nella linea ricostruttiva della nostra autrice, allora, mi pare ci sia un cauto uso, se non polivalente, quantomeno bidirezionale, del contesto, che da un lato va a tutela del contratto quale operazione economica, ma dall'altro fa sì che il contratto non sia qualcosa di distante da quell'ordinamento giuridico all'interno del quale è destinato a operare, e così partecipando di quei valori primari incorporati nei principi fondamentali dell'ordinamento, da cui una proliferazione di diritti fondamentali (secondo il classico meccanismo della produzione di diritti a mezzo di principi) dell'essere umano, in costante espansione: diritti fondamentali contro i quali la resistenza del contratto parrebbe oggi vana. Mi pare che in senso conforme possa essere richiamato il seguente passaggio: «[L]a situazione complessiva diventa lo strumento attraverso cui è possibile, dopo aver individuato i vari interessi riconducibili al regolamento contrattuale, ricomporli ad unità, senza rischiare di pervenire a sintesi riduzionistiche. In questa logica, essa risulta funzionale a rendere applicabili al contratto norme e principi che, in base ad una visione statica, potrebbero sembrare distanti da esso e, quindi, destinati a non essere operanti. Ne consegue che, ai fini della costruzione del regolamento, si profila l'opportunità di non ragionare più attraverso la rigida alternativa tra l'applicazione, da un lato, della disciplina tipica o degli usi o dell'equità e, dall'altro, delle regole desunte dalla buona fede, ma di accedere ad un metodo ermeneutico-ricostruttivo oggettivo, che conduca al risultato ritenuto, sulla scorta di quanto può desumersi dal criterio valutativo prescelto, più consono per realizzare il programma contrattuale predisposto dai contraenti, contestualizzato nel sistema socio-giuridico di riferimento» (p. 374).

6. – Il che, peraltro, non chiude, ma apre una serie di questioni, se si orienta quel 'metodo ermeneutico-ricostruttivo oggettivo' in direzione del contesto socio-economico, ché tale metodo avrà necessità di criteri e parametri di giudizio per potere efficacemente funzionare onde estendere la base contrattuale, contrattualizzando (cioè assegnando rilevan-



za giuridica contrattuale a) elementi che, come tali, stanno fuori del contratto, come, ad esempio, determinate prassi di taluni settori commerciali, quando non l'ambiente culturale di uno o anche di entrambi i contraenti; ambiente culturale che potrebbe condurre il giudice a una vera e propria interpretazione autentica del contratto, sì da salvare i contraenti dai propri errori, o da salvare il contraente meno accorto dalla furbizia della sua controparte. Dunque, una contestualizzazione socio-economica del contratto che necessariamente richiede – se ne è fatto cenno – l'indispensabile messa a punto (e poi affinamento) di strumenti di lavoro che partano dalla sociologia e arrivino alla dogmatica, in una prospettiva già peraltro abbozzata in alcuni lavori dell'Ascarelli della maturità, e che oggi richiederebbe un ulteriore sforzo di elaborazione, proprio all'interno di quel diritto contrattuale tendenzialmente globalizzato di cui si diceva più sopra.

Un'elaborazione tanto più delicata di fronte, oggi, a quell'attuale accentuato pluralismo sociale che, a mio avviso, rende assai problematico parlare di 'normalità sociale', come invece fa la nostra autrice (ad esempio, pag. 376 ss.), e del resto non mi pare possa essere risolutiva la considerazione per cui, «in conseguenza della flessibilità del concetto di natura [del contratto], [...] gli effetti generati dai contratti eterointegrati non poss[o]no essere uniformi tra loro, né presentare una certa prevedibilità, ma [sono] destinati a variare in relazione alla specificità del caso concreto» (p. 379).

In conclusione, la tesi di Veronica Bongiovanni, all'interno del vasto mondo della teoria generale del contratto, va qualificata in chiave cooperativa, affinché interpretazione e integrazione, mettendo in particolare a frutto le potenzialità della *natura contractus*, possano appunto cooperare sì da arricchire gli effetti del contratto, ad esempio grazie al ruolo suppletivo svolto dalle norme dispositive (p. 380): sì, allora, a un'espansione del contenuto precettivo contrattuale, ma, di nuovo, tutto all'interno del senso economico della pattuizione.

È pur vero che la nostra autrice ribadisce, subito a seguire, che il contenuto prescrittivo del contratto può anche essere completato anche «attivando un meccanismo ermeneutico-ricostruttivo attraverso il quale è possibile identificare le obbligazioni che normalmente si intendono connaturate a una data pattuizione contrattuale» (p. 381), ma non mi pare che questo rilievo cambi l'ordine del discorso, che resta appunto prevalentemente, ma, come detto, non esclusivamente, endocontrattuale, e che dunque si colloca in quell'ormai molto robusto e documentato filone dottrinale e giurisprudenziale delle prestazioni accessorie (filone, ovviamente, non solo italiano: ad esempio, è significativa, ma oggi per nulla inaspettata, la decisione spagnola cit. a p. 382: ma gli esempi possono appunto agevolmente reperirsi all'interno dei vari ordinamenti analizzati dalla Bongiovanni).

JUS CIVILE



A riprova dell'equilibrio raggiunto dall'autrice, possono essere lette le considerazioni riferite alla *soft law* contrattuale, così distinguendosi «le circostanze di carattere generale, che riguardano il contesto spaziale o temporale del contratto, da quelle di carattere particolare, che, invece, appaiono legate alla dimensione relazionale della pattuizione, attenendo ai rapporti intercorsi tra le parti, nonché ai comportamenti assunti posteriormente alla stipula» (p. 386).

Le due dimensioni sono del resto intrecciate, e tanto più lo sono quando esse si propongano di svolgere il contenuto implicito del contratto, ovvero – e detto meglio – giustifichino il potere costruttivo del giudice, un potere legittimo se fondato sulla ragionevolezza in concreto dell'operazione integrativa: dunque, un'integrazione che ha modo di svolgersi soprattutto in riferimento al contesto contrattuale (cfr. ad esempio le considerazioni e l'analisi della giurisprudenza che si leggono alle pp. 388 ss.). [MAURO GRONDONA].



NICOLÁS GÓMEZ DÁVILA, *De iure*, L. Garofalo (a cura di), La Nave di Teseo, Milano, 2019 *

In un tempo in cui il tecnicismo giuridico, esasperato dalla proliferante evoluzione normativa, sembra riservare al ceto dei giuristi prospettive esegetiche improntate ad un angusto minuziosismo, quasi più proteso a denunciare il difettoso coordinamento tra i due commi dell'articolo d'una novissima legge, che magari ad avvedersi della logica precedenza del *quid est ius* al *quid est iuris*, la nuova collana *Krisis* – autorevolmente ideata e sovrintesa da Massimo Cacciari e Natalino Irti – lo emancipa piacevolmente da un siffatto clima asfittico e, nel gettare un ponte tra la filosofia e il diritto, dischiude agli studiosi dell'una e dell'altro nuovi, fecondi e inaspettati orizzonti di riflessione.

Così, ad affiancare l'*Elogio del Diritto*¹ (in cui i Direttori della collana, qui in veste d'Autori, descrivono la tragica dissoluzione del *Nomos* in un'indefinita pletora di *nomoi*, positivamente sorretti da contingenti e mutevoli *rationes*, anziché da un'ancestrale *Ratio* universale) e *Del convivere*² (ove M. Tamponi si misura coll'attualissimo e inarrestabile declino dell'endiadi "famiglia-matrimonio"), v'è ora *De iure*, che toglie il titolo dall'omonimo e tanto breve, quanto prezioso *pamphlet* redatto dall'intellettuale colombiano Nicolás Gómez Dávila attorno al 1970, poi pubblicato a Bogotá nel 1988 e per la prima volta presentato nella traduzione italiana per i tipi della Nave di Teseo.

Il compito di presentare l'A. – già definito dal filosofo vicentino Franco Volpi, cui si deve peraltro il merito d'averlo importato da oltreoceano, come la "la gemma più luminiscente e scandalosamente trascurata"³ del continente latinoamericano, al punto da intravedervi un "Nietzsche colombiano"⁴ – è affidato a Luigi Garofalo, il quale l'assolve con un corposo saggio introduttivo (pp. 130, 900 note), restituendo al lettore compiuta e avvincente descrizione del profilo biografico di Gómez Dávila.

Apprendiamo così che egli, nato a Bogotá nel 1913 da un'agiata famiglia di commer-

* Un ringraziamento speciale al Prof. Oberdan Tommaso Scozzafava, profondo conoscitore – tra i suoi vari interessi – del pensiero di Nicolás Gómez Dávila.

¹ M. CACCIARI, N. IRTI, *Elogio del diritto* (con un saggio di Werner Jaeger), La Nave di Teseo, Milano, 2019, pp. 158.

² M. TAMPONI, *Del convivere. La società postfamiliare*, La Nave di Teseo, Milano, 2019, pp. 285.

³ F. VOLPI, *Un angelo prigioniero nel tempo*, in N. GÓMEZ DÁVILA, *In margine a un testo implicito*, a cura di F. VOLPI, Adelphi, Milano, 2001, p. 159.

⁴ *Ibid.*



cianti di tessuti, si trasferì a Parigi a sei anni, per poi far ritorno, a ventitré, nel Paese natìo, dal quale (ad eccezione di un soggiorno europeo nel 1949) mai più si sarebbe mosso, sino alla morte avvenuta nel 1994.

Tale sedentarietà, abbinata a uno stile di vita solitario, gli consentì di trascorrere gran parte del tempo nel chiuso della propria biblioteca, una maestosa stanza di un'imponente casa, in stile Tudor, situata nel centro di Santa Fé: circondato da pochi ma fidati interlocutori, ivi si dedicò con diletto alla lettura d'innumerabili volumi, molti dei quali in lingua originale, che raggiunsero l'incredibile cifra di trentamila esemplari. Padroneggiando, oltre allo spagnolo, le lingue portoghese, francese, italiana, inglese, russa e tedesca, nonché, fra gl'idiomi antichi, quelli greco e latino, aveva, infatti, facilità nell'immergersi, senza ausilio di traduzione, nelle fitte pagine della letteratura universale, spaziando dai presocratici a Heidegger, da Omero a Goethe.

A figurare nei suoi scaffali, poche, invece, le opere degli scrittori sudamericani contemporanei; forse non sorprendentemente, nessuna del connazionale Gabriel García Márquez (il quale pare avesse, poi, avuto a dichiarare: «se non fossi comunista, penserei in tutto e per tutto come lui»⁵).

La sensibilità umanistica dell'A. era prematuramente germogliata durante l'infanzia parigina, scandita ora dalla frequenza dei collegi benedettini, ora dalle lezioni impartitegli domesticamente dai precettori⁶: di essa, avrebbe poi scritto che “un *iter* scolastico senza sapere umanistico è sterile perché l'uomo non si educa attraverso l'apprendimento di tecniche, ma imbevendosi di vecchi luoghi comuni”⁷ e che, d'altra parte, “eliminare l'insegnamento dei luoghi comuni che abbondano nelle lettere latine e greche equivale a privare l'uomo dell'alfabeto della sapienza umana”⁸.

Non conseguì mai la laurea, non solo per il disinteresse verso titoli che certificassero la sua caratura intellettuale (“un diploma di dentista è degno di rispetto, uno di filosofo è grottesco”), ma anche per la sfiducia verso le istituzioni universitarie, nelle cui aule “[...] la cultura muore di freddo”⁹.

E ciò non gli impedì, evidentemente, di sviluppare un'impareggiabile cultura “olistica”, capace d'attraversare con disinvoltura e senza flessioni cognitive le più disparate

⁵ L. GAROFALO, *Il giuridico come categoria dello spirito. Saggio sul pensiero di Nicolás Gómez Dávila*, in *De iure*, op. cit., p. 32.

⁶ *Ivi*, p. 36.

⁷ N. GÓMEZ DÁVILA, *Tra poche parole*, Adelphi, Milano, 2007, p. 169.

⁸ *Id.*, *Nuevos escolios*, II, Villegas Editores, Bogotá, 2005, p. 172.

⁹ *Id.*, *Escolios*, II, Villegas Editores, Bogotá, 2005, p. 180.



aree del sapere: la filosofia, l'arte, la storia, la politica, la morale, la religione e, non ultimo, come si vedrà, il diritto.

Alla lettura Gómez Dávila affiancò, poi, la pratica della scrittura, e non certo per il vezzo di dimostrare una compiaciuta erudizione, bensì in ossequio a una precisa istanza epistemologica: se, invero, era sua ferma convinzione che nell'*ars scribendi* dovesse rinvenirsi la “[...] forma más estricta, más rigurosa o rígida de meditar”¹⁰, impellente s'appalesava, in lui, il correlativo “[...] bisogno del discorso che accompagna il tenue rumore della penna che scivola sul foglio immacolato”¹¹.

Ed è al suo capolavoro in due tomi, gli *Escolios a un texto implícito*¹², una grande “opera continua”¹³ risalente al 1977, che il pensatore colombiano affidò – con la profondità d'introspezione del miglior Montaigne¹⁴ – il proprio sistema concettuale reazionario e autenticamente antimodernista, il quale lì trova pieno svolgimento lungo più di diecimila “annotazioni sintetiche e sentenziose”, che nella loro “folgorante profondità [...] invitano e quasi obbligano alla riflessione – a cominciare da quella, repentina, istintivamente protesa al sommario giudizio di approvazione o di dissenso –, donando, nel contempo, grazie alla loro foggia raffinatissima, un inconsueto appagamento estetico”¹⁵.

Tecnica compositiva, questa, pervicacemente rivendicata dall'A., il quale, pur talvolta solleticato dall’“ambizione di elevare a sistema le [sue] idee”, mai le diede séguito: “l'evidente arbitrarietà di ogni volontà sistematica mi impedisce di soccombere a una tentazione nella quale trovo soltanto la violazione della *fragile verità* che ho percepito”¹⁶.

¹⁰ ID., *Notas*, Villegas Editores, Bogotá, 2003, p. 226 (per la traduzione italiana di quest'opera, apparsa in un'edizione non commerciale a Città del Messico nel 1954, v. ora ID., *Notas*, Gog, Roma, 2019, trad. a cura di L. PASINATO, con nota introduttiva di L. PASINATO e prefazione di F. VOLPI).

¹¹ *Ivi*, p. 49.

¹² Di recente vòlti integralmente in lingua italiana, sia pure con l'intitolazione spagnola: v. ID., *Escolios a un texto implícito I*, Gog, Roma, 2017 (trad. a cura di L. PASINATO; con prefazione di G. MALGIERI, introduzione di G. ZUPPA e postfazione di A. LOMBARDI); ID., *Escolios a un texto implícito II*, Gog, Roma, 2018 (trad. e curatela a cura di L. PASINATO). Su cosa debba intendersi per “*texto implícito*” non v'è concordia d'opinioni tra gli interpreti: un commento critico alla cultura consegnataci dalla tradizione (dubitativamente, L. GAROFALO, *op. cit.*, p. 15) oppure – come forse appare preferibile – il sistema di pensiero ricavabile dalle annotazioni dell'A. (F. VOLPI, *op. cit.*, p. 169).

¹³ Così G. CANTONI, *Un contro-rivoluzionario cattolico iberoamericano nell'età della rivoluzione culturale: il 'vero reazionario' post-moderno Nicolás Gómez Dávila*, in ID., *Per una civiltà cristiana nel terzo millennio. La coscienza della Magna Europa e il quinto viaggio di Colombo*, Sugarco, Milano, 2008, p. 190.

¹⁴ Non a caso dall'A. rivendicato – assieme a Burckhardt – quale suo “santo patrono” (N. GÓMEZ DÁVILA, *Tra poche parole*, *op. cit.*, p. 186).

¹⁵ L. GAROFALO, *op. cit.*, p. 14.

¹⁶ N. GÓMEZ DÁVILA, *Notas*, *op. cit.*, p. 107 (corsivo del recensore).



A quest'ultima non poteva, dunque, che addirsi la forma lapidaria, icastica e contundente dell'aforisma, per il quale il latino-americano nutriva incondizionata predilezione: "accusare l'aforisma di esprimere soltanto parte della verità equivale a supporre che il discorso prolisso possa esprimerla tutta"¹⁷ e, ancora, "il vantaggio [di esso] sul sistema è la facilità con cui si dimostra la sua insufficienza"¹⁸.

Seppure con il sereno distacco di chi ha compreso che "la maturità dello spirito comincia non appena smettiamo di sentirci incaricati del mondo"¹⁹, frequenti bersagli dei suoi strali "il demonio, lo Stato e la tecnica"²⁰.

Il primo, perché incarnante una visione distorta della trascendenza, in contrasto con la retta dimensione religiosa, d'altronde coesistente – forse contrariamente a quanto si potrebbe immaginare²¹ – alla personalità dell'A.: "attraverso il creato; attraverso la bellezza di una frase, di una forma di un volume; attraverso ciò che una presenza umana impone con serena autorità; attraverso la sua nobiltà, il suo orgoglio, il suo splendore, la sua sofferenza, la sua gioia; attraverso la verità parziale che non le basta; attraverso la passione intellettuale che aspira a una ascensione aspra, ripida; è così, attraverso una dialettica carnale, che Dio appare alla mia ragione in modo altrettanto irrefutabile di come abbaglia la mia fede"²²; il secondo, perché terreno d'elezione non solo della *ragione*, del

¹⁷ ID., *Nuevos Escolios*, op. cit., p. 121.

¹⁸ ID., *Tra poche parole*, op. cit., p. 126. Volendo riportarne qualcuno a mo' d'esempio (sebbene solo una lettura che ambisca all'intero possa consegnare al lettore la poliedricità d'interessi che animava l'A.): "La stampa non vuole informare il lettore, ma convincerlo che lo sta informando"; "Cultura è tutto ciò che non può insegnare l'Università"; "I Vangeli e il Manifesto del Partito Comunista sbiadiscono; il futuro del mondo appartiene alla Coca-Cola e alla pornografia"; "Al volgo non interessa essere libero, ma credersi tale"; "Alla mente da lei prescelta l'intelligenza dona tutto, tranne la certezza di essere intelligente"; "Appartengono alla letteratura tutti i libri che si possono leggere due volte"; "Il popolo sopporta di essere derubato, purché non si smetta di adularlo"; "La spiegazione incapace di rendere più misterioso ciò che spiega è una spiegazione fallita"; "Volgarità è, essenzialmente, dare del tuo a Platone o a Goethe"; "Nostro fratello è non chi ci somiglia nel fisico, ma chi sfiora il medesimo nostro mistero"; "L'umanità attuale ha sostituito al mito di un'arcaica età dell'oro quello di una futura età della plastica"; "Le rivoluzioni sono perfette incubatrici di burocrati"; "Riferita a problemi seri, la parola 'soluzione' ha un suono grottesco"; infine, "L'esposizione didattica, il trattato, il libro si addicono soltanto a chi sia pervenuto a conclusioni che lo soddisfano. Un pensiero vacillante, pieno di contraddizioni, che viaggia senza comodità nel vagone di una dialettica disorientata, tollera appena la nota, perché essa gli serve da punto di appoggio transitorio".

¹⁹ ID., *In margine a un testo implicito*, op. cit., p. 15.

²⁰ ID., *Escolios*, II, op. cit., p. 66.

²¹ Non essendo Gómez Dávila ateo, e comunque avendo egli avuto – significativamente – a precisare che "il Dio dell'ateo" resta comunque tale, ma è Colui che "[...] non interviene nel mondo, che consegna l'uomo a se stesso, che lo abbandona al suo destino" (ID., *Notas*, op. cit., p. 472).

²² *Ivi*, p. 466.



progresso e della *giustizia* (e cioè di quelle che gli apparivano le “tre virtù teologali dello stupido”²³), ma anche della democrazia, “più una perversione metafisica che un fatto politico”²⁴, considerando che “[...] la frustrazione è il carattere psicologico distintivo della società democratica [...] [ché] dove tutti possono aspirare lecitamente alla cuspide, la piramide intera è un’accumulazione di frustrati”²⁵, mentre l’intelligenza è, dal canto suo, “[...] spontaneamente aristocratica, poiché è la facoltà di distinguere differenze e di fissare ranghi”²⁶; la terza, rea di “mutila[re] ogni desiderio che soddisfa”²⁷.

Nell’amore Gómez Dávila individuava, in chiave empatica, “[...] l’organo con cui percepiamo l’inconfondibile individualità degli esseri”²⁸; più controverso, invece, era il suo rapporto con l’*eros*, sovente esaltato nella sua radicale contrapposizione colle vette della speculazione: “l’intelligenza che dimentica o disprezza i gesti voluttuosi disconosce la densità che l’oscura presenza della carne conferisce al mondo”²⁹. Di qui la seguente confessione: “il mio essere si compie solo nell’erta vetta dell’idea o nella valle bassa e soffocante dell’erotismo. La meditazione più astratta sullo spirito, le sue norme, i suoi principi, o la tiepida selva dei gesti voluttuosi. Mi emoziona soltanto l’alba livida che mi sorprende disperato di fronte al problema insolubile o al corpo inviolabile, che nemmeno la sua complicità riesce a tradire”³⁰.

Allo stile epigrammatico foggiato negli *Escolios* – reggentesi sulla convinzione che “tra poche parole è difficile nascondersi come tra pochi alberi”³¹ e che, d’altronde, “l’impatto di un testo è proporzionale all’astuzia delle reticenze di questo”³² – ricorre l’A. anche per il libello *De iure*, ove egli, pur non giurista, s’accosta al fenomeno giuridico con competente maestria, forte della lettura dei classici: dalle *Institutiones* di Gaio al *Corpus* giustiniano, passando per Savigny e Jhering, sino a Koschaker e a Lintott³³.

Così emergendone uno scritto dotto, tagliente, a tratti disincantato, in cui il nostro si

²³ ID., *Escolios*, II, op. cit., p. 172.

²⁴ *Ivi*, p. 352.

²⁵ *Ivi*, p. 144.

²⁶ *Ivi*, p. 127.

²⁷ ID., *In margine a un testo implicito*, op. cit., p. 66.

²⁸ *Ivi*, p. 15.

²⁹ ID., *Notas*, op. cit., p. 54.

³⁰ *Ivi*, p. 171.

³¹ ID., *Tra poche parole*, op. cit., p. 126.

³² ID., *Escolios*, II, op. cit., p. 163.

³³ L. GAROFALO, op. cit., p. 48.



confronta, sondandone le interrelazioni, colle nozioni di *Diritto*, di *Giustizia* e di *Stato*, avvertendo subito, sagacemente, che “[...] poiché le possibili soluzioni del problema sono poche e tutte note, chi ambisce all’originalità non fa che denunciare la propria ignoranza”³⁴.

Gli è, perciò, sufficiente osservare che “[...] se si considera l’immensa letteratura concernente questi temi, all’interno del coacervo secolare di tesi risultano evidenti talune linee che tratteggiano la struttura di un possibile discorso coerente”³⁵.

Esso muove, così, dalla premessa – in verità costituente l’approdo d’un articolato, e volontariamente non esplicitato, *iter* ricostruttivo³⁶ – che “la teoria del diritto, la teoria della giustizia e la teoria dello Stato non integrano tre teorie distinte ma sono parti di un’unica teoria. Sono tutte capitoli della teoria giuridica”³⁷.

E nella visione del colombiano, per quanto denso di corollari sociologici, etici e politici, il “[...] giuridico, come il logico, è categoria irriducibile dello spirito, struttura irriducibile dell’universo”: questo si differenzia, però, da quello perché il logico “[...] si dà nell’atto del soggetto che solamente conosce oggetti, il giuridico si dà nell’atto del soggetto che riconosce un altro soggetto”³⁸.

Il metronomo della consequenzialità logica scandisce le pagine successive di *De iure*, ove si susseguono, serrate e inespugnabili, le ulteriori considerazioni di Gómez Dávila, giungendo alla riva d’una tassonomia matura e originalissima, prodotto d’una straordinaria, e troppo poco nota, “intelligenza fosforescente”³⁹. [ALBERTO MATTIA SERAFIN].

³⁴ N. GÓMEZ DÁVILA, *De iure*, op. cit., p. 244.

³⁵ *Ivi*, p. 245.

³⁶ *Ivi*, p. 246: “le brevi pagine che seguono risulterebbero probabilmente più persuasive se seguissero, geneticamente, il processo metodologico che ne sta alla base. Forse, però, si riesce a ottenere un disegno più nitido se, invece di scandagliare la babele di accezioni da cui nasce, descriviamo il processo all’inverso, partendo dalle conseguenze [...]”.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ivi*, p. 247. Sia perdonato l’abbondante ricorso alla citazione diretta: evidente sarebbe stata l’inconferenza d’una parafrasi.

³⁹ Riconosciutagli da E. SEVERINO, *Gómez Dávila, l’Universo visto in sogno*, in *Corriere della Sera*, 6 maggio 2001, il grande filosofo degli Eterni recentemente scomparso (v. anche N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari, 2001).