

JUS CIVILE

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



4-2019

luglio-agosto



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

pag.

Articoli e Saggi

- Sopravvenuta impossibilità di beneficiare della prestazione: ovvero la discussa “liberalizzazione” della risoluzione contrattuale nei contratti sinalagmatici *
- di *Massimiliano Arrigo* 300
- La successione *mortis causa* nei dati personali del defunto e i limiti al loro trattamento *
- di *Fabio Trolli* 312
- Contornos actuales de la responsabilidad civil precontractual. La situación en el derecho uruguayo *
- di *Jorge Rodriguez Russo* 343
- Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice *
- di *Francesco Gambino* 391
- Il Concetto del diritto di Angelo Falzea **
- di *Mario Barcellona* 397

Recensione

- A. Caprara, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, Napoli, 2017
- di *Daniele Mattiangeli* 409

* Contributo sottoposto a revisione.

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



MASSIMILIANO ARRIGO

Avvocato

SOPRAVVENUTA IMPOSSIBILITÀ DI BENEFICIARE DELLA PRESTAZIONE: OVVERO LA DISCUSSA “LIBERALIZZAZIONE” DELLA RISOLUZIONE CONTRATTUALE NEI CONTRATTI SINALLAGMATICI

SOMMARIO: 1. Alcune premesse. – 2. Il “leading case” del 2007. – 3. Le pronunce giurisprudenziali sul tema. – 4. Una nuova e “flessibile” causa di risoluzione del contratto. – 5. Alcune conclusioni.

1. – Come è noto, la disciplina civilistica italiana riconosce la facoltà di domandare la risoluzione contrattuale al verificarsi di una delle seguenti e tipizzate fattispecie: *in primis*, l’inadempimento di una delle parti (art. 1453 cod. civ.); *in secundis*, l’impossibilità di adempiere alla prestazione allorché questa sia divenuta impossibile del tutto (art. 1463 cod. civ.) ovvero anche parzialmente (art. 1464 cod. civ.); *in tertiis*, relativamente ad un contratto ad esecuzione continuata, periodica ovvero ad esecuzione differita, la sopravvenienza di una serie di eventi imprevedibili che incidano sulla prestazione rendendola eccessivamente onerosa e che modifichino l’alea contrattuale che ciascuna parte implicitamente acconsente concludendo il contratto (art. 1467 cod. civ.). La disciplina sulla risoluzione contrattuale trova oggi, dunque, la propria fonte nel Libro IV, Titolo II, Capo XIV del Codice Civile – dall’articolo 1453 all’articolo 1469 – con la rubrica «*Della risoluzione del contratto*», laddove le varie fattispecie, in ragione della distinzione pocanzi posta, sono elencate e suddivise in tre distinte sezioni.

Ferma una simile doverosa premessa, non ci si sorprende, tuttavia, che la giurisprudenza sia – con una certa vigoria – intervenuta sul tema per mezzo del riferimento ad una potenzialmente autonoma causa risolutiva, da intendersi originata a fronte delle dinamiche che contraddistinguono l’istituto della sopravvenuta impossibilità di adempiere alla prestazione, implicitamente esigendo, difatti, un ampliamento dei casi in cui la soluzione risolutoria si rendeva ammissibile.



Nello specifico, per mezzo del presente testo ci si prefigge, pertanto, di sviluppare una circoscritta indagine in merito all’indirizzo giurisprudenziale sorto – *rectius*, meglio affermatosi – nel 2007¹ e decretante un simile – opportuno o meno – riconoscimento: ci si riferisce al fenomeno della c.d. sopravvenuta impossibilità di “utilizzo” della prestazione, da intendersi quale vera e propria ipotesi di mancata attuazione del sinallagma contrattuale, inidonea a garantire la realizzazione degli interessi che le parti intendevano soddisfare per mezzo del contratto stipulato, sebbene a fronte di un’assenza di una reale impossibilità giuridica ovvero fisica della prestazione².

2. – La prima giurisprudenza che sembrerebbe aver ufficialmente “tracciato la via”³ al suddetto fenomeno giuridico è la *Cassazione Civile, Sezione III, 24 luglio 2007 n. 16315* concernente un’opposizione a decreto ingiuntivo emesso nei confronti di un’agenzia di viaggi, la quale eccepiva che il mancato usufruire della prestazione da parte dei turisti dipendeva dal sopravvenire di un’epidemia – trattasi di febbre emorragica “dengue” – presso l’isola di Cuba, la destinazione del viaggio organizzato, circostanza che avrebbe scoraggiato i clienti a recarvisi.

Nello specifico, la Suprema Corte di Cassazione, contrariamente alle precedenti qualificazioni della condotta operate nel caso di specie dai giudici di merito⁴, hanno riconosciuto, a fronte del venir meno del proposito di beneficiare del viaggio prenotato, la facoltà dei turisti di ricorrere alla risoluzione del contratto in ragione non di una impossibilità di eseguire la prestazione – non potendosene escludere l’esecuzione allorché questi intendessero ugualmente non rinunciare al soggiorno sull’isola, seppur epidemica –, bensì di una impossibilità di “utilizzare” la prestazione oggetto della pattuizione contrattuale su cui le parti avevano precedentemente espresso il proprio consenso; in altri termini, si

¹ La giurisprudenza antecedente siffatta data – convenzionalmente sancita in quanto coincidente con la antesignana e più decisa pronuncia sul tema – era tendenzialmente orientata a non riconoscere la prerogativa di domandare la risoluzione del contratto a fronte di «*particolari condizioni o possibilità del debitore che, agendo quale evento posteriore alla formazione del vincolo obbligatorio, non consentisse l’attuazione del sinallagma funzionale del rapporto*» (*Cassazione Civile, Sezione II, 9 novembre 1994 n. 8304*; si veda anche, in senso conforme, *Tribunale di Monza, Sezione III, 29 agosto 2005*).

² Cfr. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il contratto e il fatto illecito*, Giuffrè Editore, Milano 2016, p. 57.

³ Nondimeno, è opportuno segnalare come questa pronuncia sia la naturale evoluzione di una tendenza – giurisprudenziale e dottrinale – già da diversi anni in atto ed intesa a valorizzare l’elemento essenziale della causa-elemento contrattuale (a tal proposito si legga *infra*).

⁴ Ci si riferisce sia al Giudice di Pace di Pescara che al Tribunale di Pescara (*sentenza del 4 maggio 2002 n. 816*).



sarebbe in presenza di un difetto funzionale della causa in quanto a fronte di una simile epidemia si vanificherebbe la «*finalità turistica*» – da intendersi la ragione per la quale le parti si erano convinte di concludere un simile pacchetto di viaggio –, i.e. “caducazione della causa in concreto”, conseguendone, quindi, che esclusivamente l’alternativa della risoluzione del contratto garantirebbe la liberazione di entrambe le parti dall’obbligo di adempiere alle rispettive prestazioni⁵.

Le prerogative ritenute imprescindibili dalla Suprema Corte ai fini del suddetto riconoscimento si riscontrerebbero cumulativamente, in primo luogo, nel summenzionato venir meno dell’interesse creditorio a ricevere la prestazione – da intendersi, nel caso di specie, coincidente con la finalità di visitare l’isola di Cuba – e, in secondo luogo, nella mancata imputabilità di un evento sopravvenuto – ovvero il verificarsi dell’epidemia – in capo al creditore.

Tale pronuncia ha riconosciuto, pertanto, come il sopravvenire dell’evento contagioso presso la destinazione del viaggio abbia reso irrealizzabile non la possibilità di usufruire della prestazione del contratto, ma abbia vanificato – se non propriamente annullato – la ragione stessa del viaggio, ipotesi quest’ultima che garantirebbe, ai sensi della innovativa causa risolutoria in esame, la prerogativa di domandare la risoluzione in ragione del venir meno della causa concreta – la quale assumerebbe, pertanto, un ruolo determinante sulle sorti del rapporto contrattuale –, posta l’obiettivazione di un siffatto interesse all’interno dello stesso contratto, il quale ne verrebbe conseguentemente ed irrimediabilmente caratterizzato in ragione di un’inevitabile inscindibilità⁶.

3⁷. – Analogamente al “*leading case*” ora esaminato, si sono succedute una serie di pronunce della giurisprudenza di legittimità e di merito che, sulle orme del suddetto orientamento, hanno proceduto a riqualificare condotte precedentemente riconosciute

⁵ La prestazione non corrisponderebbe più, difatti, all’interesse creditorio – dalla natura indubbiamente non patrimoniale – contrariamente da quanto richiesto dall’articolo 1174 cod. civ. (cfr. *Cassazione Civile, Sezione III, 24 luglio 2007 n. 16315*).

⁶ In senso critico vedasi V. MARICONDA, *Contratto di viaggio, mare sporco e diritti del consumatore*, in *Corriere Giuridico*, 2008, n. 10, pp. 1399-1404; *contra* anche F. ROMEO, *Il contratto di viaggio e risarcimento del danno*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, G. ALPA e S. PATTI (a cura di), Cedam, Padova 2011, pp. 94-95.

⁷ Onde evitare di presentare una mera elencazione di sentenze, si è deciso di riportare esclusivamente le più rilevanti ed inequivocabili pronunce che consentano di evidenziare l’*iter* evolutivo del suddetto fenomeno.



quali meritevoli di risoluzione per sopravvenuta impossibilità della prestazione⁸ – ovvero, piuttosto, non meritevoli di alcuna soluzione risolutiva – nei termini della “nuova” causa di risoluzione del contratto⁹.

È stata così, ad esempio, riconosciuta l’“inutilizzabilità” della prestazione nel caso in cui, a seguito di una prenotazione alberghiera, la coppia non si presentava presso la struttura in quanto il coniuge decedeva il giorno immediatamente precedente all’inizio del pernottamento; nel presente caso – la cui sentenza è stata depositata solo pochi mesi dopo la controversia pocanzi esaminata – la Suprema Corte ha ugualmente valorizzato la «finalità turistica» della coppia che, in ragione del sopravvenuto evento-morte, è stata soggetta ad un’indubbia caducazione con una conseguente ripercussione sul rapporto contrattuale¹⁰ (*Cassazione Civile, Sezione III, 20 dicembre 2007 n. 26958*).

Si è proceduto, inoltre, a dichiarare la risoluzione per impossibilità di beneficiare di un soggiorno alberghiero a fronte dell’imprevista conoscenza della gravidanza della donna, la quale, in quanto a rischio aborto, rinunciava al viaggio per mantenersi in uno stato di completo riposo (*Giudice di Pace di Pozzuoli, 3 maggio 2010*).

Ancora, è stato risolto un contratto di locazione che, a seguito del sisma verificatosi il 6 aprile 2009 con epicentro nella città di L’Aquila, ha subito un’alterazione del sinalagma funzionale in ragione dei danni determinatisi nel locale oggetto di locazione; ne è conseguita, pertanto, la pronuncia di risoluzione contrattuale in quanto non poteva il locatore ritenersi obbligato a compiere i lavori di ristrutturazione per ripristinare l’immobile precedentemente adibito ad attività parrucchiera in ragione dell’esonero delle parti dalle rispettive obbligazioni a fronte dell’impossibilità sopravvenuta del godimento dell’immobile (*Tribunale di L’Aquila, 20 marzo 2012*).

⁸ Per un approfondimento sulle differenze e analogie tra le due cause risolutorie si rinvia al paragrafo 4 (vedi *infra*).

⁹ La ragione per cui gran parte delle recenti pronunce promanino dal giudice di legittimità trae origine, difatti, dalla natura di novità del suddetto orientamento, il quale interviene a mutare una precedente prassi giurisprudenziale costante nell’esprimersi in siffatti termini (fra tutte, vedasi la già menzionata *Cassazione Civile, Sezione II, 9 novembre 1994 n. 8304*).

¹⁰ Si riporta come una diversa dottrina abbia criticato la presente pronuncia giacché farebbe derivare dall’evento-morte l’estinzione dell’obbligazione, contrariamente all’indiscutibile principio generale secondo il quale la morte del creditore non implicherebbe una vicenda estintiva (R. CRISTOFARI, *Note a margine di una recente sentenza in tema di contratto di soggiorno – Cass. Civ., Sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958*, in *Persona e Danno*, 20 dicembre 2017). Sembrerebbe, tuttavia, possibile contro-argomentare come la pronuncia in commento non si concentri sulla morte, bensì sul venir meno dell’interesse creditorio del soggetto sopravvissuto, il quale scaturirebbe dal verificarsi dell’evento morte; in altri termini, non sarebbe la morte a provocare direttamente l’effetto estintivo.



È stato riconosciuto il diritto alla restituzione delle somme pagate da neo-coniugi per un viaggio di nozze a fronte di un ictus che ha colpito la madre della sposa nei giorni precedenti alla partenza giacché il Tribunale, riconoscendo nella figlia l'unico parente della donna ed avvisandone l'impegno di assistere la madre nel periodo della malattia, ha ritenuto risolto il contratto stante l'impossibilità di "utilizzare" la prestazione; in altri termini, nel caso di specie l'elemento sopravvenuto ha interessato un soggetto estraneo alle parti del rapporto contrattuale, il quale, tuttavia, ha esercitato una non indifferente ed obiettiva influenza sul sinallagma (*Tribunale di Torino, Sezione VIII, 2 ottobre 2014*).

All'interno del medesimo filone giurisprudenziale si rinviene la dichiarazione di risoluzione di un contratto di appalto in ragione di una sopravvenuta ordinanza della Sovrintendenza ai Beni Culturali ed Ambientali della Provincia di Salerno, c.d. *factum principis*, che propugnava un vincolo archeologico sull'area dei lavori – posta l'assenza di imputabilità al creditore per la mancata conoscibilità del suddetto in quanto non oggetto di trascrizione nei registri immobiliari – poiché «*la radicale modificazione dell'oggetto del contratto, ... l'osservanza ... che le predette prescrizioni avrebbe(ro) imposto, e la mancanza di qualsiasi certezza in ordine alla possibilità di darvi comunque esecuzione*» hanno evidentemente influito sulla causa del contratto, conseguendone, pertanto, una verosimile mutazione dell'interesse del creditore a ricevere una prestazione che improbabilmente potrebbe attenersi a quel programma negoziale oggetto di preventivo accordo (*Cassazione Civile, Sezione I, 2 ottobre 2014 n. 20811*).

Quale unica recente pronuncia – parzialmente – ostativa all'affermazione del suddetto fenomeno giuridico si rinviene la sentenza della Corte di Cassazione n. 8867/2015, la quale, a fronte della richiesta di un padre di risolvere il contratto con una scuola esercente attività di insegnamento in lingua inglese in ragione della sopravvenuta leucemia della figlia che gli impedirebbe di frequentare i corsi, non ha riconosciuto l'effetto risolutivo giacché si è concentrata, da una parte, sull'assenza di una reale impossibilità di usufruire della prestazione – che il prevalente indirizzo giurisprudenziale sembrerebbe, invece, superare tramite la valorizzazione della causa concreta – e, dall'altra, sulla mancata allegazione di un reale «*squilibrio fisico psichico... tale da impedire l'utilizzabilità della prestazione*»; è evidente come, seppur in presenza di una situazione tendenzialmente analoga rispetto a quanto sinora vagliato, la Corte di Cassazione abbia richiesto, nel caso di specie, la dimostrazione di un elemento ulteriore ai fini della suddetta configurabilità, ovvero la necessità di provare la stretta interdipendenza tra l'elemento sopravvenuto ed il venir meno dell'interesse alla controprestazione, la cui universale affermazione svilirebbe con ogni probabilità la *ratio* fondante di siffatta causa di risoluzione contrattua-



le¹¹. Sebbene sostenendo di non voler porre paletti al principio oggetto della presente trattazione – ed, anzi, sostenendo di “confermarlo” –, la Suprema Corte ha ora evidentemente valorizzato la distinzione tra “*sopravvenuto disinteresse, disagio psicologico e la difficoltà verosimilmente di apprendimento conseguente ad un evento così sconvolgente*” – riconosciuto nel caso di specie – e il citato squilibrio fisico psichico idoneo ad impedire l'utilizzabilità della prestazione, richiesto ai fini della sussunzione nella causa di risoluzione del contratto, la cui prova è evidentemente di non agevole dimostrazione; in altri termini, la pronuncia richiederebbe di focalizzare l'attenzione su un piano che, però, ben difficilmente può essere oggetto di opportuno vaglio da parte di un giudice, la cui discrezionalità e il cui “senso del giusto” si porrebbe quale unica guida ai fini del riconoscimento o meno della risoluzione del contratto (*Cassazione Civile, Sezione VI, 4 maggio 2015 n. 8867*).

Merita di essere citata una sentenza della Corte di Appello di Torino che, seppur riconoscendo i già menzionati presupposti per la dichiarazione della risoluzione, ha, ciononostante, aggiunto che, allorché una parte abbia già eseguito parzialmente la propria prestazione, questa deve essere tenuta indenne dalle spese in cui è incorsa in ragione di un'applicazione analogica della disciplina dell'impossibilità parziale *ex* articolo 1464 cod. civ.¹²; nel caso di specie un'agenzia di viaggi aveva già eseguito parte della propria prestazione quando i turisti – per una sospetta diverticolite – decisero di non partire più per il viaggio organizzato in Tanzania, ricavandosene il principio per cui il creditore è obbligato a tenere indenne il debitore dalle somme già sostenute per eseguire il contratto successivamente oggetto di risoluzione per sopravvenuta impossibilità di utilizzare la prestazione¹³ (*Corte di Appello di Torino, 28 febbraio 2017*)¹⁴.

¹¹ Nella pronuncia in commento emerge chiaramente la contrapposizione tra l'indirizzo favorevole ad una valorizzazione della pulsione soggettiva allorché questa si rispecchi sul rapporto contrattuale e l'orientamento che, contrariamente, cerca di porgere un argine ad un simile fenomeno, riconoscendo l'esito risolutivo esclusivamente in presenza di una influenza palese e chiara sul sinallagma.

¹² «Quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta...» (art. 1464 cod. civ.).

¹³ «Infatti il pagamento fatto dal tour operator ai fornitori in esecuzione del contratto stipulato con i signori... trovava la propria causa proprio in tale contratto. Risolto tale contratto... il pagamento effettuato è privo di titolo e, quindi, il tour operator ha diritto di ripetere tali somme dal creditore della prestazione essendo il pagamento stato effettuato nel suo esclusivo interesse» (*Corte di Appello di Torino, 28 febbraio 2017*).

¹⁴ A tal proposito il già citato “*leading case*” non aveva perentoriamente escluso la potenziale applicabilità della disciplina ai sensi dell'art. 1464 cod. civ., bensì aveva ritenuto non applicabile suddetta disciplina nel caso di specie, ovvero a fronte dell'epidemia nell'isola di Cuba, in ragione della quale non si assisteva ad una “riduzione della prestazione”, ma piuttosto ad una sua inidoneità al soddisfacimento dell'interesse creditorio (*Cassazione Civile, Sezione III, 24 luglio 2007 n. 16315*).



Infine, la prenotazione di un pacchetto c.d. *all inclusive* non ha impedito ad una coppia di rinunciare al proprio programma a fronte di una grave ed improvvisa patologia che aveva colpito la donna, ottenendo, pertanto, la risoluzione per sopravvenuta impossibilità di godere del viaggio organizzato (*Cassazione Civile, Sezione III, 10 luglio 2018 n. 18047*).

4. – La c.d. “risoluzione per impossibilità di utilizzare la prestazione” può, quindi, da una parte, essere domandata esclusivamente a fronte di una prestazione sinallagmatica, posto che il sinallagma contrattuale funge da presupposto indispensabile ai fini dell’applicabilità della disciplina generale della risoluzione del contratto, e può, pertanto, dall’altra, essere richiesta da entrambe le parti del rapporto contrattuale¹⁵.

Come è noto, ai sensi della disciplina civilistica, l’assenza della causa del contratto ne implica la nullità in ragione della mancata concretizzazione della ragione economico-sociale che induce le parti a concludere un qualsiasi negozio (c.d. “difetto originario” ovvero “difetto genetico”). A fronte della suddetta importanza della funzione regolatrice non stupisce, pertanto, che un contratto, seppur provvisto originariamente della causa, possa subire una variazione in un momento successivo alla sua conclusione, da intendersi quale l’intervento di un elemento sopravvenuto che azzeri/annulli l’interesse di una parte a ricevere la controprestazione, seppur già concordata e definita (c.d. “difetto funzionale” ovvero “difetto sopravvenuto”¹⁶); l’istituto oggetto della presente trattazione è, pertanto, come si ha già avuto modo di accennare, da sussumersi chiaramente in quest’ultima disciplina, costituendone una evidente rappresentazione pragmatica del tema.

Una simile “operazione giuridica” troverebbe la propria giustificazione nella – piuttosto recente¹⁷, sebbene non antesignana – rigorosa valorizzazione della causa concreta, la

¹⁵ Cfr. *Cassazione Civile, Sezione III, 20 dicembre 2007 n. 26958*; sul tema si veda anche la più recente *Cassazione Civile, Sezione III, 10 luglio 2018 n. 18047*.

¹⁶ In merito alla distinzione tra il difetto originario e quello sopravvenuto è opportuno ricordare come si imputi all’evento-nullità un impatto ben più rilevante rispetto alla mera risoluzione: si consideri, ad esempio, come nel primo caso questa possa essere rilevata da chiunque vi abbia interesse e possa, inoltre, essere rilevata d’ufficio dal giudice, contrariamente, invece, dall’evento-risoluzione.

¹⁷ La dottrina sembrerebbe riconoscere nella *Cassazione Civile 8 maggio 2006 n. 10490* il pilastro su cui l’orientamento in esame – che, si noti, adotta quale “*leading case*” una pronuncia dell’anno immediatamente successivo alla suddetta Cassazione – ha fondato la propria *ratio iuris*: nella siffatta sentenza della Suprema Corte la causa viene, infatti, definita quale «*sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato)*» e intesa «*alfine a cogliere l’uso che di cia-*



quale, “imponendosi” sulla critica afferente ad un rischio di qualificazione dell’interesse nei termini di mero motivo della parte, a patto che eserciti una obiettiva influenza sul sinallagma, assume una cruciale funzione di collegamento tra la causa-elemento essenziale ed il sinallagma stesso. A tal proposito assumeranno rilievo tutti quegli eventi sopravvenuti che incidono negativamente sull’interesse creditorio, allorché sia *obiettivato* nella causa del contratto, e siano siffatti eventi “*tali da farlo venire del tutto meno laddove... si accerti l’impossibilità della relativa realizzazione*” (Cassazione Civile, Sezione III, 20 dicembre 2007 n. 26958).

Ai fini di una simile configurazione, è, difatti, indispensabile che la sopravvenienza incida e vanifichi, dunque, la ragione che aveva condotto una delle parti a stipulare il contratto; in altri termini, non rileveranno ulteriori finalità che potranno assumere una certa rilevanza per il creditore, ma che rimangono, ciononostante, circoscritte all’interno dei motivi, i.e. dinamiche individuali esogene al contratto ed assumenti valore esclusivamente nelle valutazioni soggettive dello stesso senza esercitare una palese influenza sul sinallagma¹⁸.

È suggestivo riportare come una pronuncia della Suprema Corte¹⁹ abbia confermato il risarcimento del danno da corrispondersi in capo ad una coppia di turisti che, in ragione dell’inquinamento marino causato da una fuoriuscita di una petroliera, non era riuscita a “godersi al meglio” il proprio soggiorno in Tunisia in quanto, in ragione della conclusione di un pacchetto “tutto incluso”, l’agenzia di viaggi non fornì loro servizi alternativi all’impraticabilità del mare; in altri termini, escludendo l’esamina della disciplina del

scuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale».

¹⁸ A tal proposito, si legga, fra le altre, la Cassazione Civile, Sezione III, 22 dicembre 2011 n. 28285, laddove una richiesta di risoluzione del contratto per il mancato usufruire di un viaggio organizzato è stata rigettata in quanto l’evento-malattia è stato confinato dalla Suprema Corte di Cassazione «*nell’ambito dei motivi interni e personali*»; in altri termini, il principio da ricavarsi è da intendersi coincidente con l’irrealizzabilità dei motivi, indiscutibile finanche a fronte della valorizzazione dell’elemento soggettivo. Si considerino i seguenti esempi chiarificatori di una mancata rilevanza dell’interesse individuale ai fini del rapporto contrattuale: non rileverà, ad esempio, la mera volontà di allontanarsi dal traffico e dallo smog della città, l’eventuale perdita del volo causa traffico stradale – seppur conseguente ad un incidente, l’elemento sopravvenuto –, una lieve malattia, ponendosi queste sì quali condizioni di impossibilità di godersi della prestazione, rimanendo, tuttavia, circoscritte nella sfera soggettiva e conseguendone, pertanto, l’inidoneità a svolgere alcuna influenza sulla causa del contratto (in tal senso, si veda anche V. ROPPO, *Causa concreta: Una storia di successo? Dialogo, non reticente, né compiacente, con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in Riv. Dir. Civ., Cedam, 2013, 4, p. 957; in proposito, dello stesso Autore vedasi *Rimedi*, in Trattato del Contratto. Volume 5, Giuffrè Editore, Milano 2006, p. 577).

¹⁹ Ci si riferisce alla Cassazione 24 aprile 2008 n. 10651.



Codice del Consumo corrispondente²⁰ e limitandoci a questi brevi cenni sul tema, è piuttosto indicativo notare come la graduale valorizzazione della causa non sembrerebbe arrestarsi ad un esito meramente risolutorio – il tema del presente approfondimento –, ma ne garantisca, piuttosto, una tutela sotto più fronti, giungendo persino a riconoscerne una – discussa²¹ – tutela risarcitoria allorché si sia ricevuta una contro-prestazione che non si ritenga sufficientemente conforme alla soddisfazione che ragionevolmente ci si poteva attendere al momento della conclusione del contratto.

Non ci si può, infine, esimere dal tracciare una breve differenziazione con la più nota causa di risoluzione per sopravvenuta impossibilità della prestazione che, proprio per la sottile – seppur netta – differenza con l’istituto in esame²², è stata ripetutamente oggetto di confusione²³ conseguendone frequentemente un’erronea qualificazione delle condotte oggetto della presente trattazione²⁴. In sostanza, ai sensi della sopravvenuta impossibilità di beneficiare della prestazione, l’elemento sopravvenuto deve incidere sull’interesse creditorio, «che risulta anche tacitamente obiettivato nel contratto e che ne connota la causa concreta»²⁵, per mezzo della vanificazione del vantaggio che la parte si prefigurava di ottenere tramite l’esecuzione del contratto e deve, inoltre, come abbiamo già visto, non dipendere dalla condotta del creditore, non dovendo da questa essere provocato²⁶.

²⁰ Nel dettaglio, si fa riferimento all’articolo 91 comma quarto che, a fronte del venir meno di una componente essenziale del servizio a seguito della partenza, sancirebbe l’obbligo in capo all’organizzatore di predisporre «*adequate soluzioni alternative per la prosecuzione del viaggio programmato non comportanti oneri di qualsiasi tipo a carico del consumatore, oppure rimborsa quest’ultimo nei limiti della differenza tra le prestazioni originariamente previste e quelle effettuate, salvo il risarcimento del danno*».

²¹ In senso fortemente critico nei confronti della pronuncia vedasi V. MARICONDA, *Contratto di viaggio, mare sporco e diritti del consumatore*, cit., pp. 1399-1404; cfr. anche F. ROMEO, *Il contratto di viaggio e risarcimento del danno*, cit., pp. 267-268.

²² In ragione della forte interconnessione tra i due istituti Autorevolissimi Autori hanno puntualmente evidenziato che «*dove è presente il tema dell’impossibilità della prestazione, si affaccia puntualmente il quesito: se rientri in questa ipotesi – o se sia equiparata a questa ipotesi – l’impossibilità, in cui si trova il creditore, di utilizzare la prestazione. L’interprete accoglie l’equiparazione.*» (R. SACCO – G. DE NOVA, *Il Contratto*, Utet Giuridica, Milano 2016, p. 1672).

²³ Con riferimento al “*leading case*” della Corte di Cassazione, difatti, sia il Giudice di Pace che il Tribunale di Pescara avevano qualificato la condotta – successivamente riconosciuta nei termini di sopravvenuta impossibilità di “utilizzare” la prestazione – quale sussumibile, rispettivamente, ai sensi degli articoli 1463 e 1464 cod. civ.

²⁴ È evidente come si presti a facile critica l’inappropriata valorizzazione di una convenienza prettamente soggettiva, seppur influente sul sinallagma, allorché la condotta si sussuma in una fattispecie contraddistinta da una concreta ed indiscutibile impossibilità di adempiere in ragione di una oggettiva impraticabilità della prestazione.

²⁵ *Cassazione Civile, Sezione III, 24 luglio 2007 n. 16315.*

²⁶ Si consideri come nel corso di questa trattazione l’elemento sopravvenuto abbia sempre avuto natura



Nello specifico, da una parte, la fattispecie prevista dall'articolo 1463 cod. civ. – rubricata «*Impossibilità totale*» – non attribuirebbe rilevanza alcuna all'interesse creditorio a fronte dell'oggettiva impossibilità di adempiere alla prestazione; dall'altra, l'articolo 1464 cod. civ. – rubricato «*Impossibilità parziale*» – postulerebbe, invece, esclusivamente una parziale valorizzazione dell'interesse creditorio giacché per la porzione residua della prestazione potenzialmente adempibile la parte rimane titolare della facoltà di richiedere la risoluzione a fronte della caducazione del suo interesse a riceverla.

In conclusione, sembrerebbe possibile sostenere come la risoluzione conseguente alla sopravvenuta caducazione della causa in concreto costituisca a tutti gli effetti un'autonoma causa di risoluzione che, seppur condividendo il medesimo esito giuridico con la sopraggiunta impossibilità di adempiere, non sembrerebbe costituirne, in ragione delle differenze summenzionate, una sottocategoria.

5. – L'introduzione di siffatta causa di risoluzione del contratto potrebbe, quale effetto “collaterale” conseguente al suo pieno riconoscimento per via giurisprudenziale – strada verso la quale oggi sembrerebbe gradualmente appropinquarsi²⁷ –, insidiare il regolare svolgimento dei rapporti giuridici per mezzo dell'affermazione di una maggiore incertezza circa il successivo adempimento di un contratto validamente concluso; in altri termini, l'interrogativo che ci si pone è se un simile riconoscimento, in ragione della sua estrema flessibilità – ed annessa non univoca identificabilità –, possa indurre una reazione di sfiducia perlomeno per quanto concerne i settori prevalentemente “colpiti” da un simile fenomeno, ovvero l'attività di acquisto di pacchetti turistici e di prenotazioni presso strutture ricettive²⁸. È di tutta evidenza che una simile considerazione di criticità non possa riguardare le altre tipologie di risoluzione contrattuale – ovverosia l'eccessiva one-

esogena rispetto al soggetto-creditore configurandosi, rispettivamente, quale il diffondersi di una epidemia, il verificarsi dell'evento-morte, il configurarsi di una inattesa gravidanza con un conseguente imprevedibile rischio aborto, l'avverarsi di un drammatico evento sismico, l'emanazione di una ordinanza da parte della Sovrintendenza ed il patire di insospettite e gravi malattie.

²⁷ L'unica sentenza ad oggi indirettamente di ostacolo alla graduale affermazione dell'istituto è la già citata *Cassazione 4 maggio 2015 n. 8867*, laddove si insiste nella indispensabilità di una estremamente incisiva interdipendenza tra l'elemento sopravvenuto ed il venir meno dell'interesse alla controprestazione (vedi *supra*, paragrafo 3).

²⁸ Non si esclude, tuttavia, che tale esito giurisprudenziale possa definitivamente trovare applicazione anche riguardo a dinamiche ulteriori e, quindi, trasformarsi da mero fenomeno di settore – giacché, seppur non in via esplicita, è attualmente chiara la sua prevalente applicabilità al verificarsi di determinate fattispecie – a principio valevole per una qualsiasi controversia concernente un rapporto sinallagmatico.



rosità sopravvenuta e l'impossibilità totale/parziale della prestazione, con evidente eccezione dell'eventuale inadempimento – in ragione della loro natura obiettiva che non indurrà le parti a dubitare del regolare adempimento della prestazione, salvo al verificarsi di cause imprevedibili e sopravvenute.

In via pragmatica, una delle primarie conseguenze della completa affermazione di un simile principio si avrebbe nella potenziale assunzione del rischio da parte del titolare dell'hotel – del gestore dell'agenzia viaggi o di chi per loro – circa qualsiasi accadimento a questi non imputabile che potrebbe non garantire la verosimile certezza di ricevere la somma per la quale la prenotazione è stata effettuata, con tutto quanto ne consegue nei termini di impatto sulle dinamiche di mercato.

A mitigare un simile scenario si porrebbe la summenzionata pronuncia della Corte di Appello di Torino (*Corte di Appello di Torino, 28 febbraio 2017*) che postulerebbe l'opportunità che sia il creditore a sobbarcarsi l'onere delle spese eventualmente sostenute dal debitore, sviluppando un compromesso, da una parte, tra l'esigenza di riconoscere la risoluzione da parte del creditore e, dall'altra, la verosimile convenienza che, oltre a dover essere tenuto alla restituzione di quanto eventualmente già ricevuto o, alternativamente, a rinunciare al compenso oggetto di previo accordo, il debitore non subisca un ulteriore pregiudizio causato, si ricorda, da un elemento che, sebbene riconoscendone una natura endogena al contratto, non concerne la sua sfera soggettiva, bensì quella della sua controparte.

Ulteriore principio inteso a porre un argine ad una eccessiva “liberalizzazione” dell'istituto si rinverrebbe nell'opportunità che il creditore, in ottemperanza al principio di buona fede oggettiva, avvisi il prima possibile il debitore dell'inutilità della prestazione, al fine di evitare che quest'ultimo incorra in – ulteriori – spese in prospettiva della prossima esecuzione della prestazione (in tal senso vedasi *Cassazione Civile, Sezione III, 24 luglio 2007 n. 16315*); è, tuttavia, evidente come un simile rimedio sebbene garantisca al debitore una maggiore tutela giacché lo legittima, in mancanza, ad agire per il risarcimento dei danni, non lo esenti dal rischio pocanzi evidenziato, rimanendo questi in balia di interessi creditori eventualmente obiettivati più o meno chiaramente nel contratto stipulato.

Seppur alla luce della criticità ora evidenziata, sembrerebbe possibile riconoscere, a fronte dell'affermazione di un siffatto istituto, il delinearsi di due principali ed inequivocabili benefici: *in primis*, la verosimilmente opportuna tutela del già citato interesse del creditore, restio a ricevere la controprestazione a fronte della caducazione della causa in concreto, che avverrebbe per mezzo di una non indifferente flessibilità, che garantisce di



pervenire a soluzioni differenti a fronte di situazioni eterogenee (a tal proposito, cfr. *Cassazione Civile, Sezione III, 24 luglio 2007 n. 16315*)²⁹; *in secundis*, come già esaminato, il superamento dell'erronea qualificazione giuridica della condotta nei termini di impossibilità sopravvenuta *ex* articolo 1463 cod. civ., seppur con conseguenze visibili, tuttalpiù, sul piano teorico giacché entrambe implicano la risoluzione contrattuale.

Tornando per un momento alla configurabilità della causa di risoluzione, è doveroso sottolineare, in primo luogo, come la mancata imputabilità della sopravvenienza non possa in ogni circostanza considerarsi pacifica, *a fortiori* a fronte di condotte del creditore che svolgano una qualche influenza, sebbene indiretta, sull'elemento sopravvenuto, con il quale, quindi, instaurino un principio di interdipendenza: si faccia riferimento, ad esempio, alla controversa dinamica della rottura di una costola a seguito di un problema ad una cinghia – l'evento inaspettato – durante una sessione di “*bunjee jumping*”, accadimento inatteso quest'ultimo – ma non necessariamente imprevedibile – che si imporrà quale ostativo all'imminente partenza per un viaggio organizzato. È fuor di dubbio che una simile dinamica non potrà considerarsi quale rappresentata dal soggetto, sebbene un simile esempio ci dimostra come il perimetro applicativo del prodotto giurisprudenziale non possa necessariamente configurarsi quale univoco e dai contorni ben nitidi.

In secondo luogo, ci si sofferma brevemente su come non possa che essere evidente che a fronte di un elemento non sopravvenuto non possa ugualmente riconoscersi la risoluzione contrattuale, non potendosi escludere né la conoscibilità di siffatto evento da parte del creditore e né, conseguentemente, il potenziale esercizio di un'eterodiretta influenza sul suo stesso interesse a ricevere la prestazione in termini meramente strumentali.

Cercando di classificare la recente affermazione e “rivalutazione” giurisprudenziale del difetto funzionale della causa, oggetto della presente trattazione, è suggestivo riportare come possa considerarsi quale appartenente alla categoria dei recenti fenomeni giuridici che hanno tratto la propria autonomia funzionale dalla prassi e, in particolare, dal verificarsi di frequenti ed analoghe condotte che reclamavano un'opportuna regolazio-

²⁹ Si accenna esclusivamente ad una soluzione alternativa prospettata da un diverso filone dottrinale che, criticando le conclusioni cui è giunto l'indirizzo giurisprudenziale recentemente affermatosi, ha ritenuto opportuno, al fine di non sottovalutare l'elemento sopravvenuto, valorizzare a tal fine la nozione della correttezza e della buona fede, principi che dovrebbero intervenire a valutare qualsiasi circostanza sopravvenuta interferente con il contratto concluso, giacché «*l'emergere di nuove circostanze in sede di ed immediatamente attinenti all'attuazione del rapporto avrebbe consentito al Giudice di rendere (definitivamente) inesigibile, non (necessariamente) in tutto, ma (eventualmente anche) solo in parte, la prestazione dovuta da Sempronia, con conseguente obbligo in capo all'albergatore Caio di restituirla, in quella medesima parte, qualora la stessa fosse stata già eseguita*» (R. CRISTOFARI, *Note a margine di una recente sentenza in tema di contratto di soggiorno*, cit.).



ne³⁰; nello specifico, ci si riferisce alla frequente prenotazione di pacchetti c.d. *all inclusive*, presupposto a partir dal quale più clienti si sono imbattuti nella necessità di rinunciare al viaggio in ragione di una malattia di una certa gravità o, più generalmente, a fronte della sopravvenuta caducazione dell'interesse a recarsi nel luogo di destinazione.

Si accenna ora ad uno spunto meramente letterale secondo cui sarebbe preferibile denotare il fenomeno oggetto della presente trattazione più che nei termini di «*sopravvenuta impossibilità di utilizzare la prestazione*» – così come definito dagli orientamenti giurisprudenziali sopramenzionati – quale «*caducazione dell'interesse creditorio a ricevere la prestazione*» poiché, seppur da una mera interpretazione letterale, la definizione adottata dalla giurisprudenza rischia di confondere l'operatore giuridico, non sembrando che dalla mera lettura si possa escludere l'interesse del creditore a riceverla, diversamente invece, da quanto in realtà avviene: la prestazione, infatti, non è impossibile – da qui l'avversione nei confronti del suddetto termine – bensì possibile, seppur a fronte del sopravvenuto difetto funzionale della causa.

Si dedica, infine, un'ultima riflessione ad una valutazione di carattere generale ai sensi della quale l'approccio da adottare nei confronti del suddetto fenomeno giurisprudenziale ha inevitabilmente quale fulcro della questione la decisione su quale sia l'interesse da considerare prevalente tra, da una parte, la – insidiosa – valorizzazione delle inclinazioni/propensioni di natura prettamente personale e, dall'altra, l'opposta piena tutela di istanze che altrimenti non rinverrebbero nel rapporto contrattuale alcuna forma di – opportuna – disciplina; in sostanza, esclusivamente qualora il Giudice ritenesse opportuno valorizzare l'interesse creditorio si potrebbe ritenere – a condizione che sussistano i summenzionati requisiti – eventualmente integrata la causa risolutiva della “sopravvenuta impossibilità di utilizzare la prestazione”.

³⁰ Nella medesima classe sembrerebbe possibile rinvenire, ad esempio, il c.d. “preliminare del contratto preliminare”, nozione sorta nella prassi a fronte della sottoscrizione, per mezzo di un'agenzia immobiliare, di un contratto tramite il quale un potenziale acquirente procedeva a “bloccare” l'immobile rimandando in un secondo momento la negoziazione degli elementi del contratto, fase quest'ultima che avrebbe condotto alla stipula del contratto preliminare ai sensi dell'articolo 1351 cod. civ.



FABIO TROLLI

Dottorando di ricerca – Università Ca' Foscari Venezia

LA SUCCESSIONE *MORTIS CAUSA* NEI DATI PERSONALI DEL DEFUNTO E I LIMITI AL LORO TRATTAMENTO

SOMMARIO: 1. *L'identità personale in rete e la protezione dei dati.* – 2. *La posizione di coloro che vantano un interesse personale, o familiare, rispetto ai dati personali del defunto.* – 3. *Il mandatario che agisce nell'interesse del defunto.* – 4. *L'esercizio dei diritti posti a tutela dei dati personali dopo la morte del titolare del trattamento.* – 5. *La successione nei dati personali del defunto immessi in rete, e l'autonomia testamentaria del de cuius.* – 6. *I limiti al trattamento dei dati personali del defunto alla luce della dignità della persona.*

1. - L'avvento di *internet* ha segnato, già da qualche tempo, la necessità di ricercare un assetto di regole che possano disciplinare la novità del fenomeno rispetto alla maturata esperienza degli ordinamenti tradizionali, del tutto inadeguati rispetto alle nuove esigenze della tecnica¹.

Fra gli elementi che connotano la posizione dell'individuo in rete assume una notevole rilevanza sociale la manifestazione della propria personalità in *internet*: questa è frutto di una dinamica di relazione fra gli utenti, che il mezzo consente mediante la incorporazione su un supporto di natura telematica². La modalità dell'immissione del dato in rete,

¹ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 1997, 139 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Informatica ed evoluzione del diritto*, in *Dir. inform.*, 2003, 89 ss.; G. PASCUZZI, *Internet (dir. civ.)*, in *Dig. disc. priv.*, Agg., Torino, 2000, 225 ss.

Altresì, C.M. BIANCA, *Note introduttive*, in *La protezione dei dati personali. Commentario al D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, Padova, 2007, I ss.

² T. FROSINI, *Telematica e informatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 61; G. PASCUZZI, *Internet (dir. civ.)*, cit., 225 ss.; G. FINOCCHIARO, *Identità personale su internet: il diritto alla contestualizzazione dell'informazione*, in *Dir. inform.*, 2012, 389.

Discorre di "datificazione", poi, S. CALZOLAIO, *Protezione dei dati personali (dir. pubbl.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2017, 598.

V., altresì, G.B. FERRI, *Persona e privacy*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, 75 ss.; G. RESTA, *I diritti della per-*



necessaria per soddisfare le necessità di comunicazione, avviene senza che sia perso quel connotato personale che è la sua riferibilità alla persona fisica³.

L'informazione contenuta nel dato sull'individuo, il quale viene quindi ad assumere determinate qualità o connotati per mezzo della sua interpretazione o manipolazione, conduce, direttamente o mediante tecniche di profilazione, ad una rappresentazione della personalità dell'utente⁴, e la stretta inerenza con la persona ha pertanto condotto autorevole dottrina a ritenere il dato immesso in rete alla stregua di una parte del «corpo digitale» dell'utente⁵.

Fra le dimensioni delle relazioni in *internet*, giova sottolineare la particolare rilevanza che assumono i *social network*⁶: la loro stessa natura, e l'ampia diffusione, consentono di ritenerli il principale luogo digitale di espressione della identità individuale. Questo fenomeno comporta, da un lato, un aumento esponenziale della quantità di dati personali che vengono condivisi⁷, e, dall'altro lato, la non volontarietà o evitabilità della cessione da parte dell'utente⁸.

sonalità, in *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, a cura di G. Alpa e G. Resta, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2006, 553 ss.

³ Ricorda T. FROSINI, *Telematica e informatica giuridica*, cit., 64, che «l'esigenza della riservatezza, la tutela giuridica della intangibilità, l'eventuale valore economico dell'archivio magnetico (che fornisce informazioni su una clientela) vengono a coincidere con l'esistenza stessa del bene».

Si è pertanto affermato che occorra trattare l'identità digitale al pari dell'identità reale, su cui v. G. FINOCCHIARO, *La memoria della Rete e il diritto all'oblio*, in *Dir. inform.*, 2010, 395. Altresì, G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inform.*, 2007, 511 ss.

⁴ A. O. ROVEGNO, *Identità digitale: tra esigenze di condivisione e necessità di tutela*, in *Cyberspazio e diritto*, 2013, 404 ss.; M. F. COCUCCHIO, *Il diritto all'identità personale e l'identità "digitale"*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, 963 ss.

⁵ Per tutti, v. G. ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. e impr.*, 2017, 726.

Altresì, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 396 ss.; C. CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, in *Dir. inform.*, 2018, 68.

⁶ Su cui, per un'introduzione delle numerose problematiche, si v. G. RIVA, *I social network*, in *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, a cura di M. Durante e U. Pagallo, Torino, 2012, 467 ss.; R. DUCATO, *I social network*, in *Il diritto dell'era digitale*, a cura di G. Pascuzzi, Bologna, 2015, 269 ss.

Cfr., altresì, A. OTTOLIA, *Privacy e social networks: profili evolutivi della tutela dei dati personali*, in *Aida*, 2011, 360 ss.; S. SCALZINI, *I servizi di online social network tra privacy, regole di utilizzo e violazione dei diritti dei terzi*, in *Giur. mer.*, 2012, 2569 ss.; F. AGNINO, *Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti? (vedi contratto Fb)*, in *Giur. mer.*, 2012, 2558; R. COSIO, *Natura del contratto tra utente e social*, in *Ricerche giuridiche*, 2017, 133 ss.

⁷ S. RODOTÀ, *Il mondo della rete. Quali diritti, quali vincoli*, Roma-Bari, 2014, 41.

⁸ Cfr. M. BRUGI, *Dall'identità personale all'identità digitale. Una necessità per il cittadino del terzo millennio*, in *Informatica e diritto*, 2008, 167 ss.; C. CAMARDI, *L'eredità digitale*, cit., 71.



L'evoluzione delle relazioni *on line* conduce l'interprete a ricercare una nuova dimensione delle regole del diritto all'identità personale: come è noto, questo è un diritto personalissimo che da qualche tempo ha assunto connotati autonomi⁹, e che corrisponde alla pretesa del soggetto ad essere rappresentato nella vita relazione con le sue autentiche caratteristiche identitarie¹⁰. Tale connotato, pur ritrovandosi in una certa misura ogni diritto della personalità, assume particolare rilevanza nella misura in cui la sfera individuale della persona si rapporti con la collettività¹¹.

Nella dimensione di *internet*, pertanto, è evidente che l'identità personale acquisisca una dimensione di indubbio rilievo, e la portata del fenomeno sia significativa: anzitutto, l'incorporazione del dato in un supporto rende trasmissibile l'informazione in esso contenuta¹²; poi, l'elemento informatico è caratterizzato dalla assoluta replicabilità ed im-

Si v., altresì, A. O. ROVEGNO, *Identità digitale*, cit., 406 ss.

⁹ In giurisprudenza, Pret. Roma, 6 maggio 1974, in *Giust. It.*, 1975, I, 2, 514; Cass. 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, I, 2211; Cass. 07 febbraio 1996, n. 978, in *Giust. civ.*, 1996, I, ed in *Resp. civ. prev.*, 1997, 471 ss., con nota di A. D'ADDA, *La Corte di Cassazione riafferma il proprio orientamento in tema di diritto all'identità personale*.

In dottrina, V. ZENO-ZENCOVICH, *Identità personale*, in *Dig. disc. priv.*, IX, 1993, Torino, 294 ss.; ID., *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium iuris*, 1997, 466 ss.; S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 584; M. DOGLIOTTI, *Un nuovo diritto: all'identità personale (A proposito di due recenti Convegni)*, in *Giur. it.*, 1981, IV, 145 ss.; G. ALPA, *Diritti della personalità emergenti: profili costituzionali e tutela giurisdizionale. Il diritto all'identità personale*, in *Giur. mer.*, 1989, 464 ss.; G. FINOCCHIARO, *Identità personale (diritto alla)*, in *Dig. disc. priv.*, Agg., Torino, 2010, 721 ss.

¹⁰ G. ALPA, *La persona fisica*, in *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, a cura di G. Alpa e G. Resta, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2006, 99 ss., spec. 101; F.D. BUSNELLI, *Note introduttive*, in *La protezione dei dati personali. Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, Padova, 2007, XXXVIII ss.;

Cfr., inoltre, E. GIANANTONIO, *Dati personali (tutela dei)*, in *Enc. dir.*, Agg., III, Torino, 1999, 483 ss., spec. 485; S. NIGER, *Il diritto all'identità personale*, in *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, a cura di G. Finocchiaro, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2008, 113 ss.; G. FINOCCHIARO, *Identità personale (diritto alla)*, cit., 723.

¹¹ F. OLIVO, *Dati personali e situazioni giuridiche soggettive*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 162; G. FINOCCHIARO, *Identità personale (diritto alla)*, cit., 723; ID., *Identità personale su internet*, cit., 389.

Già, G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 458 ss. spec. 471; A. GAMBARO, *Ancora in tema di falsa luce agli occhi del pubblico*, in *Quadrimestre*, 1988, 313.

¹² D'altronde, tale circostanza è considerata anche dalla normativa sulla protezione dei dati personali, Cfr. F. OLIVO, *Dati personali*, cit., 157 ss., spec. 160-161, il quale pone in luce che è «difficile comprendere il riferimento alla distruzione, alla perdita, o alla custodia dei dati, se non si individua nei dati un elemento materiale».

Altresì, C. CAMARDI, *Mercato delle informazioni e privacy. Riflessioni generali sulla l. n. 675/1996*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 1054; A. IULIANI, *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 300.



manenza¹³.

Rispetto a questi interrogativi, come è noto, la risposta da parte dell'ordinamento è stata un mutamento della tecnica legislativa¹⁴, conducendo alla formulazione di norme di principio che possano trovare volta per volta applicazione in un giudizio casistico che valuti la meritevolezza delle pretese divergenti¹⁵.

La circostanza che tali pretese possano essere fatte valere anche in un momento successivo alla morte dell'interessato propone, con assoluta evidenza, l'interrogativo sulla sorte dei dati personali del *de cuius* che rimangono in rete, o comunque nei sistemi di archiviazione telematici.

La prassi, oramai, riporta numerosi esempi di queste esperienze¹⁶, le quali consentono, anzitutto, di offrire una risposta affermativa al primo dei due problemi che la dottrina aveva tradizionalmente posto affinché potesse discorrersi di fenomeno successorio, ossia quello, di ordine logico, per cui vi sia una situazione giuridica che non si estingua con il venir meno del titolare, ma permanga¹⁷.

Già P. RESCIGNO, *Il diritto di essere lasciati soli*, in *Syntelesia*, Napoli, 1969, 495; G. ALPA, «Privacy» e *statuto dell'informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, 67 ss.

¹³ Su cui, ad esempio, G. FINOCCHIARO, *Identità personale (diritto alla)*, cit., 735-736; ID., *La memoria della Rete*, cit., 392; R. SENIGAGLIA, *Reg. UE 2016/679 e diritto all'oblio nella comunicazione telematica. Identità, informazione e trasparenza nell'ordine della dignità personale*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, 1025.

¹⁴ Da ultimo, V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 2018, 1111.

Cfr. S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità*, cit., 583 ss.; G. VETTORI, *Privacy e diritti dell'interessato*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 885 ss., spec. 891 ss.; M. DOGLIOTTI, *Un nuovo diritto*, cit., 150 ss.

Si v., per i differenti approcci di regolazione, F. DELFINI, *UE, USA and China approaches on Digital Identity management*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, 335 ss. e già G. ALPA, «Privacy», 64 ss., spec. 70 ss.

Si v., altresì, la nota critica di M. GRANIERI, *Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel Reg. UE 2016/679*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, 165 ss., spec. 188 ss.

¹⁵ G. ALPA, «Privacy», cit., 119; S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla privacy*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 3 ss.; C.M. BIANCA, *Note introduttive*, cit., XXXIII.

¹⁶ Si v. G. ZICCARDI, *Il libro digitale dei morti. Memoria, lutto, eternità e oblio nell'era dei social network*, Torino, 2017; D. SISTO, *La morte si fa social: immortalità, memoria e lutto nell'epoca della cultura digitale*, Torino, 2018.

Cfr., anche, M. CINQUE, *La successione nel "patrimonio digitale": prime considerazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 652 ss.

¹⁷ Così, R. NICOLÒ, *Successione nei diritti*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, 1971, 606 e P. SCHLESINGER, *Successioni (diritto civile): parte generale*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, 1971, 749.

Altresì, L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Comm. cod. civ. Scialoja Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1997, III ed., 1 ss.

Il permanere del rapporto, si ricorda, viene inteso sia nel senso della continuazione dell'elemento mate-



L'ingente quantità di informazioni personali che rimangono immesse in rete, successivamente alla morte del loro titolare, acuisce questa esigenza¹⁸, e solo di recente la maturata consapevolezza del problema ha condotto alcuni Autori a soffermarsi sulla sorte del così detto patrimonio digitale del defunto¹⁹.

Si pone, quindi, all'interprete, la necessità di dare adeguata risposta al secondo problema, di carattere storico e di stretto diritto positivo, relativo al rinvenimento di adeguate regole che consentano di qualificare questo fenomeno come successorio²⁰.

A tal fine, sembra naturale prendere le mosse dall'evoluzione della disciplina della tutela dei dati personali e giova ricordare che il legislatore italiano avesse già considerato la circostanza della morte dell'interessato nella disciplina contenuta nell'art. 13, terzo comma, Legge 31 dicembre 1996, n. 675, che è stata successivamente riportata con alcune significative modifiche all'art. 9, terzo comma, D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (così detto Codice della *privacy*).

Preso atto della inadeguatezza dell'intervento operato con la Dir. 65/46, il legislatore europeo è intervenuto nuovamente nel disciplinare la tutela dei dati personali: riconosce, infatti, la necessità di risolvere i maggiori problemi che la tecnica impone al mondo del diritto²¹, e assume la consapevolezza che il quadro della legislazione di recepimento dei vari Paesi risultasse frammentario²².

riale, che degli interessi economici regolati dal rapporto estinto, cfr. U. CARNEVALI, *Successione: I) Profili generali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, 1.

¹⁸ V. ZENO-ZENCOVICH, *La successione nei dati personali e nei beni digitali*, nota a TAR Sardegna, 18 febbraio 2013, in *Riv. giur. sarda*, 443 ss.; G. RESTA, *La "morte" digitale*, in *Dir. inform.*, 2014, 895.

¹⁹ Si v., in merito, M. CINQUE, *La successione nel "patrimonio digitale"*, cit., 645 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *La successione nei dati*, cit., 433 ss.; A. MAGNANI, *L'eredità digitale*, in *Notariato*, 2014, 519 ss.; F. CRISTIANI, *Il diritto alla protezione dei dati personali oltre la vita nell'era digitale*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 2031 ss.; C. CAMARDI, *L'eredità digitale*, cit., 65 ss.; G. MARINO, *La «successione digitale»*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, 167 ss.; G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, a cura di A. Mantelero e D. Poletti, Pisa, 2018, 397 ss.; ID., *La "morte" digitale*, cit., 891 ss.

²⁰ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, III ed., 188 ss.; R. NICOLÒ, *Successione nei diritti*, cit., 606; U. CARNEVALI, *Successione*, cit., 1; L. FERRI, *Disposizioni generali*, cit., 2.

Altresì, P. RESCIGNO, *La successione a titolo universale e particolare*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994, 3 ss.

²¹ E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali. I principi ispiratori*, in *Contr. e impresa*, 2018, 107; S. CALZOLAIO, *Protezione dei dati personali*, cit., 626 ss.

Si puntualizza, in particolare, che la nuova regolamentazione considera le informazioni personali sin dall'origine destinate alla circolazione, v. F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, 377. Cfr., altresì, V. CUFFARO, *Il diritto europeo*, cit., 1105.

²² M.G. STANZIONE, *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 1251; S. CALZOLAIO, *Protezione dei dati personali*, cit., 626 ss.



Come è noto, queste considerazioni hanno condotto alla emanazione del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016. La nuova disciplina conferma l'estraneità, da parte del legislatore comunitario, di una qualsiasi valutazione della tutela *post mortem* dei dati personali del defunto, rimettendo ai singoli Stati la scelta sull'opportunità di intervenire a dettare una compiuta disciplina di raccordo: il considerando 27 esclude che il Regolamento si applichi ai dati personali del defunto²³.

Questa scelta, nonostante alcune note critiche²⁴, è coerente con il tradizionale principio per cui le decisioni di politica legislativa che incidano sul diritto della famiglia e delle successioni²⁵, in quanto ambiti connotati da valori domestici strettamente correlati con le tradizioni e la cultura della comunità statale di riferimento²⁶, esorbitano dalla competenza normativa dell'Unione europea.

Di converso, l'esigenza di tutela dell'individuo nella sua dinamica di relazione *on line*, dimostra come fosse del tutto opportuno, quantomeno per il legislatore italiano, riprendere la previgente disciplina, e riportarla, arricchita con ulteriori quattro commi, nell'art. 2 *terdecies* del così detto Codice della *privacy*.

Occorre puntualizzare, prima di procedere nell'analisi della normativa, che questa disposizione considera solamente la circostanza della morte dell'interessato, senza, invece,

Pur ispirandosi, come noto, alla logica di favorire la circolazione delle informazioni per finalità di mercato, non si è mancato di sottolineare come la disciplina della tutela dei dati personali riveli anche un intento di protezione dell'individuo, su cui si v. V. CUFFARO, *Il diritto europeo*, cit., 1107-1108, nonché *infra* per ulteriori riferimenti.

²³ C. CAMARDI, *L'eredità digitale*, cit., 82.

Altresì, per una prima analisi dell'art 2 *terdecies* cod. *privacy*, G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali*, cit., 410 ss.; I. SASSO, *Privacy post-mortem e "successione digitale"*, in *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di E. Tosi, Milano, 2019, 553 ss.

²⁴ Così M.E. PIZZONIA, *Eredità digitale e successione nei rapporti virtuali*, in *Le nuove frontiere del diritto successorio: opportunità e risvolti applicativi*, Padova, 2018, 95 ss., spec. 109.

Sugli spazi lasciati agli Stati membri, v. M.G. STANZIONE, *Il regolamento europeo*, cit., 1255.

²⁵ A tal proposito, giova ricordare che l'unico atto regolamentare adottato dall'Unione europea in materia di successioni a causa di morte sia il Reg. UE 650 del 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo.

Si v., almeno, F. TROMBETTA PANIGADI, *Osservazioni sulla futura disciplina comunitaria in materia di successioni per causa di morte*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, I, a cura di G. Venturini e S. Bariatti, Milano, 2009, 951 ss.; T. BALLARINO, *Il nuovo regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. int. priv.*, 2013, 1116 ss.; A. BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, 293 ss.

²⁶ In luogo di tutti, N. LIPARI, *Prospettive della libertà di disposizione ereditaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 799 ss.



offrire alcuna disciplina relativamente alla sorte dei dati personali, e dei conseguenti obblighi legali, a seguito di quella del titolare del trattamento.

2. - Il primo comma dell'art. 2 *terdecies* cod. privacy dispone che «*I diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento riferiti ai dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione*».

Prendendo le mosse dai soggetti titolari dei diritti richiamati dalla disposizione, vengono legittimati coloro che vantano un interesse proprio ai dati personali del defunto: essi, giova ricordare, erano gli unici che venivano nominati dall'art. 13, terzo comma, legge n. 675/1996²⁷.

Quella prima disciplina, per un verso, era stata accolta da alcuni Autori come un rafforzamento della tutela dei dati personali, nella prospettiva di coloro che sopravvivevano all'interessato²⁸; altri, invece, avevano inteso ridurre la portata della disposizione, ritenendo che la necessità della prova di uno specifico interesse, concreto ed attuale, fosse una circostanza più limitante da parte di chi agisse per far valere tali diritti²⁹. Nel motivare quest'ultima opinione, poi, non si era mancato di affermare che fosse del tutto illogico negare l'accesso ai dati da parte di coloro che vantassero un proprio interesse, sicché la disposizione era parsa ultronea³⁰.

Sul punto, salvo quanto sarà detto oltre, queste ultime considerazioni possono certamente essere condivise, perlomeno nell'eventualità in cui il dato possa sin dall'origine essere riferito a più persone: non si vede, infatti, alcuna ragione affinché, al momento

²⁷ Cfr. F. GUERRA, *Gli strumenti di tutela*, in *La disciplina del trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto, Torino, 1997, 327 ss.; G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza: commento analitico alle leggi 31 dicembre 1996, nn. 675 e 676 in materia di trattamento dei dati personali e alla normativa comunitaria ed internazionale*, Milano, 1997, 321; E. BARGELLI, *Commento sub. art. 13 l. 31 dicembre 1996, n. 675*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1999, 415 ss.

²⁸ M.B. TOMMASI, *Nominato il responsabile del trattamento: più facile la gestione delle informazioni*, in *Guida al diritto. Il Sole 24 Ore*, 1997, n. 4, 67; G. BUTTARELLI, *Banche dati*, cit., 321; E. BARGELLI, *Commento sub. art. 13*, cit., 416.

Cfr., altresì, G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, 386.

²⁹ S. PARDINI, *Commento sub. art. 9, comma 3°*, in *La protezione dei dati personali. Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, Padova, 2007, 227.

³⁰ V. F. GUERRA, *Gli strumenti di tutela*, cit., 328, nota 26, che riconosce come «non sia del tutto logico condizionare l'ampliamento dell'ambito dei legittimati ad agire, solo al verificarsi del decesso del soggetto immediatamente riguardato dal trattamento».



della morte del titolare dei dati personali, debbano esaurirsi le tutele dei cointeressati³¹.

Con l'introduzione del D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, il novero dei legittimati all'accesso ai dati personali del defunto viene arricchito con la menzione delle ragioni familiari meritevoli di protezione e di coloro i quali agiscono nell'interesse del defunto, in qualità di mandatarî³².

Rispetto alla posizione dei primi, la dottrina non concordava nuovamente sulla portata dell'innovazione: una parte si esprimeva nel senso di riconoscere un ampliamento dell'elenco dei legittimati ad agire per la tutela dei dati personali del defunto³³; altra opinione, all'opposto, la considerava un restringimento³⁴.

Di diverso avviso, invece, erano coloro che intendevano il richiamo alle ragioni familiari come una mera specificazione rispetto alla posizione qualsiasi legittimato, qualificando queste, comunque, alla stregua di un proprio interesse³⁵.

La letteratura più recente sembra aderire a quest'ultima opinione, puntualizzando che il legislatore abbia omesso di indicare se l'interesse in menzione trovi fonte in tali ragioni, ovvero in un fenomeno di successione rispetto ai dati personali del defunto³⁶.

Proprio da codesto interrogativo si è inteso prendere le mosse: esso richiama alla mente quel dibattito che divide la dottrina sull'esistenza di una successione anomala³⁷,

³¹ Il caso è, a titolo di esempio, quello per cui un soggetto pubblichi una fotografia che ritragga, oltre sé stesso, anche altri soggetti, i quali sono certamente legittimati a tutelare i propri diritti nonostante colui che l'ha immessa in rete sia defunto. Si v., in particolare, il contributo di V. ZENO-ZENCOVICH, *La "comunicazione" di dati personali. Un contributo al sistema dei diritti della personalità*, in *Dir. inform.*, 2009, 5 ss.

³² S. SICA, *Diritti dell'interessato*, in *La nuova disciplina della privacy*, diretto da S. Sica e P. Stanzone, Bologna, 2004, 47 ss.

³³ G. BOTTINO, *Commento sub. art. 9*, in *Codice della privacy, Commento al Decreto Legislativo 30 giugno 2003*, n. 196, Aa.Vv., Milano, I, 2004, 104.

³⁴ S. FIORENTINO, *Diritti dell'interessato*, in *Il codice sulla protezione dei dati personali*, a cura di G.P. Cirillo, Milano, 2004, 48.

³⁵ S. PARDINI, *Commento sub. art. 9, comma 3°*, cit., 230-231.

³⁶ G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali*, cit., 414.

³⁷ Sulla nozione, v. M. IEVA – A. RASTELLO, *Le c.d. successioni anomale*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994, 620; G. CATTANEO, *Le vocazioni anomale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 5, *Successioni*, I, Torino, 1997, II ed., 509 ss.; G. DE NOVA, *Successioni anomale legittime*, in *Dig. disc. priv.*, XIX, Torino, 1999, 182 ss.; M. CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni*, sub. art. 456, in *Cod. civ. comm. Schlesinger*, Milano, 2006, 10 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto delle successioni e donazioni*, Torino, 2016, 243; ID., *Introduzione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, III, *La successione legittima*, Milano, 2009, 967 ss.

Amplius L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successioni legittime*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1993, V ed., 235 ss.



in favore dei familiari, di determinati diritti aventi un carattere non (immediatamente) patrimoniale³⁸.

Per un verso, l'opinione tradizionale disconosce l'esistenza di un generale principio per cui i diritti della personalità del defunto, connessi alla situazione esistenziale della persona e non suscettibili di valutazione economica³⁹, siano trasmissibili⁴⁰. Concorda la giurisprudenza, che si è espressa, dapprima, con riferimento alla corrispondenza privata, nonché, di recente, in merito al diritto alla riservatezza⁴¹. Da questo punto di vista, nello specifico della questione che interessa, il familiare non avrebbe motivo di differenziarsi rispetto a qualsivoglia altro interessato alla sorte dei dati personali del defunto immessi in rete⁴².

Per converso, altri Autori hanno rinvenuto una vicenda successoria rispetto ad alcune prerogative inerenti i diritti della personalità del defunto⁴³. La prospettiva da cui muove

³⁸ Si rimanda, per un ulteriore approfondimento, a G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 123 ss.

³⁹ V., per tutti, A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, IV, Milano, 1982, I, 91 ss.; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 355 ss.; P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1991, 1 ss.

Cfr., altresì, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica – I soggetti*, Milano, 2002, II ed., 139-140.

⁴⁰ G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana*, cit., 472-473; L. FERRI, *Disposizioni generali*, cit., 28.

In generale, v. P. SCHLESINGER, *Successioni*, cit., 761; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1977, 117 ss.; G. GROSSO – A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1977, 17 ss.; A. PADOVANI, *Successione. II. Successione ereditaria: a) diritto privato*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1260; A. BURDESE, *Successione: II) Successione a causa di morte*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, 2; L. FERRI, *Disposizioni generali*, cit., 33; A. PALAZZO, *Successioni (parte generale)*, in *Dig. disc. priv.*, XIX, Torino, 1999, 132.

⁴¹ Cons. Stato, 12 giugno 2012, n. 3459, inedita.

Con riferimento alla corrispondenza epistolare si erano espresse Pret. Verona, 6 ottobre 1990, in *Foro it.*, 1991, 651 ss.; Pret. Firenze, 3 marzo 1986, in *Gius. civ.*, 1986, 2279 ss.; Trib. Salerno, 4 dicembre 1976, in *Dir. e gius.*, 1977, 923 ss.

⁴² S. SICA, *Diritti dell'interessato*, cit., 48; S. PARDINI, *Commento sub. art. 9, comma 3°*, cit., 231.

⁴³ A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle successioni per causa di morte*, Padova, 1988, *passim*, spec. 205 ss.

Già, F. SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale dell'eredità (Lezioni sul diritto civile sul nuovo codice)*, Padova, 1940, 136 ss. e L. CARRARO, *Il diritto sui ricordi di famiglia*, in *Dir. giur.*, 1950, 9 ss.

Cfr., altresì, V. ZENO-ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, in *Dig. disc. priv.*, XIII, 1996, 442; Id., *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di N. Lipari e P. Rescigno, I, *Le fonti e i soggetti*, 2009, 517; G. RESTA, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 756 ss.; A. ZOPPINI, *Le 'nuove proprietà' nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 240.



questa dottrina, in particolare, è quella di tutela della personalità del defunto, inquadrando sistematicamente la questione a partire dalla disciplina del diritto d'autore e della proprietà industriale⁴⁴: valorizza, così, il vincolo familiare, e lo giustifica sulla base di esigenze di certezza nella regolamentazione dei traffici giuridici, ovvero di sistemazione teorica del diritto vigente⁴⁵. In tale contesto, i familiari sarebbero da intendere alla stregua di successori *mortis causa* dei diritti di cui al Reg. UE 679/16, originariamente posti in capo al defunto, subentrando nella sua stessa posizione giuridica rispetto al responsabile del trattamento dei dati personali⁴⁶.

La differente considerazione normativa che assumono i parenti dovrebbe presentare alcuni riflessi in merito alla prova che deve essere da loro offerta in caso di esercizio dei diritti richiamati: nel primo caso, costoro sarebbero gravati dal maggior onere di provare uno specifico e concreto interesse facente capo originariamente al defunto, ancorché venir legittimati da avanzarlo per le summenzionate ragioni familiari; nel secondo caso, invece, i titolari di un rapporto di parentela, in qualità di successori del defunto, dovrebbero solamente offrire prova di codesto rapporto⁴⁷.

Accogliendo l'una piuttosto che l'altra delle due impostazioni, però, quel che risalta, con evidenza, è la mancanza, nella disposizione, di una qualsiasi indicazione sia del grado di parentela considerato idoneo all'esercizio dei diritti oggetto del rinvio, sia una disciplina che consenta di dirimere eventuali disaccordi fra i medesimi⁴⁸.

L'adeguato inquadramento della questione, invece, sembra potersi desumere dal contesto della disciplina della tutela dati personali, muovendo anzitutto dalla concorrente legittimazione affidata a colui che, in qualità di mandatario, agisce a tutela del defunto.

⁴⁴ G. RESTA, *I diritti della personalità*, cit., 756 riconosce che il legislatore «ha dettato regole specifiche per la tutela degli interessi della personalità *post mortem* ed ha ritenuto opportuno concentrare le relative prerogative in capo ad una classe ben identificata di individui, in considerazione del vincolo familiare intercorrente con il *de cuius*».

Si v., per maggiori riferimenti, M. CALOGERO, *Disposizioni generali*, cit., 15 ss.

⁴⁵ Ancora, G. RESTA, *I diritti della personalità*, cit., 751.

⁴⁶ F. CRISTIANI, *Il diritto alla protezione dei dati*, cit., 224.

Cfr., altresì, G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, cit., 375 ss., spec. 378.

⁴⁷ In tal senso, espressamente, R. BERTI – S. ZANETTI, *La trasmissione mortis causa del patrimonio e dell'eredità digitale: strumenti giuridici, operativi e prospettive de iure condendo*, in Law and Media Working Paper Series, n. 18/2016, 19, reperibile in <http://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2016/12/18.2016-Berti-Zanetti.pdf>.

⁴⁸ A differenza, invece, di quanto previsto dall'art. 93, terzo e quarto comma, della l. n. 633 del 1941.



3. - L'art. 2 *terdecies* cod. privacy prosegue attribuendo i diritti di cui agli artt. 15 e seguenti del Reg. UE 2016/679 anche dei mandatari.

La norma, nel consentire implicitamente la designazione di un soggetto dotato di poteri rappresentativi, omette di menzionare la fonte di codesto rapporto, richiedendo solamente che il mandatario agisca nell'interesse del defunto.

Viene allora naturale richiamarsi al negozio testamentario, quale unico strumento previsto dall'ordinamento per regolare la successione *mortis causa*⁴⁹. Parrebbe, dunque, consentita la designazione di codesto mandatario per mezzo del testamento⁵⁰, e non sembra inutile ricordare che l'impiego di questa forma ne renda applicabile la disciplina⁵¹: questo, anzitutto, per quanto concerne i requisiti formali; dal punto di vista sostanziale, invece, potrebbe giovare l'accostamento di questo mandatario all'istituto dell'esecutore testamentario⁵².

Senonché, il rigido formalismo del negozio testamentario⁵³, ancorché giustificato dalla necessità di una adeguata ponderatezza nella manifestazione delle ultime volontà del testatore⁵⁴, ha condotto larga parte della dottrina a ritenere preferibile l'impegno di differenti strumenti giuridici. Questa tendenza, poi, è spesso correlata ad esigenze di pianificazione ereditaria dal punto di vista dei diritti patrimoniali del *de cuius*⁵⁵, derivandone il

⁴⁹ G. BONILINI, *Il negozio testamentario*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, Giuffrè, 2009, 3.

⁵⁰ Espressamente, A. MAGNANI, *L'eredità digitale*, cit., 529.

⁵¹ G. BONILINI, *Il negozio testamentario*, cit., 22.

⁵² A. MAGNANI, *L'eredità digitale*, cit., 529; C. CAMARDI, *L'eredità digitale*, cit., 85.

Ipotesi, questa, che non dovrebbe essere esclusa per la sola considerazione che i poteri del mandatario, salvo quanto si dirà *oltre*, appaiano circoscritti dall'art. 2 *terdecies* del D.lgs. 196 del 2003 ai solo articoli richiamati del Reg. UE n. 679 del 2016. Infatti, è ritenuta certamente ammissibile la disposizione con cui il testatore provveda solamente alla nomina di un esecutore testamentario, svolgendo, questi, un riferimento alle regole della successione legittima, su cui v. G. BONILINI, *L'esecuzione del testamento*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, Giuffrè, 2009, 1860; ID., *Degli esecutori testamentari*, sub. art. 700, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2006, 44.

⁵³ Ritenuto il negozio giuridico formale per eccellenza, su cui v., almeno, A. CICU, *Il testamento*, Milano, 1951, II ed., 26 ss.; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Milano, 1951, 51 ss.; S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali*, sub. art. 587, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2005, 78 ss.

⁵⁴ A. CICU, *Il testamento*, cit., 26; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, VII ed., 354; E. MARMOCCHI, *Forma dei testamenti*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994, 763 ss.; G. BONILINI, *Il negozio testamentario*, cit., 44.

⁵⁵ A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, 3 ss.; M. IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994, 53 ss.; V. BARBA, *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2017, 399 ss.



noto sentimento di insofferenza verso il divieto dei patti successori (art. 458 cod. civ.)⁵⁶.

Alcuni Autori, quindi, hanno inteso riferirsi al così detto mandato *post mortem*, ritenuto più idoneo allo scopo di tutela del patrimonio identitario del titolare successivamente alla sua morte⁵⁷. Questo, come è noto, è il contratto con il quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra, dopo la morte di quest'ultima⁵⁸: il negozio è valido purché l'incarico non abbia ad oggetto atti dispositivi di diritti patrimoniali successori (come il trasferimento di beni del mandante a terzi) ovvero di altri atti a contenuto patrimoniale⁵⁹. Il pregio di codesta impostazione è sicuramente quello della maggiore libertà dai vincoli della forma, ed invero una conferma della bontà di essa può oggi trarsi dalla lettera dell'art. 2 *terdecies* cod. privacy, che si riferisce espressamente al mandatario.

Altra autorevole opinione, poi, ha inteso valorizzare l'autonomia privata individuale, ed ammette l'esistenza di un atto di ultima volontà diverso dal testamento, idoneo a comprendere tutte le disposizioni aventi carattere non patrimoniale che non possano essere contenute nell'atto di ultima volontà, ai sensi del secondo comma dell'art. 587 cod.

⁵⁶ La letteratura, sul punto, è vasta. Giovi, almeno, il richiamo a V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 1 ss.; A. PALAZZO, *Declino del divieto dei patti successori, alternative testamentarie e centralità del testamento*, in *Jus*, 1997, 289 ss.; C. CACCAVALE – F. TASSINARI, *Il divieto dei patti successori tra il diritto positivo e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 74 ss.; F.M. GAZZONI, *Patti successori: conferma di una erosione*, in *Riv. not.*, 2001, 232 ss.

Da ultimi, G. BONILINI, *Attualità del divieto dei patti successori?*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 343 ss.; V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015; M. IEVA, *Appunti per un'ipotesi di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. not.*, 2018, 1 ss.; C. CICE-RO, *Il divieto del patto successorio nel codice civile italiano e le sue motivazioni*, in *Riv. not.*, 2018, 699 ss.

⁵⁷ A. MAGNANI, *L'eredità digitale*, cit., 530-531; G. RESTA, *La "morte" digitale*, cit., 891 ss.; ID., *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, Torino, 2019, 1376; C. CAMARDI, *L'eredità digitale*, cit., 85.

⁵⁸ In altri termini, al mandatario viene affidato il compito, da eseguire dopo la morte del mandante, di svolgere una mera attività materiale, eventualmente in esecuzione di un'attribuzione patrimoniale già perfetta, posta in essere in vita dal mandante. Proprio la circostanza che l'attività oggetto dell'incarico non abbia carattere patrimoniale esclude che il mandato possa considerarsi in contrasto con il divieto dei patti successori (art. 458 cod. civ.).

Si v., in merito, M.V. DE GIORGI, *Patto successorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 510; F. PENE VIDARI, *Contratti post mortem*, in *Dig. disc. priv.*, Agg., Torino, 2003, 411 ss.; M. IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, cit., 80 ss.; F.M. GAZZONI, *Patti successori*, cit., 237; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario*, cit., 27 ss.; C. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, a cura di A. Ferrucci e C. Ferrettino, I, Milano, 2015, IV ed., 62.

⁵⁹ In giurisprudenza, Cass. 10 agosto 1963, n. 2278, in *Giust. civ.*, 1963, I, 2316; Cass. 24 aprile 1965, n. 719, in *Giust. civ.*, 1965, I, 2293; Cass. 9 maggio 1969, n. 1584, in *Foro it.*, 1969, I, 3193. In dottrina, almeno, M. IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, cit., 80 ss.



civ.: anche tale atto, peraltro, sarebbe esente dai vincoli formali di cui agli artt. 601 ss. cod. civ., potendo rivestire qualsivoglia forma purché idonea allo scopo⁶⁰.

Giova, a tal proposito, riconoscere che la prassi contrattuale abbia già elaborato delle clausole con le quali si consente al fruitore del servizio di individuare un soggetto cui venga attribuito, al momento della morte dell'utente, il diritto di accedere al suo patrimonio digitale, nominando la persona incaricata direttamente, ovvero *per relationem* attraverso un profilo utente nei *social network*⁶¹.

Giusta offrire una adeguata qualificazione di queste nomine⁶², una indagine sui principali contenuti di codesti «contatti erede» suggerisce che, pur variando il nòvero dei diritti a disposizione degli utenti, essi siano pur sempre riferibili ad un assetto negoziale che intercorre fra l'utente e la società gestrice: si pensi al caso della nomina dell'utente erede di *Facebook*, il quale non subentra affatto nelle medesime prerogative di gestione del profilo del disponente, ma ne assume di autonome, sempre derivanti dalla piattaforma⁶³.

Riconducendo il contratto di *social network* all'interno dello schema del negozio di utenza⁶⁴, l'indicazione di un «contatto erede» sembra meglio corrispondere allo schema negoziale del contratto a favore del terzo, laddove il beneficiario è colui che verrebbe autorizzato alla gestione del profilo dell'utente defunto al momento del decesso⁶⁵.

⁶⁰ V. BARBA, *Interessi post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 319 ss.

⁶¹ Ci si riferisce al così detto «contatto erede» di Facebook, su cui si rimanda agli Autori citati alla nota 16.

⁶² Che V. BARBA, *Interessi post mortem*, cit., 319 ss. riconduce alla categoria dell'atto di ultima volontà.

⁶³ In particolare, il contatto erede può scrivere un *post* in primo piano nel profilo commemorativo (ad esempio per condividere un messaggio finale a nome del defunto o fornire informazioni su un evento commemorativo); aggiornare l'immagine del profilo e di copertina; richiedere la rimozione dell'*account*. Invece, non può accedere all'*account*, leggere i messaggi o rimuovere i tuoi amici o inviare nuove richieste di amicizia. Si vedano le condizioni previste in <https://www.facebook.com/help/1568013990080948>.

⁶⁴ G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, cit., 389 ss.

V., altresì, A. MAGNANI, *L'eredità digitale*, cit., 524; F. AGNINO, *Fino a che punto è possibile disporre*, cit., 2258; S. SCALZINI, *I servizi di online social network*, cit., 2573 ss.; R. COSIO, *Natura del contratto*, cit., 133 ss.

Essi sono riconducibili a quel fenomeno di «atipicità standardizzata» di cui discorre T. FROSINI, *Telematica e informatica giuridica*, cit., 74.

⁶⁵ Non sembra, invece, potersi ammettere che la nomina di del contatto erede possa ritenersi alla stregua di una clausola di trasmissibilità al rapporto negoziale con Facebook, pur ammesse dalla dottrina, in quanto il contatto erede non subentra nella stessa posizione contrattuale del disponente, ma in una differente. Sulla clausola di trasmissibilità della posizione contrattuale, si v. F. PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 525 ss.



Pur non potendosi soffermare diffusamente sull'istituto, giova ricordare che il contratto a favore di terzi abbia suscitato un vivace dibattito dottrinale in merito alla natura giuridica dell'atto con il quale si preveda che la prestazione in favore del terzo debba essere eseguita dopo la morte dello stipulante, ai sensi dell'art. 1412 cod. civ.⁶⁶, oggi prevalendo quella dottrina che lo riconduce ad un negozio fra vivi, e che nega la presenza di una deroga al divieto di cui all'art. 458 cod. civ.⁶⁷.

Alla luce di codeste argomentazioni, sulla qualificazione dei così detti «contatti erede», deriverebbero alcune conseguenze in ordine alla disciplina loro applicabile: anzitutto, questi contratti sono leciti, in quanto quello della protezione dei propri dati personali è sicuramente un interesse meritevole per lo stipulante, ex art. 1411 cod. civ.; poi, il terzo beneficiario non assume pesi economici, ma solamente il diritto di gestione del profilo. Ancora, la forma non è vincolata ai requisiti del testamento, pertanto tali clausole (stipulate telematicamente) sono valide ed efficaci.

Invece, la circostanza per cui il beneficio possa essere revocato «anche» con disposizione testamentaria, quantunque il terzo abbia dichiarato di profittare, è senz'altro significativa, specie in chiave di tutela del disponente: facoltà, questa, che trova un riferimento testuale nelle disposizioni di cui al secondo e quarto comma dell'art. 2 *terdecies* cod. privacy⁶⁸.

⁶⁶ Si v., in generale, L.V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, *passim*; ID., *Il contratto a favore di terzi*, sub. artt. 1411-1413, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2012, 147 ss.; M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, nel *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, 1103 ss.

⁶⁷ Le ragioni sono numerose: anzitutto, si è detto, la morte non è causa dell'acquisto; inoltre, il rapporto non intercorre fra il beneficiario e lo stipulante, bensì fra quest'ultimo e il promittente. L'acquisto del terzo, poi, non è relativo a un bene che faccia parte del patrimonio dello stipulante, ma è un diritto che origina direttamente dal contratto; infine, l'operatività della stipulazione a favore del terzo è immediata.

Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, IX ed. (rist. Napoli, 2012), 223; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, 112 ss.; M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, cit., 1103 ss.; L. BALESTRA – M. MARTINO, *I patti successori*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 143 ss.; M. IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, 75; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario*, cit., 28.

Contra, nel senso che la revocabilità della disposizione attribuisca al negozio la natura di atto mortis causa, L. FERRI, *Disposizioni generali*, cit., 118 e 119; inoltre, L.V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, cit., 159.

⁶⁸ In particolare, il secondo comma prevede che «L'esercizio dei diritti di cui al comma 1 non è ammesso nei casi previsti dalla legge o quando, limitatamente all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione, l'interessato lo ha espressamente vietato con dichiarazione scritta presentata al titolare del trattamento o a quest'ultimo comunicata».

Il quarto comma della disposizione stabilisce, invece, che «L'interessato ha in ogni momento il diritto di revocare o modificare il divieto di cui ai commi 2 e 3».



Esclusa dalla dottrina maggioritaria la riferibilità del negozio *de quo* dall'ambito successorio, e ricompreso nelle regolamentazioni contrattuali, tale pattuizione dovrebbe essere soggetta alle regole dettate dal D.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 sulle informazioni obbligatorie da rendere contratti rientranti nella nozione dei servizi della società di informazione⁶⁹.

Infine, verrebbero soddisfatte le già richiamate esigenze di pianificazione ereditaria rispetto ai profili *internet* dei defunti. Infatti, è evidente la consapevolezza che i connotati della personalità stiano assumendo un crescente rilievo economico e, quindi, patrimoniale⁷⁰: essi sono oggetto di uno scambio nell'era del mercato digitale⁷¹. Pertanto, qualificare il «contatto erede» ai sensi dell'art. 1412 cod. civ. gioverebbe, sul punto, anche a presidiarne la validità qualora il profilo oggetto dell'accesso dopo la morte dell'utente abbia un elevato contenuto economico; diversamente, intendendolo ora alla stregua del mandato *post mortem*, ora come atto di ultima volontà, rischierebbe di incorrere nel divieto di cui all'art. 458 cod. civ.⁷².

Tornando alla questione inizialmente posta sull'individuazione di una adeguata regola successoria per i dati personali del defunto, il riconoscimento normativo della nomina di un mandatario che ne tuteli i dati personali è senz'altro significativo, valorizzando la volontà individuale per il tempo in cui non sarà più. Codesta autonomia di scelta, a ben vedere, mal si concilia con il riconoscimento di una vocazione legale e separata nei confronti dei familiari dei diritti del defunto, come quello sui dati personali, aventi connotato personalissimo: categoria, quella delle vocazioni anomale, entro la quale si ammette la scarsa rilevanza che assume la volontà del *de cuius*⁷³.

⁶⁹ Si rimanda, per considerazioni generali sul punto a R. COSIO, *Natura del contratto*, cit., 133 ss.

Pertanto, una conferma della qualificazione dei contratti di *social network* come servizi della società dell'informazione deriva anche dal sopra richiamato secondo comma dell'art. 2 *terdecies* cod. privacy.

⁷⁰ Ne avvertiva la tendenza già S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 202.

Cfr., altresì, G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., *passim*, spec. 123 ss.; ID., *Dignità, persone, mercati*, cit., *passim*, spec. 97 ss.; F. OLIVO, *Dati personali*, cit., 172 ss.; A. IULIANI, *Note minime*, cit., 295 ss.

⁷¹ Da ultimo, V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inform.*, 2018, 689 ss.;

Altresì, V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inform.*, 1993, 545 ss.; ID., *Privacy e informazioni a contenuto economico*, in *Il codice dei dati personali*, a cura di F. Cardarelli, S. Sica e V. Zeno-Zencovich, Milano, 2004, 445 ss.; C. CAMARDI, *Mercato delle informazioni e privacy*, cit., 1057 ss.; C. MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, Napoli, 2014, 287 ss.

⁷² G. RESTA, *La "morte" digitale*, cit., 918.

⁷³ V. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, cit., 236; V. ZENO-ZENCOVICH, *I diritti della personalità*, cit., 517; G. BONILINI, *Introduzione*, cit., 967 ss. Sugli ulteriori caratteri delle successioni anomale si rimanda a M. IEVA – A. RASTELLO, *Le c.d. successioni anomale*, cit., 624.



Poi, la circostanza per cui esso debba agire a tutela dell'interesse del disponente, connota una funzione di conservazione, e quindi fiduciaria⁷⁴, delle sue attribuzioni che, come si avrà occasione di osservare, assume un valore di principio generale nella tutela dei dati del defunto.

4. - Passando in breve rassegna i diritti richiamati dalla disposizione in commento, il primo comma dell'art. 2 *terdecies* cod. privacy rinvia al diritto di accesso (art. 15 del Reg. UE 2016/679), a quello di rettifica e di cancellazione (artt. 16 e 17), al diritto di limitazione del trattamento (art. 18); richiama, poi, i diritti di notifica (art. 19), quello della portabilità dei dati (art. 20), il diritto di opposizione (art. 21) e quello di non essere sottoposti a un processo decisionale completamente automatizzato (art. 22).

Dalla lettura di queste disposizioni, emerge, come d'altronde già posto in luce da accorta dottrina in costanza della previgente disciplina⁷⁵, l'assenza di alcun richiamo all'art. 6, par. 2, lett. a), del Reg. UE 2016/679 relativamente al consenso informato al trattamento dei dati personali.

Codesta circostanza è senza dubbio significativa e comporta due considerazioni circa la sorte del patrimonio digitale del defunto: da un lato, induce a ritenere generalmente vietato il trattamento dei dati del *de cuius*, e, dall'altro lato, si pone come coordinata ermeneutica entro la quale intendere il richiamo ai diritti di cui agli artt. 15 ss. del Reg. 679/16.

Sotto il primo punto di vista, anzitutto, non sembra superfluo ricordare che, nel contesto del Reg. UE 679/16, il consenso dell'interessato sia solamente una delle basi giuridiche che consentono un lecito trattamento dei dati personali⁷⁶. Accennando alle ulteriori fattispecie, rispetto alla situazione della morte dell'interessato, a ben vedere, non sembrano rilevare le ipotesi di cui alle lett. b), c) e d) dell'art. 6, par. 2⁷⁷, mentre potranno

⁷⁴ Espressamente, C. CAMARDI, *L'eredità digitale*, cit., 91.

Cfr. G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali*, cit., 410, il quale ne sottolinea la vicinanza con la figura del fiduciario di cui alla l. 219 del 2017. Già, ID, *Dignità, persone, mercati*, cit., 386.

Ammetteva già l'attribuzione in vita dell'esercizio dei diritti di cui all'art. 13 l. n. 675 del 1996, E. BARGELLI, *Commento sub. art. 13*, cit., 416.

⁷⁵ M. PROTO, *Le disposizioni aventi ad oggetto diritti della personalità*, in *Le disposizioni testamentarie*, a cura di G. Bonilini e V. Barba, Torino, 2012, 205; ID., *Diritti sull'immagine personale e successione mortis causa*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 566 ss.

⁷⁶ F. PIRAINO, *Il regolamento generale*, cit., 381 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo*, cit., 111 ss.; A. IULIANI, *Note minime*, cit., 307.

Cfr. altresì, M. PROTO, *Diritti sull'immagine personale*, cit., 568.

⁷⁷ Infatti, per il caso del trattamento necessario all'esecuzione di un contratto di cui è parte l'interessato



acquisire importanza le fattispecie previste alle lett. e) ed f) della medesima disposizione⁷⁸. A tal proposito, è significativa la previsione che rinvia, fra i diritti considerati negli articoli richiamati dall'art. 2 *terdecies* cod. privacy, anche a quello di opposizione (art. 21 Reg. UE 2016/679), proprio inerente alle sopracitate lettere dell'art. 6, secondo paragrafo, del Regolamento⁷⁹.

Al di là di queste considerazioni, poi, occorre ricordare che, in generale, il trattamento non autorizzato dall'interessato, ovvero supportato da adeguata base giuridica, sia illecito⁸⁰: pertanto, lo stesso principio dovrebbe applicarsi anche al defunto. L'intervento ad opera del D.lgs. 101 del 2018, infatti, ha coordinato la disciplina domestica con quella regolamentare⁸¹: viene a definirsi un quadro normativo complesso che deve essere coerentemente interpretato in chiave sistemica⁸². Significativo, a tal riguardo, è quanto viene affermato dall'Autorità Garante per la protezione dei dati personali in un recente parere, intervenuto a seguito del un diniego di un accesso civico di alcuni dati sanitari di un defunto⁸³.

(lett. b), ad esso subentreranno semmai gli eredi che diverranno titolari di un diritto proprio; così come il caso in cui sia necessario per l'adempimento di un obbligo legale di cui l'interessato è parte (lett. c), visto che la prestazione andrà effettuata a carico degli eredi. Né, infine, dovrebbe rilevare la salvaguardia degli interessi fondamentali della persona (lett. d), che si esauriscono con sopraggiungere della morte.

⁷⁸ Relativi al trattamento necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento (lett. e); ed al trattamento necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore (lett. f).

⁷⁹ In tal caso, a ben vedere, la situazione particolare citata dalla norma ai fini di avanzare il diritto all'opposizione dei dati dovrà essere quella del defunto, e non di chi ne esercita il diritto.

⁸⁰ Già E. NAVARRETTA, *Commento sub. art. 9 l. 31 dicembre 1996, n. 675*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1999, 318 ss., spec. 328; F. OLIVO, *Dati personali*, cit., 160.

⁸¹ Si v. la nota critica di 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, 1181 ss.

⁸² Giova riportare l'art. 22, comma 1, dell'attuale D.lgs. 196 del 2003, che recita: "Il presente decreto e le disposizioni dell'ordinamento nazionale si interpretano e si applicano alla luce della disciplina dell'Unione europea in materia di protezione dei dati personali e assicurano la libera circolazione dei dati personali tra gli Stati membri ai sensi dell'art. 1, paragrafo 3 del Regolamento (UE) 2016/679".

Su cui, v. F. PIZZETTI, *I consigli per leggere e applicare bene il decreto 101/2018 dal 19 settembre*, in <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy/gdpr-pizzetti-i-consigli-per-leggere-e-applicare-bene-il-decreto-101-2018-dal-19-settembre/>.

⁸³ Il riferimento è al Parere su una istanza di accesso civico del 10 gennaio 2019, pubblicato nel Registro dei provvedimenti al n. 2 del 2010. Si legge, nella motivazione, che «Il riconoscimento, effettuato dal Codice, della possibilità di esercitare i predetti diritti da parte dei soggetti elencati nell'art. 2-terdecies, comma 1, al posto delle persone decedute, comporta – quale naturale conseguenza e necessario presupposto logi-



Perciò, non dovrebbe incorrersi nel rischio, già espresso nei lavori parlamentari che hanno interessato il decreto legislativo di adattamento⁸⁴, che una affrettata interpretazione della disposizione possa condurre a ritenere generalmente consentito il trattamento dei dati personali del defunto, non essendo più riferibili ad alcuna persona vivente che possa manifestare la propria opinione, se non per il tramite di coloro che facciano valere i diritti di cui agli artt. 15 e seguenti del Reg. UE 2016/679.

Invece, proprio nel contesto del (necessario) coordinamento con la disciplina del Reg. UE n. 2016/679, il trattamento di questi dati dovrebbe essere generalmente ritenuto illecito: l'esclusione del diritto di prestare il consenso al trattamento dei dati personali del defunto comporta che le facoltà concesse ai soggetti di cui all'art. 2 *terdecies*, primo comma, cod. privacy debbano essere intese in chiave conservativa⁸⁵.

Sotto il secondo punto di vista, allora, la richiamata esclusione del diritto a manifestare il consenso al trattamento dei dati personali del defunto deve orientare l'interprete nel considerare il contenuto stesso dei diritti richiamati dagli articoli dal 15 al 22 del Regolamento⁸⁶.

Il diritto di accesso ai dati personali ed alle informazioni relative al trattamento (art. 15, primo paragrafo) e quello di riceverne copia (art. 15, terzo paragrafo), vista la loro natura funzionale all'esercizio concreto dei successivi diritti⁸⁷, dovrebbero poter essere esercitati anche in assenza di una specifica espressione della volontà del defunto. Del tutto similmente, i diritti di rettifica e di integrazione (art. 16), e quello di limitazione del trattamento di cui all'art. 19, che non pongono particolari questioni.

Se le disposizioni precedenti possono essere, in generale, qualificate come inerenti ad un controllo del trattamento dei dati personali da parte dell'interessato, è più complesso considerare la portata di quei diritti che sono connotati dall'impulso dello stesso. Il riferimento è al diritto all'oblio (art. 17), al diritto alla portabilità (art. 20) ed a quello alla opposizione a un trattamento automatizzato (art. 22). Intese in chiave funzionale alla tu-

co-giuridico – che ai dati personali concernenti le persone decedute continuano ad applicarsi le tutele previste dalla disciplina in materia di protezione dei dati personali».

⁸⁴ Ci si riferisce, in particolare, alle audizioni al Senato durante i lavori parlamentari del D.lgs. 101 del 2018.

⁸⁵ Cfr. G. BUTTARELLI, *Banche dati*, cit., 99 ss.; M. PROTO, *Diritti sull'immagine personale*, cit., 568.

⁸⁶ Sempre nel citato parere del Garante per la protezione dei dati personali del 10 gennaio 2019 si legge che «i diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento prima richiamati [...] si concretizzano nel diritto di chiedere che il titolare del trattamento si conformi alle disposizioni di settore in materia di protezione dei dati personali e ai “principi applicabili al trattamento di dati personali” nel rispetto delle condizioni di “liceità del trattamento”, in quanto compatibili [corsivo dell'A.]».

⁸⁷ F. PIRAINO, *Il regolamento generale*, cit., 394 ss.



tela dell'identità del defunto, tali prerogative dovrebbero essere esercitate solo qualora questi abbia inteso disporne espressamente, ovvero sia fornita rigorosamente la prova delle volontà del *de cuius*.

Si pensi, a titolo di esempio, al diritto all'oblio, correntemente considerato dalla dottrina sia nel senso della cancellazione dei dati personali immessi in rete non più rispondenti a un interesse dell'individuo⁸⁸, sia come pretesa alla contestualizzazione dell'informazione⁸⁹: in quest'ultimo caso, in chiave di tutela dell'identità personale del defunto, potrebbe ben sorgere l'esigenza di comunicare al responsabile del trattamento la circostanza della morte dell'interessato ai fini di una adeguata considerazione del dato; invece, nel primo caso dovrebbe offrirsi la prova che il *de cuius* intendeva opporsi alla circolazione di determinate informazioni⁹⁰.

L'articolo in commento, invece, non richiama i diritti di informativa di cui agli artt. 13 e 14 del Reg. UE⁹¹. Questi, a ben vedere, potevano senz'altro assumere una qualche utilità: anzitutto, avrebbero consentito di informare i soggetti legittimati dall'art. 2 *terdecies* cod. privacy della possibilità di far valere i propri diritti sui dati del defunto; in secondo luogo, sarebbe potuta essere offerta una adeguata informazione al soggetto interessato sulla sorte dei propri dati personali per il tempo oltre la sua morte.

⁸⁸ Rimandandosi alla nota vicenda *Google Spain*, CGUE, 13 maggio 2014, C-141/12, *Google Spain SL, Google Inc. contro Agencia Española de protección de datos (AEPD) e Mario Costeja Gonzàles*. Per i riferimenti, anche bibliografici, si rimanda a F. PIRAINO, *Il regolamento generale*, cit., 374, nota 15.

In dottrina, almeno, G. FINOCCHIARO, *La protezione dei dati personali e la tutela dell'identità*, in *Diritto dell'informatica*, a cura di F. Delfini e G. Finocchiaro, Torino, 2014, 161 ss.; A. IULIANI, *Note minime*, cit., 308; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo*, cit., 118 ss.; R. SENIGAGLIA, *Reg. UE 2016/679 e diritto all'oblio*, cit., 1030 ss.

⁸⁹ G. FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Dir. inform.*, 2014, 591 ss.; ID., *La protezione dei dati personali*, cit., 165 ss.

Si v., altresì, M. ZANICHELLI, *Il diritto all'oblio tra privacy e identità digitale*, in *Informatica e diritto*, 2016, 9 ss.

In giurisprudenza, si v. Cass. 5 aprile 2012, n. 5525, in *Giur. It.*, 2013, 5, 1070, con nota di M. BELLANTE, *Diritto all'identità personale e obbligo di aggiornamento degli archivi storici di testate giornalistiche*.

⁹⁰ Il tema, solamente accennato, è senz'altro delicato, in quanto anche i familiari potrebbero rivendicare un interesse alla cancellazione di determinati eventi della vita del *de cuius*: però, la circostanza per cui, ad esempio, l'interessato consapevole della circolazione di queste informazioni le abbia ben tollerate dovrebbe portare a negare che una divergente valutazione possa essere compiuta dai familiari. Altra ipotesi è quella in cui le informazioni circolino successivamente alla morte dell'interessato, ovvero si provi che questi non ne fosse a conoscenza: la tutela della sua identità, a tal proposito, richiederebbe una prova non solo della circolazione a seguito della morte, ma anche dell'interesse all'oblio da parte del defunto.

⁹¹ In merito a tali diritti, v., almeno, E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo*, cit., 117 ss.; G. DI GENIO, *Trasparenza e accesso ai dati personali*, in *La nuova disciplina europea della privacy*, a cura di S. Sica, D'Antonio e G.M. Riccio, Milano, 2016, 161 ss.



L'obbligo informativo verso il *de cuius*, comunque, si può desumere in via interpretativa dallo stesso art. 2 *terdecies* cod. privacy, laddove si prevede che la dichiarazione con cui il soggetto limiti l'esercizio di alcuni dei precedenti diritti debba essere informata, oltretutto specifica e libera; per la sorte dei profili di utenza di *internet*, poi, dovrebbe a tal riguardo supplire, come si è avuto modo di vedere, la disciplina sulle informazioni contenute nel D.lgs. 70/2003⁹².

Nel medesimo senso, non è previsto alcun diritto di notifica nel caso di violazione dei dati personali che possa essere suscettibile di presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche⁹³, ai sensi dell'art. 34, Reg. 2016/679. Non si comprende perché, nei limiti della possibilità tecnica, questo diritto non possa essere garantito nel caso in cui i dati riguardino un defunto. Dovrebbe, in ogni caso, essere ammessa la comunicazione all'ente di controllo, ai sensi dell'art. 33.

Concludendo, sul punto, si è avuto modo di osservare che la sfera delle prerogative riconosciute dal Regolamento ai familiari, così come agli altri interessati o al mandatario, sia limitata, e vada intesa in chiave funzionale: rispetto alla questione originariamente posta ne deriva una conseguenza significativa, in quanto verrebbe a mancare uno dei presupposti necessari affinché possa trattarsi di successione nella posizione giuridica dell'interessato, che è quello della identità di contenuto fra il diritto preesistente e quello nuovo⁹⁴.

La posizione dei parenti andrebbe, così, intesa al pari di qualsiasi altro interessato, e colui che agisce dovrebbe offrire una duplice prova: l'esistenza di un valido mandato *post mortem* ovvero di un interesse proprio che lo legittimi ad agire ai sensi dell'art. 2

⁹² Il *social network* viene definito come una piattaforma di comunicazione online in grado di permettere all'utente la creazione di reti comunicazione online in grado di consentire all'utente la creazione di reti d'utenti che condividono i suoi stessi interessi e viene inquadrato come servizio della società dell'informazione da P. GALDIERI, *Il trattamento illecito del dato nei social network*, in *Giur. mer.*, 2012, 2699.

⁹³ Su cui, v. F. OLIVO, *Dati personali*, cit., 178.

⁹⁴ Ricordano le fonti romane, «*quotiens autem dominium transfertur, ad eum qui accipit tale transfertur, quale fuit apud eum tradit*», D., 41, 1, 20,1.

Su cui, v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, II ed., 29, nota 5; R. NICOLÒ, *Successione nei diritti*, cit., 611; A. DE CUPIS, *Successione. I. Successione nei diritti e negli obblighi*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1251; U. CARNEVALI, *Successione*, cit., 4; M. CALOGERO, *Disposizioni generali*, cit., 3 ss.; G. BONILINI, *Concetto, e fondamento, della successione mortis causa*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 6.

In senso critico, v. G. STOLFI, *Note sul concetto di successione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 535 ss.

Nemmeno di successione anomala potrebbe discorrersi, in quanto non è solo differente il contenuto del diritto in oggetto, bensì anche la situazione in cui questi soggetti si trovano rispetto al *de cuius*. Cfr., sul punto, G. DE NOVA, *Successioni anomale legittime*, cit., 193.



terdecies cod. privacy, e quella di un interesse del defunto con cui si individui la finalità specifica del diritto azionato. Intesa in tal senso, la disposizione, non dovrebbero porsi particolari questioni in merito a quali parenti siano legittimati ad agire, ovvero rispetto ad un eventuale disaccordo fra più congiunti⁹⁵.

In ogni caso, dovrebbe prevalere la volontà del defunto, della quale è dato ampio spazio nella pianificazione successoria: egli può confidare nella fiducia di un mandatario che agisca nel suo interesse, ovvero manifestare le proprie intenzioni con dichiarazione scritta presentata al titolare del trattamento o comunicata a quest'ultimo (art. 2 *terdecies*, commi secondo, terzo e quarto, cod. privacy)⁹⁶.

5. - Si è avuto modo di porre in luce che il diritto all'identità personale, oltretutto personalissimo, sia mutevole ed evolva nel tempo con lo sviluppo della persona, connotandone la personalità⁹⁷.

La stretta inerenza con l'individuo, quindi, ha condotto il legislatore a dettare alcune regole che permettano la tutela dell'identità personale del *de cuius*, valorizzando, da un lato, la funzione conservativa dei diritti di coloro che vantino un interesse proprio al trattamento dei dati personali, compresi i familiari, e, dall'altro lato, proibendo il trattamento dei dati personali senza il valido consenso manifestato dall'interessato.

Il problema che si è posto sulla ricerca delle regole successorie, non ha così trovato adeguate risposte, né può trovare conferma nella circostanza dell'*id quod plerumque accidit*⁹⁸. Pertanto, non rimane che valutare l'applicazione dei principi generali, primo fra tutti quello dell'unità della successione, a mente del quale, in assenza di differenti previ-

⁹⁵ Giusto ricordare che già V. ZENO-ZENCOVICH, *La "comunione" di dati personali*, cit., 12, ammette l'esistenza di «una pluralità di soggetti i quali possono vantare una situazione giuridica protetta intorno ad un medesimo diritto, l'attributo della personalità del defunto. La coesistenza delle diverse posizioni è spostata sul piano processuale e in quella sede dovranno essere temperate».

⁹⁶ Quest'ultime disposizioni sono frutto della recente innovazione e, rispetto a quanto sin qui affrontato, andrebbero correttamente intese nel senso che, vietando l'esercizio dei diritti di cui agli artt. 15 ss. del Regolamento ai soggetti previsti dall'art. 2 *terdecies* cod. privacy, il disponente possa consentire il trattamento dei propri dati da parte di colui che offre i servizi della società dell'informazione (come il gestore del *social network*).

⁹⁷ Cfr. S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità*, cit., 592; G. FINOCCHIARO, *Identità personale (diritto alla)*, cit., 734; ID., *La protezione dei dati personali*, cit., 161 ss.; S. NIGER, *Il diritto all'identità personale*, cit., 116; F. OLIVO, *Dati personali*, cit., 165.

⁹⁸ Lamenta la considerazione normativa dell'ordine dei successibili, nel più ampio contesto del diritto successorio, L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, *Le successioni*, II, Torino, 1997, II ed., 10.



sioni normative o di una divergente manifestazione testamentaria, l'unico successore *mortis causa* è l'erede (art. 588 cod. civ.)⁹⁹.

Succedendo in luogo del defunto, l'erede subentrerà nella titolarità dei beni in cui sono incorporati i dati personali, entrando così nel possesso delle informazioni¹⁰⁰, senza che, con questo, i dati cessino di essere riferiti al *de cuius*. La conseguenza è che i connotati della personalità del defunto permangono inalterati e l'erede sarà soggetto agli stessi limiti posti dalla disciplina dell'art. 2 *terdecies* cod. privacy, potendosi così qualificare come titolare di un interesse proprio al loro accesso¹⁰¹. Insomma, il successore universale acquisirà la disponibilità delle informazioni per il solo fatto che esse siano state incorporate in un supporto¹⁰².

Queste conclusioni sembrano soddisfare le esigenze di certezza e sistemazione teorica richiamate dalla dottrina: da un lato, infatti, verrebbe offerto adeguato significato alla disposizione che richiama i diritti di coloro che possano vantare un interesse sui dati del defunto¹⁰³; la posizione conservativa dell'erede, poi, non dovrebbe stupire, in quanto è prevista anche dallo stesso Codice civile, con riferimento alla legittimazione a resistere in alcuni giudizi di stato dopo la morte del defunto (così gli artt. 267, 270, 276 cod. civ.)¹⁰⁴.

Ancora, non viene elusa la preoccupazione che i parenti possano venire pregiudicati nei propri diritti derivanti dalla successione del *de cuius*, giusto il rimando alla clausola di salvaguardia di cui all'art. 2 *terdecies*, quinto comma, cod. privacy¹⁰⁵.

⁹⁹ Si v., almeno, G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario*, cit., 13; ID., *Diritto delle successioni*, Roma-Bari, 2004, 12; M. D. BEMBO, *Carte, documenti, ritratti, ricordi di famiglia*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 779 ss., spec. 788. Altresì, per i riferimenti relativi alla giurisprudenza sul diritto all'immagine, F. TOZZI, *La circolazione dei diritti della persona*, Torino, 2013, 129.

Rispetto, invece, alle posizioni contrattuali, anche con riferimento ai contratti *on line* e di *social network*, espressamente G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali*, cit., 390 ss. Si riferisce, altresì, all'erede, C. CAMARDI, *L'eredità digitale*, cit., 79.

¹⁰⁰ Come è noto, l'art. 1146, primo comma, cod. civ. dispone che l'erede subentri, automaticamente, nel possesso dei beni del defunto.

¹⁰¹ In giurisprudenza, si richiama la sentenza Cons. Stato, 12 giugno 2012, n. 3459, inedita.

¹⁰² Potendosi accostare, questo fenomeno, ad un acquisto a titolo originario.

Sul punto, cfr. C. CAMARDI, *L'eredità digitale*, cit., 78.

¹⁰³ In dottrina, cfr. G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali*, cit., 415.

¹⁰⁴ Si v., sul punto, G. STOLFI, *Note sul concetto di successione*, cit., 539; G. GROSSO – A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., 19 ss.

Cfr., più in generale, L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., 9.

¹⁰⁵ L'ultimo comma dell'art. 2 *terdecies* cod. privacy dispone che: «In ogni caso, il divieto non può pro-



Viene dato adeguato rilievo, infine, alla volontà privata del *de cuius*, che si manifesta nella intenzione di istituire il successore universale¹⁰⁶. A tal proposito, infatti, si è affermato che il riferimento alla categoria dell'erede avrebbe condizionato la legittimazione del figlio che, dopo aver rinunciato all'eredità, volesse agire a tutela del buon nome del genitore¹⁰⁷: si potrebbe ribattere, anzitutto, che la disciplina codicistica sul diritto al nome legittimi, *iure proprio*, il figlio a far valere le proprie ragioni fondate da motivazioni di carattere familiare (ex art. 8 cod. civ.). Poi, si dovrebbero considerare le ipotesi in cui il *de cuius* non ammetta alla propria successione il discendente, ad esempio pretermettendolo¹⁰⁸, ovvero questi venga riconosciuto indegno alla successione del padre (artt. 463 ss. cod. civ.): in siffatte circostanze, non si vede come si possa ammettere che il figlio possa agire quale prosecutore della personalità del genitore, il quale ha inteso beneficiarlo di alcunché, ovvero dopo essere stato escluso, per legge, dalla sua successione¹⁰⁹.

Diversamente, non sembra potersi negare che il *de cuius* possa manifestare espres-

durre effetti pregiudizievoli per l'esercizio da parte dei terzi dei diritti patrimoniali che derivano dalla morte dell'interessato nonché del diritto di difendere in giudizio i propri interessi».

¹⁰⁶ Giova ricordare che la designazione del successore a titolo universale è mossa dalla intima consapevolezza che costui sarà il continuatore della persona del defunto, così G. BONILINI, *Concetto, e fondamento, della successione mortis causa*, cit., 3 ss. Altresì, A. MAGNANI, *La figura di erede e la qualità ereditaria, comprendenti sia rapporti e diritti patrimoniali sia qualità personali, morali, ideali. Conseguenze ed applicazioni*, in *Riv. not.*, 1998, 1044 ss., nota a Trib. Milano, 10 novembre 1996. Infine, già G. STOLFI, *Il concetto di erede*, in *Giur. it.*, 1949, IV, 171; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 94 e L. FERRI, *Disposizioni generali*, cit., 14 ss., il quale ne sottolineava la centralità nel sistema delle successioni a causa di morte.

¹⁰⁷ Su cui G. BUTTARELLI, *Banche dati*, cit., 321, nota 325.

¹⁰⁸ Esclusa, invece, la diseredazione per i legittimari, si v. Cass. 25 maggio 2012, n. 8352 in *Giust. civ.*, 2012, 1164 ss., con nota di L. CIAFARDINI, *Cambio di rotta della Cassazione sulla clausola di diseredazione*; in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, 763 ss., con nota di V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*; in *Nuova giur. civ.*, 2012, 991 ss., con nota di R. PACIA, *Principio di autonomia e validità del testamento contenente solo una clausola di diseredazione*; in *Vita not.*, 2012, 665 ss., con nota di D. PASTORE, *La Cassazione ammette la diseredazione*; in *Fam. dir.*, 2013, 146 ss. con nota di G. BELLAVIA, *La Cassazione ammette la clausola di diseredazione esplicita meramente negativa*; in *Notariato*, 2013, 24 ss., con nota di R. CIMMINO, *Diseredazione e ricostruzione causale del negozio testamentario*. V., altresì, A. ALBANESE, *Delle successioni legittime*, cit., 81 ss. e ivi gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

¹⁰⁹ Per altro verso, stando all'opinione per cui anche i legati *ex lege* siano soggetti alla disciplina del legato testamentario, per quanto compatibile, l'indegnità dei familiari escluderebbe la titolarità dei diritti art. 2 *terdecies* cod. privacy, e determinerebbe un vuoto di tutela nei confronti del patrimonio digitale del defunto.

Cfr., in merito alla questione, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, IX ed., 484; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, cit., 244 ss.; A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali*, cit., 264 ss.; M. CALOGERO, *Disposizioni generali*, cit., 21.



mente l'intenzione che taluno possa disporre del trattamento dei suoi dati personali: in siffatta circostanza, infatti, si può ritrovare una situazione assai più prossima all'identità di contenuto del rapporto trasmesso, per mezzo di una disposizione a titolo particolare¹¹⁰. L'ampio riconoscimento dell'autonomia privata, si è visto, viene confermato dalla disciplina dell'art. 2 *terdecies* cod. privacy: anzitutto, egli può nominare un mandatario che agisca proprio al fine di tutelare il suo interesse; inoltre, la legge ammette che questi manifesti direttamente la propria volontà ai gestori dei servizi della società dell'informazione (art. 2 *terdecies*, secondo comma, cod. privacy).

Proprio quest'ultima disposizione, che rappresenta una innovazione rispetto alla precedente formulazione dell'art. 9 cod. privacy, nel richiedere che la volontà dell'interessato debba risultare in modo non equivoco, specifico, libero e (per quanto possibile) informato¹¹¹, consente di ritenere che, in via generale, il disponente possa disporre del consenso al trattamento dei propri dati personali *post mortem* solamente con una disposizione a titolo particolare¹¹². Disposizione, questa, che potrà ben essere un legato, se riposta alle cure di un testamento¹¹³, oppure l'oggetto di un mandato *post mortem*¹¹⁴.

¹¹⁰ Ricorda G. BONILINI, *Dei legati*, sub. art. 649, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2006, 29, che «non ogni chiamata a legatario dà luogo, in senso tecnico, a successione a titolo particolare, ché essa è tale, soltanto nel caso in cui il rapporto sia collegato da un nesso di derivazione immediata con la posizione giuridica del disponente».

Già C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Milano, 1951, 189; F.P. LOPS, *Il legato*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994, 987 ss., spec. 992.

¹¹¹ Con riferimento alla specificità, in particolare, essa andrebbe intesa nel senso del generale requisito della determinatezza o determinabilità dell'oggetto del legato, su cui, per tutti, G. BONILINI, *Dei legati*, cit., 113 ss., spec. 115. Peraltro, questa considerazione conferma la difficoltà di poter inquadrare la nomina del così detto contatto erede in un negozio *mortis causa* o comunque di ultima volontà, in quanto i poteri di modifica delle prerogative dell'utente erede, che possono essere modificati dai siti *internet* che lo consentono anche successivamente rispetto al tempo della morte del disponente, comporterebbe una inammissibile *relatio* sostanziale (art. 631 cod. civ.).

¹¹² Dovendo trovare adeguata considerazione rispetto ai generali requisiti di validità ed efficacia delle disposizioni a titolo particolare.

Sull'impiego del legato rispetto al patrimonio digitale, cfr. F. MASTROBERARDINO, *Il patrimonio digitale*, Napoli, 2019, 210 ss.

¹¹³ Giusto solo richiamare l'ampiezza del contenuto del legato, si v. A. TRABUCCHI, *Legato*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, 610; G. BONILINI, *Dei legati*, cit., *passim*, spec. 116 ss.; ID., *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990, 14 ss.; ID., *L'oggetto del legato, le specie di legato autonomamente disciplinate*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 458 ss.

Peraltro, si è posto in luce che il legato, al di là dei possibili contenuti economici o patrimoniali, possa comunque comportare di per sé un vantaggio per il legatario, su cui v. C. GANGI, *La successione testamentaria*, II, cit., 31; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte*, cit., 498; F.P. LOPS, *Il legato*, cit., 1001; G. BONILINI, *Dei legati*, cit., 26; ID., *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, 104 ss.



Nondimeno, concludendosi sul punto, non deve essere sottaciuto il pericolo che le volontà, i desideri e le indicazioni espressi dalla persona interessata possano non venire adeguatamente rispettati. Ove si volesse rimanere su un piano puramente fiduciario, infatti, avrebbe già giovato la nomina di un esecutore testamentario (artt. 700 ss. cod. civ., specialmente *ex art.* 703 cod. civ.), oggi, poi, affiancata dal riconoscimento normativo, come si è avuto modo di vedere, della nomina di un mandatario nell'interesse *post mortem* del defunto. Diversamente, le maggiori esigenze di effettività sembrano poter essere soddisfatte solamente per altra via. Da un lato, tradizionalmente, la rilevanza giuridica dei motivi del disponente viene conferita dalla apposizione di una condizione (art. 633 cod. civ.), o di un onere (art. 647 cod. civ.), alle disposizioni attributive di diritti patrimoniali¹¹⁵, per mezzo di un valido testamento¹¹⁶. Dall'altro lato, invece, potrebbe sicuramente giovare una adeguata pianificazione contrattuale degli aspetti successorî inerenti i dati personali del defunto, per mezzo della quale questi sia in grado di predeterminare puntualmente le condizioni d'accesso alle proprie informazioni¹¹⁷. Rispetto a questa esigenza, sarebbe stato opportuno che il legislatore si fosse richiamato, in via esplicita¹¹⁸, ai principî della *privacy by design* e *privacy by default* contenuti nell'art. 25 del Reg. UE 2016/679: essi, come è noto, sono considerati fra i principali aspetti innovativi della nuova disciplina¹¹⁹, introducendo la necessità di una adeguata predisposizione tecnica

¹¹⁴ Ad essa, poi, potrebbe riferirsi il dettato di cui all'art. 7 del Reg. UE n. 679/2016, per cui se «*il consenso è prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni, la richiesta di consenso è presentata in modo chiaramente distinguibile dalle altre materia, in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro*», pena la sua inefficacia. Sulla disposizione, v. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo*, cit., 112.

¹¹⁵ A. CICU, *Il testamento*, cit., 251; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1994, XXXV ed., 804; G. BONILINI, *Il negozio testamentario*, cit., 21.

¹¹⁶ Inidoneo, invece, sarebbe un mandato *post mortem exequendum*, in quanto l'attribuzione patrimoniale soggetta a onere o condizione sarebbe nulla per contrasto all'art. 458 cod. civ., su cui v. *supra*.

¹¹⁷ Cfr. G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, cit., 398 ss.; ID., *La "morte" digitale*, cit., 916 ss., spec. 918; M. CINQUE, *La successione nel "patrimonio digitale"*, cit., 655; F. CRISTIANI, *Il diritto alla protezione dei dati*, cit., 2044; M.E. PIZZONIA, *Eredità digitale*, cit., 110.

¹¹⁸ E non, invece, attraverso un difficile coordinamento sistematico fra la disciplina regolamentare ed il diritto interno.

¹¹⁹ R. SENIGAGLIA, *Reg. UE 2016/679 e diritto all'oblio*, cit., 1054 ss.; A. MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, 156 ss.; G. FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, 10 ss.; V. CUFFARO, *Quel che resta di un codice*, cit., 1115; A. IULIANI, *Note minime*, cit., 302 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo*, cit., 120 ss.; S. CALZOLAIO, *Protezione dei dati personali*, cit., 598; ID., *Privacy by design. Principi, dinamiche, ambizioni del nuovo Reg. Ue 2016/679*, in *Federalismi.it*, 2017, 1 ss.

Sulla tutela preventiva, poi, M.G. STANZIONE, *Il regolamento europeo*, cit., 1262 ss.



per la conservazione dei dati personali, ovvero una modalità di raccolta ispirata alle esigenze di salvaguardia delle informazioni del titolare.

6. - Avendo concluso in merito alla problematica della vicenda successoria nei dati personali del defunto, occorre da ultimo soffermarsi brevemente sui limiti che l'ordinamento pone al loro trattamento. L'esperienza, infatti, consta di sempre più numerosi casi in cui l'accesso alle informazioni della persona defunta¹²⁰, specie da parte dei familiari, comporti la manipolazione dei connotati identitari del *de cuius*. Codesti episodi, peraltro, risultano talvolta esclusi dalla diretta applicabilità delle norme del Reg. UE n. 679/16¹²¹, ma non per questo esulano dall'applicazione dei principi generali.

Anzitutto, la disciplina della tutela dei dati personali è ispirata al principio di verità¹²², in quanto l'individuo deve essere riconoscibile nei suoi connotati essenziali¹²³. Es-

¹²⁰ Il riferimento è al sito «Eter9» (<https://www.eter9.com/-auth/login>), un *social network* che utilizza le risorse del *data mining* per l'elaborazione dei contenuti condivisi al suo interno, al fine di creare un automatismo capace di pubblicare *post*, video e immagini anche quando gli utenti non sono *online* e quindi, anche quando sono defunti. Un secondo esempio è dato dal sito – ancora in fase di costruzione ma a cui ci si può tuttora iscrivere gratuitamente – «Eterni.me». Il servizio, attraverso l'acquisizione di tutto ciò che si pubblica in rete, delinea la personalità dell'utente con l'obiettivo di creare una sorta di spettro digitale, dando origine ad una identità virtuale che interagisce con le persone vicine e, dunque, in grado di sostituire l'utente defunto, riproducendo le sue caratteristiche personali.

¹²¹ Ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. c), infatti, non si applica ai trattamenti di dati personali effettuati da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico. Sulla nozione, si v., per tutti, i rilievi critici di E. GIANANTONIO, *Dati personali (tutela dei)*, cit., 486; inoltre, P. GALDIERI, *Il trattamento illecito*, cit., 2699.

Non si vede come possano essere esclusi dalla disciplina, invece, quegli usi che i familiari facciano dei dati del defunto attraverso l'utilizzo di alcuni siti *internet*, esulando, almeno per l'uso dei *providers*, le ragioni personali e domestiche.

¹²² F. OLIVO, *Dati personali*, cit., 165-166, il quale ritiene l'identità un «diritto disponibile ma non negoziabile»; R. TOMMASINI, *Identità personale tra immagine e onore: autonomia del valore ed utilità dello schema*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 92 ss.

Già V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto di rettifica ad all'identità personale a tutela della personalità del singolo e del gruppo*, nota a Pret. Roma, 12 novembre 1982 e Pret. Verona, 21 dicembre 1982, in *Fam. dir.*, 1983, 155 ss.; T. FROSINI, *Telematica e informatica giuridica*, cit., 63; E. GIANANTONIO, *Dati personali (tutela dei)*, cit. 484, a detta del quale il fine principale della l. n. 675 del 1996 era quello della trasparenza.

Per un profilo storico, si rinvia anche a G. FINOCCHIARO, *Identità personale (diritto alla)*, cit., 724-725. In giurisprudenza, Cass. 22 giugno 1985, n. 3769, cit.

¹²³ L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004, 6 ss.; G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, cit., 892 ss.; M. F. COCUCCIO, *Il diritto all'identità personale*, cit., 949 ss.



sa è funzionale al presidio dell'identità personale¹²⁴: questa, è stato affermato, non è il diritto di assumere molteplici identità da parte dell'individuo¹²⁵, «né l'immagine che il soggetto ha di sé (verità personale), che può in ipotesi estreme anche essere scorrelata dalla realtà, né l'insieme dei dati oggettivi riferibili al soggetto (verità storica), ma l'immagine, socialmente mediata o oggettivata, del soggetto stesso»¹²⁶. Questo rilievo, in particolare, è stato ben posto in luce dalla Corte costituzionale, pronunciatisi con riferimento al diritto dell'adottato alla ricerca delle proprie origini biologiche¹²⁷.

L'interesse alla intangibilità del dato della persona, in quanto proiezione dell'identità personale¹²⁸, pertanto, presenta anche connotati di natura pubblicistica¹²⁹: essendo inibito un camuffamento da parte dello stesso titolare¹³⁰, *a fortiori* dovrebbe essere precluso il mutamento arbitrario dei connotati personali del defunto da parte dei familiari, eredi o mandatari che abbiano l'accesso o la disponibilità dei suoi dati, dovendosi ritenere queste condotte illecite, in quanto contrarie a principî di ordine pubblico.

Poi, la tutela della dignità umana dovrebbe inibire un qualsiasi impiego dei dati personali del defunto contrario al costume sociale, ispirato al generale sentimento di pietà verso i defunti. Nel motivare questa affermazione, occorre adeguatamente considerare la

¹²⁴ G. FINOCCHIARO, *Identità personale su internet*, cit., 387; M.G. STANZIONE, *Il regolamento europeo*, cit., 1251.

¹²⁵ V., per tutti, S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006.

Altresi, G. RESTA, *La "morte" digitale*, cit., 892-893.

¹²⁶ G. FINOCCHIARO, *La memoria della Rete*, cit., 399.

Già S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, III, Milano, 1933, 406, il quale trattava della rilevanza dell'identità personale nella negoziazione fra privati, ricollegando la sanzione della nullità al contratto posto in essere sulla base di un errata qualità della persona, ovvero individualità della stessa.

¹²⁷ Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Fam. dir.*, 2014, 11 ss. con nota di V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 285 ss. con nota di V. MARCENÒ – J. LONG, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*. Per ulteriori riferimenti, v. M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015, *passim*, spec. 66 ss.

Giova richiamare alla mente le affermazioni di P. ZATTI, *Dimensioni ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, suppl., 3-4, per il quale «proprio nel diritto altrui all'identità la *privacy* trova un limite, come nel caso, ad esempio, del recupero dei dati dal corpo del defunto».

¹²⁸ F. OLIVO, *Dati personali*, cit., 168.

¹²⁹ Il considerando 4 del Reg. UE 2016/679 ammette che il diritto alla protezione dei dati personali non sia un diritto assoluto, ma debba essere considerato alla luce della sua funzione sociale. Cfr. A. RICCI, *Sulla «funzione sociale» del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. impresa*, 2017, 586 ss.; A. IULIANI, *Note minime*, cit., 306.

¹³⁰ Cfr. F. OLIVO, *Dati personali*, cit., 163 ss.; M. DOGLIOTTI, *Persone fisiche. Capacità, status, diritti*, in *Trattato di diritto privato*, dir. da M. Bessone, II, 2014, 408.

Già A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., 408 ss.



situazione che si crea al momento della morte della persona titolare dei dati.

La necessità di una tutela conservativa dell'identità dell'individuo ha condotto autorevole dottrina a rifiutare l'idea che la persona eserciti un diritto di proprietà sui propri dati e ne possa disporre liberamente: si è detto, infatti, che «la dimensione digitale è un prolungamento della dimensione umana, e come alla persona non si consente di alienare parti del corpo che potrebbero comprometterne la funzionalità, allo stesso modo si dovrebbe proibire la cessione volontaria di dati personali che sono particolarmente “sensibili”»¹³¹.

Accogliendo questa ricostruzione, al momento della morte, il dato corrisponderebbe a una parte del «cadavere digitale» del titolare. Sembra, così, naturale l'accostamento fra la situazione che si è delineata rispetto all'accesso ai dati dell'interessato e la sorte del corpo del defunto, e le conclusioni dell'analisi sono coerenti con l'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza in merito alla disciplina del cadavere: assume rilievo preminente la valorizzazione della volontà dell'individuo, anche al di là di quelli che sono i desideri, spesso egoistici, dei familiari¹³², oltreché l'esigenza di tutelarne la dignità¹³³.

Da un lato, infatti, è ammessa un'ampia possibilità di decidere sulla sorte postmortale del proprio corpo, quale oggetto di «un diritto personale di carattere affatto speciale, che estende la propria efficacia anche dopo la morte, entro i limiti segnati dal diritto positivo»¹³⁴. Lo stesso, si è visto, rispetto all'autonomia di disporre *post mortem* dei propri dati personali.

I congiunti, dall'altro lato, che manifestino una volontà sostitutiva rispetto a quella mancante del defunto sulla destinazione delle spoglie mortali, esercitano un diritto proprio¹³⁵, peraltro meno ampio rispetto a quello dell'individuo sulla destinazione dei pro-

¹³¹ G. ALPA, *L'identità digitale*, cit., 727.

Già G.B. FERRI, *Persona e privacy*, cit., 90 e 115. Cfr., altresì, F. OLIVO, *Dati personali*, cit., 185 e V. CARBONE, *Il consenso, anzi i consensi, nel trattamento informatico dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 1998, 26.

¹³² G. ALPA, *La persona fisica*, cit., 95.

¹³³ Si v., per tutti, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 25.

Altresì F. PARENTE, *La persona e l'assetto delle tutele costituzionali*, in *Persona fisica*, a cura di G. Lissella e F. Parente, Napoli, 2012, 42.

¹³⁴ G. BONILINI, *Il diritto al sepolcro*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 809; G. ALPA, *La persona fisica*, cit., 92 ss.

Si ammette un legato al sepolcro, poi, con l'obbligo per il legatario di non mutarne la destinazione, cfr. G. BONILINI, *Dei legati*, cit., 161. *Contra*, sulla efficacia giuridica della disposizione, F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte*, cit., 359.

¹³⁵ Pret. Macerata, 6 giugno 1992 (ord.), in *Giur. it.*, 1992, I, 2, 577 ss.



prî resti mortali¹³⁶. Anche i diritti spettanti ai parenti richiamati dall'art. 2 *terdecies* cod. privacy, si è posto in luce, sono limitati alla tutela di un proprio interesse familiare, e funzionali alla tutela della personalità del defunto.

La disciplina del trattamento del cadavere (Legge 1 aprile 1999, n. 91), e quella affine della sorte delle ceneri funerarie (Legge 3 aprile 2001, n. 131), sono poi connotate dalla presenza di interessi pubblicistici, ulteriormente rimarcati dalle numerose sanzioni penali (artt. 407 ss. cod. pen.): interessi che assumono rilevanza anche nella disciplina della tutela dei dati personali, dove la regolamentazione è soggetta al controllo dell'Autorità Garante, la quale, peraltro, non viene adeguatamente valorizzata rispetto alla posizione del defunto. Infatti, emerge una ulteriore, grave, lacuna nell'adattamento del Regolamento 679/16 con la disciplina domestica: manca, fra il nòvero dei diritti richiamati dall'art. 2 *terdecies* cod. privacy, la legittimazione ad adire l'Autorità di garanzia da parte di coloro che, nell'esercizio dei diritti richiamati dalla norma, accedano ai dati del defunto¹³⁷.

Se per i dati immessi in rete, naturalmente, non si ripropongono le medesime esigenze di tutela dell'igiene pubblica connesse al trattamento del cadavere, il presidio del sentimento della *pietas* verso i defunti ne rende evidente la lacuna.

Proprio la salvaguardia della dignità dell'uomo, a ben vedere, è il *trait d'union* delle due discipline: si è avuto modo di affermare che la morte non possa comportare l'esigenza di presidiare la dignità del defunto, la quale prosegue anche oltre il venir meno dell'esistenza fisica dell'individuo¹³⁸. Nella disciplina del trattamento dei dati perso-

¹³⁶ G. BONILINI, *Il diritto al sepolcro*, cit., 818-819.

¹³⁷ Autorità, questa, che è stata riconosciuta anche quale dotata di un potere di verifica della rispondenza a verità dei dati, su cui v. F. OLIVO, *Dati personali*, cit., 167 ss. Sul ruolo del Garante rispetto ai *social network*, cfr. P. GALDIERI, *Il trattamento illecito*, cit., 2711.

In giurisprudenza, è significativa la considerazione della Cass. 9 giugno 1998, n. 5658, in *Danno e resp.*, 1998, 865 ss., con nota di A. ORESTANO, *La riservatezza ancora una volta in cassazione: fondamento, contenuto e limiti all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 675/1996*, nella quale i giudici rilevano l'inadeguatezza del diritto soggettivo privato a proteggere la sfera di riservatezza del cittadino lesa dai mezzi di diffusione di massa. Sentenza altresì pubblicata in *Corriere giur.*, 1998, 1168 ss., con nota di D. MANCINI, *I «confini» della privacy e i rapporti con il diritto alla reputazione*; in *Foro it.*, 1998, 2387 ss., con nota di A. PALMIERI, *Lesione del diritto alla riservatezza ed esimente del diritto di cronaca*.

¹³⁸ A. DE CUPIS, *Cadavere (diritto sul)*, in *Dig. disc. priv.*, II, Torino, 1988, 190; G. BONILINI, *Il diritto al sepolcro*, cit., 810-811. Altresì, F.D. BUSNELLI, *Per uno statuto del corpo umano inanimato*, in *Il governo del corpo*, II, nel *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, 2142-2143; R. SENIGAGLIA, *Identità del corpo inanimato e legami affettivi. Rilevanza delle relazioni "familiari" oltre la convivenza*, in *Jus civile*, 2015, 686 ss., spec. 689; R. PERRONE, *«Buon costume» e valori costituzionali condivisi. Una prospettiva della dignità umana*, Napoli, 2015, 217 ss.

Da ultimo, V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, 100-101.



nali, invece, tale principio assume connotati di assoluta rilevanza, come è stato autorevolmente posto in luce da coloro che hanno ricordato come già quella del 1996 fosse la prima legge generale sui diritti della persona¹³⁹, ispirata al principio della dignità¹⁴⁰.

In conclusione, quindi, i comportamenti di coloro che abusano della identità personale del defunto dovrebbero essere ritenuti contrari ai principi dell'ordine pubblico e del buon costume: i contratti che consentano queste condotte, se non ritenuti espressamente illeciti (art. 1343 cod. civ.), difficilmente potrebbero superare positivamente il vaglio di meritevolezza richiesto dall'art. 1322, secondo comma, cod. civ.¹⁴¹; sulla sorte dei profili di utenza delle persone defunte, poi, questi dovrebbero venire disattivati, venendo meno quel requisito di meritevolezza posto dall'art. 1411 cod. civ. che ne legittimava l'accesso¹⁴².

Si v., per tutte, in giurisprudenza, Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293, in *Giur. cost.*, 2000, 2239 ss., con nota di A. ODDI, *La riesumazione dei bonos mores*.

¹³⁹ E. GIANANTONIO, *Dati personali (tutela dei)*, cit., 483 ss.

¹⁴⁰ In giurisprudenza, significativo è il richiamo all'art. 2 Cost. da parte della nota pronuncia Cass. 7 febbraio 1996, n. 978, cit., nonché quello della successiva Cass. 25 giugno 2004, n. 11864, in *Giust. civ.*, 2005, 2731 ss., con nota di R. GIORDANO, *La legittimazione del Garante dei dati personali nel procedimento di opposizione alle sue decisioni tra la l. n. 675 del 1996 e il nuovo codice privacy*.

Lo stesso principio viene richiamato nel più volte citato parere dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali del 10 gennaio 2019. Sono altresì significativi i numerosi provvedimenti che si esprimono negativamente sulla diffusione di immagini di persone defunte nei mezzi di telecomunicazione, fra cui si ricordano il provvedimento del 4 ottobre 2005, n. 1173863 e quello del 15 luglio 2006, n. 1310796.

In dottrina, v. F.D BUSNELLI, *Note introduttive*, cit., XXXV ss.

Altresì, S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità*, cit., 583 ss., spec. 595 ss.; P. RESCIGNO, *Protezione dei dati e diritti della personalità*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto e V. Zeno-Zencovich, Milano, 1988, 275 ss.; F. OLIVO, *Dati personali*, cit., 174 ss.; F. GIARDINA, *Qualche riflessione su identità e soggettività*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, suppl., 64; G. FINOCCHIARO, *Identità personale (diritto alla)*, cit., 723; M. DOGLIOTTI, *Persone fisiche*, cit., 413; S. NIGER, *Il diritto all'identità personale*, cit., 117; V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, cit., 81 ss.

Giova ricordare che già G.B. FERRI, *Persona e privacy*, cit., 90 e 111, avvertiva, con riferimento al diritto alla riservatezza, che «la soggettività rappresenterebbe in sé il valore finale della tutela; quindi un valore fondamentale e caratterizzante l'intero sistema che lo prevede». Sempre con riferimento alla riconduzione della riservatezza all'art. 2 Cost. v., almeno, G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana*, cit., 458 ss.; A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, 15 ss.; T.A. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, 39 ss.

¹⁴¹ Si richiama a quanto si è detto *supra* sulla qualificazione di questi negozi quali contratti atipici di utenza.

¹⁴² Su cui, relativamente agli utenti inattivi, P. GALDIERI, *Il trattamento illecito*, cit., 2700.

Ciò, eventualmente, anche a seguito della sollecitazione da parte da parte del Garante della privacy, cui la legge attribuisce amplissimi poteri di intervento (di cui agli artt. 57 e 58 del Reg. UE 2016/679).



JORGE RODRIGUEZ RUSSO

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

CONTORNOS ACTUALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PRECONTRACTUAL. LA SITUACION EN EL DERECHO URUGUAYO

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El contrato y su dimensión temporal. – 3. Los orígenes de la responsabilidad precontractual y su desarrollo posterior. – 4. Las transformaciones de la responsabilidad civil precontractual en los últimos veinte años. Tendencias en el Derecho Comparado. – 5. La responsabilidad precontractual en el sistema civil uruguayo. – 5.1 La dualidad de disciplinas y la unidad del sistema de Responsabilidad Civil. – 5.2 El problema de la naturaleza jurídica de la Responsabilidad Precontractual. – 5.3 La tesis predominante en la doctrina y jurisprudencia se inclina por la naturaleza contractual. Los fundamentos que la sustentan. – 5.4 Las objeciones a la tesis contractualista desde la perspectiva de los deberes dimanantes de la buena fe y las notas tipificantes de la obligación. La dimensión relacional de la responsabilidad extracontractual. – 5.5 La relevancia del problema en el sistema civil uruguayo. – 6. Conclusiones.

1. – En el presente trabajo abordamos un tema de enorme relevancia, el de los contornos que asume hoy la responsabilidad civil precontractual. En los últimos veinte años ha sido el escenario de importantes cambios en el Derecho Comparado, tanto en el plano legislativo, como en el doctrinario y jurisprudencial, corroborando que el Ordenamiento Jurídico, como ha dicho Franzoni¹, “*es un universo en constante evolución*”, producto de la confluencia de una multiplicidad de factores, entre los que se destacan la incesante producción de normas y la permanente actividad del intérprete, que en base a reglas, principios y valores imperantes en cada momento histórico debe captar la dimensión y el sentido de las instituciones y de las categorías centrales que lo conforman.

Las profundas transformaciones sociales, económicas, políticas, culturales y tecnológicas verificadas desde la sanción de los Códigos decimonónicos hasta el mundo globalizado en que vivimos, han impactado en las instituciones fundamentales del Derecho

¹ Franzoni, Massimo, “*Il contratto nel mercato globale*”; Rivista Diritto e Impresa, N° 1, enero– febrero 2013, Cedam, Padova, p. 69.



Privado, siendo paradigmático en ese sentido lo acontecido con el Contrato y la Responsabilidad Civil².

Entre ambos extremos del referido arco temporal la tendencia normativa cultural de dar preeminencia a la persona humana sobre los intereses económicos condujo al desplazamiento de la “*patrimonialización y despersonalización*” del Derecho Civil hacia su “*despatrimonialización y personalización*”³. Las estructuras codiciales del siglo diecinueve, en total armonía con la ideología subyacente, respondían a una imagen de la persona considerada exclusivamente en su dimensión patrimonial, al extremo que ha podido señalarse que *Code* de 1804 era el Código de la propiedad, de la riqueza adquirida, en tanto se ocupaba de proteger al individuo que poseyese bienes materiales, pero se olvidaba completamente de los que nada tenían⁴.

Hoy la persona ya no puede ser contemplada solamente como titular de relaciones jurídicas, como centro de imputación de derechos y deberes, sino como el fin primordial a cuyo desarrollo integral deben ir orientados todos los instrumentos; en suma, la persona como valor institucional que se deriva de su propio valor intrínseco, de su especial dignidad, de su carácter irrepetible, de ser con fines propios que el Derecho debe respetar y proteger. Por ello –como proclamaba Irti⁵– el Derecho Civil, de Derecho del ciudadano, está llamado a hacerse Derecho del individuo.

Los paradigmas del Código Civil no han permanecido incambiados; familia, propiedad y contrato –por señalar tan solo tres de las instituciones centrales– asumen hoy perfiles sustancialmente distintos. La familia ya no se estructura exclusivamente en base al matrimonio; la propiedad ha dejado de ser una sola; el contrato individual, negociado y paritario, no es ya el único modelo de contrato. Frente a la familia matrimonial, una multiplicidad de modelos de familia; frente a la propiedad, las propiedades; frente al contrato discrecional y paritario, los contratos por adhesión y de consumo. El principio de igualdad ya no empuja hacia la uniformidad, sino hacia la diferenciación, teniendo en cuenta

² Hemos realizado algunas reflexiones en “*Codice Civile e dispersione legislativa. Alcune considerazioni intorno alla situazione nel Diritto Civile uruguayano*”, *Rassegna di Diritto Civile*, N° 3/2014, Esi, Napoli, pp. 853-854.

³ Así lo señala Colina Garea, Rafael, “*Algunas consideraciones sobre la defensa de la centralidad de la persona y de la autonomía privada en el moderno concepto de Derecho Civil*”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 10, La Coruña, 2006, pp. 217 y 223-232. Sobre el punto puede verse también el trabajo de Adriano De Cupis, “*Sulla depatrimonializzazione del Diritto Privato*”, *Rivista di Diritto Civile*, Cedam, Padova, 1982, Parte II, p. 484 y ss.

⁴ Colina Garea, *Ob. Cit.*, p. 231.

⁵ Irti, Natalino, *La cultura del Diritto Civile*, Utet, Torino, 1990, Introducción, p. 6.



la cualidad subjetiva, las singularidades económicas, el estado de las cosas⁶. La desintegración del sistema de fuentes, como destaca Lipari⁷, ha provocado la pérdida de uno de los postulados fundamentales a los cuales se reconducía la certeza del Derecho: la univocidad del objeto.

En el campo del Derecho Contractual ha sido elocuente el irreversible proceso de fragmentación de la categoría⁸ con el surgimiento de nuevos modelos con contornos diferentes, como sucede con los contratos por adhesión y los contratos de consumo, en los que existe una situación de notoria desigualdad de poder negocial entre las partes, en función de la objetiva posición del consumidor en el mercado. En los contratos por adhesión el adherente no puede ejercer su libertad de determinar el contenido del contrato, por lo que puede dudarse que sea el fruto de un acuerdo de voluntades⁹; aquí, según expresa Denis Mazeaud, la libertad no es más que una ilusión en ausencia de verdadera negociación, ya que una de las partes no tiene otra opción que adherir al contenido predeterminado por el otro contratante, por lo que en esta categoría de contratos, desde el momento en que falta el postulado de la libertad y la igualdad, “*es necesario proteger al contratante débil contra el riesgo de un desequilibrio contractual o al menos contra un desequilibrio excesivo*”¹⁰.

A diferencia de lo que acontece en el Código Civil, basado en la unidad del sujeto, en la legislación especial deviene relevante entonces la calidad de los contratantes, extremo que conlleva a la duplicidad del modelo: por un lado el contrato de base individual (celebrado entre particulares o entre profesionales); por el otro el contrato de los consumidores, con un régimen especial¹¹. La doctrina ha comenzado a hablar de un *tercer*¹² mode-

⁶ Irti, *La edad de la descodificación*, J.M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 80.

⁷ Lipari, Nicolò, “*I civilista e la certezza del Diritto*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Vol. 69, N° 4, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 1133-1134.

⁸ Así lo expresamos en “*La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo*”, *Revista Indret*, Barcelona, 4/2013, p. 3 y ss. Sobre las características de algunos contratos de gran importancia en el tráfico jurídico, que en parte vinculan y en parte no (contratos de mediaría) véase el interesante trabajo de Giorgio De Nova, “*Contratti dimezzati*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LVII, N° 2, giugno 2013, Giuffrè, Milano, pp. 439-459.

⁹ Así lo señala Savaux, Eric, “*El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos*”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XLIX, fasc. III, Madrid, 2016, p. 739.

¹⁰ Mazeaud, Denis, “*Prime note sulla riforma del Diritto dei Contratti nell’Ordinamento francese*”, *Rivista di Diritto Civile*, Vol. 62, N° 2, Cedam, Padova, 2016, p. 444 (las cursivas no se encuentran en el original).

¹¹ Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXVI, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009, p. 159.



lo de contrato, en el que es parte un contratante débil que no es consumidor, pero en el que se verifica también una situación de asimetría entre los contratantes¹³ –como sucede en los contratos asimétricos entre empresas– desigualdad que no nace de una carencia informativa o de la ausencia de tratativas, sino de una situación de dependencia económica en la que se encuentra un sujeto respecto al otro. No existe acuerdo si ello comporta un paradigma normativo diferente (*tercer contrato*) o si por el contrario es posible conformar un paradigma normativo tendencialmente unitario (contratos asimétricos), capaz de contener el entero universo de relaciones entre sujetos con una significativa desigualdad del poder contractual, sean o no consumidores¹⁴.

Todo ello ha impactado en la categoría general del contrato, desafiando el carácter central de la *Parte General*¹⁵, al punto que un sector de la doctrina piensa que la Parte Especial, relativa a los singulares tipos contractuales, constituye ahora la disciplina general de una determinada figura. En esta línea de pensamiento se argumenta que la Parte

¹² El término “*terzo contratto*” es atribuido a Roberto Pardolesi, que lo emplea en el Prefacio a la obra de Giuseppe Colangelo *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e Diritto dei contratti. Un'analisi economica comparata*, Giappichelli, 2004.

¹³ Sobre el punto pueden consultarse las contribuciones de Massimo Franzoni, “*Il contratto nel mercato globale*”, p. 71 y ss. Enrico Labella, “*Tutela della microimpresa e terzo contratto*”, Europa e Diritto Privato, 4/2015, Giuffrè, pp. 857-897. Roberto Calvo– Alejandro Ciatti, *Diritto Privato*, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 273. Vincenzo Roppo, *Il contratto del duemila*, Utet, Torino, 2005, p. 23 y ss.; “*Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*”, Rivista di Diritto Privato, 2001, p. 769 y ss.; “*Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*”, Rivista di Diritto Privato, 3/2010, p. 19 y ss. Andrea Zoppini, “*Il contratto asimetrico tra parte generali, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*”, Rivista di Diritto Civile, Vol. 54, N° 5, Cedam, Padova, 2008, pp. 536-541. Gregorio Gitti– Gianroberto Villa, *Il Terzo Contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008. *La tutela del contraente debole nei rapporti tra imprese*, VV. AA., Giunta della Provincia Autonoma di Trento, 2007.

¹⁴ Sobre el tema más ampliamente Vincenzo Roppo, “*Del contratto con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del Derecho contractual europeo*”, Revista de Derecho Privado, N° 20, enero-junio 2011, Universidad Externado de Colombia, p. 221. De Cores, Carlos, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato*, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2015, pp. 640 y ss.

¹⁵ Véase especialmente: Giorgio De Nova, “*Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*”, Contratto e Impresa, Cedam, Padova, 1988, p. 327 y ss. Paolo Vitucci, “*Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*”, Contratto e Impresa, 1988, pp. 804-818. Vincenzo Roppo, *Il Contratto*, Cedam, Padova, 2001, p. 85. Emanuele Lucchini Guastalla, “*Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto. Parte Prima*”, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Vol. 58, N° 2, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 379-410. Nicoló Lipari, “*Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*”, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Vol. 62, N° 1, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 1-20. Salvatore Patti, “*Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*”, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Vol. 62, N° 3, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 735-750. Jorge Gamarra, *Neoconstitucionalismo, Código y Ley especial*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012, pp. 25-41.



General sobre el contrato no puede ser considerada como la disciplina de una figura unitaria; las normas generales, lejos de constituir parte integrante de la disciplina de cada contrato en particular, tienen en algunos casos una función “*meramente subsidiaria y residual*”¹⁶. Roppo¹⁷ destaca que las disciplinas especiales relativas a los singulares contratos, al mismo tiempo que se multiplican, se complejizan, adquieren una nota de generalidad y sistematicidad que en el pasado no tenían, organizándose en microsistemas que dan origen a principios dotados de fuerza expansiva. Como consecuencia de ello –resalta el doctrinario italiano– es imposible ver hoy a la parte especial como un elemento de segundo plano de la disciplina del contrato, pues disputan el carácter central que a la Parte General le pertenecía originariamente de manera exclusiva.

Por otro lado, también corresponde destacar la enorme gravitación de las *cláusulas generales*, como la buena fe, que ha conformado un paradigma de contrato *cooperativo*, contrapuesto al modelo de contrato entre *antagonistas*, vale decir, un paradigma basado en el modelo del juego cooperativo, con perfiles distintos al modelo antagonístico, en el que el contrato representa una tregua provisoria entre las partes, en el contexto de un juego conflictivo de intereses¹⁸.

Al igual que el contrato, la *responsabilidad civil* ha estado en permanente transformación en los últimos años. Sirvan como ejemplo la expansión de las fronteras del daño resarcible, la democratización en la aplicación de la disciplina (sin sujetos excluidos), la ampliación del elenco de los legitimados activos, la tendencia a la objetivación en amplios sectores, el redimensionamiento de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno a partir de la identificación de un principio general, los daños colectivos, la cristalización del principio *pro damnato o favor victimae*, la propia descodificación del Derecho de Daños, tan diáfana y destacada por Díez-Picazo¹⁹. También aquí la evolución ha conducido a la identificación de tres modelos: uno clásico, de base puramente individual y de corte sancionatorio, articulado sobre la culpa y centrado en el comportamiento del dañador; el otro, de corte indemnizatorio, en el que pasa a primer plano la víctima,

¹⁶ Así, De Nova, “*Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*”, p. 331.

¹⁷ Roppo, *Il Contratto*, p. 85.

¹⁸ Cfme. Monateri, Pier Giuseppe, “*Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*”, *Rivista di Diritto Civile*, Anno XLIX, N° 4, Cedam, Padova, 2003, p. 409 y ss. Véase también: Sirena, Pietro, “*La categoria dei contratti d’impresa e il principio di buona fede*”, *Rivista di Diritto Civile*, Fasc. 4, 2006, p. 417 y ss. Gamarra, Jorge, *Buena Fe Contractual*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2011, p. 32 y ss.

¹⁹ Díez-Picazo, Luis, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 127 y ss.



con un amplio cauce para la objetivación de la responsabilidad; un tercer modelo, en vías de construcción, en el que la responsabilidad trasciende a los sujetos privados²⁰. Diferentes modelos de responsabilidad que “*conviven de manera inarmónica, tan inarmónica que resulta difícil hablar de responsabilidad por daños como una institución unitaria*”²¹.

Vincenzo Scalisi señalaba con agudeza que un dato seguro del presente es el emerger siempre creciente de nuevas ocasiones de daños, en una sociedad, como la moderna, caracterizada como la sociedad del riesgo y de la incertidumbre, pero también de la información. Fenómeno esencialmente reconducible a su juicio a un cuádruple orden de factores: la impetuosa explosión de la complejidad social, con su politeísmo de valores; el vertiginoso desarrollo tecnológico, con su impacto en los más diversos ámbitos de la vida; la era post industrial, con una modificada escala de exigencias y necesidades, cualitativamente nuevas y diversas; el creciente proceso de globalización, con la cada vez mayor interdependencia y la reducción espacio-temporal de las esferas individual y de grupo²².

Síntoma de las transformaciones ocurridas es el intenso movimiento de reforma en el ámbito internacional, que como ha puesto de relieve Martín-Casals²³, no se limita a los trabajos de armonización europea –como los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL)– o las reglas de la Responsabilidad Extracontractual contenidas en el Marco Común de Referencia (DCFR), sino que también comprende a las legislaciones internas, con diversas leyes, anteproyectos y propuestas, como ha sucedido por ejemplo en Alemania, China, Suiza, Austria y Francia.

En las últimas tres décadas se ha producido una importante evolución en el seno de la responsabilidad precontractual²⁴, tanto en la configuración de los supuestos susceptibles

²⁰ López Herrera, Edgardo, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 54-59. Sobre las diferentes concepciones de responsabilidad véase Mosset Iturraspe, Jorge, “*Introducción a la responsabilidad civil. Las tres concepciones*”, en Responsabilidad por Daños, Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1990, pp. 27-50.

²¹ López y López, Ángel, *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 419 (cursivas de nuestra autoría).

²² Scalisi, Vincenzo, “*Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile*”, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Vol. 58, N° 3, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 785-786.

²³ Martín-Casals, Miquel, “*Nuevas perspectivas de la responsabilidad extracontractual*”, en Nuevas Perspectivas del Derecho Contractual, VV.AA., Bosch, Barcelona, 2012, pp. 225-226.

²⁴ Para el Derecho uruguayo véase Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XI, cuarta edición, Fundación de Cultura Universitaria Montevideo, 2006, pp. 61 y ss. Rodríguez Russo, “*Contornos actuales de la Responsabilidad Civil precontractual*”, pp. 244-251; “*Error inexcusable y responsabilidad precontractual: el equilibrio entre la tutela del interés del declarante y la protección del contratante lesio-*



de poner en acto este subtipo de responsabilidad, como en los daños resarcibles. Cambios que responden a las propias transformaciones ocurridas en la responsabilidad civil, pues como anota Lambert-Faivre²⁵, mientras en el siglo XIX el eje de la misma era el sujeto responsable (responsabilidad subjetiva basada en la culpa) en el siglo siguiente es desplazado por el objeto de la responsabilidad (obligación de reparar el daño que ha sido causado)²⁶. El modelo clásico de la responsabilidad civil, era un modelo unitario y laico, que representó, como lo destaca magníficamente Rodotà, el paso de la sociedad agrícola a la industrial, cumpliendo “una función binaria, de protección y control de la propiedad, de defensa de la propiedad frente agresiones externas, pero al mismo tiempo, de atenuación de la carga agresiva de la propiedad frente a terceros (que también tenían condición de propietarios). En un período en el cual uno de los problemas centrales consistía en regular el conflicto entre propiedades distintas –todas las cuales se concebían como absolutas– se proponen criterios idóneos para hacer posible una opción entre diversos tipos históricos de propiedad. La responsabilidad civil acompaña este proceso de selección entre los intereses: ella pasa de ser una regla externa de protección de la propiedad, a tener el carácter de un instrumento de gestión de las compatibilidades entre dichos intereses”²⁷.

2. – En el lenguaje común, dice Roppo, la palabra contrato es usada para designar la operación económica *tout court*, la adquisición o cambio de bienes y servicios, el negocio, en suma, entendido en su materialidad, fuera de toda formalización legal, de toda mediación operada por el Derecho o por la Ciencia Jurídica. El contrato concepto jurídico es la formalización de aquella operación económica, asentada en la idea de que las operaciones económicas pueden y deben ser reguladas por el Derecho, a través de la construcción de la categoría científica idónea para tal fin. El concepto jurídico de contrato no es un fin en sí mismo, sino con vistas o en función de la operación económica, de

nado”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XLVII, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2017, pp. 919-936.

²⁵ Lambert-Faivre, Ivonne, “L’ evolution de la responsabilité civile de una dette de responsabilité a un credit d’indemnisation”, Revue Trimestrielle de Droit Civil, Dalloz, París, 1987, p. 1 y ss.

²⁶ Cambios que en general, en el ámbito del Derecho Privado, se enmarcan en el desplazamiento y relevo de un modelo liberal del Derecho por un modelo ligado al Estado Social (Cfme. Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, cuarta edición, Trotta, Madrid, 2005, p. 479).

²⁷ Rodotà, Stefano, “Modelos y funciones de la responsabilidad civil”, Revista THĒMIS, N° 50, Perú, 2005, pp. 200-201.



la cual representa, por así decir, su vestimenta exterior, prescindiendo de la cual resultaría una noción vacía y abstracta, y por consiguiente incomprensible²⁸.

Paradigma de los negocios jurídicos patrimoniales, desde su perfil institucional el contrato aparece como el instrumento técnico imprescindible para la circulación de bienes y servicios²⁹. En términos sustantivos representa la composición consensual de intereses contrapuestos, o por lo menos no coincidentes, por cuyo intermedio las partes programan cual deberá ser la conducta futura a asumir respecto a determinada materia sobre la cual opera el propio acuerdo³⁰.

Su significación reposa en que de acuerdo con el principio de autonomía privada, como reconocimiento de la configuración autónoma de las relaciones jurídicas, la reglamentación negocial de una relación jurídica que afecta a varias personas, por regla, sólo puede establecerse por ellas de conformidad, porque de otro modo la autonomía sería sustituida por la heteronomía³¹.

A través de dicho negocio jurídico los sujetos regulan sus propios intereses, dotando de forma jurídica a una relación patrimonial de la cual resultarán prestaciones cuyo cumplimiento permite colmar la necesidad justificante de la propia contratación³². Ello se desarrolla en el marco del principio de libertad contractual, que presupone como dice Larenz³³ la *libertad de conclusión*, que es la posibilidad para el individuo de decidir libremente si va a concluir un contrato y con quién va a hacerlo, y la *libertad de configuración interna*, que consiste en la posibilidad para ambos contratantes de establecer su contenido.

Desde la perspectiva de la dimensión temporal son claramente discernibles tres gran-

²⁸ Roppo, *O Contrato*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 7 y ss. *Il Contratto*, p. 73. Para Andrea D'Angelo, *Contratto e Operazione Economica*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 18 y 58, el contrato es la superestructura de la operación económica.

²⁹ Cfme. Messineo, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, T. 1, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 15. Galgano, Francesco, *El Negocio Jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 57.

³⁰ Rodríguez Russo, Jorge, "Contribución para la determinación del régimen jurídico aplicable a los tipos contractuales atípicos", Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XXIX, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1999, p. 541.

³¹ Cfme. Flume, Werner, *El Negocio Jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 714.

³² Cfme. Cafaro, Eugenio—Carnelli, Santiago, *Eficacia Contractual*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, p. 12.

³³ Larenz, Karl, *Derecho de Obligaciones*, T. 1, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 66 y ss. El principio de libertad de contratación es una consecuencia de la autonomía privada, y ésta, a su vez, un aspecto del derecho de la persona al libre desarrollo de su personalidad. Esta ascendencia política y filosófica de la autonomía contractual es lo que explica su vigencia en todas las legislaciones: Cfme. Santos Briz, Jaime, *Los Contratos Civiles. Nuevas Perspectivas*, Comares, Granada, 1992, p. 39.



des etapas en el contrato, en cada una de las cuales puede configurarse una situación de responsabilidad ante el daño injustamente causado. Según Puig Brutau³⁴ ellas son la generación, la perfección y la consumación. La primera comprende los tratos preliminares y el proceso interno de formación; la segunda su nacimiento, al quedar concluido por el concurso de la oferta y la aceptación; la tercera el cumplimiento del fin para el que se otorgó, extremo que se produce con la ejecución de las prestaciones derivadas del mismo.

En un paralelismo que responde a la simetría se dice que así como hay una **responsabilidad precontractual**, que surge en la fase previa a la formación del tipo contractual, también existe una **responsabilidad postcontractual** (*post pactum finitum*) individualizable en la etapa del postcontrato, cuando las obligaciones principales dimanantes del mismo han sido cumplidas, pero quedan subsistentes determinados deberes de conducta derivados de la buena fe³⁵.

En los apartados que siguen trataremos algunos de los principales aspectos de las transformaciones operadas en la responsabilidad surgida en el período precontractual. De la *responsabilidad postcontractual* podemos decir incidentalmente que no ha tenido el mismo grado de desarrollo, pues surgida en la jurisprudencia alemana en el primer cuarto del Siglo XX³⁶ y abordada posteriormente por un calificado sector de la doctrina³⁷, es recién en la última década de la pasada centuria que cobra un nuevo impulso en el Dere-

³⁴ Puig Brutau, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1988, p. 167.

³⁵ Hemos abordado el tema en algunos trabajos anteriores a los cuales nos remitimos: “*Nuevas reflexiones en torno al sistema de responsabilidad civil*”, pp. 195 y 196; *La Interpretación del Contrato*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010, pp. 87-101; “*Contrato y responsabilidad civil. A propósito de la responsabilidad postcontractual y su disciplina jurídica*”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XLV, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015, pp. 929-943.

³⁶ Cfme. Menezes Cordeiro, António, “*Da pós-eficácia das obrigações*”, Revista Direito e Justiça, Vol. 2, Lisboa, 1987, p. 112.

³⁷ Mazeaud, Henri y Léon-Tunc, André, *Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual*, T. 1 vol. 1, Ejea, Buenos Aires, 1977, pp. 169-171. Mazeaud, Henri, Léon y Jean- Chabas, François, *Derecho Civil. Obligaciones*, T. 1, Zavallia, Buenos Aires, 1997, pp. 499-500. Lalou, Henri, *La Responsabilité Civile*, Dalloz, París, 1928, p. 172. De los Mozos, José Luis, *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965, pp. 227-228. Dubove, Jorge Pablo, Voz “*Responsabilidad postcontractual*”, Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XXIV, Buenos Aires, 1967, pp. 962-964. Pérez Vives, Álvaro, *Teoría General de las Obligaciones*, Vol. II, Temis, Bogotá, 1954, pp. 3, 51 y ss. Puig Brutau, *Ob. Cit.*, pp. 219-220. Ordoqui, Gustavo-Olivera, Ricardo, *Derecho Extracontractual*, T. II, Amalio Fernández, Montevideo, 1974, p. 59. Menezes Cordeiro, “*Da pós-eficácia das obrigações*”, pp. 109-160. Alterini-Ameal-López Cabana, *Curso de Obligaciones*, T.1, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pp. 169 y 205. Sánchez Fontans, José, *El contrato de construcción*, T. 2, Montevideo, 1953, p. 137. Larenz, Karl, *Derecho de Obligaciones*, T. 1, p. 156.



cho latinoamericano, producto de su recepción por el Proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina de 1998 (art. 1063) y de las elaboraciones de la doctrina de ese país más atenta al fenómeno del daño postcontractual³⁸. Dicho Proyecto regulaba expresamente la etapa del *Postcontrato* en los siguientes términos: “*Deber de buena fe. Con ulterioridad al cumplimiento de las obligaciones principales propias del contrato las partes deben continuar actuando de buena fe. Este deber regula: a) La determinación de la existencia y de los alcances de las obligaciones accesorias que subsisten, por estipulación de las partes, o por estar virtualmente comprendidas en el contrato. B) la restitución y reparación de daños, en cuanto correspondan una vez producida la extinción del contrato según lo previsto en el Capítulo XII de este Título. C) La interpretación y el cumplimiento de las obligaciones*”.

En principio parecería inadmisibles que pueda existir responsabilidad civil en esa etapa, por cuanto el cumplimiento comporta la extinción de las obligaciones, con la consiguiente satisfacción del interés del acreedor. Sin embargo, un examen más atento del fenómeno revela que pueden subsistir determinados deberes de conducta dimanantes del principio de buena fe que, al ser infringidos, comprometen la responsabilidad civil de su autor. Señala Lorenzetti³⁹ que las partes contratantes tienen deberes colaterales de conducta derivados de la buena fe que abarcan no solo el período precontractual y el contractual, sino también el postcontractual. Hay deberes secundarios de finalidad negativa, cuya función es impedir las invasiones arbitrarias en la esfera íntima del sujeto (deber de seguridad) y deberes secundarios de finalidad positiva, cuyo objetivo es posibilitar el cumplimiento de la prestación (colaboración, información)⁴⁰. Para el doctrinario la res-

³⁸ Mosset Iturraspe, Jorge, “El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo postcontractual”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, pp. 173-201. Leiva Fernández, Luis, “La responsabilidad postcontractual”, *La Ley*, 1998-D, 1229, Número 6 (publicado ahora en *Tratado de Derecho Jurisprudencial y Doctrinario*, T. III, Doctrina, La Ley Uruguay, Montevideo, 2013, pp. 471-482). Picasso, Sebastián-Varacalli, Daniel, “Responsabilidad precontractual y postcontractual”, *Lecciones y Ensayos*, Ns. 60-61, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 234-239. Picasso, Sebastián, “La responsabilidad pre y postcontractual en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998”, *Instituciones de Derecho Privado Moderno*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, pp. 486-491. Rezzónico, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 529-530. Lorenzetti, Ricardo, *Tratado de los Contratos. Parte General*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, pp. 632-635. López Herrera, *Ob. Cit.*, p. 86.

³⁹ Lorenzetti, Ricardo Luis, “Esquema de una teoría sistémica del contrato”, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p. 247; *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, pp. 463-464; *Tratado de los Contratos. Parte General*, p. 633.

⁴⁰ Lorenzetti, *Tratado de los Contratos. Parte General*, pp. 392-393.



ponsabilidad *postcontractual* “se caracteriza por ser una conducta violatoria de un deber colateral acordado por las partes o en la buena fe, que lesiona una posición jurídica de pleno goce de los bienes luego del cumplimiento del contrato”. Para su configuración, a su juicio, deben concurrir los siguientes tres presupuestos. *Primero*: que se cumplieren las obligaciones nucleares o principales; sólo si tales obligaciones se han cumplido el contrato agota su función principal y puede hablarse de un período “post”. *Segundo*: que existan deberes colaterales, que hay en todo contrato, porque derivan de la buena fe, como sucede con los deberes de seguridad, custodia, consejo, información, confidencialidad, lealtad. La responsabilidad *postcontractual* surge cuando se violan estos deberes, estando ya cumplidas las obligaciones nucleares. *Tercero*: existencia de una conducta violatoria de esos deberes. Existe así una antijuridicidad diferente, que no se revela por la contradicción con el objeto y el contenido del contrato, sino porque la conducta es contraria a deberes secundarios de conducta que subsisten luego de cumplidas las obligaciones nucleares⁴¹.

Según Dahm⁴² la responsabilidad *postcontractual* tiene en cuenta las obligaciones que incumben a las partes contratantes después de la perfección y ejecución del contrato, de naturaleza accesoria y que no resultan expresamente de lo convenido, trayendo a colación algunos supuestos concretos, como el del vendedor de un inmueble, propietario de otro contiguo, que tiene el deber de no edificar en éste de tal forma que desmerezca el valor de la finca vendida o el del arrendador de no impedir al ex arrendatario que deje en la finca un aviso indicando su nueva dirección. Lorenzetti menciona otras hipótesis de infracción de estos deberes colaterales de no competencia y de reserva, como el caso del que enajena un comercio y luego de cumplidas las obligaciones principales instala otro igual en la misma zona, o el que transfiere un secreto industrial y luego lo divulga haciendo perder todo su valor.

En similares términos se pronuncia Leiva Fernández⁴³, señalando que es *postcontractual* aquella responsabilidad “en la que se incurre por alguno de los ex co-contratantes con posterioridad a la satisfacción de las prestaciones principales de un contrato, sea que se origine en un hecho anterior o posterior a dicha satisfacción”. Destaca como rasgos característicos que le imprimen su propia fisonomía el carácter fáctico, la circunstancia que las relaciones sociales entre los ex cocontratantes en todos los casos involucran a

⁴¹ Lorenzetti, *Ob. Cit.*, p. 634.

⁴² Dahm, Georg, *Deutsches Recht*, 1951, p. 538, nota 7 (citado por Puig Brutau, p. 219, nota 88).

⁴³ “La responsabilidad *postcontractual*”, p. 473.



terceros y que los deberes infringidos son siempre prestaciones de no hacer, a diferencia de lo que acontece en la responsabilidad precontractual, donde los deberes quebrantados pueden ser de hacer o de no hacer. Para el civilista citado lo que caracteriza a esta responsabilidad no es una naturaleza jurídica única, sino el surgimiento en un mismo período temporal: el *postcontractual*. Período éste que comienza luego del cumplimiento de las prestaciones principales del contrato y finaliza al vencimiento del plazo de prescripción extintiva o liberatoria⁴⁴.

3. – Enseña Gamarra⁴⁵ que la responsabilidad precontractual solo tardíamente fue advertida como una figura autónoma, pues los códigos decimonónicos carecen de una disciplina general, dado que las disposiciones particulares que figuran en los mismos corresponden a previsiones particulares, no a la sistematización de principios que el legislador naturalmente ignoró.

Según García Rubio y Otero Crespo⁴⁶ el origen de la denominada *culpa in contrahendo* se remonta a la segunda mitad del siglo diecinueve (1861), cuando Ihering buscó dar respuesta al problema de si la parte que había cometido un error esencial al otorgar el contrato respondía frente a la otra del daño que había sido causado por su culpa. Las fuentes romanas lo llevaron a postular que existe tal responsabilidad⁴⁷, pues la parte que ocasiona la nulidad debe responder del daño causado por la anulación del negocio, no porque el contrato sea inválido, sino porque debiendo tener conocimiento de ello, no previno a la otra parte, causándole un perjuicio.

Destacan que esa idea fue recogida por autores posteriores y recibida en diversas

⁴⁴ Leiva Fernández, *Ob. Cit.*, p. 473. Para el doctrinario el plazo es el de prescripción de la obligación legal específica o el genérico de toda obligación exigible. Lorenzetti, *Tratado de los Contratos. Parte General*, p. 635, puntualiza que los deberes se han de cumplir hasta tanto su observancia sea relevante, o hasta que se cumpla el hecho extintivo que las partes pactaren, como por ejemplo un plazo.

⁴⁵ Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XI, 4ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, p. 61.

⁴⁶ García Rubio, María Paz– Otero Crespo, Marta, “*La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo*”, Indret, 2/2010, Barcelona, p. 4.

⁴⁷ Enseña Díez-Picazo que Ihering llegó a esta conclusión analizando algunos textos romanos que contemplaban supuestos de venta de los *bona sacra vel religiosa vel publica*, cuando el vendedor conocía esta circunstancia y no lo comunicaba al comprador, quien contrata creyendo que se trata de cosas que se encontraban dentro del comercio. Dichos textos conceden al contratante de buena fe una *actio empti* dirigida a proporcionarle el *id quod interest* (Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 1, Civitas, Madrid, 1976, p. 271).



normas, tanto del BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) como del Código Civil suizo, si bien en ninguno de ellos se formula un principio general de la responsabilidad civil surgida en esa fase, por lo que habrá que esperar hasta mediados del siglo veinte para que tal principio reciba consagración legislativa, primero en el Código Civil griego de 1940 (arts. 197 y 198) y en el Código Civil italiano de 1942 tiempo después (arts. 1337 y 1338), siendo seguidos por el Código Civil portugués de 1967 y el ZGB de la República Democrática Alemana de 1975.

Sin embargo, puntualizan las doctrinarias españolas, *“la vitalidad de la figura ha derivado mayormente de la práctica jurisprudencial alemana que, considerándola como un supuesto de responsabilidad basada en la confianza (Vertrauenshaftung), ha construido sus bases teóricas, ha extendido su ámbito de aplicación de manera inicialmente insospechada y ha servido, en mayor o menor medida, como modelo a la literatura jurídica y la jurisprudencia de buena parte de los países europeos hasta fechas muy recientes”*.

Las dificultades que se generaban en los supuestos de contrato inválido por un error vicio del consentimiento del que se ocupó Ihering radicaban en que la nulidad del negocio parecía excluir la responsabilidad. Sin embargo, para él tenían naturaleza contractual, pues cuando dos sujetos entran en relación con miras a la celebración de un contrato, deben responder en la formación del negocio por la misma culpa que en la ejecución, basándose en un pacto tácito de garantía relativo a las condiciones de validez de mismo, pues cada parte contratante debe verificar que no exista nada que obste a la validez del negocio, sea por vicio de la voluntad, perecimiento del objeto que se vende, o por otra circunstancia cualquiera.

Al caso de la culpa *in contrahendo* del contrato nulo por error⁴⁸ se añaden los supuestos de contrato válidamente celebrado, como acontece en el dolo incidente, en el que hay que conjugar la *regla de validez* con la *regla de comportamiento*, el del contrato que no llega a perfeccionarse por ruptura de las tratativas, donde es necesario buscar el equilibrio entre *libertad de la parte tratante* y *la tutela del interés del lesionado*, el del contrato nulo, relativa o absolutamente, entre otras hipótesis configurativas de esta responsabilidad.

Pone de relieve Gamarra⁴⁹ que en el Código Civil uruguayo han sido contemplados una serie de casos que se enmarcan en la responsabilidad precontractual, como acontece

⁴⁸ Recientemente hemos examinado la situación del error inexcusable y la responsabilidad civil, postulando el mantenimiento de la acción de nulidad: *“Error inexcusable y responsabilidad precontractual: el equilibrio entre la tutela del interés del declarante y la protección del contratante lesionado”*, pp. 919-936.

⁴⁹ *Ob. Cit.*, T. XI, p. 86.



cuando una de las partes conoce la pérdida de la cosa o el vicio o defecto y no lo comunica a la contraparte (compraventa, arts. 1672, 1717 y 1719; cesión de créditos, art. 1762; arrendamiento de cosas, art. 1804; mutuo, art. 2204; comodato, art. 2236; depósito, art. 2249). En todos ellos se produce una actuación contraria a la regla de conducta de la buena fe objetiva y una violación del *deber de informar* en el período precontractual acerca de los vicios o defectos que conoce.

A esta responsabilidad se la llama precontractual porque tiene lugar en el período anterior al perfeccionamiento del contrato, en particular, en el período de las tratativas. Por consiguiente, dice el Maestro compatriota, “*la conducta ilícita del sujeto, que es considerada a efectos de determinar su responsabilidad precontractual, queda delimitada temporalmente por un período que se inicia con las tratativas y se prolonga hasta el perfeccionamiento del contrato. La culpa del sujeto que es parte en un contrato, si tiene lugar luego de formado el mismo (culpa en la ejecución de las obligaciones; incumplimiento), no es nunca culpa precontractual*”. A su juicio son dos los caracteres que presenta: uno temporal, pues se trata de una responsabilidad que se origina en el comportamiento de los sujetos antes del perfeccionamiento del contrato; el otro basado en la naturaleza de la especial relación que se entabla entre los sujetos con motivo de las tratativas (contacto social). Y es indiferente que el contrato luego sea nulo, no llegue a formarse o se concluya válidamente, pues la conducta contraria a la regla de la buena fe durante la fase de las tratativas no desaparece ni pierde su naturaleza de tal por la ulterior formación del contrato⁵⁰.

Surgida entonces a mediados del siglo XIX a partir de casos puntuales, fue construyéndose la categoría en base a las reglas y principios generales de los Códigos, en la que la evolución posterior permitió un más amplio desarrollo y fundamentación teórica, siendo en la actualidad uno de los segmentos de la responsabilidad que más cambios ha registrado.

Desde los clásicos supuestos de contrato nulo, pasando por la ruptura injustificada de las tratativas, el fenómeno de la *responsabilidad precontractual* comprende una multiplicidad de hipótesis heterogéneas⁵¹, que tienen como nota común la **oportunidad temporal** en la que se verifican, a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad por incumplimiento (contractual) y con la responsabilidad por actos ilícitos (extracontractual), cuya configuración está centrada en la naturaleza del deber infringido.

⁵⁰ Gamarra, *Ob. Cit.*, T. XI, p. 63.

⁵¹ Que incluyen por ejemplo, conductas discriminatorias precontractuales, como lo describe con precisión Emanuela Navarreta, “*Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*”, *Rivista di Diritto Civile*, 3/2014, pp. 556-559.



4. – En los últimos veinte años ha sido notable el desarrollo doctrinario, jurisprudencial y legislativo de la responsabilidad precontractual, con la consagración en textos del más diferente nivel, tanto en Europa⁵² como en América, de una serie de principios y deberes que rigen durante el período de formación del contrato, cuyas líneas más generales queremos resaltar.

Lo primero que corresponde destacar es la clara tendencia a **positivizar** los deberes precontractuales y a establecer las consecuencias de su vulneración, tanto en el Derecho interno de algunos países, como en el *Soft Law* de carácter transnacional. Basta con citar la regulación de la buena fe en los Códigos de Alemania, con la reforma del BGB de 2001 (art. 242), de Cataluña de 2002⁵³, de Argentina de 2014⁵⁴, de Francia con la reforma de 2016⁵⁵; la disciplina de las libertades y deberes en las negociaciones, así como la responsabilidad por ruptura de las tratativas, contenidas en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos⁵⁶ y en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos⁵⁷; la regulación del deber de confidencialidad y las consecuencias de su violación que se realizan en los Principios de Unidroit⁵⁸, en el Código Civil y Comercial de Argentina⁵⁹,

⁵² Un amplio tratamiento puede verse en el citado trabajo de García Rubio y Otero Crespo, p. 5 y ss.

⁵³ Art. 111-7. “En las relaciones jurídicas privadas deben observarse siempre las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos”.

⁵⁴ Art. 991. Deber de buena fe. “Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato”.

⁵⁵ Article 1112 Code Civil– Les négociations.

“L’initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.

En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu”.

⁵⁶ Art. 2:301: “(1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo. (2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra. (3) En especial, es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte”.

⁵⁷ Art. 6. “Cada una de las partes es libre para emprender tratativas con vistas a concluir un contrato sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en caso de que el contrato no sea celebrado, salvo que su conducta sea contraria a la buena fe. Actúa contra la buena fe la parte que comienza o prosigue las tratativas sin intención de llegar a la conclusión del contrato. Obra contra la buena fe la parte que interrumpe las tratativas sin motivo justificado cuando suscitó en la otra una confianza razonable en cuanto a la estipulación del contrato”.

⁵⁸ Art. 2.16. Deber de confidencialidad. “Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificada-



en el Código Civil francés⁶⁰ y en Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos⁶¹.

Todo ello es revelador de la preocupación por la disciplina de los deberes y derechos en la fase precontractual en ámbitos y sistemas diferentes. Incluso en sistemas como el norteamericano, donde como ha señalado la doctrina *“tradicionalmente se ha admitido sin apenas discusión la inexistencia de un deber precontractual de buena fe y, correlativamente, la inexistencia de cualquier responsabilidad que tuviera su origen en hechos o circunstancias anteriores a la celebración del acuerdo contractual, se pueden encontrar ya relevantes aportaciones que rechazan el planteamiento tradicional de “ninguna vinculación si no hay contrato” y apuestan por respuestas intermedias que admitan algún género de responsabilidad por la confianza generada en esa etapa”*, en la que no es ajena a dicha preocupación la jurisprudencia, *“sobre todo a raíz del caso Pennozil Vs. Texaco resuelto por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 6 de abril de 1987”*⁶², en el

mente en provecho propio, independientemente que con posterioridad se perfeccione o no el contrato.

Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte”.

⁵⁹ Art. 992. Deber de confidencialidad. *“Si durante las negociaciones, una de las partes facilita a la otra una información con carácter confidencial, el que la recibió tiene el deber de no revelarla y de no usarla inapropiadamente en su propio interés. La parte que incumple este deber queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra y, si ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento”.*

⁶⁰ Article 1112-1. *“Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.*

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants”.

Article 1112-2. *“Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun”.*

⁶¹ Título III. Negociación del Contrato. Deber de Confidencialidad. *“La información confidencial que se haya obtenido en virtud de las negociaciones del contrato, la otra no podrá usarse o ser revelada por quien la recibe.*

El incumplimiento de este deber obliga a indemnizar los daños y a restituir los beneficios obtenidos”.

⁶² Cfme. García Rubio, María Paz, *“Perspectiva y prospectiva en tres casos de responsabilidad surgida en la etapa de negociación de un contrato”*, en Nuevas Perspectivas del Derecho contractual, VV. AA., Bosch, Barcelona, 2012, pp. 262-263 (las cursivas no se encuentran en el original).



que se estableció la indemnización más elevada y que provocó la quiebra de la compañía Texaco.

Una segunda línea de evolución se produjo con la **ampliación del concepto de parte** en las tratativas, para incluir a sujetos que son terceros en el contrato, superando así la visión clásica y reduccionista que hacía coincidir parte *tratante* y parte *contratante*, como lo ha puesto de relieve Gamarra⁶³ en nuestra doctrina. Solución que además ha sido incorporada por el BGB con la reforma introducida por la Ley de Modernización del 26 de noviembre de 2001 (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts), cuyo parágrafo 311, apartado 3º dispone: “*Una relación obligatoria con deberes según lo previsto en el 241, apartado 2, puede producirse entre personas que no vayan a ser luego parte en el contrato. Tal relación obligatoria se produce especialmente cuando un tercero reclama para sí una confianza especial y a través de ésta influye considerablemente en las negociaciones del contrato o en su perfeccionamiento*”.

La tesis tradicional partía de la base que los sujetos a los que incumben los deberes emergentes de la buena fe eran las futuras partes del contrato. En su pionera obra en la materia Benatti señalaba que la fuente de la obligación de actuar de buena fe es la relación de contacto social dirigida a la celebración del contrato, siendo obvio que una relación de ese tipo sólo se instaura entre aquellos que ponen en vida al negocio, procurando una concreta regulación de intereses, extremo que a su juicio estaba respaldado en dos argumentos legales: el primero, el art. 1337 del Codice, que denomina “partes” a los sujetos que en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato deben comportarse de acuerdo a la buena fe; el segundo, los arts. 1175, 1366 y 1375, normas que están coordinadas a la actuación de un resultado que solo incumbe a los sujetos de una relación obligacional, careciendo de sentido la regla de la buena fe precontractual con respecto a quienes son terceros⁶⁴.

La evolución y desarrollo posterior condujo a la ampliación del concepto de parte en las tratativas, a través de una interpretación amplia y extensiva, que incluye a sujetos que tuvieron una participación decisiva e influyente en la formación del contrato, aunque luego no resulten partes en el mismo, como el caso del mediador. En ese sentido Vincenzo Cuffaro destaca que el elemento textual del art. 1337 del Código italiano no precluye la posibilidad de individualizar como destinatarios de la directiva de conducta a

⁶³ Gamarra, *Ob. Cit.*, T. XI, pp. 65-69, quien realiza un exhaustivo desarrollo de la evolución producida en este y en otros aspectos.

⁶⁴ Benatti, Francesco, *La Responsabilità Precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1963, N° 1, pp. 85-86.



sujetos que no son parte del sucesivo negocio, no siendo la letra de la disposición un obstáculo para una interpretación extensiva, pues de acuerdo a la *ratio* de la norma pueden considerarse obligados a observar esta regla de conducta a quienes han participado en las tratativas sin asumir la calidad de parte sustancial del contrato. Añade que la reciente experiencia de las letras de patrocino ofrece al respecto un ejemplo sintomático de una confianza en la fase precontractual inducida por una persona que no asume formalmente la calidad de contraparte en el contrato, pero que desempeña en las tratativas un rol significativo. No es, por ende, la *eventual* conclusión del contrato la que individualiza *ex post* a los sujetos a quienes gravan los mentados deberes, sino la *implicación y participación* en las vicisitudes que preceden, o pueden precederlo, las que justifican la sujeción a la regla de conducta de la buena fe, exigiendo su respeto⁶⁵.

Sólo se exige, como anota Gamarra, que este tercero en el contrato haya tenido una influencia decisiva en la formación del negocio, una participación efectiva, directa y activa. Recuerda el civilista uruguayo el caso resuelto por la jurisprudencia italiana (Tribunal de Milán, 6 de noviembre de 1987; Apelación de Milán, 2 de enero de 1990) en el que fue calificado como parte en la relación precontractual el Banco que actuó como intermediario en la colocación de valores inmobiliarios que habían sido emitidos por una empresa, porque no se limitó a asumir una posición de simple vehículo transmisor de la información, sino que realizó una verdadera campaña promocional para captar inversores y ahorristas, a quienes aconsejó transferir su ahorro de la deuda pública a las obligaciones del consorcio, mediando entonces una activa participación de la entidad bancaria, que en virtud de su calidad profesional generaba confianza, por la causa fiduciaria que ligaba al intermediario con su clientela⁶⁶.

Un tercer aspecto a destacar en el desarrollo de este subtipo de responsabilidad en los últimos lustros ha sido la adecuada **coordinación entre los principios** de libertad en la negociación y buena fe, delimitándose con precisión las exigencias para la configuración de la responsabilidad en caso de ruptura de las mismas, al requerirse que el estado de su desarrollo hubiere generado la confianza legítima y razonable de una de las partes en la conclusión del contrato, un receso sin justa causa por la otra parte y un daño provocado por dicha interrupción⁶⁷. Así lo evidencian los ya referidos Principios de Derecho Euro-

⁶⁵ Cuffaro, Vincenzo, “*Responsabilità precontrattuale*”, Enciclopedia del Diritto, Vol. XXXIX, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 1268 y 1269.

⁶⁶ Gamarra, *Ob. Cit.*, T. XI p. 68.

⁶⁷ Más ampliamente: Afferni, Giorgio, “*Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*”, Danno e Responsabilità, 5/2009, pp. 469-478. Díez-Picazo, *Ob. Cit.*,



peo de los Contratos y el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos. De esa manera se logra el equilibrio entre la tutela de las libertades en la negociación del contrato y la tutela del interés del lesionado por la ruptura. Precisa Gamarra⁶⁸ que la confianza de una de las partes en la formación del contrato, que debe ser protegida, solamente puede sacrificarse cuando el sujeto que interrumpe las tratativas tenga una justa causa para ello, puesto que si bien es innegable el derecho a abandonarlas –ya que nadie está obligado a contratar si no lo desea– también es necesario proteger a la contraparte ante una ruptura injustificada. En nuestra jurisprudencia el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno⁶⁹ ha expresado en ese sentido que *“la causa válida para cortar las tratativas debe ser objetiva, externa a la esfera del recedente y ello ha acontecido en autos puesto que la actora sabía que existían tratativas también con otras empresas competidoras razón por la cual el “avance” de las tratativas para con su parte es índice equívoco ya que está plenamente probado que el “avance” de las tratativas entre las competidoras es parificable”*.

Por su parte el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno⁷⁰ ha señalado que *“el presupuesto para que pueda configurarse hipótesis de responsabilidad precontractual radica en la existencia de un desarrollo tal de las tratativas que permita calificarlas como serias, extremo del que se puede extraer que generó confianza en la concreción del negocio, confianza que no puede consistir en la sola apreciación subjetiva de la parte sino que debe obtener una base objetiva que la respalde”*.

Según Venturini-Tabakian⁷¹, debe primar el derecho a interrumpir las tratativas –corolario de la libertad contractual– particularmente ante la consideración de mejores posibilidades, salvo que comporte infracción al principio de buena fe, debiéndose estar a

Vol.1, pp. 278-279. Gamarra, *Ob. Cit.*, T. XI, pp. 106-107. Venturini, Beatriz– Tabakian, Marcela, *“La responsabilidad precontractual desde la doctrina y jurisprudencia de Uruguay y Estados Unidos”*, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XXXVII, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007, pp. 713-714.

⁶⁸ Gamarra, *Ob. Cit.*, T. XI, p. 107.

⁶⁹ Sentencia N° 174, de 26 de mayo de 2010, Sosa Aguirre (red.), Pérez Brignani y Franca, ADCU, T. XLI, caso 167, p. 426. En el mismo sentido: *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Tercer Turno*, sentencias N° 11, de 11 de junio de 2013 y 96, de 7 de agosto de 2013. *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º Turno*, sentencia N° 13, de 29 de mayo de 2013 (casos 591 a 593, ADCU, T. XLIV, pp. 637-639). *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno*, sentencia N° 182, de 23 de diciembre de 2015, caso 585, ADCU, T. XLV, pp. 651-653,

⁷⁰ Sentencia N° 116, de 30 de setiembre de 2009, Salvo (red.), Vázquez Cruz y Castro Rivera, ADCU, XL, caso 916, p. 726.

⁷¹ *Ob. Cit.*, p. 714.



cada caso concreto, practicando una justa ponderación.

La tutela resarcitoria en cuestión no excluye por cierto las estipulaciones de los sujetos inmersos en las negociaciones con vistas al otorgamiento de un contrato, que pueden prever los riesgos derivados de las inversiones realizadas, aunque en este caso, como destaca García Rubio⁷², las partes contractualizan la eventual responsabilidad precontractual, siempre que se trate de verdaderos acuerdos y no meras “cartas de intenciones”; en este tipo de casos los riesgos precontractuales quedan sometido al pacto, sin más limitantes que los que en cada sistema tenga la autonomía privada.

Finalmente, merece también señalarse en esta transformación que delimita los contornos actuales de la responsabilidad precontractual la **ampliación del daño resarcible** y la contractualización de ciertos deberes: se ha pasado del resarcimiento limitado exclusivamente al *interés negativo* (o de confianza) al *interés positivo* (o de cumplimiento)⁷³, más allá que como veremos esta clasificación tiene una justificación histórica y un carácter puramente descriptivo, siendo absolutamente improcedente si se parte de la naturaleza extracontractual de este subtipo de responsabilidad.

En las leyes de sector se ha producido la contractualización de los deberes precontractuales de información y de buena fe (Ley uruguaya de Relaciones de Consumo 17.250, arts. 14 y 32). Ello comporta un nuevo paradigma frente al sistema general codificado, donde la responsabilidad precontractual opera como mecanismo de aseguramiento del correcto desenvolvimiento de las libertades en la negociación⁷⁴, cuyos rasgos tipificantes son la tutela exclusivamente resarcitoria y la extensión temporal del período precontractual. En el microsistema de consumo la contractualización de los mentados deberes está dirigida a la protección de la parte débil y a garantizar el acceso al contrato y a los bienes⁷⁵, caracterizándose por la reducción temporal del período precontractual y la tutela basada en el incumplimiento: *tutela actuativa* (remedios de ejecución forzada), *ablative* (remedios resolutorios) y *resarcitoria* (remedios monetarios).

⁷² “Perspectiva y prospectiva en tres casos de responsabilidad surgida en la etapa de negociación de un contrato”, pp. 264-265. En la misma dirección se pronuncia Díez-Picazo, *Ob. Cit.*, Vol.1, p. 280.

⁷³ Sobre el punto véase: Gamarra, *Ob. Cit.*, T. XI, p. 135 y ss. De Cores, Carlos– Gamarra, Raúl– Venturini, Beatriz (Directores), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario*, T. 1, Incumplimiento de Contrato, La Ley Uruguay, Montevideo, 2013, pp. 205– 206. Larrañaga, Luis, “Daños y perjuicios en la responsabilidad precontractual”, *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, T. III, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015, pp. 149-158.

⁷⁴ Cfme. Sozzo, Gonzalo, *Antes del Contrato. Los cambios en la regulación jurídica del período precontractual*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 1 y 2.

⁷⁵ Sozzo refiere a un paradigma contractual sectorizado, *Ob. Cit.*, pp. 458-474.



En la civilística nacional recientemente Larrañaga⁷⁶ ha examinado en forma exhaustiva el tema de los daños resarcibles en la responsabilidad precontractual, destacando que el daño al interés positivo o de cumplimiento presupone la validez y eficacia del contrato, siendo la privación de la utilidad que el acreedor hubiere obtenido si el deudor hubiera cumplido, mientras que el interés es negativo porque se le niega al sujeto la posibilidad de concluir el contrato, por lo que ambos tipos de daños se contraponen: uno da cuenta de un contrato frustrado que no se ha formado, en el que el sujeto que infringe el deber de buena fe en las tratativas debe indemnizar el daño derivado del fracaso negocial, en tanto en el otro se responde por la totalidad de los daños generados por el incumplimiento de una obligación en un contrato ya formado. No obstante partir de esta distinción de los daños, el doctrinario compatriota señala luego con precisión: *“conforme a la doctrina moderna, ya no resultan aplicables los conceptos de daño al interés negativo (o de confianza) y daño al interés positivo (o de cumplimiento). Tales límites fueron superados. Lo relevante –y entiendo compartible– es que se cometió un hecho ilícito (incumplimiento de una obligación preexistente de actuar de buena fe, para los contractualistas; inobservancia del deber de actuar de buena fe, para los extracontractualista) y, por consiguiente, se debe reparar el daño en forma íntegra y total. Para lograrlo, resultarán enteramente aplicables, de acuerdo al régimen general de la responsabilidad civil, el art. 1346 C. Civil (tesis contractualista) o el art. 1323 del mismo cuerpo normativo en su caso (tesis extracontractualista). En ambos casos el único límite para el resarcimiento estará dado por la causalidad adecuada (salvo la existencia de dolo)”*⁷⁷.

Expresan De Cores, R. Gamarra y Venturini en su Tratado⁷⁸ que la cuestión que ha impulsado el debate doctrinario en Uruguay está vinculado al cambio de consideración en torno al daño resarcible, que en un principio lo fue únicamente el denominado daño negativo, pero que actualmente alcanza también al positivo, como si el contrato se hubiera perfeccionado y luego incumplido, reparando todas las consecuencias de tal ilicitud en su integridad. Para los doctrinarios compatriotas, más allá de la finalidad de reprimir una conducta reprochable en la fase de las tratativas, el resarcimiento del daño al interés positivo *“supondría una confusión inaceptable entre la situación previa a la celebración del contrato y aquella posterior a su perfeccionamiento, desdibujando totalmente el momento central que separa el área de la libertad del espacio relativo a la obligación”*,

⁷⁶ “Daños y perjuicios en la responsabilidad precontractual”, pp. 149-150.

⁷⁷ Larrañaga, *Ob. Cit.*, p. 153 (cursivas de nuestra autoría).

⁷⁸ *Ob. Cit.*, pp. 206 y 207.



por cuanto el sujeto quedaría colocado en la misma situación que si el contrato se hubiera celebrado, desdibujándose el momento de perfeccionamiento de dicho negocio, que en el área de los contratos discrecionales debe seguir el mojón que separa el ámbito de la libertad del de la obligación. Partiendo, pues, de la distinción entre contratos paritarios y contratos de consumo, los citados civilistas señalan que en los primeros “*no corresponde la apertura en pos de un mayor resarcibilidad de los daños, llegando a la admisión de la resarcibilidad del daño al interés positivo*”, mientras que en las relaciones de consumo procede la solución contraria, “*donde la cuestión formal del perfeccionamiento del contrato no es vista por el legislador como un hito fundamental*”, en las que además el consumidor es tutelado con igual intensidad en la etapa de la información precontractual, la publicidad y las tratativas, que en la etapa contractual, por lo que no habría inconvenientes en reconocerle a esta responsabilidad naturaleza contractual, sin perjuicio de que la ley prescinde de la *summa divisio* en contractual y extracontractual.

Sucede, como lo pone de relieve Gamarra⁷⁹, que la idea de un interés negativo proviene del famoso estudio de Ihering: como en el caso de contrato nulo no surge ningún deber de cumplimiento, hay que colocar al dañado en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado un contrato nulo. Ese interés es negativo porque es el interés en no concluir el contrato. De esa manera en la doctrina iheringhiana el interés positivo presupone la validez y el negativo la nulidad del contrato. Añade el Maestro que la primera observación crítica al interés negativo es la insuficiencia de una noción que era explicable en sus orígenes, en una época en que la responsabilidad precontractual quedaba reducida a dos especies (el del abandono de las tratativas y el caso del contrato nulo), siendo por otra parte una mera fórmula descriptiva. El argumento central para Gamarra está en las limitaciones que impone el interés negativo al derecho al resarcimiento total, porque es el que corresponde a la lesión a la libertad negocial, que constituye el bien jurídico lesionado en la responsabilidad precontractual. Y “*puesto que no existen normas que limiten la reparación del daño, no está justificado ninguna limitación*”⁸⁰. Advierte además que en los casos en que el negocio se forma válidamente, la responsabilidad por omisión del deber de informar o de custodiar la cosa están fuera de la cuantificación basada en el interés negativo, al igual que en el dolo incidente y la reticencia, casos de contrato válido pero inconveniente.

⁷⁹ *Ob. Cit.*, T. XI, p. 135.

⁸⁰ *Ob. Cit.*, T. XI, p. 137.



En esta dirección ha dicho Cuffaro⁸¹ que una vez abandonada la angosta perspectiva de la ruptura de las tratativas y puesto en consideración el contenido efectivo de la norma de conducta, a la que se conectan deberes específicos de comportamiento, no se justifica en el plano lógico limitación alguna al daño resarcible, e inclusive, a la posibilidad de su reparación en forma específica cuando las circunstancias lo permitan.

En los PLDC se regulan los casos de responsabilidad durante las negociaciones en los supuestos de ruptura y de infracción del deber de confidencialidad, estableciendo para la ruptura de las negociaciones que “*en ningún caso de indemnizará la pérdida de los beneficios esperados del contrato no celebrado*”, excluyendo así la indemnización del interés en el cumplimiento del contrato (interés positivo). No obstante, según Morales Moreno⁸² esta regla no debería impedir la indemnización en la medida del beneficio cierto, cuando fue la intención del responsable frustrar su obtención.

Como ya anticipamos, pensamos que esta clasificación de los daños resarcibles resulta inoperante y equívoca si partimos de la base que la responsabilidad precontractual tiene naturaleza extracontractual, pues en tal caso lo relevante es que se repare el daño causado por el comportamiento violatorio de los deberes dimanantes de la buena fe en la etapa precontractual, con total prescindencia que el contrato finalmente no se llegare a celebrar, fuere nulo o se formare válidamente. En ningún caso puede equipararse el quebrantamiento de tales deberes con el incumplimiento obligacional –en el que el daño está representado por la utilidad económica prometida por el deudor y que no recibe el acreedor– pues como bien lo han señalado De Cores, R. Gamarra y Venturini, sería una confusión inaceptable entre la situación *previa* y la *posterior* al perfeccionamiento del contrato.

En definitiva, el daño precontractual no puede ser idéntico en su dimensión al daño derivado del incumplimiento obligacional del deudor, dada la diversidad del ilícito y del interés lesionado en uno y otro caso. La obligación, en tanto deber primario de una prestación de contenido patrimonial, constituye una categoría particular, sustancialmente diversa al deber jurídico no obligacional, sea éste de carácter genérico o específico.

En lo que respecta a su naturaleza jurídica la mayoría de la doctrina y jurisprudencia

⁸¹ “*Responsabilità precontrattuale*”, p. 1274. Para Afferni, “*Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*”, p. 478, la distinción entre interés negativo y positivo mantiene utilidad en cuanto fórmula breve para individualizar el daño resarcible según el nexo de causalidad.

⁸² Morales Moreno, Antonio Manuel, “*Los Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación*”, Anuario de Derecho Civil, Tomo LXVII, fascículo 1, Civitas, Madrid, 2014, p. 231.



nacional –como veremos– se pronuncia por el carácter contractual, basándose en diversos argumentos, como la violación de la *obligación de actuar de buena fe*, la específica determinación de los sujetos, el carácter positivo de los deberes que rigen la fase precontractual, la especial relación de contacto social que existe entre las partes en ese período, que voluntariamente acercan sus esferas de intereses con miras a la celebración de un contrato. También se pronuncia por su naturaleza contractual la mayoría de la doctrina italiana⁸³, no así la jurisprudencia, en la que predomina la naturaleza extracontractual, si bien recientemente parece revertirse esa tendencia con algunos pronunciamientos de la Corte di Cassazione, según anota la doctrina más reciente⁸⁴. En efecto, la Cassazione (sentencia 27648, de 20 de diciembre de 2011) postula la naturaleza contractual de la *culpa in contrahendo* en virtud de entender que ha sido prevista en el art. 1337 del Codice una *obligación* de actuar de buena fe, por lo que el contacto social calificado por el propio legislador presenta todos los elementos del art. 1173, siendo por ende el *contacto*

⁸³ Véase para el Derecho italiano: Francesco Benatti, *La Responsabilità Precontrattuale*. Luigi Mengoni, “*Sulla natura della responsabilità precontrattuale*”, *Rivista di Diritto Commerciale*, Francesco Vallardi, Milano, 1956, p. 360 y ss. Tommaso Febbrajo, “*La “nuova” responsabilità precontrattuale*”, *Rivista di Diritto Privado*, N° 2, 2011, Cacucci Editore, Bari, pp. 195-228. Angelo Riccio, “*Culpa in contrahendo e pactum de tractando: rimedio risarcitorio contro l’ingiustizia contrattuale*”, *Contratto e Impresa*, 6/2006, pp. 1448-1478. Tenella Sillani, Chiara, “*Culpa in contrahendo, contatto sociale e “incoerenze” della Suprema Corte*”, *Rassegna di Diritto Civile*, 4/2015, Esi, Napoli, pp. 1245-1278. Febbrajo, Tommaso, “*Good faith and Pre-contractual liability in Italy: recent developments in the interpretation of article 1337 of the Italian Civil Code*”, *The Italian Law Journal*, Vol. 2, N° 2/2016, pp. 291-312. Eugenio Tagliasacchi, “*Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*”, *Contratto e Impresa*, 1/2017, pp. 243 y ss. Por supuesto que no faltan voces que proclaman su autonomía, su carácter de *tertium genus*; entre otros doctrinarios: Rodolfo Sacco, “*Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza*”, *Rivista di Diritto Commerciale*, fasc. 3-4, 1951, pp. 82-86 (aunque luego abandonó dicha postura). Vincenzo Cuffaro, “*Responsabilità precontrattuale*”, pp. 1265-1274. Giovanna Visintini, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Vol. 1, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 260-261 (recientemente la autora aborda el tema desde la praxis jurisprudencial italiana: “*Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*”, *Contratto e Impresa*, 2/2017, Cedam, Padova, pp. 335-355).

⁸⁴ Scognamiglio, Claudio, “*Effettività della tutela e rimedio risarcitorio per equivalente: la Cassazione sul caso Cir C. Fininvest*”, *Responsabilità Civile e Previdenza*, N° 1, 2014, Giuffrè, Milano, pp. 42-52. “*Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso Cir c. Fininvest)*”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, N° 7-8, julio-agosto 2014, Cedam, Padova, pp. 353-361. “*Tutela dell’afidamento, violazione dell’obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*”, *Responsabilità Civile e Previdenza*, N° 6, 2012, Cedam, Padova, pp. 1944-1959. Zaccaria, Alessio, “*La natura de la responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*”, *Rivista di Diritto Civile*, Vol. 61, N°2, 2015, Cedam, Padova, pp. 345-358. Tenella Sillani, Chiara, “*Culpa in contrahendo, contatto sociale e “incoerenze” della Suprema Corte*”, *Rassegna di Diritto Civile*, p. 1245 y ss. Más recientemente la Cassazione vuelve a reafirmar la naturaleza contractual de esta responsabilidad (Cass. 12 de julio de 2016, N° 14188).



negocial una fuente de obligaciones, en tanto figura específica “*normativamente calificada*”⁸⁵. En la doctrina y jurisprudencia francesa, por su parte, es dominante por supuesto la tesis extracontractual, dado que limitan la responsabilidad contractual al incumplimiento de un contrato válido⁸⁶. En la doctrina peruana también predomina la naturaleza aquiliana de este subtipo de responsabilidad⁸⁷.

5.1 – Destaca Pablo de Larrañaga que la evolución de la responsabilidad como fenómeno cultural y la progresiva composición de sistemas normativos particulares responde a la confluencia de dos procesos interdependientes: la desintegración de una idea unitaria de responsabilidad y la formación de distintas nociones parciales. Los dos ámbitos de la responsabilidad jurídica (paradigma penal y paradigma civil), con dos clases de consecuencias para las conductas socialmente indeseables (castigo y compensación) nacen como consecuencia de la interacción de dos procesos: la desacralización de las relaciones sociales y la estatificación del Derecho. Anota además que esos dos paradigmas giran en torno a cuatro elementos que componen cualquier sistema de sanción: el tipo de ilícito; el objetivo de la sanción; el contenido de la sanción; el procedimiento para la adscripción de la sanción⁸⁸.

⁸⁵ Véase Zaccaria, *Ob. Cit.*, pp. 346-347. Visintini, “*Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*”, pp. 342 y ss.

⁸⁶ Cfme. Savatier, René, *Traité de la Responsabilité Civile*, T. 1, LGDJ, París, 1939, p. 140. Carbonnier, Jean, *Droit Civil*, 4, Presses Universitaires, París, 1969, p. 416. Rodière, René, “*Responsabilité Contractuelle*”, Encyclopédie Dalloz, T. VI, París 1975, p. 2. Viney, Geneviève, *Traité de Droit Civil. Introduction à la Responsabilité*, 2ª ed., LGDJ, París, 1997, p. 321 y ss. Jourdain, *Les Principes de la Responsabilité Civile*, pp. 33-40.

⁸⁷ Saavedra Velazco, Renzo, “*De los periodos precontractuales y de su verdadera y exacta explicación científica: una aproximación a la propuesta teórica de Gabriele Faggela*”, *Ius et Veritas*, N° 38, 2009, pp. 36-65; “*La responsabilidad precontractual en debate: panorama de la doctrina jurídica nacional*”, *Ius et Veritas*, N° 31, 2005, pp. 144-166 (versión ampliada, 2009, pp. 521– 573). León Hilario, Leysser, *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, tercera edición, El Jurista editores, Lima, 2011, Parte V, Capítulo I, N° 16, p. 450 y ss (disponible en <http://www.academia.edu/713130>); “*La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual*”, *Revista THÉMIS*, N° 49, 2004, pp. 127-152. Escobar Rozas, Freddy, “*Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual (el caso del artículo 207 del Código Civil Peruano)*”, *Revista THÉMIS*, N° 49, pp. 153-160. Moreno More, César, “*¿La responsabilidad precontractual... llega a la casación?*”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 47, mayo 2017, pp. 211-226. Por la naturaleza contractual se pronuncia Manuel de la Puente y Lavalle, *El Contrato en General*, T. 1, Palestra Editores, Lima, 2001, p. 371 (citado por Escobar Rozas, p. 159, nota 29).

⁸⁸ De Larrañaga Monjaraz, Pablo, *El concepto de Responsabilidad en la Teoría del Derecho Contemporánea*, Tesis de la Universidad de Alicante, 1996, p. 12 y ss.



En el Derecho Privado con el término “*responsabilidad*” podemos aludir a tres cosas diferentes⁸⁹: a la obligación de reparar un daño que ha sido causado (responsabilidad personal: arts. 1319, 1342 CC), responsabilidad entonces como realidad *ex post*, no como eventualidad *ex ante*; a la situación pasiva y elemento de la obligación, conformando un binomio con la deuda, reflejando la idea de sumisión al poder de agresión del acreedor (responsabilidad patrimonial: art. 2372); como expresión alternativa a “estar obligado”, como otra forma de decirlo, y no necesariamente a indemnizar daños (responsabilidad subsidiaria, solidaria, mancomunada, etc.).

Conviene, entonces, precisar preliminarmente el alcance con el que se emplea el término responsabilidad civil, dado que la expresión es susceptible de ser utilizada al menos en dos grandes sentidos⁹⁰. En una acepción amplia se la concibe como la “sanción” dispuesta por una norma ante una conducta ilícita, entendiéndose por sanción todo acto coactivo que tiene por objeto la privación de un bien como consecuencia de una conducta violatoria de un precepto⁹¹. En sentido restringido significa la obligación de reparar un daño causado por un hecho ilícito; como dice Jourdain, es la “*obligación puesta a cargo de un responsable de reparar los daños causados a otro*”⁹².

En nuestra doctrina Caffera⁹³ ha señalado que la responsabilidad jurídica es aquella situación en la que se encuentra un sujeto que ha pasado a ser destinatario de una sanción (en sentido amplio) por el hecho de haber actuado una conducta ilícita prevista en una norma jurídica. Destaca que esta noción no comprende la responsabilidad objetiva pura o responsabilidad sin deuda, en la que un sujeto está obligado a reparar un daño pero dicha obligación no se relaciona con una conducta (caso típico de los padres que responden por los hechos dañosos de los hijos mayores de 10 años, pues aunque aquellos nada hicieron deben resarcir). Se suele hablar aquí de responsabilidad porque la consecuencia para el sujeto que debe reparar es idéntica a la que hubiere padecido de haber causado él mismo

⁸⁹ Así lo señala De Ángel Yágüez, Ricardo, “Sobre las palabras “responder”, “responsable” y “responsabilidad”, Estudios de Deusto, Vol. 50, N° 1, Universidad de Deusto, 2002, pp. 12 y 13.

⁹⁰ Un exhaustivo examen de las diversas acepciones del término puede verse en: De Ángel Yágüez, *Ob. Cit.*, pp. 11-44. Mayo, Jorge-Prevot, Juan Manuel, “En búsqueda de una noción coherente de responsabilidad civil”, Revista Responsabilidad Civil y Seguros, N° 12, La Ley, Buenos Aires, 2010, pp. 42-54.

⁹¹ Cfme. Lumia, Giuseppe, *Principios de Teoría e Ideología del Derecho*, Debate, Madrid, 1978, p. 41.

⁹² Jourdain, Patrice, *Les Principes de la Responsabilité Civile*, Dalloz, París, 2010, p. 1. Marcelo López Mesa, *Presupuestos de la Responsabilidad Civil*, Astrea, Buenos Aires, 2013, p. 7, la define como “la obligación de reparar por sí o por otro, el daño ocasionado contra derecho en la persona o en el patrimonio de un tercero”.

⁹³ Caffera, Gerardo, *Responsabilidad Civil Contractual*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010, pp. 11 y 12.



el daño; la asimilación por el nombre deriva de la similitud de las consecuencias. Para el civilista compatriota hay que reservar la expresión responsabilidad para los casos de responsabilidad en sentido estricto, para describir la situación en la que un sujeto está sometido a una sanción por haber actuado una conducta, debiéndose emplear para todos los demás casos la expresión obligación resarcitoria, como especie dentro del género Derecho de Daños. Éste en consecuencia se ocupa de todos los mecanismos de reparación de daños, que comprende dos áreas: la de la responsabilidad en sentido estricto (reparación de daños como sanción frente a la conducta ilícita del obligado a reparar) y la responsabilidad objetiva pura o responsabilidad sin deuda (es decir, no la mera responsabilidad sin culpa, sino aquella que prescinde totalmente de la conducta del obligado a resarcir) en la que no hay una sanción y no hay responsabilidad en sentido estricto⁹⁴.

Entendemos que la responsabilidad civil en su sentido restringido consiste en la obligación de reparar un daño, provenga o no de la conducta del sujeto obligado a resarcirlo, por lo que se identifica enteramente con el *Derecho de Daños*. Representa un fenómeno jurídico unitario, tanto en estructura como en función, a pesar de que en el actual sistema civil codificado existe una dualidad de disciplinas que conforman dos subsistemas, *contractual* y *extracontractual*, cuyo límite conceptual demarcatorio de operatividad se encuentra en la verificación como causa del daño del incumplimiento de una obligación jurídica preexistente o la infracción de deberes jurídicos no obligacionales⁹⁵.

Las modernas legislaciones en el Derecho comparado se orientan hacia la unificación de la disciplina de la responsabilidad civil⁹⁶, superando así la clásica dicotomía de los Códigos del siglo XIX conformada por dos subsistemas normativos (contractual y extracontractual) con marcadas diferencias en aspectos verdaderamente trascendentes como la extensión del daño resarcible y los términos de prescripción.

En sistemas como el uruguayo, que mantienen la tradicional división, deviene de capital relevancia la determinación de la disciplina aplicable a los supuestos de daños causados en alguno de los dos extremos del ciclo vital del contrato (la etapa previa a su per-

⁹⁴ Caffera, *Ob. Cit.*, p. 13.

⁹⁵ Véase por todos, Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XI, pp. 81-85; T. XX, 1ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1993, p. 46 y ss.; *Responsabilidad Contractual*, T. 1, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, pp. 9 y 12. Santiago Carnelli, “*Ámbito propio de la responsabilidad contractual y extracontractual*”, ADCU, T. XXIX, Fundación de Cultura Universitaria, 2009, pp. 828-840, ha señalado sin embargo que la responsabilidad contractual *solo se configura frente a obligaciones que tengan su fuente en el contrato*.

⁹⁶ El Código Civil y Comercial de Argentina de 2014 la disciplina en el Libro III, Título V, Capítulo I (arts. 1708-1780).



feccionamiento y la posterior a su ejecución), dado que estas dos fases carecen de una específica regulación.

En nuestro Código Civil, al igual que en todos los códigos decimonónicos, la responsabilidad precontractual luce como un mecanismo de aseguramiento del correcto desenvolvimiento de las libertades en la negociación, tal como destaca Sozzo. Los deberes de conducta derivados de la cláusula general de la buena fe objetiva en la fase precontractual tienden a la tutela del interés de la parte tratante: que la representación preventiva del contenido del futuro contrato sea, en lo posible, la que más corresponda a la realidad.

En legislación consumerística, en cambio, la prioridad es la protección de la parte débil, verificándose la contractualización del deber de información y la tutela basada en el incumplimiento obligacional (arts. 14 y 32 de la Ley uruguaya 17.250). Disponen las citadas normas que la información integra el contrato y que la infracción del deber de informar en la etapa precontractual, de perfeccionamiento o de ejecución del contrato, da derecho al consumidor a optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento del negocio. La preocupación fundamental de la Ley, dice Gamarra⁹⁷, es nivelar la desigualdad informativa, siendo el consentimiento informado del consumidor uno de los pilares fundamentales del Derecho de Consumo. La información es considerada como un “derecho básico del consumidor” (art. 6, lit. D) y otras normas (artículos 12, 15, 17 y 20) se encargan de precisar qué es lo que deber ser informado. Para el tratadista compatriota hay un cambio trascendente, puesto que si bien estos deberes de comportarse de buena fe y de informar ya existían, “ahora son calificados como *obligaciones precontractuales*”, con la importante consecuencia en el plano remedial que acaba de mencionarse”. Pero no toda información integra el contrato, sino solo aquella que la Ley le impone al proveedor en esas disposiciones concretas, cuyo incumplimiento confiere al consumidor el derecho a optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento del contrato con daños y perjuicios, configurando la violación de este deber de informar una hipótesis de responsabilidad contractual, que tiene según Gamarra la misma relevancia que el incumplimiento de obligaciones sinalagmáticas en un contrato bilateral. La ausencia de tratativas explica la extensión de los tradicionales deberes de información, por lo que el contrato pasa a ser un instrumento de información para el consumidor, con la doble función de tutelar a la parte débil y promover la competencia en el mercado, al eliminar factores distorsivos, como la deficiencia en el circuito informativo y las asimetrías que genera⁹⁸.

⁹⁷ Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXVI, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009, pp. 42-43.

⁹⁸ Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XI, pp. 127, 128 y 130.



5.2 – Esta es una cuestión que no puede resolverse dogmáticamente en forma abstracta, pues debe tenerse en cuenta el dato del Derecho Positivo de cada sistema, no sólo porque algunos tienen normas concretas que regulan el fenómeno precontractual como tal, sino también porque en ello incide la regulación de la responsabilidad civil, en ciertos casos con un régimen uniforme, en otros con normas distintas para la responsabilidad contractual y la aquiliana, incluso dentro de los sistemas que contienen dos regulaciones varía la configuración de una y otra, como acontece en Francia, donde la disciplina de la denominada responsabilidad contractual⁹⁹ queda reducida al incumplimiento de una obligación emergente de un contrato válido¹⁰⁰.

No pueden soslayarse tales extremos a la hora de examinar el problema de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual. Así, en el sistema alemán antes de la reforma de 2001, imperaba la concepción de la tipicidad del ilícito extracontractual –a diferencia del nuestro o del francés, donde rige la atipicidad del ilícito; “*todo hecho ilícito*” prescribe el art. 1319 de nuestro Código Civil– dado que de acuerdo a los art. 823 y 826 del BGB solo eran resarcibles los daños allí establecidos y tampoco se contemplaba al incumplimiento como comportamiento antijurídico como tal, lo que llevó a la doctrina y a la jurisprudencia alemana a la construcción de la categoría de los **deberes de protección** (*schutzpflichten*), con la función política de corregir los defectos del régimen del ilícito civil¹⁰¹. Distinta es la situación en el sistema italiano, donde existen normas de portada general (arts. 1337, 1338 y 1175), insertas las dos primeras dentro de la Teoría General del Contrato, y más concretamente en sede de consentimiento, dato que le imprime un claro sesgo contractual¹⁰². Como ha dicho Mengoni, los deberes de protección

⁹⁹ El actual artículo 1217, bajo el título “L’inexécution du contrat”, dispone:
“La partie envers laquelle l’engagement n’a pas été exécuté, ou l’a été imparfaitement, peut:
-refuser d’exécuter ou suspendre l’exécution de sa propre obligation;
-poursuivre l’exécution forcée en nature de l’obligation;
-solliciter une réduction du prix;
-provoquer la résolution du contrat;
-demander réparation des conséquences de l’inexécution.
Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées; des dommages et intérêts peuvent toujours s’y ajouter”.

Y el art. 1231, bajo el título “La réparation du préjudice résultant de l’inexécution du contrat”, disciplina in extenso cuáles son los daños resarcibles.

¹⁰⁰ En Brasil también la distinción entre responsabilidad contractual y aquiliana se basa en la naturaleza del deber violado: si tal deber se funda en un contrato, la culpa es contractual (Diniz, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol. 1, 29 edición, Saraiva, Sao Paulo, 2012, p. 600).

¹⁰¹ Mengoni, Luigi, “*La Parte Generale delle Obbligazioni*”, *Rivista Critica di Diritto Privato*, Anno II, N° 3, 1984, pp. 509-510.

¹⁰² Aunque, como anota Visintini, “*Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisita-*



han extendido la tutela de la relación obligatoria, y consiguientemente el régimen de la responsabilidad contractual, al interés de ambas partes en preservar su persona y bienes del riesgo específico de daño generado por la particular relación que se ha instaurado entre los dos sujetos. Deberes de protección que según el ilustre civilista italiano no reciben su determinación de sentido del deber genérico del *neminem laedere*, sino de la relación específica en la cual están insertos. Tales normas, como se apuntó, han llevado incluso a postular la autonomía de la responsabilidad precontractual en el sistema italiano, su carácter de *tertium genus*, como lo han sustentado Rodolfo Sacco, Vincenzo Cuffaro y Giovanna Visintini, entre otros encumbrados doctrinarios.

En virtud de las limitantes de este trabajo no podemos hacer un análisis de los argumentos de las distintas corrientes que han sido construidas en torno a la naturaleza del instituto, que van desde las tesis negatorias a las autonomistas, pasando por las tesis contractualistas, extracontractualistas, eclécticas, dualistas y mixtas, por lo que remitimos al amplio tratamiento del tema que realiza Sozzo en la obra ya citada¹⁰³.

En la medida que en el sistema civil uruguayo son dos las tesis contendientes (naturaleza contractual o extracontractual), siendo dominante la que le asigna naturaleza contractual a esta responsabilidad, examinaremos seguidamente los argumentos centrales que permiten sustentarla, para realizar finalmente algunas anotaciones críticas que nos parecen son susceptibles de formularse contra la misma. En este plano gravita la forma en que se conciba a la cláusula general de la responsabilidad extracontractual (art. 1319 CC¹⁰⁴): como un supuesto en el que los sujetos están indeterminados, debido a la ausencia de toda vinculación ente dañante y dañado, que entran en contacto precisamente a raíz de la causación del daño, o bien como un supuesto basado en la naturaleza del deber infringido por el comportamiento ilícito, en tanto se trata de un deber jurídico no obligatorio (*neminem laedere*), que no tiene por contenido un deber de prestación. De acuerdo a la primer tesitura se expande el radio de la responsabilidad contractual, desanclándola del exclusivo supuesto del incumplimiento de un deber primario de prestación, mientras

to alla luce della casistica”, p. 336, de esa escasa normativa (arts. 1337 y 1338) no es posible inferir una disciplina completa y exhaustiva de los comportamientos ilícitos que puedan tener lugar durante las tratativas contractuales.

¹⁰³ Sozzo, *Ob. Cit.*, pp. 15-95.

¹⁰⁴ “Todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquel por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo.

Cuando el hecho ilícito se ha cumplido con dolo, esto es, con intención de dañar, constituye un delito; cuando falta esa intención de dañar, el hecho ilícito constituye un cuasidelito.

En uno y otro caso, el hecho ilícito puede ser negativo o positivo, según que el deber infringido consista en hacer o no hacer”.



que conforme a la segunda se la restringe al específico supuesto del incumplimiento obligacional, manteniéndose así el primado de la responsabilidad aquiliana como disciplina general de todo el sistema de responsabilidad civil. En suma, el punto central radica en si la nota tipificante para la configuración de la responsabilidad aquiliana está en la indeterminación de los sujetos o más bien en la naturaleza del deber jurídico infringido, solución que como veremos no puede obtenerse dogmáticamente, puesto que en ello inciden las coordenadas del propio Derecho Positivo, que en el Código Civil de Uruguay (art. 1319) se orientan claramente en torno al deber jurídico que ha sido conculcado con el comportamiento ilícito, que puede ser de carácter positivo o negativo.

5.3 – La tesis dominante en Uruguay le asigna naturaleza contractual a esta responsabilidad¹⁰⁵ sobre la base de una serie de argumentos, como la violación de la obligación de actuar de buena fe (objetiva), la específica determinación de los sujetos, el carácter voluntario de la relación prenegocial, la nota de positivo y concreto del deber de conducta que se infringe en la relación de contacto social que se instaura entre las partes en el período precontractual, el artículo 32 de la Ley de Relaciones de Consumo N° 17.250, que específicamente califica a la buena fe como una obligación, cuya infracción da lugar a una serie de mecanismos de tutela (resarcimiento, resolución, ejecución forzada).

En sentido, en cuanto a la “*obligación de actuar de buena fe*”, señala el Maestro Gamarra¹⁰⁶ que en el período precontractual se crea una particular vinculación entre las partes, que determina una situación de confianza objetivamente valorable, donde impera

¹⁰⁵ Gamarra, *Tratado*, T. XI, p. 73 y ss. Blengio, Juan, “*reflexiones sobre la responsabilidad precontractual*”, *Tribuna del Abogado*, noviembre-diciembre 2005, Montevideo, 2005, p. 8 y ss. Larrañaga, “*Daños y perjuicios en la responsabilidad precontractual*”, pp. 153-154. Nosotros, en cambio, nos hemos pronunciado por la naturaleza extracontractual: “*El sistema de responsabilidad civil y su fundamentación dogmática*”, ADCU, T. XXXII, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 591; “*Nuevas reflexiones en torno al sistema de responsabilidad civil. Ensayo de fundamentación dogmática*”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, Vol. 1, Carlos Álvarez, Montevideo, 2004, pp. 194-195. Esta era la opinión de Jorge Peirano Facio en su *Curso de Obligaciones*, T. II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1974, p. 340. De la misma opinión es Santiago Carnelli, “*Ámbito propio de la responsabilidad contractual y extracontractual*”, p. 835, argumentando que los deberes de comportamiento que el legislador impone a los precontratantes no son técnicamente obligaciones por carecer del deber de prestación de la utilidad y del derecho de pretensión, por lo que la infracción de los mismos no moviliza el sistema de la responsabilidad contractual. C. De Cores– R. Gamarra– B. Venturini, *Ob. Cit.*, p. 206, se pronuncian también por la naturaleza extracontractual aunque formulando una distinción en cuanto al daño resarcible en los contratos discrecionales y en los contratos de consumo.

¹⁰⁶ Gamarra, *Ob. Cit.*, T. XI, p. 73 y ss.



ampliamente la *obligación* de actuar de buena fe, que una serie de normas se encargan de explicitar, como los ya citados artículos 1672, 1721, 1804, 2204, 2236, 2349 del Código Civil. A su juicio la aplicación analógica de la buena fe no se realiza por una extensión del período de ejecución del contrato (art. 1291) hacia el período precontractual, sino que tiene lugar en el propio ámbito de este período, siendo evidente que allí se tiende a sancionar un comportamiento contrario a la buena fe. Todas las normas citadas para el ilustre tratadista compatriota *“obligan a los tratantes a desarrollar una conducta positiva, plasmada en deberes de información concretos, con el propósito de lograr una representación de los datos negociales ajustada a la realidad”*; ellas *“imponen a los tratantes comportamientos positivos en interés del otro sujeto determinado con el cual está en relación, a diferencia de lo que sucede con los deberes negativos genéricos o absolutos (erga omnes) del neminem laedere”*¹⁰⁷. Añade que la jurisprudencia nacional ha proclamado que en el período de las tratativas las partes deben ajustarse al principio general de la buena fe, que en nuestro sistema tiene raigambre constitucional y jerarquía supra legal (arts. 7, 72 y 332 de la Carta) y que *“la regla de la buena fe crea entonces vínculos de naturaleza obligacional y no meros deberes extracontractuales; por lo tanto su incumplimiento genera responsabilidad contractual”*. Y si la buena fe en la ejecución del contrato tiene naturaleza contractual, la misma naturaleza debe serle atribuida a la buena fe precontractual. En esa dirección la Suprema Corte de Justicia¹⁰⁸ ha señalado que el plazo de prescripción es el de la responsabilidad contractual, por ser la misma un subtipo de ésta, por verificarse *“la violación de la obligación preexistente de comportarse según el principio de buena fe en el período precontractual”*.

Una segunda línea argumental consiste en la *voluntariedad* de la relación precontractual y en el carácter *positivo y concreto* de los deberes que gravan a los sujetos en esa fase, a diferencia de lo que acontece con la responsabilidad aquiliana donde los deberes infringidos son negativos y genéricos. Según Gamarra¹⁰⁹, *“la circunstancia de que dos sujetos aproximen sus esferas de intereses, no por un acto involuntario sino deliberadamente, otorga una más intensa coloración social al vínculo, reclamando la aplicación de*

¹⁰⁷ Ob. Cit., ps. 78 y 86 (destacados de nuestra autoría).

¹⁰⁸ Sentencia N° 274, de 15 de setiembre de 2004, Troise (red.), Van Rompaey, Parga, Gutiérrez, Rodríguez Caorsi, ADCU, T. XXXV, caso 1013, p. 500. Sobre el incumplimiento de la obligación de actuar de buena fe como generadora de responsabilidad precontractual: *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno*, sentencia N° 83, de 22 de julio de 2009. *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno*, sentencia N° 116, de 30 de setiembre de 2009 (casos 915 y 916, ADCU, T. XL). *Suprema Corte de Justicia*, sentencia N° 820, de 28 de setiembre de 2012 (caso 446, ADCU, T. XLIII).

¹⁰⁹ Ob. Cit., pp. 89-90.



los principios del solidarismo y la cooperación". No es la situación de *no relación* que caracteriza a la responsabilidad extracontractual, sino de verdaderas relaciones, en el que el contacto social calificado que se crea como antesala del contrato en la etapa de las tratativas explica los deberes específicos que incumben a los sujetos y que no se conciben sin ella, dado que refieren a una actividad preparatoria del contrato, destinada a proporcionar a los mismos un conocimiento de la materia negocial que corresponda a la realidad. Por tanto, tiene naturaleza positiva y concreta el deber precontractual de actuar de buena fe, a diferencia de la responsabilidad extracontractual donde los deberes son negativos (no dañar) y genéricos, puesto que se tienen respecto a un número indeterminado de sujetos. Considera que la naturaleza contractual se reafirma si se tiene presente que la relación prenegocial es de carácter voluntario; mientras que en la responsabilidad extracontractual las esferas jurídicas de las partes entran en contacto solamente con ocasión del daño causado, en las tratativas ya están en contacto de antemano y los deberes precontractuales específicos de dicha relación no se conciben sin ella. La existencia de un deber preconstituido es un indicio de la naturaleza contractual de esta responsabilidad.

En una línea similar en la doctrina italiana Benatti¹¹⁰ expresa que las obligaciones derivadas de la buena fe ex art. 1337 del Codice tienden a la *promoción y satisfacción* de la expectativa del otro sujeto con el cual se está en relación, en tanto los deberes negativos de conducta, como el del *neminem laedere*, tienden a la *conservación y el mantenimiento* de un estado de hecho. Los primeros van dirigidos a *realizar* el interés ajeno; los segundos a *protegerlos* de su violación. Por su parte Castronovo, partiendo de la existencia de una obligación sin prestación, donde tiene relevancia en el plano fáctico una confianza a la cual la buena fe conecta obligaciones, destaca que la observancia de las mismas tiene por función *conservar* la esfera jurídica de la otra parte, no de *cambiarla*, como en el caso de la obligación con deber primario de prestación. Y que la buena fe emerge como la fuente de tales obligaciones, de manera que se convierte en autónoma respecto del contrato y de la obligación de prestación¹¹¹, apareciendo la obligación sin prestación como una categoría más amplia respecto de la *culpa in contrahendo*, "como fase madura de una re teorización de la relación obligacional", con un espacio aplicati-

¹¹⁰ Benatti, *La Responsabilità Precontrattuale*, pp. 129-131.

¹¹¹ Castronovo, Carlo, "Ritorno all'obbligazione senza prestazione", *Europa e Diritto Privato*, N° 3/2009, Giuffrè, Milano, p. 680. Textualmente señala el doctrinario italiano: "Archiviata la colpa iheringhiana e ritrovata la fonte della reponsabilità nella violazione di obblighi che, non potendo prendere origine dal contratto invalido, risultavano indipendenti dallo stesso, la buona fede venne emergendo come fonte di tali obblighi, in modo da far risultare evidente infine che l'autonomia di essa rispetto al contratto rendeva gli obblighi così individuati a loro volta autonomi rispetto all'obbligo di prestazione".



vo propio que ninguna figura alternativa parece capaz de desplazar.

Un tercer fundamento para postular la mentada naturaleza contractual radica en la *específica determinación* de los sujetos de la relación precontractual: “*el sujeto que entra en tratativa con otro tiene la obligación de observar las normas de la buena fe respecto del otro sujeto determinado que se ha puesto en contacto con él*”¹¹². Expresa el Maestro que los sujetos ya están determinados antes del evento dañoso y los deberes que se crean no se conciben respecto a quienes son ajenos a las tratativas; en la responsabilidad aquiliana, por el contrario, para que se concrete el comportamiento debido es necesario que los sujetos entren en contacto, por lo que antes del mismo la obligación no existe, porque el deber no está impuesto en beneficio de un determinado sujeto. Los deberes precontractuales “*imponen un comportamiento preciso a un sujeto respecto de otro*”, que necesita de esa conducta para satisfacer su propio interés; las obligaciones nacen en función del específico interés de protección de cada parte, de manera que “*cada vez que se crea una confianza nace una precisa obligación*”¹¹³.

Finalmente, la Ley de Defensa del Consumidor N° 17.250 califica expresamente a la buena fe como una **obligación**, argumento que no ha dejado de invocar Gamarra a favor de su tesis, señalando que “*la reciente Ley de Relaciones de Consumo impone al proveedor “la obligación de actuar de buena fe... en la etapa precontractual” (art. 32), texto que apoya la tesis contractualista dentro del ámbito que corresponde a tal tipo de relación, que en la actualidad puede ser el mayor ámbito negocial cuantitativamente hablando*”¹¹⁴.

5.4 – Entendemos que en la etapa precontractual lo que en rigor se infringen son *deberes* que emergen del principio de buena fe, de observar la lealtad y corrección necesarias exigida por las convicciones éticas imperantes en una determinada comunidad social. Pero la buena fe objetiva técnicamente no constituye una obligación jurídica¹¹⁵,

¹¹² Gamarra, *Ob. Cit.*, p. 91.

¹¹³ Gamarra, *Ob. Cit.*, p. 92 (cursivas de nuestra autoría).

¹¹⁴ Gamarra, *Ob. Cit.*, p. 92 (cursivas de nuestra autoría).

¹¹⁵ Así lo expresamos en “*El sistema de responsabilidad civil y su fundamentación dogmática*”, p. 592; “*Nuevas reflexiones en torno al sistema de responsabilidad civil*”, p. 194; *La interpretación del contrato*, p. 96; “*Error inexcusable y responsabilidad precontractual: el equilibrio entre la tutela del interés del declarante y la protección del contratante lesionado*”, ps. 933-934. Coincide con nuestra opinión Carnelli, *Ob. Cit.*, pp. 834-835.



sino un deber jurídico, pues carece de *patrimonialidad* y de *coercibilidad*¹¹⁶, que son precisamente las notas tipificantes de aquella categoría.

En ese sentido expresa Carnelli¹¹⁷ que si en las pretendidas “obligaciones precontractuales” el destinatario de las conductas impuestas carece del derecho subjetivo de pretensión de reclamarlas y solamente tiene derecho al resarcimiento del daño causado por su inobservancia, una sola consecuencia se impone: no pueden calificarse técnicamente de obligaciones por faltarles el *derecho de pretensión*, que es el correlato del deber de prestación.

Con la precisión característica señala Giorgianni que tres son las notas que permiten individuar la *obligación* dentro del amplio campo del *deber jurídico*: la específica determinación de los sujetos, la patrimonialidad de la prestación y el interés del acreedor a la prestación. Justamente, uno de los reflejos de esta característica de la obligación es el nacimiento de un poder (derecho subjetivo) a favor de la persona cuyo interés está destinado a ser satisfecho por el comportamiento del deudor¹¹⁸.

La buena fe, por el contrario, carece de la nota de patrimonialidad, por lo que no puede constituir una verdadera *obligación*, con todas las consecuencias a ella asignables, como el correlativo *derecho de pretensión*, más allá que el artículo 32 de la Ley de Relaciones de Consumo así la califique.

Los partidarios de la tesis contractualista han objetado este argumento de la ausencia de patrimonialidad del deber partiendo de la patrimonialidad de la relación en la cual estarían insertos. En esa dirección expresa Larrañaga¹¹⁹, siguiendo a Andrea D’Angelo, que la buena fe objetiva no puede ser examinada en forma aislada con prescindencia del plexo negocial, esto es, del marco económico y jurídico de las tratativas, omitiendo en consecuencia la sustancia económica de la relación. No puede olvidarse que aquí las partes están delineando el futuro contrato operación económica, de manera que si se tiene presente este extremo la buena fe presenta un contenido patrimonial típico de la obligación. La buena fe “*se encuentra inserta de manera necesaria en una situación prenegocial concreta, en la cual resulta relevante la sustancia económica que toman los participantes en las tratativas; esa sustancia es la futura operación económica que estará subyacente en el acuerdo definitivo y que se va gestando en las tratativas. Podría decir que*

¹¹⁶ Para Gamarra la coercibilidad es una de las notas características de la obligación (*Estudios sobre Obligaciones*, Editorial Medina, Montevideo, 1956, pp. 29-30).

¹¹⁷ Carnelli, *Ob. Cit.*, pp. 835.

¹¹⁸ Giorgianni, Michele, *La Obligación*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 29 y ss.

¹¹⁹ “*Daños y perjuicios en la responsabilidad precontractual*”, pp. 152-153.



tiene un contenido patrimonial **por conexión, indirecto o comunicacional**, donde la obligación de buena fe “abrazo” o conecta necesariamente al contenido económico de esta específica etapa previa al contrato, como lo hace actualmente el art. 32 de la ley de relaciones de consumo 17.250”¹²⁰.

Pensamos que esta postura no hace sino reafirmar la **ausencia de patrimonialidad** del deber de buena fe, reconociendo inclusive que no lo tiene *per se*, puesto que será en todo caso por vía *indirecta, refleja o por conexión* que asumiría esa fisonomía. No debe perderse de vista, como lo señalara Giorgianni, que una cosa es la patrimonialidad de la prestación y otra diferente el interés del acreedor en la misma, conforme lo establece el artículo 1174 del Código Civil italiano. Porque “la patrimonialidad de la prestación es un carácter objetivo de ésta, que existe o no”, de lo que se sigue un principio muy importante: “dado que el interés del acreedor puede no ser patrimonial, mientras que la prestación debe serlo siempre, no puede considerarse inherente a la función de la obligación que el interés del acreedor tenga como objetivo el resultado económico de la prestación del deudor”. Para que un deber pueda calificarse de obligación se exige que el mismo, “aún satisfaciendo un interés no patrimonial, tenga como contenido un comportamiento matrimonialmente valorable”¹²¹.

En ese sentido expresa Giuseppe Grosso¹²² que la “patrimonialidad de la prestación se toma en el sentido de que sea posible su valoración pecuniaria según la conciencia social” y que el interés del acreedor no necesariamente debe ser patrimonial, aunque una vez establecida la patrimonialidad de la prestación, “en cuanto se exige que la misma se enderece hacia el acreedor y en cuanto se considera que en esto hay un interés de aquél, de cuyo la patrimonialidad se está reflejando en una valoración del interés en la prestación. Y a su turno, el interés puede influir en la propia valoración patrimonial”.

Pero que se trate de efectos reflejos demuestra que **en sí mismo** son dos cosas distintas la objetiva patrimonialidad de la prestación – que constituye en contenido de la obligación – y la no patrimonialidad de los deberes que forman parte de la relación en cuestión. La circunstancia que la relación prenegocial esté dispuesta con vistas a la conclusión de un contrato, que como instrumento técnico no es otra cosa que una formalización jurídica de una concreta operación económica, no determina que todos los deberes inmanentes a dicha relación sean por ello de contenido patrimonial. *Pensamos que de la nece-*

¹²⁰ Larrañaga, *Ob. Cit.*, p. 153. Los destacados no se encuentran en el original.

¹²¹ Giorgianni, *Ob. Cit.*, pp. 43, 63 y 65.

¹²² Grosso, Giuseppe, *Las Obligaciones. Contenido y requisitos de la prestación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981, traducción de Fernando Hinestrosa, pp. 206 y 214.



saria patrimonialidad del contrato no se puede remontar a la necesaria patrimonialidad de los deberes precontractuales, como lo son el de actuar de buena fe y los deberes de ella dimanantes, dado que se trata de dos relaciones diferentes.

Por otra parte, conectar a la buena fe con el contenido económico del futuro contrato para configurarla como una verdadera obligación significa en sustancia **convertir** en obligaciones a **todos** los deberes inmersos en la relación, sea esta relación precontractual o contractual, eliminando así las necesarias fronteras entre deber jurídico y obligación. Porque con este criterio todo deber de conducta, por el mero hecho de formar parte o estar conectado a una relación patrimonial, se convertiría automáticamente en una obligación jurídica. Y correlativamente, todos los derechos se convertirían en derechos de crédito, reduciendo la relación obligacional a una vinculación jurídica entre situaciones exclusivas de “obligación” y “derecho de crédito”, cuando en rigor es una relación compleja que comprende una multiplicidad de situaciones jurídicas activas y pasivas, que incluye derechos, facultades, derechos potestativos, obligaciones, deberes, cargas y sujeciones.

A nuestro juicio, mientras por un lado el deber de buena fe carece de la nota de la patrimonialidad – rasgo tipificante de la obligación que permite individualizarla como categoría autónoma dentro del amplio campo del deber jurídico – por el otro está ausente el deber primario de prestación y no existe un correlativo **poder del acreedor** de exigir la realización conductual inmanente a toda prestación, extremos que permiten configurar al derecho del sujeto activo de la relación obligacional como derecho de pretensión, tal como lo hemos venido sosteniendo desde hace un tiempo en varios trabajos. La obligación, como lo expresa Lumia, “*es el deber jurídico de realizar aquel comportamiento que otros, titulares de un derecho subjetivo, tienen la pretensión de exigir*”¹²³. Se trata de conceptos correlativos insusceptibles de concebirse aisladamente, en tanto si el acreedor puede hacer valer una exigencia jurídica (pretensión) es porque frente a la misma existe un deber de prestación del deudor (obligación), de modo que si éste no existiese no podría darse aquel derecho de exigir¹²⁴.

Por lo tanto, sin la existencia de un deber de prestación no puede haber una auténtica obligación, ni un derecho de pretensión, ni por consiguiente responsabilidad contractual, a menos que se piense en la controvertida categoría de la **obligación sin prestación** – ampliamente tratada en la doctrina italiana entre otros por Carlo Castronovo¹²⁵ y Adolfo

¹²³ Lumia, *Principios de Teoría e Ideología del Derecho*, p. 101.

¹²⁴ Cfme. Schreier, Fritz, *Conceptos y formas fundamentales del Derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1942, p. 248.

¹²⁵ Castronovo, Carlo, “*La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità*”



Di Majo ¹²⁶, cuyos orígenes se remontan a Larenz ¹²⁷— que coloca la esencia de la obligación en la relación y no en la prestación ¹²⁸, pero que nos parece una contradicción (una especie de *oxímoron* jurídico), pues la prestación es el contenido esencial de la relación obligacional en tanto categoría específica de relación jurídica. La obligación sin deber primario de prestación permitiría ejercitar la acción de resarcimiento del daño por incumplimiento, siendo una solución que privilegia no la lógica de la categoría, sino la de los remedios ¹²⁹. Sea como fuere, no puede soslayarse la sustancial diferencia con la clásica y genuina categoría de la obligación, cuyo contenido es una prestación de dar, hacer o no hacer (art. 1245), en la que los mecanismos de protección del acreedor frente a su incumplimiento comprenden un amplio universo, que incluye la tutela actuativa, la resarcitoria, la ablativa (cuando se trata de obligaciones emergentes de un contrato), la correctiva en la órbita del incumplimiento inexacto (rectificación de la prestación defectuosa, reducción de la contraprestación), remedios ¹³⁰ que en su mayoría resultan inaplicables a la denominada obligación sin prestación. Señala Faillace ¹³¹ que la ampliación de la responsabilidad contractual a expensas de la aquiliana —que se produce con la obligación sin prestación— parece difícilmente justificable en un Ordenamiento en el cual el ilícito es disciplinado mediante una norma general. Esto es muy claro en el Derecho Civil uruguayo, en el que impera la atipicidad del ilícito extracontractual (art. 1319) y en el

contrattuale”, Europa e Diritto Privato, N° 1/ 2011, Giuffrè, Milano, pp. 55-76; “*Ritorno all’obbligazione senza prestazione*”, misma Revista, N° 3/ 2009, pp. 679-717.

¹²⁶Di Majo, Adolfo, “*L’obbligazione senza prestazione aproda in Cassazione*”, Corriere Giuridico, 1999, p. 441 y ss.

¹²⁷Larenz, *Derecho de Obligaciones*, T. 1, pp. 106-110.

¹²⁸La obligación sin prestación termina por poner a la responsabilidad contractual al servicio de un proyecto remedial desvinculado del todo del binomio incumplimiento-imposibilidad de cumplimiento (Cfme. Luca Nivarra, “*Le frontiere mobile della responsabilità contrattuale*”, *Giustizia Civile*, 1/2016, p. 11).

¹²⁹Tagliasacchi, “*Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*”, p. 254. Señala el doctrinario italiano: “*Pare, quindi, che la peculiarità dell’obbligazione senza prestazione possa essere colta nella caratteristica di essere non pretensiva, bensì soltanto reattiva, poiché consente di esercitare soltanto l’azione di risarcimento del danno per inadempimento e non anche quella di esatto adempimento diretta a ottenere l’esecuzione della prestazione*”.

¹³⁰En la doctrina española y desde un plano teórico Fernando Gómez Pomar, “*El incumplimiento contractual en Derecho español*”, *InDret*. 3/2007, Barcelona julio 2007, p. 13, agrupa los remedios frente al incumplimiento en tres categorías: “remedios de conducta forzada del contratante incumplidor (cumplimiento en forma específica); remedios monetarios (indemnización de daños y perjuicios, pena convencional); remedios de ineficacia (resolución)”.

¹³¹Faillace, Stefano, “*Cuestiones controvertidas en relación a la responsabilidad por contacto social*”, *Revista Ius et Veritas*, N° 48, julio 2014, p. 88.



que el sistema de fuentes de las relaciones obligacionales reviste carácter taxativo (art. 1246: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley), sin que quede espacio para la buena fe o para el contacto social como fuente autónoma de obligaciones (estén provistas o no de deber primario de prestación). Erigir a la buena fe en fuente autónoma de obligaciones conlleva a una clara alteración del número cerrado de las causas eficientes de las obligaciones, lo que no tolera ni el precepto legal citado, ni el propio sistema del Código Civil.

La existencia de una relación entre las partes –dañador y dañado– es una circunstancia que de por sí no depone por la naturaleza contractual de la responsabilidad civil, sobre todo si se tiene presente la innegable *dimensión relacional de la responsabilidad extracontractual*, pues la atipicidad del ilícito aquiliano es susceptible de cubrir relaciones intersubjetivas no obligacionales, vale decir, eventos dañosos verificados al interno de una preexistente relación ¹³². De lo contrario, como advierte Alessio Zaccaria ¹³³ en el comentario de la sentencia de la Corte di Cassazione antes mencionada, si el contacto social es suficiente para calificarlo como fuente de obligaciones, la responsabilidad extracontractual termina siendo *reducida a un contenedor vacío* y por *resultar en sustancia expulsada del ordenamiento* con su consiguiente disciplina, lo que en rigor no es admisible, sobre todo si se tiene presente el carácter específico de la responsabilidad contractual, en donde el interés lesionado es el interés del acreedor en recibir la utilidad económica inmanente a la prestación debida (utilidad prometida y no obtenida). Porque como agudamente expresa Carnelli ¹³⁴, mientras el daño que se repara en la responsabilidad extracontractual es la *utilidad de la que ya está gozando el sujeto*, en la responsabilidad por incumplimiento obligacional es la *utilidad que no recibe*, esto es, la pérdida de la utilidad que le hubiera provocado la entrega de la cosa o la ejecución de la actividad comprometida.

Más allá de lo superflua y contraproducente que resulta ser la vieja distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, como sobre las huellas de Nicolò Lipari lo ha destacado recientemente Busnelli ¹³⁵, lo cierto es que en el actual sistema del Dere-

¹³² Cfme. Maggiolo, Marcello, “La (de) contrattualizzazione della responsabilità professionale”, Jus Civile, I, 2015, pp. 27-28. Busnelli, Francesco Donato, “Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il “muro” degli interessi legittimi”, Rivista di Diritto Civile, Vol. 46, Parte I, 2000, pp. 340-342.

¹³³ “La natura de la Responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero”, p. 351.

¹³⁴ Ob. Cit., p. 832.

¹³⁵ Busnelli, Francesco Donato, “Quale futuro per le categorie del Diritto Civile?”, Rivista di Diritto Civile, Vol. 61, N° 1, Cedam, Padova, 2015, pp. 4-5.



cho Privado codificado sigue siendo un factor relevante por la diversidad de la disciplina aplicable, por lo que la determinación de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil en cuestión es un extremo dotado de enorme trascendencia, tanto en el plano teórico como en el de su aplicación práctica.

Por otra parte, la obligación y la responsabilidad contractual, como enseña Roppo¹³⁶, protegen aquel específico interés del acreedor que es el **interés a la prestación** y aquí, en las situaciones enmarcables dentro de la responsabilidad precontractual, el interés protegido es otro.

La existencia de una relación jurídica que vincula a las partes, la determinación de los sujetos y el carácter positivo de los deberes dimanantes de la buena fe, tampoco son factores que de por sí le imprimen naturaleza contractual al daño causado, en la medida que lo relevante para la asignación de una u otra naturaleza es si el evento dañoso comporta o no incumplimiento de una obligación previa. Y un deber jurídico se configura como verdadera obligación jurídica en tanto estén presentes **todas** sus notas tipificantes, no siendo suficiente con la presencia de algunas de ellas.

Por cierto que la buena fe objetiva constituye una verdadera cláusula general, de enorme relevancia en el Derecho Privado contemporáneo. Al decir de Bianca¹³⁷, con relación a las partes de la relación contractual ella expresa una concreta exigencia de solidaridad, que se puede indicar como solidaridad contractual y que se especifica en dos fundamentales cánones de conducta: lealtad de comportamiento (en la formación e interpretación del contrato) y obligación de salvaguardia de los intereses de la otra parte con los límites del sacrificio del interés propio (en la ejecución del contrato y de la relación obligatoria). Para Gamarra¹³⁸ “*es fuente de obligaciones contractuales que dan lugar a incumplimiento y resarcimiento del perjuicio causado*”.

En su exhaustivo estudio sobre el tema Menezes Cordeiro destaca que la relación obligacional en su complejo contenido comprende a la prestación principal, a prestaciones secundarias, y a deberes accesorios de conducta: la primera está relacionada con la actividad dominante exigible al deudor; las segundas redundan en actuaciones, legales o convencionales, que funcionalmente sirven a la prestación principal y que, en otras circunstancias, podrían integrar prestaciones autónomas; los terceros derivan en forma directa o indirecta de la buena fe, conformando exigencias necesarias para la buena reali-

¹³⁶ *Il Contratto*, p. 185.

¹³⁷ Bianca, Cesare Massimo, “*La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*”, *Rivista di Diritto Civile*, Cedam, Padova, 1983, p. 209.

¹³⁸ *Buena Fe Contractual*, p. 177.



zación de la prestación y protección de las partes¹³⁹. La concretización de esos deberes diamantes de la buena fe se verifica en tres direcciones: confianza, lealtad y protección. En virtud del otorgamiento del contrato se establece entre las partes una relación de confianza, derivante de la buena fe, que liga a las mismas con deberes mutuos tendientes a no permitir defraudar esa creencia pacífica en un transcurso sin incidentes de la relación negocial.

En base al principio de buena fe la doctrina alemana sostuvo que el contrato se integraba con una serie de “obligaciones accesorias o instrumentales”, pero en muchos casos, como expresa Gamarra, no serán sino especificaciones del contenido de la obligación principal, como sucede con la custodia respecto a la obligación de dar (artículo 1334 CC). Destaca el doctrinario compatriota¹⁴⁰ que los deberes de protección no se confunden con la prestación principal, respecto de la cual gozan de autonomía, a tal grado que la misma puede haberse cumplido totalmente y con posterioridad verificarse el incumplimiento de la obligación de protección.

A nuestro entender de la buena fe dimanar deberes, no obligaciones. Enseña el Maestro Cafaro¹⁴¹ que la buena fe por sí sola no puede ser fuente de relaciones obligacionales, sino que es generadora de deberes accesorios, que sirven de apoyatura a las relaciones obligatorias que tienen su origen en la voluntad de las partes o en una norma expresa de la ley.

En consecuencia, si lo que se infringen en la etapa precontractual son deberes no obligacionales, la responsabilidad no puede ser sino de naturaleza *extracontractual*¹⁴². Máxime si tenemos en cuenta que de la relación de contacto social en la que los sujetos aproximan sus esferas de intereses emergen deberes de respeto hacia el otro, de contenido esencialmente negativo: abstenerse de toda injerencia indebida en la esfera jurídica ajena y de todo comportamiento incorrecto que pueda perjudicar los intereses de la otra parte, cuya vulneración comporta violación del deber de no dañar la libertad negocial ajena¹⁴³. El deber de actuar de buena en la fase de las tratativas, bien lo destaca Escobar

¹³⁹ Menezes Cordeiro, António, “*Da pós-eficácia das obrigações*”, p. 141.

¹⁴⁰ *Ob. Cit.*, T. XX, 2ª edición, p. 117.

¹⁴¹ Cafaro, Eugenio, “*El instituto de la conversión del negocio jurídico nulo en el Derecho Positivo nacional*”, Revista AEU, Tomo 73, 7-12, p. 15.

¹⁴² En otros sistemas se admite que pueda ser de una y otra naturaleza. Para el derecho francés véase Joanna Schmidt, “*La période precontractuelle en droit français*”, Revue Internationale de Droit Comparé, Vol. 42, N° 2, París, 1990, pp. 545–566.

¹⁴³ Cfme. Calusi, Vittorio, “*In tema di trattative e responsabilità precontrattuale (critica della dottrina e della giurisprudenza)*”, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1954, pp. 484-485. Bianca, Cesare Massimo, *Diritto Civile. 5. La Responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 550.



Rozas, no es otra cosa que una específica manifestación del deber genérico de no dañar, pues, siendo exigible a todos los que celebran o intentan celebrar un contrato, “tiene como finalidad mantener indemne la esfera de los protagonistas, de modo que éstos no sufran daños injustos como consecuencia de haber invertido recursos y tiempo en tratativas no serias, de haber celebrado un contrato ineficaz, etc.”¹⁴⁴.

La opción por el régimen de la responsabilidad extracontractual ha sido por otra parte la decisión del legislador para la reparación del daño causado en el caso de dolo incidente (art. 1276 CC), dado el expreso reenvío formal practicado por la norma al principio general del art. 1319. En éste lo relevante no es la indeterminación de los sujetos, ni la ausencia de relación entre las partes (dañante y dañado) sino la categoría del **deber infringido**. Existe, pues, una expresa decisión legislativa que delimita el campo extracontractual en función de la naturaleza del deber infringido, extremo corroborado por los artículos 1341 y 1342 – normas centrales de la responsabilidad contractual – que establecen la obligación de reparar frente al incumplimiento temporal o definitivo del deudor (infracción del deber primario de prestación). En el sistema del Código Civil uruguayo la disciplina de la responsabilidad contractual es un régimen específico previsto exclusivamente para el caso de demora o falta de cumplimiento del deudor de la **obligación** a su cargo, cuyo contenido es una prestación patrimonialmente valorable (dar, hacer o no hacer).

Ahora bien, conforme a lo expresado, más que de responsabilidad precontractual¹⁴⁵ corresponde hablar de una responsabilidad que surge en el *período precontractual*. Ni la precontractual, ni la postcontractual, tienen autonomía normativa en nuestro sistema civil; simplemente se singularizan por la instancia temporal en que operan, guardando la denominación congruencia en términos indicativos de los extremos temporales en que ocurren, no representando por tanto una nueva realidad autonomizable normativamente de alguno de los dos subsistemas existentes.

Al examinar los PLDC se pregunta Morales Moreno¹⁴⁶ si es necesario realmente regular la responsabilidad precontractual, en tanto los códigos latinos contienen una cláusula abierta que define el daño extracontractual y permite fundar la indemnización de este tipo de perjuicios, por lo que “*su tipificación legal no tiene propiamente una función*

¹⁴⁴ Escobar Rozas, *Ob. Cit.*, p. 160.

¹⁴⁵ Ya Gabriele Faggella señalaba que esta responsabilidad no puede ser ciertamente una causa por sí misma, sino más bien un efecto de un hecho jurídico (“*Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*”, *Archivio Giuridico*, Vol. XI, Roma, 1909, p. 149).

¹⁴⁶ “*Los Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación*”, p. 232.



fundamentadora de la responsabilidad, sino de concreción de ciertas conductas dañosas en la fase de formación del contrato”.

5.5 – La determinación de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual no reviste exclusivamente un interés teórico, puesto que también tiene enormes repercusiones desde el punto de vista de la aplicación práctica.

En el sistema civil uruguayo son notorias las diferencias en la disciplina entre responsabilidad contractual y extracontractual¹⁴⁷, en temas tales como los daños resarcibles, los plazos de prescripción, la solidaridad, la mora y la capacidad.

En materia de daños indemnizables en la contractual hay un límite al resarcimiento pleno (art. 1346), pues el deudor de principio solo está obligado a reparar los daños previsibles al tiempo del contrato (cuando nació la obligación), salvo que el incumplimiento fuere doloso, en cuyo caso se expande la obligación resarcitoria para comprender todo el daño causado como consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, sea o no previsible ese daño. La regla de la limitación del resarcimiento al *daño previsible* tiene una larga historia, que en alguna medida quiebra los postulados de la responsabilidad civil, pues los coeficientes subjetivos vienen a incidir en la cuantía de la obligación resarcitoria, cuando en rigor no tiene naturaleza punitiva, sino indemnizatoria. Lo cierto es que en la responsabilidad contractual el dolo viene a operar como un *criterio de agravación* del daño¹⁴⁸. Esta severa consecuencia jurídica que tiene su fundamento en la regla de la buena fe y en la intangibilidad del vínculo obligacional, ya que el cumplimiento no puede quedar al arbitrio del deudor (arts. 1253 y 1291) y precisamente el incumplimiento doloso es un incumplimiento voluntario, deliberado, intencional; consiste en la negativa voluntaria cumplir la prestación, sin que sea necesaria una especial malicia, ni voluntad de dañar al acreedor, bastando –como dice Yzquierdo Tolsada¹⁴⁹– con la voluntad de incumplir, de cumplir tarde o de cumplir mal.

Según Bianca¹⁵⁰ el fundamento de la regla de la responsabilidad del deudor por los

¹⁴⁷ Un amplio tratamiento en Gamarra, *Ob. Cit.*, T. XX, pp. 38-44.

¹⁴⁸ Cfme. Díez Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 2, Civitas, Madrid, 1996, p. 612. Tratamos el punto en un trabajo de nuestra coautoría: “*Incumplimiento doloso y daños resarcibles en la responsabilidad contractual. Reflexiones en torno al art. 1346 del Código Civil*”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXXIX, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009, pp. 635-645.

¹⁴⁹ Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Sistema de Responsabilidad Civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 253.

¹⁵⁰ Bianca, *Diritto Civile*, 5. *La Responsabilità*, p. 154.



daños previsibles obedece a una idea central que gobierna la disciplina de la obligación: que el vínculo obligacional importa la asunción de un sacrificio contenido dentro de límites de normalidad.

En cambio, en la responsabilidad aquiliana no rige dicha limitación, debiendo reparar todo el perjuicio que sea una consecuencia inmediata y directa del hecho ilícito (art. 1323).

En los términos de prescripción también se presentan importantes diferencias, pues mientras en materia de responsabilidad contractual el término ordinario¹⁵¹ es de veinte años, conforme al principio general del art. 1216, en la aquiliana es de cuatro, contados desde el hecho ilícito, según establece el art. 1332. Sin embargo, nuestra *Suprema Corte de Justicia*¹⁵² ha señalado que afiliarse a una interpretación piedeletrista de esta última norma, iniciando el término prescriptivo en la fecha de perpetración del hecho ilícito, *aun cuando el damnificado no hubiera tenido conocimiento efectivo de su consumación, ni de sus efectos dañosos*, lleva a la consecuencia irracional e injusta de que pueda el mismo perder la posibilidad de acceder a la justicia para obtener la reparación del daño sufrido en virtud del mero transcurso del tiempo, “sin que operase de manera alguna la presunción de abandono, desinterés o negligencia en que se funda el instituto de la prescripción”. Para el máximo órgano jurisdiccional en el enfrentamiento entre el valor seguridad, al que sirve la prescripción, y el valor justicia, que es el fin esencial de la actividad jurisdiccional, ha de preferirse este último, que habilita la tutela del derecho agredido ilícitamente. Por su parte, si el hecho ilícito tiene carácter continuado, el plazo se cuenta desde el momento en que hubiere cesado¹⁵³.

Más allá de lo anacrónico de algunos plazos de prescripción que establece el Código¹⁵⁴, carece de un fundamento racional tal diversidad en el tratamiento del instituto en una y otra órbita de la responsabilidad civil.

En lo que respecta a la solidaridad pasiva en caso de pluralidad de autores de un hecho ilícito el Código Civil uruguayo la estableció para la responsabilidad extracontrac-

¹⁵¹ Existen no obstante otros plazos prescriptivos más cortos para determinados supuestos, que van de los cinco años a los seis meses (arts. 1221-1225 CC).

¹⁵² Sentencia N° 3180, del 17 de noviembre de 2008, caso 476, ADCU, T. XXXIX, pp. 274 y 275.

¹⁵³ En nuestra jurisprudencia: *Suprema Corte de Justicia*, sentencia de 8 de diciembre de 2008, caso 477, ADCU, T. XXXIX. *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno*, sentencia N° 333, del 13 de diciembre de 2006, caso 638, ADCU, T. XXXVIII. *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno*, sentencia N° 58, de 16 de marzo de 1992, caso 853, ADCU, T. XXII.

¹⁵⁴ Hemos realizado algunas anotaciones críticas en nuestra obra *Prescripción Extintiva y Caducidad en el Derecho Civil*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010, p. 255 y ss.



tual en caso de dolo (art. 1331), vale decir, de ilícito cometido con la intención de causar daño, pero no plasmó la misma regla como principio general para la responsabilidad contractual, puesto que en la obligaciones solidarias la solidaridad *no abarca* a la obligación indemnizatoria nacida del incumplimiento de la obligación primaria (art. 1398), a menos que también se hubiese pactado expresamente la solidaridad para la obligación secundaria. En este plano hay entonces una diferencia en la forma de responder en una y otra órbita de la responsabilidad en caso de ilícito cometido dolosamente por varias personas, sin perjuicio de la diferente acepción del dolo en cada caso, en tanto en una radica en la intención de incumplir, mientras que en la otra consiste en la intención de dañar.

Existen también algunas diferencias de régimen en materia de capacidad y de mora: respecto a la primera debe tenerse presente que la capacidad para contratar está fijada en los dieciocho años (art. 280 CC) mientras que la capacidad para incurrir en culpa (imputabilidad) en sede extracontractual ha sido establecida en diez años (art. 1320 CC); en cuanto a la mora, más allá de las puntualizaciones que hace la doctrina en torno al principio de reparación integral, debe tenerse en cuenta que por definición solo puede operar en el ámbito del *incumplimiento temporal* de una obligación preexistente, por lo que por naturaleza queda excluida de la responsabilidad extracontractual, donde no existe entre las partes una obligación previa a la ocurrencia del evento dañoso. Aunque según Gamarra¹⁵⁵ es equivocado sostener que el instituto de la mora no opera en la responsabilidad aquiliana porque no existe en ella una obligación preexistente; el problema de la mora sólo se concibe respecto de la obligación generada por el acto ilícito dañoso y consiste en decidir si el deudor padece las consecuencias de la mora automáticamente, por el solo hecho de haberlo causado. Añade el tratadista uruguayo que en el sentir de la opinión dominante el autor del daño está de pleno derecho en mora desde que comente el hecho ilícito, lo cual determina una imposición del pago de los intereses respecto de la suma en que luego resulte estimado el monto total del daño, los cuales correrán desde la comisión del acto ilícito dañoso. Sin embargo, para el autor esta manera de ver tropieza con serias dificultades; en primer lugar, no hay texto legal que lo respalde y luego porque el estado de iliquidez del crédito del damnificado impide la mora. Para el doctrinario “*es aconsejable desplazar la situación examinada fuera del ámbito de la mora, para explicarla de acuerdo a los principios generales que rigen la reparación del daño. Esta manera de encarar el fenómeno coincide con la ubicación de la mora en la sistematización del Código Civil, que no legisla en la sección de los actos ilícitos. Por ello creo que la regla de*

¹⁵⁵ *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XX, pp. 41 y 42.



la reparación integral del daño es, en realidad, la que resuelve el punto; el daño debe ser resarcido por completo; el retardo en la reparación, y en consecuencia, el daño que deriva de ello, debe ponerse a cargo del deudor; estamos ante una mera aplicación del art. 1319: al que causa el daño se impone la obligación de repararlo”.

Por lo expuesto se comprueba la trascendencia de la resolución del problema de la naturaleza jurídica de este subtipo de responsabilidad, atento a las diferencias normativas que vienen de ser consignadas. Incluso es relevante en la determinación del factor de atribución del daño, por cuanto si se asigna naturaleza extracontractual no cabe duda que se regirá por el principio general de la responsabilidad subjetiva del artículo 1319, mientras que para la tesis contractualista habrá que determinar previamente la naturaleza de la **obligación incumplida**, si es de medios o de resultado. Este es un aspecto que no ha sido analizado mayormente por la doctrina y la jurisprudencia nacional que sostiene la tesis contractual de esta responsabilidad, pues si bien la fundan en la violación de la obligación *de actuar de buena fe*, no explicitan las razones en torno a la individualización del criterio de imputación, sea en términos de una obligación de medios, basada en la culpabilidad (responsabilidad subjetiva) o de una obligación de resultado (responsabilidad objetiva), centrada en la garantía o en algún otro factor de atribución.

6. – En función de las consideraciones realizadas precedentemente puede señalarse en términos conclusivos:

1. La responsabilidad civil precontractual en el sistema civil uruguayo no tiene autonomía normativa, pues acorde a la propia época en que fue sancionado el Código Civil no ha sido prevista ni disciplinada como tal, más allá de puntuales normas que regulan el fenómeno del daño causado en el período precontractual y que sirven de base para la construcción de la categoría.

2. El problema central que presenta este tipo de responsabilidad es su naturaleza jurídica, dado que en nuestro Código Civil existen dos regímenes para la responsabilidad civil (contractual y extracontractual) con importantes diferencias en algunos aspectos fundamentales.

3. La tendencia ampliamente mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia nacional – como en varios sistemas en Derecho Comparado– es a la atribución de naturaleza *contractual*, sobre la base argumental del incumplimiento de la *obligación* de actuar de buena fe o de *obligaciones* emergentes de la misma.

4. No obstante, pensamos que la argumentación en que se sustenta dicha tesis es pasi-



ble de ser controvertida en un doble plano. Por un lado, porque el deber de actuar de buena fe carece de las notas tipificantes de la obligación, como los son la patrimonialidad, la coercibilidad y el correlativo derecho de pretensión del sujeto activo de la relación jurídica. Por otro, porque es insusceptible de convertirse ella misma en una fuente autónoma de obligaciones, debido a que en el sistema civil uruguayo, en el que impera la atipicidad del ilícito extracontractual (art. 1319), el sistema de fuentes de las relaciones obligacionales tiene un claro carácter taxativo.

5. La solución de la responsabilidad extracontractual es la que mejor protege a la víctima en cuanto a la obtención de la reparación integral, puesto que en la contractual el daño resarcible padece el límite subjetivo de la previsibilidad (art. 1346 del Código Civil uruguayo).

6. La progresiva ampliación del concepto de **obligación** para incluir en su seno a cualquier tipo de **deber** termina por eliminar las fronteras entre ambas categorías, reduciendo el campo de la responsabilidad aquiliana a la causación de daños fuera del marco de una relación cualquiera entre los sujetos (como la de contacto social), cuando en rigor en el sistema civil uruguayo ha sido prevista como un principio general que se articula en función de la atipicidad del ilícito, siendo el *alterum non laedere* la regla primaria de comportamiento.

7. Estos problemas en torno a la naturaleza del instituto se atenúan en los sistemas que han unificado la disciplina de la responsabilidad civil, como sucede en las modernas legislaciones de otros países.

8. Las transformaciones verificadas en los últimos años en esta materia, de las cuales hemos procurado reseñar sus aristas más significativas, ponen de manifiesto que la responsabilidad civil se encuentra siempre en un proceso de permanente cambio y redefinición, constituyendo una figura omnipresente en las más diversas disciplinas.

9. En una futura reforma de nuestro Código Civil debería unificarse el régimen de la responsabilidad civil y regularse además el período precontractual, con reglas que establezcan deberes precisos y conjuguen en la etapa de las tratativas el principio de libertad con el de responsabilidad por su abandono.

Anteriormente¹⁵⁶ nos hemos pronunciado por la necesidad de reforma de nuestro Código Civil, señalando que sin llegar a la elaboración de uno nuevo que sustituya completamente al vigente Código de 1867, es posible transitar por la modernización de algunos

¹⁵⁶ “Codice Civile e dispersiones legislativa. Alcune considerazioni intorno alla situazione nel Diritto Civile uruguayano”, pp. 883-885.



sectores del Derecho patrimonial (Prescripción, Teoría General de las Obligaciones, Responsabilidad Civil, Teoría General del Contrato) tal como ha sucedido en otros sistemas jurídicos.

El desafío de una reforma, que responda a determinados paradigmas, que refleje ciertos principios y valores, comporta una difícil y compleja tarea, que demanda con carácter previo la resolución de cuestiones tales como la conveniencia de la unificación del Derecho Privado y la oportunidad de incorporar al Código normas sobre los consumidores, como ha sucedido, por ejemplo, con la reforma del Derecho alemán de Obligaciones, vigente desde 1º de enero de 2002 (*Gesetz sur Modernisierung des Schuldrechts*, de 26 de noviembre de 2001), que ha permitido modernizar un Código con más de un siglo de vigencia.

La inserción en el Código de las normas de sector permitiría reducir la inevitable fractura entre Parte General del contrato y nuevos complejos normativos; como ha dicho en Italia Salvatore Patti, “*occorre cercare di ricondurre ad unità, superare un diritto dei contratti «settorizzato» (...) e soprattutto porre rimedio ad una evoluzione che ha causato un diritto «introvabile»*”¹⁵⁷.

¹⁵⁷ “*Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*”, N° 5, p. 744.



FRANCESCO GAMBINO

Professore ordinario di Diritto privato – Università di Macerata

IL RINEGOZIARE DELLE PARTI E I POTERI DEL GIUDICE *

SOMMARIO: 1. *Il diritto di rinegoziare nei propositi del legislatore.* – 2. *Ragioni di un problema.* – 3. *L'intervento giudiziale e l'azione misurata della buona fede* – 4. *L'ipotesi di una nuova disciplina.*

1. – Il disegno di legge recante la delega al Governo per la revisione ed integrazione del codice civile (XVIII legislatura) contiene – tra i principi e criteri direttivi cui il Governo si dovrà attenere nell'esercizio della delega – «il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti» [art. 1, lett. i)].

2. – Occorre in sintesi ripercorrere la storia del problema.

Come nasce in Italia la teoria dell'obbligo «legale» di rinegoziare¹? Nasce negli anni novanta sulla scia degli studi della dottrina tedesca; e subito si raccoglie intorno al disagio – avvertito anche tra gli operatori del mercato – suscitato dall'art. 1467 c.c. Le teorie dell'obbligo legale di rinegoziare si sviluppano in aperta polemica contro la soluzione adottata, in materia di sopravvenienze, dal nostro legislatore: la risoluzione per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione. Si fa strada l'idea che i rapporti contrattuali

* È il testo – in alcuni luoghi, rielaborato e integrato – della relazione svolta al Convegno nazionale dell'Associazione Civilisti Italiani, dedicato al tema *Diritto patrimoniale – una rivisitazione: le revisioni* e tenutosi a Roma il 14-15 giugno 2019 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre.

¹ Qui mi riferirò in particolare alla teoria dell'obbligo di rinegoziare costruita sulle applicazioni della clausola generale di buona fede.



protratti nel tempo, funzionali alla pianificazione dell'attività di impresa e all'organizzazione del mercato, esigano strumenti flessibili e rispondenti all'esigenza della stabilità, nel tempo, delle relazioni economiche; una certezza che lo scioglimento del vincolo, vanificando le attese e i calcoli dei contraenti, non è in grado di garantire². Nelle ricerche sociologiche e negli studi di analisi economica del diritto, maturati nei sistemi di *common law*, si affaccia la categoria dei *relational contracts*, costruita sul rilievo che il tempo vincolato dall'accordo non sia vuoto, ma si riempia di un'affidabile regolarità di contegni dovuti, di un insieme di reciproche aspettative, di condizioni fiduciarie il contratto in cui viene attuandosi³. Il rapporto contrattuale, concepito come evento relazionale⁴, non isolabile dal contesto di fatto, diventa il perno intorno al quale ruotano le indagini sulla revisione giudiziale del contratto⁵. Mentre in diritto tedesco, con la riforma

² Per una compiuta disamina delle fonti e della disciplina del fenomeno v. la monografia, che ha aperto la strada della riflessione sul tema, di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, pp. 312-331 (ma v. p. 312, nt. 1). Per ulteriori contributi v. ID., *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, V, *Rimedi*, 2, 2006, p. 689 ss.; R. SACCO, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*³, II, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, 722-725, secondo cui l'equità di cui all'art. 1374 c.c. lascerebbe sottintendere il richiamo, nei contratti a lunga durata, di una clausola di rinegoziazione (la posizione dell'Autore sul punto è già rintracciabile in *Il contratto*², ivi, 1993, II, 685-686); F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in AA.VV., *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di Nicolò Lipari, 1998, p. 193; V. ROPPO, *Il contratto*², in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, pp. 972-973; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, pp. 796-809; M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, v. spec., pp. 433-434; in materia di diritto di famiglia, A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 213 ss.; in tema di mutui usurari, A. RICCIO, *Ancora sulla usurarietà sopravvenuta*, in *Contratto e impresa*, 2003, 14-15; F. P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003, pp. 368-372; Al fenomeno della rinegoziazione di fonte legale viene prestata dissenniente attenzione da M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e diritto privato*, 2003, pp. 476-491; da A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, pp. 701-723; nonché nella mia monografia *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004 e nella voce enciclopedica *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enc. Giur., Agg.*, XV, Roma, 2007.

³ V., sul modello «relazionale», che rifiuta l'antica idea del contratto come scambio di promesse, I. R., MACNEIL, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, 72 *Northwestern University Law Review* (1978), p. 854 ss.; S. MACAULAY, *An Empirical View of Contracts*, in *Wisconsin Law Review* (1985), p. 465 ss.; E. MCKENDRICK, *The Regulation of Long-Term Contracts in English Law*, in *Good Faith and Fault in Contract Law* a cura di J. Beatson e D. Fredman, Oxford, 1995, p. 305 ss.). Per la dottrina italiana, sotto diversi punti di vista, v. V. ROPPO, *Il contratto*², cit., pp. 967-968; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 ss.; ID., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. Dir., Ann.*, II, 2, Milano, 2008, p. 1026 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, cit., spec., p. 235.

⁴ V., sul tema, M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, p. 54.

⁵ Tra le conclusioni enunciate da R. A. HILLMAN, *Court adjustment of long-term contracts: an analysis*



dello *Schuldrecht* – come nei progetti di unificazione legislativa a livello europeo⁶ – si fa proprio il principio generale della revisione e dell’adeguamento giudiziale del contratto, il diritto italiano resta fermo al codice civile del 1942. Il contenuto di disciplina generale (art. 1467 c. c.) non è indifferente al tempo protratto nel rapporto, che anzi assume a condizione della propria applicazione; ma, dalla sua storicità, isola soltanto avvenimenti estranei alla volontà e al comportamento dei contraenti. La norma non ignora il principio di conservazione degli effetti contrattuali, che trova espressione sia nella nozione legislativa di alea normale del contratto (art. 1467, 2° comma, c. c.) che nell’offerta di riduzione ad equità (art. 1467, 3° comma, c. c.); ma non risponde all’esigenza del contraente onerato di conseguire, per propria iniziativa e in via giudiziale, il riequilibrio delle prestazioni. Se si osservasse il fenomeno della rinegoziazione con le lenti dell’art. 1467 c. c. si aprirebbe un’alternativa povera di soluzioni: o i contraenti raggiungono un accordo modificativo prima – o in occasione – del processo o la riduzione ad equità della prestazione compete alla parte non onerata che, convenuta in giudizio con la domanda di risoluzione, deciderà, secondo il proprio giudizio di convenienza, sul come disporre dei propri interessi. In altre parole, l’adeguamento del rapporto al mutarsi dello stato di fatto è problema che investe l’esercizio del potere di autonomia privata. È in questi termini che il nostro ordinamento dà risposta, con una disciplina generale ed esaustiva, al tema dell’adeguamento in sede giudiziale del contratto. Si potrebbe dire che si è in presenza di una lacuna in senso, non tecnico, ma ideologico: non manca la norma, ma manca la norma che si desidera che ci sia. In questo quadro, caratterizzato da una disciplina generale ed esaustiva, alla dottrina non resta che responsabilizzare le parti, obbligandole al dialogo in funzione della modifica del rapporto. Si interrogano così le inesauribili risorse della buona fede, facendo dell’obbligo di rinegoziare la premessa giuridica della revisione giudiziale del contratto. Nasce l’idea, al fine di attribuire al fenomeno un senso conclusivo e unitario, di applicare l’art. 2932 c.c.; così da schiudere la via – per l’ipotesi di inadempimento dell’obbligo di rinegoziare – di un intervento costitutivo-determinativo del giudice.

under modern contract law, in *Duke Law Journal* (1987), p. 33, si legge: «court can, in some circumstances and often in modest ways, adjust the contract for the parties».

⁶ V. ad esempio sugli effetti del mutamento dello stato di fatto, come disciplinati nell’art. 6.2.3 dei Principi Unidroit, in alternativa alla risoluzione, D. CORAPI, *Equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, in *Europa e diritto privato*, 2002, p. 36.



3. – Tra i vari motivi di dissenso, e ragioni di perplessità, si possono qui richiamare due ordini di questioni⁷.

Il primo – che riguarda anche l’obbligo di fonte convenzionale – investe un problema di carattere generale, comune a tutti gli altri ordinamenti giuridici, che coinvolge il rapporto tra il ruolo del giudice e l’autonomia privata. La difficoltà è concepire una pronuncia che tenga luogo dell’adempimento dell’obbligo di cooperare per l’adeguamento del contratto a fatti sopravvenuti; in quanto, in assenza di criteri e parametri convenzionali, che riescano a esprimere e a definire misura e modi dell’intervento giudiziale, la pronuncia sull’inosservanza di un obbligo di ridurre, modificare, sostituire non si traduce – in linea di principio – nel ridurre, modificare, sostituire.

Quando il giudice, in assenza di una norma sulla revisione del contratto⁸, provvede ad adeguare il rapporto al mutarsi dello stato di fatto solleva in primo luogo una questione di politica del diritto, intesa a prospettare, nell’amministrazione della giustizia, una nuova disciplina del rischio; che risulti, ad esempio, più flessibile e rispondente alle esigenze del caso concreto, ad una più efficiente allocazione delle risorse, ad una nuova visione del diritto contrattuale⁹.

In altri termini, entra in gioco il ruolo e la responsabilità del giudice, che agirebbe come «a mixture of mediator and arbitrator»¹⁰.

Il secondo ordine di problemi, circoscritto alla tesi dell’obbligo legale di rinegoziare, gravita intorno alla relazione tra il potere di autonomia e l’esecuzione del rapporto, su cui agisce la buona fede. Sia che lo si concepisca come originario o come derivato, il potere di autonomia non è elemento del rapporto giuridico, ma ne costituisce il presupposto, la fonte e il titolo¹¹; e, in quanto tale, resta in sé estraneo all’azione della buona fede esecutiva. Ne discende che il potere autonomo – negoziale, mutevole e creativo – sciolto dal legame con l’atto in cui non si consuma né si esaurisce conserva un carattere pieno e

⁷ Si svolgono temi proposti e sviluppati nella mia monografia *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004 e nella mia voce enciclopedica *Rinegoziare (dir. civ.)*, in *Enc. Giur. Agg.*, XV, Roma, 2007.

⁸ V., sul ruolo della legge nell’intervento giudiziale sugli atti di autonomia e sulla calcolabilità giuridica delle decisioni contrattuali, C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Jus*, 2018, pp. 396-397.

⁹ Con lo strumento della sentenza determinativa, determinandosi elementi di contenuto del rapporto, si amministrano interessi.

¹⁰ S. MACAULAY, *The Real and the Paper Deal: Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules*, in *Implicit Dimensions of Contract. Discrete, Relational and Network Contracts*, Oxford, 2003, p. 91.

¹¹ S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Milano, (rist. inalt.) 1983, p. 181.



incondizionato anche nell'attuazione del rapporto; soggiacendo, nel suo esercizio, ai soli limiti segnati dall'ambito di applicazione degli artt. 1337 e 1338 cod. civ. Si può rilevare – in un quadro più ampio di considerazioni – che dalla clausola generale di buona fede discendono contegni dal contenuto specifico, atti che realizzano in sé elementi di contenuto del rapporto giuridico. Viene in rilievo, non l'attività strumentale al compimento di un atto che nella rinegoziazione – fenomeno dall'esito imponderabile – potrebbe chiudersi in sé stessa; bensì il rilievo funzionale che l'atto assume nell'attuazione del rapporto obbligatorio. L'azione in cui si lascia ridurre il comportarsi secondo buona fede è azione determinata, idonea a far conseguire un risultato utile. Non già un'azione che, pur esprimendo un impegno di cooperazione, rimanda il conseguimento di tale risultato ad un momento eventuale e successivo¹². In questa prospettiva si potrebbe discorrere di obblighi, non di rinegoziare, ma di modifica di elementi del rapporto; dove il potere di autonomia non è, per così dire, lo scopo dell'integrazione, ma strumento *misurato* di attuazione del rapporto¹³.

4. – Nel quadro descritto, delineato alla luce del vigente art. 1467 cod. civ. e delle comuni applicazioni della clausola generale di buona fede, occorre ora tornare sui criteri direttivi contenuti nel disegno di legge – recante la delega al Governo per la revisione ed integrazione del codice civile – per definirne la portata in continuità con il nostro sistema vigente. Ciò induce a formulare una norma che – in linea con il criterio dell'effetto, quello dell'adeguamento giudiziale del contratto – da un lato tenga fermi alcuni concetti presenti nell'art. 1467 cod. civ. e dall'altro si ispiri in certa misura alle regole contenute nei Principi *Unidroit* e al nuovo art. 1195 del *Code civil*¹⁴; codice, per tradizione, sensibile – come il nostro – ai principi dell'autonomia privata e della forza obbligatoria del contratto.

¹² Si diano due ipotesi che riescono ad esprimere, nell'ottica anche del problema indicato in queste pagine, il comune modo di operare del principio di buona fede: a) l'atto di tollerare che la prestazione sia eseguita in un luogo diverso da quello convenuto, senza che ciò implichi – per il creditore – un apprezzabile sacrificio (C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 481: è il problema della «difettosità» dell'adempimento in relazione al luogo in cui deve essere eseguita la prestazione). b) la modifica di clausole che si siano rivelate inattuabili, purché non comportino una modifica sostanziale del patto originario (cfr. Cass. 16 gennaio 1954, n. 86, in *Rep. Foro it.*, 1954, *Obbligazioni e contratti*, n. 207).

¹³ A proposito dell'idea di affidare il destino del contratto «ad una serie di nuovi doveri, in cui la buona fede s'intreccia con la lealtà, la solidarietà, il diritto a rinegoziare» Stefano Rodotà discorre di «eccesso di fiducia» nella ristampa integrata del 2004 de *Le fonti di integrazione del contratto* (Milano, 1969), p. XI.

¹⁴ V., anche nel raffronto con il vecchio art. 1134 del *Code civil*, E. TUCCARI, *Prime considerazioni sulla "révision pour imprévision"*, in *Persona e Mercato*, 2018, p. 1130 ss.



Il testo potrebbe suonare così:

«Se, in un contratto con prestazioni corrispettive¹⁵, la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa¹⁶ per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può richiedere all'altra parte la rinegoziazione del contratto.

La richiesta di rinegoziazione non attribuisce alla parte onerata il diritto di sospendere l'adempimento. In caso di rifiuto o fallimento della rinegoziazione le parti possono concordare la risoluzione del contratto alla data e alle condizioni da esse stabilite o chiedere di comune accordo al giudice l'adeguamento del contratto al fine di ripristinare la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute tra le parti.

In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, il giudice, accertata la situazione di cui al 1° comma, può, su richiesta di una parte, risolvere il contratto alla data e alle condizioni dal medesimo stabilite oppure adeguare il contratto al fine di ripristinare la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute tra le parti.

La risoluzione e l'adeguamento non possono essere domandate se l'eccessiva onerosità in dipendenza dell'evento sopravvenuto rientra nell'alea normale del contratto¹⁷.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione o l'adeguamento può evitarle offrendo di modificare le condizioni del contratto. In assenza di accordo provvede il giudice»¹⁸.

¹⁵ Si prevede nel disegno di legge delega che il nuovo rimedio operi per «ogni ipotesi di eccessiva onerosità» volendosi a mio avviso intendere che il rimedio non è in sé circoscritto alla formula contenuta nell'art. 1467 cod. civ. «contratti ad esecuzione continuata o periodica o a esecuzione differita» e lasciando implicito il riferimento, nei contratti coinvolti dalla sopravvenuta eccessiva onerosità, l'elemento «tempo».

¹⁶ La locuzione si riferisce – secondo le comuni interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali del vigente art. 1467 cod. civ. – anche all'onerosità indiretta. È il caso in cui il debitore di merci e di servizi lamenti, anche in via di eccezione, lo svilimento della controprestazione in denaro a causa della sopravvenuta svalutazione monetaria.

¹⁷ Ferma l'applicazione dell'art. 1469 cod. civ., si predilige, in continuità con l'art. 1467, 2° comma, cod. civ., la nozione di alea normale a quella di rischio – anche implicitamente – assunto dalle parti (cfr. il nuovo art. 1195 del *Code Civil*). Si conserva così il patrimonio di interpretazioni offerte dalla Corte di cassazione relative al concetto di alea normale del contratto come il criterio della frequenza statistica dell'avvenimento sopravvenuto e del giudizio di conoscibilità che a mio avviso può anche coinvolgere, sotto il profilo dei doveri di informazione, l'ambito della responsabilità precontrattuale.

¹⁸ Si darebbe spazio nel processo – in linea con il vigente art. 1467 cod. civ. – alla dialettica delle parti nell'esercizio del potere di autonomia.



MARIO BARCELLONA

Professore ordinario di diritto civile – Università di Catania

IL CONCETTO DEL DIRITTO DI ANGELO FALZEA

SOMMARIO: 1. Introduzione: una mancanza e un rimpianto. – 2. Premessa filosofica: un irripetibile cenacolo. – 3. Falzea sul concetto del diritto: i valori. – 4. E la cultura. – 5. Tre domande: sulla forma. – 6. Sulla sanzione. – 7. E sull'interpretazione.

1. – Debbo confessare che avverto una certa difficoltà a parlare di Angelo Falzea e del concetto di diritto da Lui elaborato dinnanzi ad un uditorio che sulle riflessioni di questo grande Maestro si è formato ed è cresciuto, e soprattutto che ha avuto l'immensa fortuna di apprendere dalla sua viva voce e di dialogare con Lui.

Lo avevo letto anch'io il testo di Falzea nella prima edizione degli anni '70, me lo aveva dato mio fratello Pietro, ingiungendomi di studiarlo.

Lo lessi, lo ammirai rimanendo quasi sconvolto dalla cultura che vi traspariva. Ma non lo seguii. Perché mi sembrò, allora, che mi allontanasse dal mio percorso di ricerca, che, era anch'esso un po' estroverso per un giovane privatista, ma che privilegiava la storia e l'economia.

In questo, forse, non lo capii abbastanza perché il mio livello di astrazione, allora, non era ancora sufficiente a cogliere quanto di storia e di economia fosse implicito nell'approccio filosofico di Falzea.

L'ho riletto il libro di Falzea a distanza di quarant'anni e ne sono rimasto, oltre che ancor più ammirato, confortato e dispiaciuto.

Confortato, perché mi è sembrato che le cose che sono venute pensando in questi molti anni siano meno strane di quello che potrebbe pensare: in Falzea ho ritrovato, con un linguaggio diverso e più filosofico, pensieri e proposizioni sul diritto, ai quali anch'io, a modo mio, credo di essere giunto.

Dispiaciuto, anzi amareggiato, non solo perché mi sono reso conto che, se avessi se-



guito l'ingiunzione di mio fratello, avrei accelerato i tempi della mia riflessione, ma anche perché avrei potuto cercare con questo grande Maestro una consuetudine e un dialogo, di cui ora avverto tutta mancanza.

Ma questa breve storia personale, anzi questo sentimento, aiuta a capire lo spirito di queste mie brevi riflessioni sul Concetto del diritto di Angelo Falzea.

Innanzitutto, vorrei parlarne per come credo si possa capire con gli occhiali che in questi anni mi sono costruito, che mi sembravano un po' diversi e che, invece, lo sono in una misura molto inferiore a quel che si potrebbe pensare.

In secondo luogo, vorrei esporvi gli interrogativi che da questa lettura mi vengono e che avrei voluto rivolgere al Maestro.

2. – Il pensiero sul diritto di Falzea ha un impianto filosofico che non ha pari, non solo – come potrebbe essere comprensibile – fra i giuristi positivi ma neanche fra i filosofi del diritto.

Ancora ragazzo, ne sentivo parlarne da Pietro e Lorenzo Campagna, sentivo parlare di un cenacolo filosofico che si raccoglieva attorno a Pugliatti, De Stefano e Falzea.

Non sono in grado di affrontare questo versante filosofico del pensiero di Falzea. Ma a questo provvederà Massimo La Torre con la scienza e la bravura che gli sono proprie.

Io posso solo rassegnarvi gli echi che mi è sembrato di cogliere nelle pagine di Falzea.

Quello, ovviamente, della filosofia della cultura, che, però, mi è sembrata declinata di più in una direzione eminentemente storico-sociale, la quale mi fa pensare soprattutto a Wilhelm Dilthey.

Quello – mi è parso – del neo-kantismo di Marburgo, soprattutto nella direzione impressagli da Nicolai Hartmann, ma declinata su di un versante ancor più fenomenologico, che mi ha fatto pensare a Georg Simmel, e razionalistico, che mi ha ricordato la rivisitazione fattane da Antonio Banfi.

E molti altri: da Max Weber fino a – potrebbe sembrare questo più che azzardato – Friederich Nietzsche, solo per citare le suggestioni più immediate che mi sono venute dalla considerazione di alcuni passaggi cruciali della riflessione di Falzea.

Forse, questi riferimenti sono solo il frutto di abbagli favoriti dalla mia inesperienza filosofica. Ma, al di là del dettaglio, rientrano – a me sembra – in un clima culturale generale che si respira profondamente nei passaggi cruciali delle pagine di Falzea, e che aiuta a coglierne la portata.

Ed è proprio su questi passaggi cruciali che vorrei portare la vostra attenzione.



3. – Valore e cultura sono gli ingredienti fondamentali della teoria di Falzea. E da essi, perciò, occorre prendere le mosse. Anche perché di essi si sono date letture che, a mio avviso, talvolta oltrepassano un po' le formulazioni del Maestro. Perché – credo – sembrano enfatizzarne un'accezione comune dei valori, la quale viene di più dal giusnaturalismo e dall'idealismo e si discosta, perciò, dall'impianto filosofico di Falzea.

Dal concetto di valore Falzea inizia la sua riflessione sul diritto. Tanto che proprio dal riferimento al valore Lui stesso trae la definizione filosofica del proprio pensiero come di un Assiologismo realistico.

Del valore Falzea elabora una concezione, la quale si avvale di una struttura della logica deontica e di due ingredienti empirici, l'interesse e quel che gli fa riferire questa struttura di dovere.

Dal punto di vista della struttura deontica, valore è l'“esigenza che un *quid* accada”, consiste, perciò, in una predicazione deontica dei fatti ed opera come un criterio selettivo di essi, il quale si avvale di un codice binario: bello/brutto, buono/cattivo, lecito/illecito, ecc.

Ciò sposta il baricentro dei valori dalla struttura generale del valere al *quid* cui essa è riferita per avvalorarlo ed a ciò che lo fa denotare con l'“esigenza che accada”.

Su questo piano, Falzea chiarisce, fin dall'inizio e in modo lapidario, che i valori sono oggettivi e reali.

Oggettivi, perché non vengono *ex voluntate*, non discendono da un'affermazione del soggetto, ma attingono la loro esistenza da una realtà che gli è esterna, che sta oltre la coscienza.

Reali, perché la realtà dalla quale si attingono non consiste in una sostanza ideale, ma è quella che si forma e si rinviene nella prassi, nella vita, e che è fatta di interessi.

I valori giuridici sono, perciò, interessi che si formano nella prassi e che in essa stessa ricevono la forma del valore, ossia l'esigenza che accadano”.

È proprio in questa combinazione di oggetto della valorizzazione e di riferimento ad esso di tale struttura deontica, e cioè dell'“esigenza che accada”, che, secondo Falzea, sta il carattere oggettivo e reale che Egli attribuisce ai valori.

Essi – come si è detto – non vengono da una sostanza ideale, bensì si producono nella prassi. Dalla quale prassi – è necessario sottolinearlo – si originano non solo la determinazione di ciò che vale ma anche l'esigenza che valga.

I valori giuridici, infatti, hanno fondamento nella prassi, perché si producono interamente in essa non solo quanto ai contenuti, agli interessi valorati, ma anche quanto



all'“esigenza che accadano”, ossia quanto al riferimento a questi contenuti della predicazione deontica che li muta in valori.

Dunque, i valori hanno fondamento nella realtà per entrambe le loro due componenti costitutive, ossia per la loro sostanza e per la determinazione che essa valga. E la realtà che li genera è una realtà, che si dà nel mondo empirico. Sicché si possono conoscere solo attraverso gli strumenti delle scienze storiche ed empiriche che questo mondo descrivono.

Ma Falzea insiste su questo e ci dice ancora che i valori giuridici esibiscono una doppia positività.

La positività che viene loro dall'origine empirica della loro sostanza.

E la positività che viene loro dall'origine altrettanto empirica dei fatti e delle proposizioni che li evidenziano, ossia della selezione che li orienta alla doverosità e li sottopone al codice binario di lecito/illecito.

Ma questa doppia positività, a ben vedere, opera anche in un altro senso.

Non solo in quel senso che si dà, per l'appunto, sul piano genetico: è la prassi che crea tanto la sostanza dei valori che l'esigenza che essi “avvengano”, che produce gli interessi e seleziona quelli che debbono valere.

Ma anche in quel senso, conseguente, che investe il piano gnoseologico: i valori si cercano e si trovano con gli strumenti di conoscenza della prassi.

Detto in termini più semplici: i valori non stanno nell'intelletto o nello spirito universale o nel mondo dell'Essere, ma stanno tutti nella realtà mondana e, perciò, richiedono di interrogare non l'intelletto o lo spirito, ovvero la filosofia, bensì il mondo, questo mondo, con i modi descrittivi, e non prescrittivi, che sono propri della sua conoscenza.

Per questo all'inizio richiamavo non solo Dilthey, ma anche Weber e addirittura Nietzsche, e poi Hartmann.

Vi è, infatti, in Falzea un rifiuto radicale di qualsiasi trascendenza metafisica dei valori, in quel senso generale che si può leggere anche in Weber o addirittura – evidentemente lo dico in modo un po' provocatorio – anche in Nietzsche, quando afferma che i valori consistono nella solidificazione delle credenze di un tempo della società. E cioè nel senso che i valori non hanno molto a che vedere con la coincidenza di ordine, legge e Verità, sia questa una verità trascendente o comunque la verità ultima che si voglia predicare dell'uomo.

E rievoca Hartmann quando questi prescrive in ordine ai valori l'atteggiamento puramente descrittivo della fenomenologia.

Ora tutto questo allontana Falzea dal modo in cui i giuristi positivi, di solito, si sono



riferiti, e tuttora spesso si riferiscono, ai valori. Questo modo, infatti, si addice alle fattezze del giusnaturalismo o di una qualche versione dell'idealismo, piuttosto che al pensiero radicalmente antimetafisico e positivo del Maestro.

E questo a me sembra necessario sottolinearlo, perché cambia, e di molto, l'onere dimostrativo del ragionamento giuridico, quando ci si voglia riferire ai valori per come Falzea li intende. Lo sposta dall'argomentazione sull'uomo, la sua natura e le sue prerogative universali alle forme segnaletiche o ostensive – come le chiama Falzea – che soltanto dei valori attestano l'empirica esistenza. Lo sposta da quel che al giurista appare “giusto” in nome di qualcosa ai “segni” con cui la prassi lo evidenzia, quando lo evidenzi, come doveroso.

4. – Altrettanto cruciale è il concetto di cultura di cui si avvale Falzea. Perché la prassi, che produce, seleziona ed avvalora i valori consiste proprio nella cultura.

Solo che la cultura di Falzea non è la cultura dei giuristi e neanche quella dei filosofi.

È, invece, la cultura – come Lui stesso la definisce – positiva. È una cultura che attraversa in egual modo il mondo materiale e quello spirituale e si dà tutta nello storico-sociale. Rispetto al quale dà forma, volta a volta, a un “dato stile di vita”, che contrassegna le diverse epoche della società.

Questa cultura – per intendersi – corrisponde a quello che, nel linguaggio marxiano ma non solo, si direbbe una “formazione sociale”. Poiché è comprensiva di tutte relazioni materiali e spirituali che identificano un'epoca della società, che ne definiscono l'identità storica.

La cultura, per Falzea, si compone, infatti, degli interessi che germinano dal modo della riproduzione materiale e dal modo dell'organizzazione spirituale del mondo. Essa – spiega Falzea – si determina in forza tanto della necessità della cooperazione che della artificialità del modo in cui, di volta in volta, si organizza nello storico-sociale. Definendo quello che il Maestro chiama un “dato tipo di vita”, ossia una fase, un tempo della storia dell'uomo.

Questa cultura, perciò, non è universale, ma segnata dalla temporalità, e differenzia le società sia diacronicamente che, almeno un tempo, sincronicamente.

A me è sembrato che questo si potesse anche dire con le categorie di Aristotele. La divisione sociale del lavoro comporta la necessità dello scambio, e cioè appunto della cooperazione. Ma lo scambio richiede una misura comune che permetta di comparare quello che nella realtà è ontologicamente diverso, e cioè una *axia*, la quale non si dà in



natura, dove regna la l'incommensurabile diversità, ma si determina nella *polis* in esito ad un *polemos*. Che, però, per dover dare sempre conto e ragione di sé, deve proporsi all'insegna del *logos*. Perciò, il *nomos* che introietta e dà forma a questa *axia*, a questo valore, è necessario, perché senza di esso non c'è scambio sociale e non c'è società, ma è anche artificiale, perché non si dà in natura ma è socialmente, anzi politicamente, istituito, ed è temporale, perché non si dà una volta per tutte bensì muta nel tempo secondo le deliberazioni della *polis*, ma è pure universale, perché, tuttavia, è pensato sempre come la "giusta misura", come una misura che viene da una ragione che vorrebbe valere per sempre.

Da qui nasce il continuo slittamento dei giuristi dall'artificio alla necessità, dal temporale all'universale, che – a me pare – influenza talvolta il modo di leggere Falzea.

Ma questa cultura non è, però, un mero coacervo, unito solo dal tempo nel quale si dà.

Gli interessi che la compongono e che conformano i caratteri di un'epoca si dispongono – avverte Falzea – in sistema, nel sistema degli interessi che strutturano un "dato tipo di vita".

Questi "interessi conformativi" ed il sistema cui danno vita strutturano, a loro volta, il sistema giuridico. Che, perciò, consiste nell'insieme degli interessi sistemicamente strutturati, che una società, di volta in volta, muta in valori giuridici, e cioè che presidia con l'"esigenza che accadano".

Ciò che regge la trasmutazione di un interesse dal suo stato genericamente sociale a quello di interesse valorato, di valore giuridico, ossia quel che presiede al passaggio di un interesse dal sistema sociale al sistema giuridico, è – dice Falzea – l'"interesse fondamentale". Il quale, però, non è da Lui concepito come un principio evolutivo indeterminato, ma come l'interesse alla conservazione degli interessi che soltanto siano coerenti ad un "dato tipo di vita", e cioè al modo in cui si è strutturata la riproduzione sociale in una determinata epoca della storia.

Questo passaggio teorico oltrepassa la teoria dei sistemi sociali di Niklas Luhmann, con la quale questa riflessione di Falzea sulla cultura, nonostante una semantica molto diversa, potrebbe sembrare abbia molti aspetti comuni.

Si potrebbe anche dire – come a me è sembrato – che questo interesse fondamentale consista nell'orizzonte di un tempo della storia ovvero nel senso nucleare di un'epoca. Ma la sostanza è la stessa.

Questo interesse fondamentale, questo senso nucleare, che scandisce i tempi della storia, è comune all'intera società, ad un "dato tipo di vita" – come dice Falzea. Ma nel campo del diritto – spiega Falzea – opera come necessità e come coerenza.



Come necessità, che gli interessi conformativi, cioè quelli che sono indispensabili perché si dia un “dato tipo di vita” e non un altro, siano valorati, assurgano a valori giuridici.

Come coerenza, che presiede alla loro strutturazione sistemica secondo criteri di gerarchia e distinzione, ovvero – come scrive Falzea – alla loro articolazione in “principi fondamentali e principi derivati”.

Su questo concetto di cultura si regge, per l'appunto, la teoria del diritto di Falzea. La quale, perciò, come ogni grande teoria del diritto è anche, se non in primo luogo, una teoria della società.

Da questo concetto muovono le sue critiche, ad un tempo, del formalismo kelseniano e del sociologismo giuridico, del giusnaturalismo e del volontarismo positivistico.

E da questo concetto e dalla centralità che in esso assume la prassi procedono tanto la sua originale concezione positiva della forma, che articola in forme segnaletiche e forme ostensive, che la sua presa di posizione sull'interpretazione, la quale rifiuta le “mere illusioni segnaletiche e le mere evocazioni simboliche” e la assegna, piuttosto, al tempo della concretizzazione.

5. – Come credo si sia capito, nelle pagine di Falzea ho trovato le risposte ai principali interrogativi che hanno segnato il mio percorso intellettuale, in un altro linguaggio ma con la medesima sostanza.

Questo spiega perché le domande che mi è sembrato si possano porre alle sue pagine superbe del Maestro potranno apparire, e sono, alla fine, solo marginali.

Queste domande sono tre e concernono la forma, la sanzione e l'interpretazione.

C'è in Falzea una comprensione forte della forma: ad essa è assegnato il compito cruciale di segnalare il passaggio di un interesse dal campo sociale a quello giudico, la sua ascensione al mondo dei valori giuridici.

E c'è soprattutto un radicamento assolutamente originale della forma nella prassi: questo passaggio, infatti, si origina dalla stessa sostanza, dall'interesse fondamentale che la attraversa e dalla selezione che esso opera.

Questo rapporto tra forma e sostanza, forse, potrebbe essere spinto un po' più in là. E su questo avrei voluto interrogare il Maestro.

Provo a chiarire quello che intendo.

La forma segna il trapasso dal sociale al giuridico.

Ma come il sociale non è sempre lo stesso e si correla ad un “dato stile di vita”. Così



– a me sembra – anche la forma non è sempre la stessa e si correla anch’essa al “dato stile di vita” che, volta a volta, norma.

Falzea sottolinea il carattere generale e astratto con cui le proposizioni normative si presentano. Ma non si cura di mostrare che questi caratteri non sono del diritto in generale, della norma in ogni tempo, bensì sono propri pienamente solo del diritto moderno: solo in questo, infatti, l’obbligazione giuridica, il darsi di un interesse come valore, non dipende dallo *status* dei suoi destinatari, dei portatori dell’interesse avvalorato, bensì, per la prima volta nella storia, dalla nuda qualità di uomo.

Orbene, in questa specifica qualità della forma, nella sua costitutiva impersonalità, è racchiuso – io credo – tutto il senso nucleare della modernità, l’“interesse fondamentale” da essa istituito.

Generalità ed astrattezza implicano l’indifferenza del diritto alle determinazioni sociali, politiche ed economiche degli uomini: ma il «chiunque», in quanto assunto a prototipo del soggetto della proposizione normativa, implica necessariamente il principio di eguaglianza, il “soggetto giuridico” in luogo del servo e del signore.

Il principio di eguaglianza, però, implica, a sua volta, il principio di libertà: giacché, se tutti sono eguali, a nessuno è dato di avere potere sugli altri.

Ma la libertà istituisce il consenso come forma universale delle relazioni sociali: giacché chi è libero può essere obbligato solo in forza della sua volontà, del suo consenso.

E il consenso, a sua volta, subordina ogni connessione sociale all’interesse e/o al bisogno, ossia all’impellenza economica: perché senza un interesse o un bisogno ci si dovrebbe obbligare? E perciò sottopone, altrettanto necessariamente, tutte le relazioni sociali fondamentali alla forma del libero scambio.

Un diritto così strutturato implica, dunque, il mercato come mediatore universale dei rapporti sociali, un mercato che, a sua volta, non si dà se non sotto le condizioni dell’eguaglianza, della libertà e del consenso, che postulano, appunto, la generalità ed astrattezza del diritto.

Ma se così – ed è questo quello di cui avrei voluto discutere con il Maestro –, allora la sostanza – come la chiama Falzea – entra dentro la forma, la quale, perciò, diviene una *forma sensata*, una forma che comanda essa stessa un senso sostanziale al di là della sostanza che recepisce: essa comanda il contratto, perché l’economia sia distinta dalla politica e dalla morale e sia retta solo dal libero mercato.

E i mutamenti che il diritto moderno ha subito per un lungo tratto del “secolo breve” lo confermano: perché per costruire il *Welfare State*, e da noi per implementare il 2° comma dell’art. 3 cost., il diritto ha dovuto rinunciare a pezzi della sua generalità e della sua astrattezza.



6. – Ma questo introduce al secondo interrogativo che avrei voluto rivolgere a Falzea, quello sulla sanzione, e quindi sulla coazione.

In realtà, più che di un interrogativo, si sarebbe trattato di una richiesta di chiarimento, perché a me pare che le pagine di Falzea in proposito parlino chiaro.

È indiscusso che Falzea indichi chiaramente la coazione tra i caratteri differenziali del sistema giuridico dal sistema culturale in generale.

Ma è anche vero che su questo carattere le sue pagine non si soffermano molto.

Questo ha, essenzialmente, due ragioni.

La prima è che al Maestro interessa soprattutto, e del tutto giustamente, quel che i giuristi solitamente dimenticano. Ossia, che l'universo giuridico non si esaurisce affatto in quel che appare nelle controversie, di cui solo si occupano. Accanto a quest'ambito mostrato dal processo, ve ne è un altro, enormemente più grande, nel quale le norme sono osservate spontaneamente, anzi – più esattamente – dove sono osservate non per la minaccia della sanzione bensì per la loro corrispondenza allo “stile di vita dato”.

Questa considerazione è decisiva per molte cose che interessano alla scienza giuridica. Tra le quali – come appresso si vedrà – la stessa interpretazione del diritto, perché le offre un ausilio decisivo per orientare la comprensione delle norme e colmarne le lacune. Ma lo è, innanzitutto, per intendere la genesi dei valori giuridici, e dunque del sistema giuridico in generale.

E questa è la seconda ragione. Come si sa, la coazione è il fulcro sul quale poggiano, insieme, tanto l'imperativismo volontaristico che il formalismo kelseniano. Contro i quali Falzea conduce una strenua, e giusta, battaglia teorica. E si capisce, perciò, perché, nel suo ragionamento sul diritto, coazione e sanzione non trovino grande spazio.

Ma questo finisce per fargli decentrare alcuni aspetti dell'universo giuridico, che alla sanzione sono legati e che, invece, nelle sue pagine si rinvencono altrove.

Il più importante di questi aspetti è costituito dal primato che, tuttavia, la legge assume nei sistemi giuridici moderni.

Come sappiamo, Falzea ci insegna che la forma, che riferisce ad un interesse il carattere del valore, si articola in segnaletica e ostensiva: la prima si dà non solo nei fatti rivoluzionari ma anche negli standard e soprattutto nelle prassi integrative e nelle prassi giudiziarie; la seconda, invece, si dà nel linguaggio, ossia nelle proposizioni normative, le quali solo procedono alla valorizzazione di un interesse connettendovi espressamente una sanzione come conseguenza della sua violazione.

Queste due forme sembrano prospettate come equivalenti e fungibili. Ma non è proprio così.



Non lo è – a me pare – per lo stesso Falzea, là dove vi assegna, in un sistema giuridico ormai “a regime”, lo spazio delle prassi integrative (nelle quali, alla fine, rientrano anche gli standard) ed attribuisce alle prassi giudiziarie, che vi si aggiungono, una funzione determinativa, quella – come appresso si vedrà – della concretizzazione dell’astrattezza normativa.

Il carattere integrativo e determinativo, che così Falzea assegna alle forme segnaletiche, ne mostra, allora, il carattere, alla fine, secondo rispetto alla forma ostensiva: le forme segnaletiche, ossia le prassi normative, o investono l’apice del sistema normativo, e cioè qualcosa di simile al lato oscuro, tutto materiale della *Grundnorm* kelseniana, ovvero possono svilupparsi solo a ridosso della legge, non possono oltrepassarla e darsi *contra legem*.

Ma in questo primato della forma ostensiva è anche racchiuso il primato virtuale della politica, alla quale il sistema giuridico consegna il compito di presiedere alla evidenziazione degli interessi e alla loro manifestazione come valori giuridici nella forma della legge.

Anche questo si può evincere dalle pagine di Falzea, là dove spiega che il “primato della politica” sta nell’interpretazione e determinazione dell’“interesse fondamentale” e che al diritto spetta il compito di controllare la correttezza di questo processo interpretativo e la congruenza del programma normativo in cui esita.

Ora, sottolineare tutto questo giova a due cose, che non mi sembrano secondarie, e che si mostrano, invece, messe in dubbio in questa fase della nostra cultura giuridica.

La prima è che la confutazione, che Falzea brillantemente sviluppa, del giusnaturalismo si dà sotto l’insegna di uno strenuo spirito democratico. Primato interpretativo della politica e primato del controllo giuridico, infatti, sanzionano, insieme, che non *quod principi placuit legis habet vigorem*, bensì che spetta alla *polis* strutturata di comprendere l’interesse fondamentale che essa stessa ha creato nel suo stato istituyente, e che questo deve fare osservando le istituzioni che essa stessa si è data e secondo le quali si è organizzata.

L’altra segue a questa, ma per il modo di operare dei giuristi può sembrare pure importante. E consiste nell’idea che si possa ipotizzare un valore che non abbia una sanzione e che, perciò, si possa prospettare come problema interpretativo quello di un valore non sanzionato al quale l’interprete debba trovare, in un modo o nell’altro o – meglio – come che sia, una sanzione.

Ebbene, il primato della forma ostensiva si può pensare escluda, in linea di massima, che all’interprete sia dato di introdurre un *novum* normativo che vada oltre la dimensione



integrativa o determinativa entro cui è circoscritta l'operatività delle forme segnaletiche, ossia che gli sia dato di connettere ad un "interesse sociale" una sanzione giuridica anche quando questa connessione non sembri compatibile con l'interpretazione dell'"interesse fondamentale" incarnata nella legge, così contravvenendo al primato interpretativo della politica democratica.

La sanzione, così, sembra si possa intendere come custode di questo limite, come ceppo che segnala i confini dell'innovazione giuridica.

7. – Ma così si è già nel bel mezzo della mia terza richiesta di chiarimenti, che concerne, appunto, l'interpretazione.

Nel pensiero di Falzea il campo dell'interpretazione è istituito dalla stessa astrattezza della forma ostensiva, e cioè delle norme, dal limite cognitivo che è loro proprio e dalla concretizzazione di cui inevitabilmente abbisogna la loro applicazione.

Al tempo dell'astrazione segue, perciò, il tempo della concretizzazione. La quale deve essere – dice Falzea – oggettivamente garantita. E per esserlo deve procedere attraverso la messa a punto del problema e l'identificazione della soluzione secondo il principio di convenienza allo spirito del sistema e con un procedimento di approssimazione circolare.

Il paradigma del tipo normativo di problema, secondo cui guardare circolarmente al caso e alle norme e la bussola del senso nucleare incorporato nel sistema giuridico sono, dunque, gli arnesi dell'interprete.

Questi arnesi portano con loro – a me sembra – un risultato e un presupposto.

Il risultato è che si comprende così una questione che ancora divide la teoria dell'interpretazione, quella di un *novum* che il positivismo non riesce a concepire e quella di un limite del *positum* che le concezioni creative si ostinano a negare.

E che si può esprimere con questa metafora: l'interpretazione appresta al mondo sempre nuove case per dare un tetto alle sue crescenti complessità, ma tuttavia le costruisce con i mattoni che già si ritrova e perciò sempre rievoca le architetture da cui li ha tratti.

Il presupposto è illustrato magistralmente da Hans Georg Gadamer, si chiama «fedeltà dell'interprete» e consiste in ciò, che «il compito del comprendere e dell'interpretare si dà solo dove qualcosa è statuito in modo da valere insopprimibilmente e obbligatoriamente come legge ... (e suppone) che un testo obblighi lo, e venga concepito come obbligatorio dallo, stesso autore dell'interpretazione, giacché una volontà, invece, libera dalla legge esercita la coazione senza alcun riferimento alla legge, e dunque senza la mediazione di alcuna volontà interpretativa».

JUS CIVILE



Entro questi argini, dello specifico mix di *novum* e *positum* e della fedeltà dell'interprete, scorre l'interpretazione. Ma fra essi scorre anche il primato interpretativo della politica ed il primato regolativo del diritto. Solo, però, che nessuno di questi argini è presidiato da una sanzione. E nulla, perciò, garantisce che non vengano abbattuti.

Quello che, allora, il pensiero di Falzea insegna è che il trapassamento di questi argini, che oggi da più parti si immagina, prospetta un tempo nel quale il mondo si divide tra le potenze economiche, che si sottraggono al diritto, e le élite intellettuali, che si fanno latrici di idee progressive le quali, però, scavalcano le prassi comuni depositarie del valore giuridico. E insegna, perciò, che questo è proprio il costo della morte della politica al quale stiamo assistendo.



A. Caprara, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, Napoli 2017 ¹

Die 2017 unter dem Titel „*Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*“ erschienene Monographie von Andrea Caprara widmet sich der Problematik der modernen Unternehmen, die entweder vom Staat direkt kontrolliert werden oder mit diesem durch aktive Kapitalbeteiligungen kooperieren.

Die sehr interessante Thematik betrifft einerseits zahlreiche juristische Probleme der aktuellen italienischen Gesetzgebung zur Regulierung dieser mit dem Staat zusammenarbeitenden Unternehmen, andererseits die vielfältigen sozialen und ökonomischen Aspekte dieser Aktivitäten innerhalb eines Staates und seiner Marktwirtschaft. Insbesondere seit der letzten großen Wirtschaftskrise 2008 und mit der Einführung der europäischen Richtlinie 2014/59/UE (*Bank recovery and resolution Directive*) werden das Zusammenspiel zwischen dem Staat und der freien Wirtschaft sowie die Interventionen der Politik in die Marktwirtschaft immer wichtiger und stellen ein brisantes Thema für unsere Gesellschaft dar, wie Caprara in der Einleitung richtig bemerkt.² Es geht dem Autor dabei um die Notwendigkeit staatlicher Eingriffe in die Wirtschaft, um mögliche Probleme zu vermeiden, die der freie Markt selbst verursacht oder nicht lösen kann, und die für die Gesellschaft und die Wirtschaft eines Landes große Schwierigkeiten und soziale Krisen verursachen könnten. Ein ideologisches und historisch-kulturelles Problem, das seit der zweiten Hälfte des XX. Jahrhunderts unsere politische Gesellschaft und die damit verbundenen ökonomischen und rechtlichen Rahmenregelungen beherrscht. Wenn es am Ende der 90er Jahre des vorigen Jahrhunderts schien, dass sich die Gesellschaft durch viele Privatisierungen für eine vollkommen freie, vom Staat streng entkoppelte, Marktwirtschaft entschieden hatte, sehen wir hingegen seit 2009 eine starke Kontraten- denz. Heute ist das Thema der Intervention des Staates in die Wirtschaft für Regierungen besonders relevant und wird auch als eine Art „letzter Schutz“ einer als viel zu instabil

¹ Scritto destinato, in versione abbreviata, alla *GPR-Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*.

² A. Caprara, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, Napoli 2017, S. XIV.



und unkontrollierbar empfundenen globalisierten Weltwirtschaft gesehen.

Auf der Basis dieser Grundlagen über die Interventionen des Staates in die Wirtschaft beginnt die Untersuchung Capraras, die sich aus den folgenden drei Linien entwickelt: der Untersuchung der nationalen Disziplin, der Entwicklung des staatlichen Unternehmens als sozial-wirtschaftliches Phänomen und der systematischen Analyse der Rechtsdisziplin der Unternehmen, an denen sich die öffentliche Verwaltung beteiligt³.

Im Sinne dieser drei Untersuchungslinien handelt das erste Kapitel des Werkes („*L'impresa pubblica come fenomeno giuridico pressoché estraneo al codice civile. Profili storici e ricostruttivi*“) von der rechtlichen Geschichte der staatlichen Unternehmen als juristisches Phänomen und versucht das Profil des Instituts zu rekonstruieren⁴.

In diesem Kapitel werden unterschiedliche wichtige Aspekte und Facetten der aktuellen Rechtsdisziplin dieser Unternehmen rekonstruiert und dargestellt. Insbesondere verdienen die Überlegungen Capraras im Bereich der Verhältnisse zwischen der rechtlichen Gestaltung des Staatsunternehmens im *Codice Civile* (insbesondere die Umsetzung der Regelungen zum Staatsunternehmen auf die Definition des Unternehmers im art. 2082) und den speziellen Gesetzen, die für spezifische Rechtsfiguren der staatlichen Beteiligung eines Unternehmens im Laufe der Zeit entwickelt wurden, Aufmerksamkeit⁵. Wie der Autor bemerkt, ist die Harmonisierung zwischen den wenigen Regelungen des *codice civile* und den weiteren Gesetzen über das staatliche Unternehmen sehr schwierig und von Fall zu Fall zu bewerten: „*è un modello giuridico non unitario da contrapporre all'impresa privata, perché l'impresa pubblica è un fenomeno che va colto di volta in volta in relazione alla legge applicabile che la prevede o che disciplina l'intervento pubblico*“⁶.

Des weiteren verfolgt Caprara im selben Kapitel einerseits das Ziel, die Methodologie und Ideologie hinter der rechtlichen Ausgestaltung der organisierten wirtschaftlichen Aktivitäten darzustellen, und andererseits unternimmt er eine kulturelle, historische und sozial-ökonomische Rekonstruktion des Unternehmens und der staatlichen Intervention in die Handelswirtschaft und der historischen Gründe (seit 1942) der Existenz der Rechtsfigur des staatlichen Unternehmens⁷.

Es ist bemerkenswert, wie der Autor mit gutem Erfolg versucht, die modernen re-

³ A. Caprara, *Impresa pubblica*, S. XVII-XVII.

⁴ A. Caprara, *Impresa pubblica*, S. 2 ff.

⁵ A. Caprara, S. 3.

⁶ A. Caprara, S. 3.

⁷ A. Caprara, 4-7; Siehe dazu auch die Überlegungen von G.R. Elton, *Ritorno alla Storia*, Milano 1994, S. 21 ff.



chtlichen Aspekte parallel zu den historischen Facetten und Hintergründen sowie mit der Methodologie der Lehre darzustellen. Ein gutes Beispiel dafür sind die Unterkapitel 2.4: „*La collocazione sistematica e l'approccio metodologico proposti dalla dottrina del Novecento: l'impresa pubblica come mero termine di riferimento per spiegare il carattere economico dell'attività di impresa*“⁸ und 3.: „*L'impresa come modello culturale, storico e socio-economico: l'incidenza dei fattori che tali modelli esprimono per la descrizione del ruolo dell'impresa pubblica*“⁹.

Besondere Beachtung verdienen auch die beiden Unterkapitel 3.1 und 3.2 über das deutsche Modell des Unternehmens zu Beginn des XX. Jahrhunderts und die staatlichen Eingriffe in die Wirtschaft nach deutschem Recht¹⁰. In diesen Unterkapiteln über das deutsche Recht wird auch die rechtliche Situation Österreichs am Anfang des XX. Jahrhunderts erläutert¹¹.

Das gesamte erste Kapitel folgt dieser historischen Linie der Rekonstruktion und stellt alle wichtigen Aspekte der Rechtsgeschichte des staatlichen Unternehmens und der staatlichen Eingriffe in die Wirtschaft durch Kapitalbeteiligungen dar. In diesem Sinne sind von großem Interesse die zwei Kapitel 3.4¹² und 3.5¹³ über die Geschichte der staatlichen Intervention und des Staatsunternehmens seit den 30er Jahren, während des Faschismus bis zu den ersten Jahren der Republik nach der neuen Verfassung 1946. Hier wird erörtert, wie zum Beispiel diese Staatsbeteiligung mit dem IRI („*Istituto per la ricostruzione industriale*“) aussah, und dann mit dem „*Ministero delle partecipazioni Statali*“ ausgestaltet wurde¹⁴. Im gesamten Unterkapitel 4 wird sodann die rechtliche Disziplin des *codice civile* (insbesondere wegen des Schweigens dieses Gesetzbuches zu den Staatsunternehmen) bis zu den speziellen Gesetzen historisch und systematisch dargestellt¹⁵. Das Kapitel endet mit einer sehr eruierten Interpretation der rechtlichen Probleme und einer eigenen Würdigung und Interpretationstheorie Caprara's über die Gründe des Fehlens im *Codice Civile*¹⁶.

⁸ A. Caprara, S. 28 ff.

⁹ A. Caprara, S. 39 ff.

¹⁰ A. Caprara, S. 43-51.

¹¹ A. Caprara, S. 49.

¹² A. Caprara, S. 59 ff.

¹³ A. Caprara, S. 67 ff.

¹⁴ A. Caprara, S. 67-71.

¹⁵ A. Caprara, S. 81-112.

¹⁶ A. Caprara, S. 112-120.



Im folgenden Kapitel („*Il valore dell'impresa pubblica nella costituzione italiana e nei trattati europei*“) werden die rechtswissenschaftlichen Grundlagen und die sozialpolitische Bedeutung des staatlichen Unternehmens in der Verfassung und den europäischen Verträgen analysiert¹⁷. Auch hier verdienen bestimmte Punkte des Werkes von Caprara eine besondere Aufmerksamkeit. Gleich zu Beginn bespricht der Autor die Beziehungen zwischen den öffentlichen Gewalten und dem Wirtschaftsmarkt, um die Auswirkung der staatlichen Beteiligung an einem Unternehmen darzustellen¹⁸. Dann merkt er dann, dass der Artikel 41 der italienischen Verfassung nicht nur die wirtschaftliche Freiheit garantiert, sondern auch den Schutz des effektiven Wettbewerbs, und dass diese Orientierung öffentliche Eingriffe in die Wirtschaft zunehmend geschwächt habe¹⁹. Darüber hinaus wird die Problematik erörtert, die die Beziehungen zwischen den europäischen Rechtsvorschriften und der nationalen Disziplin zu staatlichen Interventionen in die Märkte darstellen, und die Beziehungen zwischen dem Staat und der Märkte²⁰. Hier wird auch auf die wichtigen Rolle des Wettbewerbs im Vertrag von Lissabon hingewiesen²¹.

Sehr interessant ist auch das Kapitel „*Il pubblico per il mercato: il ruolo passivo e attivo dello stato*“, in dem der Autor die aktive und passive Rolle des Staates bei der Intervention in die Wirtschaftsmärkte aus einer quantitativen und qualitativen Sicht untersucht²². Dieser Analyse entspringt die Schlussfolgerung, dass der Staat in einem staatlichen Unternehmen eine aktive Rolle ausübt und nicht das Gemeinwohl sucht, sondern auf Profit ausgerichtet ist. Diese Tatsache wird im folgenden Kapitel (3.2) weiter entwickelt²³. In dieselbe Richtung wird auch die Nachfrage nach Produkten und Leistungen an die wirtschaftlichen Subjekte analysiert, die das Ziel des Erreichens von gemeinwohlfördernden Tätigkeiten haben sollte²⁴. Auf den folgenden Seiten werden diese Betrachtungen Capraras sehr nüchtern mit den geltenden nationalen und europäischen Vorschriften sowie der Rechtsprechung konfrontiert, analysiert und diskutiert²⁵.

¹⁷ A. Caprara, S. 122 ff.

¹⁸ A. Caprara, S. 124 ff.

¹⁹ A. Caprara, S. 126-133.

²⁰ A. Caprara, S. 133-142.

²¹ A. Caprara, S. 143 ff.

²² A. Caprara, S. 154.

²³ A. Caprara, S. 157 ff.

²⁴ A. Caprara, S. 164 ff.

²⁵ A. Caprara, S. 171-215.



Interessant ist auch das Unterkapitel 5 des zweiten Kapitels, das Caprara mit einer Würdigung aller bis dahin vorgebrachten Überlegungen über die rechtlichen Rahmenregelungen des Staatsunternehmens in Italien und Europa beginnt. Für ihn scheint die gesamte Gesetzgebung zum Thema ein Mittel darzustellen, um den Wettbewerb und insbesondere eine „sozialere“ Marktwirtschaft zu gewährleisten²⁶. Nach dieser Würdigung kommt Caprara im Unterkapitel 6 zu den Schlussfolgerungen des gesamten Kapitels: und zwar, dass die nationalen (mit den Verfassungsregelungen) und europäischen Vorschriften der öffentlichen Verwaltung die Möglichkeit der Ausübung eines Unternehmens nicht verbieten, diesen aber doch bestimmte Grenzen setzen, damit ein fairer Wettbewerb gewährleistet wird²⁷.

Im dritten und für das gesamte Werk zentralen Kapitel (*„Disvalore dell'impresa pubblica nella disciplina domestica delle società partecipate“*) spricht Caprara über die Benachteiligungen der staatlichen Unternehmen innerhalb der italienischen Rechtsdisziplin und des Wertverlustes dieses rechtlichen Konstrukts im Vergleich zur europäischen Disziplin²⁸. Insbesondere erläutert Caprara hier, dass diesen Unternehmen von der Rechtsordnung nicht ihr Zusatzwert anerkannt wird, sondern diese abgewertet werden. Diese Hauptbetrachtung Capraras ist für das Verständnis dieses Buches von zentraler Bedeutung. Zudem wird auf das wichtige Problem des Unterschieds zwischen öffentlichen Interessen und privaten Interessen, insbesondere wenn es um lukrative Belange geht, eingegangen²⁹.

Caprara spricht von den „Besonderheiten“ der staatlichen Eingriffe in die Marktwirtschaft unter dem Gesichtspunkt des Liberalisierungsprinzips³⁰. Auf der Basis der Liberalisierung der Dienste (insbesondere wirtschaftlicher Dienste), von der Europäischen Union und der öffentlichen Meinung stark befürwortet, hat dies sogar zur gegenteiligen Wirkung geführt, und zwar, dass viele Gesellschaften mit staatlicher Beteiligung oder auch direkt vom Staat betriebene Unternehmen entstanden sind³¹. So stellt Caprara auch die Wiederentdeckung der Rechtsfähigkeit eines Staatsunternehmens insbesondere aus dem Gesichtspunkt der speziellen Gesetze für den Marktschutz und die Minderung der

²⁶ A. Caprara, S. 215-216.

²⁷ A. Caprara, S. 228-237.

²⁸ A. Caprara, S. 240.

²⁹ A. Caprara, S. 241.

³⁰ A. Caprara, S. 247 ff.

³¹ A. Caprara, S. 252.



Staatsausgaben dar³². Diese Überlegungen werden von Caprara auch mit den Vorschriften vor 2016 und dem geltenden „*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*“ (d.lgs. 175/2016) verglichen und systematisch analysiert³³.

In den darauffolgenden Kapiteln nimmt Caprara den „*Testo Unico*“ genauer unter die Lupe und untersucht auf sehr sachliche Weise alle möglichen Facetten dieses Gesetzes und insbesondere seine Umsetzung, die Ausnahmeregelungen und die entstandenen Konflikte (oder, wie er sagt, problematischen Gegensätze) mit den verfassungsrechtlichen Vorschriften³⁴.

Nach dieser langen Analyse des *Testo Unico* und seiner Schwächen und Vorteile (letztere sieht der Autor dabei wenige³⁵), folgt die sehr wichtige Konklusion im Unterkapitel 8 („*Una conclusione critica: il nuovo quadro normativo conserva contorni sfumati ed incerti; il Testo Unico tra inadeguatezza sanzionatoria e ingiustificate disparità di trattamento*“) wo Caprara, auf der Basis seiner Kritik zum „*Testo Unico*“ im Unterkapitel 4, seine Skepsis über die rechtlichen Vorschriften des Phänomens der Staatsunternehmen und der staatlichen Beteiligungen an einem Unternehmen darstellt³⁶. Hier werden die Schwächen des aktuellen Gesetzes dargestellt und ausführlich kommentiert.

Das letzte Kapitel enthält die Schlussfolgerungen und eine zusammenfassende Würdigung der Ideen Capraras³⁷. Hier wird die historische und staatspolitische Relevanz der Staatsunternehmen erörtert, die als bestes Beispiel staatlicher Eingriffe in die Wirtschaft fungieren. Zudem wird noch einmal auf die Schwierigkeiten der rechtlichen Disziplin hingewiesen, die sich zwischen parallelen Vorschriften (nationale und europäische Gesetze, wie auch verfassungsrechtliche Normen) bewegt. Zuletzt wird noch einmal die wichtigste Schlussfolgerung Capraras hervorgehoben, und zwar die Transtypizität dieser Rechtsdisziplin, die zwischen staatlichen und privaten Interessen, unterschiedlichen Anforderungen der jeweiligen Zeit und gesellschaftspoliti-

³² A. Caprara, S. 256-274. Mit dem Autor zustimmend auch: E. Marchisio, *L'eterodirezione "publicistica"*, in C. Bresia Morra, G. Meo, A. Nuzzo, *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, AGE, 2/2015, S. 437 ff.; A. Nigro, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese: lineamenti generali*, Torino 2012, S. 139.

³³ A. Caprara, S. 274-278.

³⁴ A. Caprara, S. 279-354.

³⁵ Zustimmend mit Caprara: H. Bonura, G. Fonderico, *Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, S. 722 ff.

³⁶ A. Caprara, S. 355 ff.

³⁷ A. Caprara, S. 363 ff.

JUS CIVILE



schen sowie wirtschaftlichen Notwendigkeiten vermitteln muss³⁸.

Mit dieser kurzen und systematischen Würdigung endet ein sehr lesenswertes Werk, das die Besonderheit hat, nicht nur die aktuelle Gesamtvorschrift darzustellen und zu kommentieren, sondern auch die historischen Wurzeln des Fachgebietes „Staatsunternehmen und Staatsbeteiligungen an Unternehmen“ zu rekonstruieren.

Daniele Mattiangeli

³⁸ A. Caprara, S. 364-365.