JUS CIVILE

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



5-2020

settembre-ottobre

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.

JUS CIVILE



INDICE

pag.

Articoli e Saggi

The Weaknesses of the Sale of Goods Directive – Dealing with Legislative Deficits[°*]
di *Thomas M.J. Möllers* 1165

Ancora sulla tutela dei creditori personali del legittimario leso o preterm-messo [*]
di *Pierluigi Mazzamuto* 1189

Prescrizione ed obbligazioni solidali [*]
di *Carlo d'Alessandro* 1221

L'«obbligo» reciproco di fedeltà nelle unioni civili [*]
di *Francesca Bertelli* 1244

Ospitalità ed omogeneità nella nuova azione di classe. Nuove prospettive di riflessione [*]
di *Amalia Chiara Di Landro* 1263

Regolare la tecnologia di *digital contact tracing* alla luce della protezione dei dati personali [*]
di *Alessandro Bernes* 1279

Capacità di agire e inadempimento: alcune questioni aperte [*]
di *Gaetano Anzani* 1309

Interesse del minore e bigenitorialità v. legislazione emergenziale: riflessione sui recenti orientamenti giurisprudenziali [*]
di *Cinzia Valente* 1324

[*°]Contributo sottoposto a revisione.

JUS CIVILE



pag.

Giurisprudenza italiana

Dati personali come "moneta". Note a margine della sentenza TAR Lazio n. 260/2020 *

TAR Lazio, sez. I, 10 gennaio 2020, n. 260

di *Beniamino Parenzo* 1355

Brevi cenni in materia di risarcimento dei danni nella vendita dei beni di consumo *

Tribunale di Cagliari, 7 gennaio 2019, n. 2

di *Riccardo Lazzardi* 1384

Recensioni

D. Fiordalisi, *Abuso del diritto altrui. Una figura formale di qualificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2020

di *Oberdan Tommaso Scozzafava* 1406

F. Moliterni, *Autonomia privata e sistema dei pagamenti (a proposito di un libro recente)*, Giuffrè, Milano, 2019

di *Fabrizio Maimeri* 1409

JUS CIVILE



THOMAS M.J. MÖLLERS

Professor of Civil Law – University of Augsburg

THE WEAKNESSES OF THE SALE OF GOODS DIRECTIVE – DEALING WITH LEGISLATIVE DEFICITS

SOMMARIO*: I. Introduction – aims of the two directives. – 1.1. Legal certainty and cost minimisation. – 1.2. Short overview of the legislative history. – II. Full harmonisation and European legislative technique. –2.1. Full harmonisation as a regulatory objective. – 2.1.1. Minimum and full harmonisation. – 2.1.2. Full harmonisation as a fata morgana. – 2.1.3. Insufficient demarcation from the national laws of Member States. – 2.2. Criteria of good systematic legislative technique. – 2.3. Insufficient legislative technique. – 2.3.1. Insufficient alignment between the legislative text and recitals. – 2.3.2. The missing reference to the waiver of full harmonisation. – 2.3.3. Information overload and attention to detail. – III. Open questions of interpretation – working with (partially) fully harmonised directives. – 3.1. Telos and the search for principles of European law. – 3.1.1. The principle of a high level of consumer protection. – 3.1.2. Economic considerations. – 3.1.3. The balance between the rights and obligations of the contracting parties as a legal principle. – 3.2. Dealing with gaps. – 3.2.1. The principle in dubio pro consumente. – 3.2.2. Full harmonisation, national scope of application, and the boundaries of the principle in dubio pro consumente. – 3.2.3. Compensation claims of the seller upon termination of the contract? – 3.2.3.1. The Quelle case as a starting point. – 3.2.3.2. No transferability to the termination of the contract. – 3.3. Economic and environmental proposals de lege ferenda. – 3.3.1. Full harmonisation of the obligation to notify, instead of an option. – 3.3.1.1. EU Commission rejects the obligation to notify. – 3.3.1.2. The reasonableness of the obligation to notify for consumers. – 3.3.2. Sustainability: Giving priority to rectification of defects instead of replacement. – IV. Conclusions.*

I. – 1.1. – This paper seeks to combine sale of goods law with a number of questions on European methodology. In 2019, the European legislature adopted the Sale of Goods Directive 2019/771 [1] and the Digital Content Directive 2019/770 [2]. As stated in the first article of each of these two directives, the aim is to ensure a "proper" functioning of the internal market. The adoption of both directives is based on the considerations of re-

[1] Directive (EU) 2019/771 of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, OJ L 136/28 – Sale of Goods Directive.

[2] Directive (EU) 2019/770 of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, OJ L 136/1 – Digital Content Directive.



maining competitive in world markets by overcoming the fragmentation of trade [3]. Joint "measures" serve to increase legal certainty between Member States, strengthen the confidence of consumers and business owners [4] and minimise the costs of cross-border trade [5]. The legal instrument used for this purpose is full harmonisation; it creates a uniform legal framework, as Member States are not allowed to maintain or introduce diverging provisions [6].

But do these directives live up to their aspirations? Does full harmonisation increase legal certainty and reduce costs? To this end, the directives should be examined from two methodological points of view. Has the goal of full harmonisation been achieved with lower transaction costs? Thus, the legislative technique of the European legislature must be analysed (part II). Is there a balance with economic concerns? How should the directives be handled if there are gaps? Which rules should be included if the directives are amended (part III)? This paper focuses on the Sale of Goods Directive, and concludes with summary theses (part IV).

1.2. – More than two decades ago, the European Community adopted the Consumer Goods Directive 1999/44 [7]. It established a minimum level of harmonisation, and allowed Member States to have a higher level of consumer protection [8]. It was celebrated as the most important directive in European consumer law as it regulated not just a few marginal areas of law. For the first time, a core element of contract law was extensively standardised in the form of warranty law under commercial law. The German legislature used this as an opportunity to undertake a substantial revision of the German Civil Code

[3] Recital 1 sentence 1 Sale of Goods Directive (fn. 1). Similarly Recital 1 Digital Content Directive (fn. 2): "growth potential … has not yet been fully exploited."

[4] Recital 5 sentence 2 Sale of Goods Directive (fn. 1); Recital 1 sentence 1 Digital Content Directive (fn. 2).

[5] Recitals 3 and 7 Sale of Goods Directive (fn. 1); Recitals 3 and 4 sentence 1 Digital Content Directive (fn. 2):

[6] Art. 4 Sale of Goods Directive (fn. 1); this is discussed in greater detail in part II.3.3.

[7] Directive 1999/44/EC on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees of 25 May 1999, OJ L 171/12. See also the Proposal for a Directive on the sale of consumer goods and associated guarantees of 18 June 1996, COM(95) 520 final – Proposal for a sale of consumer goods directive.

[8] Art 1(2) Consumer Goods Directive (fn. 7) and the minimum requirements clause in Art. 8(2) Consumer Goods Directive: "Member States may adopt or maintain in force more stringent provisions ... to ensure a higher level of consumer protection".



(BGB). The Act to Modernise the Law of Obligations (SMG) adopted in 2002 [9] updated not only the law on breach of contract and the statute of limitations, but integrated into the Civil Code almost all European directives that had previously been implemented in special laws [10].

The Consumer Rights Directive 2011/83 – which combined two consumer protection directives – came into effect around ten years later [11]. However, the Commission's attempt to harmonise all European sales law in 186 articles [12] failed in 2014 due to resistance from Member States, whereby the Commission withdrew the Proposal [13]. The European legislature then limited its harmonisation efforts to the digital single market. Just one year later, the Commission published two proposals for directives regarding the provision of digital content [14] and regarding aspects of online trading and other forms of distance selling [15]. The Proposal for online trading was then amended in 2017 and extended to retail trading [16]. The EU also evaluated the existing rules under the Consumer Goods Directive by surveys of relevant stakeholders in 2015 [17] and 2017 [18] and these were then combined by the Commission [19]. Member States must implement the two di-

---

[9] *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* of 26 November 2001, Federal Law Gazette I, p. 3138.

[10] For details, see *Möllers*, Europäische Richtlinien des Bürgerlichen Rechts, JZ 2002, 121-134.

[11] Directive 2011/83 on consumer rights of 25 October 2011, OJ L 304/64 – Consumer Rights Directive – combined Directive 85/577 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises and the Distance Contracts Directive 97/7 (see below fn. 45), see also the Proposal for a Directive on Consumer Rights of 8 October 2008, COM(2008) 614 final – Proposal for a Directive on Consumer Rights.

[12] Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law (CESL) of 11 October 2011, COM(2011) 635 final.

[13] The Junker Commission now focused on the "digital single market", see Communication from the Commission of 16 December 2014, Commission Work Programme 2015, COM(2014) 910 final, Annex 2 Nr. 60.

[14] Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content of 9 December 2015, COM(2015) 634 final.

[15] Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sale of goods of 9 December 2015, COM(2015), 635 final – Proposed Online Trading Directive.

[16] Amended Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods of 31 October 2017, COM(2017) 637 final – Amended Proposed Directive on online and other distance sales of goods.

[17] Ipsos, Consumer market study on the functioning of legal and commercial guarantees for consumers in the EU of December 2015– Ipsos, Consumer market study.

[18] ICF, Study on the costs and benefits of minimum harmonisation under the Consumer Sales and Guarantees Directive 1999/44/EC and of potential full harmonisation and alignment of EU rules for different sales channels from March 2017 – ICF, Costs and Benefits 1999/44/EU.

[19] Commission Staff Working Document on the Impacts of fully harmonised rules on contracts for the



rectives by 1 July 2021; these national rules then come into force as from 1 January 2022 [20].

II. – 2.1. – 2.1.1. – Minimum harmonisation, as expressly envisaged in the Consumer Goods Directive, creates only a minimum standard at the European level [21]. The desired harmonisation is only achieved for a minimum defined scope; in excess of that, it allows a Member State to have stricter laws. Typical elements are general clauses, omissions, opt-out clauses, options, referrals to national laws and, above all, minimum clauses that allow for stricter law of a Member State [22].

By contrast, full harmonisation would create a uniform and mandatory normative structure for all, with no exceptions. Common legal rules are intended to overcome the fragmentation of trade, increase legal certainty, and decrease transaction costs; the aim is to achieve a "*genuine digital single market*" [23].

2.1.2. – There are over thirty references to national law of Member States in the Sale of Goods Directive and in the Digital Content Directive. Here we mention only a few important exceptions: Already with regard to the scope of application, it is surprising that reference is made to the law of the Member States for contracts with a dual purpose, i.e. "dual use" [24]. Member States may also provide for a longer statute of limitations [25], extend the reversal of the burden of proof in respect of a defect to two years [26] or decide whether to introduce an obligation to notify [27]. Member States may also retain or introduce special rules for hidden defects [28] or an immediate right to re-

---

sales of goods supplementing the impact assessment of 31 October 2017, SWD (2017) 354 final – Staff Working Document Impact Assessment.

[20] Art. 24(1) subparas. 1, 2 Sale of Goods Directive (fn. 1); Art. 24(1) subparas. 1, 2 Digital Content Directive (fn. 23(1) (fn. 1).

[21] For wording, see fn. 8 above.

[22] Such as Art. 8(2) Consumer Goods Directive (fn. 8).

[23] See Recital 3 Sale of Goods Directive (fn. 1) and Digital Content Directive (fn. 2). In general on the single market, see Art. 26 TFEU and above under part I.1.

[24] Recital 22 sentence 2 Sale of Goods Directive (fn. 1)

[25] Art. 10(3) Sale of Goods Directive (fn. 1).

[26] Art. 11(2) Sale of Goods Directive (fn. 1)

[27] Art. 12 Sale of Goods Directive (fn. 1) and part III.3.a)bb).

[28] Recital 18 sentence 5 Sale of Goods Directive (fn. 1).



ject [29]. Furthermore, large parts of warranty law are not covered by the directives: this applies for instance to claims for damages [30] or general contract law such as the formation and validity of the contract [31]. The analysis shows that the desired full harmonisation will not be sustained, but that numerous exceptions will be made which will remain within the regulatory scope of the Member States. The directives thus fall far short of their objective of full harmonisation [32], so that in effect only a 'rump' [33] is left. Despite its far-reaching objectives, the Directive resembles a typical minimum harmonisation with elements such as general clauses, [34] omissions [35], opt-out clauses [36], options [37], referrals to national laws [38] and, above all, minimum clauses that allow for stricter law of a Member State [39]. It is thus a *fata morgana*.

2.1.3. – Full harmonisation can be considered inefficient in particular if the demarcation to the non-harmonised area is blurred. According to the wording of the Sale of Goods Directive, the freedom of the Member States to regulate the formation, validity, nullity or effects of a contract remains unaffected; but this applies only "in so far as they are not regulated in this Directive" [40]. Therefore the *demarcation from national contract laws of the Member States* remains uncertain. A clarification in the recitals would have

---

[29] Recital 19, Art. 3(7) Sale of Goods Directive (fn. 1). On this 'right to reject' under Section 20(7) of the Consumer Rights Act 2015, see *Lilleholt*, A Half-built house – The New Consumer Sales Directive Assessed as Contract Law, 28 Juridica International 2019, 3, 5.

[30] Art. 3(6) last half-sentence Sale of Goods Directive (fn. 1), and under parts II.3.c) und III.3.

[31] Recital 18, Art. 3(6) Sale of Goods Directive (fn. 1) and below fn. 122.

[32] *Wilke*, (Verbrauchsgüter-)Kaufrecht 2022 – die Warenkauf-Richtlinie der EU und ihre Auswirkungen, BB 2019, 2434, 2447.

[33] According to *Zöchling-Jud*, Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel, GPR 2019, 115, 117; critically also *Tonner*, Die EU-Warenkauf-Richtlinie, auf dem Weg zur Regelung langlebiger Waren mit digitalen Elementen, VuR 2019, 363, 367.

[34] For example, Art. 7(3)(a) Sale of Goods Directive (fn. 1): "reasonably".

[35] For example, Art. 3(6) Sale of Goods Directive (fn. 1): "effects of a contract" (on this, see part III.2.c)bb), "damages" (on this, see part III.2.c)aa).

[36] For example, Art. 10(3) Sale of Goods Directive (fn. 1): "time limits"; Art. 11(2) Sale of Goods Directive (fn. 1): period of "burden of proof".

[37] Art. 12 Sale of Goods Directive (fn. 1): "Obligation to notify".

[38] For example, Recital 22 sentence 2 Sale of Goods Directive (fn. 1): dual use (on this, see part II.3.b).

[39] See opt-out clauses in fn. 36.

[40] Art. 3(6) and Recital 18.Sale of Goods Directive (fn. 1).



been helpful here, but none was given. Therefore, there is serious dispute as to whether the law governing mistake, disturbance of the basis of the transaction [41] or challenge due to fraudulent misrepresentation [42] are covered by the full harmonisation of the Sale of Goods Directive.

2.2. – In the 19th century, German pandectism [43] fed the conceptual rigour and logical abstraction of the German Civil Code (BGB). The Civil Code and its concise external system is in this respect a child of pandectism [44]. Systematic thinking facilitates deduction, but also aims at a consistent system of value decisions. In the meantime, the European legislature is also trying to systematise its harmonised law, the *aquis communautaire*; it is seen in the Consumer Rights Directive with the attempt to harmonise revocation rights under the Doorstep-selling Directive 85/577 and the Distance-selling Directive 97/7 [45]. The Draft Common Frame of Reference also aimed at systemisation [46].

Each of the directives contains 27 Articles. After purpose, objectives and definitions, the scope of both directives is explained (Articles 1 to 3) and full harmonisation is stressed (Article 4). The following articles describe the requirements for contractual conformity (Articles 6 to 8), and Article 10 stresses the liability of the seller in case of lack of conformity with the contract. Articles 13 to 16 regulate the remedies for lack of conformity with the contract. These are the known priority rights to rectification of defects, replacement delivery and, to a lesser extent, price reduction and termination of the contract.

---

[41] Approving *Zöchling-Jud*, GPR 2019, 115, 127 on *laesio enormis*. Disapproving *Lilleholt*, 28 Juridica International 2019, 3, 6.

[42] Approving full harmonsation *Gsell*, Europäischer Richtlinien-Entwurf für vollharmonisierte Mängelrechte beim Verbraucherkauf – Da capo bis zum Happy End?, ZEuP 2018, 501, 504 f.

[43] Pandectism (Pandects or Digests of the Codex Juris Civilis of Justinian) systematised Roman law and have this also been designated as the historical school.

[44] *Koschaker*, Europa und das römische Recht, 1947, p. 258; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2nd edn. 1967, p. 475 ff.

[45] Expressly in Recital 2 Consumer Rights Directive 2011/83 (fn. 11): "Those Directives have been reviewed in the light of experience with a view to simplifying and updating the applicable rules, removing inconsistencies and closing unwanted gaps in the rules."

[46] See fn. 12 above and *von Bar/Clive/Schulte-Nölke et al.* (eds.), Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2009; *Jansen/Zimmermann*, Commentaries on European Contract Law, 2018.



The parallel structure of the two directives is also systematic; it is helpful to have the legal definitions at the beginning of the directives [47]. The systematics of legislation also includes building block techniques, whereby a norm is comprised of various terms, so that only the knowledge of various norms makes the meaning of the norm accessible [48]. Article 3(1) happily restates the scope of the Sale of Goods Directive as "to sales contracts between a consumer and a seller". This is acceptable as the terms "sales contract", "consumer" and "seller" are legally defined in Article 2(1), (2) and (3).

2.3. – 2.3.1. – Despite this flood of information, there is often a lack of the linguistic precision that characterised nineteenth century pandectism. Surprisingly, the two directives contain numerous inaccuracies and gaps. Open legal questions must be answered using the European methodology. The Court of Justice of the European Union uses Savigny's canon of interpretation by wording, system, history and telos [49]. There are also special features of European methodology: The CJEU compares the language versions of different Member States [50]. Autonomous interpretation requires finding the law regardless of the prior understanding of a particular Member State [51]. The recitals are helpful in determining the purpose of a directive. They are part of the directive and thus have legal binding effect. They are more than the historical intent of the legislature and are used directly in interpreting the norm [52]. They are thus an important tool to determine the legislative purpose of the directive and its principles [53]. One is now often forced to refer to the recitals, although the normative text should have clarified the open question. Again, this does not serve the purpose of a systematic structure, but rather forces those seeking the

[47] See part I.1.

[48] *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2nd edn. 2019, § 4 mn. 7 f.

[49] Judgment of 3.10.2013– C-583/11P, EU:C:2013:625, Mn. 50 – Inuit Tapiriit Kanatami u.a.; Judgment of 27.11.2012 – C-370/12, EU:C:2012:756, Mn. 135 – Pringle. In greater detail *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2nd edn. 2019, § 4 Mn. 27 ff.

[50] Judgment of 3.4.2008 – C-187/07, EU:C:2008:197, Mn. 23 – Dirk Endendijk; Judgment of 30.5.2013 – C-488/11, EU:C:2013:341, Mn. 26 – Busse; Judgment of 16.6.2011 – C-65/09 u.a., EU:C:2011:396, Mn. 54 – Weber; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2nd edn. 2019, § 4 Mn. 85 ff.

[51] On the autonomous interpretation of European terms, see Judgment of 27.1.2005 – C-188/03, EU:C:2005:59, Mn. 29 – Junk;. *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2nd edn. 2019, § 2 Mn. 71 ff.

[52] Clearly stated Judgment of 13.7.1989 – C-215/88, EU:C:1989:331, Mn. 31 – Casa Fleischhandel: "may cast light on the interpretation to be given to a legal rule".

[53] *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2nd edn. 2019, § 4 Mn. 177 f. and § 5 Mn. 4.



law to spend time searching for the alleged legal solution in the recitals. This can be illustrated by numerous examples.

The Sale of Goods Directive gives the buyer a right to terminate the contract if the seller has not rectified the defect or provided a replacement. But the wording of Article 13(4)(a) alternative 1 of the Directive is silent on the question of whether it is necessary for a *deadline to be set* and how long such a deadline should be. However, not setting a deadline would lead to the absurd result that the consumer could exercise the right of withdrawal even if the seller was not aware of the defect [54]. Recital 50 sentence 2 of the Sale of Goods Directive now states that the seller should rectify the deficit "within a reasonable period of time", thus implying a deadline period should be set. That the wording of Article 13 should be so imprecise is incomprehensible if only because the original version of the norm in the draft directive still spoke of setting of "a reasonable deadline" [55]. One must assume an editorial error – i.e. sloppiness in the legislative procedure – because the intention of the legislature is to set a deadline but it is not reflected in the wording of Article 13 of the Sale of Goods Directive [56].

In another example, Article 13(4)(b) alternative 1 of the Sale of Goods Directive allows the consumer to terminate the contract after the seller has "tried" to rectify the lack of conformity of the goods. It remains unclear whether such a termination is possible after only one attempt at rectification or whether it requires several such attempts. Article 13 of the German-language version implies a single attempt, as do other language versions [57]. The recitals clearly refer to "another attempt" [58]. However, the decisive factor is the confidence of the buyer that the seller can produce the contractual condition of the goods. Here, too, it would have been helpful if this important question could already have been clarified in Article 13 of the Sale of Goods Directive, in that such a rule is legally cast in a clear rule-exception relationship: A single attempt to rectify the defect is sufficient to terminate the contract, unless the purchaser can reasonably be expected to accept a second attempt [59].

---

[54] *Wilke*, BB 2019, 2434, 2442: "blatant oversight with absurd results".

[55] Art. 9(3)(b) Proposed Online Trading Directive (fn. 15) and the Amended Proposed Directive on online and other distance sales of goods (fn. 16). On the former, see *Bach*, Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte, NJW 2019, 1705, 1710.

[56] On editorial error, see *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2nd edn. 2019, § 6 Mn. 46 ff.

[57] German "*versucht hat*"; French "*la tentative*"; Spanish "*al intento*"; Italian "*il tentative*".

[58] Supported by the other language versions: German "*weiteren Versuch*"; French "*une autre tentative*"; Spanish "*vuelva a intenta*"; Italian "*un altro tentative*"; Recital 52 sentences 1-5 Sale of Goods Directive.

[59] This is the interpretation of *Bach*, NJW 2019, 1705, 1710.



2.3.2. – It is now unfortunate if the directive sets full harmonisation as its objective, but individual provisions deviate from this aim without this being explicitly stated in the normative text. The seller is liable for any lack of conformity with the contract within two years from delivery according to Article 10(1) of the Sale of Goods Directive. Due to the full harmonisation effect of the directives, one would now assume that the concept of *delivery* must be interpreted autonomously [60] by the CJEU. But that is not the case. Recital 38 explicitly limits full harmonisation for the concept of 'delivery' and gives Member States the right to regulate this concept. Such a waiver of harmonisation corresponds to the former Consumer Goods Directive [61]. Otherwise, however, the result is surprising, because the original proposals for directives had still defined and thus harmonised the concept of delivery at the European level [62]. If full harmonisation were now to be abandoned, this would have been explicitly included in the text of Article 10 itself and not in the recitals, because otherwise the normative text would be misleading.

Another example of this is that it is not clear whether a consumer contract also exists in the case of mixed or *dual use* of contracts. Neither the legal definition of Article 2(2) nor the scope of Article 3(1) of the Sale of Goods Directive clarify this question. The Consumer Rights Directive of 2011 stipulates that in such a constellation the Directive applies in case of doubt [63]. Recital 22 of the Sale of Goods Directive does not harmonise this question, but instead refers back to national law [64]. From a formal point of view, this renunciation of full harmonisation should have been included in the normative text of the Directive – for example, in Article 3(1). In terms of content, the Sale of Goods Directive thus falls short of the standard of systematisation already achieved. This provision does not meet the objective of a coherent system.

---

[60] See fn. 51.

[61] Recital 14 Consumer Goods Directive (fn. 7), where rules on the transfer of risk are still left to the Member States.

[62] See in detail Art. 8(2) Proposed Online Trading Directive (fn. 15) and Amended Proposed Directive on online and other distance sales of goods (fn. 16).

[63] See Recital 17 sentence 2 Consumer Rights Directive (fn. 11): "However, in the case of dual purpose contracts, where the contract is concluded for purposes partly within and partly outside the person's trade and the trade purpose is so limited as not to be predominant in the overall context of the contract, that person should also be considered as a consumer." Following, critically *Wilke*, BB 2019, 2434, 2435; *Zöchling-Jud*, GPR 2019, 115, 117.

[64] Recital 22 sentence 2 Sale of Goods Directive (fn 1).



2.3.3. – Despite these linguistic inaccuracies, one is conversely surprised at the scope of the directives. The two directives cover a total of 50 pages of small print in the Official Journals of the EU, of which almost 28 of the 50 pages are dominated by the respective 78 recitals of the Sale of Goods Directive and the 87 recitals of the Digital Content Directive. The recitals are thus more extensive than the actual text of the directives themselves.

When the Commission – in its efforts to systematise several directives in the Consumer Rights Directive – has combined several directives, one inevitably wonders why the sale of goods and digital content could not have been regulated in a *single directive*, and why it considered two directives to be necessary instead. As a result, the regulatory content of the normative texts and the recitals is duplicated in many areas. Such *parallel provisions* can be found in the recitals, but also in the actual normative text – for example, for the scope of application, the degree of harmonisation, the requirements for conformity with the contract, etc. A single norm text would have been sufficiently unproblematic in each case, and would then be equally applicable to the purchase of goods and digital content [65].

Many statements are repeated in the individual provisions and in the recitals [66]. Systematic clarity is lacking if, for example, it is necessary to read four quite different recitals in order to understand the regulatory purpose of the obligation to update under Article 7(3) and (4) of the Sale of Goods Directive [67]. The directives are criticised for being obsessed [68] with or enamoured [69] of detail – for example, in the extensive description of the objective and subjective concept of conformity in Articles 6 and 7 of the Sale of Goods Directive [70]. There is thus a risk that the catalogues of criteria will remain incomplete and, due to technical developments, become outdated after a short time [71]. An improvement in precision is not achieved when the legislature refers to producing a ballgown or replacing filters in a car [72]. Even outside its scope, the Directive is not free

---

[65] *Zöchling-Jud*, GPR 2019, 115, 118, 120 refers to 'parallel provisions'.

[66] For example, if the provision of digital content is to be decisive for the delivery of goods with digital elements, see Recital 39 sentence 1 and sentence 3 Sale of Goods Directive (fn. 1).

[67] See recitals 28, 30, 31 and 63 Sale of Goods Directive (fn. 1); on this *Weißensteiner*, Der Mangelbegriff der Sale of Goods Directive, ZfRV 2019, 199, 206; see also part III.2.c) below.

[68] *Bach*, NJW 2019, 1705, 1711 and 1707: "proliferation of detailed descriptions".

[69] *Wilke,* BB 2019, 2434, 2437.

[70] Similar *Graf von Westphalen*, Some thoughts on the Proposed Directive on Certain Aspects Concerning Contract for the Sales of Goods, EuCML 2018, 66, 69: "superfluous", "nothing really new".

[71] On the Proposal for a Digital Services directive, see *Faust*, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht – Braucht das BGB ein Update?, Gutachten A zum 71. DJT, 2016, 43 f.

[72] Recitals 20 and 32 Sale of Goods Directive (fn. 1).



from conflicting questions. Claims for damages are expressly excluded from the scope of the Directive [73]. But then it would be better for the legislature to remain silent. However, it goes on to say that the investor should be "entitled to claim compensation" and that "such a right to damages is already ensured in all Member States" [74]. This statement is regarded as overoptimistic in the academic literature [75].

III. – 3.1. – Some of the gaps in the texts can be closed with the wording from the recitals. How should one deal with open questions? Can individual rules perhaps be condensed into legal principles? Principles of law or equivalent general legal concepts are derived from the totality of written and unwritten legal norms, and their normative claims lead to a presumption effect [76]. The ECJ developed legal certainty [77], protection of legitimate expectation [78] or effective judicial protection (*effet utile*) [79] as general principles of law [80]. These can help, in case of doubt, to interpret the individual provisions according to their meaning or the objective of a provision. This interpretation concept is also regularly used by the CJEU [81].

---

[73] See above fn. 30.

[74] Recital 61 sentences 2 and 4 Sale of Goods Directive (fn. 1).

[75] *Lilleholt*, 28 Juridica International 2019, 3, 7: "over-optimistic justification" with reference to *Zimmermann*, Art. 9:501(1): Right to Damages (General) in Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, 1435–1442. More positive *Zöchling-Jud*, GPR 2019, 115, 127.

[76] *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2nd edn. 2019, § 9 Mn. 13.

[77] Judgment of 21.09.1983 – C-205/85 u.a., EU:C:1983:233, Mn. 30 – Milchkontor; Judgment of 13.02.1996 – C-143/93, EU:C:1996:45, Mn. 27 – Van Es Douane Agenten; Judgment of. 21.2.2006 – C-255/02, EU:C:2006:121, Mn. 72 – Halifax.

[78] Judgment of 5.7.1973 – 1/73, EU:C:1973:78, Mn. 6 – Westzucker; Judgment of 10.9.2009 – C-201/08, EU:C:2009:539, Mn. 46 – Plantanol.

[79] Judgment of 15.5.1986 – 222/84, EU:C:1986:206, Mn. 18 – Johnston; confirmed as an inherent principle by Judgment of 13.3.2007 – C-432/05, EU:C:2007:163, Mn. 37 ff. – Unibet.

[80] *Grundmann* (Ed.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des europäischen Privatrechts, 2000, p. 1 ff.; *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003, § 18; *Jansen*, Dogmatik, Erkenntnis und Theorie im europäischen Privatrecht, ZEuP 2005, 750 ff.; *Metzger*, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, 2009; *Reich*, General Principles of EU Civil Law, 2014; *Schulze/Ajani*, (Hrsg.), Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts, 2003; *Vogenauer/Weatherill* (eds.), General Principles of Law. European and Comparative Perspectives, 2017.

[81] See Judgment of 5.2.1963 – 26/62, EU:C:1963:1, 7, 24, 27 – van Gend; Judgment of 22.12.2008 – C-549/07, EU:C:2008:771, Mn. 17 – Wallentin-Hermann; on this *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2nd edn. 2019, § 5 Mn. 4 ff.



3.1.1. – Article 1 of both directives refers to a *high level of consumer protection.* Compared to the previous Consumer Goods Directive, the legal position of consumers has improved in several respects: The requirements for the conformity of goods with the contract are extended by objective requirements, such as an obligation to update goods with digital content, including security updates (Article 7(3) of the Sale of Goods Directive). For the first time, defects of title are explicitly covered (Article 9 of the Sale of Goods Directive). In principle, the consumer must prove that the defect existed at the time of delivery of the goods (Article 10(1) of the Sale of Goods Directive). However, the reversal of the burden of proof that the seller and not the buyer must prove that the lack of conformity did not exist at the time of delivery of the goods is now extended from six months to one year (Article 11(1) of the Sale of Goods Directive).

The high level of consumer protection could already be found in Article 169(1) TFEU, in the former Consumer Goods Directive [82] and six times in the recitals to the Sale of Goods Directive [83]. Member States may even maintain or introduce (even) higher levels of consumer protection within their legislative scope [84]. Such a high European level of consumer protection includes extensive information obligations on the part of the seller, the right to dissolve the contract, protection against insolvency of the business owner, facilitation of evidence, and binding law [85]. An expression of the high level of consumer protection is the effective enforcement of warranty rights [86], such as their being free of charge [87]: The *Quelle* case law was adopted, which where there was replacement denied compensation claims of the seller for the use of the defective goods [88]. The *Weber* case, which also required the seller to bear the costs for the removal of the defective item and the installation of the subsequently delivered defect-free item, was even explicitly extended to the repair of the defect [89]. Finally, a high level of consumer protection requires that Member States inform consumers about their rights [90].

---

[82] Recital 23 Consumer Goods Directive (fn. 7).

[83] Recitals 2, 3, 5, 10 and 46 Sale of Goods Directive (fn. 1).

[84] Recital 6 sentence 3; Recital. 41 sentence 4; Recital 46 sentence 2 Sale of Goods Directive (fn. 1).

[85] *Möllers*, Europäische Richtlinien des Bürgerlichen Rechts, JZ 2002, 121, 129 ff.

[86] Expressly Art. 19 Sale of Goods Directive (fn. 1).

[87] Art. 14(1)(a) Sale of Goods Directive (fn. 1).

[88] Art. 14(4) Sale of Goods Directive (fn. 1) and in detail below in part III.2.c)aa).

[89] Art. 14(3) Sale of Goods Directive (fn. 1); Judgment of 16.6.2011 – C-65/09 u.a., EU:C:2011:396, Mn. 47 – Weber; *Zöchling-Jud*, GPR 2019, 115, 129.

[90] Art. 20 Sale of Goods Directive (fn. 1).



3.1.2. – Any increase in consumer protection increases legal protection for the individual consumer, but this ultimately also *increases the price for all consumers* [91]. The extension of the statutory limitation period, the introduction of a reversal of the burden of proof, or the introduction of a right of withdrawal in distance selling will all increase costs for the seller. But as the seller also needs to make a profit, these costs must be passed on to all consumers. As with insurance, each person pays for the 'damages' suffered by the individual [92]. These economic considerations of the seller are not to be ignored, but at the same time the possibility of abuse must be limited. In the worst-case scenario, consumer protection instruments promote dominant positions of companies that stand in the way of an open market economy with free competition, as the TFEU [93] so vividly formulates [94]. It is not the highest level of consumer protection that should be paramount in this respect, but rather the best value for money for the consumer [95].

3.1.3. – But does the principle of a high level of consumer protection dominate, or is it only relevant when filling gaps? Or is there an opposing principle? In the recitals, the two Directives emphasise the aim "to strike the right balance between achieving a high level of consumer protection and promoting the competitiveness of enterprises" [96]. So the Sale of Goods Directive speaks for the first time in the recitals of aiming to "*maintain a balance* between the rights and obligations of the contracting parties" [97]. The Consumer

---

[91] Critical thus *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4th edn. 2005, p. 8; *Grundmann*, Die EU-Verbraucherrechte-Richtlinie – Optimierung, Alternative oder Sackgasse?, JZ 2013, 53, 63.

[92] *Quillien*, Contract Remedies and Cross-Subsidization, 61 S. Cal. L. Rev. 1125 ff. (1988); *Wagner*, Zwingendes Vertragsrecht in Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann (eds.), Revision des Verbraucher-aquis, 2011, p. 1, S. 29.

[93] For example, Arts. 119(1), 120 sentence 2, 127(1) sentence 3 TFEU.

[94] This includes, for example, the revocation of goods in distance selling, which companies like Amazon could afford more easily than smaller market participants. Also *Stiegler/Wawryka*, Umbruch der Gewährleistungsrechte beim Fernabsatz?, BB 2016, 903, 909; *Riehm*, Regelungsbereich und Harmonisierungsintensität des Richtlinienentwurfs zum Waren-Fernabsatz in Artz/Gsell, Verbrauchervertragsrecht und digitaler Binnenmarkt, 2018, p. 73, 77.

[95] *Grundmann*, Die EU-Verbraucherrechte-Richtlinie – Optimierung, Alternative oder Sackgasse?, JZ 2013, 53, 63.

[96] See the parallel provisions of Recital 2 sentence 2 Sale of Goods Directive (fn. 1) and Digital Content Directive (fn. 2) and part I.2 above.

[97] Expressly in Recital 53 Sale of Goods Directive (fn. 1). Other language versions: German "*ausgewogenes Verhältnis zwischen den Rechten und Pflichten der Vertragsparteien*"; French "*équilibre entre les*



Goods Directive and the preliminary drafts of the Sale of Goods Directive did not yet contain such a wording to take into account the interests of the business owner. The Sale of Goods Directive thus aims to improve the positions of both buyers *and* sellers in comparison with the Consumer Goods Directive [98]. The balance must therefore be defined as a new, independent legal principle which, where appropriate, puts the interests of a high level of consumer protection into perspective.

The European legislature is thus taking account of the economic perspective of the seller. This principle is now further substantiated in favour of both parties, and in particular of the business owner: there is stress on the freedom of contract [99] of the parties. Contractual conformity consists of subjective and objective requirements, in order "to safeguard the legitimate interests of both parties to a sales contract" [100]. Freedom of contract allows both parties to deviate negatively from the contractual condition, provided both parties expressly agree [101]. Such a negative quality agreement was not explicitly provided for in the past [102], and in future will make it easier to sell used cars, for example [103]. The economic interests of the seller are also taken into account. As before, rectification of defects and subsequent delivery are excluded if they would lead to disproportionately high costs [104]. For the first time, the consumer has no right to terminate the contract if the lack of conformity is "minor" [105].

3.2. – 3.2.1. – It is now necessary to look at how to resolve conflicts between consumers and sellers that were not covered by the Directive. Where there are open questions, should they in future be decided in favour of the consumer? In various judgments,

---

droits et obligations des parties contractantes"; Spanish "*equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes contratantes*"; Italian "*l'equilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti*".

[98] *Staudenmayer*, Kauf von Waren mit digitalen Elementen – Die Richtlinie zum Warenkauf, NJW 2019, 2889, 2891.

[99] Recital 46, Recital 63 sentence. 3 Sale of Goods Directive (fn. 1).

[100] Recital 25 sentence 3 Sale of Goods Directive (fn. 1).

[101] Recital 37 sentence 1 and Art. 7(5) Sale of Goods Directive (fn. 1) and Art. 8(5) Digital Content Directive (fn. 2). See for more detail part V.3.a) below.

[102] Art. 2(3) alternative 1 Consumer Goods Directive (fn. 7) has been replaced.

[103] *Staudenmayer*, NJW 2019, 2889, 2890.

[104] For example, Art. 13(2),(3) and Recitals 48 f., 51 Sale of Goods Directive (fn. 1) and Art. 3(3)(1) and (2) Consumer Goods Directive (fn. 7). On case law, see Judgment of 16.6.2011 – C-65/09 u.a., EU:C:2011:396, Mn. 68 ff. – Weber; reserved *Zöchling-Jud*, GPR 2019, 115, 128.

[105] Art. 13(5) Sale of Goods Directive (fn. 1).



the ECJ had repeatedly emphasised the high level of consumer protection as the telos of the Directive − in case of doubt in favour of the consumer – *in dubio pro consumente* − with the consequence that exceptions must be interpreted narrowly [106]. This line of argument can be reinforced by the consideration that the Directive, as secondary law, is to be interpreted in the light of primary law [107]. And Article 169(1) TFEU, as primary law, expressly provides for such a high level of consumer protection.

3.2.2. – However, the principle of *in dubio pro consumente* is not absolute. Its scope is to be determined teleologically, i.e. according to the meaning and purpose of the law [108]. The ECJ has restricted it, for example – with a reasonable, informed European consumer as a guiding principle [109]. In contrast to the previous Consumer Goods Directive, the Sale of Goods Directive aims at binding *full harmonisation*. It is only outside its scope that Member States are allowed an even higher level of consumer protection [110]. The principle of the balanced rights of the contracting parties, developed for the first time for the Sale of Goods Directive, thus comes into play. As a consequence, the *high level of consumer protection already achieved must not be further increased* on outstanding issues. This is the only way to achieve a balance between the rights and obligations of the contracting parties. The principle *in dubio pro consumente* thus deliberately does not apply.

3.2.3. – These abstract considerations can now be illustrated using a highly topical legal issue. Can the seller demand compensation for use if the buyer has used the defective item for a long time? The VW diesel scandal [111] shows that the question is of immense

---

[106] Judgment of 13.12.2001 – C-481/99, EU:C:2001:684, Mn. 31 – Heininger; Judgment of 17.4.2008 – C-404/06, EU:C:2008, 231, Mn. 36.

[107] Judgment of 9.3.2006 – C-499/04, ECLI:EU:C:2006:168, Mn. 32 – Werhof; see also *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2nd edn. 2019, § 2 Mn. 65.

[108] *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2nd edn. 2019, § 6 Mn. 40.

[109] For example, Judgment of 12.3.1987 – C-178/84, EU:C:1987:126, Mn. 32 – Reinheitsgebot für Bier; the European consumer model, see Judgment of 6.7.1995 – C-470/93, EU:C:1995:224, Mn. 24 – Mars; Judgment of 16.7.1998 – C-210/96, EU:C:1998:369, Mn. 31 – Gut Springenheide; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, UWG, 37th edn. 2019, § 1 Mn. 22 ff.

[110] See fn. 84 above.

[111] See *Gsell/Möllers* (eds.), Enforcing Consumer and Capital Market Law in Europe, 2020.



practical importance. Volkswagen AG tried to counter consumer claims in litigation proceedings with its own claims for compensation for use [112].

3.2.3.1. – The ECJ had already established *replacement* as one of four warranty rights back in 2008 [113]: in the *Quelle* case, the Court *rejected* the seller's claims for compensation for use and loss of value, although the question had been left open in the Consumer Goods Directive. The Court argued that the non-attachment of value to warranty rights is important to ensure that consumers are not deterred from exercising their rights [114]. The Consumer Goods Directive also sought to ensure effective consumer protection [115] and a high level of consumer protection [116]. With Article 14(4) of the Sale of Goods Directive, the legislature now gives legal form to the *Quelle* ruling by expressly excluding claims of the seller against the consumer for *replacement* [117] of the goods on the basis of normal use of the goods.

But can the seller, upon *termination of the contract*, assert claims for the benefits obtained or the loss of value of the goods contrary to the contract? Or can the consumer equally claim not to have to pay compensation? This could be answered in the affirmative by using the *Quelle* case as an ideal blueprint for denying the seller's claims for compensation also with regard to the other warranty rights. Just as the question was not unambiguously clarified at the time, the question now seems to be unambiguously clarified only for replacement. The arguments put forward by the Court in the *Quelle* case − the free repair and replacement [118], the guarantee of effective consumer protection and the high level of consumer protection − remain valid.

---

[112] For a comprehensive discussion of German law, see *Staudinger*, Vorteilsanrechnung und Verzinsung im Dieselskandal, NJW 2020, 641 ff. with further evidence.; *Klöhn*, Nutzungsanrechnung und deliktische Zinsen im VW-Dieselskandal, ZIP 2020, 341 ff.

[113] The Sale of Goods Directive (fn. 1) includes repair, replacement, termination and price reduction. The regulation of the right to damages as a further warranty right is explicitly left to the Member States according to Article 3(6) a.E. Sale of Goods Directive (fn. 1).

[114] Art. 3(3) alt. 3 Consumer Goods Directive (fn. 7) and Judgment of 17.4.2008 – C-404/06, EU:C:2008, 231, Mn. 34 – Quelle.

[115] Art. 3(3) Consumer Goods Directive (fn. 7): "without significant inconvenience" and Judgment of 17.4.2008 – C-404/06, EU:C:2008, 231, Mn. 34 – Quelle.

[116] Recital 1 Consumer Goods Directive (fn. 7) and Judgment of 17.4.2008 – C-404/06, EU:C:2008, 231, Mn. 34 – Quelle.

[117] Other language versions: German "*Ersetzung*", French "*remplacement*", Spanish "*sustitución*", Italian "*sostituzione*".

[118] This provision is copied word for word in the Sale of Goods Directive, see the correlation of Art. 3(3) alt. 1 Consumer Goods Directive (fn. 7) to Art. 14(1)(a) Sale of Goods Directive (fn. 1) in the Annex of the Sale of Goods Directive.



3.2.3.2. – However, such a view should be rejected. To exclude claims by the seller for compensation for use even on termination of the contract would be contrary to Article 14(4) of the Sale of Goods Directive, which grants this privilege to the consumer only in the case of replacement for the normal use of the replaced goods. First of all, there is a gap here because the exclusion of a claim for compensation for use in the event of repair of the goods, price reduction or termination of the contract *does not result from the wording*.

The wording, limited to replacement, reflects the *historical intention* of the legislature, as the identical drafts of the Directive show [119]. The European legislature just copied the *Quelle* ruling into the legislation, but has not wanted to extend the scope of application beyond replacement.

These considerations are finally extended by the *systematic* perspective: Such an exclusion of claims for compensation for use by the seller was still in place for all warranty rights in the draft Consumer Rights Directive [120]. However, this draft provision has not been incorporated into the final Consumer Rights Directive. In contrast to the *Quelle* case, the EU legislature has used the ECJ's *Weber* ruling to extend the questions of installation and removal costs not only to the replacement, but explicitly to rectification of defects [121].

Finally, *teleological* considerations are decisive: Full harmonisation applies conclusively in the harmonised area, otherwise the scope remains open to the Member States. The principle of *in dubio pro consumente* may not change this threshold at the expense of the Member States. Article 3(6) of the Sale of Goods Directive gives Member States the right to regulate the "effects of contracts … in so far as they are not regulated in this Directive." [122]. This is confirmed by Recital 60, which explicitly gives the Member States the right to "regulate the consequences of termination… such as the consequences of the decrease of the value of the goods or of their destruction or loss." [123]. This is ulti-

---

[119] Respectively Art. 10(3) Proposed Online Trading Directive (Fn. 15) and Amended Proposed Directive on online and other distance sales of goods (fn. 16).

[120] According to Recital 41: "Furthermore, the consumer should not compensate the trader for the use of the defective goods" and Arts. 26, 27(1) Proposal for a Directive on Consumer Rights (fn. 11). On this, see *Jud*, Verbrauchsgüterkauf in Jud/Wendehorst, Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? 2009, p. 119, p. 135.

[121] On Art. 14(3) Sale of Goods Directive and the *Weber* case, see fn. 89 above.

[122] Almost word for word, Recital 18 sentence 1, 2 Sale of Goods Directive.

[123] Recital 60 sentence 1 Sale of Goods Directive (fn. 1). This important consideration should have been in the main body of the Directive, and not consigned to the recitals: see part II.3.a) above. Other language



mately confirmed by the *Quelle* case in which the ECJ recognised in an *obiter dictum* the right of the Member States to regulate this issue in the event of termination of the contract [124].

From a *logical* perspective, the arguments presented imply *reverse* reasoning and not an *a fortiori* conclusion [125]. As a result, both the gap and the possibility of filling the gap must be denied [126]. Whether the seller should continue to be allowed a claim for compensation for use or loss of value is therefore not to be resolved under European law for the termination of the contract, but rather under the national law of the respective Member State [127].

3.3. – It is to be accepted that the grand project of a Common European Law on Sales was not politically enforceable. In this respect, issues that could have been settled [128] are not really expedient. Nevertheless, it must be asked on what points the weaknesses of the current directives can be corrected *de lege ferenda*. Under Article 25 of the Directive, an update of the Sale of Goods Directive is to be made by 2024.

3.3.1. – From an economic point of view, it should be discussed whether the obligation to notify, i.e. the obligation to make a complaint [129], can be fully harmonised and thus no longer be formulated as an option.

---

versions are as follows: German: "*Folgen der Vertragsbeendigung zu regeln, beispielsweise die Folgen der Wertminderung der Waren oder die Folgen ihrer Zerstörung oder ihres Verlustes*"; French "*de réglementer les conséquences de la résolution autres que celles prévues dans la présente directive, telles que les conséquences de la baisse de la valeur des biens ou de leur destruction ou de leur perte*"; Spanish "*de regular las consecuencias de la terminación del contrato que no sean las establecidas en la presente Directiva, como por ejemplo las consecuen cias de la disminución del valor de los bienes o de su destrucción o pérdida*"; Italian "*le conseguenze della risoluzione diverse da quelle previste nella presente direttiva, come le conseguenze della diminuzione del valore dei beni o della loro distruzione o perdita*".

[124] Judgment of 17.4.2008 – C-404/06, EU:C:2008, 231, Mn. 38 f. – Quelle on Recital 15 of Consumer Goods Directive (fn. 7).

[125] On this *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2nd edn. 2019, § 6 Mn. 83.

[126] On using the gap as a working hypothesis, see *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2nd edn. 2019, § 6 Mn. 97 ff.

[127] Also, but without justification *Bach*, NJW 2019, 1705, 1710; *Lilleholt*, 28 Juridica International 2019, 3, 7. Describing the open discussion *Zöchling-Jud*, GPR 2019, 115, 118, 130.

[128] In detail *Lilleholt*, 28 Juridica International 2019, 3 ff.

[129] Under German law, there is a *Rügeobliegenheit* and not an *Anzeigepflicht*, because one cannot be forced to comply with it, but compliance with it is only in one's own interest in order to avoid any disadvantages that might otherwise occur, see *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12th edn. 2020, § 19 Mn. 35.



3.3.1.1. – However, the EU Commission has so far been opposed to including an obligation to notify in the Sale of Goods Directive [130]. It justifies this partly with *empirical* arguments: An obligation to notify would have little practical effect, because over 80% of buyers already notify the seller when problems with the goods arise [131]. And 69% of business owners stressed that waiving the obligation to notify would only lead to moderately higher costs [132]. However, these considerations are only partly persuasive. If it is consumers who predominantly report the defects, this does not argue against its introduction but in its favour – because the majority of consumers would not have to change their behaviour. When business owners from Germany and Austria speak of moderately higher costs, their statements are open to criticism because there is as yet no such obligation to notify in these Member States [133]. In the absence of concrete experience, these figures distort the statistics. The Commission also fails to take account of the experts' statement that it is not possible to provide reliable evidence of the costs [134].

3.3.1.2. – Academic literature rejects the consumer's obligation to notify on the grounds that they are not aware of such an obligation and that it would therefore be *unreasonable* for them [135]. This thesis is also shaky. According to the settled case law of the ECJ, the consumer is capable of learning and must not rely on the accustomed traditions of the respective Member State [136]. The obligation of Member States to inform consumers of their rights also serves this purpose (Article 20 Sale of Goods Directive). The

[130] Recital 25 sentence 2 and 3 Amended Proposed Directive on online and other distance selling of goods (fn. 16) and Staff Working Document Impact Assessment, p. 25 (fn. 19).

[131] Staff Working Document Impact Assessment, p. 25 (fn. 19) refers to 37–58%; ICF, Costs and Benefits 1999/44/EU (fn. 18), p. 58 to 84%.

[132] Staff Working Document Impact Assessment, p. 25 (fn. 19) referring to ICF, Costs and Benefits 1999/44/EU (fn. 18), p. 58.

[133] See fn.143 below.

[134] ICF, Costs and Benefits 1999/44/EU (fn. 18), p. 58: "The impact of having notification obligation on ongoing compliance costs cannot however, be ascertained with certainty on the basis of available evidence.".

[135] On the earlier view *Medicus*, Verbraucherrecht und Verbrauchsgüterkauf im einem kodifikatorischen System – Bürgerrecht, Handelsrecht und Sonderprivatrecht in Grundmann/ Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht – Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, 2000, p. 219, p. 228 (bit see fn. 139; *Ernst/Gsell*, Kaufrechtsrichtlinie und BGB, ZIP 2000, 1410, 1426 (but see fn. 139); *Magnus*, Verbrauchsgüterkauf-RL 1999/44/EG, A 15 in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der europäischen Union, 40th Supplement 2009, Art. 5 Mn. 15: "unfair privileging of the seller".

[136] See fn. 109 above.



"how" – i.e. the form of such an obligation to notify – is decisive for the question of reasonableness. The current Article 12 of the Sale of Goods Directive only requires the consumer to notify once they have detected the lack of conformity with the contract [137]. This means that the consumer does not have to actively examine the goods after receipt. However, this weakest form of action – which allows the two-month period to start not from the handover of the goods but only when the buyer recognises the lack of conformity of the goods [138] – appears to be reasonable and not unfair.

The vast majority of legal literature considers the obligation to notify defects to be appropriate and in the interest of the Consumer Goods Directive [139] and now the Sale of Goods Directive [140]. For business owners, there is an obligation to give notice of defects under UN sales law [141] and the same applies in Germany [142]. *In terms of comparative law,* the USA is also known for its obligation for consumers to give notice of defects [143]. The fact that the obligation to notify is already present in a clear majority of the European Member States – namely 21 out of 27 Member States – ultimately speaks in favour of full harmonisation [144].

Further *interest-oriented* arguments [145] support such a view. The duty of disclo-

---

[137] This corresponds to the current Article 5(2) Consumer Goods Directive (fn. 8). It was also confirmed by the Judgment of 4.6.2015 – C-497/12, ECLI:EU:C:2015:357, Mn. 61 – Faber.

[138] The Proposal for a Consumer Goods Directive (fn. 7) made the obligation to complain still subject to the condition that the consumer "has established or should have established the lack of conformity". The final version of the Consumer Goods Directive (fn. 7) dropped the negligence aspect and was thus already a significantly weakened variant in favour of the consumer; see *Gsell* (fn. 139).

[139] *Medicus*, Ein neues Kaufrecht für Verbraucher?, ZIP 1996, 1928: when an obligation to examine is avoided; *Ehmann/Rust*, Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, JZ 1999, 853, 862; *Gsell*, Die zeitlichen Grenzen der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nach der EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, 7 ERPL, 151, 163 f. (1999); *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003, p. 487.

[140] *Dassbach*, Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten im Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, GPR 2016, 211, 216; *Rudloff*, Der Vorschlag einer Warenhandels-Richtlinie der EU – Fortschritt auf dem Weg zu mehr Nachhaltigkeit, VuR 2018, 325, 327.

[141] Art. 39(1) UN Sales Law, see Proposal for a Consumer Goods Directive (fn. 7), p. 16.

[142] On Section 377 Commercial Code (HGB), see *Hopt* in Baumbauch/Hopt, HGB, 38th edn. 2018, § 377.

[143] § 2-602 (1) UCC: "Rejection of goods must be within a reasonable time after their delivery or tender. It is ineffective unless the buyer seasonably notifies the seller."

[144] The countries that do not have it are Germany, Austria, France, Poland, Greece and Ireland, see Staff Working Document Impact Assessment, p. 25 (fn. 19).

[145] For such an overview, see *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2nd edn. 2019, § 5 Mn. 56–158.



sure has a function of preserving evidence [146] because the buyer must record the defect and communicate it to the seller. If the buyer does not do so, the non-existence of a defect is faked after the expiry of the period for lodging a complaint. The seller thus becomes aware of the defect at an early stage and knows that they must expect the assertion of warranty rights; conversely, the prolonged exposure to claims is avoided [147]. This allows the seller, for example, to make contact with its own supplier [148]. Further damage caused by defects can thus be prevented [149]. It has just been stressed that even excessive consumer protection cannot be in the interest of buyers because it increases costs at their expense. *From an economic point of view,* the aim should be to keep the costs of consumer protection at an optimal price-performance ratio [150]. The longer a reversal of the burden of proof exists for the defect of goods, the higher the costs for the seller and thus also for the buyer. It is therefore also in the *interest of consumers* not to unnecessarily increase the costs of exercising warranty rights.

These arguments are finally supported by *considerations of fairness*. The right of withdrawal in distance selling is already subject to the risk of abuse. The buyer purchases several similar products, only to test them for two weeks. Since consumers may exercise the right of withdrawal without any legal reason, they can try out the goods for two weeks and then return them. All consumers pay for this abuse. A similar risk exists where the consumer is aware of the lack of conformity of the goods, but nevertheless makes full use of the two-year limitation period in order to exercise the warranty rights. Such consumers are rewarded by law for opportunistic actions – we call this "moral hazard" [151]. The potential for abuse could at least be reduced by an obligation to notify if one assumes that the buyer must prove that the notification was made in good time [152]. Final-

---

[146] On the interests of preserving evidence under Section 377 HGB, see *Hopt* in Baumbauch/Hopt, HGB, 39th edn. 2020, § 377 Mn. 32.

[147] For the obligation to notify (*Rügeobliegenheit*) under Section 377 HGB, BGH of 13.5.1987 – VIII ZR 137/86, BGHZ 101, 49, 53.

[148] *Dassbach*, GPR 2016, 211, 215.

[149] *Dassbach*, GPR 2016, 211, 215.

[150] See fn. 4.

[151] *Dassbach*, GPR 2016, 211, 216.

[152] *Gsell*, Die zeitlichen Grenzen der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nach der EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, 7 ERPL (1999), 151, 163 f.; for another perspective, see *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003, p. 487 whic assumes that consumers will rely on the fact that the defect has not previously been found.



ly, the establishment of conformity with the contract after a rapid notification to the seller also serves the general legal concept of *peace under the law* [153].

3.3.2. After these economic considerations, we now submit an environmental argument. Articles 13 to 16 of the Sale of Goods Directive sets out the four known warranty rights of rectification of defects, replacement, price reduction and termination of the contract. As before, priority is given to rectification of defects and replacement, with the consumer choosing between these two types of remedy (Article 13(2)), but the seller may reject these options if the costs are disproportionate (Article 13(3)). With the start of the Commission under President von der Leyen, the European Union has now committed itself to sustainability. This covers not only climate change [154], but also the life cycle of goods [155]. The destruction of returned goods is also to be avoided [156]. The Sale of Goods Directive seeks in Recital 48 sentence 2 to "encourage sustainable consumption and ... contribute to greater durability of products." In this respect, it would have made sense for the Sale of Goods Directive to clearly state the *priority of repair*, i.e. not to give the consumer the right to *choose* between rectification of defects or replacement [157].

The very wording which gives the *consumer* the right to choose between repair or replacement speaks against such priority of the right to repair [158]. It could be argued that a teleological reduction at the expense of the consumer's right to choose would also run counter to the interest in a high level of consumer protection [159]. For such a teleological

---

[153] As under the Proposal for a Consumer Goods Directive, p. 16 (fn. 7).

[154] Communication from the Commission of 11.12.2019, The European Green Deal, COM(2019) 640 final.

[155] Communication from the Commission of 11.12.2019, The European Green Deal, COM(2019) 640 final, p.9: "The circular economy action plan will also include measures to encourage businesses to offer, and to allow consumers to choose, reusable, durable and repairable products. It will analyse the need for a 'right to repair'"; se also High-Level Group on Energy-Intensive Industries, Masterplan for a competitive transformation of EU energy-intensive Industries, enabling a climate-neutral circular economy by 2050.

[156] Application by Bündnis 90/Die Grünen of 9.1.2020, Ressourcen schonen, Vernichtung von Waren stoppen, BT-Drs. 19/16411, referencing the Study by the University of Bamberg, available at http://www.retourenforschung.de/info-retourentacho2019-ausgewertet.html.

[157] Critical of current law, but without making demands *de lege lata*, see *Tonner*, Die EU-Warenkauf-Richtlinie, auf dem Weg zur Regelung langlebiger Waren mit digitalen Elementen, VuR 2019, 363, 365.

[158] The wording of Article 13(2) Sale of Goods Directive (fn. 1) corresponds to Art. 3(1)(1) Consumer Goods Directive (fn. 7).

[159] See part I.2 above.



reduction, however, it could be argued that consumers ultimately get what they agreed from the outset, even through repair: a contractual, defect-free item. A *company* could also argue that the remedy is disproportionate [160]. This objection could be countered by a narrow interpretation of the concept of "disproportionate costs". Thus, the objection of destroying the goods more cheaply than repairing them would no longer be accepted and the sustainability mentioned in Recital 48 would be put into practice. Such a result would also be in line with the case law of the CJEU, according to which exceptions must be interpreted strictly in order to achieve the objectives of the Directive [161]. In addition, the EU Commission and the Member States could already now educate consumers on prioritising the rectification of defects.

IV. – The Sale of Goods Directive and Digital Content Directive aim at full harmonisation in order to increase legal certainty and consumer confidence and minimise the costs of cross-border trade.

2. The European legislature must improve its legislative technique.

a) The lack of full harmonisation threatens above all to raise difficult demarcation questions as to whether or not a problem is covered by the scope of the Directive. The directives now resemble a rump containing typical elements of minimum harmonisation.

b) The law is imprecise, often even misleading, because many rules are found only in the recitals and not in the normative text. As a result, one is surprised that so many words can be written about so relatively little content. The actual normative text could easily have been set out in ten pages. It is reminiscent of the legislative 'information overload' that already plagues capital markets law [162]. Imprecise rules increase transaction costs and affect legal certainty. The Latin principle *non multa, sed multum* applies: fewer but more precise laws would have been better.

3.a) Interpretation requires working with legal principles: these include a high level of consumer protection as well as a balanced relationship between the rights of both contracting parties as a legal principle.

---

[160] The intent is for disproportionately *high costs*, see *Wilke*, BB 2019, 2434, 2441.

[161] See Judgment of 13.12.2001 – C-481/99, EU:E:2001:684, Mn. 31 – Heinzinger; see also *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2nd edn. 2019, § 4 Mn. 140 ff., § 5 Mn. 18.

[162] *Möllers*, Europäische Gesetzgebungslehre 2.0: Die dynamische Rechtsharmonisierung im Kapitalmarktrecht am Beispiel von MiFID II und PRIIP, ZEuP 2016, 325, 332 ff.; *Simons*, Gesetzgebungskunst, AG 2016, 651 ff.



b) In concrete terms this means, for example, that the principle *in dubio pro consumente* does not apply, but in the event of gaps is limited by the principle of a balanced relationship. As a result, the seller is not entitled to any claims for use or destruction of the defective item only in the case of replacement, but in the case of termination of the contract the seller can still assert these claims for compensation under national law.

c) *De lege ferenda*, the option clause to notify the seller of the lack of conformity should be abandoned and the clause should be fully harmonised on a mandatory basis for all Member States. Such an obligation to give notice of defects is reasonable for consumers in the case of obvious defects and already corresponds to the legal situation in most Member States. For reasons of sustainability, the consumer's right to choose between replacement and repair must be interpreted strictly and the repair must be given priority. The same applies if the seller wishes to invoke disproportionality.

JUS CIVILE



PIERLUIGI MAZZAMUTO

Professore associato di Diritto privato – Università di Palermo

ANCORA SULLA TUTELA DEI CREDITORI PERSONALI DEL LEGITTIMARIO LESO O PRETERMESSO

SOMMARIO*: 1. Premessa. – 2. La sentenza della Corte di Cassazione 20 giugno 2019, n. 16623. – 3. La dottrina più recente. – 4. Conclusioni e proposte* de iure condendo.

1. – Nel mio precedente contributo sulla tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso [1], che prende le mosse dagli scritti sul tema di Stefano Pagliantini e si ricollega all'insegnamento di Luigi Mengoni e di Francesco Realmonte [2], avevo sostenuto l'applicabilità dell'art. 524 c.c. in via estensiva, al solo scopo di consentire ai suddetti creditori di soddisfarsi sui beni ereditari fino alla concorrenza dei relativi crediti, e suggerito un'opportuna riformulazione legislativa del medesimo articolo, al fine di superare definitivamente i contrasti giurisprudenziali e dottrinali in merito alla sua applicabilità o meno in via estensiva o analogica e di venire incontro alle esigenze di economia processuale, più volte ribadite dalla Corte di Cassazione, che ostacolano l'esercizio in sequenza delle azioni revocatoria, surrogatoria ed esecutiva.

L'esame della giurisprudenza da me effettuato in tale contributo aveva messo in evi-

[1] P. MAZZAMUTO, *La tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso*, in *comparazionedirittocivile.it*, aprile 2019, 1 ss.

[2] S. PAGLIANTINI, *Legittimario pretermesso e tutela dei creditori: un esempio di massima (dottrinale) mentitoria*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 495 ss.; ID., *La frode per testamento ai creditori del legittimario: sulla c.d. volontà testamentaria negativa e tecniche di tutela dei creditori*, in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile. Gli atti dei Convegni*, *I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, n. 1/2016, 204 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*[4], in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU-F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, Milano, 2000, t. II, 242 ss., nonché F. REALMONTE, *La tutela dei creditori personali del legittimario*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Diritto civile*, Milano, 1995, 631 ss.



denza una progressiva acquisizione di risultati interpretativi da parte della Cassazione e soprattutto delle corti di merito che conviene riassumere prima di procedere agli ultimi passaggi del dibattito dottrinale e giurisprudenziale posto ad oggetto del presente scritto.

La Corte di Cassazione[3] nel 1974 aveva chiarito la portata dell'art. 524 c.c. affermando che:

1) al fine dell'esercizio dell'impugnazione della rinunzia all'eredità da parte dei creditori, è richiesto che la rinunzia all'eredità da parte del debitore comporti un danno per i suoi creditori e che al momento della proposizione dell'azione il danno sia sicuramente prevedibile, nel senso che ricorrano fondate ragioni per ritenere che i beni personali del debitore non risultino in grado di soddisfare del tutto i suoi creditori. Non è necessario che siano consapevoli di tale danno i successivi chiamati all'eredità i quali, a seguito della rinunzia del primo, l'abbiano accettata, né che la rinunzia all'eredità sia stata preordinata allo specifico scopo d'impedire ai creditori di soddisfarsi e non occorre, neppure, da parte del debitore la consapevolezza del pregiudizio loro arrecato;

2) a differenza dell'azione revocatoria, l'impugnazione *ex* art. 524 c.c. della rinunzia da parte del debitore all'eredità non mira a rendere inefficace un atto di disposizione del patrimonio del debitore medesimo, che abbia ridotto la garanzia generica dei suoi creditori, e ciò in quanto la rinunzia da parte di costui non rappresenta un atto di rinunzia in senso proprio, ma un semplice rifiuto, e non produce l'effetto della dismissione di beni entrati nel suo patrimonio, ma quello d'impedirne l'ingresso;

3) l'azione dei creditori per farsi autorizzare ad accettare l'eredità in nome e luogo del debitore rinunziante *ex* art. 524 c.c. inoltre non mira a far entrare i beni dell'eredità cui si è rinunziato nel patrimonio del debitore, il quale per effetto di essa non li acquista nemmeno fino alla concorrenza dei crediti fatti valere, e tuttavia risulta più vantaggiosa per i creditori che non l'azione surrogatoria, il cui esercizio non sarebbe ipotizzabile in caso di rinunzia non revocabile a norma dell'art. 525 c.c.;

4) i creditori, infine, prima di esercitare l'azione di impugnazione della rinunzia all'eredità da parte del debitore di cui all'art. 524 c.c., non sono tenuti ad interpellare i successivi chiamati ed accettanti l'eredità, per sapere se intendano pagare i debiti del rinunziante, né costoro hanno il diritto di vendere essi stessi i beni ereditari per esercitare la facoltà di provvedere a un tale pagamento mediante il ricavato.

La Corte poi, nell'ultimo ventennio del secolo scorso e nella prima decade di quello

[3] Cass. 10 agosto 1974, nn. 2394 e 2395, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1526 ss.



attuale, dopo aver asserito che i creditori personali del legittimario non rientrano fra gli "aventi causa" di cui all'art. 557 c.c. ai fini dell'esercizio dell'azione di riduzione, giacché tale categoria ricomprenderebbe solo i cessionari dei diritti ereditari [4], ha escluso a più riprese la possibilità per i creditori del legittimario di agire in revocatoria o surrogatoria ma sostanzialmente anche l'operare del rimedio previsto dall'art. 524 c.c., ossia l'impugnazione da parte dei creditori della rinunzia all'eredità, e ciò a causa della natura eccezionale della norma e, quindi, della sua inapplicabilità in via analogica [5].

Più di recente, si è ribadito che per l'impugnazione della rinunzia ereditaria, ai sensi dell'art. 524 c.c., è richiesto il solo presupposto oggettivo del prevedibile danno ai creditori, che si verifica quando, al momento dell'esercizio dell'azione, fondate ragioni (nella specie, l'intervenuta dichiarazione di fallimento) facciano apparire i beni personali del rinunziante insufficienti a soddisfare del tutto i suoi creditori [6].

Si è affermato che il debitore rinunciante all'eredità è il solo soggetto passivamente legittimato all'azione intentata dai creditori *ex* art. 524 c.c., con la conseguenza che, al suo decesso, legittimato passivo risulta il suo erede quale persona che gli succede *in universum ius*, e, quindi, nella situazione di debitore rinunciante all'eredità, da cui scaturisce la legittimazione passiva *de qua* [7].

Quanto all'esperibilità dell'azione surrogatoria, in particolare, si è affermato che non può ritenersi inerte il legittimario che rinunci al proprio diritto alla quota di riserva, giacché la dismissione di tale diritto implica un comportamento attivo, che si estrinseca in un atto di gestione dei propri interessi seppur in forma abdicativa [8].

Si è reputata inammissibile la revoca della rinunzia all'azione di riduzione, a differenza dell'art. 525 c.c. in tema di rinunzia all'eredità, giacché la rinunzia all'azione di

---

[4] Cass. 15 novembre 2004, n. 21616; Cass. 20 settembre 1963, n. 2592. Nella giurisprudenza di merito: Trib. Lucca, 2 luglio 2007; Trib. Gorizia, 4 agosto 2003, in *Familia*, 2004, 1187.

[5] Cfr. già Cass. 23 marzo 1995, n. 3548. La Corte in tale sentenza ha inoltre affermato che l'azione esercitata dal creditore, ai sensi dell'art. 524 c.c., per essere autorizzato ad accettare l'eredità in nome ed in luogo del debitore rinunziante, ha una funzione strumentale per il soddisfacimento del credito, in quanto mira a rendere inopponibile al creditore la rinunzia e a consentirgli di agire sul patrimonio ereditario, rendendogli estranea la delazione del terzo chiamato per effetto della rinunzia da lui impugnata. Ne deriva che la legittimazione passiva spetta unicamente al debitore rinunziante, mentre i successivi chiamati che hanno accettato l'eredità possono considerarsi portatori di un interesse idoneo a consentire unicamente un intervento in causa adesivo e dipendente, per sostenere le ragioni del debitore rinunziante, senza poter proporre domande proprie e diverse da quella di appoggio alla domanda della parte adiuvata.

[6] Cass. ord. 29 aprile 2016, n. 8519.

[7] Cass. 24 novembre 2003, n. 17866.

[8] Cass. 4 agosto 1997, n. 7187; Cass. 18 febbraio 2000, n. 1867, in *Foro it.*, 2000, I, 1845.



riduzione, che può ricavarsi anche da comportamenti concludenti [9], rende stabili e definitive le situazioni giuridiche scaturenti dalle disposizioni lesive della legittima [10].

Nell'ottica di denegare praticamente qualsivoglia tutela ai creditori del legittimario leso o pretermesso, la giurisprudenza di legittimità [11] ha sostenuto a lungo che l'azione di riduzione sia un'azione personale, spettante unicamente al legittimario leso o pretermesso e che, come tale, non sia né cedibile né trasmissibile *mortis causa*: ciò sino al provvido *revirement* del 2008 [12] che ha sancito il principio opposto, secondo cui, conformemente al tenore letterale dell'art. 557 c.c., l'azione di riduzione è trasmissibile *mortis causa* o cedibile con atto tra vivi.

La Corte nel 2007 [13] ha poi manifestato l'importante avviso che, quale presupposto dell'impugnazione della rinunzia all'eredità da parte dei creditori, vada equiparato alla rinunzia esplicita anche il trascorrere infruttuoso del termine fissato *ex* art. 481 c.c. ma il discorso si potrebbe estendere anche al termine prescrizionale e, sempre nel 2007 [14], ha sposato la tesi, minoritaria in giurisprudenza e in dottrina, secondo cui la rinuncia sarebbe una pura *omissio adquirendi* ossia un rifiuto impeditivo che non dismette ma impedisce l'acquisto di diritti successori.

La Corte, nell'enunciare quali tutele non siano di spettanza dei creditori del legittimario, di contro non si è mai spinta – come si ritiene a volte nell'opinione corrente – ad affermare in modo radicale che qualsiasi altra tutela sia loro preclusa dalla legge.

---

[9] Cass. 3 dicembre 1996, n. 10775 in *Mass. Giust. civ*., 1996, 1662; Cass. 20 gennaio 2009, n. 1373, in *Foro it.*, 2009, I, 1435.

[10] Cass. 28 marzo 1977, n. 2773, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, e sulla scia Trib. Monza, 11 febbraio 1998, in *Giur. it.*, 1999, I, 755.

[11] Cass. 5 dicembre 1966, n. 2845; Cass. 26 gennaio 1970, n. 160, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 102.

[12] Cass. 9 aprile 2008, n. 26254 e Cass. 20 gennaio 2009, n. 1373.

[13] Cass. 19 marzo 2007, n. 7735. La Corte in tale sentenza ha inoltre affermato che in caso di rinunzia all'eredità o di inutile decorso del termine all'uopo fissato, per impugnare la rinunzia e renderla inefficace i creditori debbono esperire l'azione prevista dall'art. 524 c.c., proponendo e trascrivendo la domanda anche nei confronti di chi si affermi quale avente causa degli altri chiamati all'eredità rispetto al medesimo immobile. Poiché tale azione produce in rapporto ai creditori del chiamato rinunziante gli effetti sostanziali dell'azione revocatoria, al sequestro richiesto per assicurare gli effetti dell'accoglimento della domanda prevista dall'art. 524 c.c. risulta applicabile la disciplina dettata dall'art. 2905 c.c., dal momento che si può trascrivere il sequestro tanto nei confronti del dante causa del debitore che nei confronti di quest'ultimo al solo scopo di far accertare l'esistenza del credito vantato verso di lui; non è invece idonea al medesimo fine la semplice richiesta di sequestro conservativo dei beni oggetto della delazione ereditaria, atteso che verrebbe altrimenti elusa la disciplina degli effetti della trascrizione, la quale ha riguardo a situazioni tipiche, e considerato che detti beni non appartengono a chi è chiamato all'eredità.

[14] Cfr. per il relativo contrasto Cass. 23 gennaio 2007, n. 1403 in *Mass. Giust. civ.*, 2007; Cass. 18 aprile 2012, n. 6070 in *Riv. not.*, 2013; Cass. 4 luglio 2016, n. 13599.



Nel 2013, a proposito del legato in sostituzione di legittima, la Corte ha affermato che la delazione *ex lege* nella quota di legittima può aversi soltanto dopo la rinunzia al legato e il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione [15]; inoltre, si è occupata del caso del legato disposto dal testatore al proprio figlio, debitore di una ingente somma pecuniaria, avente ad oggetto il diritto di abitazione di un immobile la cui nuda proprietà veniva attribuita ai nipoti, figli del legittimario [16]: quest'ultimo, al fine di attuare la volontà del testatore di tacitarlo con un legato in sostituzione di legittima, aveva rinunziato ad esercitare l'azione di riduzione, ottenendo il duplice vantaggio di rendere definitivo l'acquisto del diritto di abitazione e, contemporaneamente, non assoggettabili ad esecuzione da parte dei propri creditori i beni caduti in successione ai figli. Da qui la scelta dei creditori del legittimario di promuovere l'azione revocatoria, nell'assunto che l'atto di rinunzia all'azione di riduzione (e di riflesso alla legittima) da parte del legatario-debitore sia pregiudizievole in quanto, precludendo definitivamente la rinunzia al legato, rende impossibile l'incremento patrimoniale che seguirebbe all'esperimento vittorioso, appunto, dell'azione di riduzione.

La Corte ha ritenuto che, nel caso di specie, la revocatoria non sia esperibile per manifesta inidoneità dell'atto revocando, giacché l'atto di rinunzia alla legittima, ove revocato, non può sortire l'effetto vantaggioso di un incremento del patrimonio dell'obbligato, che conseguirebbe soltanto a un successivo vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, che a sua volta non è esperibile in via surrogatoria dai creditori in quanto ri-

---

[15] Cass. 27 giugno 2013, n. 16252, in *Riv. not.*, 2014, II, 769.

[16] Cass. 18 febbraio 2013, n. 4005, in *Foro it.,* 2013, I, 2245 ss. e in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 9/2013, 828 ss. con nota di M.V. MACCARI, *Accettazione del legato in sostituzione di legittima e tutela dei creditori: è possibile esperire l'azione revocatoria?*. Il beneficiario di un legato in sostituzione di legittima, avente ad oggetto il diritto di abitazione vitalizio su di un immobile in forza del testamento della madre che designa eredi universali gli altri figli, consegue il legato e rinuncia ad agire in riduzione. Un creditore agisce in giudizio nei confronti del proprio debitore, legatario del diritto di abitazione, nonché nei confronti dei suoi figli (ai quali il testamento attribuiva la nuda proprietà dell'immobile), chiedendo alternativamente la revocatoria *ex* art. 2901 c.c. dell'atto di rinuncia ovvero l'autorizzazione *ex* art. 524 c.c. ad accettare l'eredità in nome e per conto del debitore medesimo, al solo fine di soddisfarsi sui beni ereditari fino a concorrenza del credito vantato nei confronti del legittimario: il Tribunale di Firenze accoglie la domanda di revocatoria mentre la Corte d'Appello, pur ritenendo che la fattispecie integri un atto astrattamente suscettibile di revocatoria, respinge la domanda per difetto del pregiudizio, in quanto il legato, sulla scorta di una C.T.U., aveva un valore non inferiore alla quota di legittima spettante al legittimario; la Corte di Cassazione, sulla base dell'assunto che nella fattispecie il legatario ha semplicemente non esercitato una sua facoltà e non ha modificato la propria consistenza patrimoniale, senza pertanto compiere un atto abdicativo di un diritto già acquisito definitivamente, esclude l'ammissibilità dell'azione revocatoria, ritenendo che l'adesione al legato sostitutivo della legittima, compiuta dal legatario con conseguente rinuncia all'azione di riduzione, sarebbe un atto neutro, e la sua revocatoria non determinerebbe di per sé l'accrescimento del relativo patrimonio.



messa dalla legge alla valutazione discrezionale del legittimario: la declaratoria di inefficacia conseguente all'impugnazione dell'atto revocando sarebbe, quindi, non satisfattiva del credito ossia *inutiliter data*.

A tale indirizzo si accompagna sempre, nel 2013, l'idea più in generale che la revocatoria non possa essere esperita contro atti di rinuncia a facoltà che non comportino modifiche peggiorative delle condizioni patrimoniali del debitore, ma solo contro atti dismissivi di diritti già entrati nel patrimonio nel rinunziante tra i quali non rientrerebbe il diritto potestativo di agire in riduzione [17]: un'idea per la verità che andrà sempre più affievolendosi nella giurisprudenza successiva.

Dalla pronuncia in tema di diritto di abitazione, tuttavia, non si può ricavare un più generale principio di diritto consistente nell'affermare, con riguardo all'ipotesi esaminata, oltre alla non attuabilità della revocatoria ordinaria, una concorrente inesperibilità di altri rimedi e in particolare dell'art. 524 c.c. quale forma alternativa di protezione dei creditori.

La Corte, infatti, non si è soffermata, neanche in sede di *obiter dictum*, sulla preclusione ad un utilizzo dell'art. 524 c.c. ma ha inteso affermare che la protezione dei creditori del legittimario leso – e ciò per ragioni di economia processuale che si rivelano come una preoccupazione costante se non addirittura una vera e propria ossessione dei nostri giudici – non può passare per ben due azioni conservative della garanzia patrimoniale in sequenza, ossia l'azione revocatoria e l'azione di riduzione in via surrogatoria.

L'inefficacia relativa dell'atto di rinunzia, in altre parole, non legittima il creditore procedente a considerare la quota di riserva già acquisita alla garanzia patrimoniale generica del suo debitore e, pertanto, se l'effetto della revocatoria non restituisce la riserva alla garanzia generica, la conseguenza logica è che non può darsi una revocatoria. Ciò, a voler essere rigorosi, dovrebbe riguardare non soltanto il caso dell'accettazione del legato in sostituzione della legittima ma anche il caso della rinunzia all'azione di riduzione, la cui revoca non torna neanch'essa utile allo scopo, poiché l'incremento della garanzia generica può derivare soltanto da un successivo agire in surrogatoria.

La preclusione alla revocatoria varrebbe, dunque, non soltanto nell'ipotesi di un lega-

[17] Cass. 18 febbraio 2013, n. 4005, cit. Ma in giurisprudenza va maturando anche un diverso orientamento, secondo cui possono essere revocati tutti i negozi dispositivi che siano in grado di incidere anche solo qualitativamente sulla composizione del patrimonio del debitore se ciò basta a rendere più difficile il soddisfacimento del credito: v. Cass. 26 febbraio 2002, n. 2792, in *Fallimento*, 2003, 43; v. anche Cass. 11 maggio 2007, n. 10879, in *Giur. comm.*, 2008, II, 1194, sulla revocabilità della rinuncia all'esercizio dell'opzione da parte di un socio di s.r.l., nel caso di aumento del capitale sociale, che solo potenzialmente avrebbe potuto causare perdite patrimoniali.



to sostitutivo di legittima, ma in tutti i casi in cui l'effetto della revocatoria di per sé non sia in grado di reintegrare i beni che compongono la legittima nel patrimonio del debitore consentendo al creditore *ex* art. 2902, comma 1, c.c. di promuovere nei confronti dei terzi le azioni esecutive o conservative sui beni che formano oggetto dell'atto impugnato. L'illazione, tuttavia, è alquanto discutibile, dal momento che l'art. 2902 c.c. sembra ruotare intorno al prototipo dell'atto traslativo, che una volta revocato, può dar luogo soltanto ad azioni esecutive o conservative, ma non è detto per nulla che presupponga più in generale un automatismo che inibisca al creditore di compiere ulteriori attività, oltre all'esercizio di azioni esecutive o conservative.

La Corte si mostra consapevole di un duplice esito irragionevole qualora l'accettazione del legato sia ritenuta revocabile in modo da poter successivamente procedere alla riduzione in via surrogatoria: a) un legittimario che diverrebbe erede contro la sua volontà, giacché l'esercizio dell'azione di riduzione è notoriamente qualificato come un'accettazione tacita; b) un terzo istituito che sarebbe spogliato del diritto di trattenere la porzione di eredità eccedente il credito soddisfatto, giacché una volta che sia esperita fruttuosamente la riduzione, l'attivo residuo della quota di legittima è definitivamente imputato al legittimario il quale ha, pur sempre, agito sia pure per il tramite dei propri creditori.

La Corte non si accorge, viceversa, che il paradosso sarebbe agevolmente evitabile qualora si applicasse in via analogica la norma di cui all'art. 524 c.c., in quanto i creditori, tramite un'unica azione, verrebbero soddisfatti sui beni che all'esito pervengono al loro debitore, senza che costui debba acquistare *obtorto collo* la qualità di erede contro la propria volontà, giacché il solo effetto sostanziale dell'art. 524 c.c. risiede nell'inopponibilità della rinunzia entro i limiti di quanto è necessario e sufficiente al soddisfacimento dei creditori.

L'equivoco della Corte circa la pretesa inutilizzabilità dell'art. 524 c.c. ha carattere tralaticio e discende dalla pedissequa riproposizione e dal travisamento di indirizzi giurisprudenziali risalenti.

Una prima pronuncia della Corte, resa nel 2008 [18], riguarda, infatti, la fattispecie ben diversa di un legittimario totalmente pretermesso, il quale aveva rinunziato all'azione di riduzione. I giudici ritennero che l'atto di rinunzia fosse impugnabile per via revocatoria – con una successiva azione di riduzione, quindi, esercitabile in via surrogatoria – ma che, per converso, rimanesse inapplicabile l'art. 524 c.c.: la totale pretermissione implica, infatti, una "non vocazione", mentre il presupposto per l'applicazione di tale norma è

[18] Cass. 29 luglio 2008, n. 20562, in *Giur. it*., 2009, 859 ss.



costituito proprio dall'avvenuta vocazione, sicché non v'è posto per un'analogia *legis*. Le fattispecie della rinunzia all'eredità e della rinunzia all'azione di riduzione sono, inoltre, secondo la Corte, del tutto distinte sul piano strutturale e funzionale, giacché il riservatario non può essere qualificato chiamato all'eredità prima dell'accoglimento dell'azione di riduzione, volta a rimuovere l'efficacia delle disposizioni testamentarie lesive dei suoi diritti. L'orientamento ora descritto dimentica, invero, di considerare – come già aveva precisato la Corte nel 1992 [19] – che il legittimario pretermesso è chiamato *ex lege* all'eredità e, pertanto, non sembra corretto parlare di una "non vocazione" dal momento che, in realtà, è la stessa legge a chiamare il legittimario all'eredità: se si considera la differenza tra vocazione e delazione ereditaria – quest'ultima sì, nel caso del legittimario pretermesso, subordinata all'utile esperimento dell'azione di riduzione – risulta del tutto smentita l'assenza del presupposto della vocazione ereditaria necessario al fine dell'applicazione dell'art. 524 c.c.

Una seconda pronuncia, nel 2016 [20], ancora una volta in tema di pretermissione totale di un legittimario (in questo caso la figlia, a vantaggio del coniuge superstite istituito erede universale), riutilizza le medesime argomentazioni del 2008. La Corte, a voler disvelare la "massima mentitoria" diffusa in dottrina, non ha mai fissato, dunque, il principio che un minimo di tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso non sia, comunque, da accordare.

Un'altra pronuncia del 2013 [21], riguardante il caso di un legittimario fallito, ammette il curatore ad agire in riduzione non in via surrogatoria ma in virtù del potere, che l'art. 43 l. fall. gli riconosce, di stare in giudizio nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento: anche qui si potrebbe, tuttavia, prospettare una lacuna, dal momento che, qualora il legittimario, in seguito fallito, abbia rinunciato in precedenza all'azione di riduzione, l'art. 43 l. fall. non sarebbe utilizzabile e si porrebbe quindi, nuovamente, il problema di dover agire due volte, in revocatoria prima e in surrogatoria dopo.

Una più recente pronuncia del 2016 [22], in tema di legato in sostituzione di legittima,

---

[19] Cass. 1 aprile 1992, n. 3950, in *Foro it.*, 1993, I, 198.

[20] Cass. 22 febbraio 2016, n. 3389, in *Rep. Foro it*., 2016.

[21] Cass. 15 maggio 2013, n. 11737, in *Dir. fam*., 2014, 567 ss.

[22] Cass. 2 febbraio 2016, n. 1996, in *Foro it.*, 2016, I, 2879 ss. e in *Mass. giust. civ*., 2016: "In tema di legato in sostituzione di legittima, integrando la mancata rinuncia al lascito un atto di gestione del rapporto successorio da parte del beneficiario, confermativo *ex lege* della già realizzata attribuzione patrimoniale, è inammissibile l'azione surrogatoria proposta dal creditore dell'istituito per ottenere la legittima, postulando tale azione l'inerzia del debitore, quale comportamento omissivo".



ritiene che la mancata rinunzia al lascito integri un atto di gestione del rapporto successorio da parte del beneficiario e renda inammissibile l'azione surrogatoria proposta dal creditore del legatario per ottenere la legittima, giacché tale azione postula l'inerzia del debitore: la decisione si colloca nel solco della tradizione e qualifica, dunque, l'omessa rinuncia al legato sostitutivo quale atto del legittimario-debitore di gestione del proprio patrimonio.

Nello specifico, la Cassazione evidenzia che: 1) l'accettazione del legato tacitativo, che comporta la rinuncia all'azione di riduzione, è una facoltà prevista dall'art. 551 c.c. e non può in alcun modo essere considerata una forma di inerzia che giustifichi l'esperimento dell'azione surrogatoria da parte dei creditori del legittimario; 2) non è possibile agire in revocatoria, in quanto l'accettazione non è un atto dispositivo che faccia uscire un bene dal patrimonio del legittimario; 3) considerando l'accettazione del legato tacitativo sotto il profilo della rinuncia all'azione di riduzione, non sarebbe sufficiente l'azione revocatoria, essendo necessaria l'azione di riduzione in surrogatoria, non esperibile in quanto presuppone la rinuncia al legato.

La giurisprudenza di merito, da parte sua, si è prodigata con risultati alquanto significativi al fine di rimediare al vuoto di tutela sin qui descritto ed è andata in contrario avviso della giurisprudenza di legittimità o ne ha precorso gli sviluppi positivi, giungendo così nel 2018 [23] a stabilire, in ossequio al principio costituzionale di eguaglianza, che anche la rinuncia del legittimario pretermesso all'azione di riduzione può essere impugnata, a tutela delle rispettive ragioni, dai suoi creditori, in base all'applicazione analogica dell'art. 524 c.c., e dal curatore del fallimento del legittimario, in base al combinato disposto degli artt. 66, comma 1, l. fall. e 524 c.c. Tale pronuncia riafferma il principio di coerenza del sistema normativo e quello di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., i quali impongono di riconoscere ai creditori personali o al curatore del fallimento del legittimario pretermesso, il quale abbia rinunziato all'azione di riduzione, la possibilità di tutelare le loro ragioni o, rispettivamente, le ragioni della massa dei creditori concorrenti nel fallimento: il curatore fallimentare, in particolare, utilizzerà lo speciale rimedio di cui all'art. 524 c.c. in via diretta, mentre i creditori per surroga in via analogica, facendo valere l'inefficacia nei propri confronti della rinunzia all'azione di riduzione e chiedendo contestualmente la riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie lesive della quota riservata dalla legge al debitore. Tale decisione, inoltre, ha il pregio di dare attua-

[23] App. Napoli, 12 gennaio 2018, n. 118, in *Notariato*, n. 2/2018, 214 ss. e in *Fallimento*, 4/2018, 48 ss. La sentenza di cui sopra era stata già anticipata da Trib. Napoli, 15 ottobre 2003, in *Giur. it*., 2004, 1644.



zione al principio di economia dei mezzi giuridici: l'esperimento dell'azione di cui all'art. 524 c.c. per tutelare le ragioni dei creditori o del curatore del fallimento del legittimario preterito che abbia rinunziato all'azione di riduzione svolge, infatti, la medesima funzione protettiva che si suole ottenere tramite il ricorso, prima, all'azione revocatoria ordinaria al fine della declaratoria di inefficacia della rinuncia all'azione di riduzione, poi, all'azione surrogatoria al fine di agire in riduzione in luogo del proprio debitore, indi alle azioni esecutive o conservative.

Il dibattito si è riacceso, da ultimo, sulla scorta di una nuova sentenza della Cassazione e, in dottrina, di un intervento critico di Damiani su cui intendo soffermarmi.

2. – Il caso è il seguente: il creditore (una banca) con riguardo a due suoi debitori (illimitatamente responsabili in solido, quali soci della società semplice debitrice) rimasti inadempienti pur in seguito a decreto ingiuntivo divenuto definitivo, manifestava l'interesse a surrogarsi, ai sensi dell'art. 2900 c.c., nei loro diritti di legittimari totalmente pretermessi dal testamento della comune madre defunta, ovvero a impugnare, ai sensi dell'art. 524 c.c., una loro eventuale rinunzia ai propri diritti ereditari.

Il tribunale adito dichiarava inammissibile per difetto di legittimazione attiva ogni domanda proposta nei confronti dei convenuti, sul presupposto che la banca attrice non potesse annoverarsi tra gli "aventi causa" dei legittimari.

Una volta giunti in appello, la corte territoriale – citando quale precedente Cass. 23 febbraio 1982, n. 1114 – poneva in risalto "come la formulazione dell'art. 557 c.c. non lasciasse spazio ad interpretazioni diverse da quelle contenute nel tenore letterale dell'articolo stesso, secondo cui la riduzione delle donazioni e delle disposizioni lesive della porzione di legittima (pur avendo ad oggetto diritti patrimoniali) non può essere domandata che dai legittimari e dai loro eredi o aventi causa, nel cui ambito non potevano, perciò, ricomprendersi i creditori che agiscono in via di surrogazione".

La banca, quindi, proponeva ricorso per Cassazione lamentando, *in primis*, "la violazione e falsa applicazione degli artt. 557 e 2900 c.c., prospettando l'erroneità in punto di diritto dell'impugnata sentenza, nella parte in cui, con l'adottata motivazione, aveva ritenuto che l'azione di riduzione non potesse ritenersi trasmissibile agli eredi e non fosse cedibile, escludendo, quindi, che potesse essere esercitata in via surrogatoria anche dai creditori personali dei legittimari pretermessi (…), pur non avendo gli stessi mai rinunciato ai loro diritti sull'eredità".

Vediamo, dunque, il ragionamento seguìto dalla seconda sezione civile della Corte di



Cassazione nella sentenza n. 16623, depositata il 20 giugno 2019[24], che anzitutto si interroga sulla questione, alquanto dibattuta, circa l'ammissibilità dell'esercizio dell'azione di riduzione in via surrogatoria da parte dei creditori dei legittimari totalmente pretermessi che siano rimasti inerti, non avendo impugnato le disposizioni testamentarie lesive della quota ad essi riservata dalla legge.

L'art. 557 c.c., comma 1, in proposito, stabilisce che la riduzione non può essere domandata che dai legittimari e dai loro eredi o aventi causa. È discusso, in particolare, se nell'alveo degli "aventi causa" siano ricompresi anche i creditori personali del legittimario pretermesso e se e a quali condizioni questi ultimi possano, in via surrogatoria, agire in riduzione.

Un bilanciamento si rende necessario tra le contrapposte esigenze di preservare, da una parte, la libertà di esercizio dei diritti di natura personale (in particolare, quella del delato di accettare o meno l'eredità) congiuntamente all'autonomia negoziale del testatore, e dall'altra, la garanzia patrimoniale dei creditori dei legittimari pretermessi, pur non potendo quest'ultimi considerarsi propriamente chiamati all'eredità *ex* art. 457, commi 1 e 2, c.c.

La Cassazione, rammentando che "la prevalente (e condivisibile) dottrina ha rilevato che l'azione di riduzione possa essere esercitata in via surrogatoria dai creditori del legittimario, potendo essi ricomprendersi nella categoria degli aventi causa previsti nell'art. 557 c.c., comma 1 citato (in correlazione con l'ultima parte dello stesso articolo)", osserva, tuttavia, che "ai fini del riconoscimento di tale legittimazione occorre valutare, in una interpretazione sistematica, le previsioni normative di cui agli artt. 557, 2900 e 524 c.c.".

L'art. 2900 c.c. (azione surrogatoria), com'è noto, riconosce al creditore la legittimazione ad esercitare i diritti e le azioni che spettano al proprio debitore verso i terzi (e per le quali egli rimanga inerte), a condizione che tali diritti e azioni abbiano contenuto patrimoniale (ed è il caso dell'azione di riduzione) e che non si verta in materia di diritti o azioni indisponibili ovvero disponibili solo dal titolare (e il fatto che la legittimazione *ex* art. 557 c.c. sia riconosciuta anche agli aventi causa fa sì che non si tratti di azione indisponibile).

Dal comma 3 dell'art. 557 c.c., a norma del quale i creditori ereditari non possono chiedere la riduzione delle disposizioni lesive né trarne vantaggio se il legittimario ha

---

[24] Cass. 20 giugno 2019, n. 16623, in *Foro it*., 2019, 3598, con note di G. VULPIANI, *Sulla legittimazione dei creditori del legittimario pretermesso ad agire in riduzione ex art. 2900 c.c.*, e di C. DE LORENZO, *L'esercizio, in via surrogatoria, dell'azione di riduzione e il rasoio di Occam*.

Tale indirizzo è stato successivamente ripreso da App. Brescia, 29 ottobre 2019, in *LeggidItalia.it*.



accettato con beneficio di inventario, si desume *a contrario* che la legittimazione all'azione di riduzione è più estesa di quanto previsto dal comma 1: infatti, "se tale legittimazione viene espressamente riconosciuta per l'ipotesi in cui l'accettazione è pura e semplice (grazie alla quale i creditori del defunto divengono creditori personali del legittimario a seguito della confusione patrimoniale che viene a determinarsi), non si rinviene la ragione dell'esclusione della tutela patrimoniale degli originari creditori personali, trovandosi questi ultimi nella medesima condizione giuridica di quelli e, perciò, destinatari dello stesso grado di tutela".

Il riconoscere, però, la legittimazione attiva dei creditori personali del legittimario pretermesso ad agire in surrogatoria "comporterebbe il riconoscimento del diritto dei creditori stessi ad ottenere la reintegra, in via surrogatoria, del patrimonio dei detti legittimari, proprio per effetto della dichiarazione giudiziale, a tutela del loro credito, (di riduzione) delle disposizioni testamentarie e donative lesive dei diritti di legittima".

D'altro canto, è certo che l'ordinamento, mediante l'art. 524 c.c., intende tutelare i creditori del chiamato, consentendo agli stessi di "farsi autorizzare ad accettare l'eredità in nome e luogo del rinunziante, al solo scopo di soddisfarsi sui beni ereditari fino a concorrenza dei loro crediti". La dottrina [25] ha peraltro chiarito che "al vittorioso esperimento dell'azione *ex* art. 524 c.c. non consegue alcuna accettazione dell'eredità, né viene revocata la rinuncia da parte del debitore: si tratta, invero, di un espediente giuridico che persegue una finalità propriamente economica volto, cioè, a consentire in via esclusiva la soddisfazione delle ragioni dei creditori sul compendio ereditario oggetto di rinuncia".

La Corte, in particolare, sottolinea che "il limite, quindi, entro cui la volontà del chiamato, che si è comunque espresso in negativo rinunciando all'eredità, può essere resa inefficace è costituito solo dall'interesse dei suoi creditori" e che "l'art. 524 c.c. non prende, perciò, in considerazione la qualità ereditaria, né da essa potrebbe desumersi che la si voglia attribuire a chi vi ha già rinunziato e, a maggior ragione, a colui che si sostituisce in un atto: il *nomen iuris* utilizzato ('accettazione') eccede ('al solo scopo di'), in effetti, la più circoscritta finalità di ricondurre al patrimonio del debitore la sola quantità di beni occorrente all'adempimento".

La norma di cui all'art. 524, infatti, "non implica l'acquisizione, in capo al creditore (…) della qualità di erede ma comporta solo l'attribuzione di una speciale legittimazione

[25] Cfr. A. BUCELLI, *Dei legittimari*, in *Commentario al codice civile*, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2012, 597 ss.; M. CRISCUOLO, *La tutela dei creditori rispetto ad atti dispositivi della legittima*, in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile. Gli Atti dei Convegni*, a cura della FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO, Milano, 2016, 118 ss.



(…) per l'ottenimento del soddisfacimento della sua pretesa creditoria"; la sua "*ratio* di assicurare un''efficace tutela dei creditori anteriori alla rinunzia' (…), l'omogeneità degli interessi in gioco nell'unitario contesto successorio, le divergenze innegabili rispetto ai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (…) inducono a ripensare il significato della condotta consistente nell''accettare l'eredità in nome e luogo del rinunziante' di cui all'art. 524 c.c., il quale individua, in sostanza, un rimedio ibrido e del tutto particolare"; "una 'peculiare figura di surrogatoria', da cui peraltro differisce poiché non vi è inerzia da parte del debitore, che ha anzi rinunziato, né coincidono gli effetti, ma (…) si risolve – a ben vedere – in un'ingerenza non nell'interesse del chiamato leso o del legittimario pretermesso (poiché erede rimane chi ha accettato o è stato beneficiato con disposizioni sia pure lesive della legittima) bensì solo dei creditori"; "vanificata, quindi, la rinunzia nei limiti dello stretto necessario a reintegrare le ragioni creditorie, al creditore del legittimario deve riconoscersi la titolarità all'esercizio in via surrogatoria dell'azione di riduzione, che è l'unico modo per rendere inefficaci le disposizioni lesive e, dunque, per 'accettare in nome e in luogo del rinunciante', in senso figurato, la legittima"; "ai creditori del legittimario, quindi, l'azione non è direttamente attribuita, agendo soltanto *utendo iuribus*, cioè facendo valere il diritto e l'azione che sarebbero spettati al legittimario quale titolare".

Da tale ricostruzione sistematica del combinato disposto degli artt. 457, 524, 557 e 2900 c.c. la Corte di Cassazione deduce, in conclusione, che: "l'azione di riduzione è direttamente esperibile in via surrogatoria da parte del creditore del legittimario pretermesso nella specifica ipotesi di inerzia colpevole di questi (…), realizzandosi un'interferenza di natura eccezionale – ma legittima – nella sfera giuridica del debitore; infatti, l'azione surrogatoria non è altro che lo strumento che la legge appresta al creditore per evitare gli effetti che possano derivare alle sue ragioni dall'inerzia del debitore che ometta di esercitare le opportune azioni dirette ad alimentare il suo patrimonio, riducendo così la garanzia che esso rappresenta in favore dei creditori"; "tale azione deve essere proposta contro i beneficiari delle disposizioni lesive nonché contro lo stesso debitore inerte (ai sensi dell'art. 2900, comma 2, c.c.), in qualità di litisconsorte necessario [26]"; "il risultato di tale ricostruzione non contrasta con il principio, del tutto consolidato, secondo cui il legittimario pretermesso acquista la qualità di erede soltanto all'esito del positivo esperimento dell'azione di riduzione [27]. In tale prospettiva è stato precisato che, ove detta azione non

[26] Cfr. Cass. n. 4213/1974.

[27] Cass. 26 ottobre 2017, n. 25441; Cass. 3 luglio 2013, n. 16635; Cass. 13 gennaio 2010, n. 368; Cass. 20 novembre 2008, n. 27556; Cass. 28 ottobre 1974, n. 3220; Cass. 28 gennaio 1964, n. 204.



comporti, in concreto, l'acquisizione di beni, l'acquisto della qualità di erede non ha luogo. Ne deriva che la facoltà di esercitare l'azione di riduzione, intesa quale diritto potestativo (c.d. 'diritto al diritto'), costituisce un *prius* rispetto all'accettazione e al conseguimento dell'eredità, che possono anche – come sopra evidenziato – non verificarsi. Non possono, peraltro, sottacersi le differenti nature dell'azione di riduzione e dell'accettazione di eredità: la prima, come sopra evidenziato, di contenuto patrimoniale; l'altra, strettamente personale, ed implicante profili di carattere morale e sociale. Deve, pertanto, ritenersi che non sia condivisibile la prospettazione, nell'ambito della dottrina pur favorevole all'ammissibilità dell'azione di riduzione da parte del creditore del legittimario pretermesso, della necessità di una previa accettazione dell'eredità, nel caso eccezionalmente prevista prima dell'esercizio dell'azione di cui all'art. 553 c.c. Ne consegue che l'esercizio dell'azione di riduzione da parte dei creditori del legittimario pretermesso, anche in virtù dell'esigenza di contemperare la tutela dei creditori del legittimario (soprattutto nelle ipotesi di 'pretermissione amica') con il principio secondo cui nessuno può assumere la qualità di erede contro la propria volontà, se da una parte consente a detti creditori il recupero di quella *pars bonorum* sufficiente a soddisfare le proprie ragioni, dall'altro non determina, in virtù del richiamato meccanismo previsto dall'art. 524 c.c. – della cui applicabilità, per effetto della forte analogia fra le situazioni sottese ad entrambe le fattispecie, si è già detto – l'acquisto della qualità di erede in capo al legittimario pretermesso"; "è ammissibile l'esercizio in via diretta dell'azione surrogatoria – prevista dall'art. 2900 c.c. – nella proposizione della domanda di riduzione delle disposizioni testamentarie lesive della quota di legittima da parte dei creditori dei legittimari totalmente pretermessi che siano rimasti del tutto inerti" (principio di diritto enunciato nella sentenza).

Riassumendo, secondo la Corte la legittimazione dei creditori del legittimario pretermesso ad agire in via surrogatoria può desumersi dal terzo comma dell'art. 557 c.c. mentre i creditori del legittimario, il quale abbia rinunziato all'azione di riduzione, troverebbero tutela nell'art. 524 c.c., la cui *ratio*, "l'omogeneità degli interessi in gioco nell'unitario contesto successorio" e le differenze rispetto agli altri mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale indurrebbero a "ripensare il significato della condotta consistente nell'accettare l'eredità in nome e luogo del rinunziante" e a considerare il 524 c.c. "un rimedio ibrido e del tutto particolare" mediante il quale il creditore del legittimario può "vanificare" la rinunzia nei limiti dello stretto necessario a reintegrare le proprie ragioni creditorie, dovendogli "riconoscersi la titolarità all'esercizio in via surrogatoria dell'azione di riduzione, che è l'unico modo per rendere inefficaci le disposizioni lesive e, dunque, per accettare in nome e in luogo del rinunciante, in senso figurato, la legittima".



Secondo la Cassazione "l'azione di riduzione è direttamente esperibile in via surrogatoria da parte del creditore del legittimario pretermesso nella specifica ipotesi di inerzia colpevole (non essendo necessario in tal caso il preliminare esperimento dell'*actio* interrogatoria e della conseguente domanda di autorizzazione, in caso di rinunzia, ai sensi dell'art. 524 c.c.), realizzandosi un'interferenza di natura eccezionale – ma legittima – nella sfera giuridica del debitore"; in caso di rinunzia da parte del legittimario in seguito all'*actio interrogatoria ex* art. 481 c.c., il creditore dovrà prima farsi autorizzare ad accettare l'eredità in nome e luogo del legittimario e poi potrà agire *ex* art. 2900 c.c.; l'esperibilità dell'azione di riduzione in via surrogatoria da parte dei creditori del legittimario pretermesso, se da un lato consente ai creditori il recupero di quella *pars bonorum* sufficiente a soddisfare le proprie ragioni, dall'altro non determina, in virtù del meccanismo di cui all'art. 524 c.c., l'acquisto della qualità d'erede in capo al legittimario pretermesso.

Pertanto, ad avviso della Corte, nell'ipotesi in cui il legittimario pretermesso sia rimasto inerte i creditori sono legittimati ad esperire l'azione di riduzione in via surrogatoria, mentre nel caso in cui il legittimario abbia rinunciato all'azione di riduzione, i creditori dovranno prima utilizzare il rimedio di cui all'art. 524 c.c. al fine di "vanificare la rinunzia" ed agire successivamente *ex* art. 2900 c.c [28].

Da ultimo, la pronuncia della Cassazione in commento è stata oggetto di una disamina da parte di Nocera nell'ambito di una più ampia indagine sulla tutela dei creditori dei legittimari [29], il quale sottolinea la contraddittorietà di tale pronuncia laddove essa afferma che: «Deve, innanzitutto, darsi conto che la prevalente (e condivisibile) dottrina ha rilevato che l'azione di riduzione possa essere esercitata in via surrogatoria dai creditori del legittimario, potendo essi ricomprendersi nella categoria degli aventi causa previsti nell'art. 557 c.c., comma 1, citato (in correlazione con l'ultima parte dello stesso articolo)».

Secondo il Nocera, in particolare, non si comprende come i creditori possano da un lato esercitare l'azione in via surrogatoria e dall'altro essere compresi tra gli aventi causa, espressamente legittimati dall'art. 557 c.c. ad agire in via diretta.

L'argomentazione di Nocera muove da una pronuncia della Corte di Cassazione [30] del 1996, secondo la quale un legittimario destinatario unicamente di un legato di usufrutto

---

[28] G. VULPIANI, *Sulla tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso*, in E. DAMIANI (a cura di), *Profili problematici della successione dei legittimari*, Macerata, 2019, 174 e 175.

[29] I.L. NOCERA, *La tutela dei creditori dei legittimari* cit., *passim.*

[30] Cass. 3 dicembre 1996, n. 10775, in *Riv. not.*, 1997, 1302.



sulla quota indisponibile, non poteva considerarsi erede del coniuge ma solo titolare del diritto di chiedere la riduzione delle disposizioni testamentarie lesive della quota di riserva a lui spettante: «la qualifica di erede, infatti, non poteva a lui derivare né dal testamento che non lo nominava erede, né dalla legge, le cui norme sulla successione legittima non sono applicabili in presenza della devoluzione testamentaria di tutti i beni del testatore, né dal diritto di chiedere nei confronti degli eredi (o di eventuali legatari) la riduzione delle disposizioni testamentarie lesive della quota di riserva a lui spettante, che consente solo al legittimario pretermesso (o comunque destinatario solo di un legato insufficiente, non in sostituzione di legittima) di conseguire, nei limiti del valore della sua legittima, una parte dei beni da distaccarsi dal compendio ereditario e di acquisire, così, secondo la giurisprudenza di questa Corte, la posizione di chiamato alla eredità solo dal momento della sentenza costitutiva che accoglie la sua domanda di riduzione rimuovendo l'efficacia preclusiva delle disposizioni testamentarie» [31].

La Corte di Cassazione giunge all'affermazione dell'ammissibilità dell'esercizio dell'azione surrogatoria «nella proposizione della domanda di riduzione delle disposizioni testamentarie lesive della quota di legittima da parte dei creditori dei legittimari totalmente pretermessi che siano rimasti del tutto inerti» dopo aver rammentato il postulato secondo cui il legittimario pretermesso acquista la qualità di erede soltanto all'esito del positivo esperimento dell'azione di riduzione. Pertanto, poiché questi non è chiamato all'eredità e non può quindi accettarla puramente e semplicemente, al riconoscimento della possibilità di agire in riduzione in via surrogatoria ai suoi creditori personali conseguirebbe (in caso di sentenza di accoglimento) l'acquisizione in capo al legittimario stesso della qualità di erede, contro la sua volontà.

Mastroberardino in uno scritto più recente [32] ribadisce che in tal caso «l'assunzione del titolo di erede sarebbe la semplice conseguenza giuridica dell'esperimento dell'azio-

---

[31] Cfr. sent. n. 4037/54; sent. n. 699/66; sent. n. 3605/71; sent. 926/75; sent. n. 1910/66; sent. n. 2408/72; sent. n. 3452/73); nello stesso senso si vedano, più recentemente, Cass. 20 giugno 2019, n. 16623, in *IlCaso.it*; Cass. 26 ottobre 2017, n. 25441, in *Iusexplorer.it*; Cass. 27 gennaio 2014, n. 1625, in *Guida al dir.*, fasc. 12, p. 75; Cass. 3 luglio 2013, n. 16635, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 1691; Cass. 12 gennaio 1999, n. 251, in *Mass. Giur. it.*, 1999, secondo la quale «Il legittimario pretermesso acquista la qualità di chiamato all'eredità solo dal momento della sentenza che accoglie la sua domanda di riduzione, rimuovendo l'efficacia preclusiva delle disposizioni testamentarie. Consegue che, anteriormente all'accoglimento della domanda di riduzione, l'erede pretermesso non è legittimato a succedere al defunto nel rapporto processuale da questi instaurato, poiché l'unico soggetto abilitato a proseguire il processo, ai sensi dell'art. 110 c.p.c., è il successore a titolo universale».

[32] F. MASTROBERARDINO, *L'esercizio in surrogatoria dell'azione di riduzione. Legittimazione tacita o riconoscimento indiretto?*, in *Fam. e dir.*, 2020, 12.



ne di riduzione, da parte dei creditori del legittimario stesso. Esito che non pare stridere, in maniera insostenibile, con il sistema di Diritto ereditario vigente, nonostante il silenzio mantenuto, al riguardo, dal Codificatore del 1942. Non si trascuri, a tal proposito, la disciplina riservata al chiamato all'eredità nel possesso di beni ereditari, che non rispetti il disposto dell'art. 485 c.c. Quest'ultimo, infatti, viene a trovarsi in una condizione, per certi versi, affine a quella oggetto di attenzione da parte dei giudici di legittimità. Il chiamato in possesso di beni ereditari, infatti, ben potrebbe diventare erede, senza avere espresso alcuna intenzione al riguardo, e senza nemmeno avere compiuto atti, tali da integrare ipotesi di accettazione tacita (art. 476 c.c.), diversi dall'inerzia tenuta, a séguito dell'apertura di una determinata successione *mortis causa*. L'eventuale acquisto della qualità di erede, ricollegato all'esercizio, in surrogatoria, dell'azione di riduzione, e in mancanza di una manifestazione di intenti dell'avente diritto, non costituirebbe, quindi, un *unicum* nell'ordinamento giuridico italiano, ché, altrimenti, tale circostanza si dimostrerebbe difficilmente giustificabile».

Mastroberardino evidenzia inoltre che la finalità dell'art. 485 c.c. è quella di riconnettere al mero decorso del tempo la conseguenza dell'accettazione dell'eredità (c.d. accettazione presunta) per colui che, essendo titolare immediato della delazione e non pretermesso come nel caso che ci occupa, si trovi nella disponibilità dei beni ereditari e non dia impulso alla procedura inventariale o non compia la dichiarazione di accettazione entro il termine previsto.

Il Nocera, tuttavia, annota che il possesso dei beni ereditari esige nel chiamato quantomeno la consapevolezza che il bene appartenga all'eredità. Il legittimario, quindi, non acquisterebbe la qualità di erede «senza aver espresso alcuna volontà al riguardo» o «per volere altrui», come invece ipotizzato da Mastroberardino.

La Suprema Corte precisa, inoltre, che l'acquisizione della qualità di erede in capo al legittimario pretermesso deriverebbe non già dal positivo esperimento dell'azione di riduzione, bensì dal concreto risultato derivante da tale rimedio. Di conseguenza, qualora l'esito della promozione dell'azione di riduzione sia l'acquisizione della quota di legittima da parte del legittimario pretermesso, con conseguente suo incremento patrimoniale, egli assumerebbe la qualità di erede; nell'ipotesi in cui, invece, l'esercizio dell'azione di riduzione «non comporti, in concreto, l'acquisizione di beni, l'acquisto della qualità di erede non ha luogo». Ciò in quanto la facoltà di esercitare l'azione di riduzione «costituisce un *prius* rispetto all'accettazione e al conseguimento dell'eredità, che possono anche non verificarsi».

Sempre secondo la Suprema Corte, il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione



avrebbe effetti "a geometria variabile" sulla posizione del legittimario: questi acquisterebbe la qualità di erede solo ove, con l'ingresso della quota di legittima nella sfera giuridica del legittimario, si verificasse un concreto accrescimento del suo patrimonio.

Osserva al riguardo Mastroberardino che «Nell'architettura codicistica non è dato rinvenire alcuno spunto normativo, sul quale fondare simili affermazioni, le quali, per giunta, si dimostrerebbero foriere di un'evidente disparità di trattamento, nei confronti di situazioni, in fatto, affini, e capaci di distinguersi unicamente per i risultati ottenuti».

Secondo la Suprema corte, dunque, il positivo esperimento dell'azione di riduzione in via surrogatoria da parte del creditore del legittimario pretermesso (al pari dell'impugnazione della rinunzia all'eredità ai sensi dell'art. 524 c.c.) si limiterebbe ad assumere una funzione strumentale per il soddisfacimento del credito, permettendo ai creditori di aggredire quella parte di massa ereditaria utile a tacitare le loro ragioni, senza tuttavia far conseguire la qualità di erede in capo al legittimario o a determinare un incremento del suo patrimonio.

Il ciclo di riflessioni sugli orientamenti giurisprudenziali culminati nella pronuncia in commento si chiude emblematicamente, per il momento, con alcune note a sentenza: una di stampo negazionista di Corvino [33], una seconda di stampo intermedio di Romagno [34] ed una terza di stampo adesivo di Cicero e Leuzzi [35].

Corvino esclude l'applicabilità in via analogica del rimedio *ex* art. 524 c.c., sulla considerazione che non sussisterebbe una somiglianza rilevante tra la rinuncia all'eredità e la rinuncia all'azione di riduzione poiché l'una si pone in contrasto con la volontà del testatore mentre l'altra la asseconda [36], ed esclude altresì l'esperibilità dell'azione di riduzione in via surrogatoria da parte dei creditori personali del legittimario pretermesso, sull'assunto che l'azione di riduzione è personale e che è concessa dall'art. 557, comma 3, c.c. ai creditori del defunto, qualora il legittimario non abbia accettato con beneficio d'inventario, in considerazione della meritevolezza del loro interesse, avendo loro fatto affidamento sul patrimonio del defunto in quanto suoi creditori.

Secondo Romagno, la decisione di rivendicare i propri diritti successori dovrebbe re-

---

[33] A. CORVINO, *La tutela dei creditori del legittimario*, nota a App. Napoli, sez. V, 12 gennaio 2018, in *Familia*, 2/2019, 219 ss., spec. 227 ss.

[34] G.W. ROMAGNO, *Legittimario pretermesso inerte ed esercizio dell'azione di riduzione in via surrogatoria*, in *Giur. it.*, 2020, 805 ss.

[35] C. CICERO-A. LEUZZI, *Dell'azione di riduzione da parte dei creditori dei legittimari pretermessi*, in *Riv. not.*, 2019, 5, II, 1130 ss.

[36] Del medesimo avviso U. STEFINI, *Atti dismissivi di diritti successori e tutela del credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1735.



stare rimessa unicamente al prudente apprezzamento dell'interessato o, al limite, dei suoi eredi, *ex* art. 557, 1º comma, c.c., e ciò in forza del carattere totalizzante della loro investitura successoria: la limitazione alla libertà testamentaria, derivante dalla riduzione delle disposizioni lesive della riserva, dovrebbe reputarsi ingiustificata qualora si realizzi senza o, addirittura, contro la volontà di quei familiari ai quali la legge attribuisce qualificati diritti in occasione del decesso del disponente. Tuttavia, lo stesso autore conviene che "La conclusione cambia radicalmente qualora (…) la disposizione privativa dei diritti riservati risulti sorretta unicamente da un intento frodatorio nei confronti dei creditori. (…) Peraltro, nel caso allo studio, si sarebbe tentati di pensare che il ricorso all'applicazione analogica dell'art. 524 c.c. costituisca un espediente per apprestare comunque una tutela creditoria, seppure contenuta nei limiti della quota di riserva, risultando eccessivamente gravosa, sul piano probatorio, la dimostrazione dei presupposti richiesti dall'art. 626 c.c. per conseguire la completa caducazione della disposizione testamentaria" [37].

A sua volta, Cicero e Leuzzi criticano la Corte quando essa esclude che dal vittorioso esperimento dell'azione di riduzione da parte dei creditori del legittimario consegua l'acquisto della qualità di erede in capo a quest'ultimo, ma ne approva decisamente la piena tutela offerta ai creditori del legittimario pretermesso in rapporto al pericolo delle pretermissioni amiche che siano il frutto dell'accordo tra l'ereditando e il futuro legittimario e siano quindi tali da impedire ai creditori di quest'ultimo di potersi soddisfare sui beni destinati a comporre la quota di riserva del loro debitore. L'opinione che ammette l'ammissibilità dell'azione surrogatoria soltanto in caso di pretermissione parziale e la esclude in caso di pretermissione totale avrebbe creato, infatti, una forte disparità di trattamento tra le due categorie di creditori dei legittimari [38].

3. – L'indagine recentissima di Damiani [39] muove dall'assunto del tutto condivisibile secondo cui nell'orientamento tralaticio prima dell'apertura della successione non spetta

---

[37] G.W. ROMAGNO, *Legittimario pretermesso inerte ed esercizio dell'azione di riduzione in via surrogatoria*, cit., 809, nota 41.

[38] C. CICERO-A. LEUZZI, *Dell'azione di riduzione da parte dei creditori dei legittimari pretermessi*, cit., 1135.

[39] E. DAMIANI, *La tutela del legittimario e il presunto principio di tutela dei suoi creditori*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4, 2019, 847 ss.; ID., *Tutela della volontà del testatore, tutela del legittimario e il presunto principio di tutela dei suoi creditori*, in E. DAMIANI (a cura di), *Profili problematici della successione dei legittimari* cit., 11 ss. e cfr. anche A. TROTTA, *La tutela dei creditori del legittimario leso o pretermesso nel caso di accordi di integrazione della legittima*, ivi, 128 ss., la quale si sofferma sugli accordi di integrazione della legittima che siano intercorsi tra gli eredi e il legittimario leso o pretermesso, intesi come alternativa



al successibile alcun diritto né alcuna aspettativa giuridica sui beni dell'ereditando: ai legittimari la legge riserva una quota del patrimonio del *de cuius* ma solo dopo la sua morte e questi può disporre liberamente del proprio patrimonio in vita e i soggetti ai quali la legge riserva una quota di legittima non possono opporsi agli atti dispositivi né chiedere provvedimenti conservativi in quanto privi di un diritto soggettivo o di una aspettativa giuridica.

Il saggio in esame indi mette ben in evidenza come oramai la possibilità di esercitare azioni di natura conservativa e la facoltà di accettare la liquidazione del valore corrispondente alla legittima che spetta al legittimario rispetto ai beni dei quali l'imprenditore dispone con il patto di famiglia o in alternativa di rinunciare al diritto alla liquidazione di tale valore inducono inevitabilmente a superare, con riguardo alla figura del legittimario, la tradizionale impostazione che ravvisa in capo a costui una mera aspettativa di fatto in ordine alla futura acquisizione della quota parte di beni dell'ereditando, per individuarvi una sorta di aspettativa giuridica, che, pur non essendo disponibile, attribuisce pur sempre allo stesso titolare facoltà e diritti di tipo conservativo che non sono conciliabili con la natura di mera aspettativa di fatto [40].

---

all'azione giudiziale di riduzione, e ritiene che in punto di tutela i creditori personali del legittimario potranno agire *in executivis* direttamente sui beni ereditari senza che ciò comporti l'acquisto da parte del legittimario della qualità di erede contro la sua volontà.

[40] È solo con la riforma degli artt. 561 e 563 del c.c. introdotta dall'art. 2, comma 4-*novies*, lett. a), n. 1, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni nella l. 14 maggio 2005, n. 80, che al legittimario è stato riconosciuto un vero e proprio diritto all'opposizione alle donazioni effettuate dal futuro ereditando, e ciò al fine di evitare il decorso del termine ventennale di prescrizione dell'eventuale azione di restituzione, così superando il convincimento secondo il quale al legittimario, durante la vita del soggetto a cui è legato da un rapporto di coniugio o di parentela in linea retta, competa esclusivamente una aspettativa di fatto assolutamente priva di alcuna forma di tutela giuridica. Al fine di tutelare l'interesse alla conservazione del diritto di opposizione alle donazioni è stato poi giudizialmente riconosciuto al legittimario, il diritto di agire per l'accertamento della simulazione rispetto ad atti formalmente conclusi a titolo oneroso. La l. 14 febbraio 2006, n. 55, infine, ha introdotto l'istituto del patto di famiglia, che ora è disciplinato dagli art. 768-bis-768-*octies* c.c., con conseguente modifica dell'art. 458 c.c., in tema di divieto di patti successori, nel quale è stata inserita l'eccezione al divieto costituita dall'istituto disciplinato dagli artt. 768-*bis* ss. c.c. Il patto di famiglia determina un trasferimento immediato dell'azienda o della quota societaria a favore del discendente, del tutto svincolato dalla morte dell'imprenditore disponente, con la possibile e contestuale liquidazione da parte degli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie agli altri partecipanti al contratto cioé a coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore, come dispone l'art. 768-*quater*, comma 1, c.c., qualora questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli artt. 536 ss. c.c. Infine, è possibile un riferimento anche alla normativa in materia di assenza che darebbe una rilevanza alla designazione *ante mortem* prevedendo, agli artt. 50 ss. c.c., l'apertura degli eventuali atti di ultima volontà dell'assente nonché l'immissione nel possesso dei beni dell'assente dei soggetti che sarebbero eredi e il godimento, da parte di questi, dei beni stessi.



Andiamo ora all'apparato rimediale.

Il primo quesito che si pone il Damiani è se ci si trovi dinnanzi a scelte di tipo personale o personalissimo, che non consentirebbero ai terzi di agire in via surrogatoria, ovvero dinnanzi a semplici situazioni creditorie di tipo patrimoniale che non sono in grado di ostacolare la tutela delle ragioni dei terzi creditori.

Com'è noto, infatti, la dottrina tradizionale [41] ha qualificato l'azione di riduzione come una situazione giuridica assolutamente personale non esercitabile in via surrogatoria dai creditori del legittimario. La tesi prevalente, per di più, è che la scelta del legittimario di agire in riduzione comporta anche l'acquisto della qualità di erede e, quindi, non può essere determinata *ab externo* dalle iniziative in punto di tutela dei creditori.

Il Damiani ricorda, tuttavia, che al riguardo bisogna distinguere tra l'ipotesi del legittimario completamente pretermesso e l'ipotesi del legittimario destinatario di attribuzioni insufficienti rispetto alla legittima in forza della vocazione testamentaria. Nella prima ipotesi va esclusa la possibilità dei creditori di agire in surrogatoria stante la necessità di preservare la scelta personalissima del chiamato se diventare o meno erede del *de cuius*; tale possibilità, viceversa, va ammessa nella seconda ipotesi ove il chiamato ha già acquisito la qualità di erede [42].

Una parte della dottrina – rileva il Damiani – è giunta a configurare la possibilità per i terzi creditori del legittimario che non goda della sua *pars bonorum*, in presenza di quella che è stata definita una "pretermissione amica" voluta dal testatore e condivisa dallo stesso legittimario, di agire a tutela delle proprie ragioni con il ventaglio di azioni disponibili finalizzate al loro soddisfacimento [43].

Ciò di cui si dubita oggi non è, dunque, della legittimazione dei creditori del legittimario che si attivino per tutelare le proprie ragioni, quanto dello strumento da loro utilmente invocabile nel caso in cui il legittimario non rimanga inerte ma abbia posto in essere comportamenti positivi: qui, infatti, la legittimazione dei creditori *ex* art. 2900 c.c. sarebbe esclusa in quanto mancherebbe il requisito dell'inerzia del legittimario; una parte

---

[41] V.E. CANTELMO, *I legittimari*, Padova, 1991, 125.

[42] L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 243 ss.

[43] S. PAGLIANTINI, *La frode per testamento ai creditori del legittimario: sulla c.d. volontà testamentaria negativa e tecniche di tutela dei creditori*, in *La c.d. forza di legge del testamento*, Napoli, 2016, 85 ss. Sul punto si veda anche M. CRISCUOLO, *La tutela dei creditori rispetto ad atti dispositivi della legittima*, cit., 121 ss. e, più di recente, P. MAZZAMUTO, *La tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso*, cit., 1 ss.



della dottrina ritiene, tuttavia, che al riguardo lo strumento più utilmente invocabile sarebbe l'azione revocatoria di cui agli art. 2901 ss. c.c. [44].

La tesi – prosegue il Damiani – presuppone che la rinunzia all'esercizio dell'azione di riduzione si sostanzi in un atto abdicativo di natura patrimoniale avente ad oggetto la dismissione di un diritto facente parte del patrimonio del legittimario pretermesso. Il creditore renderebbe, quindi, dapprima inefficace l'atto dismissivo e successivamente, venuto meno l'atto interruttivo dell'inerzia, agirebbe con l'azione surrogatoria.

Altra dottrina di contrario avviso ritiene che la rinunzia all'azione di riduzione non sia un atto dismissivo di un diritto ma un atto meramente abdicativo di una facoltà, una *omissio adquirendi*: dopo il tramonto dell'opinione secondo cui il legittimario è un erede *ex* lege all'apertura della successione, nessun beneficio deriverebbe pertanto al creditore dall'inefficacia della rinuncia all'azione di riduzione [45].

L'art. 557 c.c. si limita, del resto, a prevedere che la riduzione delle disposizioni lesive della legittima non può essere domandata che dai legittimari, dai loro eredi e aventi causa e la tesi prevalente è nel senso che gli aventi causa dai legittimari siano soltanto coloro che hanno acquistato da questi ultimi i relativi diritti e non anche i loro creditori [46].

Al fine di colmare una lacuna normativa che spoglierebbe i creditori del legittimario di una tutela delle loro ragioni – prosegue il Damiani – è stata sostenuta in dottrina l'interpretazione analogica dell'art. 524 c.c. dettata in tema di rinuncia all'eredità di cui

---

[44] G. MARINARO, *La successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, VIII, 3, Napoli 2009, 290; V.E. CANTELMO, *I legittimari*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. RESCIGNO, I, Padova 1994, 541. Cfr. in proposito M. TATARANO, *Il sistema delle tutele dei creditori particolari del legittimario leso*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 214 e, da ultimo, I.L. NOCERA, *La tutela dei creditori dei legittimari*, Torino, 2020, 204 ss.

[45] S. PAGLIANTINI, *La frode per testamento ai creditori del legittimario: sulla c.d. volontà testamentaria negativa e tecniche di tutela dei creditori*, cit., 99, per cui nessuna revocatoria potrà darsi perché la rinunzia all'azione di riduzione è un atto patrimonialmente neutro; Cass. 19 febbraio 2013, n. 4005, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 9/2013, 828 ss. con nota di M.V. MACCARI, *Accettazione del legato in sostituzione di legittima e tutela dei creditori: è possibile esperire l'azione revocatoria?*; cfr. R. NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, VI, Bologna 1957, *sub* artt. 2900-2969, 228 ss., il quale afferma che le rinunzie sono impugnabili con la revocatoria soltanto qualora esse siano rivolte alla modificazione oggettiva di singole posizioni giuridiche; e ciò a differenza di quelle altre rinunce che hanno lo scopo di impedire il trasferimento di rapporti giuridici atte a verificarsi nei riguardi del rinunziante in presenza di un ulteriore elemento costitutivo delle relative fattispecie.

[46] L. FERRI, *Dei legittimari*, cit., 199 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, cit., 316; A. PINO, *La tutela del legittimario*, cit., 69; R. NICOLÒ, *Tutela dei diritti* cit., 142; *contra* L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano 1944, 280 ss.



s'è già detto in precedenza [47]. Tale tesi afferma, infatti, che la specialità dell'art. 524 c.c. finisce laddove termina «il perimetro di quel principio base – la tutela del credito – del quale la stessa scopertamente offre una stringente epifania rimediale» [48].

Il vantaggio di una siffatta interpretazione dell'art. 524 c.c. è quello di consentire ai creditori di soddisfarsi sui beni che sarebbero rientrati nella legittima senza che il legittimario acquisisca la qualità di erede [49]. La soluzione ora indicata ha, inoltre, il pregio di soddisfare anche il principio di economia dei mezzi giuridici, essendo sufficiente l'azione *ex* art. 524 c.c. per svolgere la medesima funzione che l'impostazione tradizionale ottiene ricorrendo all'azione revocatoria e all'azione surrogatoria [50].

Una legittimazione diretta dei creditori ad agire in riduzione potrebbe peraltro derivare da una lettura sistematica dell'art. 557 c.c., interpretato nella sua interezza alla luce del comma 3 che espressamente preclude l'esercizio dell'azione di riduzione ai creditori del defunto, se i legittimari aventi diritto alla riduzione abbiano accettato con beneficio di inventario, e, quindi, l'ammette *a contrario* per il caso in cui abbiano accettato puramente e semplicemente [51]. Se, infatti, tale legittimazione viene riconosciuta, nel caso di accettazione di eredità pura e semplice, ai creditori del defunto che divengono creditori personali del legittimario a seguito della confusione dei patrimoni, non si capisce perché si dovrebbero escludere gli originari creditori personali che si trovano nella medesima condizione giuridica [52].

---

[47] L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 243 ss.; F. REALMONTE, *La tutela dei creditori personali del legittimario*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Diritto Civile*, Milano 1995, 635 ss.; S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 88 ss.; P. MAZZAMUTO, *La tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso* cit., 1 ss.

[48] S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 91-100, il quale aggiunge: «Di talché, delle due l'una: o, nell'ottica di un *balancing test* che vedrebbe prevalente le ragioni di una volontà testamentaria ad effetto segregativo, si ammette un conformarsi della vicenda successoria che premia obliquamente le ragioni del legittimario in difficoltà economica ovvero, siccome non è dato riscontrare un qualche indice di meritevolezza civil-costituzionale giustificante il conculcare le ragioni dei creditori, a loro salvaguardia si forza il dato normativo dell'art. 524, immaginandone un'applicazione analogica»; F. PIRONE, *Rinunzia all'azione di riduzione ed art. 524 c.c.: la tutela del creditore del legittimario*, in *Notariato*, 2018, 219 ss.

[49] S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 103.

[50] A. BIGONI-F. GIOVANANZA, *La tutela del creditore personale del legittimario tra surrogatoria, revocatoria ed art. 524 c.c.*, in *Notariato*, 6, 2013, 665; di recente Cass. 20 giugno 2019, n. 16623 che si è commentata *supra*.

[51] Cfr. F. PIRONE, *op. ult. cit.*, 219.

[52] L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 242, secondo cui l'opinione che limita ai cessionari il riferimento del termine "aventi causa" contrasta con i precedenti storici della norma e con l'argomento testuale desumibile dal comma 3; W. D'AVANZO, *Delle successioni*, II, Firenze 1941, 499; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, cit., 278.



Il discorso del Damiani si sposta, a questo punto, in termini critici sulla possibilità di una applicazione analogica dell'art. 524 c.c., il quale dispone che, in caso di rinunzia, anche senza frode, i creditori del rinunziante, che abbiano da ciò ricevuto un danno, possono farsi autorizzare ad accettare l'eredità in nome e per conto del rinunziante, al solo scopo di soddisfarsi sui beni ereditari fino alla concorrenza dei loro crediti. Il creditore non si sostituisce al debitore nel compimento dell'accettazione – e, quindi, i beni pretermessi non vengono recuperati al patrimonio del rinunziante – ma si limita a domandare all'autorità giudiziaria di autorizzarlo ad agire su beni non di proprietà del suo debitore, ma che avrebbero potuto esserlo in assenza della rinunzia da parte di costui, sicché l'azione esecutiva si rivolgerà verso i coeredi che abbiano accettato in luogo del rinunziante, i quali si ritroveranno nella situazione di dover soggiacere all'escussione dei propri beni per un debito altrui, con conseguente possibilità di regresso verso il debitore rinunciante [53].

Il Damiani ribadisce che il legittimario pretermesso difetta della vocazione all'eredità ossia del presupposto necessario all'operare dell'art. 524 c.c. e sottolinea poi che la rinuncia all'eredità è assai diversa dalla rinuncia all'azione di riduzione giacché nella prima il chiamato rinuncia ad un diritto con un negozio giudico formale, nella seconda ha luogo solo il mancato esercizio di una azione senza che ciò si traduca in una abdicazione ad un diritto già facente parte del proprio patrimonio e, quindi, si tratta di una *omissio adquirendi* e non di una rinuncia abdicativa o di un rifiuto eliminativo. La rinuncia all'azione di riduzione è, quindi, un atto che può risultare da comportamenti concludenti, irrevocabile, che presuppone un'assenza di delazione o una lesione della legittima e che ha l'effetto di dismettere il diritto potestativo del legittimario ad agire per tutelare le proprie ragioni.

La teoria che ritiene applicabile analogicamente l'art. 524 c.c. reputa che tale norma non sia di tipo eccezionale o come si suole dire "a fattispecie esclusiva" ovverossia insuscettibile di applicazione analogica ma si inserisca nell'ambito del più generale principio di "tutela del credito": il Damiani è di contrario avviso e su ciò basa l'inammissibilità della tutela *ex* art. 524 c.c. e l'ammissibilità, quindi, di una tutela surrogatoria "monca" perché limitata al solo legittimario leso e non anche a quello pretermesso.

A questo punto dell'indagine, si può formulare per modo di dire in via riconvenziona-

[53] L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, cit., 112 ss. Secondo G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., 314, l'azione di cui all'art. 524 c.c. costituisce un'autonoma azione con finalità conservativa non riconducibile né alla surrogatoria, né alla revocatoria.



le un contrappunto critico all'ipotesi ricostruttiva del Damiani. Con riguardo al legittimario pretermesso, giacché l'azione di riduzione è per costui il modo di adizione dell'eredità [54], si può convenire con il Damiani che la legittimazione surrogatoria dei suoi creditori personali è da escludere, in quanto la facoltà di scelta in merito all'assunzione della qualità di erede spetta unicamente al suo titolare; l'art. 524 c.c. sembra invece applicabile, estensivamente, ai creditori personali del legittimario ove egli rinunzi all'azione di riduzione (e con essa all'eredità) ovvero lasci decorrere, senza risposta, il termine da costoro intimatogli con l'*actio interrogatoria ex* art. 481 c.c., consistente nella richiesta al giudice di fissazione di un termine per l'accettazione o rinunzia all'eredità (norma che si ritiene applicabile, anch'essa estensivamente, all'esercizio o rinunzia all'azione di riduzione: il legittimario, trascorso il termine senza che abbia dichiarato se intende esercitare l'azione di riduzione – e con essa acquisire la qualità di erede – ovvero rinunziarvi, perde il diritto di agire in riduzione).

Con riguardo al legittimario leso, bisogna distinguere l'ipotesi dell'istituzione d'erede in una quota sensibilmente inferiore a quella riservata dalla legge dall'ipotesi (dell'accettazione espressa o tacita) del legato in sostituzione di legittima.

Nella prima ipotesi, il legittimario accetta un'eredità di valore sensibilmente inferiore alla legittima, che il testatore ha voluto attribuirgli: i creditori personali del legittimario, a questo punto, potranno agire in riduzione per via surrogatoria *ex* artt. 554 e 2900 c.c., ma ciò comporterà il recupero integrale della quota di legittima contro la volontà del legittimario, il quale, invece, ha accettato un'eredità, attribuitagli per testamento, di valore inferiore. Per ovviare a ciò, è da ritenersi preferibile un'applicazione estensiva del rimedio previsto dall'art. 524 c.c., in modo da ridurre le disposizioni testamentarie lesive della legittima ma solo fino a concorrenza dei crediti da soddisfare.

Nella seconda ipotesi, l'applicabilità in via estensiva o analogica degli artt. 481 e 524 c.c., già prospettata con riferimento ai creditori del legittimario pretermesso, sembra sussistere senz'altro in caso di rinunzia al legato sostitutivo della legittima, giacché non è detto che il legittimario leso intenda, per ciò solo, manifestare indirettamente la volontà di esercitare l'azione di riduzione: in questa ipotesi, infatti, come asserito dalla più autorevole dottrina, "il rifiuto del legato integra una condizione dell'azione di riduzione, che il legittimario potrebbe, tuttavia, avere ugualmente in animo di non far valere" [55].

---

[54] Cfr. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 244.

[55] L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 245, nota



La rinunzia al legato in sostituzione di legittima è comunque – per inciso – un atto dismissivo di un diritto (reale, ad es. ove si tratti di legato traslativo di beni immobili, o di credito, ad es. il legato avente ad oggetto una determinata somma di denaro o altra prestazione) che, in virtù del meccanismo di acquisto dei legati delineato dall'art. 649 c.c., è già entrato a far parte del patrimonio del legatario senza necessità di accettazione.

L'eventuale accettazione espressa o anche tacita (in base a comportamenti concludenti) del legato sostitutivo ha, invece, l'effetto di impedirne la rinunzia, così precludendo definitivamente al legatario la possibilità di agire in riduzione e di acquisire, conseguentemente, la qualità di erede. In altri termini, la facoltà prevista dall'art. 551, comma 2, c.c. di conseguire il legato in sostituzione, perdendo il diritto di chiedere il supplemento (*rectius*: di agire in riduzione), non può essere considerata una forma d'inerzia che possa autorizzare i creditori personali del legittimario all'esercizio dell'azione surrogatoria, trattandosi invero di un atto di gestione del patrimonio previsto e consentito dallo stesso legislatore, che ha la funzione di confermare l'acquisto dei beni legati e, nello stesso tempo, precludere definitivamente l'esercizio dell'azione di riduzione (e con essa l'acquisto della qualità di erede).

Anche nel caso dell'accettazione espressa o tacita del legato in sostituzione di valore inferiore alla legittima si pone, quindi, l'esigenza di individuare il rimedio applicabile: l'art. 524 c.c. o l'azione revocatoria seguita dalla surrogatoria? Un problema, comunque, che in tutte le prospettive di analisi adottabili presenta delle controindicazioni.

Il ricorso in via estensiva all'art. 524 c.c., come s'è già detto in precedenza, ha in particolare il grande vantaggio di consentire l'esercizio dell'azione di riduzione ad opera dei creditori al solo scopo di consentire loro di soddisfarsi sui beni ereditari e, quindi, fino alla concorrenza dei relativi crediti, ma ha anche una controindicazione, giacché nel caso di silenzio del legatario appare problematica l'impugnazione di una pura omissione: l'ostacolo è tuttavia superabile se solo si consideri che il silenzio equivale ad una conferma tacita, ancorché retrattabile, dell'acquisto del legato già avvenuto *ipso iure* – nel qual caso, peraltro, è da ritenersi che i creditori personali del legittimario possano anche chiedere al giudice la fissazione di un termine per la rinuncia al legato sostitutivo di legittima, a norma dell'art. 481 c.c. applicato in via estensiva – ovvero, se accompagnato

65. A parere di altra autorevole dottrina, invece, l'intervento surrogatorio dei creditori diventerebbe ammissibile non appena il legittimario abbia effettuato la scelta, quale essa sia, tra il legato sostitutivo e la legittima: R. NICOLÒ, *Surrogatoria. Revocatoria*, cit., 109 ss.



da un comportamento concludente (quale può essere ad esempio l'immissione nel possesso dei beni oggetto del legato), equivale ad un acquisto definitivo del legato e ad una rinunzia tacita irretrattabile alla quota di legittima. Si tratta, quindi, in entrambi i casi di un atto di volontà implicita e come tale impugnabile in una prospettiva non formalistica: ne risulta anche rispettato il termine quinquennale di prescrizione del diritto dei creditori all'impugnazione che decorrerà, nel caso di conferma tacita retrattabile, dalla data dell'acquisto *ipso iure* del legato – oppure dalla scadenza del termine eventualmente fissato *ex* art. 481 c.c. applicato in via estensiva – e, nel caso di rinunzia tacita irretrattabile, dalla data del comportamento concludente.

Nel passare ai presupposti dell'azione revocatoria ordinaria, secondo gli indirizzi prima già esaminati della giurisprudenza in tema di tipologie di atti revocabili, va detto che la revocatoria opera soltanto ove si possa procedere ad esecuzione forzata e, quindi, se si tratta di atti immediatamente traslativi e di beni immediatamente aggredibili, ma così si elimina tutta una serie di ipotesi, si parcellizza e si limita l'ambito della revocatoria, introducendosi di fatto un ulteriore presupposto, oltre al *consilium fraudis* e all'*eventus damni* previsti dalla legge, che consiste nell'esigenza tutta giurisprudenziale dell'economia processuale, già vista in precedenza.

Sulla base di una lettura estensiva, la nozione di revocabilità, viceversa, potrebbe ricomprendere anche il silenzio del legatario quale atto dismissivo, giacché la *ratio* della norma mira per l'appunto ad eliminare l'effetto dismissivo del patrimonio che pregiudichi la garanzia patrimoniale generica dei creditori, non a colpire l'atto di volontà in sé per sé.

A tale riguardo, occorre considerare che l'acquisto del legato in sostituzione di legittima dà luogo ad una fattispecie a formazione progressiva, che culmina in un effetto dismissivo irretrattabile – ossia la perdita del diritto di chiedere il supplemento derivante dalla quota di legittima e, conseguentemente, della possibilità di acquisire l'eredità – ma che si compone di una serie di passaggi in sequenza: a) l'acquisto *ipso iure* del legato *ex* art. 649 c.c. senza bisogno di accettazione e fatta salva la facoltà di rinunziare; b) l'eventuale silenzio susseguente che non è pura omissione ma è già qualificato, sempre dall'art. 669 c.c., come sintomo di volontà confermativa sia pure ancora retrattabile sino alla scelta definitiva tra legato e qualità di erede *ex* art. 551 c.c.; c) la scelta definitiva e irretrattabile a favore del legato in sostituzione di legittima consistente in una dichiarazione espressa ovvero in un comportamento concludente quale l'immissione nel possesso dei beni oggetto del legato. Rimane impregiudicato, in ogni caso, il termine decennale di prescrizione dell'azione di riduzione.



La fattispecie a formazione progressiva ora descritta è con tutta evidenza ad efficacia variabile dato che essa è in grado di produrre, dapprima, un effetto interinale ossia la dismissione ancora retrattabile del diritto di chiedere la legittima e, al suo culmine, un effetto definitivo ossia la dismissione irretrattabile di tale diritto.

La domanda che occorre porsi è allora la seguente: l'art. 2901 c.c. annovera tra i requisiti dell'atto disposizione quello della sua irretrattabilità? La lettera della norma, in verità, non autorizza una siffatta delimitazione, ma neppure la sua *ratio* che di certo non intende sottrarre alla mannaia della revocatoria, con grave pregiudizio delle ragioni creditorie, le ipotesi in cui il debitore disponente, nel relativo atto, mantenga un potere di revoca o di recesso. Da qui la risposta al quesito: niente sembra ostare all'applicabilità dell'art. 2901 c.c. al legato in sostituzione di legittima dal versante del rimedio revocatorio e, semmai, la preferenza da accordare ad altri rimedi, e in particolare all'art. 524 c.c., si basa su altre considerazioni cui si è accennato in precedenza.

L'argomento ritenuto decisivo che il Damiani impiega per escludere l'applicabilità analogica o per via di interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 524 c.c. è rappresentato dall'impossibilità di un *balancing test*. Questi i presupposti argomentativi: il principio di sussidiarietà orizzontale costituisce innanzitutto la base normativa di rango costituzionale per individuare la rilevanza dell'autonomia negoziale in relazione all'iniziativa economica privata; vi è poi una diretta tutela costituzionale della successione anche testamentaria, con conseguente protezione delle esigenze specifiche che ne caratterizzano la funzione ossia "la solidarietà familiare e la liberalità successoria"[56], mentre si può escludere che esista una tutela costituzionale diretta circa il primato del testamento quale atto *mortis causa*, o circa la protezione dei diritti dei legittimari[57]; è del tutto fuor di luogo il riferimento all'art. 47, comma 1, Cost. quale riconoscimento del principio della tutela del credito.

Prosegue il Damiani: la Costituzione da un lato tutela ed incoraggia il risparmio in tutte le sue forme, dall'altro disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito. Il principio di tutela dei creditori non ha alcuna diretta e specifica forma di copertura costituzionale. È semmai il codice civile che, nell'art. 2740, definisce la portata di tale principio e conseguentemente ne detta i limiti. Se pertanto la libertà del testatore di decidere la sorte del proprio patrimonio come meglio preferisce, in quanto derivazione

[56] N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano 1970, 240 ss.

[57] E. DEL PRATO, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 2001, 625 ss.



del principio di autonomia privata, ha una seppur indiretta copertura costituzionale nei limiti consentiti dall'art. 41 e dall'art. 118 Cost. mentre il principio di tutela del credito trova solo copertura a livello di legge ordinaria, l'interprete, operando un normale bilanciamento degli interessi secondo l'esame della gerarchia dei valori coinvolti, ne dovrebbe ricavare il convincimento della non impugnabilità di un testamento con il quale il *de cuius* leghi in sostituzione di legittima al proprio figlio, peraltro in precarie condizioni economiche e, quindi, nella necessità di avere vitto e alloggi e il diritto di abitazione vitalizio di un immobile così da soddisfare una necessità tutelata nell'art. 47, comma 2, Cost. [58].

Il Damiani conclude nel senso che se si ammettesse un qualsiasi diritto di sindacare tale scelta in capo al creditore del legittimario beneficiario del legato sostitutivo si finirebbe per costruire un obbligo in capo all'ereditando di destinare parte del proprio patrimonio al soddisfacimento dei creditori dei propri legittimari così configurando una sorta di "privilegio generale" atipico sui propri beni.

Alla tesi negativa del Damiani si può replicare che non in tutti i punti fondamentali di copertura costituzionale vi è una tutela diretta ma solo indiretta e, quindi, non è possibile escogitare una gerarchia e ben si può procedere ad un bilanciamento orizzontale.

La libertà testamentaria è provvista di una garanzia costituzionale (art. 42, comma 4, Cost.) quanto al suo mantenimento entro i limiti della riserva di legge, ma l'autonomia negoziale a sua volta riceve una copertura solo indiretta nel suo rapporto strumentale con la libertà d'iniziativa economica privata (art. 41, comma 1, Cost.) ed il credito può esibirne un'altra, per inciso di non minor spessore, di cui all'art. 47, comma. 1, Cost. [59], il quale espressamente si riferisce all'esercizio del credito come attività di prestito in forma organizzata ma non si vede perché non si debba estendere la tutela del risparmio al credito individuale delle più svariate tipologie in un'ottica intersoggettiva.

4. – L'indagine svolta si è dimostrata fruttuosa nel reperimento *de iure condito* di rimedi adeguati alla tutela dei creditori del legittimario leso o pretermesso, ma il permanere di disparità di opinioni in dottrina e in giurisprudenza, in particolare nel saggio del Damiani sopra esaminato, la somma di dubbi e di approssimazioni che ne consegue, mi induce a non mettere precipitosamente da canto ed anzi a ribadire l'esigenza *de iure*

[58] U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Milano 1980, 31 ss.

[59] S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 91.



condendo di una modifica legislativa che introduca uno specifico rimedio che venga disegnato in modo apposito.

L'occasione propizia, com'è noto, è offerta dal disegno di legge delega per la revisione del codice civile con l'intento di riformarne numerosi passaggi importanti della disciplina che vanno, fra gli altri, dalle associazioni e fondazioni alle successioni ereditarie [60], alla famiglia, ai patti pre-matrimoniali, al contratto e ai contratti (specie bancari), alla responsabilità *ex*tracontrattuale, alle garanzie, al *trust*: è la prima volta che si programma un intervento così diffuso, mentre per l'innanzi si era proceduto per lo più a singoli interventi ovvero alla novella di interi comparti organici quali la famiglia, il diritto societario o, in più riprese, il diritto dei consumatori poi riversato nel codice del consumo.

I criteri di delega in materia di successioni ereditarie prevedono, innanzitutto, la trasformazione della quota riservata ai legittimari dagli artt. 536 ss. c.c. in una quota del valore del patrimonio ereditario al tempo dell'apertura della successione, garantita da privilegio speciale sugli immobili che ne fanno parte o, in mancanza di immobili, da privilegio generale sui mobili costituenti l'asse ereditario; indi, consentono la stipulazione di patti sulle successioni future intesi alla devoluzione dei beni del patrimonio ereditario in essi determinati ai successori ivi indicati, ovvero permettono la rinunzia irrevocabile di successibili alla successione generale o in particolari beni, restando inderogabile la quota di riserva prevista dagli art. 536 ss. c.c.; infine, introducono misure di semplificazione ereditaria, in conformità al certificato successorio europeo.

A proposito dell'eventuale trasformazione della quota riservata ai legittimari in una quota del valore del patrimonio ereditario al tempo dell'apertura della successione, garantita da privilegio speciale sui beni immobili o da privilegio generale sui beni mobili costituenti l'asse ereditario, viene da chiedersi se il legislatore, in base al tenore di questa delega, intenda spingersi sino al punto di abbandonare il modello di successione necessa-

[60] Disegno di legge recante delega al governo per la revisione del codice civile del 28 febbraio 2019: «Art. 1 (*Delega per la revisione e integrazione del codice civile*): Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la revisione e integrazione del codice civile, approvato con regio decreto 16 marzo 1942, n. 262, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: […] c) trasformare la quota riservata ai legittimari dagli articoli 536 e seguenti del codice civile in una quota del valore del patrimonio ereditario al tempo dell'apertura della successione, garantita da privilegio speciale sugli immobili che ne fanno parte o, in mancanza di immobili, da privilegio generale sui mobili costituenti l'asse ereditario; d) consentire la stipulazione di patti sulle successioni future intesi alla devoluzione dei beni del patrimonio ereditario in essi determinati ai successori ivi indicati, ovvero a permettere la rinunzia irrevocabile di successibili alla successione generale o in particolari beni, restando inderogabile la quota di riserva prevista dagli articoli 536 e seguenti del codice civile; e) introdurre misure di semplificazione ereditaria, in conformità al certificato successorio europeo».



ria di ispirazione francese e adottare quello di ispirazione pandettistica [61], configurando un vero e proprio un diritto di credito (a una quota riservata del valore del patrimonio ereditario) in capo al legittimario all'apertura della successione [62]. In una simile ipotesi non si tratterebbe, ben vero, del ripescaggio della già ricordata teoria di Cicu (poi ripresa da Luigi Ferri) che considerava il legittimario, all'apertura della successione, già titolare di un diritto reale sui beni relitti e consentiva in teoria di trascorrere *omisso medio* dalla revocatoria all'esecuzione forzata per consegna o rilascio, ma pur sempre dell'acquisto di un diritto soggettivo perfetto, ancorché di credito, cosicché rinunziando alla quota di riserva il legittimario abdicherà a un diritto già facente parte del suo patrimonio e il problema della tutela dei suoi creditori personali si risolverà in loro favore grazie al rimedio della revocatoria della rinunzia a un diritto soggettivo perfetto del legittimario, seguita dalla surrogatoria per il conseguimento del valore della quota a lui riservata del patrimonio ereditario e infine, ove necessario, dall'espropriazione forzata.

Anche qualora tale realmente fosse il proposito della riforma in corso, rimarrebbero comunque irrisolti il problema dell'acquisto (del valore) dell'eredità contro la volontà del legittimario che abbia rinunziato alla legittima ovvero abbia accettato espressamente o tacitamente un legato in sostituzione di valore sensibilmente inferiore ad essa e, analogamente, il problema del recupero integrale (del valore) della legittima contro la volontà del legittimario che abbia accettato un'eredità di valore sensibilmente inferiore, attribuitagli per testamento.

Per questa ragione, in ogni caso, al fine di superare definitivamente i più volte evidenziati contrasti giurisprudenziali e dottrinali in merito all'applicabilità o meno in via estensiva o analogica dell'art. 524 c.c. e al fine di venire incontro alle esigenze di economia processuale, più volte ribadite dalla Corte di cassazione, che ostacolano l'esercizio in sequenza delle azioni revocatoria, surrogatoria ed esecutiva, si ritiene opportuna una riformulazione legislativa di tale articolo nei termini che seguono: «Se taluno, benché senza frode, *rinunzia all*'eredità *o all'azione di riduzione [o alla quota a lui riservata del valore del patrimonio ereditario] ovvero accetta espressamente o tacitamente un legato in sostituzione di legittima* con danno dei suoi creditori, questi possono farsi autorizzare ad accettare l'eredità *ovvero agire in riduzione [o agire per il pagamento della quota riservata]* in nome e luogo del rinunziante, al solo scopo di soddisfarsi sui beni

[61] Sui profili storico-giuridici dei modelli di successione necessaria v. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 1 ss.

[62] Una proposta di riforma in tal senso è avanzata da F. MAGLIULO, *I poteri del testatore nella composizione della legittima,* in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, cit., 116.



ereditari *[o sul loro controvalore]* fino alla concorrenza dei loro crediti. / Il diritto dei creditori si prescrive in cinque anni dalla rinunzia *all'eredità o all'azione di riduzione [o all'azione per il pagamento della quota riservata] ovvero dall'accettazione espressa o tacita del legato in sostituzione di legittima*».

JUS CIVILE



CARLO D'ALESSANDRO

Professore associato confermato di Diritto privato – Università di Roma

PRESCRIZIONE ED OBBLIGAZIONI SOLIDALI

SOMMARIO*: 1. Premessa. – 2. L'eccezione di prescrizione sollevata dal terzo. – 3. Se l'assicuratore della responsabilità civile abbia interesse ad eccepire la prescrizione del debito del responsabile. – 4. Debito solidale, eccezione di estinzione per prescrizione dell'obbligazione del consorte e principio di autoresponsabilità. – 5. Rinuncia ad eccepire la prescrizione e rapporti interni tra condebitori. – 6. La prescrizione nelle obbligazioni solidali tra eccezioni reali e personali nel tramonto del "paradigma correale". – 7. L'indipendenza anche processuale dei singoli vincoli nelle obbligazioni solidali. – 8. Necessità di accertamento specifico dell'estinzione per prescrizione di ciascuno dei vincoli. – 9. Prescrizione e giudicati inter pauciores. – 10. Prova di resistenza delle superiori considerazioni anche nell'ambito dello speciale litisconsorzio necessario "asimmetrico" nei giudizi sulla responsabilità automobilistica. – 11. Sopravvivenza incolpevole di alcuni tra i vincoli solidali e regime dei rapporti interni tra coobbligati: un problema di legittimità costituzionale?*

1. – Un tale, rimasto vittima di incidente automobilistico, evoca in giudizio il responsabile dell'incidente e l'assicuratore del medesimo, chiedendo la loro condanna al risarcimento dei danni.

Si costituisce l'assicuratore, eccependo vittoriosamente la prescrizione del diritto azionato, mentre il responsabile, restato contumace, viene condannato.

Il giudice di legittimità cassa la decisione della corte territoriale, statuendo il principio secondo il quale l'eccezione di prescrizione sollevata da uno degli obbligati solidali giova anche agli altri là dove, se così non fosse, la posizione dello stesso eccipiente ne rimarrebbe pregiudicata.

L'intento di evitare il dispiego di attività processuali sostanzialmente inutili è meritevole di adesione e di incoraggiamento. Che questo fosse il caso nella specie può dubitarsi. Non condivisibile mi pare comunque il ragionamento svolto dalla Suprema Corte a suffragio del risultato cui la decisione è pervenuta.



2. – La motivazione dedica ampio spazio alla norma che si legge nell'art. 2939 c.c., attribuendole un ruolo determinante nella costruzione della *ratio decidendi* [1].

Sembra trattarsi tuttavia di un equivoco.

Detto in sintesi, l'art. 2939 c.c. istituisce una figura di legittimazione straordinaria, consentendo al terzo a far valere l'estinzione per prescrizione di un debito (per quanto qui interessa) altrui. Fondamento di tale legittimazione è la circostanza che la mancata liberazione del debitore spiegherebbe di riflesso conseguenze negative nella sfera del terzo (si pensi, per menzionare solo il caso più banale, ad altro creditore del debitore, il quale abbia ragione di temere che la garanzia rappresentata dal patrimonio di quest'ultimo sia insufficiente a fronteggiare entrambe le obbligazioni) [2].

Nel nostro caso, nessuno di questi caratteri è presente. L'assicuratore, sollevando l'eccezione di prescrizione, non mirava affatto a paralizzare la pretesa del creditore verso un terzo, bensì a difendere sé medesimo. Egli pertanto non dichiarava di agire a vantaggio altrui fruendo di una legittimazione sostitutiva. Né era tenuto a dedurre e a provare la sussistenza dei presupposti richiesti dalla norma perché ciò potesse avvenire.

L'eccezione di prescrizione non era insomma diretta qui ad incidere, in deroga alle regole generali, su un rapporto intercorrente *inter alios*. Essa concerneva invece, in modo stretto e proprio, l'ordinario rapporto tra debitore e creditore [3].

---

[1] In ciò, del resto, la decisione si inserisce nel solco del precedente al quale dichiaratamente si ispira: cfr. Cass., 22 marzo 2007, n. 6934, in *Giur. it.*, 2008, 79.

[2] Per ogni ragguaglio sul nostro istituto si può fin d'ora rinviare all'ampio e perspicuo saggio monografico di E. MINERVINI, *La prescrizione ed i "terzi"*, Napoli, 1994. Per quanto riguarda il fondamento della legittimazione del terzo cfr. ivi, specialm. 151 ss. In giurisprudenza è presente un orientamento che tende a distinguere gli effetti che conseguono all'esercizio dei poteri attribuiti dalla norma a seconda che la legittimazione dell'eccipiente derivi dalla sua qualità di creditore o da quella di interessato ad altro titolo: cfr. specialm. Cass., ss. uu., 24 luglio 1981, n. 4779, in *Giust. civ.*, 1982, I, 989, e, sulle tracce di questa, Cass., 9 aprile 2001, n. 5262, ivi, 2002, I, 3242. Di questa tesi, che affiora anche nella decisione che si commenta, non terrò peraltro conto nel prosieguo, siccome non influente, o influente solo marginalmente, sul mio discorso (posso solo aggiungere che essa, ove accolta, darebbe ulteriore fondamento alla tesi che verrà qui sostenuta; sul punto si veda comunque anche, in commento alla stessa decisione oggetto di questa nota, M. ABROSOLI, *Gli effetti della prescrizione rispetto ai terzi*, in *Corr. giur.*, 2020, 622 ss.).

[3] Chiarezza esige si distingua. In astratto, l'eccezione sollevata dal condebitore (ciò vale per la prescrizione, ma anche per altre) può appartenere a due specie diverse, a seconda che essa si fondi su fatti capaci di incidere sulla posizione di tutti (che chiamerò, tanto per intenderci, e seguendo del resto il gergo corrente, eccezione "reale") ovvero solo su quella di alcuni (eccezione "personale"). L'ascrizione all'una o all'altra specie può dipendere dal *tipo* di eccezione, ma, all'interno dello stesso tipo, può anche dipendere dal *concreto atteggiarsi* dei fatti sui quali l'eccezione è fondata, ove tale atteggiamento non sia, o possa non essere, identico con riguardo a ciascuno dei debitori.

All'interno della cornice così disegnata si pongono diverse questioni, come: a) se, nel giudizio litisconsortile cui partecipano più debitori solidali, l'eccezione (il riferimento è, naturalmente, all'eccezione in sen-



In altre parole (e chiedendo venia dell'insistenza, giustificata però dalla centralità dello snodo): nulla impedisce, naturalmente, di pensare che le condotte dell'assicuratore potessero in astratto trovare collocazione nell'ambito di quanto previsto nell'art. 2939 c.c. Ma allo scopo (i) sarebbero dovuti constare in fatto suoi comportamenti e dichiarazioni specificamente intesi a far accertare (non soltanto l'estinzione per prescrizione della sua propria obbligazione, ma anche) l'estinzione per prescrizione dell'obbligazione facente capo all'altro convenuto. Dopo questo accertamento, e soltanto allora, sarebbe dovuto essere posto il problema (ii) della legittimazione dell'assicuratore a sollevare (anche) l'eccezione relativa alla posizione del consorte, ossia della sussistenza di quello specifico "interesse" che rende eccezionalmente ammissibile, secondo la norma, la proposizione da parte di un terzo di eccezione nell'ambito di giudizio pendente *inter alios* (non importa se cumulato nello stesso processo).

Di entrambi questi aspetti non si dà sufficientemente conto nella decisione. Per niente affatto del primo, pur avente carattere preliminare. In modo solo obliquo e apodittico del secondo.

Di ciascuno di essi conviene invece occuparsi con più attenzione e avendo rigoroso riguardo alla loro distinta e diversa natura.

Giova tuttavia mettere fin d'ora in luce le finalità dell'indagine che ci si accinge a

---

so stretto) reale sollevata da uno o da alcuni soltanto giovi anche agli altri; b) quali siano in generale i riflessi, sul piano dei rapporti interni, della eccezione sollevata da uno dei consorti e in forza della quale sia accertato nulla esser da lui dovuto al creditore.

Sono questi i perni intorno ai quali gira la motivazione del nostro provvedimento. Per l'analisi della quale giova dunque tenere presenti i seguenti passaggi argomentativi.

La base di partenza è costituita dalla tesi secondo la quale l'eccezione (in senso stretto) anche reale sollevata da uno o da alcuni dei condebitori solidali, cumulativamente convenuti dal creditore nello stesso giudizio, non produce effetto verso gli altri (soluzione, questa, che potrebbe a buon diritto considerarsi consolidata: v. in tal senso Cass., n. 6934/2007, cit., e le altre indicazioni contenute nel provvedimento che si commenta).

Corollario di ciò è la possibilità che il giudizio si chiuda con una decisione di assoluzione dell'eccipiente ed una di condanna invece dell'inerte.

Ulteriore postulato (tacito) del provvedimento è che, nei rapporti interni, la parte assolta (*i.e.*, qui: l'assicuratore) non possa opporre – al coobbligato *solvens* che faccia valere il proprio diritto al regresso o, comunque, al rispetto degli impegni contrattuali della controparte – la decisione favorevole ottenuta nei confronti del comune creditore.

Ne segue il rischio che quella dell'eccipiente nel primo giudizio divenga una vittoria di Pirro: scansata la condanna richiesta dal danneggiato, dovrà tenere comunque indenne l'assicurato per quanto questi sarà invece costretto a pagare.

È su questa circostanza che riposa il passaggio finale del ragionamento: correndo il rischio di essere pregiudicato dalla soccombenza del consorte – che, pur potendo eccepire vittoriosamente la prescrizione, omette di farlo – l'assicuratore deve essere ammesso a valersi del presidio disposto dall'art. 2939 c.c. Gli va quindi riconosciuta la legittimazione straordinaria ad eccepire la prescrizione dell'obbligo altrui.



svolgere ed i suoi potenziali risultati. Se il richiamo all'istituto disciplinato dall'art. 2939 c.c. risultasse (come a me sembra) inappropriato, l'operazione fatta dalla Suprema Corte nella decisione che si commenta (e nelle altre dello stesso segno) rivelerebbe la sua vera natura.

Si tratta di un *escamotage* inteso a superare, in presenza di vere o presunte ragioni di opportunità, e senza peraltro dichiararlo a chiare lettere, il dogma, ormai consolidato nella stessa giurisprudenza di legittimità, della mancanza di efficacia *ultra partes* dell'eccezione in senso stretto sollevata da uno dei condebitori.

3. – Se quanto appena segnalato circa il profilo di fatto avesse fondamento, non avrebbe ragione d'essere ovviamente la ricerca di quell'interesse che, a norma dell'art. 2939 c.c., conferisce in via eccezionale al terzo legittimazione ad interloquire nella lite *inter alios*. Invero, ove meritasse adesione la tesi sopra prospettata, secondo la quale l'eccezione dell'assicuratore andava considerata come diretta ad ottenere solo la assoluzione dell'eccipiente e non anche quella d'altri, non vi sarebbe alcun motivo di chiedersi se essa fosse idonea a conseguire questo secondo risultato.

Muovendo dalle sue premesse, invece, la Suprema Corte non può non preoccuparsi della questione. In modo peraltro alquanto apodittico, come accennato, la si risolve postulando un generico pregiudizio che l'assicuratore potrebbe risentire ove l'eccezione da lui proposta non sortisse effetto liberatorio anche a favore dell'autore dell'illecito ovvero dell'assicurato.

Se bene intendo i criptici cenni della motivazione, l'eventualità a cui si vuole alludere è che l'assicurato, ove l'eccezione non affrancasse anche lui da ogni responsabilità, e fosse pertanto costretto a pagare, avrebbe poi rivalsa contro l'assicuratore. A quest'ultimo, dunque, poco gioverebbe essere stato assolto dalle pretese del danneggiato (*i.e.*: aver respinto la cd. azione diretta), quando poi restasse pur sempre esposto alla rivalsa del suo cliente.

Sul tema dovrò tornare subito appresso, dopo aver indicato quello che secondo me è il corretto inquadramento della vicenda.

4. – È ormai *jus receptum* che, in forza della "azione diretta" riconosciuta al danneggiato per sinistro da circolazione di veicolo verso l'assicuratore del responsabile del sinistro stesso (art. 144 cod. assic.), si sia determinato un regime di responsabilità solidale tra questi ultimi soggetti [4].

[4] Opinione notissima e alla quale io stesso mi sono implicitamente attenuto più sopra (cfr. nt. 3). V. per



Ciò induce a cercare in quest'ambito le regole governanti il nostro caso.

Come ognuno sa, peraltro, il campo dei rapporti interni tra condebitori solidali è assai travagliato, specie per quanto riguarda la redistribuzione tra i consorti del peso del comune vincolo dopo il soddisfacimento del creditore e del funzionamento e coordinamento dei due strumenti potenzialmente utilizzabili allo scopo: l'azione di regresso *ex* art. 1299 c.c. e la surrogazione *ex* art. 1203, n. 3, c.c.

L'elaborazione interpretativa del tema ha attinto traguardi di raffinatezza assai elevati. Urge peraltro il sospetto che essa sia anche affetta da una letale *overdose* di concettualismo. Ne è risultato infatti, tra l'altro, anche uno straordinario dispendio di energie volto a risolvere un problema inesistente, in quanto appunto solo concettuale, o, meglio, concettualistico (*id est*: se l'adempimento estingue il credito, come è pensabile che il *solvens* succeda al creditore in un diritto che questi, "per definizione", non ha più?) [5]. Mentre sono rimasti relativamente in ombra i problemi reali, ossia quelli attinenti al "concorso alternativo" postulato dall'orientamento maggioritario, specie giurisprudenziale, di due rimedi i cui presupposti, il cui regime ed i cui effetti sono riconosciuti per più aspetti diversi e incompatibili [6].

---

tutti, anche per le indicazioni, G. VOLPE PUTZOLU, *Comm. breve al diritto delle assicurazioni*[2], Padova, 2013, 580. Ancora da ricordare in proposito almeno M. ORLANDI, *La responsabilità solidale*, Milano, 1993, specialm. 229 ss. Sulle discussioni ed incertezze dei primi anni successivi all'introduzione in Italia del sistema di assicurazione obbligatoria cd. automobilistica v. per esempio G. CASTELLANO e S. SCARLATELLA, *Le assicurazioni private*[2], in W. BIGIAVI, *Giur. sist. civ. e comm.*, Torino, 1981, 662 ss.; M. FRANZONI, *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Padova, 1986, specialm. 115 ss.; nonché, con amplissima ed attenta analisi, P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, Padova, 1990, 337 ss. In termini generali (e dunque sulle fattispecie classiche degli artt. 1595, 1676 e 2867 c.c.) restano meritevoli di considerazione gli autorevoli dubbi espressi da F. BENATTI, *Appunti in tema di azione diretta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, 624 ss., a 642 s.

[5] Bellamente si dimentica quanto proprio a questo proposito aveva scritto R. v. JHERING: "*die Wissenschaft darf keine juristischen Unmöglichkeiten statuiren*" (*Der Geist des römischen Rechts,* cit. da B. CARPINO*, Pagamento con surrogazione*, in *Comm. del cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 19).

Non è certo possibile sviluppare in questa sede i cenni contenuti nel testo. Per maggiori ragguagli (e per l'indicazione dei contributi più importanti: Niccolò, Giorgianni, Amorth, Rubino, Busnelli, Grasso ecc.) devo rinviare il cortese lettore al mio *La transazione del condebitore solidale*, Milano, 2012, 101 ss. Tra gli scrittori successivi ricordo: U. COREA, *Obbligazioni solidali e giusto processo*, Napoli, 2012, e L. BACCAGLINI, *Il processo sulle obbligazioni solidali "paritarie" e l'azione di regresso*, s.l., 2015. Su questi lavori (nonché su B. GAMBINERI, *Le obbligazioni solidali ad interesse comune. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2012) v. la recensione di A. Giusani, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 170 ss. (il quale peraltro considera una prima edizione, del 2012, del libro di Baccaglini).

[6] Per dire di un solo profilo: è ragionevole pensare che il *solvens* il quale agisca surrogandosi nei diritti del creditore soddisfatto, sia soggetto alla prescrizione del credito di quest'ultimo allo stesso modo in cui essa avrebbe operato a danno dell'originario titolare, trattandosi appunto di successione nel diritto di costui;



Per quanto qui interessa, tuttavia, non appare necessario prendere partito sulle grandi opzioni di cui sopra è cenno. E invero il nostro problema trova identica soluzione comunque ci si orienti su quelle.

In primo luogo, è di piana evidenza che la tesi qui difesa discende ineluttabilmente dalle premesse se si ragioni in termini di surrogazione. Questi vogliono che il condebitore costretto a pagare possa agire nei confronti del consorte subentrando nei diritti che verso di quello competevano al creditore soddisfatto. Se pertanto è accertato giudizialmente che tali diritti non sussistevano più (per essersi estinti in forza di prescrizione), non si può non concludere che la successione in essi del *solvens* non possa aver luogo: come in ogni acquisto derivativo, l'avente causa non può ricevere più di quanto avesse il dante causa [7].

Ma non diverse sono le conclusioni cui si perviene quando si preferisca assegnare al condebitore che abbia pagato l'azione di regresso *ex* art. 1299 c.c.

Ciò è naturalmente vero per chi condivida l'opinione, peraltro minoritaria, secondo la quale la norma appena citata non istituisce una diversa figura di azione, ma si limita a dettare alcune regole speciali cui la comune surrogazione dell'art. 1203 c.c. sarebbe soggetta nella specifica materia [8].

---

per contro, si sarà inclini a ritenere che l'azione di regresso nasca dal pagamento e da questo momento cominci a decorrere il termine di prescrizione, che magari sarà tra l'altro quello ordinario, quando pure fosse stato breve quello del credito pagato. In questi termini, per esempio, M. ORLANDI, *op. cit.*, 299 s.; v. pure, in vario senso, G. CORAPI, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni* solidali, s.l. ma Padova, 2010, 149 s.; G. SICCHIERO, *Regresso*, in *Dig. disc. civ.*, XVI, Torino, 1997, 549 ss., a 559; G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959, 306 ss.; D. RUBINO, *Obbligazioni alternative-Obbligazioni in solido-Obbligazioni divisibili e indivisibili*[2], in *Comm. del cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1968, 239; G.F. CAMPOBASSO, *Regresso*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 4 ss.; F.M. ANDREANI, *Regresso*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 704 ss., a 711; A. RAVAZZONI, *Regresso*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 356 ss., a 360.

[7] Sulla surrogazione come successione nel lato attivo del rapporto obbligatorio v. per tutti B. CARPINO, *op. cit.*, 18 ss. Ed è appena il caso di aggiungere peraltro che qui l'eventuale giudicato formatosi tra le parti originarie farebbe pertanto senz'altro stato, *ex* art. 2909 c.c., anche nei confronti del surrogato, posto che questo assumerebbe la veste di avente causa dell'*accipiens*.

[8] Così soprattutto G. AMORTH, *Considerazioni sui rapporti tra surrogazione e regresso nella obbligazione solidale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 133 ss.; ID., *L'obbligazione solidale*, cit., 232 ss. Sul tema, nella letteratura più recente, v. ad esempio, anche per le indicazioni, G. CORAPI, *op. cit.*, specialm. 103 ss.

Ma la tesi non manca di spuntare qua e là anche in giurisprudenza ("L'azione di regresso spettante al debitore solidale che ha effettuato il pagamento *è in sostanza un'azione di surrogazione*, mediante la quale egli subentra nei diritti del creditore soddisfatto nelle stesse condizioni di questo": così l'inedita Cass. 18 marzo 1982, n. 1762, la quale puntualmente ne desume il corollario qui difeso, scrivendo poi "di modo che, se il creditore non poteva più agire nei confronti di uno dei condebitori solidali [nella specie: a seguito di



Ma non è men vero anche se, con l'opinione prevalente, si attribuisca carattere di autonomia al regresso quale disciplinato dall'art. 1229 c.c.

È infatti principio generale del nostro ordinamento, ricavabile per induzione da una serie di norme specifiche, quello onde si vuole che nessuno, che pur abbia diritto a chiamare altri a rispondere di (o di essere da altri manlevato da) un evento pregiudizievole, ovvero dalle sue conseguenze, possa tuttavia esigere alcunché se l'evento sia stato da lui prodotto o per quelle conseguenze che si siano verificate per il fatto suo proprio [9]. Lo si chiami, se si vuole, principio di autoresponsabilità: ciò di cui pare difficile dubitare è comunque che si debba riconoscere, in situazioni come queste, la *exceptio litis malae gestae*.

---

sentenza dichiarativa di prescrizione del credito…], il medesimo, convenuto in via di regresso, ha diritto di eccepire al condebitore attore che al momento del pagamento egli non era più debitore"; corsivo mio; con quasi identiche parole v. pure Cass., 17 novembre 2003, n. 17372, in *Giust. civ.*, 2004, I, 637, con nota di G. VIDIRI, *Art. 2055 c.c. e solidarietà passiva da fatti illeciti*).

Sul punto v. pure da ultimo L. BACCAGLINI, *op. cit.*, 215 ss., con ampie indicazioni.

[9] Ricordo, senza pretese di completezza, e mettendo forzosamente insieme figure ed istituti che, pur ispirati al comune principio indicato nel testo, sono pur sempre assai diversi e lontani tra loro, i seguenti articoli del codice civile: 1227 (il risarcimento dei danni da inadempimento non è dovuto per quelli che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza ed è diminuito per quelli che il fatto colposo del creditore ha concorso a produrre); 1267 (la garanzia per la solvenza del debitore ceduto cessa se la mancata realizzazione del credito è dipesa da negligenza del cessionario; 1485 (il compratore convenuto da un terzo che pretende di avere diritti sulla cosa venduta perde la garanzia per evizione se non chiami in causa il venditore e se questi provi che esistevano ragioni sufficienti per far respingere la domanda); 1900 (l'assicuratore non è obbligato per i sinistri cagionati da dolo dell'assicurato e tendenzialmente neppure per quelli cagionati da colpa grave); 1914 e 1915 (obbligo di salvataggio dell'assicurato ed esclusione o limitazione del diritto all'indennità in caso di suo inadempimento); 1927 (esclusione o limiti dell'obbligo di pagare le somme dovute in forza di assicurazione sulla vita in caso di suicidio dell'assicurato); 1952 (perdita del regresso da parte del fideiussore se il debitore principale dimostra che sussistevano ragioni per sottrarsi al pagamento); forse anche 1955 (estinzione della fideiussione se, per fatto del creditore, non può aver luogo la surrogazione del fideiussore nelle garanzie che assistevano il credito); 1956 (liberazione del fideiussore se il creditore fa credito al terzo nella consapevolezza della sua scarsa solvibilità); 1957 (liberazione del fideiussore se il creditore non propone tempestivamente le sue istanze contro il debitore o non le coltivi con diligenza). È appena il caso di sottolineare la fondamentale importanza che compete, tra le norme ora censite, a quella dettata dall'art. 1952 c.c., che è tra l'altro anche la più vicina alle questioni discusse in questa nota. In un'ipotesi di vincolo solidale, come quello che intercorre tra fideiussore e debitore garantito, al primo è negata l'azione di regresso se il secondo dimostra che il fideiussore ha fatto, senza darne avviso, un pagamento non dovuto. E vedi infatti sul punto F.M. ANDREANI, *op. cit.*, 715.

Come è naturale, chi concepisce il regresso *sub specie* di surrogazione sarà orientato a sostenere che, se il debitore escusso non fa valere le eccezioni comuni, ciò gli verrà opposto dai consorti quando agirà contro di loro nei rapporti interni (e v. infatti G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., 286).

Non è privo di interesse in proposito richiamare l'art. 145 del codice delle obbligazioni svizzero, il cui comma 2 recita "Ogni debitore solidale è responsabile verso gli altri se non fa valere le eccezioni comuni a tutti".



5. – A ben vedere, peraltro, si può cercare di fondare la dimostrazione dell'assunto su basi assai più precise e specifiche.

E viene allora in considerazione la norma che si legge nel terzo comma dell'art. 1310 c.c., giusta la quale il debitore che ha rinunciato alla prescrizione non ha regresso verso i consorti che invece, avvalendosi della prescrizione stessa, si sono liberati.

Non sembra ragionevole limitare l'applicazione della norma alla sola rinuncia, intesa in senso tecnico, alla prescrizione (ed a suffragio di tale orientamento, del resto, militano i più generali rilievi svolti sopra, al lume dei quali la norma ora in considerazione appare configurare una mera applicazione specifica o il corollario di più ampio principio) [10].

Quantunque la contumacia del convenuto non possa con ogni probabilità, a stare all'opinione corrente, qualificarsi come rinuncia, neppure tacita (art. 2937, comma 3, c.c.), essa comporta tuttavia la perdita *ex* art. 167, comma 2, c.p.c., pur sempre dovuta ad una libera scelta del debitore, del diritto di proporre l'eccezione, e così, per quanto qui rileva, un effetto perfettamente equipollente a quello che avrebbe sortito la rinuncia [11].

---

[10] Viene spontaneo, e trova infatti conferma nella tradizione interpretativa, avvicinare la reazione del terzo contro il mancato impiego del presidio prescrizionale all'azione surrogatoria, quando si tratti di superare l'inerzia del legittimato primario, o a quella revocatoria, quando invece occorra rimuovere gli effetti di un atto di disposizione abdicativa.

Altrettanto tradizionalmente, gli scrittori più avvertiti segnalano, al di là delle assonanze, i caratteri autonomi e specifici del nostro istituto rispetto a quelli dei classici strumenti di conservazione della garanzia patrimoniale disciplinati dagli artt. 2900 ss. c.c. V. infatti al riguardo E. MINERVINI, *op. cit.*, specialm. 18 ss. (con ampia analisi); B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, s.l., 1980, 193 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Degli effetti espansivi della prescrizione eccepita dal terzo a favore del debitore inerte*, in *Giur. it.*, 2020, 1663 ss., a 1664.

[11] In senso contrario, L. BACCAGLINI, *op. cit.*, 234 ss. L'autrice ricorda anzitutto che "la giurisprudenza è costante nell'escludere che dell'eccezione di prescrizione, dedotta da un condebitore, possa giovarsi anche il consorte di lite che non l'abbia tempestivamente sollevata" e cita diverse decisioni in tal senso (rispetto alle quali quella che qui si commenta – così come le altre di uguale segno che si sono venute susseguendo negli ultimi anni – rappresentano dunque un almeno parziale *revirement*). Prestata adesione all'orientamento prevalente, ella nega tuttavia che esso possa, come si vorrebbe e come qui sostenuto, trovare fondamento nella norma dettata dall'art. 1310, comma 3, c.c. Le ragioni della critica riposano soprattutto sull'idea che tale regola costituirebbe applicazione del principio tendenziale secondo il quale gli eventi riguardanti uno dei consorti spiegano efficacia anche nei confronti degli altri se favorevoli, mentre sono invece inopponibili ad essi se sfavorevoli (che è quanto in passato si esprimeva affermando un reciproco mandato tra i consorti, ma solo *in utilibus* e non anche *in damnosis*; si tratta di notissimo luogo tradizionale: v. circa le origini e per le indicazioni tra i tanti per esempio B. GAMBINERI, *Le obbligazioni solidali ad interesse comune – Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2012, 23 ss.). Traendo argomento dalla inefficacia *ultra partes* della rinuncia alla prescrizione fatta da uno dei condebitori – coerente corollario del teorema appena enunciato, secondo il quale le iniziative di uno non debbono appunto pregiudicare la situazione degli altri – si dovrebbe semmai concludere, sempre per coerenza e simmetria, che invece l'eccezione di pre-



Del resto, la lettura comparata e coordinata delle regole dettate rispettivamente dagli artt. 1310, comma 3, e 2939 c.c. pare fornire già di per sé gli elementi sufficienti a sco-

---

scrizione sollevata da un singolo condebitore debba, trattandosi qui di efficacia favorevole, valere anche *ultra partes*. Se ne conclude che l'argomento basato sul terzo comma dell'art. 1310 c.c., lungi dal somministrare conforto alla tesi di cui si tratta, condurrebbe semmai a conclusioni diametralmente opposte.

Il tema, ed il pensiero della studiosa che si è testé riportato, meriterebbero più attenta considerazione di quanto qui possa essere ad essi dedicata. Tacendo di altre considerazioni, mi limiterei ad osservare che il ragionamento si affida dichiaratamente al presupposto che il teorema-base (hanno efficacia *ultra partes* i fatti favorevoli; ne sono privi quelli sfavorevoli) sia un postulato *a priori* e inderogabile. Il pensiero corrente appare invece orientato a conferire a quel teorema (ancorché recepito, come è noto, addirittura dalla relazione al codice) lo *status* di una conclusione che richieda di essere dimostrata attraverso l'analisi delle plurime regole risultanti, direttamente o indirettamente, dal testo normativo. Insomma: non un postulato *a priori* dal quale desumere deduttivamente conseguenze specifiche; bensì una conclusione *a posteriori* raggiunta induttivamente, attraverso l'esame di una serie di questioni specifiche, affrontate e risolte indipendentemente da essa. E, si vuole poi aggiungere, se in tal modo si procede il risultato cui si perviene è che il teorema in parola possa rappresentare al più una linea di tendenza di massima, cui il dettato normativo si conforma effettivamente spesso, ma non sempre (in tali sensi è schierato il pensiero corrente: per un esempio v. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, Padova, 2002, 183 s.). Che sia così lo dimostra a ben vedere la stessa scrittrice citata, là dove, negata la possibilità di invocare l'art. 1310 c.c., perviene però ugualmente, per altra via, ad aderire alla tesi qui sostenuta (e allora facendo leva sulla struttura pluralistica , ossia caratterizzata dalla coesistenza di plurimi distinti rapporti obbligatori, dell'obbligazione solidale; sulla disponibilità necessariamente solo individuale della prescrizione, come eccezione in senso stretto; nonché, si potrebbe aggiungere, sul principio di autoresponsabilità, onde, anche in considerazione di quelli di correttezza e buona fede, si giustifica che un soggetto resti esposto alle conseguenze pregiudizievoli di situazioni che derivano da sue libere scelte, principio che pure la stessa Baccaglini richiama a più riprese nel condurre la sua fine analisi degli svolgimenti processuali cui possono metter capo i giudizi aventi ad oggetto obbligazioni solidali: *op. cit.*, soprattutto 227 ss., ma anche pp. 249, 261, 263 e *passim*, con importanti indicazioni). E infatti, se tale tesi può essere dimostrata *aliunde*, non si può non riconoscere che la vecchia idea del mandato reciproco solo *in utilibus* non ha valore assoluto, ma rappresenta solo uno dei criteri ispiratori delle regole della materia, criterio del quale però queste altre volte si discostano per seguire linee diverse ed opposte (ed è sufficiente richiamare in proposito l'esempio del regime disposto dallo stesso art. 1310 c.c. per gli atti interruttivi della prescrizione). Il tema dei rapporti tra la rinuncia alla prescrizione (e, si potrebbe aggiungere, il pagamento del debito prescritto, *ex* art. 2940 c.c.), da un lato, e la mera inerzia del debitore che ometta di proporre l'eccezione (eventualmente anche perché, ulteriore variante, che è poi quella con la quale abbiamo a che fare nella specie, omette addirittura di costituirsi in giudizio), dall'altro lato, è molto dibattuto. Cfr. in vario senso, E. MINERVINI, *op. cit.*, 39, 50 ss., 115 ss.; M. GIORGIANNI, *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1965 674 ss., a 682 s.; D. RUBINO, *op. cit.*, 310 ss.; B. GRASSO, *Prescrizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 56 ss., a 58 s e 67; M. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 1667 s.

Mi sembra peraltro di poter affermare che l'atteggiamento della giurisprudenza al riguardo sia alquanto liberale, propendendosi a considerare equipollenti tutte le vicende comportanti in qualche modo la mancata utilizzazione di una pur disponibile eccezione di prescrizione (o, perfino, di decadenza). E, alla luce delle considerazioni svolte nel testo, occorre appena dire che si tratta di orientamento meritevole di adesione. A titolo di esempio ricordo Cass., 9 maggio 2002, n. 6649 (perde il regresso il fideiussore che abbia pagato nonostante avesse potuto invocare la decadenza dalla garanzia *ex* art. 1957 c.c.): Cass., 13 giugno 1990, n. 5739 (perde il regresso l'acquirente dell'azienda che abbia pagato debiti aziendali pregressi pur potendo evitarlo eccependo la prescrizione).



raggiare ogni tentativo di distinguere tra le due ipotesi ai fini di cui qui si tratta, somministrando al contempo ulteriore conferma della comune riconducibilità di queste figure ad un unico principio, ossia appunto a quello di autoresponsabilità [12].

Se ne deve concludere, per quanto attiene al nostro caso, che l'assicuratore, dopo essere stato mandato assolto in forza dell'eccepita prescrizione nel giudizio intentato dal creditore, non corre il rischio di restare viceversa soccombente nei confronti dell'assicurato che, non avendo dal canto suo eccepito alcunché ed essendo pertanto stato costretto a pagare, agisca in regresso contro di lui. L'argomento "dalle conseguenze" e per assurdo della Suprema Corte (detto in soldoni: sarebbe un non-senso e una beffa mandare assolto l'assicuratore in virtù della prescrizione se poi, valendo questa ad estinguere solo il suo vincolo e non anche quello del condebitore, egli dovesse ugualmente pagare a seguito del regresso di quest'ultimo), che appare il vero pilastro sul quale si sostiene la *ratio decidendi*, non è in realtà idoneo allo scopo [13].

6. – Se non prendo abbaglio, alla base del ragionamento sviluppato dalla Suprema Corte, e delle poco convincenti conclusioni alle quali esso perviene, sta pure una ulteriore premessa, non resa esplicita e tuttavia capace di distorcere gravemente la prospettiva in cui viene inquadrata la questione.

Al solo fine di rendere più agevole l'intelligenza dei rilievi che mi accingo ad esporre, designerò tale premessa, utilizzando di nuovo la convenzione semantica già proposta (sopra, nt. 3) come quella della natura "reale" dell'eccezione di prescrizione.

Si tratta, in buona sostanza, dell'idea che la prescrizione non possa non maturare nello stesso momento per tutti i condebitori. Tesi, questa, che se si sposa in modo naturale (qualcuno direbbe anche: necessitato) con la concezione della struttura cd. "correale" dell'obbligazione solidale (unico rapporto obbligatorio facente capo, dal lato attivo o dal lato passivo, ad una pluralità di soggetti), può, almeno in astratto, ben essere sostenuta anche nel quadro, oggi larghissimamente prevalente, delle costruzioni "pluralistiche",

---

[12] V. comunque gli scrittori citati alla fine della nota precedente.

[13] Secondo F. MESSINEO, *Variazioni sul concetto di "rinunzia alla prescrizione"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 505 ss., a 517 s., l'opposizione alla rinuncia, che altri abbia fatto della prescrizione maturata a suo favore, potrebbe provenire anche dal condebitore solidale, nel qual caso non troverebbe applicazione l'art. 1310 c.c. L'a. non spiega, tuttavia, quale interesse potrebbe legittimare il condebitore, considerato il disposto dell'art. 1310, comma 3, c.c., ad opporsi alla rinuncia del consorte.



ossia inclini a vedere nel fenomeno un fascio di rapporti obbligatori paralleli [14].

Orbene, se si resta, come è preferibile, in quest'ultimo ambito, ci si trova a confronto, si è detto, con la dicotomia appunto tra eccezioni reali (*id. est*: opponibili da tutti i coobbligati) ed eccezioni personali (*id est*: opponibili da uno o da alcuni, ma non da tutti). In quale categoria debba essere collocata una specifica eccezione, e nella specie quella di prescrizione, costituisce, occorre appena dirlo, questione di diritto positivo.

Partendo da queste (mi sembra di poter dire) poco discutibili premesse, intendo ora dimostrare che: a) l'eccezione di prescrizione può (non deve) ben avere carattere personale; e che b), se questo è vero, ogni tentativo di conferire all'eccezione un'efficacia automatica o semi-automatica *ultra partes* andrebbe condotto con cautele assai maggiori di quanto sembri credere la Cassazione.

Per il primo profilo, va naturalmente e preliminarmente riconosciuto come sia innegabile che la legge tenda, con varie misure, ad omologare, con riguardo alla prescrizione, il trattamento dei coobbligati in solido. Basti pensare alla regola secondo la quale l'interruzione della prescrizione derivante da atto fatto contro uno dei debitori in solido ha effetto anche contro gli altri (art. 1310, comma 1, c.c.). O, nella specifica materia cui si riferisce la nostra sentenza, a quella che si legge nell'art. 144 cod. assic., onde è disposto che l'azione diretta spettante al danneggiato per sinistro causato dalla circolazione di veicolo o natante sia soggetta allo stesso termine di prescrizione cui è soggetta l'azione verso il responsabile [15].

Tuttavia, è altrettanto certo che non si tratta di orientamento univoco.

Non univoco è invero l'aspetto relativo al termine edittale. Scontato ormai che l'*eadem causa obligandi* non è presupposto necessario perché si abbia obbligazione solidale, il titolo cui si ricollega il vincolo di ciascuno dei coobbligati può essere a volta a volta diverso, e così pure diverso può essere il conseguente termine di prescrizione disposto dalla legge. È pertanto possibile che concorrano obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali; che, tra più soggetti tenuti in solido aquilianamente, alcuni siano respon-

[14] Non si può peraltro tacere almeno della autorevole posizione dissenziente di uno degli studiosi che con maggiore impegno si è dedicato in epoca ancora recente alla materia. Il riferimento è naturalmente al ben noto saggio di F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974.

[15] Per quanto superfluo, va sottolineato che "la norma non dice affatto che alla prescrizione di uno degli obblighi consegua necessariamente l'estinzione dell'altro, ma estende semplicemente all'obbligo dell'assicuratore la prescrizione breve alla quale è sottoposta l'obbligazione del danneggiante, senza che per questo si debba escludere l'applicabilità dell'art. 1310 cod. civ." (nonché, aggiungo io, delle altre regole che possono condurre al risultato della prescrizione non simultanea delle diverse obbligazioni solidali), La frase trascritta si legge in P.M. VECCHI, *op. cit.*, 388 s., ove anche ampie indicazioni di dottrina e giurisprudenza.



sabili anche penalmente (ad essi applicandosi pertanto l'art. 2947, comma 3, c.c.) ed altri no [16]; che alcuni dei coobbligati per un titolo soggetto a prescrizione breve siano incorsi in condanna passata in giudicato (con conseguente applicazione della prescrizione decennale prevista per l'*actio judicati*) ed altri no. E l'elenco non ha pretesa di completezza.

Ma, quando pure il termine edittale fosse lo stesso, ciò non significherebbe ancora che la prescrizione sarebbe in concreto destinata a maturare simultaneamente per tutti i condebitori. Anche qui, ci si può limitare, per i fini di questa nota, all'indicazione di qualche esempio. Viene in considerazione anzitutto il caso della sospensione del termine, la quale, come è noto, e almeno nei rapporti esterni, opera limitatamente al condebitore nei cui confronti si sia verificato l'evento sospensivo [17]. Possono poi configurarsi ipotesi in cui il *dies a quo* di decorrenza del termine non coincida: e il pensiero corre almeno al caso in cui uno dei vincoli derivi da titolo sottoposto a termine o a condizione. Altre vicende sono almeno in parte discutibili e discusse: i processi separatamente intentati dal creditore contro ciascuno dei debitori potrebbero naturalmente metter capo a giudicati di condanna in momenti diversi; l'estinzione parziale del giudizio litisconsortile, per interruzione del medesimo non seguita da riassunzione, comporterebbe (per chi ammetta l'ipotesi) la trasformazione da atto interruttivo della prescrizione ad effetti permanenti in atto ad effetti istantanei dell'originaria *edictio actionis*, con la conseguenza di una diversa maturazione del termine nei confronti dei condebitori per i quali il giudizio si è estinto; nel caso in cui il creditore abbia agito solo nei confronti di uno o di alcuni dei debitori, la prescrizione sarebbe bensì interrotta nei confronti di tutti, ma però con effetto permanente *ex* art. 2945, comma 2, c.c. per i convenuti e con effetto invece solo istantaneo per gli altri [18]; il riconoscimento del debito da parte di uno dei debitori in solido non interrompe la prescrizione nei confronti degli altri [19]; nell'ipotesi di processo litisconsortile

[16] Cfr. Cass., 16 dicembre 2005, n. 27713.

[17] Sulle conseguenze di questo meccanismo e per alcuni rilievi critici in proposito v. per es. D. RUBINO, *op. cit.*, 313 ss.

[18] In tal senso v. per esempio R. ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, 220 ss.; L. BACCAGLINI, *op. cit.*, 154 ss., con indicazioni (tra le quali si segnalano quelle delle sezioni unite della Suprema Corte e della Corte costituzionale, orientate però diversamente). Sul punto v. pure A. DI MAJO, *Obbligazioni solidali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 298 ss., a 324 s. Secondo Cass., 6 dicembre 2000, n. 15511, nell'ipotesi di costituzione di parte civile nel processo penale contro due imputati, la morte di uno di costoro implica che l'interruzione della prescrizione (nei confronti degli eredi) spieghi ormai effetti solo istantanei; il danneggiato può tuttavia valersi verso gli eredi dell'imputato defunto degli effetti interruttivi permanenti determinatisi a carico dell'altro imputato, debitore solidale. Nello stesso senso anche Cass., 23 aprile 1982, n. 2534, in *Foro. it.*, 1982, I, c. 2504.

[19] Opinione diffusa e secondo me preferibile, quantunque ancora una volta non pacifica. V. per esempio, anche per le indicazioni, D. RUBINO, *op. cit.*, 307 s.; G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., 308.



definito con condanna di tutti i debitori, cui abbia fatto seguito l'impugnazione da parte di alcuni e l'acquiescenza invece da parte di altri, la data di decorrenza per la prescrizione dell'*actio judicati* potrebbe di nuovo essere diversa [20] ecc.

Da quanto sopra discende che, sul terreno delle obbligazioni solidali, l'eccezione di prescrizione possa presentarsi, a seconda dei casi, in duplice veste.

Può invero avvenire che, unico essendo per tutti i coobbligati il termine edittale, e uniche essendo le vicende di tutti i rapporti, stabilire se la prescrizione sia maturata oppure no dipenda per tutti dall'accertamento dei medesimi fatti (eccezione "reale"). In questo caso, se l'eccezione è sollevata da tutti i condebitori, su di essa si formerà senz'altro una decisione unica. Se viceversa soltanto alcuni eccepissero la prescrizione, si porrà il problema di stabilire se essa gioverà solo agli eccipienti o anche, e automaticamente, agli altri litisconsorti; negata, con l'opinione prevalente, quest'ultima ipotesi, occorrerà ancora vedere se gli eccipienti possano farla valere anche per i consorti, *ex* art. 2939 c.c. Questione questa sulla quale non v'è concordia di idee.

La seconda possibilità è che, diverso essendo il termine stabilito dalla legge per i diversi condebitori, oppure diverse essendo le vicende rilevanti ai fini del computo della sua maturazione, la decisione non possa essere unica, onde l'eccezione assumerà carattere personale [21]. Con salvezza, per quanto occorrer possa, della eventuale applicazione anche qui dell'art. 2939 c.c. (si pensi al fideiussore che invochi l'estinzione per prescrizione del debito garantito) [22].

7. – Vi sarebbe naturalmente molto da dire su ciascuna delle ipotesi sopra censite e sulle altre che potrebbero aggiungersi all'elenco. Ma esorbita dagli intenti di queste pagine procedere su tale strada e, in particolare, addentrarsi nelle labirintiche questioni dei processi, litisconsortili e non, sulle obbligazioni solidali.

Basti qui il rinvio su ciò alla ricca giurisprudenza, teorica e pratica, della materia,

---

[20] Cfr. Cass., 30 marzo 1983, n. 2306; Cass., 24 ottobre 1983, n. 6252, in *Rass. Avv. Stato*, 1984, I, 155.

[21] Che questa sia non solo un'ipotesi possibile, ma addirittura, in un certo senso, l'ipotesi normale, mi pare si possa evincere dal § 425 BGB, il quale annovera tra i fatti efficaci solo rispetto al condebitore cui si riferiscono anche la prescrizione, la sua interruzione e la sua sospensione.

[22] Il cenno alla fideiussione costituisce occasione propizia per chiarire che i ragionamenti fatti nel testo si riferiscono pressoché esclusivamente alla solidarietà cd. propria, o uguale, o ad interesse plurisoggettivo. La solidarietà impropria o disuguale è istituto che ha caratteri distintivi suoi propri ed al quale, dunque, non sempre possono essere estese regole e soluzioni affermate per l'altro.



confidando che i pur sommari rilievi proposti siano ampiamente sufficienti a condurre alla conclusione già anticipata (e tutt'altro che peregrina).

Non è questo infatti il luogo per un'analisi articolata della materia. Credo però possibile segnalare quella che mi pare la direzione chiara ed univoca di un movimento storico manifestato da plurimi fenomeni evolutivi. La meta verso la quale siffatti fenomeni convergono è il definitivo superamento di quello che chiamerei ancora "il paradigma correale". È sempre più diffusa oggi la tendenza infatti a concepire la solidarietà come assieme di rapporti obbligatori distinti e tra loro indipendenti, ancorché variamente connessi. Con tutti i corollari che da ciò derivano, sul piano sostanziale e su quello processuale.

Per rendersi conto di quanto potente sia la forza che spinge verso questo approdo è sufficiente por mente a vicende (certo tra loro diversissime e lontane, ma purtuttavia sinergiche) quali, sul piano sostanziale, l'abbandono ormai consumato del dogma dell'*eadem causa obligandi*, e, sul piano processuale, la progressiva penetrazione nella coscienza dell'interprete del diritto alla difesa in giudizio, la cui inviolabilità appare oggi finalmente avviata ad essere "presa sul serio".

Nella temperie culturale che ne è derivata (talmente vasta e talmente nota da rendere per il primo aspetto impossibile e per il secondo superfluo ogni tentativo di piena documentazione bibliografica o arrestografica) [23], hanno conquistato via via crescenti consensi soluzioni intese ad accentuare l'indipendenza della posizione, sostanziale e processuale, dei singoli consorti, attribuendo a questo valore la preminenza su ogni altro, anche a costo di permettere "lo sconcio della molteplicità e contrarietà dei giudizi sopra *un* obietto ed *un* punto di diritto e di fatto" [24], e cioè un possibile con-

[23] Sul primo tema, per ricordare solo i primi che vengono alla mente, e con esclusiva funzione di esempio, richiamo G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà diseguale*, Napoli, 1974, 153 ss.; C. MIRAGLIA, *Pluralità di debitori e solidarietà*, Napoli, 1984, 77 ss. Sul secondo, può farsi rinvio, anche per le indicazioni del caso, ai recenti lavori di L. Baccaglini, B. Gambineri, U. Corea e E. D'Alessandro già più volte citati o che saranno citati più avanti.

[24] La frase è di P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali*, Torino, 1884, 158 (corsivi miei) ed è ricordata anche da F.D. BUSNELLI, *Postfazione*, in U. BRECCIA e F.D. BUSNELLI, *Le "nuove" obbligazioni solidali. Principi europei, orientamenti giurisprudenziali, interventi legislativi*, 2015, 181 ss. a 183. Ed è significativo che essa fosse dettata in un contesto in cui si ammetteva (con salvezza essenzialmente della sola eccezione di dolo) l'efficacia nei confronti di tutti i debitori della cosa giudicata formatasi nel processo tra il creditore e uno solo di essi, giustificata con il tradizionale dogma della rappresentanza reciproca tra i consorti (soluzione oggi testualmente superata dall'art. 1306 c.c. vigente). Superato appare altresì, nel contesto attuale, il riferimento di Melucci all'unicità in fatto ed in diritto dell'oggetto del giudizio sull'obbligazione solidale. Come mi sono sforzato di sottolineare, invero, quella unicità è oggi solo eventuale, essendosi moltiplicate le ipotesi in cui i fatti costitutivi, modificativi ed estintivi dei singoli vincoli sono in tutto o in parte diversi. In forza di ciò, occorrerà considerare che non sempre provvedimenti diversi resi nei con-



trasto (quantunque solo logico e non anche pratico) di giudicati.

È in questa luce che si spiegano e vanno considerate soluzioni adesso acquisite o tendenti a prevalere come, per fare solo gli esempi più macroscopici, a) l'inopponibilità in sede di regresso di giudicati formatisi tra il creditore ed uno dei condebitori; b) la possibilità di giudicati contrastanti per effetto di impugnazioni di provvedimenti proposte solo da alcuni tra i litisconsorti [25].

Alla stregua dei medesimi criteri esigono soluzione anche i quesiti indicati alla fine del paragrafo precedente. L'eccezione di prescrizione, sia essa personale o anche comune ("reale"), giova solo a chi se ne sia ritualmente avvalso, giusta il carattere dispositivo

---

fronti di debitori solidali configurano contrasti (neppure soltanto "logici") di giudicati. Ciò non avviene, evidentemente, tutte le volte in cui i *dicta* giudiziali divergono perché resi su situazioni sostanziali in tutto o in parte anch'esse diverse (dunque non difformi pronunce sulla stessa *res*, ma pronunce su *res* difformi).

[25] Da ultimo su questi problemi, con vigile attenzione sulla tensione dialettica tra l'esigenza di uniformità dei giudicati e quella di salvaguardia del diritto di difesa (alla luce non solo dell'art. 24 Cost., ma anche degli art. 47 della carta dei diritti dell'Unione e 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo), E. D'ALESSANDRO, *L'art. 1306 c.c. e il "lessico" delle corti*, in U. BRECCIA e F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, 129 ss.

Ma agli stessi temi sono in gran parte dedicate anche le monografie già più volte citate di L. BACCAGLINI, U. COREA e B. GAMBINERI. In queste opere ogni necessario riferimento, anche giurisprudenziale.

Corrispondentemente, appaiono ormai minoritari gli esiti del pur poderoso e autorevole sforzo di sistemazione della materia sul piano processuale, ancora fortemente influenzati, almeno nel campo dei fenomeni considerati di coobbligazione in senso stretto e tecnico, da quello che ho chiamato il "paradigma correale" ovvero unitario. Il riferimento è naturalmente al libro più volte citato di F.D. BUSNELLI (v. ivi, 388 ss.; dello stesso autore v. pure *La cosa giudicata nelle obbligazioni solidali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, 396 ss.). Gli insegnamenti busnelliani appaiono tuttavia ancora sostanzialmente seguiti da alcuni studiosi. Cfr. C. MIRAGLIA, *op. cit.*, 40; F.M. ANDREANI, *op. cit.*, 715 s.

Non è però possibile toccare questi problemi senza ricordare almeno le peraltro notissime sentenze-trattato della Suprema Corte a sezioni unite 30 settembre 2009, nn. 20929-20239 (in *Foro it.*, 2010, I, c. 3127 ss.). In queste decisioni (e in particolar modo, per quanto qui interessa, nella prima di esse) sono stati esaminati numerosi problemi attinenti alle sanzioni amministrative pecuniarie per la violazione di norme nel settore dell'intermediazione finanziaria. Tali sanzioni colpiscono sia le persone fisiche direttamente responsabili delle irregolarità, sia le società di appartenenza delle stesse, ma venivano per prassi applicate con un provvedimento ministeriale contenente l'accertamento dei fatti e l'ingiunzione, questa rivolta però alla sola società, del pagamento delle somme dovute. Si era posta la questione se il giudicato formatosi a seguito dell'opposizione all'ingiunzione facesse stato nel successivo giudizio di regresso tra la società e le persone fisiche autrici dei fatti. Con una estesissima (ma non immune da incertezze e forse incongruenze) motivazione, il giudice di legittimità risponde positivamente. Tuttavia (e da ciò nasce l'interesse ai nostri fini) a tale risultato si perviene partendo dall'opposta tesi, assunta come valida nell'ambito del diritto comune delle obbligazioni solidali. Nella specifica materia, si ragiona poi, quella regola generale soffrirebbe tuttavia eccezione, e ciò avverrebbe (quantunque, per la verità, il nesso non appaia chiarissimo) in virtù di una particolarità di tale specifico regime, ossia del fatto che in questo caso il regresso non costituisce un semplice diritto della società che ha dovuto pagare le sanzioni, ma è un obbligo imposto dalla legge.



che ad essa compete come eccezione in senso stretto ed in conformità con le regole ordinarie di questa categoria [26].

Anche la possibilità di far valere la prescrizione del debito altrui dovrà essere valutata secondo gli ordinari principi dell'art. 1939 c.c., principi che peraltro, come già detto, rendono difficile immaginare la sussistenza dell'interesse richiesto dalla norma, attesa, almeno nella solidarietà "uguale", l'indipendenza tra i vincoli di ciascuno (onde l'estinzione del debito altrui non è destinata ad avere riflessi sul debito mio).

8. – Se si conviene che mandare assolto per prescrizione ciascuno dei debitori solidali può comportare (e dunque esige sempre la verifica che tale sia il caso in concreto oppure no) l'applicazione di regole diverse in diritto e lo scrutinio di circostanze diverse in fatto, allora si dovrà convenire che il compito cui il giudice è chiamato nella specie è alquanto più complesso di quanto la lettura nella nostra sentenza suggerisca.

Non solo occorrerà infatti, come già detto, accertare che l'eccipiente stia effettivamente chiedendo, oltre alla sua propria assoluzione, anche quella del consorte; non solo si dovrà verificare, ove quel primo accertamento desse esito positivo, se a siffatta richiesta *de jure tertii* la parte sia legittimata, sussistendo il requisito all'uopo necessario secondo la legge, e cioè l' "interesse" indicato dall'art. 2939 c.c. (indagine il cui risultato è tutt'altro che scontato, quando pure non fosse da considerarsi negativo in partenza, come forse sarebbe ove fossero condivisi i rilievi sopra svolti in proposito).

Ma, sciolti questi due nodi preliminari, resterebbe assodata esclusivamente l'esistenza della domanda e la sua ammissibilità. Del tutto impregiudicata rimarrebbe invece la questione della sua fondatezza: questa, lungi dal trovare automatica soluzione in forza di quei primi accertamenti, vedrebbe su tali basi soltanto poste le premesse per poter essere affrontata. In altri termini, giusta quanto osservato in precedenza, dovrà essere assoggettata a scrutinio pieno e indipendente (rispetto ai paralleli accertamenti relativi alla posi-

[26] Su questa soluzione, che risale al Chiovenda, appare ancora schierata la migliore dottrina processualistica. V. per esempio G. FABBRINI, *Litisconsorzio*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 810 ss., a 836 s. In giurisprudenza, v., tra le decisioni recenti, Cass., 9 aprile 2001, n. 5262, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3242; Cass., 31 marzo 2010, n. 7800, in *Giur. it.*, 2011, 1800 (qui in tema di prescrizione presuntiva); Cass., 7 maggio 2014, n. 9558, in *Arch. circolaz.*, 2014, 818. Occorre appena sottolineare, del resto, come a questo orientamento si adegui implicitamente anche la decisione qui commentata. Se invero essa non lo condividesse, non sentirebbe il bisogno di battere la impervia strada tracciata dall'art. 2939 c.c. Sarebbe stato infatti sufficiente assumere che l'eccezione sollevata da uno dei condebitori era senz'altro e automaticamente efficace per tutti.



zione di altre parti), sia sul piano di diritto, sia su quello di fatto, la ricorrenza dei presupposti perché possa considerarsi estinto per prescrizione (anche) quel singolo, ulteriore rapporto obbligatorio.

Né nuoce sottolineare che siffatte ulteriori questioni andrebbero indagate alla luce del sole, se così mi è permesso di dire, ossia nel pieno contraddittorio della parti interessate. Non pare infatti si possa dubitare che il creditore deve essere messo in condizione di capire di che cosa si discute e di difendersi di conseguenza, non essendo ammissibile che, dopo aver creduto di dibattere circa la sussistenza del vincolo di Tizio, ci si trovi di fronte ad una decisione che investe anche quello di Caio. Non sembra necessario spendere parole per dimostrare che, in difetto, correrebbe rischio di rimanere violato il divieto della cd. "terza via".

9. – A riprova delle conclusioni raggiunte giova saggiare la tenuta di queste anche oltre l'ambito litisconsortile [27].

Il modello sul quale ragionare è ora che il creditore abbia evocato in giudizio uno solo dei due (supponiamo) debitori solidali, il quale (per stare al caso oggetto della pronuncia in esame) abbia vittoriosamente eccepito la prescrizione.

Nell'eventuale, successivo giudizio tra il creditore ed il secondo debitore, la cosa giudicata formatasi tra l'attore ed il consorte del convenuto è priva, come è noto, di qualunque efficacia automatica. Potrà costituire fondamento di una pronuncia assolutoria soltanto se (i) il convenuto dichiari di volerne approfittare e (ii) non risulti che la prima assoluzione fosse motivata da circostanze personali relative all'altro convenuto e non invocabili dal secondo (art. 1306, comma 2, c.c.). Ciò significa che, se gli elementi posti a base dell'invocata prescrizione sono gli stessi già valutati nella precedente pronuncia, il secondo giudice non può tornare a conoscerne e rimane, a seguito della dichiarazione di "approfittamento", senz'altro vincolato a quanto già deciso, sebbene *inter alios* (o *inter*

[27] Come è arcinoto, non vi è litisconsorzio necessario nei giudizi vertenti su obbligazioni solidali. Nella specifica materia dell'assicurazione obbligatoria per i veicoli e i natanti, tuttavia, vige, come è altrettanto noto, un regime particolare, che si potrebbe chiamare di "litisconsorzio necessario asimmetrico". Secondo l'art. 144, comma 3, cod. assic., invero, se si evoca in giudizio l'assicuratore occorre chiamare anche il "responsabile del danno", mentre questo può essere convenuto senza quello (sulla norma v. per tutti, anche per le indicazioni, G. VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, 595 ss.).

Quantunque ciò renda inapplicabili al caso deciso dalla sentenza in commento alcuni rilievi che mi accingo ad esporre nel testo, questi conservano il loro interesse diretto con riferimento al regime di "diritto comune" degli artt. 1292 ss. c.c. e contribuiscono, se non erro, a gettare luce indirettamente anche su quello speciale sul quale si misura la decisione della Suprema Corte. Su ciò tornerò peraltro in seguito.



pauciores). Ma, se invece il secondo convenuto deduce a sostegno della propria eccezione circostanze diverse, o comunque diversa risulti in fatto o in diritto la sua posizione, di esse dovrà essere conosciuto indipendentemente, nessun rilievo potendo assumere quanto già deciso circa la posizione dei consorti.

Per quanto riguarda le corrispondenti situazioni che possono verificarsi nei rapporti interni, nessun problema si pone, ovviamente, ove tutti i debitori riescano assolti. Nessuno dovrà pagare e non vi sarà pertanto questione di distribuire il peso del pagamento tra i consorti.

Le altre due possibilità sono che tutti siano condannati o che alcuni siano condannati e altri no. In entrambi i casi occorre stabilire se chi abbia dovuto pagare possa esercitare la rivalsa (*i.e.*: il regresso e/o la surrogazione) verso gli altri. Fondamento sostanziale dell'istituto è l'aver "pagato" con il proprio sacrificio patrimoniale la liberazione del consorte. Se quest'ultimo non era tenuto ad alcunché, perché nessun vincolo sussisteva nei suoi confronti al momento del pagamento, egli non ha beneficiato di alcuna liberazione e a nulla è tenuto anche verso il *solvens*.

Su questi rapporti "orizzontali" (ossia tra coobbligati) dovrà, se insorgano contrasti, decidere il giudice, così come su quelli "verticali" tra (ciascuno dei) coobbligati e creditore.

La questione che può porsi allora è quella di stabilire le relazioni tra le eventuali controversie, e conseguenti giudicati, che si formino sul piano verticale ed eventuali altri che intervengano invece sul piano orizzontale.

L'opinione prevalente e preferibile è che il piano delle controversie orizzontali tra i coobbligati sia del tutto indipendente da quello verticale nel quale ciascuno di essi si sia eventualmente trovato ad affrontare singolarmente il creditore. Ciò comporta che chi agisca in regresso dovrà dar prova dei fatti sui quali riposa il suo diritto (e cioè di aver pagato un debito che era anche del convenuto, e così di aver conseguito a proprie spese la liberazione della controparte)[28]. A tal fine potrà naturalmente giovarsi di eventuali

[28] In tal senso v. già D. RUBINO, *op. cit.*, 291. Nella letteratura più recente, tra i tanti e anche per le indicazioni, U. COREA, *op. cit.*, 9 ss., 86 ss.

La giurisprudenza afferma dal canto suo che "i condebitori solidali, i quali non abbiano partecipato al giudizio conclusosi con la condanna di uno di essi, hanno, di fronte al giudicato, veste di terzi rispetto al creditore, non meno che nei confronti del coobbligato che agisca in via di regresso, e, come terzi, sia nel primo che nel secondo caso, non subiscono gli effetti propri della cosa giudicata" (così, tra molte altre, per es. Cass., 26 ottobre 1982, n. 5591). Si tratta peraltro, come ormai suole sempre più spesso avvenire, di orientamento incerto e perplesso, Si veda sempre a titolo di esempio, Cass., ss. uu., 27 novembre 2007, n. 24627, in *Corr. giur.*, 2008, 1701, con nota di C. CONSOLO, *Condebito solidale fra artt. 332 e 334 c.p.c.: una collocazione sempre ardua (con tentazione di ritorno all'art. 471, comma 2, n. 3, c.p.c. 1865)*. In tale



giudicati intervenuti tra il coobbligato convenuto in regresso e il creditore e che abbiano accertato il debito del primo. Ma tali giudicati, in quanto formatisi appunto *inter alios*, non vincolano il giudice della controversia "orizzontale" e costituiranno soltanto elemento di prova liberamente apprezzabile in tale sede. Simmetricamente, il convenuto ben potrà difendersi sulla base dell'assoluzione conseguita nel giudizio contro il creditore: ma, anche qui, il precedente giudicato non determina ineludibilmente la sorte della nuova controversia, che potrà essere decisa con l'accoglimento della domanda di regresso qualora il giudice raggiunga, in contrasto con quanto statuito dalla precedente decisione, la convinzione che ne sussistano i presupposti [29].

In questo contesto trova agevole collocazione anche il sopra richiamato principio di autoresponsabilità. Così, l'azione di regresso del coobbligato, che pure sia stato condannato a pagare il creditore e in forza di ciò lo abbia effettivamente soddisfatto, potrà essere rigettata (non solo in virtù di eccezioni personali eventualmente opposte dal convenuto, ma anche) in virtù del fatto che il giudice si persuada essere stata quella soccombenza dovuta al mancato utilizzo di una possibile e fondata eccezione, come quella di prescrizione (arg., quando pure ve ne fosse bisogno, dall'art. 1310, comma 3, c.c.).

---

sede fu deciso che – in ipotesi di impugnazione, da parte di uno soltanto di due debitori solidali, della sentenza di accoglimento della domanda di condanna proposta dal creditore – l'altro condebitore potesse a sua volta proporre appello incidentale tardivo (non già "ritorsivo", ma adesivo, ossia rivolto anch'esso ad ottenere la riforma della condanna). E la Suprema Corte motiva essenzialmente sulla sussistenza dell'interesse all'impugnazione, ravvisato nei riflessi che l'eventuale accoglimento dell'appello del consorte avrebbe potuto avere sui rapporti di regresso tra i condebitori. Da ultimo, si veda Cass., 26 giugno 2013, n. 16117, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1212, con nota di A. TEDOLDI, *Giudicati divergenti tra creditore e condebitori solidali e azioni di regresso*.

[29] Quelle esposte nel testo sono conclusioni cui conduce a rigore la retta applicazione dei principi.

Non si può sottacere, peraltro, che le conseguenze cui esse conducono possono apparire non prive di un certo sapore di paradosso. Il condebitore Tizio, che è stato costretto a pagare in forza di giudicato di condanna, agisce in regresso contro il condebitore Caio, invece assolto con decisione del pari passata in giudicato. Nel giudizio di regresso dovrà di nuovo stabilirsi se Tizio era davvero debitore e se Caio meritava effettivamente di essere assolto (e, nel primo caso, si badi, non si tratta, o non si tratta necessariamente, di valutare una *exceptio litis malae gestae*: il secondo giudice ben potrebbe considerare fondate le stesse difese opposte da Tizio al creditore e rigettate in quella sede). Consideriamo l'ipotesi che il secondo giudice trovi che Caio dovesse in realtà essere anche lui condannato. Sarà allora accolta l'azione di regresso esperita da Tizio. Ma Caio dovrà in tal caso pagare la sua quota sebbene risulti che non è stato il sacrificio di Tizio a liberarlo dal vincolo verso il creditore, bensì il *dictum* del giudice che rigettò la domanda di quest'ultimo. Caio dunque non si è giovato in alcun modo del pagamento fatto da Tizio: egli era già al riparo da ogni molestia che potesse pervenirgli dal creditore in virtù del giudicato di assoluzione da lui ottenuto. Se ciò nonostante egli dovesse restare esposto a soccombenza in sede di regresso, ciò significa che la tradizionale concezione di questo (rimedio allo squilibrio patrimoniale determinato dal pagamento di un soggetto avente efficacia di estinzione del vincolo gravante su soggetto diverso), la cui generale validità è già vulnerata dalla norma che si legge nel secondo comma dell'art. 1310 c.c., soffrirebbe per altro verso un'ulteriore ferita.



10. – Occorre vedere ora, come preannunciato, se le considerazioni, che sopra sono state sviluppate con riferimento al "diritto comune", valgano anche nell'ipotesi speciale dell'assicurazione per la responsabilità automobilistica.

Ciò è stato negato da autorevole commentatore della decisione qui annotata, il quale, dalla norma già ricordata che istituisce litisconsorzio necessario con il danneggiante per il caso di azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore (art. 144, comma 3, cod. ass.), ha fatto discendere l'applicazione del principio onde è disposta l'unitarietà dell'accertamento giudiziale per tutti i soggetti la cui partecipazione al processo sia imposta dalla legge [30].

L'affermazione non mi sembra persuasiva.

Come lo stesso studioso il cui pensiero ho appena riferito riconosce, la norma di cui si tratta istituisce un'ipotesi di litisconsorzio necessario *propter opportunitatem* (opportunità tra l'altro basata su ragioni non chiarissime ed alquanto dubbie) [31]. Per definizione, dunque, la partecipazione al giudizio del danneggiante/assicurato è imposta non in virtù di un sottostante carattere unitario ed inscindibile del rapporto sostanziale sul quale il giudice dovrà pronunciarsi. Al contrario, è imposta *nonostante* il riconoscimento della distinzione tra il rapporto danneggiato /danneggiante e quello danneggiato/assicuratore, e dunque della loro potenziale indipendenza ed autonomia.

Senza voler mettere piede *where angels fear to tread* (dove gli angeli sono i cultori del diritto processuale, disciplina che non è la mia), mi sembra non azzardato obiettare che le regole di rito in genere, e in particolare quella del rito consortile, non possano prevalere su quelle della sostanza. In presenza di litisconsorzio (del resto, anche facoltativo) il giudice non potrà non pronunciarsi unitariamente fino a quando unitaria, cioè comune a tutti i litisconsorti, sarà la *res in judicium deducta*. Ma là dove la posizione delle parti, e dunque i fatti da scrutinare per poter accogliere le domande e le eccezioni da esse formulate, si presentassero, a norma della legge sostanziale, diversi e distanti in relazione ai diversi litiganti, il giudice non potrebbe non tenerne conto [32]. E, se non prendo abbaglio,

---

[30] La tesi riferita nel testo si deve a M. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 1669 ss.

[31] Sul punto il dibattito, dopo il periodo immediatamente successivo all'introduzione della legge n. 990/1969 (il cui art. 23 costituisce l'antecedente dell'art. 144, comma 3, cod. assic.), sembra essersi infiacchito. Sulle opinioni allora manifestate v. per tutti G(IUSEPPE) TARZIA, *Aspetti processuali dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica*, in *Riv. dir. proc.*, (1973, 643 ss. e) 1974, 29 ss., a 32 ss. Per altre indicazioni, soprattutto di giurisprudenza, v. G. CASTELLANO e S. SCARLATELLA, *op. cit.*, 670 ss. Nella letteratura più recente v. per es. U. COREA, *op. cit.*, 42, 77 (nt. 155) e 78 (nt. 156).

[32] "I fatti *comuni* ai più litisconsorti devono essere esaminati rispetto a tutti i litisconsorti ed essere accertati in modo uniforme per tutti, non essendo ammissibile che nel medesimo processo il giudice si con-



ciò può essere affermato ancor prima di leggere il pensiero corrente della scienza processualistica come orientato ormai a negare la corrispondenza biunivoca tra necessità della partecipazione di più soggetti al giudizio e necessità della decisione unica del medesimo.

11. – Un ultimo punto, di considerevole importanza, non può non essere toccato prima di lasciare l'argomento.

Mi riferisco alla regola, nuova (rispetto al codice previgente) e alquanto "strana" che si legge nell'art. 1310, comma 2, c.c.

La norma si riferisce ad un caso apparentemente piuttosto specifico: una prescrizione che matura in momenti diversi per i diversi coobbligati, in quanto per uno o alcuni di loro la sua decorrenza rimane sospesa per qualche tempo [33]. Ciò comporta naturalmente la possibilità che colui o coloro per i quali la prescrizione matura più tardi siano costretti a prestare il dovuto quando, per l'intervenuta prescrizione che li riguarda, gli altri coobbligati sono già stati liberati.

In siffatta situazione, secondo i principi generali non dovrebbe darsi regresso del *solvens* verso gli altri. Se, come sopra accennato e come diffusamente si pensa, funzione del regresso è ristabilire l'equilibrio patrimoniale turbato dal fatto che un soggetto abbia provveduto con proprie risorse a "comprare" la liberazione di un altro dal vincolo dal quale costui era gravato, qui tale funzione non può trovare evidentemente svolgimento. I coobbligati, che hanno visto, non molestati, maturare la prescrizione che li riguarda, sono stati liberati ad opera di questa, e non già dal pagamento fatto dal meno fortunato consorte.

---

vinca insieme della verità e non verità di un fatto" (il brano si legge in A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in E. ALLORIO, *Commentario del codice di procedura civile*, II, 2, Torino, 1973, il quale riporta il pensiero di Chiovenda; sottolineatura mia). Dunque, nessun accertamento unico e comune là dove i fatti rilevanti ai fini del decidere non siano secondo il diritto sostanziale gli stessi.

Nel senso che il significato della necessità del litisconsorzio sia da individuare nella indispensabile partecipazione di tutti al giudizio, e non anche e sempre nell'unitarietà della decisione, v. per es. L. ZANUTTIGH, *Litisconsorzio*, in *Dig. disc. priv.*, XI, Torino, 1994, 40 ss., specialm. a 54, la quale richiama il pensiero di M.G. CIVININI, *Note per uno studio sul litisconsorzio "unitario", con particolare riferimento al giudizio di primo grado*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, 429 ss.

[33] Ad evitare il sospetto che si tratti di ipotesi di scuola, è sufficiente pensare ad un caso assai comune nella pratica: quello dell'azione di responsabilità proposta dalla società contro i propri amministratori (ai quali trova applicazione l'art. 2941, n. 7, c.c.) ed i propri sindaci (per i quali invece non v'è sospensione). V. in proposito Trib. Lodi, 23 giugno 2006, in *Dir. e prat. soc.*, 2007, 7, 81.



La norma in esame apporta dunque una deroga a tali generali principi, consentendo a questo soggetto di fruire di un'azione di regresso i cui normali presupposti difettano del tutto.

La giustificazione che se ne dà consiste spesso nell'appello a generiche ragioni di equità. Così, si è scritto: "Certo, sarebbe stato ingiusto che il condebitore per cui la prescrizione è rimasta sospesa, essendosi ciò verificato senza sua colpa, sopportasse poi l'intero debito anche nei rapporti interni coi propri consorti" [34].

Similmente altri glossa che, ove si negasse il regresso al nostro condebitore, "gli si recherebbe un ingiusto pregiudizio, che egli soffrirebbe senza alcuna sua colpa, e il creditore diventerebbe arbitro di fargli pagare in *modo definitivo* la sola parte (chiedendo agli altri, tempestivamente, l'intero) ovvero l'intera prestazione" [35].

Si tratta qui, come si vede, di dare un giudizio sull'opportunità della norma; giudizio sul quale si può concordare oppure no.

Ciò che mi preme mettere in luce è altro.

A ben vedere, quello regolato dalla norma appena illustrata non è altro se non uno dei casi rientranti in una categoria assai più ampia, alla quale ho dedicato più sopra alcune riflessioni. Alludo all'ipotesi in cui la prescrizione maturi in tempi diversi per i diversi condebitori [36].

La questione da porre è allora se le differenze specifiche del caso in questione siano sufficienti a giustificare un suo diverso regime rispetto a quello cui è soggetto il genere prossimo.

---

[34] Sono parole di D. RUBINO, *op. cit.*, 314. L'autorevole giurista osserva pure che peraltro, in tal modo, si è "praticamente neutralizzata in buona parte" la regola che limita l'effetto della sospensione al condebitore nei cui confronti si è verificata. Nei confronti degli altri condebitori, il sistema prescelto finisce coll'attribuire alla prescrizione la conseguenza di non poter più essere chiamati a rispondere dell'intero, ma solo della propria quota individuale. Sarebbe stato forse preferibile, aggiunge Rubino, la soluzione che, in assenza della norma di cui si tratta, era suggerita dalla dottrina nel vigore del codice del 1865, e cioè disporre che, dopo compiutasi la prescrizione per gli altri debitori, quello per il quale la prescrizione stessa era rimasta sospesa rispondesse non più per l'intero, ma solo per la propria quota.

[35] G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., 312 (corsivo nell'originale).

[36] Si può sospettare peraltro che il *conditor legis*, in un clima ancora largamente dominato dal dogma dell'*eadem causa obligandi*, abbia potuto pensare che la maturazione della prescrizione in momenti diversi costituisse un caso eccezionalissimo, forse addirittura tale da potersi presentare solo nel ricorrere di una causa di sospensione relativa ad uno dei condebitori, onde la regola che veniva dettata potesse considerarsi capace di fronteggiare in concreto l'intero universo delle situazioni caratterizzate dal problema in questione.

Se così fosse, si sarebbe avuta una singolare ipotesi di suggestione di origine "colta", forte abbastanza da obliterare una realtà normativa di segno nettamente diverso, come risulta, a tacer d'altro, dalla regola dell'art. 1187 c.c. 1865 (la solidarietà non è esclusa dal termine o dalla condizione che differenzia uno dei vincoli), precursore dell'attuale art. 1293 c.c.



Sembra a me che la risposta debba probabilmente essere negativa. Che alcuni condebitori siano liberati in forza della prescrizione quando un altro o altri siano invece ancora astretti dal vincolo è vicenda, come ho cercato di dimostrare, niente affatto eccezionale, ma anzi in un certo senso fisiologica e suscettibile di verificarsi in un ampio spettro di ipotesi. È comune per lo più a queste ipotesi che il soggetto il cui vincolo sopravvive all'estinzione dei quello dei coobbligati (al netto naturalmente di quelle che possono essere eventuali vicende processuali capaci di produrre siffatto risultato) non abbia fatto nulla per meritare simile, poco invidiabile sorte.

Per quali ragioni, se in ciò si debba riconoscere un'iniquità, questa trovi rimedio nel caso della sospensione della prescrizione e non anche nelle altre ipotesi equipollenti, può non riuscire chiaro.

È superfluo sottolineare che, in mancanza di individuazione di quelle ragioni, si aprirebbe una questione di legittimità costituzionale del regime in discorso, per contrasto col principio di uguaglianza.

Ma su ciò non si può in questa sede andare oltre questo breve cenno.

JUS CIVILE



FRANCESCA BERTELLI

Assegnista di ricerca in Diritto privato – Università di Brescia

L'«OBBLIGO» RECIPROCO DI FEDELTÀ NELLE UNIONI CIVILI

SOMMARIO: *1. Le contraddizioni della l. 20 maggio 2016, n. 76. – 2. L'obbligo di fedeltà tra coniugi e la ratio del riconoscimento del danno endofamiliare per la sua violazione. – 3. Riaffermazione dell'obbligo reciproco di fedeltà anche nell'unione civile.*

1. – All'interno dell'Unione Europea 14 Stati consentono il matrimonio omosessuale o dettano una disciplina che prescinde dalla diversità di sesso dei coniugi [1], mentre 6 non riconoscono in alcun modo le coppie *same-sex* [2]. Collocandosi in un'ideale linea mediana, il nostro Paese – insieme a Cipro, Repubblica Ceca, Estonia, Grecia ed Ungheria – ha

[1] Si tratta, in particolare, di Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Lussemburgo, Malta, Norvegia, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna e Svezia. Per una panoramica sull'evoluzione legislativa all'interno degli Stati membri cfr., *ex multis*, J. FERRER RIBA, *Same-sex Marriage, Express Divorce and Related Developments in Spanish Marriage Law*, in *Int'l Fam. L.*, 2006, 139 ss.; A. SINGER, *Equal Treatment of Same-Sex Couples in Sweden*, in *Int'l Surv. Fam. L.*, 2010, 393 ss.; J.M. SCHERPE, *The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights*, in *The Equal R. Rev.*, 2013, 83 ss.; N. CIPRIANI, *Le unioni civili*, in *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, a cura di R. Pane, Napoli, 2017, 39, nota 1; C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze, 2019, 142, nota 511; nonché, con specifica attenzione all'ordinamento tedesco, S. PATTI, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. dir.*, 2015, 958 ss., il quale osserva che il legislatore tedesco, dopo aver introdotto nel 2001 una prima regolamentazione delle unioni *same-sex*, nel 2005 è nuovamente intervenuto sul tema per eliminare le differenze sostanziali tra unioni civili e matrimonio; F. AZZARRI, *Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 1105 ss., secondo cui si registrerebbe «una chiara tendenza nel sistema tedesco ad interpretare l'art. 6, comma 1°, GG in stretta connessione col principio di eguaglianza sancito all'art. 3, comma 1°, GG e, per tal via, ad escludere che lo *Schutzgebot* previsto a favore del matrimonio esiga, o anche solo giustifichi, che all'unione registrata sia riservata una disciplina più sfavorevole di quella di cui possono invece beneficiare i coniugi».

[2] Bulgaria, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania e Slovacchia. Cfr. https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index_en.htm



predisposto una disciplina normativa per le unioni civili tra persone dello stesso sesso, senza parificarle al matrimonio [3].

La l. 20 maggio 2016, n. 76, con cui è stata introdotta una disciplina per le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto, è da subito apparsa come il frutto di una scelta di compromesso tra tensioni politiche e culturali, ancor prima che giuridiche [4].

La letargia del legislatore italiano, contrastata da interventi giurisprudenziali nazionali e sovranazionali che hanno sottolineato come la perdurante assenza di una regolamentazione delle relazioni tra persone dello stesso sesso rappresentasse una violazione dei loro diritti fondamentali [5], si è conclusa con l'adozione di un provvedimento legislativo che,

---

[3] V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*; in *Fam. dir.*, 2016, 848 ss.; secondo il quale, con la l. 76/2016, il legislatore afferma «in maniera netta e chiara, che l'unione civile comporta un legame ben diverso dal matrimonio fra eterosessuali, anche se presenta alcuni doveri e diritti in comune»; R. FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1386 ss., la quale parla di «assonanze formali» e «difformità sostanziali» tra i due istituti; M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. dir.*, 2016, 881 ss., spec. 888, il quale afferma che «le differenziazioni tra matrimonio e unione civile sono numerose e assai rilevanti»; F. AZZARRI, voce *Unioni civili e convivenze (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, X, Milano, 2017, 1004 ss. *Contra* L. GATT, *Autonomia privata e convenzioni familiari nella dialettica tra tipicità e atipicità negoziale*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d. lgs. n. 5/2017; d. lgs. n. 6/2017; d. lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, 616 ss., la quale parla di una quasi totale parificazione tra coppie eterosessuali ed omosessuali.

[4] Cfr. G. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1718 ss.; M. FORTINO, *Piccoli passi e cautele interpretative delle Corti sui diritti delle unioni omosessuali*, in *Nuova. giur. civ. comm*., 2016, 129 ss.; F. AZZARRI, *op. ult. cit.*, 1006 ss. e 1018 ss., il quale, rilevando come l'art. 1 della l. 76/2016 riconosca il fondamento costituzionale delle unioni civili nell'art. 2 Cost., osserva che la disposizione sembra essere stata dettata dall'esigenza di politica legislativa di «insinuare l'estraneità delle unioni civili (e delle convivenze) alla sfera della famiglia»; N. CIPRIANI, *Le unioni civili*, cit., 39 ss., il quale, ricordando i progetti di regolamentazione delle unioni *same-sex* che hanno preceduto la l. n. 76/2016, ripercorre i principali interventi della giurisprudenza nazionale e sovranazionale che hanno contrastato l'immobilismo del legislatore italiano; ID., Unioni Civili: *Same-Sex Partnerships Law in Italy*, in *Italian Law Journal*, 2017, 343 ss., spec. 344, dove l'A. osserva che l'Italia ha ritardato nell'offrire una regolamentazione delle unioni tra persone dello stesso sesso principalmente per ragioni culturali.

[5] Cfr. Corte cost. 15.4.2010, n. 138, in *Foro it*., 2010, I, c. 1361 ss., con nota di R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*; in *Foro it*., 2010, I, c. 1701 (s.m.), con nota di M. COSTANTINO, *Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempi)*; in *Fam. dir.*, 2010, 653 ss., con nota di M. GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*; in *Iustitia*, 2010, I, 311 (m), con nota di M. COSTANZA, *La Corte Costituzionale e le unioni omosessuali*; in *Giust. civ.*, 2010, I, 1294 ss.; in *Resp. civ. e prev*., 2010, 1491 ss., con nota di L. MORLOTTI, *Il no della Consulta ai matrimoni gay*; in *Giurisdiz. amm.*, 2010, III, 370 ss.; in *Giur. it.*, 2011, c. 537 (m), con nota di P. BIANCHI, *La*



Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso; e in *Fam. pers. succ.*, 2011, 179 ss., con nota di F.R. FANTETTI, *Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso*; sulla pronuncia si veda anche R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *Unioni e matrimoni* same-sex *dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini e A. Lorenzetti, Napoli, 2011, 3 ss., e *ivi* anche G. BRUNELLI, *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, 143 ss.; I. RUGGIU, *L'argomento culturale sotteso alla sent. 138/2010*, 161 ss.; A. SCHUSTER, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, 255 ss.; Corte Cost. 11.6.2014, n. 170, *Foro it*., 2014, I, c. 2674, con nota di R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del «divorzio imposto»: quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*; in *Corr. giur*., 2014, 1059 ss.; in *Fam. dir.*, 2014, 861 ss., con nota di V. BARBA, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*; in *Nuova giur. civ. comm*., 2014, I, 1139 ss., con nota di A. LORENZETTI e A. SCHUSTER, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans*; Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Fam. dir*., 2012, 665 ss., con nota di M. GATTUSO, "*Matrimonio", "famiglia" e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la "doppia svolta" della Corte europea dei diritti dell'uomo*; in *Notariato*, 2012, 504 ss., con nota di E. CALÒ, *Sul matrimonio omosessuale una "grand arrêt" della Cassazione: come dovrà ora comportarsi il Notaio?*; in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2012, 747 ss.; in *Fam. pers. succ.*, 2012, 857 ss., con nota di F.R. FANTETTI, *Il diritto degli omosessuali di vivere liberamente una condizione di coppia*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 588 ss., con nota di. D. FERRARI e D. FIORATO, *Lo* status *giuridico delle coppie omosessuali. il diritto alla vita familiare in due recenti pronunce*; Cass., 21.4.2015, n. 8097, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2385 ss., con nota di R. ROMBOLI; in *Corr. giur.*, 2015, 1048 ss., con nota di S. PATTI, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione "ancorché non più matrimoniale"*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 777 ss., con nota di M. AZZALINI, *Dal "divorzio imposto" al matrimonio "risolutivamente condizionato": le bizzarre ed inique sorti del matrimonio della persona transessuale*; e in *Dir. fam.*, 2016, 86 (s.m.), con nota di C. CICERO e L. ARRU, *Il ruolo del giudice nella società che cambia: transessualismo e vincolo matrimoniale*.

A livello sovranazionale, i principali riferimenti sono rappresentati da CEDU, 24.6.2010, Schalk c. Austria, in *Nuova giur. civ. comm*., 2010, I, 1137 ss., con nota di M.M. WINKLER, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*; la pronuncia è stata altresì commentata da C. RAGNI, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf*, in *Dir. umani e dir. internaz*., 2010, 639 ss.; R. CONTE, *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Corr. giur*., 2011, 573 ss.; C. TROISI, *Le unioni civili tra nuovi modelli familiari e paradigmi genitoriali*, Napoli, 2020, 19 ss.; CEDU, 21.7.2015, Oliari c. Italia, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 918 ss., con nota di L. LENTI, *Prime note in margine al caso "Oliari c. Italia"*; in *Corr. giur.*, 2015, 1449 ss.; in *GenIUS*, 2015, 304 ss., con nota di M. D'AMICO, *Famiglia e "famiglie" fra principi costituzionali italiani ed europei*; in *Fam. dir.*, 2015, 1069 ss., con nota di P. BRUNO, "*Oliari" contro "Italia": la dottrina degli "obblighi positivi impliciti" al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso*; e in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2015, 815 ss., con nota di L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il diritto al rispetto della vita familiare per le coppie formate da persone dello stesso sesso nella decisione del 21 luglio 2015 della corte europea dei diritti dell'uomo nel caso «Oliari and others v. Italy»*, commentata anche da C. TROISI, *op. cit.*, 36 ss.; CEDU, 23.2.2016, Pajic v. Croazia, in *Giur. it.*, 2016, 2336 (s.m.), con nota di C. SPERTI, *Rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari anche a partner dello stesso sesso*; nonché la recente ECJ, 5.6.2018, *Coman*, in *Foro it*., 2018, IV, c. 411; in *GenIUS*, 2018, 200 ss.; e in *Corr. giur.*, 2018, 1155 (s.m.).

Per ampie riflessioni sulle coppie *same-sex* nella giurisprudenza costituzionale precedente alla l. Cirinnà cfr. V. CARBONE, *op. cit.*, 848 ss.; G. FERRANDO, *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge – le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. it.*, 2016, 1771 ss.; ID., *Matrimonio e unioni civili: un primo confron-*



in una cascata di commi racchiusi nel suo unico articolo, disciplina le unioni civili e le convivenze, tutelando (inspiegabilmente solo) le prime come formazione sociale ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost.

La cautela utilizzata all'interno dell'articolato normativo nell'evitare di riconoscere espressamente le unioni civili come modello familiare – continuando così ad assicurare un primato alla famiglia «fondata sul matrimonio» di cui all'art. 29 Cost. – si accompagna, tuttavia, alla decisione di estendere alle unioni civili numerose previsioni dedicate al matrimonio, riscrivendone altre con modifiche così marginali che la dottrina si è da subito interrogata sull'impatto sistematico del provvedimento legislativo, sollevando dubbi ermeneutici che rimangono tuttora irrisolti [6].

Da un punto di vista meramente esegetico, il tentativo di allontanare le unioni civili dalla «famiglia», aggirando l'utilizzo di un lessico ad essa strettamente riconducibile, è vanificato dalla previsione di cui all'art. 1, 12° co., l. n. 76/2016, con cui si stabilisce che «le parti concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare» [7].

In prospettiva sostanziale, invece, già i primi commentatori hanno osservato come la disciplina contenuta nei commi 1-34 si riveli inadeguata, quando non contraddittoria.

Per quanto riguarda gli aspetti patrimoniali, è ormai prevalente la tesi favorevole ad allineare la posizione degli uniti civilmente a quella dei coniugi [8], ma una totale equiparazione è puntualmente smentita da una più attenta analisi degli effetti personali che con-

---

to, in *Pol. dir.*, 2017, 49 ss. Sul rapporto tra unioni civili e costituzione, si vedano anche M. SEGNI, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la costituzione*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2015, II, 707 ss., il quale sostiene che non vi siano limiti costituzionali alla disciplina delle unioni civili; M.M. WINKLER, *Same Sex Marriage, Italian Style*, in *Cardozo J.L. & Gender*, 2016, 1 ss., spec. 19 ss.

[6] Cfr. R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in *Jus civile*, 2016, 195 ss., spec. 213, nell'opinione della quale «la legge, là dove ha voluto differenziare i due istituti, ha creato solo problemi o soluzioni contraddittorie, come in tema di fedeltà, cognome, adozione e cessazione del rapporto»; E. QUADRI, *"Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Corr. giur.*, 2016, 893 ss.; il quale osserva come «l'ansia di differenziare, almeno sul piano formale (o, addirittura, meramente lessicale), la disciplina rispetto a quella matrimoniale ha finito (…) col renderla disordinata, quando non oscura e bisognosa di interventi esegetici di coordinamento (se non, addirittura, di carattere sostanzialmente integrativo e correttivo)»; M. SESTA, *op. cit.*, 881 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Nuove leggi. civ. comm.*, 2017, 101 ss.; M. FARINA, *L'adozione omogenitoriale dopo la legge 20 maggio 2016, n. 76:* ubi lex voluit... tacuit*?*, in *Pol. dir.*, 2017, 71 ss.; V. BARBA, *La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso*, in *GenIUS*, 2018, 68 ss., spec. 78 ss.

[7] In questo senso cfr. N. CIPRIANI, *Le unioni civili*, cit., 50.

[8] R. PACIA, *op. cit.*, 196; E. QUADRI, *op. cit.*, 893; A. FIGONE, *Diritti e doveri nell'unione civile*, in *Pol. dir.*, 2017, 109 ss., spec. 115 ss.



seguono alla costituzione dell'unione civile, nonché delle modalità di scioglimento di quest'ultima, ispirate ad una tecnica rimediale non certo equiparabile a quella prescelta per il matrimonio [9].

Una lettura congiunta dei commi 2, 4, 7, 11, 13 e 20, oltre a far apparire la tecnica legislativa utilizzata poco ponderata, solleva numerose perplessità che investono ora la *ratio* complessiva dell'intero provvedimento, ora il significato da attribuire al mancato espresso richiamo di determinati articoli del codice civile, ora le ragioni di una riscrittura di determinate norme, ora, infine, lo "stralcio" di alcuni tra i doveri che discendono dal matrimonio.

Forse è proprio il 20° comma che, precludendo l'applicazione delle norme del codice civile non espressamente richiamate dal testo di legge [10], tradisce definitivamente la razionalità del provvedimento, rendendo necessario un complesso sistema di rinvii e di interpolazioni che ha portato, in esito al maxi-emendamento precedente all'approvazione del testo definitivo della l. n. 76/2016, ad importanti omissioni e a variazioni di diversa entità e portata della corrispondente regolamentazione codicistica.

A titolo meramente esemplificativo, basti pensare all'assenza di riferimenti alla fase antecedente alla costituzione dell'unione: il difetto di previsioni relative alle formalità propedeutiche alla celebrazione o alla regolamentazione della «celebrazione» stessa dell'unione, nonché soprattutto la mancata disciplina della «promessa» evidenziano altrettante lacune normative che l'interprete può colmare attraverso l'applicazione analogica della disciplina matrimoniale solo limitando la portata precettiva del citato comma 20 e, segnatamente, ipotizzando che esso escluda solo l'applicazione diretta della regola-

[9] Cfr. R. FADDA, *op. cit.*, 1386 ss.; F.D. BUSNELLI, *Architetture costituzionali, frantumi europei, incursioni giurisprudenziali, rammendi legislativi. Quale futuro per la famiglia?*, in *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, a cura di M. Gorgoni, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016, XI ss.; F. AZZARRI, *op. ult. cit.*, 1008 s.; V. BARBA, *op. ult. cit.*, 72; C. MASCIOTTA, *op. cit.*, 140 ss., testo e note 514 e 515.

[10] Ai sensi del comma 20: «Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». Cfr. V. BARBA, *op. ult. cit.*, 73 s., il quale, dopo aver osservato come, nel disciplinare l'unione civile, il legislatore si sia avvalso di una triplice tecnica legislativa («In parte affidata al rinvio, in parte affidata a una regolamentazione specifica, in parte affidata alla norma sull'effettività della tutela, di cui al comma 20»), sostiene che proprio quest'ultimo comma sia «il cuore pulsante di tutta la disciplina sulle unioni civili».



mentazione codicistica, senza con ciò stesso precludere il ricorso all'analogia [11].

Ove si argomentasse diversamente, gli esiti applicativi potrebbero essere grotteschi: se, ad esempio, si portasse alle estreme conseguenze la mancata previsione dell'instaurazione di un rapporto di affinità tra ciascun unito ed i parenti dell'altro, bisognerebbe escludere che impedimenti alla costituzione dell'unione possano derivare dai vincoli di affinità previsti dall'art. 87, 1° co., n. 4 e 5 c.c., il che dovrebbe quantomeno indurre a dubitare della legittimità costituzionale della disciplina in esame [12].

Per quanto qui rileva, meritevole di particolare attenzione resta comunque la riformulazione dei doveri coniugali racchiusa nel comma 11 [13].

Le unioni civili, come il matrimonio, sono fondate sull'uguaglianza delle parti che «acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri»; come i coniugi, gli uniti civilmente sono tenuti alla reciproca assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Il dovere di contribuzione ai bisogni della famiglia in relazione alle proprie possibilità e

---

[11] Cfr. S. TROIANO, *Unioni civili: in attesa dei decreti legislativi, uno sguardo al decreto «ponte» per la tenuta dei registri dello stato civile* (prima parte), in *Studium Iuris*, 2016, 1267, secondo il quale la mancata regolamentazione della fase antecedente all'unione «risponde allo scopo di ridimensionare la risonanza pubblica della costituzione dell'unione, depotenziandone i profili di solennità nel confronto con il matrimonio» e testimonia la volontà del legislatore di attribuire all'unione civile «un ruolo di minore rilievo sociale rispetto al matrimonio»; l'A. è ripreso da G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 101 ss., nota 54.

[12] Cfr., per gli aspetti taciuti dal legislatore della l. Cirinnà, *ex multis*, L. BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge – unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, c. 1771 ss.; M. FARINA, *op. cit.*, 72 ss.; F. DELL'ANNA MISURALE, *Unioni civili tra diritto e pregiudizio. Prima lettura del nuovo testo di legge*, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 27.6.2016, 3 ss., spec. 10 ss.; E. QUADRI, *op. cit.*, 893 ss.; M. SESTA, *op. cit.*, 881 ss.; N. CIPRIANI, *Same-Sex Partnerships Law in Italy*, cit., 350 ss.; G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà di valori normativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 101 ss., spec. 106 ss.

[13] Il comma 11 recita che: «Con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni».

Sicuramente degna di considerazione è anche la scelta di non richiamare l'art. 122 c.c. (tra le norme che il c.c. dedica alla nullità del matrimonio, il comma 5 della l. 76/2016 seleziona infatti i soli artt. 119, 120, 123, 125, 126, 127, 128, 129 e 129 *bis* c.c., considerandoli applicabili alle unioni civili), ma di riformularlo nel 7° comma, stralciando il riferimento alla presenza di una deviazione sessuale come errore legittimante l'impugnazione dell'atto. Cfr. N. CIPRIANI, *Le unioni civili*, cit., 49; G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 101 ss., il quale, in relazione al comma 7, osserva criticamente come, da un punto di vista applicativo «soltanto la circostanza che una delle due parti soffra di una (generica) malattia fisica o psichica a tal punto grave da impedire lo svolgimento della vita (non "coniugale", bensì semplicemente) "comune" può infatti rendere il negozio annullabile, laddove l'altra parte l'abbia ignorata all'epoca del perfezionamento del negozio e dimostri (*probatio diabolica*...) che mai avrebbe accettato di costituire l'unione civile ove ne fosse stata al corrente»; A. FIGONE, *op. cit.*, 111ss.; R. PACIA, *op. cit.*, 198; C. TROISI, *op. cit.* 43 ss.



capacità di cui sono gravati marito e moglie si camuffa e, per gli uniti civilmente, diventa un «obbligo di contribuire ai bisogni comuni»; l'obbligo di fedeltà, così come quello di collaborazione, è apparentemente depennato dai doveri conseguenti alla costituzione dell'unione.

L'articolata formulazione della previsione e il suo rilievo sistematico inducono ad escludere la sussistenza di una lacuna frutto di una semplice svista e portano a valutare la riscrittura dell'art. 143 c.c. come scelta operata in via prudenziale per le medesime ragioni sottese al tentativo di differenziare le unioni civili dal matrimonio, anche se ciò non mostra necessariamente una piena consapevolezza né della transizione dal modello di famiglia tradizionale ad una pluralità di modelli familiari, inevitabilmente agevolata dalla stessa emanazione del provvedimento legislativo in esame, né del significato profondo che il dovere di fedeltà *ex* 143 c.c. assume nella prospettiva della dottrina più sensibile e della più recente giurisprudenza [14].

---

[14] In giurisprudenza, si vedano Cass., 13.7.1998, n. 6834, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Separazione di coniugi* [6130], n. 46; Cass., 11.6.2008, n. 15557, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1286 ss., con nota di U. ROMA, *Fedeltà coniugale:* nova et vetera *nella giurisprudenza della Cassazione*; e in *Fam. pers. succ.*, 2009, 777 ss., con nota di F.R. FANTETTI, *La lesione della fiducia integra un'ipotesi di addebito della separazione*; Cass., 11.8.2011, n. 17193, in *Fam. dir*., 2013, 777 ss., con nota di D. MORELLO DI GIOVANNI, *Obbligo di fedeltà e pronuncia di addebito*; Cass., 1.6.2012, n. 8862, in *Foro it*., 2012, I, c. 2037 ss., con nota di G. DE MARZO, *Responsabilità civile endofamiliare. Le molte questioni aperte*; in *Giust. civ.*, 2012, I, 2601 ss., con nota di A. GATTO, *Natura della responsabilità derivante dalla violazione dell'obbligo di fedeltà tra coniugi*; e in *Fam. dir.*, 2013 123 ss., con nota di G. FACCI, *Infedeltà coniugale e risarcimento del danno: un ulteriore intervento della S.C.*, dove la Corte afferma che la fedeltà sessuale è solo una componente dell'obbligo di fedeltà, da intendersi come «impegno globale di devozione, che presuppone una comunione spirituale tra i coniugi, volto a garantire e consolidare l'armonia interna tra essi».

In dottrina, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, 3ª ed., Napoli, 2006, 919 ss. e 943 ss., ove l'A. rileva che la famiglia come formazione sociale e società naturale è riconosciuta dalla Costituzione «in funzione delle esigenze individuali, come luogo nel quale si sviluppa la persona (art. 2 cost.)» e sostiene che si debba prendere consapevolezza del fatto che «esistono diversi modelli di famiglia non fondata sul matrimonio. Le ragioni poste alla base della famiglia di fatto sono molteplici: ragioni ideologiche, contestative del sistema, legate a situazioni economiche e di abbandono culturale, a mancanza di fiducia (…) La famiglia non fondata sul matrimonio, quando risponde all'esigenza educativa dei figli e di sviluppo delle persone che vi fanno parte, rappresenta un valore meritevole di tutela»; G. ALPA, *op. cit.*, 1719, il quale sostiene che sia preferibile parlare di «famiglie» piuttosto che di «modelli familiari»; E. AL MUREDEN, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, 966 ss.; R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, a cura di M. Blasi, R. Campione, A. Figone, F. Mecenate e G. Oberto, Torino, 2016, 1 ss.; L. OLIVERO, *Unioni civili e presunta licenza di infedeltà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2016, 213 ss.; E. FALLETTI, *Le radici del dovere di fedeltà alla luce delle recenti evoluzioni del diritto di famiglia*, in *Questionegiustizia.it*, 2017; V. BARBA, *op. ult. cit.*, 68 ss.



2. – Conviene muovere da una più attenta valutazione delle implicazioni sistematiche sottese alla decisione di non prevedere l'obbligo di fedeltà tra le conseguenze personali nascenti dal perfezionamento di un'unione civile [15].

Si è da tempo evidenziato che, in prospettiva diacronica, le trasformazioni che hanno coinvolto il diritto di famiglia dalla codificazione del 1942 ad oggi non possono essere semplicisticamente ridotte all'affermazione della sua costituzionalizzazione, puntualmente attuata attraverso l'evoluzione da un modello familiare fondato su una relazione diseguale, nella quale l'uomo era marito, padre e «padrone», ad un rapporto ispirato ad un'eguaglianza formale e sostanziale, nel quale i diritti e i doveri fissati con l'art. 143 c.c. si configurano come reciproci, ma deve altresì tener conto della sua progressiva privatizzazione [16].

---

[15] Così anche M. SESTA, *op. cit*., il quale si riferisce alla mancata previsione dell'obbligo di fedeltà come ad una «vistosa omissione».

[16] Cfr., *ex multis*, P. RESCIGNO, *La comunità familiare come formazione sociale*, in ID., *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, 348 ss.; P. ZATTI, Familia, familiae – *declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 31 ss.; D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 137 ss.; T. AULETTA, *Dal* code civil *del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2005, 405 ss.; A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. dir. priv*., 2008, 935ss., il quale osserva che il fenomeno della privatizzazione del diritto di famiglia, che si «manifesta nella forma di un abbandono della famiglia come bene in sé e come istituzione per lasciare spazio a una concezione contrattualistica della famiglia nella quale domina l'uguaglianza come concetto commutativo declinato nei termini di una reciprocità intesa come *do ut des*» implica il rischio che, nella famiglia, «la solidarietà che associa i diritti ai doveri viene sostituita da una visione che assolutizza il diritto alla felicità individuale senza disponibilità a integrarlo col bene degli altri componenti del gruppo familiare»; E. FALLETTI, *op. cit.*, la quale rileva come da un lato «L'introduzione della possibilità di sciogliere gli effetti civili del matrimonio concordatario avvenuta con la legge 1 dicembre 1970, n. 898 ha concettualmente mutato l'idea di vincolo familiare collegato esclusivamente al legame di sangue e sancito dalla sacralità della cerimonia matrimoniale» e, dall'altro, il progresso della tecnica e la riforma della filiazione abbiano «determinato tanto giuridicamente, quanto fattualmente il ribaltamento del centro di interesse: dai diritti dell'adulto maschio sulla discendenza e sulla trasmissibilità del nome e del patrimonio alla centralità dei diritti del figlio e del suo preminente interesse nella relazione tra genitori e figli»; V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi, Parte prima, Dalla «famiglia-istituzione» alla «famiglia-comunità»: centralità del «rapporto» e primato della «persona»,* in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 1043 ss.; F. PARENTE, *L'evoluzione dei modelli familiari: dal principio di autorità alla tutela delle libertà personali*, in *Rass. dir. civ*., 2014, 388 ss.; M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 567 ss.; T. MAUCERI, *Risarcimento del danno e violazione del dovere di fedeltà coniugale*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, 447 s., il quale osserva come, originariamente, gli istituti del diritto di famiglia rispondessero ad una concezione di quest'ultima «non tanto come luogo di esplicazione della personalità individuale di ciascuno dei componenti quanto come fattore di cementazione di un ordinato assetto dei rapporti sociali: la famiglia come "cellula di base in funzione di un ordine costituito"», e rileva come la riforma del '75 abbia contribuito ad assegnare alla famiglia una nuova fisionomia, quella di «"formazione sociale di indole privatistica" nella quale si esplicano su un piano paritario sia la personalità del marito che la personalità della moglie».



Si è infatti attuato un parziale allontanamento dalla dimensione pubblicistica della vita familiare e un maggiore riconoscimento del potere di esplicazione dell'autonomia privata in dimensioni che le erano tradizionalmente precluse, anche se ciò non può significare la perdita integrale di una dimensione superindividuale della famiglia: il passaggio ad un modello familiare in cui marito e moglie sono pariordinati nell'attuazione di un rapporto che non è più finalizzato solo alla procreazione e deve contribuire alla realizzazione degli interessi dei suoi componenti, non ha eclissato il valore della vita familiare, che è divenuta luogo di comune svolgimento della personalità di tutti i suoi partecipanti, suscettibile di attuazione mediante la «collaborazione nell'interesse della famiglia» e la contribuzione «ai bisogni della famiglia» stessa [17].

Ciò ha inevitabilmente condotto ad una radicale riconcettualizzazione dell'obbligo di fedeltà coniugale.

Inizialmente correlata alla disparità che caratterizzava il rapporto tra moglie e marito e alla dimensione procreativa a cui il matrimonio era primariamente finalizzato, l'interpretazione della fedeltà coniugale è stata fisiologicamente adattata all'evoluzione sociale e culturale della famiglia [18], tanto che può dirsi ormai pacifica, nella dottrina più recente,

---

Con più ampio riferimento al processo di costituzionalizzazione del diritto civile, si vedano, *ex multis*, P. RESCIGNO, *Per una rilettura del Codice Civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, c. 218 ss., ora in ID., *Codici*: *storia e geografia di un'idea*, Roma-Bari, 2013, 34 ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 44 ss. e 269 ss.; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 90 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 535 ss. e 919 ss.; M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 840 ss., il quale osserva come la necessità di rileggere il diritto civile alla luce delle norme costituzionali, intese come «fondamento di legittimità dell'ordinamento e delle sue singole disposizioni, e luogo normativo portatore di valori in potenziale tensione e antinomia con il diritto vigente», chiaramente avvertita negli anni '60, fosse già stata percepita dalla dottrina più sensibile già a metà degli anni '50; così anche P. FEMIA, Drittwirkung. *Una dogmatica di transizione*, in Drittwirkung: *principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, a cura di P. Femia, Napoli, 2019, VII ss., spec. XXIV, ove l'A. conclude che «Se la norma costituzionale è il fondamento della validità normativa, di tutte le operazioni normative che nel sistema si compiono, allora deve essere l'intero diritto civile a ricevere senso dalla Costituzione».

[17] Cfr. P. PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 72 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 922 s., il quale fa riferimento ad una «funzione servente» della famiglia rispetto alla personalità dei suoi componenti e sottolinea come l'interesse di ciascun membro del nucleo familiare sia da concepire in relazione a quello degli altri familiari, in quanto «a fronte della comunione materiale e spirituale l'interesse di ciascuno diviene in varia misura interesse degli altri, la convivenza (e i bisogni che il suo svolgimento volta a volta manifesta) è interiorizzata. Il contemperamento delle esigenze individuali, la considerazione delle reciproche interferenze, la comunanza o il concorso di interessi possono spesso fare apparire più di una situazione soggettiva di natura, anziché individuale, collettiva e familiare»; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 101 ss.

[18] Basti ricordare la posizione di F. CARNELUTTI, *Accertamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1942, IV, c.



un'accezione di fedeltà non indissolubile rispetto alla componente sessuale ed ispirata, più ampiamente, alla valorizzazione della fiducia e della lealtà come elementi su cui s'incardina e si sviluppa la complessità del rapporto di coppia [19].

Da un lato, l'affermarsi di un dovere di «lealtà» rispetto alla formazione sociale che si crea a seguito del matrimonio ha portato a ritenere che l'obbligo di fedeltà dovesse considerarsi violato anche in casi in cui una relazione extraconiugale non contemplasse la consumazione di rapporti sessuali [20].

Dall'altro, però, l'importanza attribuita caso per caso al disegno progettuale con cui i coniugi stabiliscono gli obiettivi comuni e verso il quale indirizzano la dimensione familiare, al fine di consentire l'espressione, la crescita e lo sviluppo della personalità di entrambi, anche attraverso manifestazioni di autonomia privata variamente modulabili, ha portato ad immaginare che la «lealtà» verso la famiglia non fosse incompatibile con la configurabilità di patti in deroga all'obbligo di «esclusiva sessuale». Muovendo, in particolare, dall'idea secondo cui l'art. 160 c.c. opererebbe con esclusivo riferimento ai rapporti patrimoniali tra coniugi, una parte della dottrina ha ipotizzato che la derogabilità convenzionale dei doveri coniugali, già riconosciuta, anche in giurisprudenza, in relazione all'obbligo di coabitazione, possa essere altresì ammessa per l'obbligo di esclusiva sessuale, come ulteriore conseguenza della libertà di cui i coniugi godono nel determinare l'assetto di interessi a cui il loro rapporto è preordinato [21].

---

41 ss., che considerava la fedeltà alla stregua di un diritto reale di un coniuge sull'altro e pensare al fatto che l'infedeltà era sanzionata dai reati di adulterio e concubinato, *ex* artt. 559 e 560 c.p. Sul punto, cfr. T. MAUCERI, *op. cit.*, 445 ss.; R. FADDA, *op. cit.*, 18, la quale, muovendo dalla finalità procreativa che tuttora caratterizzerebbe il matrimonio e dall'interesse del figlio, giustifica l'esclusione del dovere di fedeltà dalle unioni civili.

[19] E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'*European Tort Law, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 145 ss.; M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148*, 2ª ed., in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012, 62 ss.; F. AZZARRI, *Il rilievo giuridico della fedeltà nei rapporti di famiglia*, in *Familia*, 2017, 423 ss., spec. 428, il quale ricorda che il concetto di fedeltà «è stato icasticamente descritto ricorrendo a quello, più sfaccettato, di lealtà, che ben raccoglie il senso complessivo di tutti i doveri coniugali di natura personale, richiedendo ai coniugi di rinunciare a quelle scelte individuali ed egoistiche che siano incompatibili con tali doveri e con la "fedeltà alla scelta familiare"».

[20] Cfr. D. MORELLO DI GIOVANNI, *Obbligo di fedeltà e pronuncia di addebito*, in *Fam. dir.*, 2013, 777 ss.; Cass., 6.3.2017, n. 5510, in *dejure*; Trib. Roma, 17.5.2017, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2206 ss., con nota di A. MORACE PINELLI, *Infedeltà coniugale e ammissibilità delle c.d. prove illecite*; Trib. Livorno, 15.4.2020, n. 331, in *dejure*; Cass., 24.2.2020, n. 4899, *ivi*: «le fotografie che riproducono il marito in un atteggiamento di intimità con una donna possono ritenersi dimostrative della violazione del dovere di fedeltà coniugale atteso che la comune esperienza induce a presumere l'esistenza tra i due di una relazione extraconiugale».

[21] Cfr. App. Brescia, 16.4.1987, in *Giur. merito*, 843 ss.; Cass., 1.4.2000, n. 4558, in *Arch. civ.*, 2000,



In una direzione simile, del resto, si muove la giurisprudenza quando esclude che la pura e semplice violazione dell'obbligo di fedeltà possa essere considerata causa di addebito della separazione o di risarcimento del danno c.d. endofamiliare, nei casi in cui l'infedeltà non sia ragione determinante dell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza o non si accompagni ad un grave pregiudizio alla dignità, all'onore e alla reputazione dell'altro coniuge [22].

---

831 ss., ove, in relazione alla lamentata violazione dei doveri coniugali, tra cui quello di coabitazione, si afferma, riportando le parole dei giudici di merito, che «l'obbligo di coabitazione aveva trovato pacifica deroga tra le parti, "le quali convenzionalmente, quanto meno di fatto, si erano adeguate ad una situazione imposta loro da scelte professionali, qui insindacabili" (...). La stessa corte territoriale ha escluso la sussistenza "di un sistematico ed ingiustificato comportamento della Klotsche, integrante la violazione del dovere di collaborazione per la fissazione della residenza familiare, rilevante ai fini dell'addebito"; G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, 145 ss.; S. ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1983, 94; M. FERRARI, *Gli accordi relativi ai diritti e doveri reciproci dei coniugi*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 776 ss.; P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 2ª ed., Torino, 1982, 33 ss.; R. TOMMASINI, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Tratt. dir. priv*., diretto da M. Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, *Famiglia e Matrimonio*, I, a cura di T. Auletta, Torino, 2010, 434 ss., spec. 435, il quale fa riferimento ad una parziale disponibilità dell'obbligo di fedeltà e non esclude che i coniugi possano pattiziamente limitare l'obbligo di esclusiva sessuale, creando coppie «libere» relativamente a questo profilo, ma legate da una stabile unione.

[22] Cfr. Cass., 13.7.1998, n. 6834, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Separazione di coniugi* [6130], n. 46; Cass., 10.5.2005, n. 9801, in *Corr. giur.*, 2005, 921 ss., con nota di G. DE MARZO, *La Cassazione e la responsabilità civile nelle relazioni* familiari; in *Resp. civ. prev*., 2005, 670 ss.; in *Fam. dir.*, 2005, 365 ss. e 598 ss., con nota di M. SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione «arriva» in Cassazione*; in *Fam. pers. succ*., 2005, 309 ss., con nota di A.P. SCARSO, *Violazione dei doveri coniugali... prima del matrimonio ed estinzione del vincolo coniugale*; Cass., 1.6.2008, n. 15557, cit.; v., sul punto, anche Cass., 15.9.2011, n. 18853, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2038 ss.; Cass., 17.1.2012, n. 610, in *Fam. dir.*, 2012, 254 ss., con nota di G. FACCI, *Il danno da adulterio arriva in Cassazione*; e in *Danno e resp*., 2012, 867 ss., con nota di D. AMRAM, *La responsabilità civile nelle relazioni familiari a.d. 2012*; Cass., 1.6.2012, n. 8862, in *Foro it*., 2012, I, c. 2037 ss., con nota di G. DE MARZO, *Responsabilità civile endofamiliare. Le molte questioni aperte*; in *Giust. civ.*, 2012, I, 2601 ss., con nota di A. GATTO, *Natura della responsabilità derivante dalla violazione dell'obbligo di fedeltà tra coniugi*; e in *Fam. dir.*, 2013 123 ss., con nota di G. FACCI, *Infedeltà coniugale e risarcimento del danno: un ulteriore intervento della S.C.*; in *Nuova giur. civ. comm*., 2012, I, 1081 ss., con nota di C. FAVILLI, *Infedeltà coniugale e lesione di diritti inviolabili*, che esclude il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale connesso con l'infedeltà del coniuge in assenza di una prova della lesione dei diritti fondamentali dell'altro che giustificassero l'invocata tutela risarcitoria; Cass. 23.6.2017, n. 15811, in *Fam. dir.*, 2019, 33 ss., con nota di G. FORNABAIO, *Sulla violazione dell'obbligo di fedeltà: nesso causale e oneri probatori ai fini dell'addebito della separazione*; nonché la recente Cass., 7.3.2019, n. 6598, in *Foro it*., 2019, I, c. 1581, con nota di C. BONA, *Danno da adulterio*; e in *Dir. fam.*, 2019, 600 ss., ove si sostiene che il danno (non patrimoniale) conseguente all'inadempimento dell'obbligo di fedeltà è risarcibile solo quando dallo stesso derivi una lesione di un diritto inviolabile della persona costituzionalmente protetto come la salute o la dignità personale, purché tale lesione superi la soglia della tollerabilità e si afferma che, sebbene la violazione del dovere di fedeltà possa contribuire a disgregare il nucleo familiare, la stessa non sia di per sé idonea a determinare un danno risarcibile; A. MORACE PINELLI, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 1220



Questa conclusione è infatti comprensibile solo ipotizzando che la convivenza possa proseguire nonostante la violazione dell'obbligo di fedeltà e che, in genere, quest'ultima non sia automaticamente lesiva della dignità della vittima del tradimento, il che legittima, più ampiamente, a supporre che i coniugi, al fine di attuare la loro personalità nella formazione sociale, possano vivere insieme prescindendo dall'esclusiva sessuale [23].

Proprio per questo, non mancano casi in cui la tutela risarcitoria per la violazione dei doveri coniugali è stata accordata anche in fattispecie concrete non caratterizzate da un tradimento strettamente sessuale del *partner*, essendo a tal fine sufficiente la prova di condotte in conflitto con l'interesse all'unità familiare e lesive di un diritto fondamentale dell'altro coniuge: la fiducia e la lealtà, alle quali si ricorre per spiegare il contenuto essenziale del dovere di fedeltà, possono dunque essere compromesse da un ampio *range* di condotte che incidono negativamente sulla vita coniugale e/o familiare e che non si esauriscono nella consumazione di rapporti sessuali o nell'instaurazione di relazioni sentimentali esterne al matrimonio [24].

---

ss.; M. NITTI, *La prova dell'addebito tra violazione del dovere di fedeltà e tutela del diritto alla riservatezza*, in *Fam. dir.*, 2018, 899 ss., spec. note 7 e 8.

[23] La pluralità di modelli di convivenze che si presentano nella prassi, sui quali si inizia a discutere anche all'interno del nostro ordinamento, induce a credere che la progressiva reinterpretazione di cui è oggetto il dovere di fedeltà potrebbe portare ad allontanare dai suoi contenuti essenziali la dimensione sessuale e ad ammettere che il diritto all'autodeterminazione di coloro che compongono formazioni sociali – anche atipiche – possa consentire all'autonomia privata di dare vita a rapporti stabili, all'interno dei quali, tuttavia, l'esclusiva sessuale sia convenzionalmente esclusa o parzialmente derogata. Per i problemi sollevati dalle relazioni poliamorose e/o poligamiche, cfr. M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, Napoli, 2016, 163 ss.; VERCELLONE, *Più di due. Verso uno statuto giuridico della famiglia poliamore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 607 ss., raccolto anche in *Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione*, a cura di P. Arces e H. Aviram, Torino, 2018, 121 ss.; *ivi* si vedano anche il contributo di A. LORENZETTI, *Il paradigma diadico del matrimonio. Quali barriere costituzionali al riconoscimento giuridico delle famiglie poliamore?*, 91 ss.; L. PES, *Il paradigma dell'esclusività nelle relazioni affettive: riflessioni intorno a poliaffettività e diritto*, 161 ss., nonché le riflessioni conclusive di U. MATTEI, *Conclusioni. Il poliamore e i beni comuni*, 225 ss.

In termini più generali, cfr. anche P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 935, il quale afferma che «Lo statuto della libera e stabile convivenza, qualunque esso sia, ai fini della sua validità giuridica non potrà non essere conforme ai valori costituzionali, sì da presentare un idoneo strumento per la loro attuazione (…) La famiglia non fondata sul matrimonio è pertanto anch'essa una formazione sociale potenzialmente idonea allo sviluppo della personalità dei suoi componenti e come tale orientata dall'ordinamento al perseguimento di tale funzione»; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 101 s., nota 3 per ulteriori riferimenti alla corrente dottrinale che, già a partire dagli anni '80, considerava meritevole della tutela costituzionale offerta dall'art. 2 Cost. anche la famiglia non fondata sul matrimonio in quanto funzionale allo sviluppo della personalità e della dignità umana.

[24] Cass., 12.4.2013, n. 8929, in *Foro it*., 2013, I, c. 1878 ss., con nota di G. CASABURI, *In tema di separazione dei coniugi*; in *Nuova giur. civ. comm*., 2014, I, 938 ss., con nota di L. OLIVERO, *L'infedeltà virtuale. Italia e Francia*; e in *Fam. dir*., 2014, 142 ss., con nota di G. CORAZZA, *Adulterio platonico e addebita-*



È appena il caso di ricordare che la natura della responsabilità che giustifica il risarcimento del danno endofamiliare è ancora controversa: mentre la giurisprudenza si appella alla responsabilità aquiliana per legittimare pretese risarcitorie derivanti dalle violazioni dei doveri coniugali e genitoriali [25], la dottrina è divisa tra coloro che sostengono la posizione giurisprudenziale ricorrendo alla categoria dell'illecito e coloro che, viceversa, sottolineano l'opportunità di richiamare le norme dedicate alla responsabilità contrattuale in virtù del legame che sussiste tra i componenti del nucleo familiare e degli obblighi che si generano con la sua costituzione [26].

Ferme restando le differenze applicative e probatorie, tuttavia, nell'uno e nell'altro caso, è proprio in ragione della natura di formazione sociale della famiglia e degli interessi coinvolti in tali relazioni che i membri del nucleo familiare – non solo all'interno del rapporto coniugale, ma anche in quello di filiazione – devono dare attuazione al principio di solidarietà, comportandosi in modo tale da non compromettere l'unità e l'equilibrio della loro relazione, da intendersi come elemento di autorealizzazione e di crescita dei suoi componenti, segnato dal rispetto reciproco e dall'ineludibile necessità di non pregiudicare i diritti fondamentali delle persone che lo compongono [27].

---

bilità della separazione, secondo la quale la separazione può essere addebitata allorché la condotta posta in essere dal coniuge «in considerazione degli aspetti esteriori con cui è coltivata e dell'ambiente in cui i coniugi vivono, dia luogo a plausibili sospetti di infedeltà e quindi, anche se non si sostanzi in un adulterio, comporti offesa alla dignità e all'onore dell'altro coniuge». Cfr. anche la posizione F. RUSCELLO, *«Appartenenza» e «amore». La fedeltà coniugale tra sacre scritture e codice civile*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 299 ss., secondo il quale la comunione di vita che si instaura con il matrimonio richiede la reciproca dedizione fisica e spirituale dei coniugi, che potrebbe venire meno anche nel caso di instaurazione di una relazione puramente platonica; A. MORACE PINELLI, *Infedeltà virtuale*, in *Familia*, 2019, 1 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Violazione dei doveri coniugali e illecito civile: l'esperienza italiana*, in *Rev. Fac. Dir. Ciência Pol.*, 2018, 23 ss.

[25] Cfr. *ex multis*, A. ZACCARIA, *Adulterio e risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo di* fedeltà, in *Fam. dir.*, 1997, 462 ss.; M. PALADINI, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punititvi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2005 ss.; G. DI ROSA, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Familia*, 2008, 3 ss.; G. FACCI, *I nuovi danni della famiglia*, Milano, 2009, 5 ss., note 4 e 5 per numerosi riferimenti giurisprudenziali; M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 14 ss.; C. PETTA, *Infedeltà coniugale e responsabilità civile: la risarcibilità dell'illecito endofamiliare nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 1448 ss.

[26] Cfr. A. NICOLUSSI, *op. cit.*, 929 ss., spec. 949 ss. (e 959 ss. per una ricostruzione degli obblighi familiari come obblighi di protezione); F. BASINI, *Alcune considerazioni in tema di risarcibilità del danno tra coniugi*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 981 ss.; E. GIACOBBE, *A. Trabucchi: un "profeta" inascoltato!*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 159 ss.; M. RIZZUTI, *op. cit.*, 144 s.; G. FORNABAIO, *op. cit*., 33 ss.

[27] Cfr. F.D. BUSNELLI, *Il dovere di fedeltà coniugale, oggi*, in *Giur. it.*, 1975, IV, c. 132 s.; T. MAUCERI, *op. cit.*, 448, nota 25, il quale osserva che, affermatasi l'eguaglianza tra i coniugi, non è chiaro «quali indici trarre dal riconoscimento dei "diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio" e dalla salvezza di limiti legali a garanzia della "unità familiare" (art. 29 Cost.): se collocare tali enunciati nella



In questa prospettiva, non è difficile capire perché, prima dell'entrata in vigore della l. n. 76/2016, la Cassazione non abbia incontrato particolari difficoltà nell'evidenziare che l'art. 2 Cost., «nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», delineerebbe «un sistema pluralistico ispirato al rispetto di tutte le aggregazioni sociali nelle quali la personalità di ogni individuo si esprime e si sviluppa»[28], così da non considerare inammissibile la richiesta di risarcimento del danno derivante dalla violazione degli «obblighi familiari»

promozione della famiglia come luogo di realizzazione e potenziamento della personalità individuale o nell'ottica di un modello istituzionale che (seppure non più strumentale a un «interesse superiore della Nazione») garantisca comunque una funzione sociale o, quanto meno, un regime di solidarietà tra i coniugi»; in questa seconda direzione sembra muovere la giurisprudenza che ha affermato che la lealtà alla famiglia impone di «sacrificare gli interessi e le scelte individuali di ciascun coniuge che si rivelino in conflitto con gli impegni e le prospettive della vita comune»; cfr. Cass., 11.6.2008, n. 15557, cit.; Cass., 1.6.2012, n. 8862, cit.; v. anche A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 934, secondo il quale «La lettura dell'art. 29 Cost. nel quadro dell'art. 2 comporta che l'identificazione dell'unità della famiglia con l'accordo dei coniugi, implicita nel principio di eguaglianza, viene mediata dal principio di solidarietà. In altre parole «i diritti della famiglia, che l'art. 29 prevede, si rapportano all'idea di famiglia come modello esemplare di formazione sociale improntata al principio di solidarietà e perciò funzionale alla promozione solidale, non individualistica, di ogni persona che ne faccia parte»; ID., *La famiglia: una concezione neoistituzionale?*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 169 ss.; A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neoistituzionale*, Milano, 2013, 30 ss.; nonché, sul primato della persona come «perno centrale nella ricostruzione dell'ordinamento», P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 921 ss., il quale rileva che «Ciascuna forma familiare ha una propria rilevanza giuridica, ma pure sempre con la comune funzione servente allo sviluppo della persona; non può pertanto attribuirsi un'astratta superiorità al modello della famiglia nucleare rispetto alle altre (…) I diritti attribuiti ai componenti la famiglia garantiscono e promuovono direttamente esigenze della persona e non di un distinto organismo, espressione di un superiore interesse collettivo e di un separato fondamento di diritti e doveri. La famiglia non è titolare di un interesse autonomo, superiore a quello del pieno e libero sviluppo delle singole persone» e prosegue affermando che «La compresenza della responsabilità nella libertà individuale richiede l'esigenza della collaborazione, della solidarietà e della reciprocità, senza che esse costituiscano un separato interesse familiare da opporre a quello individuale»; ID., *Il diritto civile oggi*, in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006, 249 ss., spec. 256 e 259, ove si rileva che il solidarismo che si è riverberato nella nostra Carta costituzionale «implica la convinzione che qualsivoglia comunità non può essere tale se i suoi membri non sono solidali gli uni con gli altri. La solidarietà è il suo collante; e il solidarismo viene accolto nel sistema ordinamentale italiano nel suo significato più ampio, non limitato al settore economico e produttivo, ma esteso all'aspetto politico e sociale dell'esistenza umana»; ID., *Interpretazione assiologica e diritto civile*, in *Corti salern.*, 2013, 465 ss., spec. 469 s., ove si osserva che «l'art. 2 cost., nel sistema costituzionale, configura una clausola generale di tutela della persona che assume il ruolo centrale di principio ermeneutico dell'intero ordinamento e, ad un tempo, di regola di condotta intersoggettiva»; ID., *Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione*, in *Studi in onore di Pasquale Stanzione*, I, Napoli, 2018, 283 ss., spec. 298 s., ove si sottolinea che l'art. 2 Cost. non configura «una semplice clausola generale», ma rappresenta piuttosto «un principio generale di ordine pubblico».

[28] In questi termini si esprime Cass., 20.6.2013, n. 15481, in *Giust. civ.*, 2013, p 1357 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 994 ss., con nota di L. LENTI, *Responsabilità civile e convivenza libera*; e in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1877 ss., con nota di C. NASSETTI, *L'illecito endofamiliare fa ingresso nella famiglia di fatto*.



all'interno di una convivenza di fatto, purché naturalmente caratterizzata da una relazione affettiva stabile e seria.

Il dovere di fedeltà, in altri termini, assume una valenza legata sia alla persona del *partner* tradito, sia alla formazione sociale in cui si svolge la sua personalità e nella quale egli investe in relazione alle proprie possibilità e capacità, maturando aspettative che, nonostante l'assenza del vincolo matrimoniale, possono riguardare l'esecuzione di comportamenti conformi alla deontologia matrimoniale o di coppia, avuto riguardo alla dedizione e all'impegno profusi nella progettualità comune [29].

Il rispetto della dignità, della personalità e delle legittime aspettative di ciascun componente del nucleo familiare alla collaborazione, all'assistenza morale, nonché a quell'intimità e confidenza sulla quale si basa il rapporto di coppia rappresentano situazioni giuridiche riconosciute e protette dall'ordinamento e costituiscono il presupposto logico della responsabilità conseguente alla violazione dei doveri familiari.

Ciò ha rilevanti conseguenze anche sull'individuazione dei doveri personali nascenti dall'unione civile.

Un'interpretazione letterale del comma 20 della l. n. 76/2016, alla luce della formulazione del suo 11° co., porterebbe ad escludere il dovere di fedeltà all'interno delle unioni civili, ma il prezzo da pagare per questo risultato sarebbe sistematicamente inaccettabile, perché non dovrebbero trovare applicazione nemmeno tutte le norme del codice che non sono espressamente richiamate dal provvedimento legislativo in esame e, per quanto qui

---

[29] Cfr. P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e Matrimonio*, I, a cura di G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, 2ª ed., Milano, 2011, 22 ss., spec. 27, per il quale «il senso proprio della collaborazione è infatti il coordinamento ed il più o meno intenso sacrificio degli interessi individuali per consentire la vita comune» e la collaborazione che deve caratterizzare la vita familiare altro non è che il punto di equilibrio tra la ricerca della migliore espressione della personalità individuale ed il vincolo all'interesse del gruppo familiare; F. RUSCELLO, *op. cit.*, 301 s. secondo il quale «la fedeltà traduce a livello giuridico l'indivisibile unità della comunione familiare» e, pur in una prospettiva che non lascia spazio ad una dimensione della fedeltà slegata dalla componente sessuale, afferma che la famiglia sia un diritto inviolabile dell'uomo e che nelle relazioni familiari si esprima «l'amore» che rappresenta il punto di riferimento oggettivo del dovere di fedeltà; A. MORACE PINELLI, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, cit., 1238, il quale sostiene che «I concetti di fedeltà, assistenza, collaborazione, coabitazione vengono, dunque, ridefiniti alla luce del principio di tutela costituzionale della persona. La fedeltà si trasforma, sostanzialmente, in obbligo di lealtà, intendendosi quale reciproca dedizione fisica e spirituale in vista dell'instaurazione di una completa comunione di vita», e 1241, ove l'A. afferma che «lo stato familiare atteggia la personalità dei coniugi, generando una peculiare, reciproca aspettativa comportamentale»; T. MAUCERI, *op. cit.*, 450, il quale osserva come la famiglia rappresenti uno dei luoghi dove «si persegue la felicità individuale attraverso un'esperienza di vita comune», in cui «Il dovere di fedeltà è volto non più a tutelare l'onore dei coniugi in una dimensione di rilevanza pubblicistica, bensì a favorire un'interna armonia che consenta una piena promozione ed esplicazione della personalità di ciascuno di loro».



rileva, gli artt. 108 e 166 *bis* c.c., relativi, rispettivamente, all'inapponibilità di termini o condizioni al matrimonio e al divieto di costituzione di beni in dote.

Se si escludesse che gli uniti civilmente debbano reciprocamente mantenersi fedeli, bisognerebbe altresì riconoscere un'unione civile a termine e, soprattutto, un'unione civile garantita da dote, con esiti, in entrambi i casi, manifestamente contrari a quel principio di eguaglianza formale e sostanziale e allo stesso valore sociale e costituzionalmente garantito della formazione originata dall'unione civile.

Per evitare questo iniquo risultato, foriero di conseguenze sistematiche inaccettabili, occorre fissare un diverso principio ermeneutico.

Perlomeno nei casi in cui l'interesse coinvolto gode di un riscontro costituzionale o riguarda un diritto fondamentale della persona, la lacuna riscontrabile nella disciplina delle unioni civili [30] può e deve essere colmata attraverso un'interpretazione sistematica ed assiologica che, al fine di garantire la piena attuazione ai valori costituzionali, assicura l'applicazione analogica della disciplina codicistica, anche se relativa al modello matrimoniale [31].

3. – Al di là delle formule utilizzate, la comunione di vita originata dal matrimonio e dall'unione presenta un fondamento giustificativo comune che legittima l'interprete a

---

[30] Cfr. G. ALPA, *op. cit.*, 1718 ss.; E. QUADRI, *op. cit.*, 893 ss., il quale sostiene che «anche il silenzio sul dovere di fedeltà finisce con l'essere privo di reale portata. E ciò sia per la relativa incongruenza con la configurazione della relazione tra le parti della unione civile come rapporto di "coppia", sia per la non applicabilità alla "unione civile" dell'istituto della separazione personale, con quella conseguente possibilità di addebito, tradizionalmente individuata come sanzione specifica della relativa violazione».

[31] Di recente, questa è stata la posizione assunta da Trib. Brescia, 17.10.2019, n. 11990, in *dejure*, avente ad oggetto una fattispecie relativa al cambiamento di sesso di uno dei partner dell'unione civile registrata in Italia e alla possibilità di procedere alla conversione dell'atto di stato civile avente ad oggetto l'unione in atto di matrimonio. Il Tribunale ha sostenuto che «in assenza di normativa che contempli espressamente la possibilità di procedere alla conversione dell'atto di stato civile avente ad oggetto l'unione civile in atto di matrimonio per effetto di rettificazione di sesso da parte di uno dei due coniugi, deve ritenersi applicabile l'art. 70-octies Dpr 396/2000», in quanto l'applicazione analogica della norma è «costituzionalmente orientata nel rispetto del fondamentale principio di uguaglianza». Sull'inseparabilità di regole e principi, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile oggi*, cit., 261, il quale sottolinea che l'interpretazione va condotta in chiave sistematica ed assiologica, così da consentire l'individuazione della regola la cui applicazione permetta di risolvere il conflitto generato dal caso pratico; *ivi* anche, *Il futuro «ius civile» ed il ruolo della dottrina*, 41 ss. , spec. 59 s., dove si afferma chiaramente che l'interpretazione «non è soltanto sistematica ma assiologica; tendente ad attuare i valori dell'ordinamento senza fermarsi al profilo teleologico»; ID., Il *diritto come discorso. Dialogo con Aurelio Gentili*, in *Rass. dir. civ*., 2014, 770 ss., spec. 778, ove l'A. osserva come «La combinazione e il coordinamento di più regole e più principi, anche concorrenti, configurano la normativa da applicare, l'ordinamento del caso concreto».



spingersi oltre il dato testuale, fino al punto di ritenere compresi nei doveri evocati dal comma 11° della l. 76/2016 tutte le condotte funzionali al perseguimento e al mantenimento di una relazione solida e stabile all'interno della quale la personalità di entrambi i *partner* possa esprimersi e svilupparsi liberamente [32].

Anche laddove si volesse disgiungere il dovere di fedeltà dalla componente sessuale, così da ritenere che la l. 76/2016 attesti la tendenza dell'ordinamento a rimettere questo aspetto all'autonomia privata delle parti (e potenzialmente anche dei coniugi) [33], non vi sarebbe dunque motivo per negare che i medesimi valori di unità, stabilità, condivisione e progettualità comune, caratterizzanti la famiglia fondata sul matrimonio, debbano essere tutelati anche nelle unioni civili [34].

Siffatta lettura è, peraltro, pienamente in linea con l'interpretazione che la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha fornito all'art. 8 CEDU, chiarendo che la nozione di famiglia cui fa riferimento tale disposizione nel tutelare il «diritto alla vita familiare» non è circoscritta alle sole relazioni fondate sul matrimonio, ma può comprendere una molteplicità di situazioni in cui le parti convivono in assenza di un vincolo di coniugio o di altri vincoli giuridicamente riconosciuti [35].

---

[32] Per quanto riguarda l'ampiezza della formulazione delle norme, è interessante ricordare il § 1353 BGB, che opera un generico riferimento al dovere alla *Lebensgemeinschaft*. Sul punto cfr. F. AZZARRI, *op. ult. cit.*, 431.

[33] Cfr. C. CICERO, Non amor sed consensus matrimonium facit? *Chiose sull'obbligo di fedeltà nei rapporti di convivenza familiare*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, 1102 ss.; G. FERRANDO, *La disciplina dell'atto. gli effetti: diritti e doveri (Commento a l. 20 maggio 2016, n. 76)*, in *Fam. dir.*, 2016, 899 ss.; F. AZZARRI, *op. ult. cit.*, 444, per il quale «appare alquanto difficile scorporare dalla solidarietà coniugale che informa il matrimonio, e ne sorregge anche gli effetti patrimoniali, quel concetto ampio di fedeltà riassuntivo, nella sua definizione più attuale, del significato di tutti quei doveri personali che – comunque – permarrebbero ugualmente tra i coniugi, ferma restando, tuttavia, la libertà di questi ultimi di optare per una conduzione della vita in comune più leggera e disinvolta, rassicurante nella sua stabilità giuridica ma non improntata ad esclusività della relazione».

[34] Cfr. R. CAMPIONE, *op. cit.*, 16, secondo il quale il dovere di fedeltà nelle unioni civili «si atteggia quale ulteriore tassello del sostegno reciproco, affettivo, psicologico e spirituale sotteso ad ogni legame affettivo (…), così disvelando la propria indubbia e connaturata tensione verso l'obbligo di assistenza morale e materiale»; T. AULETTA, in *Le unioni civili e le convivenze: Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d. lgs. n. 6/2017; d. lgs. n. 7/2017*, cit., 142 s., il quale osserva che escludendo l'obbligo di fedeltà verrebbe meno la stessa finalità per cui sono state concepite le unioni civili; C. CICERO, *op. cit.*, 1104 ss., spec. 1107; in senso contrario G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 101 ss., per il quale l'esclusione dell'obbligo di fedeltà è un «inevitabile e logico corollario della scelta di negare qualsivoglia rilevanza giuridica all'esistenza (o inesistenza) di un legame affettivo stabile fra le parti dell'unione civile nonché della scelta di non contemplare la costituzione ed il mantenimento di una comunione di vita (materiale e spirituale) quale elemento costitutivo essenziale e fondante della fattispecie».

[35] Cfr. CEDU, 24.6.2010, *Schalk c. Austria*, cit.



Poiché la l. 76/2016 non prevede una fase di separazione degli uniti civilmente, propedeutica rispetto allo scioglimento dell'unione, non vi sono gli elementi sulla base dei quali poter ragionevolmente supporre che la violazione dell'obbligo di fedeltà possa essere invocata per ottenere giudizialmente l'addebito di una separazione.

Anche all'interno della relazione di due uniti civilmente, tuttavia, possono presentarsi gli estremi per ammettere il risarcimento del danno endofamiliare in presenza di condotte che tradiscano l'impegno reciprocamente assunto con la costituzione dell'unione civile e la fiducia riposta nel disegno di vita comune [36]: proprio in considerazione dell'irrinunciabilità del nucleo essenziale dei diritti riconosciuti, ai sensi dell'art. 2 Cost., in tutte le formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo, e della necessità di dare concreta attuazione all'art. 3 Cost., il rispetto della fedeltà deve essere considerato un dovere implicito degli uniti civilmente [37].

Negare l'esistenza di un dovere di fedeltà all'interno delle unioni civili significa non solo porsi in contrasto con quanto più volte affermato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, ma anche violare apertamente il principio di uguaglianza [38].

---

[36] Si esprime in senso contrario R. FADDA, *op. cit.*, per la quale all'interno dell'unione civile non sussistono i presupposti per la configurabilità di un danno conseguente alla violazione dell'obbligo di fedeltà. Si oppone alla posizione dell'A. T. AULETTA, *op. ult. cit.*, 126 ss., spec. 130, nota 14, il quale ritiene che le motivazioni addotte a sostegno della teoria dell'inesistenza di un obbligo di fedeltà per gli uniti civilmente siano poco convincenti e che il rispetto della fedeltà non possa caratterizzare solo il rapporto coniugale sulla base dell'interesse della prole, nonché 140 ss.

[37] In questo senso T. AULETTA, *op. ult. cit.*, 143; cfr. anche Cass., 20.6.2013, n. 15481, cit.; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 125, il quale rileva che, a prescindere dalla configurabilità di uno specifico obbligo di fedeltà in capo agli uniti civilmente, non è possibile escludere che quando l'infedeltà sia lesiva di un diritto fondamentale si configuri il diritto ad ottenere il risarcimento del danno poiché «anche per le unioni (…) l'obbligo di fedeltà è declinazione del più ampio obbligo di reciproca assistenza morale e del connesso dovere di astenersi dal porre in essere condotte ingiuriose o diffamatorie» e «la fedeltà è orientata non tanto a tutelare i figli (…) ma a consolidare la comunione di vita rafforzare l'armonia familiare e, quindi, è un obbligo funzionale al dovere di assistenza morale e materiale che, in quanto tale, sussiste anche nella disciplina dell'unione civile».

[38] Cfr. G. CASABURI, *Convivenze e unioni civili: una prima lettura della nuova legge*, in *Questionegiustizia.it*, 2016; F. DELL'ANNA MISURALE, *op. cit.*, secondo la quale una disparità di trattamento tra persone eterosessuali ed omosessuali sul tema della fedeltà appare legata ad un pregiudizio sulla qualità del vincolo che unisce le coppie *same-sex*; E. FALLETTI, *op. cit.*, la quale conclude osservando che «Lo stralcio dell'obbligo di fedeltà per le coppie omosessuali e il mantenimento del dovere giuridico di fedeltà per le coppie eterosessuali sposate intende rimarcare politicamente una *deminutio capitis* nei confronti delle sole coppie omosessuali, orientato a qualificare in senso negativo una fondamentale riforma evolutiva della disciplina del diritto di famiglia», ma osserva anche come lo stralcio dell'obbligo di fedeltà rappresenti una liberazione dai retaggi della tradizione e dal controllo sociale, che consente di assumere impegni in tal senso «perché ci si sceglie e si è liberamente determinati a farlo e non perché si è obbligati da una previsione normativa e dalla relativa sanzione»; A. MUSIO, *Unioni civili e questioni di sesso tra orgoglio e pregiudizio*, in *Nuova*



La soluzione da privilegiare è dunque una più completa ed analitica regolamentazione della fase patologica nel rapporto tra le coppie *same-sex* non meno che una riformulazione di alcuni istituti tipici del diritto di famiglia, come quello dell'addebito della separazione, al fine di consentire di rispondere anche alle esigenze compensative e risarcitorie che possono sorgere all'interno delle relazioni familiari a seguito della violazione di doveri che discendono dalla costituzione di rapporti coniugali, di filiazione o di unione [39].

Allo stato dei fatti, la necessità di escludere che la violazione del medesimo obbligo e la lesione di un identico interesse protetto portino a soluzioni diverse per casi analoghi legittima a concludere che, per interpretare le norme in modo sistematicamente coerente, ove non si voglia estendere l'obbligo di fedeltà alle unioni civili, non resterebbe che supporre che il medesimo obbligo non debba più valere neppure in ambito matrimoniale, contravvenendo in modo evidente non solo alla formulazione letterale dell'art. 143 c.c., ma anche e soprattutto alle finalità dell'istituto, avuto riguardo al suo fondamento costituzionale.

---

giur. civ. comm., 2017, II, 738 ss.; C. MASCIOTTA, *op. cit*., 144, nota 121, secondo la quale i giudici, nel concreto, potranno decidere di fare riferimento alla disciplina matrimoniale per evitare disparità di trattamento *ex* art. 3 Cost.

[39] Sull'inadeguatezza dei rimedi previsti dal diritto di famiglia per riparare i pregiudizi subiti dal familiare, v. G. FACCI, *op. cit.*, 13 ss.; F. BASINI, *op. cit.*, 989 ss.; Cass., 7.3.2019, n. 6598, cit.

JUS CIVILE



AMALIA CHIARA DI LANDRO

Professore associato di Diritto privato – Università Mediterranea di Reggio Calabria

OSPITALITÀ ED OMOGENEITÀ NELLA NUOVA AZIONE DI CLASSE. NUOVE PROSPETTIVE DI RIFLESSIONE

SOMMARIO*: 1. Premessa. La nuova disciplina dell'azione di classe e la sua disciplina transitoria. – 2. L'ambito di applicazione. L'azione di classe come rimedio generale. – 3. L'omogeneità dei diritti individuali e le pretese azionabili. – 4. La legittimazione attiva e passiva. – 5. Le novità di un procedimento "ospitale". Dal filtro di ammissibilità alla pronuncia della sentenza. – 6. Il sistema delle adesioni. – 7. Gli attori della fase finale. Il ruolo del rappresentante comune e del giudice delegato. – 8. Alcune riflessioni conclusive.*

1. – Com'è noto, la legge 12 aprile 2019, n. 31, approvata in via definitiva dal Senato il 3 aprile 2019, ha riformato l'istituto dell'azione di classe previsto dal codice del consumo (art. 140 *bis* , d.lgs. n. 206/2005) e ne ha trasposto la disciplina nel codice di procedura civile: ivi è stato inserito un apposito nuovo titolo VIII-*bis*, che include gli articoli da 840 *bis* a 840 *sexiesdecies*, del Libro IV, dedicato ai procedimenti collettivi (azione di classe e azione inibitoria collettiva)[1]. Sono stati abrogati gli artt. 139, 140 e 140 *bis* del codice del consumo.

[1] L. 12 aprile 2019, n. 31, recante "*Disposizioni in materia di azione di classe*", pubblicata in *G.U.* del 18 aprile 2019, n. 92. Sul punto cfr. C. CONSOLO, *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, in *Corr. giur.*, 6/2019, 737, che sottolinea, con riferimento alla nuova disciplina, come sia "quasi grottesca, invece, la sua collocazione proprio e solo alla fine del Libro IV del c.p.c. con la tecnica della numerazione iterata. Inspiegabile visto che si tratta delle ultime disposizioni del c.p.c., che potevano quindi numerarsi in normale prosecuzione. Meglio sarebbe stato, allora, introdurre il titolo in questione in chiusura al Libro II c.p.c. Si tratta infatti pur sempre di un tipo di processo di cognizione con pienezza di istruttoria e di accertamento, e non di uno dei tanti procedimenti speciali messi in qualche modo in sequenza nel Libro IV (e poi nel collegato D.Lgs. n. 150 del 2011)". In materia v. anche ID., *La terza generazione di azione di classe all'italiana fra giuste articolate novità e qualche aporia tecnica*, in www.dirittobancario.it, aprile 2019; C. CONSOLO-M. STELLA, *La nuova azione di classe, non più consumeristica, in una proposta di legge da non lasciar cadere*, in *www.dirittobancario.it*,



La nuova disciplina convivrà per un periodo con la normativa abrogata: essa si applica, infatti, solo agli illeciti commessi dopo la sua entrata in vigore (il 19 novembre 2020). Alle fattispecie anteriori a questa data si applicherà l'art. 140 *bis* c.cons., cosicché la vecchia normativa potrà continuare ad essere invocata per azioni di classe, pure promosse successivamente alla nuova legge, ma che facciano riferimento a fatti antecedenti [2].

Il primo dato che può porsi in evidenza è la "dilatazione" dei tempi dell'entrata in vigore della legge, fissata dapprima ad un anno dalla pubblicazione in *G.U.*, poi differita di sei mesi per effetto del c.d. d.l. milleproroghe (d.l. 30 dicembre 2019, n. 162) e poi di un ulteriore mese a seguito della conversione in legge di quest'ultimo atto normativo (l. 28 febbraio 2020, n. 8); essa è stata giustificata dalla necessità di predisporre i necessari adeguamenti nei sistemi informatici [3], essendo la nuova *class action* interamente telematica (art. 7, l. 12 aprile 2019, n. 31).

La legge, infatti, prevede lo strumento del «portale dei servizi telematici» sia per la gestione del processo di classe (cosicché nel fascicolo informatico della procedura saranno via via inseriti gli atti di parte, dal ricorso alle domande di adesione) sia per attuare la pubblicità delle azioni di classe pendenti. A cura della cancelleria sul portale saranno pubblicati i provvedimenti del tribunale e del giudice delegato alla procedura di adesione.

2. – Con l'introduzione nel codice di procedura civile della nuova disciplina [4] e con la corrispondente novellazione delle disposizioni di attuazione del medesimo codice,

---

n. 12/2018; R. PARDOLESI, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno resp.*, 3/2019, 301; G. PONZANELLI, *La nuova* class action, in *Danno resp.*, 3/2019, 306; M. FRANZONI, *Azione di classe, profili sostanziali*, in *Danno resp.*, 3/2019, 309; P.G. MONATERI, *La riforma italiana della class action tra norme speciali processuali e ricostruzione della tutela civilistica*, in *Danno resp.*, 3/2019; L. CAPUTO-M. CAPUTO, *La nuova class action (l. 12 aprile 2019, n. 31)*, Milano, 2019; S. BRAZZINI-P.P. MUIÀ, *La nuova class action alla luce della legge 12 aprile 2019, n. 31*, Torino, 2019; AA.VV., *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di B. Sassani, Pisa, 2019; A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe* in *Riv. dir. proc*., 2019, 1572 ss.

[2] "Si dovrà allora prevedere una ultrattività selettiva delle norme del c.cons. abrogando. Meglio ancora (ad evitare problemi di convivenza tra disciplina vecchia e nuova) si potrebbe prevedere la immediata operatività della nuova disciplina a tutte le azioni di classe introdotte dopo la sua entrata in vigore, a prescindere dal momento di commissione dell'illecito." C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2/2020, 715.

[3] C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, cit., 716.

[4] "Bene la scelta di introdurre la nuova disciplina nel c.p.c. e non in una legge speciale: se ne accentua il parallelo con la rule 23 statunitense". Così C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 717.



l'azione di classe è divenuta strumento di tutela di portata generale, non più applicabile solo a determinate materie ed esperibile solo da parte di determinate categorie di soggetti (i consumatori e gli utenti, "cui per più di due lustri è stata avviluppata" [5]).

Uscito tale strumento dal perimetro del codice del consumo [6], l'art. 840 *bis* c.p.c. individua l'ambito delle situazioni giuridiche soggettive tutelabili "nei diritti individuali omogenei". Si supera così la precedente formulazione normativa dell'art. 140 *bis* c. cons. che, al comma 1, aveva riguardo ai "diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2°" ed agli "interessi collettivi" [7].

Viene, inoltre, annullata anche la più precisa delimitazione degli ambiti definiti nelle precedenti versioni della normativa sull'azione di classe: il presupposto dell'azione non è più la lesione di diritti omogenei derivanti da inadempimento contrattuale nei contratti dei consumatori, da illeciti extracontrattuali nel settore della circolazione dei beni di consumo (responsabilità del produttore) e, infine, da illeciti antitrust (comprensivi anche delle pratiche commerciali scorrette) [8]. Tutti i tre settori erano coerenti con il riconoscimento, nell'antica sede della disciplina, della centralità di tutela attribuita al consumatore: "parte contrattuale danneggiata nei contratti di massa, terzo danneggiato dalla responsabilità extracontrattuale del produttore e dalla condotta lesiva della concorrenza e della correttezza professionale" [9].

La tutela dei diritti dei componenti della classe può dunque oggi comprendere, oltre ai rapporti di consumo (art. 140 *bis*, comma 2, lett. *a*), cod. cons.), anche i rapporti *business* to *business*, con ciò ponendo fine ad una questione che aveva assunto rilevanza anche costituzionale, per i profili di diseguaglianza sostanziale che si sarebbero prodotti a danno di piccoli imprenditori, spesso portatori di *small claims*.

La nuova azione di classe potrà, pertanto, trovare applicazione in ogni ambito nel quale un'impresa o un gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità pongano in essere comportamenti illeciti plurioffensivi, dando così vita a una "classe" di soggetti danneggiati. Essa risponde infatti, come da più parti rilevato, non tanto alla finalità di attribuire

---

[5] C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica*, cit., 718.

[6] Così G. PONZANELLI, *La nuova class action*, in *Danno e resp.*, 3/2019, 306.

[7] Di "generalizzazione del rimedio dell'azione di classe" parla anche C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione delinea presupposti e limiti di risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale nell'azione di classe*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5/2019, 994.

[8] Su cui cfr. G. CONTE, *I "diritti individuali omogenei" nella disciplina dell'azione di classe*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 5, 615.

[9] Così, G. PONZANELLI, *op. cit.*, 306.



al singolo aderente un (cospicuo) importo risarcitorio, quanto di fungere da deterrente per l'attività delle imprese, generando un effetto virtuoso – anche in termini di aumento dei controlli interni – a fronte della prospettiva di danno all'immagine e di perdita economica che deriverebbe dall'eventuale relativa condanna.

3. – I diritti individuali dei quali viene lamentata la lesione devono presentare, *ex* art. 840 *bis* c.p.c., il carattere dell'omogeneità rispetto alle situazioni giuridiche vantate dagli altri componenti della classe.

È tale caratteristica – introdotta nel 2012 [10], superando il requisito della necessaria *identità* dei diritti fatti valere dai consumatori – che "tiene insieme" la pluralità di diritti individuali, oggetto di tale azione.

La sussistenza di diritti omogenei deve essere indagata guardando alla *causa petendi* e al *petitum*, di cui si deve prospettare una comunanza, eccettuata la possibile diversa quantificazione della pretesa [11].

Così, con riferimento alla *causa petendi*, in presenza di domande risarcitorie è considerato sufficiente che si prospetti una comunanza del fatto generatore del danno, del nesso di causalità e del danno-evento.

Con riferimento al *petitum*, la dottrina processualistica ha evidenziato come sia necessario guardare principalmente al *petitum* mediato (i.e. al "bene della vita" concretamente richiesto/inciso), mentre assume minore rilevanza (l'eventuale non coerenza de) il *petitum* immediato (soprattutto in punto di *quantum debeatur*): ciò, a condizione che il risarcimento individuale sia comunque liquidabile facendo applicazione di un criterio uni-

[10] D.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27.

[11] Tra le pronunce in materia, cfr. Trib. Torino, ord. 27 maggio 2010, in *Nuova giur. civ. comm*., 2010, parte I, 869 ss. con nota di M. LIBERTINI-M. MAUGERI, *Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*; Trib. Roma, 25 marzo 2011, in *Foro it*., 2011, 6, I, 1889; App. Torino, ord. 23 settembre 2011; Trib. Napoli, ord. 9 dicembre 2011; Trib. Roma, ord. 11 aprile 2011, confermata da App. Roma, ord. 27 gennaio 2012; Trib. Roma, ord. 20 aprile 2012; Cass., Sez. I, 14 giugno 2012, n. 9772, in *Rep. Mass. Giust. civ*., 2012, 6; Trib. Napoli, 18 febbraio 2013, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1612, con nota di PORCARI, *Le continue oscillazioni dell'azione di classe (ancora alla ricerca della sua vera fisionomia)* e in *Foro it*., 2013, I, col. 1719, con nota di DE SANTIS, *Carenze alberghiere in viaggio "tutto compreso" e azione di classe*; App. Milano, 26 agosto 2013, in *Foro it*., 2013, I, 3326, in riforma di Trib. Milano 13 marzo 2012, al sito *www.ilcaso.it* e in *Foro it.*, 2012, I, 1909; Trib. Milano, 8 novembre 2013, in *Foro it*., 2014, 1, I, 274 (con nota di De Santis); Trib. Milano 9 dicembre 2013, in *Foro it*., 2014, 2, I, 590; Trib. Torino, 10 aprile 2014, in *Foro it*., 2014, 9, I, 2618 (con nota di De Santis); in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 587, con nota di ANTONUCCI, *Class action bancaria: considerazioni sulla prima vittoria consumeristica.*



forme e che, eventualmente, i profili disomogenei rispetto all'intera classe possano essere comunque seriali rispetto a una sua parte [12].

In questa linea giurisprudenza recente, pure ovviamente adottata nella vigenza dell'art. 140 *bis* c. cons., ha precisato che rientrano nella categoria delle situazioni tutelabili anche i diritti al risarcimento del danno non patrimoniale [13], se presentino i caratteri di omogeneità necessari all'iniziativa di classe [14]: il sistema della necessaria adesione all'azione farebbe prefigurare, nel momento in cui l'adesione stessa è esercitata, una rinuncia implicita alla individualizzazione della quantificazione del danno [15]. E, con tale rinuncia, l'accettazione implicita del danno «forfettizzato» comporta che "l'aderente che ha subito un danno effettivo superiore dispone della differenza in favore di chi non lo abbia subito affatto o ne abbia subito uno inferiore", il che è considerato non irragionevole ed anzi "si può scorgere nel complesso delle adesioni anche un sinallagma dispositivo dell'alea dell'accertamento che non mostra elementi che facciano dubitare della sua meritevolezza di tutela" [16].

Anzi, più semplicemente, "la quantificazione standardizzata è una modalità di omogeneizzazione diretta proprio a rendere possibile l'apprezzamento seriale" [17].

Quanto alle domande esperibili nell'ambito del processo di classe, l'art. 840 *bis*, comma 1, c.p.c. (con espressione ripresa dall'art. 140 *bis* cod. cons.) sancisce che il ri-

---

[12] A. GIUSSANI, *op. ult. cit.*, p. 364.

[13] Di "polarità estrema" parla R. PARDOLESI, *Inadempimento contrattuale, danno non patrimoniale, azione di classe: note minime su disvalore, disappunto, irrisorietà e altro ancora*, in *Danno resp.*, 1/2020, 95.

[14] A condizione, cioè, che dei danni non patrimoniali, il cui risarcimento è appunto domandato con l'azione di classe, siano "posti rigorosamente in risalto i tratti in qualche modo comuni a tutti i membri della classe (purché adeguatamente specificati e comprovati), con la conseguenza che l'originario proponente ha l'onere di domandare la riparazione di un danno non patrimoniale che non sia individualizzato, ma sia fondato su circostanze comuni a tutti i membri della classe": Cass., Sez. III, 31 maggio 2019, n. 14886, in *Riv. dir. proc.*, 1/2020, con nota di A. GIUSSANI, *Diritti omogenei e omogeneizzati nell'azione di classe*, 359 e C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione delinea presupposti e limiti di risarcibilità del danno non patrimoniale nell'azione di classe*, cit., 993 ss. Per le pronunce nei gradi precedenti, Trib. Milano, ord. 8 novembre 2013, in *Giur.*, *it*. 2014, 603, con nota critica di A. GIUSSANI, *Intorno alla tutelabilità con l'azione di classe dei soli diritti «omogenei»*; App. Milano, ord. 3 marzo 2014, in *Giur. it*., 2014, 1910, con nota adesiva di A. GIUSSANI, *Ancora sulla tutelabilità con l'azione di classe dei soli diritti «omogenei»*; Cass., 23 marzo 2018, nn. 7244 e 7245; App. Milano, 25 agosto 2017, n. 3756, in *Giur. it.*, 2018, 105, con nota adesiva di A. DONDI-A. GIUSSANI, *Commonality all'italiana e avvio (timido)della nostra azione di classe*.

[15] A. GIUSSANI, *Diritti omogenei e omogeneizzati nell'azione di classe*, cit., 359: "in un sistema in cui opera l'onere dell'adesione all'azione di classe (anziché quello del recesso) appare incongruo non potervi ravvisare quanto meno una rinuncia implicita a tale individualizzazione".

[16] A. GIUSSANI, *loc. ult. cit.*

[17] A. GIUSSANI, *Diritti omogenei e omogeneizzati nell'azione di classe*, cit., 364.



corrente può agire "per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni".

L'art. 840 *sexies*, nel descrivere il contenuto della sentenza di accoglimento, fa impiego della locuzione «domande risarcitorie o restitutorie». L'utilizzo della congiunzione avversativa non vale ad escludere l'ammissibilità del loro cumulo. Non va ammessa, invece, la possibilità di proporre domande di impugnativa negoziale, di mero accertamento.

4. – La nuova disciplina, come posto in evidenza, si discosta dunque da quella dell'azione di classe prevista dal codice del consumo e amplia la sfera dei soggetti legittimati attivi.

L'art. 840 *bis*, comma 2, c.p.c., infatti, attribuisce la legittimazione attiva in capo a ciascun componente della classe ed alle organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro, "i cui obiettivi statutari comprendano la tutela dei predetti diritti".

Agli enti esponenziali è, anzi, riconosciuta una legittimazione autonoma, coerentemente con l'esperienza applicativa, che ha mostrato un frequente esperimento di azioni di classe prevalentemente da parte di organizzazioni, associazioni e studi professionali, ancorché intestate a un consumatore (simbolico) effettivamente danneggiato o titolare di un diritto alla restituzione.

Peraltro, poiché, come evidenziato, oggetto del giudizio di classe è una pluralità di diritti individuali, non già di interessi collettivi (che anzi vengono espunti dalla norma) o diffusi, la persona giuridica attrice dovrà sempre individuare nominativamente i titolari dei diritti a tutela dei quali agisce.

Non tutti gli enti esponenziali potranno agire in giudizio, ma solo quelli iscritti in un elenco pubblico costituito con decreto del Ministro della Giustizia, di concerto con il Ministro dello Sviluppo Economico, previo parere delle competenti commissioni parlamentari (art. 196 *ter* disp. att. c.p.c., introdotto dalla l. n. 31/2019). In particolare, i "requisiti" per l'iscrizione nell'elenco avranno riguardo alle "finalità programmatiche" dell'ente esponenziale, alla sua "adeguatezza a rappresentare e tutelare i diritti omogenei azionati" e alla sua "stabilità e continuità" nonché la verifica delle fonti di finanziamento utilizzate.

La figura della «organizzazione» risulta alquanto generica e potrebbe in teoria applicarsi a diverse realtà associative (fra cui anche le «imprese sociali» o gli enti ecclesiastici). Deve però ritenersi oggi preclusa la possibilità, per i componenti della classe, di agi-



re per mezzo di comitati costituiti *ad hoc*, proprio perché non presenterebbero i requisiti di stabilità e continuità richiesti per l'iscrizione nell'elenco ministeriale.

È espressamente esclusa qualsiasi possibilità di intervento volontario di terzi.

Quanto alla legittimazione passiva, ai sensi dell'art. 840 *bis*, comma 1, c.p.c., possono essere convenuti in giudizio, "relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività", solo "imprese" e "gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità".

Già con riferimento all'azione di classe prevista dal codice del consumo la giurisprudenza aveva incluso nella nozione di "impresa" tanto i professionisti quanto gli enti che, operando con metodo imprenditoriale, erogassero servizi pubblici all'utenza (ove anche senza scopo di lucro). Quanto ai "gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità", il riferimento non sembra limitato ai soli "concessionari" dei servizi predetti, dovendo invece includere anche gli enti pubblici incaricati della gestione diretta dei servizi stessi.

5. – La nuova azione di classe è retta dal rito sommario di cognizione, con espressa esclusione della possibilità di mutamento del rito (da sommario) ad ordinario (comma 3 dell'art. 840 *ter*).

Vari sono comunque gli adattamenti e le deroghe introdotte rispetto al rito previsto dall'artt. 702 *bis* e ss. c.p.c.: fra questi, l'attribuzione della competenza per materia alla sezione specializzata in materia di impresa, dunque ad un giudice collegiale; la conclusione e la decisione sulla domanda, ove l'azione superi il vaglio di ammissibilità, resa con sentenza e non con ordinanza decisoria *ex* art. 702 *ter*, ult. comma; l'adozione della sentenza nel termine di 30 giorni successivi alla «discussione orale della causa» che, dunque, è invariabilmente prevista.

Ulteriori novità del procedimento sono poi costituite dalla previsione di tre fasi del giudizio di primo grado e dalla previsione di due finestre per l'adesione.

Il procedimento, dunque, diventa più "ospitale" [18]. Viene adottata una scansione più graduale, "e forse più realistica, ma meno attraente e risolutiva" [19], rispetto a quella prevista dall'art. 140 *bis* c. cons.

Nella prima fase, che muove dal ricorso introduttivo fino all'emissione di un'ordinanza, si colloca il filtro di ammissibilità dell'azione di classe.

---

[18] Così C. CONSOLO, *L'azione di classe trifasica*, cit., 719.

[19] C. CONSOLO, *loc. ult. cit.*



Tanto il ricorso introduttivo quanto il decreto di fissazione dell'udienza devono essere pubblicati dalla cancelleria entro 10 giorni dal deposito del decreto nell'area pubblica «del portale dei servizi telematici gestito dal Ministero della giustizia» (art. 840 *ter*, comma 2). Tale adempimento, funzionale ad assicurare "l'agevole reperibilità delle informazioni" contenute nel decreto, produce anche l'effetto di rendere inammissibili nuove azioni di classe sui diritti derivanti dai medesimi fatti e nei confronti del medesimo resistente. Tale effetto si produrrà una volta trascorsi 60 giorni dalla pubblicazione e, ovviamente, purché il ricorso non sia dichiarato, all'esito della fase filtro, inammissibile.

Le azioni di classe proposte tra la presentazione del ricorso e i 60 giorni dalla sua pubblicazione saranno riunite a quella per prima pendente (art. 840 *quater*, comma 1, c.p.c.), con la conseguenza che i ricorrenti delle cause riunite assumeranno il ruolo di aderenti (ma particolari perché la domanda di adesione sarà qui sostituita dal ricorso introduttivo della causa poi riunita). Si vuole così incentivare l'adesione all'azione già pendente, piuttosto che l'introduzione di una nuova azione. E' peraltro fatta espressamente salva la proponibilità di azioni di classe a tutela di diritti che non potevano essere fatti valere entro il termine di 60 giorni dalla pubblicazione del ricorso introduttivo dell'azione preveniente sul portale dei servizi telematici.

L'eventuale inammissibilità dell'azione di classe potrà essere dichiarata per le medesime ragioni indicate nel comma 6 dell'art. 140 *bis* c. cons.

Nel caso di azione giudicata inammissibile per manifesta infondatezza, la riproposizione dell'azione da parte del medesimo attore potrà prospettarsi solo «quando si siano verificati mutamenti delle circostanze o vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto».

Ove invece l'ordinanza dichiari l'ammissibilità dell'azione, fisserà il termine per l'adesione (tra i 60 e 150 giorni) di quanti si assumano titolari di diritti individuali riconducibili alla classe come individuata dal tribunale medesimo con la definizione degli elementi necessari per l'inclusione.

Tale adesione in questa fase, che viene considerata «precoce», potrà avvenire a seguito della presentazione di apposita «domanda di adesione» secondo le indicazioni fornite dall'art. 840 *septies*.

La seconda fase del procedimento muove dall'ordinanza di ammissione dell'azione – ove si colloca la prima finestra per le adesioni – sino alla pronuncia della sentenza. Questa fase, dedicata alla trattazione ed istruzione, è finalizzata ad accertare il diritto dell'attore e la responsabilità del convenuto. Se è l'attore ad essere danneggiato e non un ente, il convenuto è condannato all'adempimento del diritto leso. Nei confronti della



classe oltre che degli aderenti che abbiano svolto domanda di intervento dopo l'ordinanza di ammissione dell'azione, invece, la condanna sarà solo generica e l'accertamento del loro diritto è rimesso alla terza fase in cui si articola il procedimento.

In accordo con il rito sommario di cognizione prescelto dalla l. 12 aprile 2019, n. 31, le modalità di svolgimento della trattazione sono rimesse alla scelta del giudicante.

Da segnalare il ruolo centrale assunto nell'istruttoria dallo strumento della esibizione (art. 840 *quinquies*, commi da 5 a 13). Può essere interessante verificare, così come segnalato dalla dottrina ed auspicato nel contesto delle associazioni di consumatori, se compatibile con la norma la richiesta di acquisizione di elenchi, ad esempio della clientela dell'impresa convenuta, che consentirebbe alla associazione o organizzazione attrice di conoscere l'identità degli appartenenti alla classe e quindi di poter incentivare adesioni all'azione. La dottrina ha mostrato perplessità sul punto, giacché l'elenco clienti non sembra potersi ricondurre al novero delle prove, che devono pur sempre attenere all'illecito commesso, "salvo far rientrare la precisa dimostrazione della concreta latitudine della pervasività/serialità dell'illecito tra i fatti costitutivi dello stesso sotto il profilo dello evento dannoso" [20].

La terza fase si apre con la pronuncia della sentenza. Ove questa sia di accoglimento, essa ha in qualche modo duplice funzione (art. 840 *sexies*), giacché oltre a contenere l'accertamento del diritto del ricorrente, la condanna del resistente nei suoi confronti e l'accertamento della responsabilità del resistente nei confronti della classe, con condanna generica, è la sede di una serie di provvedimenti ordinatori, che vanno dalla definizione dei caratteri dei diritti individuali omogenei e dei requisiti per poter partecipare alla classe, alla dichiarazione di apertura della procedura di adesione ed eventuali integrazioni necessarie alle domande già presentate dagli aderenti «precoci», alla nomina del giudice delegato e del rappresentante comune degli aderenti. Vi è in tal caso una significativa differenza rispetto alla situazione attuale, nella quale la sentenza di condanna liquida anche le somme agli aderenti: la necessaria istruzione di singoli casi di diritti individuali omogenei lesi, anche tramite la nomina di esperti del Tribunale, comporta una procedura più complessa, ancorché giustificata tenendo presente l'allargamento del perimetro della *class action* [21].

È questa, inoltre, una fase che ha sollecitato qualche riflessione giacché, concedendo agli aderenti la possibilità di adesione a valle della sentenza di accoglimento, si consenti-

---

[20] C. CONSOLO, *La terza edizione dell'azione di classe*, cit., 740.

[21] G. PONZANELLI, *op. cit.*, 308.



rebbe (si è detto) una partecipazione senza rischio di soccombenza. In realtà grava sull'aderente, in qualunque fase egli proponga adesione, l'onere di dimostrare la titolarità del proprio diritto, sebbene sia innegabile che sia concessa la possibilità di esercitare una scelta più consapevole, una volta che l'azione abbia già superato il filtro di ammissibilità. Permane inoltre l'alea del giudizio, sia per i giudizi di gravame, sia per la fase che vede protagonista il giudice delegato, che si pronuncia sul «progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti» di cui all'art. 840 *octies*.

Ove invece la sentenza sia di rigetto, il suo giudicato vincolerà gli aderenti «precoci» e, ove venga instaurato un successivo giudizio da ciascun aderente, potrà essere opposto loro dal resistente vittorioso [22].

6. – Anche nel contesto della nuova collocazione e con la possibilità di rimodulare la procedura, è stata confermata nel nostro ordinamento la scelta per il sistema dell'*opt-in*, meccanismo che – secondo alcuni autori [23] – "ingessa" molto questo tipo di tutela e, soprattutto, la "condanna" ad una scarsa rilevanza economico-sociale.

Il superamento del sistema delle adesioni volontarie, secondo questa dottrina, sarebbe stato ben possibile, e ciò a dispetto di ricorrenti ricostruzioni che ruotano attorno alla violazione del comma 2 dell'art. 24 Cost. In tal senso, si collocherebbero i riconoscimenti di sentenze straniere [24] adottate su azioni di classe improntate al sistema dell'*opt-out* [25].

Si è parlato di un procedimento "ospitale": è, come detto, con la pronuncia dell'ordi-

---

[22] Quanto all'impugnazione della sentenza, l'art. 840 *decies* non specifica quali norme disciplineranno l'appello, né si pronuncia sulle nuove prove ammissibili (se, ad esempio, si debba fare riferimento a quelle dalle quali la parte è decaduta per causa non imputabile o anche quelle indispensabili, *ex* art. 702 *quater*) e sull'individuazione del termine per impugnare. Secondo autorevole dottrina processualcivilista (C. CONSOLO, *L'azione di classe trifasica*, cit., 737 s.) il termine per impugnare è quello di sei mesi dal deposito: ciò perché l'art. 840 *decies* è norma speciale, destinata a prevalere sull'art. 702 *quater*.

[23] C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica*, 718. Cfr. anche SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, in *www.judicium.it*; A. MENGALI, *La fase istruttoria nella nuova azione di classe*, in *Giur. it*., 2019, 2310 ss.

[24] Cfr., per l'ordinamento francese, la Loi Hamon del 2014 (su cui ZUFFI, *La bonne nouvelle de l'action de groupe*, in *Int'l Lis*, 2014, 138 ss.) è stata prevista la convivenza del sistema dell'*opt in* nella procedura «semplificata» di cui all'art. 423-10 *Code de la Consommation*.

[25] Trib. Milano, 25 ottobre 2018, n. 10773, in *Corriere giur.*, 2019, 1107 ss. con nota di V.C. CASTALDO, *Il Tribunale di Milano riconosce un class settlement statunitense: superati (infine) i dubbi di compatibilità del meccanismo dell'opt-out con il nostro sistema costituzionale*?



nanza che ammette l'azione di classe che si apre anche la prima delle due finestre per le adesioni, mentre la seconda finestra è aperta dalla sentenza di accoglimento.

Ciascun micro-creditore proporrà domanda di adesione – anche senza l'assistenza di un difensore – il cui contenuto è dettagliatamente descritto dall'art. 840 *septies*; essa andrà inserita nel fascicolo informatico attraverso una apposita area del portale dei servizi telematici.

L'adesione è esercizio dell'azione, ma senza onere di formulare una domanda giudiziale e quindi senza assunzione della veste di parte formale. Gli aderenti, ove anche precoci, non assumeranno la qualità di parti del giudizio (ma avranno diritto d'accesso al fascicolo informatico della procedura, ed a ricevere le comunicazioni di cancelleria all'indirizzo pec da indicare a pena di inammissibilità della domanda).

7. – La fase finale vede alcuni protagonisti: uno di questi è il rappresentante comune degli aderenti, che riveste un ruolo centrale nella procedura di adesione che si apre con la sentenza di accoglimento.

Nominato dal collegio «tra i soggetti aventi i requisiti per la nomina a curatore fallimentare», e definito espressamente «pubblico ufficiale» dal comma 3 dell'art. 840 *sexies*, i suoi compiti – che si estrinsecano nel "potere di rappresentare l'aderente e di compiere nel suo interesse tutti gli atti, di natura sia sostanziale che processuale, relativi al diritto individuale omogeneo esposto nella domanda di adesione" (art.840 *septies* lett. *h*) – contemplano fra l'altro la predisposizione del «progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti», rassegnando proprie conclusioni sulla domanda proposta da ciascun aderente; la redazione del piano di riparto tra gli aderenti, delle somme versate spontaneamente dal resistente in adempimento del decreto di condanna del giudice delegato; la promozione dell'esecuzione forzata collettiva per il recupero delle somme; la negoziazione di transazioni con il resistente dopo la pronuncia della sentenza di accoglimento dell'azione di classe [26]. Il rappresentante comune degli aderenti svolge un ruolo di guida che nella precedente disciplina era ancora riconosciuto al ricorrente.

In questa fase egli interagisce con il giudice delegato che peraltro, in base all'art. 840 *octies*, comma 5, non si limita ad omologare il progetto presentato dal rappresentante

[26] Il compenso del rappresentante comune, liquidato dal giudice delegato, viene calcolato in percentuale, variabile a seconda del numero degli aderenti e dell'importo complessivo loro liquidato. L'art. 840 *novies* estende tale criterio anche per il calcolo del compenso premiale dovuto dal resistente soccombente agli avvocati del ricorrente vittorioso.



medesimo, ma deve pronunciarsi, accogliendo o rigettando ciascuna domanda, con decreto motivato con il quale "condanna il convenuto al pagamento delle somme o delle cose dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento del danno o restituzione".

Il decreto potrà essere impugnato con l'opposizione disciplinata dall'art. 840 *undecies*, che si propone con ricorso da depositare presso la cancelleria del tribunale entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione. Legittimati alla proposizione sono il resistente; gli avvocati di cui all'art. 840 *novies* in relazione a compensi e spese liquidati con il decreto; il rappresentante comune degli aderenti, non anche i singoli aderenti. A questi ultimi non è riconosciuto il potere di impugnazione, nemmeno in via surrogatoria per il caso di inerzia del rappresentante comune. L'unico modo che l'aderente avrà per sottrarsi all'efficacia del decreto (e proporre allora azione individuale) è revocare la rappresentanza conferita al rappresentante comune prima che il decreto sia divenuto definitivo, prima, cioè, che siano trascorsi 30 giorni dalla sua comunicazione.

Alla chiusura di tale procedimento, possono prospettarsi una serie di scenari diversi (artt. da 840 *duodecies* a 840 *quaterdecies*): dal pagamento spontaneo del convenuto (840 *duodecies*), all'esecuzione forzata collettiva, a cura del rappresentante comune degli aderenti (procedimento, questo, obbligatorio in considerazione del fatto che gli aderenti non potranno procedere con esecuzioni forzate individuali); alla chiusura bonaria del giudizio *prima* della pronuncia della sentenza su impulso del giudicante e con accordo concluso tra attore e convenuto [27]; alla chiusura bonaria del giudizio *dopo* la pronuncia della sentenza che accoglie l'azione, con accordo concluso tra il rappresentante comune degli aderenti e il convenuto, sotto il controllo del giudice delegato [28].

Si è detto anzi che questa fase risulta invero preposta essenzialmente a concludere in realtà conciliazioni collettive, attraverso formulazione di accordo che, per tramite di omologazione giudiziale, finisce per vincolare tutti gli aderenti che non lo rifiutino

È pure possibile (art. 840 *quinquiesdecies*) una chiusura non satisfattiva, nel caso in cui non risulti possibile conseguire un ragionevole soddisfacimento (comma 1, lett. *b*): in

[27] Il provvedimento contenente la proposta del tribunale, sulla quale si è raggiunto l'accordo prima della pronuncia della sentenza, viene pubblicato nell'area pubblica del portale dei servizi telematici per consentire eventuali nuove adesioni, mentre l'accordo raggiunto tra ricorrente e resistente sarà comunicato via pec dalla cancelleria a ciascun aderente (precoce) che potrà scegliere se profittare dell'accordo oppure costituirsi in giudizio e proseguire l'azione di classe (cfr. art. 840 *bis*, comma 6).

[28] In questa fase il rappresentante comune degli aderenti negozia con il resistente un progetto transattivo, rispetto al quale ciascun aderente ha tempo 15 giorni per presentare "motivate contestazioni" al testo dell'accordo. Nei successivi 30 giorni il giudice delegato emette provvedimento di autorizzazione alla stipula dell'accordo, pubblicato nel portale telematico.



tal caso sarà pronunciata la chiusura della procedura di adesione dal giudice delegato con decreto motivato, contro il quale è possibile proporre opposizione *ex* art. 840 *undecies*. Dopo la chiusura non satisfattiva della procedura, gli aderenti insoddisfatti riacquisteranno "il libero esercizio delle azioni verso il debitore", e potranno addivenire ad esecuzioni forzate individuali, per recuperare il credito residuo.

8. – La disamina sinora condotta delle novità procedurali introdotte dalla l. n. 31/2019 è parsa necessaria per cogliere i profili anche sostanziali della disciplina, che restano in ombra ma certo non sono del tutto assenti.

Vi sono una serie di spunti, che meritano specifica riflessione. Così è, in particolare, per l'ampliamento del novero dei soggetti che potranno giovarsi dello strumento dell'azione di classe (non più solo consumatori e utenti); per il riconoscimento della legittimazione attiva "in proprio" di associazioni e organizzazioni; per l'allargamento delle finestre per l'adesione; per l'introduzione di una terza fase del procedimento, volta all'accertamento ed alla soddisfazione del diritto di credito fatto valere da ciascun aderente, dopo una seconda fase, di accertamento della fondatezza del diritto dell'attore e della classe, ma non dei singoli aderenti.

Nella nuova disciplina l'istituto dell'azione di classe, anzitutto, si sgancia dall'alveo della tutela dei diritti dei consumatori, e tale novità non può che essere salutata positivamente: l'allargamento della disciplina, ancorché ovviamente non riprenda "la amplissima e variegata latitudine delle azioni di classe statunitensi" [29], è indubbiamente un fatto significativo. Si tratta di un allargamento che consente di apprestare un rimedio anche per quella ampia sfera di illeciti, pure qualificabili come di massa, di cui risultano vittime soggetti non identificabili con i consumatori o utenti, ma che comunque sono "inseriti nel ciclo produttivo o di distribuzione" [30]. Illeciti che altrimenti rischierebbero di rimanere senza ristoro, prospettando "uno spettro non più amabile di quello dei danni punitivi, ossia quello dei danni impuniti per eccesso dei costi transattivi richiesti per punirli" [31].

Interessante è anche il riconoscimento ad organizzazioni o associazioni della possibilità di stare in giudizio autonomamente, e non quali rappresentanti nel processo del componente della classe; è però da dire che l'azione di classe ha ad oggetto una pluralità di

---

[29] C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica*, cit., 717.

[30] C. CONSOLO, *La terza edizione della azione di classe è legge*, cit., 738.

[31] A. GIUSSANI, *Diritti omogenei e omogeneizzati nell'azione di classe*, nota a Cass. sent. 31 maggio 2019, n. 14886, 359.



diritti individuali (omogenei), non già di interessi collettivi (infatti eliminati dalla previsione normativa del nuovo testo dell'art. 840 *bis*) o diffusi; sicché, come evidenziato, si ricade in qualche modo in una contraddizione giacché la persona giuridica attrice dovrà pur sempre individuare nominativamente i titolari dei diritti per la cui tutela statutariamente agisce. Il che ha fatto dire che "la figura paradigmatica del class representative risulta fondamentale e non estirpabile da questo modello di azione aggregante" [32].

Quanto, ancora, alle situazioni sostanziali tutelabili, si è altrove [33] evidenziato come la delimitazione del tipo dei diritti tutelabili e della classe costituisca la sfida interpretativa più rilevante posta dall'attuale disciplina e come per tale delimitazione centrale sia divenuta la caratteristica dell'omogeneità degli interessi protetti e reclamati: la domanda è dichiarata del tutto inammissibile "quando il tribunale non ravvisa omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi dell'art. 840 *bis*".

Sul punto, è stato opportunamente segnalato che **"**alla riflessione propriamente dottrinale spetta di elaborare soluzioni flessibili e socialmente realistiche, non più solo sul versante processualistico, come nei dieci anni che ci separano dal primo frettoloso esperimento del 2009 seguito da una seconda versione più nitida nel 2012, ma a questo punto costruendo un ponte rispetto alla stessa configurazione sostanziale, all'insegna di categorie civilistiche parzialmente ripensate, degli *small claims* processualmente inefficienti e comunque di ardua quantificazione esatta, fermi principii e le categorie ordinanti. Solo rinunciando a ragionare esclusivamente con strumenti classici, e allora in forza di una omogeneità intesa non solo come comunanza di questioni ma come isoformismo socio-economico (…) sarà possibile sgravare la nuova terza fase dalla «terribilità» della configurazione tradizional-individualistica di ogni singolo diritto soggettivo di credito restitutorio o risarcitorio, accostandoli tutti a forme di indennizzo per lievi impoverimenti e per non cruciali danni non patrimoniali" [34].

Si è visto che con riferimento al danno non patrimoniale [35] profili disomogenei rispetto all'intera classe potranno essere comunque considerati seriali rispetto a una sua parte, talché anche questi peculiari danni non costituirebbero significativo ostacolo "all'efficienza dell'aggregazione" [36].

---

[32] C. CONSOLO, *loc. ult. cit.*, 738.

[33] Sia consentito il richiamo ad A.C. DI LANDRO, *La "nuova" azione di classe. Linee di riforma e riflessioni critiche*, in *Contratti*, 1/2016, 68.

[34] C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, cit., 715.

[35] Cass. civ., Sez. III, sent. 31 maggio 2019, n. 14886, cit.

[36] A. GIUSSANI, *op. ult. cit.*, 365.



Qualche riflessione va svolta anche sul sistema dell'adesione, la cui procedimentalizzazione richiede "attenzione, affinché non si trasformi da utile strumento per abbattere tempi e costi a mezzo formalistico per falcidiare aderenti titolari di micro-crediti non sempre digitalmente preparati" [37].

Il mantenimento del sistema dell'*opt in*, che autorevole dottrina processualcivilista ha evidenziato non essere "elemento coessenziale all'azione di classe" [38], è stato accompagnato dalla predisposizione di un procedimento di adesione – si è posto in evidenza – più "ospitale", con il raddoppio delle finestre temporali per le adesioni (dopo l'ordinanza di ammissione e dopo la sentenza di accoglimento).

Tale duplice fase, secondo altri autori, se consente un allargamento significativo del numero dei membri della classe, rischia anche di determinare comportamenti opportunistici, pure considerati accettabili a fronte della "chiusura garantistica nei confronti di ogni forma di optout", che "ha portato alla pratica sterilizzazione di qualsiasi tentativo di dar corpo applicativo alla lettera dell'art. 140 *bis* c. cons." [39].

Oggetto di riflessione è inoltre la scansione del processo in tre fasi, che secondo alcuni autori determina una inutile rigidità [40]: la seconda, dedicata al solo accertamento del diritto dell'attore e alla eventuale condanna del convenuto (solo generica nei confronti della classe), e la terza dedicata all'accertamento del diritto degli aderenti.

Infine, particolari apparentemente marginali della disciplina contribuiscono però a creare alcune criticità. In particolare, quanto al sistema delle spese, la nuova disciplina tenta di incoraggiare i grandi studi a investire nell'azione, con la prospettiva di creare un settore legale specializzato. Ma il più serio sistema di rifusione delle spese pure introdotto – con la possibilità di calcolarne l'importo in percentuale, variabile in senso inversamente proporzionale a seconda del numero degli aderenti, dell'importo complessivo liquidato a rappresentante comune ed ai diversi legali – ha determinato deboli attrattive economiche, che non paiono sufficienti a persuadere i grandi studi legali ad abbandonare

---

[37] C. CONSOLO, *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c.*, cit., 718.

[38] C. CONSOLO, *loc. ult. cit.*

[39] R. PARDOLESI, *op. ult cit.*, 100: "la via italiana alla tutela collettiva, nella sua chiusura garantistica nei confronti di ogni forma di optout, ha portato alla pratica sterilizzazione di qualsiasi tentativo di dar corpo applicativo alla lettera dell'art. 140 *bis* c. cons. (24), sino a far apparire desiderabile l'inelegante scelta (della nuova normativa, riversata negli art. 840 *biss*. c.p.c.) di permettere un opt-in decisamente opportunistico, perché attivabile a giochi fatti e senza partecipare alcuna al rischio contenzioso." Cfr. sul punto anche A. PALMIERI, *Arbitrati individuali coatti e ghettizzazione della class action: la controrivoluzione (a spese del contraente debole) nel sistema di enforcement statunitense*, in *Foro it*., 2016, V, 81.

[40] A. GIUSSANI, *op. ult. cit.*, 365.



il fianco delle imprese; inoltre, tale determinazione variabile in relazione al numero dei membri della classe crea profili di incertezza, rendendo meno praticabili eventuali definizioni transattive. Con la conseguenza che l'azione – pur collocata in diverso contesto normativo, e pur svincolata da presupposti sostanziali legati alla materia consumeristica – sembra destinata a restare affidata ancora, anche in questa stagione, prevalentemente all'iniziativa delle associazioni dei consumatori.

JUS CIVILE



ALESSANDRO BERNES

Assegnista di ricerca – Università Ca' Foscari di Venezia

REGOLARE LA TECNOLOGIA DI *DIGITAL CONTACT TRACING* ALLA LUCE DELLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

SOMMARIO: *1. Tecnologie e diritti al tempo della pandemia. – 2. Le diverse tecniche proposte per le app di contact tracing. – 3. Il percorso regolatorio del tracciamento di prossimità in funzione della protezione dei dati personali. – 4. La ricerca scientifica e… il futuro del digital contact tracing.*

1. – Ha suscitato un intenso dibattito nei Paesi europei, in momenti in cui il dialogo forzatamente corre attraverso la rete [1], l'eventualità, dapprima, e l'adozione, poi, di *mobile apps* che possano aiutare a fronteggiare la pandemia da Covid-19 mediante un rapido "tracciamento dei contatti" (c.d. *digital contact tracing*), intrattenuti da persone trovate in seguito positive al virus.

La scelta di procedere con una soluzione di tal fatta si è resa necessaria, tenuto conto che l'ordinario modo di procedere "analogico", cioè la raccolta di informazioni con la semplice intervista dei contagiati, presenta degli evidenti limiti strutturali – oltre che attinenti alla stessa natura umana, come la memoria – in termini di fattibilità (ad esempio, i contatti avvenuti all'interno di luoghi molto frequentati o sui mezzi di trasporto, per lo più tra sconosciuti) e costi notevoli, soprattutto di tempo, per il personale incaricato [2].

[1] Impossibile riportare qui la moltitudine di importanti contributi scientifici sul tema, pubblicati in lingua italiana e straniera, comunque facilmente accessibili per lo più su riviste dematerializzate, anche interdisciplinari. Limitandosi ad alcune raccolte, si vedano il *Symposium: privacy and contact tracing* contenuto sulla rivista *MediaLaws – Law and Policy of the Media in a Comparative Perspective* (http://www.medialaws.eu/analyses/symposium-privacy-and-contact-tracing/), le numerose riflessioni presenti sulla rivista Diritto, Mercato, Tecnologia (https://www.dimt.it/), nonché quelle apparse su https://www.agendadigitale.eu/ e su https://www.comparativecovidlaw.it/. Ulteriore letteratura verrà opportunamente ripresa e citata nel prosieguo.

[2] L'utilizzo del metodo di tracciamento dei contatti recenti, intercorsi con una persona infetta, è da tem-



Pur avendo alla base soluzioni tecnologiche già praticate nei Paesi dell'Asia orientale (soprattutto Corea del Sud, Cina e Singapore) – invero, molto discusse, per incidere fortemente sui diritti e le libertà fondamentali della persona, tra cui la libera circolazione, la riservatezza e non solo il controllo dell'interessato sul legittimo trattamento dei dati personali [3] –, in Europa [4] si è virato verso l'introduzione di applicazioni per *smartphone* [5] che permettano di (ri-)costruire, in maniera pressoché immediata, la rete di contatti di un soggetto trovato positivo al Covid-19, considerando l'esposizione ravvicinata nonché prolungata per un certo tempo con altre persone – le quali hanno, a loro volta, installato e attivato la medesima *app* [6] – mediante un flusso automatico e continuo di dati tra *device.* Attraverso, poi, un sistema di *alert* e notifiche integrato, diventa relativamente semplice informare i potenziali contagiati circa l'incontro avvenuto, in un dato periodo antecedente, con un soggetto risultato positivo al virus [7].

---

po utilizzato nell'ambito scienza epidemiologica, al fine di ricostruire una mappa di potenziali soggetti che possono aver contratto virus trasmissibili mediante contatto umano, onde fermare la catena di contagio. La caratteristica tradizionale rimane però quella di utilizzare strumenti manuali e non digitali, come ad esempio le interviste, anche telefoniche, operate dal personale sanitario, il quale potrebbe però non essere in grado, materialmente, di contattare tutti i potenziali infetti. Nondimeno, il tracciamento "analogico" presenta, in ogni caso, notevoli implicazioni in relazione al trattamento di dati personali, eventualmente acquisiti e conservati da parte delle autorità sanitarie. In generale, sulla pratica di *contact tracing*, si veda il documento del *ECDC* (*European Centre for Disease Prevention and Control*, *Contact tracing for COVID-19: current evidence, options for scale-up and assessment of resources needed*, 5 maggio 2020, https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/contact-tracing-covid-19-evidence-scale-up-assessment-resources; ma cfr. anche *WHO*, *Contact tracing in the context of COVID-19*, 10 maggio 2020, https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/1277571/retrieve, nonché Id., *Digital tools for COVID-19 contact tracing. Annex: Contact tracing in the context of COVID-19*, 2 giugno 2020, https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/1279465/retrieve.

[3] In generale, i Paesi richiamati nel testo hanno mostrato incisive restrizioni della libertà personale dell'individuo, dal momento che tendono a tracciare gli spostamenti delle persone, nonché verificare il rispetto dei provvedimenti di "quarantena" cui sono eventualmente sottoposti i soggetti risultati positivi al Covid-19, o ancora condizionare l'accesso a determinati servizi, come quelli di trasporto, ad una *app* che, in forza delle connessioni tra diversi *database*, dimostri che l'individuo non è stato vicino ad un paziente infetto. Per una breve sintesi delle esperienze menzionate, G. ZUNINO, *Coronavirus, app e sistemi per tracciare i positivi: come funzionano (nel mondo, in Italia)*, in *agendadigitale.eu*, 23 aprile 2020.

[4] Alcuni Paesi europei, come il Belgio, hanno sollevato parecchie perplessità e deciso inizialmente di non adottare alcuna *app* di tracciamento digitale. Tuttavia, lo stesso governo belga sembra essere ora tornato sui suoi passi (https://www.brusselstimes.com/news/belgium-all-news/health/129704/belgiums-contact-tracing-app-will-be-ready-this-month/).

[5] Ovvero anche un *laptop*, un *tablet*, un *wearable*.

[6] Tema non secondario rimane l'interoperabilità fra le diverse *app* nazionali nei contatti transfrontalieri: sul punto, si veda EDPB, *Dichiarazione relativa all'impatto sulla protezione dei dati derivante dall'interoperabilità delle applicazioni di tracciamento dei contatti*, 16 giugno 2020, https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statementinteroperabilitycontacttracingapps_it.pdf.

[7] Le riflessioni che seguono ambiscono ad un livello più generale del discorso, anziché focalizzarsi sulla



Sebbene l'utilità di un tale sistema non sia stata finora comprovata né sul piano pratico, né in quello scientifico – data anche la ristrettezza dei tempi di implementazione – l'idea di fondo è che il tracciamento (digitale) dei contatti presenti rilevante efficacia per il gran numero di c.d. pazienti "asintomatici", infetti da Covid-19, i quali, non manifestando alcuna sintomatologia, potrebbero continuare ad avere interazioni con una moltitudine di persone, diffondendo così il contagio [8]. In altri termini, lo strumento tecnologico rappresenta una delle possibili alternative volte a limitare, per quanto possibile, la diffusione della pandemia, monitorando la propagazione del virus e allertando le persone che vi sono state esposte [9]. L'impatto sulla sfera giuridica della persona, in linea di principio, si mostra proporzionato, dal momento che, almeno nella prospettiva europea, non si intendono controllare i movimenti della popolazione, inferire misure di confinamento ovvero agevolare la prova di immunità dal virus, bensì la volontà è quella di permettere di adempiere più facilmente, attraverso la tecnologia, ad un dovere di solidarietà sociale.

La questione del tracciamento automatizzato dei contatti, dunque, prende avvio in un contesto specifico, quello cioè di reazione alla pandemia da Covid-19, richiamante lo "stato d'eccezione" tipico delle situazioni di grave emergenza, laddove particolari misure possono contribuire a salvare delle altre vite umane [10]. Senonché debbono essere, in concreto, sempre contemperati ragionevolmente interessi di rango "costituzionale", come la

---

sola esperienza italiana della *app* nazionale di *contact tracing*, denominata "Immuni" (per approfondire: https://github.com/immuni-app). Per una lista comunque esaustiva delle applicazioni nazionali di tracciamento digitale dei contatti adottate dai diversi Paesi https://lsts.research.vub.be/en/contact-tracing-apps (aggiornamento: settembre 2020).

[8] Sul punto, L. FERRETTI, C. WYMANT, M. KENDALL, L. ZHAO, A. NURTAY, L. ABELER-DÖRNER, M. PARKER, D. BONSALL, C. FRASER, *Quantifying SARS-CoV-2 transmission suggests epidemic control with digital contact tracing*, *Science*, 8 maggio 2020, https://science.sciencemag.org/content/368/6491/eabb6936/tab-pdf. I modelli previsionali dicono comunque che un veloce tracciamento dei contatti, di concerto ad una rapida attività di *testing* dei positivi, potrebbe arrivare fino a quasi a ridurre la diffusione della pandemia da Covid-19: così J. ABELER, M. BACKER, U. BUERMEYER, H. ZILLESSEN, *COVID-19 Contact Tracing and Data Protection Can Go Together*, in *JMIR mHealth and uHealth*, 2020, vol. 8, iss. 4, https://mhealth.jmir.org/2020/4/e19359/.

[9] Cfr. G. Comandé, *Non sparate sulla app di tracing e fidiamoci del GDPR: ecco perché*, in *agendadigitale.eu*, 28 aprile 2020. In chiave sinergica, pare necessario che l'apparato statale e, in ogni caso, le autorità sanitarie si mettano nelle condizioni – anche economiche – di avere un sistema organizzativo adeguato, il quale fornisca delle chiare e precise indicazioni operative, ad esempio, al soggetto che riceve la notifica: potrebbe essere la prescrizione almeno dell'auto-isolamento fiduciario ovvero di un *test* di positività al virus ("tampone" o sierologico che sia).

[10] Nel senso che la sorveglianza di massa, all'epoca della pandemia, sia una delle componenti che maggiormente caratterizzano la sanità pubblica, GRUPPO DI LAVORO BIOETICA COVID-19, *Sorveglianza territoriale e tutela della salute pubblica: alcuni aspetti etico-giuridici*, Rapporto ISS COVID-19, n. 34/2020 25 maggio 2020, https://www.epicentro.iss.it/coronavirus/pdf/rapporto-covid-19-34-2020.pdf, p. 1.



salute (individuale) e la sanità (pubblica), e gli altri diritti e libertà fondamentali dell'individuo (circolazione, organizzazione, iniziativa economica, riservatezza, e così via) [11].

L'uso più intenso delle tecnologie, sia affermate che nuove, conduce alla crescita esponenziale di informazioni relative agli individui, circolanti nella "data-sfera" [12], richiedendo perciò una maggiore attenzione al controllo di quest'ultima, in una prospettiva di tutela della persona [13]. Così il *digital contact tracing* si inserisce in questo ampio tema trasversale, sempre più di frequente posto dinanzi all'attenzione del giurista: come ci si può servire della tecnologia per perseguire interessi attinenti al benessere dell'uomo, preservando e garantendo, allo stesso tempo, la sua identità [14]. Quando, poi, lo strumento tecnologico permette, in modo particolare, l'elaborazione automatica di informazioni e queste ultime possono essere ricondotte ad una certa persona fisica, identificata o parimenti identificabile, la protezione dei dati personali costituisce un luogo di confronto privilegiato del diritto con l'informatica [15]. In sostanza, l'esempio delle *app* di tracciamento, da un lato, si mostra come un momento essenziale per trovare una soluzione alla pandemia in atto, nell'intento di salvaguardare la collettività; al contempo, determinandosi una più rapida produzione e susseguente circolazione di informazioni, per il tramite

---

[11] Certo, già il contemperare principi e diritti, tutti rilevanti ma in potenziale contrapposizione, non è un compito facile all'interno di qualunque sistema giuridico in una situazione, per così dire, di "normalità"; a questo si aggiunga, ancora, l'"imprevedibilità" di una situazione pandemica e la velocità con cui occorre fornire delle risposte che si mostrino non solo adeguate, ma pure effettive. In relazione all'applicazione dei criteri di proporzionalità e di ragionevolezza anche nel bilanciamento tra principi, alla luce degli interessi che rispecchiano e delle circostanze che vengono in considerazione nel caso concreto, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 103 ss.

[12] Sul significato di tale espressione, V. ZENO-ZENCOVICH, *La "Datasfera". Regole giuridiche per il mondo digitale*, L. SCAFFARDI (a cura di), *I "profili" del diritto. Regole, rischi e opportunità nell'era digitale*, Torino, 2018, 99 ss.

[13] Cfr. sul punto S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 41 ss.

[14] Limitandosi allo specifico riferimento al tema qui oggetto di studio, sulla identità personale, insidiata dalle nuove tecnologie dell'informazione, C. CAMARDI – C. TABARRINI, Contact tracing *ed emergenza sanitaria. "Ordinario" e "straordinario" nella disciplina del diritto al controllo dei dati personali*, in *Nuova giur. civ. comm*., Supplemento, 2020, 33.

[15] Afferma R. PANETTA, *Data tracing, modello coreano o cinese? No, serve una via italiana*, in *Corrierecomunicazioni.it*, 27 marzo 2020, https://www.corrierecomunicazioni.it/digital-economy/data-tracing-modello-coreano-o-cinese-no-serve-una-via-italiana/, che «di fronte a simili emergenze possiamo solo affidarci a due consolidate ed abituali strade, quella scientifica e tecnologica, da un lato, e quella istituzionale e giuridica dall'altra (…) Scienza e regole, tecnologia e diritto, possono fare sempre la differenza per il bene dell'uomo solo se pervase da regole etiche degne di questo nome ossia volte a tutelare la dignità degli individui, tutti, nessuno escluso».



di nuove tecnologie, non si possono adombrare le potenziali ricadute sui diritti fondamentali dell'individuo, ivi compresa la tutela dei dati personali [16].

Il nodo principale risiede nel fatto che il trattamento di dati personali nel tracciamento digitale dei contatti, reso possibile proprio grazie all'intermediazione delle tecnologie dell'informazione, sembra facilmente accedere ad una connotazione di "sorveglianza" [17], eseguita in modo sistematico e su vasta scala, in maniera costante e automatizzata, coinvolgendo finanche "dati sensibili" [18].

Certo, in riferimento al diritto alla protezione dei dati personali, deve essere da subito abbandonata una visione prettamente individualistica della situazione giuridica afferente al singolo [19]: il diritto in questione viene costantemente attraversato da altri e diversi interessi, privati o pubblici, che rendono legittime le varie operazioni eseguite con le informazioni personali altrui, volontariamente o perché necessarie alla stregua delle finalità perseguite dal soggetto diverso dall'interessato [20].

La questione allora non attiene tanto all'*an* delle limitazioni dei diritti individuali, specie tenuto conto della natura, dello scopo e del contesto, come la situazione di emergenza sanitaria, nella quale prende avvio una loro – evidente – compressione, ma soprattutto al *quomodo*, cioè alle modalità in cui si estrinsecano, in pratica, gli effetti di siffatte

---

[16] Nondimeno, vi sono tutte una serie di considerazioni politiche, etiche, filosofiche, che si intrecciano con l'implementazione del *contact tracing*, anche se gode senz'altro di una posizione privilegiata il tema/problema della protezione dei dati personali. In argomento, L. FLORIDI, *Mind the App-Considerations on the Ethical Risks of COVID-19 Apps*, *Philosophy and Technology*, 2020, 33 (2), 167 ss.

[17] Cfr. Y. N. HARARI, *The world after coronavirus*, in *Financial Times*, 20 marzo 2020, https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75. Al di là di aneddoti *orwelliani*, antesignana rimane l'opera di S. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973. Più di recente, in riferimento alla *data-driven economy* del presente, S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, 2019.

[18] Per V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, *La protezione dei dati personali ai tempi della pandemia*, in *Corr. giur.*, 2020, 735, l'utilizzo di tecniche di elaborazione dei dati rende legittimo il dubbio, e anzi alimenta la comune percezione dell'identificabilità delle persone sempre a portata di mano. Non vanno trascurate, ancora, le conseguenze sociali che compressioni ai diritti fondamentali della persona potrebbero prodursi in un futuro prossimo. Si parla in proposito di "effetti collaterali", i quali potrebbero essere riconducibili, specie una volta cessata l'emergenza virale, al funzionamento tipicamente massivo del *contact tracing*, ancorché volontario, C. CAMARDI, C. TABARRINI, Contact tracing *ed emergenza sanitaria*, cit., 33.

[19] Per tutti, V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 642 ss., nonché R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2020, 760 ss.

[20] Sul punto, F. BRAVO, *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà "fondamentali", tra mercato e persona: nuovi assetti nell'ordinamento europeo?*, in *Contr. e impr.*, 2018, 208 ss.



restrizioni, mediante l'uso dello strumento tecnologico [21]. Ciò si traduce, peraltro, in scelte particolari dal punto di vista "applicativo": nella società dell'informazione, infatti, la realizzazione degli scopi perseguiti assume sempre più spesso i caratteri di una traduzione algoritmica e soprattutto computazionale [22]. Onde evitare l'accettazione supina di ogni nuova tecnologia – nonché della logica binaria che governa i sistemi informatici – pure nel *digital contact tracing* il percorso da seguire domanda il rispetto, in tutti gli stati e le fasi di sua realizzazione, dei principi cardine di necessità e proporzionalità, dal momento che si tratta sempre di contemperare diritti fondamentali della persona [23].

La risposta normativa alla tecnologia non può che essere quella di soffermarsi, in concreto, sulle modalità attraverso le quali dare attuazione a quei principi – che prendono corpo proprio garantendo la legittimità, la finalità e la proporzionalità richiesta al tracciamento dei contatti [24] – che assicurino la migliore protezione dei dati personali. Compito del giurista, inoltre, è quello di fornire indicazioni costanti per l'implementazione pratica dei principi generali applicabili al trattamento dei dati personali – ma non

---

[21] Stando a D. POLETTI, *Il trattamento dei dati inerenti alla salute nell'epoca della pandemia: cronaca dell'emergenza*, in *Persona e mercato*, 2, 2020, 66, il trattamento dei dati personali altrui e la riservatezza delle persona sono messi a dura prova in tempi di emergenza sanitaria, ridotte quasi ad elementi di intralcio alle iniziative di contenimento del virus. Ancora, osserva A. SORO, *Tracciamento contagi coronavirus, ecco i criteri da seguire*, in *agendadigitale.eu*, 29 marzo 2020, che «nonostante la centralità della protezione dati nella vita individuale e collettiva, le sue limitazioni ci appaiono spesso meno percepibili di quelle relative ad altri diritti». Tendenzialmente le persone paiono meno avvezze a sentire come pressante l'invasione dall'esterno della propria sfera "privata", rispetto alla restrizione delle altre libertà fondamentali, riassumibili, per lo più, nella libertà di circolazione. Tant'è che si sono sollevati persino dei problemi di compatibilità costituzionale della *app* di *contact tracing* in relazione all'art. 16 Cost., laddove la limitazione della circolazione è coperta da riserva di legge rinforzata: si vedano le riflessioni di A. CELOTTO, *"Immuni" e la Costituzione*, in *giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020, p. 3. Eppure, *privacy* e *data protection* non rappresentano, come si avrà modo di vedere, né un ostacolo, né elementi che devono essere messi da parte o sospensivamente condizionati al pieno raggiungimento di obiettivi di sanità pubblica.

[22] M. HILDEBRANDT, *Privacy as Protection of the Incomputable Self: From Agnostic to Agonistic Machine Learning*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 20, 2019, 83 ss.

[23] Del resto, afferma espressamente l'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che trova eco pure nel *Considerando* § 4, GDPR, secondo il quale: «*[i]l trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo. Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità. Il presente regolamento rispetta tutti i diritti fondamentali e osserva le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta, sanciti dai trattati, in particolare il rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni, la protezione dei dati personali, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione e d'informazione, la libertà d'impresa, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, nonché la diversità culturale, religiosa e linguistica*».

[24] Cfr. Art. 5, GDPR.



anche la soluzione "esecutiva" – a tutti coloro (*data scientists*, *engineers*, *designers*, *developers*, etc.) che si trovano a dover ideare, programmare, sviluppare ed aggiornare le diverse *app* mediante le quali si procede con il tracciamento digitale. Il diritto, senza abbandonare la sua logica ordinante, dovrebbe così essere capace di percepire le tendenze, i rischi e finanche anticipare la risoluzione dei problemi che la tecnologia oggi reca con sé [25].

Se quanto detto è vero, vengono ad intrecciarsi la regolamentazione e l'automazione, dove diritto e informatica si trovano legati in un connubio funzionale – normativo, da un lato, e tecnico, dall'altro – con riferimento allo scopo di protezione dei dati personali e, per questa via, di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo. Occorre valutare attentamente tutte le possibilità che la tecnica offre alla scienza giuridica, e viceversa: chiunque concorra alla realizzazione di una *app*, dopotutto, dovrebbe essere in grado di intendere quali e quante informazioni siano necessarie non solo per il suo funzionamento pratico, ma anche proporzionate rispetto al fine perseguito, evitando in ogni caso delle scelte che possano mettere in pericolo, anche in futuro, i valori fondanti una società democratica. In fin dei conti, l'intero ciclo di messa a punto di un programma informatico deve tenere a mente la centralità dell'utilizzatore finale nel disegno complessivo: la persona umana.

2. – Una prima questione riguarda le molteplici "sembianze" che, potenzialmente, le *app* di *contact tracing* possono assumere: la scelta dovrebbe essere orientata verso la soluzione che oltre ad essere giustificata e proporzionata quanto alla interferenza con i diritti fondamentali dell'individuo, tra i quali spicca il diritto alla protezione dei dati personali, si dimostri, al contempo, funzionale a raggiungere l'obiettivo perseguito, pertanto sia efficace.

Scartata sin dall'inizio – alla luce di una serie di perplessità di fondo circa la sua ragionevolezza [26] – la possibilità di tracciamento attraverso strumenti di localizzazione spaziale (per esempio, attraverso le informazioni estrapolabili da celle telefoniche, dai

[25] G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una "disruption" della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2020, 405.

[26] Ma sul punto A. MAGGI, *Coronavirus, "App Immuni obbligatoria nelle zone a rischio". Intervista di Affaritaliani.it ad Alberto Gambino, Presidente Italian Academy of the Internet Code*, in *Affaritaliani.it*, 22 aprile 2020, https://www.affaritaliani.it/cronache/coronavirus-app-immuni-obbligatoria-nelle-zone-a-rischio-667908.html.



dati relativi alla transazioni commerciali elettroniche o ancora dal *GPS* integrato nei dispositivi), riscontrabile in alcune soluzioni adottate dai Paesi del Sol Levante, l'Europa si è orientata – seguendo anche le notazioni del *European Data Protection Board*[27] – verso una modalità diversa di *tracing*, operante "*a posteriori*", "a ritroso" e solo eventualmente.

In estrema sintesi, i dati raccolti sulla *app* di un soggetto, risultato positivo al Covid-19, permettono di allertare tutti coloro che, a loro volta, abbiano scaricato e attivato la medesima applicazione, i quali in un periodo precedente e temporalmente delimitato fossero entrati all'interno del (corto) raggio d'azione che la collegata tecnologia *Bluetooth-low-energy* rende praticabile[28]. È bene parlare perciò di un tracciamento "di prossimità": non delle posizioni o degli spostamenti delle persone, ma dei contatti dovunque intrattenuti dal soggetto risultato positivo al Covid-19, in quanto funzionale allo scopo di risalire la "catena degli incontri".

Più nel dettaglio, scaricando l'*app* – senza procedere ad alcuna registrazione dell'utente o sottoscrizione di un *account* – viene automaticamente generata una chiave o *ID* univoco, in maniera casuale; questo codice viene poi associato ad altri *Ephemeral ID* crittografici, che hanno la particolarità di cambiare ad intervalli temporali costanti (ad esempio, 10, 15 o 20 minuti). Attraverso la tecnologia *Bluetooth* attiva, oltre all'invio (registrato) dei vari *EphID* prodotti, vengono altresì "captati" e memorizzati dal dispositivo i codici crittografati presenti per un certo periodo nelle immediate vicinanze, generati dalla medesima applicazione installata su altri *device*[29]: l'*app*, pertanto, andrà a collezionare gli *ID* numerici provenienti dai vari dispositivi che si sono man mano incrociati con il *Bluetooth* attivato; chiavi successivamente conservate, peraltro, direttamente sul terminale stesso[30].

---

[27] In realtà, l'uso di dati relativi agli spostamenti delle persone non è stato proprio messo al bando nemmeno dall'EDPB, *Guidelines 04/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the COVID-19 outbreak*, 14 aprile 2020, https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/linee-guida/guidelines-042020-use-location-data-and-contact-tracing_en.

[28] Il funzionamento tecnico dell'*app* in questione, come anche la sua configurazione, assai minimale, sarebbe particolarmente semplice. Per ulteriori informazioni, si vedano i documenti richiamati *infra*, nelle note successive.

[29] Uno dei problemi per il quale, ad esempio, la soluzione di tracciamento mediante *Wi-fi* è stata subito accantonata è il consistente drenaggio della carica del dispositivo. Inoltre, la precisione della tecnologia *Bluetooth* è di gran lunga superiore di quella del *GPS* e delle celle telefoniche (1-2 metri).

[30] A ciò si devono sommare, ancora, i *metadati* necessari per far funzionare poi l'algoritmo "a ritroso", individuando la data del contatto, la durata dell'esposizione e la distanza prestabilita, usati per parametrare il rischio di esposizione e ricevere quindi l'*alert*.



Una volta trovato positivo il soggetto possessore dell'*app*, l'alternativa praticabile, in base alla "architettura" sulla quale è basata l'applicazione, appare duplice: l'invio al *server* delle informazioni raccolte potrebbe essere strutturato in maniera centralizzata ovvero decentralizzata, a seconda che l'attività di *matching* tra i potenziali contagiati e il positivo al Codiv-19 sia svolta dall'autorità in *back-office* ovvero avvenga direttamente *on-device*.

Una prima soluzione disponibile è una piattaforma gestita a livello centrale, di regola dall'autorità pubblica (la più nota è *ROBERT: ROBust and privacy-presERving proximity Tracing*, afferente al consorzio *PEPP-PT: Pan-European Privacy-Preserving Proximity Tracing*[31]). Va subito sottolineato che verrebbero inviati i soli *ID* temporanei raccolti "in entrata" (*local proximity list*), dal singolo *device* del contagiato ai *server* dove andrebbero poi "smistati": il compito di informare i contatti intrattenuti dall'utente infetto è, infatti, affidato al gestore del *back-end server* (che potrebbe prevedere, peraltro, l'intervento umano), operando una conversione, attraverso una tabella, tra i codici temporanei e gli *ID* univoci, forniti direttamente dal *server* stesso al tempo della configurazione di ciascuna *app* dopo l'installazione; ciò determina, naturalmente, l'equivalenza – ma non necessariamente l'identificazione[32] – *one user = one person*. La soluzione centralizzata, in fin dei conti, è istituzionalmente vocata a raccogliere molte più informazioni, anche per le ragioni di velocità e accuratezza nel contattare i soggetti che sono stati esposti al virus, pure in maniera indiretta. In sostanza, il sistema centrale procederà a notificare coloro che presentano i codici (univoci) ricavabili indirettamente da quelli temporanei, raccolti dalla applicazione del soggetto positivo al Covid-19; facendo uso, se del caso, di parametri anche in parte diversi rispetto a quelli spazio-temporali utilizzati dall'*app* per la raccolta dei singoli *ID*.

Diversamente, nel sistema al momento più diffuso, quello decentralizzato (per tutti il *DP^3T: Decentralized Privacy-Preserving Proximity Tracing*[33], seguito dal protocollo *Privacy-Preserving Contact Tracing* relativo ad una serie di *API* nate dal consorzio *Google-Apple*, in costante aggiornamento, ove si rende possibile, tra l'altro, per il tramite di apposite procedure, l'interoperabilità tra i differenti sistemi operativi *mobile*[34]) l'au-

---

[31] Per maggiori dettagli, https://github.com/ROBERT-proximity-tracing/documents/blob/master/ROBERT-specification-EN-v1_0.pdf e https://github.com/pepp-pt/pepp-pt-documentation.

[32] Il *ROBERT* non è molto chiaro sul punto, dal momento che dapprima parla di dati anonimi, in riferimento alle sole informazioni raccolte dalla singola *app* e trasferite al *server* centrale; sottolinea poi che i dati dei contatti vengono salvati sul *server* come pseudonimi.

[33] https://github.com/DP-3T/documents/blob/master/DP3T%20White%20Paper.pdf

[34] https://www.apple.com/covid19/contacttracing. C'è da dire che optando per il sistema decentralizzato,



torità centrale – comunque presente, stante la necessità di avere un *server* dove ricevere e ri-trasmettere gli *ID* generati dai singoli dispositivi – si limita a fornire un codice autorizzativo (*one time password*) all'utilizzatore dell'*app*, se risultato positivo al Covid-19, attraverso il quale risulta possibile effettuare l'*upload* in rete delle sole chiavi crittografiche generate e inviate dal proprio *device* [35]. Con una lista – che funziona pressoché da "albo" – contenente gli *ID* dei soggetti risultati positivi al *test*, costantemente aggiornata e scaricata in modo automatico su tutti i dispositivi, è possibile effettuare il *match* con le chiavi già memorizzate dai vari contatti direttamente sul *device*, sì da generare *intra-app* un *alert* nel caso in cui l'algoritmo produca un risultato superiore alla soglia minima prestabilita per il rischio di contagio.

Mantenendo ferme per i modelli descritti le opportune misure di sicurezza informatica (specie per prevenire eventuali attacchi ai *server* [36]), entrambi presentano dei vantaggi e degli svantaggi quando messi a raffronto con la normativa posta a presidio del trattamento dei dati personali. Tuttavia, la scelta della strategia dovrebbe essere giustificata non solo sulla base del criterio di "gradualità" [37] delle misure di *contact tracing* e del principio di minimizzazione dei dati, bensì tenendo adeguatamente conto delle maggiori utilità (e costi) conseguibili attraverso una architettura piuttosto che l'altra rispetto allo scopo perseguito.

Preliminarmente, occorre individuare, in maniera preventiva, le categorie di informazioni realmente necessarie per l'utilizzo dello strumento del *digital contact tracing*, specialmente quando l'*app* può funzionare, almeno in principio, anche soltanto con dati non personali, prescindendo persino da un vero e proprio "trattamento" [38]. Di conseguenza, ci

---

il consorzio *Google-Apple* ha praticamente reso impossibile, di fatto, lo sviluppo di altre soluzioni realmente competitive e compatibili con l'API proposta.

[35] Precisamente, ai singoli dispositivi vengono inviati gli *ID* giornalieri, dai quali è possibile ricavare, tramite un algoritmo definito, i vari *EphID*, così da controllare se sono presenti nella lista di quelli già raccolti.

[36] L'accumulo di grandi quantità di *file*, in un *database* centrale, ad esempio, costituisce un aspetto critico nell'ipotesi di eventuali *data breach* o altri *leaks*, richiedendo uno sforzo considerevole in termini di sicurezza dei dati.

[37] Così si esprime A. SORO, *Audizione informale, in videoconferenza, del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali sull'uso delle nuove tecnologie e della rete per contrastare l'emergenza epidemiologica da Coronavirus*, 8 aprile 2020, https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9308774.

[38] Così anche la TASK-FORCE COVID-19 (Italia), Sottogruppo di lavoro "Profili giuridici della gestione dei dati connessa all'emergenza", *Relazione tecnico-giuridica sui profili connessi all'eventuale adozione di una soluzione di contact tracing per il contrasto al Covid-19*, https://innovazione.gov.it/assets/docs/SGdL8%20-%20Relazione%20profili%20giuridici%20contact%20tracing.pdf.



si deve chiedere se sia possibile utilizzare informazioni (ragionevolmente [39]) anonime e, in via residuale, degli pseudonimi, che sono comunque considerati alla stregua di dati personali [40]. Ancora, va rammentato che se le finalità per le quali si trattano i dati personali non richiedono (fin dal principio) o non richiedono più l'identificazione dell'interessato, il titolare del trattamento non è obbligato a conservare, acquisire o trattare ulteriori informazioni per identificare l'interessato ai soli fini del rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali (art. 11, GDPR).

Prendendo il modello centralizzato, il nodo più critico riguarda il fatto che le informazioni trattate dall'amministrazione centrale tendono a rendere molto semplice l'identificabilità della persona. In particolare, all'atto di caricamento dei codici ricevuti, comunque effettuato con l'ausilio del personale socio-sanitario, sarebbe possibile incrociare la scheda anagrafica (*rectius*: dati identificativi) del soggetto risultato positivo con l'*ID* numerico di riferimento. È sempre associato, infatti, un codice univoco all'utilizzatore dell'*app* – ciò che permette, a differenza del modello decentralizzato, di sondare altresì i contatti indiretti, quelli cioè di coloro che hanno incrociato il soggetto infettato per primo – il quale però è noto solo dall'autorità pubblica, mai ai terzi: si tratterebbe allora di dato pseudonimo per l'autorità, ma (relativamente [41]) anonimo per tutti gli altri, dal momento che la chiave di codifica sarebbe loro sconosciuta [42]. Forse una garanzia maggiore, basata su una precisa scelta di *accountability*, potrebbe derivare dal ricorso alla categoria dei c.d. "dati de-identificati" (art. 11, GDPR): quando il titolare del trattamento, in ragione

---

[39] EDPB, *Guidelines 04/2020 on the use of location data and contact tracing tools*, cit., 5, parla di tre criteri fondamentali da seguire per stabilire se un dato è anonimo: «(i) singling-out (isolating an individual in a larger group based on the data); (ii) linkability (linking together two records concerning the same individual); and (iii) inference (deducing, with significant probability, unknown information about an individual)»; ma cfr. anche il *Considerando* § 26, GDPR. Tuttavia, come osserva C. IRTI, *Dato personale, dato anonimo e crisi del modello normativo dell'identità*, in *Juscivile*, 2, 2020, 388, se i dati personali possono essere qualificati come "anonimi" solo qualora l'anonimato sia irreversibile, oggi, anche alla luce delle tecnologie, dei modelli algoritmici e della mole enorme di informazioni reperibili nella Rete, non sembra possibile definire un dato veramente "anonimo".

[40] Sottolinea E. PELLECCHIA, *Dati personali, anonimizzati, pseudonimizzati, de-identificati: combinazioni possibili di livelli molteplici di identificabilità nel GDPR*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2020, 362, come con la pseudonimizzazione ci si riferisce, in realtà, ad un metodo di trattamento piuttosto che ad una tipologia di dati.

[41] Cfr. CGUE 19 ottobre 2016, causa C-582/14, caso *Breyer*, per la quale le informazioni che consentono di identificare l'interessato non devono, per forza, essere detenute da un unico soggetto, come, ad esempio, nel caso degli indirizzi *IP*. Sul punto, diffusamente, C. IRTI, *Dato personale, dato anonimo e crisi del modello normativo dell'identità*, cit., 388 ss.

[42] In argomento, A. GADOTTI, *Privacy e contact tracing: cosa può andare storto? Ecco i rischi concreti*, in *agendadigitale.eu*, 7 maggio 2020.



della finalità perseguita, non presenta più alcun interesse a conservare (successivamente) gli identificativi che consentono di ricollegare i dati alle persone, si potrebbe andare ad alleggerire la quantità e la qualità di dati in suo possesso e, di conseguenza, gli obblighi ai quali sottostare; solamente dove l'interessato sia in grado di fornire elementi identificativi, la re-identificazione sarà ulteriormente possibile [43].

Ancora, la trasmissione delle chiavi al *server*, da parte del soggetto positivo al *test* del Covid-19, potrebbe essere associata ad un indirizzo *IP*, il quale è pacificamente inteso come dato personale [44]. Forse, qui varrebbe la pena prevedere la fornitura gratuita di una *Virtual Private Network* (VPN) al momento del caricamento *online* delle chiavi collezionate sul dispositivo, per celare l'informazione, o comunque l'utilizzo di un *proxy* per la connessione al *server*, qualora non sia prevista, per impostazione predefinita (*data protection by default*), la non conservazione ovvero la cancellazione immediata del traffico di rete.

Procedere alla identificazione della persona sarebbe possibile, inoltre, attraverso la realizzazione di un grafo sociale (c.d. *social graph*), mettendo in correlazione i singoli *ID* caricati sul *server* con altre informazioni ausiliari eventualmente in possesso (es. *SMS*, *social network*, *GPS*), sì da desumere chi ha visto chi e quando è avvenuto l'incontro [45]. Peraltro, con l'ausilio di una vera e propria rete di "captatori" *Bluetooth* (facili da installare e poco costosi), si sarebbe addirittura in grado di tracciare gli spostamenti degli utenti, in quanto la cronologia dei movimenti giornalieri di ogni individuo, ricavabile in forza della conversione dei molteplici *EphID* nei codici univoci, è sempre unica e distinta per ciascun membro della popolazione [46].

Un ulteriore questione della soluzione centralizzata riguarda aspetti di natura organiz-

---

[43] Per una precisa analisi dell'art. 11, GDPR, E. PELLECCHIA, *Dati personali, anonimizzati, pseudonimizzati, de-identificati*, cit., 367 ss.

[44] Al riguardo, A. POLIMENI, *Immuni, i presupposti perché sia efficace e pro-privacy*, in *agendigitale.eu*, 24 aprile 2020. Per quanto concerne gli indirizzi *IP*, è sufficiente ricordare il Considerando § 30, GDPR, secondo cui *«[l]e persone fisiche possono essere associate a identificativi online prodotti dai dispositivi, dalle applicazioni, dagli strumenti e dai protocolli utilizzati, quali gli indirizzi IP, a marcatori temporanei (cookies) o a identificativi di altro tipo, come i tag di identificazione a radiofrequenza. Tali identificativi possono lasciare tracce che, in particolare se combinate con identificativi univoci e altre informazioni ricevute dai server, possono essere utilizzate per creare profili delle persone fisiche e identificarle»*.

[45] Vedi THE DP-3T PROJECT, *Privacy and Security Risk Evaluation of Digital Proximity Tracing Systems*, 21 aprile 2020, https://github.com/DP3T/documents/blob/master/Security%20analysis/Privacy%20and%20Security%20Attacks%20on%20Digital%20Proximity%20Tracing%20Systems.pdf.

[46] In questo senso GADOTTI, *Privacy e contact tracing*, cit. Cfr. anche M. VEALE, *Analysis of the NHSX Contact Tracing App 'Isle of Wight' Data Protection Impact Assessment*, in *LawArXiv Papers*, 9 maggio 2020, 4.



zativa, relativi all'individuazione, in concreto, dei soggetti che possono accedere ai dati contenuti nell'*app*, i quali dovrebbero essere anche gli unici in possesso delle tabelle di decriptazione, onde procedere alla "lettura" delle informazioni raccolte con il *contact tracing*. Quasi paradossalmente, il sentore diffuso è stato però quello di una sfiducia pressoché totale per le *app* gestite, in maniera accentrata, da parte delle strutture sanitarie nazionali, che sono, peraltro, le stesse deputate alla cura delle persone malate.

Diversamente, la strategia prescelta dalla quasi totalità dei Paesi europei, nonché promossa dagli operatori del mercato – in particolare, la *joint venture* creata da Google e Apple – è stata quella di sottolineare il principale vantaggio che il sistema di tracciamento decentralizzato presenta: dal momento che i codici sono generati, conservati e incrociati tra di loro direttamente sul dispositivo, l'autorità pubblica si trova a processare molte meno informazioni, senza venire nemmeno a conoscenza di coloro i quali non abbiano intrattenuto alcuno scambio di codici con soggetti successivamente trovati positivi al Covid-19 [47]. Eppure, forse con una certa incoerenza, non si guarda molto al fatto che vengono collezionati su milioni di *devices* anche gli *ID*, seppur – astrattamente – anonimi, di soggetti infetti, quindi dati relativi alla salute, che ben potrebbero essere captati con intenzioni malevoli [48].

Nella soluzione decentralizzata, il rischio di identificazione, oltre ad essere correlato ai dati del traffico di rete, è relativo proprio alla conservazione degli *ID* sui dispositivi stessi, qualora il *device* stesso sia oggetto di un attacco informatico, di uno "spionaggio" premeditato (c.d. "*paparazzi attack*" [49]) o comunque il codice dell'infetto possa essere associato ad altre informazioni ausiliarie idonee a identificare quest'ultimo. Sul punto

[47] Si ricordi come vengono condivise le sole informazioni relative ai codici generati e inviati dall'utilizzatore, non anche gli *ID* di coloro che sono entrati nel raggio della *app* di tracciamento, rendendo così molto difficile – ma non impossibile – procedere alla re-identificazione dei vari utenti.

[48] Inoltre, a seguito del *match* positivo sul dispositivo dell'utente, nelle *app* basate sul sistema decentralizzato, ad esempio l'*app* nazionale "Immuni", si è prevista altresì la possibilità che l'*app* possa trasmettere, in modo automatico e secondo un modello probabilistico, alcune informazioni al *backend* di "Immuni" che riguardano: la ricezione o meno di una notifica di esposizione al rischio, la data dell'eventuale ultimo contatto stretto con soggetto risultato positivo, la provincia di domicilio, nonché indicatori tecnici relativi al dispositivo dell'utente e all'utilizzo dell'*app*. Sul punto, GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Provvedimento di autorizzazione al trattamento dei dati personali effettuato attraverso il Sistema di allerta Covid-19 – App Immuni*, 1 giugno 2020, https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9356568.

[49] In argomento, V. IOVINO, *Contact tracing, la Francia si disallinea: ecco la sua "terza via"*, in *agendadigitale.eu*, 1 giugno 2020, laddove si menziona anche la proposta di protocollo "misto" DESIRE (https://github.com/3rd-ways-for-EU-exposure-notification/project-DESIRE/blob/master/DESIRE-specification-EN-v1_0.pdf).



però va fatta una precisazione importante: qualsiasi sistema di *digital contact tracing* è vulnerabile a un attacco eseguito da un utente sufficientemente esperto che decida, in modo proattivo, di modificare il funzionamento dell'*app*, ad esempio, in modo da registrare l'ora esatta in cui avviene ogni singolo contatto ovvero di (ri-)trasmettere informazioni "false" (come di positività al virus), estendendone il campo di irradiazione spaziale [50].

In virtù del modello prescelto, deve concludersi, pertanto, che non vi è alcuna certezza circa la "non-presenza" di dati personali nel tracciamento digitale di prossimità, in quanto il rischio è connaturato proprio all'elaborazione automatica di informazioni personali [51]. Di qui, la preoccupazione, segnalata in apertura, circa un suo utilizzo eversivo, distorto o comunque non compatibile con le finalità chiaramente delineate al momento del *download* dell'applicazione; sicché si spiega l'intensa attività dei vari attori europei (ad esempio, la Commissione europea, l'*EDPB*, l'*EDPS* e, nell'esperienza italiana, il Garante), volta a individuare le linee direttrici per implementare una strategia di tutela degli interessati già all'atto dell'ideazione del *software*. In ciò, si salda lo stretto rapporto di complementarietà, oggi maggiormente diffuso nell'ambiente digitale, tra scienza giuridica e tecniche dell'informazione [52].

Comunque sia, entrambe le architetture descritte sono compatibili, in astratto, con i principi generali applicabili al trattamento dei dati personali, in particolare con il principio di minimizzazione, se non altro perché il potenziale rischio di identificazione dei soggetti è lasciato, in realtà, a situazioni per lo più patologiche. Non sembra casuale la scelta di non procedere alla creazione di un *account* personale per ciascun utente, di per sé sproporzionato rispetto alle finalità cui è rivolta l'applicazione: del tutto ingiustificata sarebbe, infatti, la collezione di una serie di informazioni per nulla legate ai requisiti-base di funzionamento del sistema che renda possibile il tracciamento di prossimità [53]. C'è da dire però che questa scelta, sebbene correlata al rispetto del principio di minimizzazione, presenta un inconveniente pratico di inefficienza palese: per la medesima persona è pur sempre possibile attivare l'*app* di *contact tracing* su dispositivi diversi ma

[50] Per non parlare dei rischi derivanti dall'estrazione dei dati da un dispositivo rubato o "clonato".

[51] Come affermato anche dai ricercatori del DP^3T nel documento *Privacy and Security Risk Evaluation of Digital Proximity Tracing Systems*, 21 aprile 2020, https://github.com/DP3T/documents/blob/master/Security%20analysis/Privacy%20and%20Security%20Attacks%20on%20Digital%20Proximity%20Tracing%20Systems.pdf , p. 1.

[52] Per un'introduzione al tema, G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*[3], Torino, 2016, 81 ss.

[53] Ne è evidente, ancora, il netto rifiuto del ricorso ai *location data*.



sempre ad essa appartenenti, per il tramite di veri e propri *fake accounts*; questi ultimi potrebbero essere utilizzati in contesti diversi, per periodi di tempo limitato, etc., rendendo, di conseguenza, inefficace ma anche socialmente dannosa la collezione delle informazioni dalle persone. Il possibile *trade-off* tra efficienza tecnologica e garanzia dei dati personali, ancora una volta, non è privo di risvolti pratici, particolarmente rilevanti.

3. – Posto che le operazioni di *contact tracing* possono costituire, potenzialmente, un trattamento sistematico e penetrante di dati personali, la scelta tecnica, in pratica adottata, non è mai neutrale quanto all'interferenza sulla sfera giuridica dell'individuo; anzi, il concreto funzionamento della tecnologia può incidere su plurimi aspetti della sua personalità, tra i quali l'identità, la riservatezza, come pure sulla quantità e sulla qualità di dati personali che vengono raccolti, conservati ed successivamente diffusi, pur nell'ottica del minor sacrificio per l'interessato [54].

Mettendo a confronto i diversi modelli ipotizzati, prima, e implementati, poi, con riferimento al tracciamento digitale dei contatti, si è visto come le tecniche dell'informazione richiedano, in maniera non conflittuale bensì complementare, un'attenta considerazione delle questioni giuridiche sottese all'elaborazione automatica di informazioni, al fine di garantire, allo stesso tempo, il funzionamento delle nuove tecnologie compatibilmente con i diritti fondamentali della persona che ne possono venire intaccati [55].

Assumendo che il *digital contact tracing* rappresenti sempre un trattamento dati personali, ancorché pseudonimi (per esempio, le *Temporary Exposure Key* dell'*app* nazionale italiana "Immuni" [56]), un quesito interessante è quello di domandarsi se il rispetto, da parte del titolare del trattamento, dei principi generali applicabili al trattamento, l'ana-

---

[54] Sul punto, non può che richiamarsi S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014, 37 ss. Per una diversa prospettiva, L. LESSIG, *Code: And Other Laws of Cyberspace*, Version 2.0, New York, 2006, http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf, p. 24 ss., nonché J.R. REIDENBERG, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, in *Texas Law Review*, 76, 1997, 553 ss.

[55] La sinergia fra tecnologia e diritto, come un'alternativa meritevole di essere percorsa accanto alla tipica definizione di precisi modelli comportamentali, è sottolineata da A. MANTELERO, Digital privacy: *tecnologie "conformate" e regole giuridiche*, in *Privacy digitale. Giuristi e informatici a confronto*, F. BERGADANO, A. MANTELERO, G. RUFFO, G. SARTOR, (a cura di), Torino, 2005, 38.

[56] Così la *Valutazione d'impatto sulla protezione dei dati personali presentata dal Ministero della Salute relativa ai trattamenti effettuati nell'ambito del sistema di allerta Covid-19 denominato "Immuni"*, Nota sugli aspetti tecnologici, 3 giugno 2020, https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9357972.



lisi dei rischi ragionevolmente prevedibili e l'implementazione dei canoni della c.d. *privacy by design* e *by default*, ivi compresa l'adozione di misure di sicurezza, tecniche e organizzative, possano bastare, astrattamente, per legittimare il tracciamento, oppure l'intervento del legislatore sia da considerarsi, in tale situazione, dirimente. Allo stesso tempo, ci si deve chiedere se individuare le precise modalità tecniche di funzionamento delle *app*, sempre in relazione al trattamento dei dati personali, sia una compito lasciato ai soli assetti normativi, ovvero sia richiesto, mettendo assieme vincoli giuridici e informatici, l'intervento di ulteriori elementi, all'interno del medesimo processo di definizione di una nuova tecnologia.

Il tema della base giuridica, ovvero del presupposto di liceità (*rectius*: legittimità [57]) del trattamento, sul quale fondare le operazioni compiute con le informazioni ricavabili dalle *app* di tracciamento, se riconducibili a persone fisiche identificabili, si pone come un momento preliminare dell'indagine. La volontarietà, da più parti affermata, circa l'utilizzo dell'applicazione [58] – onde evitare, oltremodo, la violazione dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, in ragione del noto fenomeno del *digital divide* – non significa che il trattamento debba basarsi senz'altro sul consenso, ipotesi comunque (astrattamente) possibile. Eppure, la manifestazione di volontà dell'interessato si mostra difficilmente coniugabile con un trattamento posto in essere per la tutela della salute della generalità dei consociati, dal momento che è l'interesse pubblico il motivo per cui si giustifica la raccolta automatizzata di determinate informazioni personali [59]; interesse che, appunto, deve trovare compiuta definizione in una norma di legge dell'Unione Europea o dei singoli Stati membri (art. 6, GDPR) [60]. Quando poi le informazioni trattate

---

[57] In questo preciso senso F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in G. FINOCCHIARO (diretto da), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, 101 ss.

[58] Per tutti, EDPB, *Guidelines 04/2020 on the use of location data and contact tracing tools*, cit., 4.

[59] *Considerando* § 46, GDPR: «*Alcuni tipi di trattamento dei dati personali possono rispondere sia a rilevanti motivi di interesse pubblico sia agli interessi vitali dell'interessato, per esempio se il trattamento è necessario a fini umanitari, tra l'altro per tenere sotto controllo l'evoluzione di epidemie e la loro diffusione o in casi di emergenze umanitarie, in particolare in casi di catastrofi di origine naturale e umana*». La disciplina di protezione dei dati personali, dunque, contempla già limitazioni necessarie a garantire la salute pubblica, seppur attraverso criteri di proporzionalità, precauzione e temporaneità: così GRUPPO DI LAVORO ISS BIOETICA COVID-19, *Protezione dei dati personali nell'emergenza COVID-19*, Rapporto ISS COVID-19, n. 42/2020, https://www.iss.it/documents/20126/0/Rapporto+ISS+COVID-19+42_2020.pdf/c41c7375-4d41-0cec-e20f-16519b855b43?t=1591865185185, 1.

[60] Prosegue l'art. 6, par. 3, GDPR: «*Tale base giuridica potrebbe contenere disposizioni specifiche per adeguare l'applicazione delle norme del presente regolamento, tra cui: le condizioni generali relative alla liceità del trattamento da parte del titolare del trattamento; le tipologie di dati oggetto del trattamento; gli*



ricadono nell'alveo di dati "sensibili", come appunto quelli sanitari (ad esempio, la conoscenza dello stato di soggetto infetto, al momento della positività al virus), entra in gioco proprio la deroga al divieto di trattare categorie particolari di dati personali: ciò è consentito, in particolare, quando il diritto dell'Unione o dei singoli Paesi, per finalità di sicurezza sanitaria, prevenzione, allerta o controllo di malattie trasmissibili e altre minacce gravi alla salute – motivi di sicuro interesse pubblico – dispongano misure appropriate e specifiche garanzie, al fine di tutelare i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato (art. 9, par. 1, lett. *i*, GDPR) [61].

Appurata la necessità di avere, a fondamento dell'intero sistema di *digital conctact tracing*, una base legislativa (per l'Italia, ad esempio, l'art. 6, d.l. 30 aprile 2020, n. 28, conv. in l. 25 giugno 2020, n. 70), l'interrogativo, sopra proposto, emerge con forza crescente [62]: può il diritto, da solo, costituire il solo mezzo idoneo ad individuare le "misure appropriate e specifiche garanzie" che salvaguardino i diritti degli interessati circa un utilizzo sproporzionato dei dati personali che gli strumenti di tracciamento digitale abbisognano?

Posto che la sicurezza dei dati personali costituisce un principio imprescindibile ma funzionale al loro trattamento [63], la risposta deve essere rinvenuta conducendo piuttosto

---

interessati; i soggetti cui possono essere comunicati i dati personali e le finalità per cui sono comunicati; le limitazioni della finalità, i periodi di conservazione e le operazioni e procedure di trattamento, comprese le misure atte a garantire un trattamento lecito e corretto, quali quelle per altre specifiche situazioni di trattamento di cui al capo IX. Il diritto dell'Unione o degli Stati membri persegue un obiettivo di interesse pubblico ed è proporzionato all'obiettivo legittimo perseguito».

[61] Da notare come sia rimasto abbastanza sopito il dibattito circa una eventuale applicazione all'art. 23, GDPR, secondo cui il diritto nazionale o dell'Unione cui è soggetto può limitare, mediante misure legislative, la portata di taluni obblighi e diritti presenti nel Regolamento stesso. Inoltre, stando all'art. 5, Direttiva 2002/58/CE (c.d. "Direttiva *ePrivacy*"), relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche – attualmente in fase di revisione e aggiornamento presso le sedi istituzionali europee – sarebbero vietati l'ascolto, la captazione, la memorizzazione e altre forme di intercettazione o di sorveglianza delle comunicazioni, e dei relativi dati sul traffico, ad opera di persone diverse dagli utenti, senza consenso di questi ultimi, eccetto quando ciò venga autorizzato per legge. Tuttavia, non sarebbe impedita l'eventuale memorizzazione tecnica o l'accesso al solo fine di effettuare o facilitare la trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica, o nella misura strettamente necessaria a fornire un servizio della società dell'informazione esplicitamente richiesto dall'abbonato o dall'utente. Così ragionando, la scelta di intervenire giustificando il trattamento dei dati personali per legge, nonché la volontarietà di accesso al servizio di *contact tracing*, appaiono come una soluzione sì "ibrida", ma rispettosa comunque dei dettami normativi di fonte europea.

[62] Va detto però che più di incentrarsi sulle questioni relative alla protezione dei dati personali – se non per i profili e alle condizioni di cui subito si dirà – tutte le normative statali dovrebbero piuttosto focalizzarsi sulle altre attività complementari al tracciamento, predisponendo una organizzazione (di mezzi) mirata, al fine di pervenire, per quanto possibile, ad una pronta reazione ad eventuali nuovi "focolai" (ad esempio, effettuando "tamponi" o test sierologici).

[63] Cfr. A. MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 155.



un'azione concertata tra la disciplina del trattamento e la strutturazione delle *app* di *tracing* [64]. Ciò che risulta assolutamente necessario implementare, in sostanza, è un apparato di misure tecniche e organizzative preventive, ma anche pro-attive, le quali garantiscano che i diritti dei singoli non vengano oltremodo intaccati, più di quanto strettamente necessario allo scopo specificato [65].

L'attenzione va focalizzata, in particolare, proprio sull'intreccio fra le finalità e le modalità di un trattamento che si dimostri davvero rispettoso dei principi e delle regole applicabili alla protezione dei dati personali [66]. Così, il sistema di *tracing* digitale non dovrebbe essere mai in grado di raccogliere più informazioni di quanto realmente necessario alla resa del servizio fornito di *alert* (come messaggi, numeri di telefono, indirizzi *e-mail*, identificativi del dispositivo), in base al contatto ravvicinato con qualcuno risultato successivamente infetto [67]. D'altronde, non pare ammissibile l'eventualità di un trattamento di dati personali ulteriore, compiuto per altre finalità, cioè per scopi diversi da quelli riconducibili al tracciamento (salvo quanto si dirà in relazione alla ricerca scientifica); sicché i dati raccolti non dovrebbero di per sé permettere successive attività diagnostiche o terapeutiche compiute per il tramite della sola *app* di *tracing*, men che meno il controllo sul rispetto delle misure di auto-isolamento del paziente infetto, finalità, queste, estranee allo scopo precipuo cui l'applicazione di tracciamento è indirizzata [68].

Ora, se la determinazione dell'obiettivo cui è rivolta l'*app* di *tracing* è senz'altro compiuta a monte (per lo più, dal legislatore), mediante un'operazione di contemperamento tra diversi interessi, solamente la tecnica stessa è in grado di confermare, nel processo di definizione del *software* medesimo, quali informazioni si mostrano davvero

---

[64] Come sottolinea R. PANETTA, *Privacy is not dead: it's hiring!*, in ID. (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole di mercato*, Milano, 2019, 28, si parla di un evidente mutamento di prospettiva rispetto allo schema che vede la tecnologia quale elemento logicamente e cronologicamente precedente alla regolamentazione del trattamento dei dati personali.

[65] Equilibrio, molte volte, ostico da realizzare, tenuto conto che le logiche informatiche, anche le più complesse, ragionano pur sempre per valori assoluti (cioè "vero" o "falso"), per lo più rispecchianti l'algebra di Boole.

[66] Come osserva WP-ART. 29, *Opinion 1/2010 on the concepts of "controller" and "processor"*, 16 febbraio 2010, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp169_en.pdf, p. 14: «In other words, "means" does not only refer to the technical ways of processing personal data, but also to the "how" of processing, which includes questions like "which data shall be processed", "which third parties shall have access to this data", "when data shall data be deleted", etc.»

[67] Ancorché la tendenza vada, come si è già constatato, nella direzione di informazioni rese (ragionevolmente) anonime.

[68] Cfr. G. RESTA, *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19*, in *giustiziacivile.com*, 5 maggio 2020, 16.



adeguate, necessarie e proporzionate allo scopo perseguito. Ciò importa, pertanto, una decisione di fondo nello sviluppo dell'*app*, fin dal momento della progettazione (*data protection by design*) e per impostazione predefinita (*data protection by default*), in modo che siano rispettati non solo i principi generali applicabili al trattamento ed integrate le garanzie per espletarlo in maniera legittima, ma previste altresì opportune tecniche per la tutela dei diritti fondamentali delle persone [69]. Così, appunto, il ricorso alla anonimizzazione (come la generalizzazione o la randomizzazione [70]) o alla creazione di dati pseudonimi, o ancora la programmazione minimale, per scelta *standard*, della quantità e della qualità di dati personali raccolti, della portata del trattamento, del periodo di conservazione, etc [71].; una valutazione, questa, particolarmente complessa, spettante per lo più ai titolari del trattamento, che tiene conto non solo delle concrete operazioni compiute con i dati personali, ma in generale «…dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento…» (art. 25, GDPR) [72]. Componenti e variabili, queste, che non fanno altro che enfatizzare il ruolo assunto oggi dal titolare del trattamento nell'adempimento dei suoi obblighi di responsabilizzazione in riferimento alla tutela dell'interessato, riassunti nel principio di *accountability*, da garantire in maniera ponderata, elastica e dinamica [73].

Posta la questione in questi termini, l'aspetto strutturale della *data protection by design*, inscindibilmente legato alla funzione della tecnologia stessa, accompagna la disci-

---

[69] Cfr. *Considerando* § 78, GDPR, ove specificamente si parla di offrire trasparenza per quanto riguarda le funzioni e il trattamento di dati personali e consentire all'interessato di controllare il trattamento dei dati personali. Per la letteratura non giuridica, si rinvia a M. COLESKY, J. C. CAIZA, J. M. DEL ALAMO, J.H. HOEPMAN, Y.S. MARTIN, *A System of Privacy PaŠerns for User Control*, in *Proceedings of SAC 2018: Symposium on Applied Computing*, 2018, https://www.cs.ru.nl/J.H.Hoepman/publications/PatternsforUserControl.pdf. Sul punto, anche infra, par. 4.

[70] V. WP-ART. 29, *Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques*, 10 aprile 2014, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp216_en.pdf.

[71] Così l'art. 25, GDPR, dove non a caso vengono riportate: «(…) sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione (…)». Sulla differenza tecnica fra la *privacy by design* e la *privacy by default*, vedi F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in ID. (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 112 ss.

[72] Per un approfondimento, F. BRAVO, *L'"architettura" del trattamento e la sicurezza dei dati e dei sistemi*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 791 ss.

[73] Su quest'ultimo aspetto, G. FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento Europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 10 ss.



plina giuridica del sistema di *tracing*, dalla sua ideazione al suo concreto espletamento, in modo tale da far dialogare diritto e tecnica informatica, traducendo pure in termini algoritmici le scelte operate dal punto di vista della protezione dei diritti fondamentali dell'individuo e, nel contempo, constatandone la concreta fattibilità, dal momento prodromico della progettazione dell'*app* sino allo svolgimento delle concrete operazioni in cui si esplica il trattamento. Il dettato normativo, quindi, si apre al coinvolgimento di vari soggetti, aventi competenze diverse, come una sorta di "co-regolazione" da parte di diversi attori [74].

La libertà dell'individuo, dunque, non va scambiata per l'efficienza, mediante una delega cieca all'algoritmo, nella speranza di ottenere una chissà quale soluzione salvifica [75]: l'adozione di una nuova tecnologia richiede sempre, in relazione all'obiettivo prefissato, una valutazione proporzionale in riferimento al suo specifico funzionamento, nonché l'adozione di adeguate cautele per l'identità, la riservatezza, la segretezza delle comunicazioni, e così avanti tutti gli aspetti della persona segnati dall'utilizzo delle tecniche dell'informazione [76]. Eppure, l'analisi sopra effettuata circa il possibile modello di tracciamento, centralizzato o decentralizzato, costituisce l'emersione più evidente dei limiti che la legge sconta nell'assolvere anche al compito di definire, nel dettaglio, le linee tecniche di realizzazione del *software*: la tutela dei diritti fondamentali degli interessati allora non può essere lasciata a mere scelte di fondo, ma richiede una precisa messa a punto tecnica del trattamento medesimo, in modo da prevenire il più possibile eventuali pregiudizi per le persone.

Nondimeno, in continuità con le scelte di progettazione, per il tracciamento di prossimità si pone la strategia di sicurezza dei dati, come la discussione in merito ai meccanismi di memorizzazione delle informazioni, ovvero alle procedure di trasmissione dei dati

---

[74] Cfr. G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una "disruption" della regolamentazione giuridica*, cit., 414 ss. per una disamina delle possibili relazioni che possono innescarsi tra norme tecniche e norme giuridiche; ma già A. MANTELERO, Digital privacy: *tecnologie "conformate" e regole giuridiche*, cit., 42, laddove si evidenzia che «(…) la suddetta distinzione fra intervento normativo ad opera del legislatore e regolamentazione attraverso il ricorso alle scelte dei privati, fondate sull'autoregolamentazione o sulle dinamiche del mercato, non va interpretata in maniera eccessivamente rigida ed alternativa, essendo immaginabile, ed anzi sovente auspicabile, un'integrazione fra le due fonti, secondo la recente tendenza favorevole a forme di "co-regolazione" di internet».

[75] A. SORO, *Tracciamento contagi coronavirus, ecco i criteri da seguire*, cit.

[76] Per un'analisi particolare dell'approccio richiamato nel testo, M. HILDEBRANDT, *Saved by Design? The Case of Legal Protection by Design*, in *Nanoethics*, 11, 2017, 307 ss., secondo la quale, dal momento che la maggior parte della popolazione non è in grado di capire immediatamente il funzionamento delle tecnologie, queste devono presentate dagli sviluppatori in modo da essere, allo stesso tempo, *testable* e *contestable* da parte di tutti. Sul punto, anche *infra*, par. 4.



al *server*. Pure qui emerge la necessità di prevedere, in concreto, misure tecniche ed organizzative, proporzionate ai rischi sulla sicurezza derivanti dal trattamento di dati personali [77]. Così, la chiave generata dai dispositivi deve presentare elevati *standard* di protezione e resilienza non solo nel momento in cui i dati vengono trasferiti sul *database* centrale (nel modello centralizzato) ovvero sul "*server*-lista" (nel modello decentralizzato), ma anche fin quando sono conservati all'interno dell'*app*. *Standard*, questi, che il legislatore difficilmente può essere in grado di individuare nel dettaglio (come, ad esempio, la crittografia specifica con chiave segreta o l'utilizzo di *hash* [78]), ma che deve per forza delegare alle scelte operazionali dei soggetti "attivi" del trattamento, compreso, naturalmente, il loro sapere tecnico [79].

Parimenti essenziale risulta allora l'organizzazione complessiva sulla quale si fonda il trattamento (*rectius*: tracciamento) stesso, ove in ragione di plurimi elementi e variabili di rischio vengono stabilite le misure tecniche e organizzative adeguate a garantire che per tutta la durata del trattamento, dalla fase prodromica al suo concreto esercizio, esso sia pienamente legittimo [80]. Al fine di ascrivere precisi obblighi e relative responsabilità, è necessario stabilire con assoluta precisione, infatti, chi sono i soggetti che vanno ad assumere la qualifica di titolare del trattamento (ad esempio, autorità pubbliche, per lo più nel campo sanitario); a ciò si aggiungano, ancora, gli eventuali contitolari ovvero responsabili del trattamento, nominati in base a requisiti specifici di affidabilità (anche esterni, *partner* privati, per lo più tecnici, come programmatori, sviluppatori e informatici [81]) e, da ultimo, gli autorizzati/incaricati al trattamento (plausibilmente, medi-

---

[77] Il rimando è all'art. 32, GDPR, dedicato alla sola "sicurezza del trattamento". Non a caso, il legislatore europeo è intervenuto, di recente, con la Direttiva 2016/1148/UE recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione (c.d. "Direttiva NIS"), alla quale è stata data attuazione, in Italia, con il d.lgs. 18.5.2018, n. 65. In argomento, F. BRAVO, *L'"architettura" del trattamento e la sicurezza dei dati e dei sistemi*, cit., p. 785 ss., 804 ss.

[78] Al riguardo, G. D'ACQUISTO, M. NALDI, Big data *e* privacy by design. *Anonimizzazione, pseudonimizzazione, sicurezza*, Torino, 2017, 41 ss.

[79] Significativo che proprio il legislatore italiano, , alla luce del nuovo ruolo assunto dal principio di *accountability*, in sede di adeguamento al GDPR (d.lgs. 10.8.2018, n. 108), abbia modificato il d.lgs. 29.7.2003, n. 196 ("Codice della privacy") abrogando l'intero Titolo V – Sicurezza dei dati e dei sistemi della Parte I, nonché l'Allegato B – Disciplinare tecnico in materia di misure minime di sicurezza, per lo più deputati a fornire regole tecniche con riferimento alle misure minime di sicurezza per il trattamento automatizzato di dati personali.

[80] Secondo S. CALZOLAIO, Privacy by design. *Principi, dinamiche, ambizioni del nuovo Reg. Ue 2016/679*, in *Federalismi.it*, n. 24/2017, p. 14, il concetto di *privacy by design* è connaturato proprio al principio di *accountability*, dal momento che arricchisce e specifica i caratteri della progettazione del trattamento.

[81] Cfr. *Considerando* § 78, GDPR: «(…) *In fase di sviluppo, progettazione, selezione e utilizzo di appli-*



ci, operatori socio-sanitari o tecnici amministrativi).

Ora, se la designazione delle autorità pubbliche quali titolari del trattamento, da un lato, non può che spettare al legislatore, almeno nella soluzione delle *app* di tracciamento nazionale [82], non sempre è così per la nomina degli altri soggetti e finanche per l'organizzazione interna in cui si articolano le strutture amministrative. In casi siffatti, regolamenti, protocolli, circolari interne, ma più in generale codici di condotta (art. 40, GDPR), meccanismi di certificazione (art. 42, GDPR), la figura del DPO (art. 37, GDPR), persino atti di autonomia privata (ad esempio, contratti), possono concorrere all'individuazione della struttura della quale il titolare è a capo, in ossequio alle finalità stabilite. Anche se a tutt'oggi quest'ultimo aspetto non è risultato chiaro nelle *app* nazionali [83], la trasparenza dell'assetto organizzativo, che sta dietro al funzionamento dell'applicazione di tracciamento, si mostra come un elemento fondamentale non solo per garantire la fiducia dei cittadini circa l'utilizzo della medesima, ma anche e soprattutto per individuare coloro che, in concreto, sono tenuti a porre in essere le misure che concretano il generale dovere, continuo, di *accountability*, sino alla effettiva attuazione dei diritti che il GDPR riconosce agli interessati (ad esempio, il diritto di accesso, alla cancellazione, alla rettifica, alla limitazione del trattamento, etc.): attività che non possono certo essere lasciate al solo legislatore.

D'altro canto, essendo piuttosto elevato il rischio derivante dal trattamento sistematico e globale di dati personali, approdo obbligato è stata la c.d. *Data Protection Impact*

---

cazioni, servizi e prodotti basati sul trattamento di dati personali o che trattano dati personali per svolgere le loro funzioni, i produttori dei prodotti, dei servizi e delle applicazioni dovrebbero essere incoraggiati a tenere conto del diritto alla protezione dei dati allorché sviluppano e progettano tali prodotti, servizi e applicazioni e, tenuto debito conto dello stato dell'arte, a far sì che i titolari del trattamento e i responsabili del trattamento possano adempiere ai loro obblighi di protezione dei dati. I principi della protezione dei dati fin dalla progettazione e di default dovrebbero essere presi in considerazione anche nell'ambito degli appalti pubblici». Le figure del contitolari del trattamento e dei responsabili potrebbe risolvere, almeno in parte, il fatto che la *privacy by design*, nella prospettiva dell'art. 25, GDPR, come osserva S. CALZOLAIO, Privacy by design, p. 16, appare tutta declinata sul titolare del trattamento, e solo indirettamente, per suo tramite, nei confronti di chi architetta e gestisce i sistemi informatici.

[82] Per l'app italiana "Immuni", il legislatore ha scelto il Ministero della salute come titolare del trattamento.

[83] Vedi, ad esempio, il punto 7 ("Soggetti abilitati ai trattamenti") nell'informativa sull'app "Immuni": https://www.immuni.italia.it/app-pn.html. Da Garante per la protezione dei dati personali, *Provvedimento di autorizzazione al trattamento dei dati personali effettuato attraverso il Sistema di allerta Covid-19 – App Immuni*, cit., si desume che il Ministero della salute si avvale di Sogei S.p.a. e del Ministero dell'economia e delle finanze, limitatamente all'utilizzo del Sistema Tessera Sanitaria, che operano in qualità di responsabili del trattamento, cui vanno aggiunti i soggetti individuati dall'art. 6, co. 1°, d.l. 30.4.2020, n. 28, conv. in l. 25.6.2020, n. 70.



Assessment; operazione, questa, particolarmente delicata e, nella pratica, necessariamente predisposta "a più mani", nonché sottoposta al parere dell'autorità di controllo, secondo le regole della valutazione preventiva d'impatto [84]. Infatti, al tempo della pandemia di Covid-19, proprio i "Garanti" nazionali hanno assunto un ruolo fondamentale di traduzione delle idee astratte in linee-guida concrete [85]: dopotutto, il controllo preventivo di un trattamento che presenti un rischio elevato per gli interessati, in assenza di misure adottate dal titolare del trattamento per attenuarlo, rappresenta un passaggio essenziale del rapporto tra l'uso di nuove tecnologie e la concreta incidenza delle medesime sui diritti e libertà delle persone.

Vieppiù che il GDPR non permette alle autorità di controllo di intervenire solo attraverso una valutazione ipotetica dei rischi connessi al trattamento di dati personali, bensì prevede tutta una serie di strumenti che possano garantire un monitoraggio costante, serio ed effettivo di quello che avverrà dopo, in considerazione dell'evoluzione della situazione reale (tuttora incerta) [86]. La protezione dei dati personali coinvolge l'intero *life-cycle* dell'applicazione, dalla sua ideazione al suo sviluppo, alla fase di *test* a quella di uscita, come pure i *feedback* collegati al suo utilizzo; ciò che rappresenta un aspetto di centrale rilevanza anche al fine di muovere verso il miglioramento di qualsivoglia tecnologia dell'informazione.

Sono rimasti, forse, in disparte i rimedi riconosciuti agli interessati dal trattamento (specie il diritto alla cancellazione [87]), come la possibilità di richiedere l'intervento umano ove siano previste misure completamente automatizzate [88]. In particolare, se il legislatore un domani si esprimesse in proposito, l'esito dell'algoritmo potrebbe coincidere fi-

---

[84] Sulla valutazione d'impatto, si veda A. MANTELERO, *Il nuovo approccio della valutazione del rischio nella sicurezza dei dati. Valutazione d'impatto e consultazione preventiva (artt. 32-39)*, in G. FINOCCHIARO (diretto da), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy*, cit., 287 ss.

[85] Sul carattere multilivello delle procedure di formazione delle regole sul trattamento dei dati personali, C. CAMARDI, C. TABARRINI, Contact tracing *ed emergenza sanitaria*, cit., 38.

[86] Cfr. in particolare l'art. 58, GDPR.

[87] Al riguardo, GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Provvedimento di autorizzazione al trattamento dei dati personali effettuato attraverso il Sistema di allerta Covid-19 – App Immuni*, cit., secondo cui il diritto di cancellazione è esercitabile direttamente tramite l'*app* per tutte le chiavi temporanee (TEK) e gli identificativi di prossimità (RPI) mediante una funzione appositamente messa a disposizione dal *Framework A/G* volta a interrompere l'utilizzo dell'*app* in qualsiasi momento.

[88] In argomento, E. PELLECCHIA, Privacy, *decisioni automatizzate e algoritmi*, in E. TOSI, *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019, p. 420 ss., nonché L. EDWARDS, M. VEALE, *Enslaving the Algorithm: From a «Right to an Explanation» to a «Right to Better Decisions»?*, in *IEEE Security & Privacy*, 16 (3), 2018, p. 46 ss.



nanche con una misura restrittiva ad applicazione automatica (ad esempio, l'obbligo di auto-quarantena)[89]. Il che si traduce nel tema delle garanzie applicabili agli interessati: come potranno difendersi da un trattamento che risulti costruito, di base, su una gestione automatizzata dei dati personali? Il diritto dell'individuo di ottenere la revisione ad opera dell'uomo, all'interno di un procedimento decisionale automatizzato comprendente dati personali, espressamente riconosciuto dall'art. 22 GDPR, sembrerebbe testualmente escluso qualora l'esito algoritmico sia autorizzato dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento. Eppure, per il tramite dell'intervento umano, potrebbero essere corrette – già adesso – eventuali distorsioni e inesattezze dei risultati del *contact tracing*, come i c.d. "falsi positivi" e "falsi negativi", oltre a stemperare i limiti che la tecnologia non è, ancora, in grado di superare (ad esempio, la presenza di un muro tra due *dispositivi* con *app* di tracciamento e *Bluetooth* attivo ovvero il contagio conseguente ad un singolo starnuto…).

La protezione dei dati personali si mostra, dunque, come un elemento essenziale per preservare l'essere umano, in quanto tale, dinanzi all'incessante procedere della tecnologia. Nonostante la proclamata *digital neutrality* del GDPR[90], le scelte tecnologiche effettuate, in fondo, non sono mai veramente indifferenti circa le conseguenze che possono prodursi, anche a livello giuridico, sui diritti e le libertà fondamentali dell'individuo[91].

4. – Un ultimo tema riguarda l'obbligo di eliminare i dati raccolti e conservati non soltanto sui *server*, ma anche nei dispositivi stessi, al termine della situazione emergenziale, la quale dovrebbe consistere, auspicabilmente, in una chiara risposta farmacologica, o quanto prima in un vaccino. La necessaria temporaneità del *digital contact tracing* è dai più sottolineata[92]: una volta superata la fase congiunturale provocata dalla pande-

[89] Cfr. però EDPB, *Guidelines 04/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the COVID-19 outbreak*, cit., p. 8, secondo cui le indicazioni successive alla individuazione di un contatto a rischio non dovrebbero essere affidate ad un trattamento totalmente automatizzato.

[90] Vedi *Considerando* § 15, GDPR.

[91] Sulla tecnica intesa come nuova "fonte del diritto" – seppure *soft law* – si rimanda a C. PERLINGIERI, *Coronavirus e tracciamento tecnologico: alcune riflessioni sull'applicazione e sui relativi sistemi di interoperabilità dei dispositivi*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n. 12-*bis*, p. 838.

[92] Lo stesso EDPS, in una nota, propone la definitiva e irreversibile cancellazione dei dati ovvero l'automatica disinstallazione definitiva dell'*app* (https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/techdispatch/techdispatch-12020-contact-tracing-mobile_en.). In verità, si avrebbe comunque un fallimento della *app* di tracciamento qualora non si raggiungesse una soglia piuttosto elevata di *down-*



mia, i dati collezionati dovrebbero, stando alla disciplina dettata per la protezione dei dati personali, essere eliminati definitivamente, anonimizzati, o quanto meno de-identificati, in modo tale da rendere non esporre più a rischi le singole persone fisiche [93].

Una questione particolare riguarda le eventuali informazioni, distinte dagli *ID* individuali, che eventualmente potrebbero essere state inserite nell'applicazione e conservate nei *server* per finalità di ricerca scientifica [94]. La stessa documentazione relativa al protocollo *DP^3T* parla di una possibile, ulteriore funzione delle *app* di *tracing*, attraverso la quale l'utilizzatore dell'applicazione potrebbe scegliere di fare *opt-in* e fornire i suoi dati agli epidemiologi [95].

Dal momento che gli scopi qui perseguiti sarebbero ben diversi dal tracciamento di prossimità inteso in senso stretto, occorre vagliare questa possibilità alla luce della disciplina giuridica sulla protezione dei dati personali. Ancora una volta, è la risposta tecnologica, se correttamente instradata, che può venire in soccorso: l'uso ponderato della tecnica può portare alla *compliance* della disciplina posta a presidio dei dati personali, qualora le finalità appaiano quanto mai essenziali, nell'ambito di una attività di ricerca scientifica rivolta proprio a trovare una risposta efficace alla pandemia [96]. Soprattutto in tempi in cui lo studio è incentrato sul dato, e questo può facilmente essere estratto e circolare, fondamentale è non solo custodire, adeguatamente, le informazioni raccolte per metterle a disposizione degli scienziati, ma anche favorirne la diffusione al fine di valorizzare il progresso, elemento cardine per l'incremento delle conoscenze umane [97].

---

load pari al 60% della popolazione: così uno studio dell'Università di Oxford https://www.research.ox.ac.uk/Article/2020-04-16-digital-contact-tracing-can-slow-or-even-stop-coronavirus-transmission-and-ease-us-out-of-lockdown.

[93] Così anche l'art. 6, comma 6°, D.L. 30.4.2020, n. 28, conv. in l. 25.6.2020, n. 70: «*L'utilizzo dell'applicazione e della piattaforma, nonché ogni trattamento di dati personali effettuato ai sensi al presente articolo sono interrotti alla data di cessazione dello stato di emergenza disposto con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e comunque non oltre il 31 dicembre 2020, ed entro la medesima data tutti i dati personali trattati devono essere cancellati o resi definitivamente anonimi*».

[94] Questa, ad esempio, la scelta italiana: «*I dati raccolti attraverso l'applicazione di cui al comma 1 non possono essere trattati per finalità diverse da quella di cui al medesimo comma 1, salva la possibilità di utilizzo in forma aggregata o comunque anonima, per soli fini di sanità pubblica, profilassi, statistici o di ricerca scientifica, ai sensi degli articoli 5, paragrafo 1, lettera a) e 9, paragrafo 2, lettere i) e j), del Regolamento (UE) 2016/679*» (art. 6, co. 3°, D.L. 30.4.2020, n. 28).

[95] THE DP^3T PROJECT, *Decentralized Privacy-Preserving Proximity Tracing*, https://github.com/DP-3T/documents/blob/master/DP3T%20White%20Paper.pdf, p. 11.

[96] Cfr. EDPB, *Guidelines 03/2020 on the processing of data concerning health for the purpose of scientific research in the context of the COVID-19 outbreak*, 21 aprile 2020, https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdatascientificresearchcovid19_en.pdf.

[97] Il passaggio dall'approccio teoria-centrico, incentrato sulla prova della plausibilità del risultato finale,



D'altro canto, per quanto riguarda la possibilità di trattamento ulteriore dei dati personali, utilizzati inizialmente per fini diversi, il GDPR ha riconosciuto l'importanza della ricerca, fissando una vera e propria presunzione di compatibilità dei propositi di attività scientifica con le iniziali intenzioni, le quali hanno dato origine alla raccolta dei dati (art. 5, par. 1, lett. *b*): un ulteriore utilizzo a fini scientifici è considerato compatibile, sempreché vengano rispettate tutte le condizioni per avere un trattamento legittimo e siano adottate, in special modo, le opportune misure tecniche ed organizzative, richiamate dalla norma speciale che esorta l'uso attento della minimizzazione dei dati personali nella ricerca, nonché al ricorso alla anonimizzazione – ove possibile senza pregiudicare le caratteristiche intrinseche dell'informazione – o ancora alla psedonimizzazione (art. 89, par. 1, GDPR) [98]. Inoltre, il ruolo dei comitati etici e l'azione delle autorità di controllo appaiono essenziali al fine di garantire l'effettiva possibilità, mediante controlli adeguati, di una successiva divulgazione dei dati raccolti per finalità di ricerca scientifica [99]. Ciò postula altresì una cooperazione internazionale, non solo all'interno del territorio dell'Unione, bensì con trasferimenti di dati relativi alla salute anche al di fuori dei confini europei [100].

Da quanto è emerso, si può affermare chiaramente che l'intreccio tra tecnologia e diritto costituisce, fisiologicamente, un momento ineludibile del dispiegarsi di soluzioni innovative per contrastare la pandemia in atto. In particolare, il dibattito sorto per una concordanza tra *data protection* e uso sapiente delle nuove tecniche dell'informazione, nell'ottica di tutela dei diritti fondamentali della persona, è sicuramente un lascito importante della tragica epoca presente, soprattutto dal punto di vista della consapevolezza dif-

---

a quello dato-centrico, laddove viene incoraggiata la circolazione dei dati già raccolti, è sottolineato da S. LEONELLI, *La ricerca scientifica nell'era dei Big Data*, Milano, 2018, p. 28 ss.

[98] Alle medesime cautele, è possibile altresì la conservazione dei dati personali per una durata superiore a quella prevista dal perseguimento degli scopi inizialmente previsti (art. 5, par. 1, lett. e, GDPR). In tema, sia permesso il rinvio al nostro *La protezione dei dati personali nell'attività di ricerca scientifica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 190 ss.

[99] Quanto all'importanza di una strategia comune di circolazione dei dati epidemiologici raccolti dalle diverse istituzioni, si veda COMM. EU, *Recommendation on a common Union toolbox for the use of technology and data to combat and exit from the COVID-19 crisis, in particular concerning mobile applications and the use of anonymised mobility data*, 8 aprile 2020, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/recommendation_on_apps_for_contact_tracing_4.pdf, p. 9. Del resto, si rende sempre più indispensabile il direzionamento delle informazioni raccolte verso banche dati (aperte) cui gli studiosi possano accedere facilmente, al fine di eseguire tutte le analisi che gli studi epidemiologici richiedono al tempo della Covid-19, anche per un'utilità futura. I proclami della Commissione europea sono sfociati, poi, nel *European COVID-19 Data Platform* (https://www.covid19dataportal.org/).

[100] Cfr. D. POLETTI, *Il trattamento dei dati inerenti alla salute nell'epoca della pandemia*, cit., p. 68.



fusa circa la compenetrazione fra le scienze giuridiche e l'informatica. In sostanza, l'effettività delle misure di protezione dei dati personali non compete solamente alla disciplina giuridica: il *test* di necessità e proporzionalità richiede, nella società dell'informazione, di tenere conto anche delle soluzioni tecniche, presenti e future. Anzi, è proprio «dotandosi di un'architettura giuridica e tecnologica incentrata sul principio del rispetto rigoroso delle regole in materia di tutela dei dati che si può elevare il livello di fiducia nel sistema, rendendolo appunto *trustworthy*» [101].

Per il futuro, dopotutto, momento fondamentale, quanto alla possibilità di diffondere ancora più capillarmente una applicazione di *contact tracing* – condizione necessaria affinché la tecnologia apporti risultati significativi [102] – non sarà soltanto quello di incrementare la presenza di dispositivi *smart* per tutta la popolazione, bensì valorizzare la fiducia dei cittadini, mettendo definitivamente al bando quella che viene per lo più tacciata come la società della sorveglianza o del controllo sociale [103]. Per questo, un fattore determinante per l'affidamento delle persone nell'utilizzo delle *app* di tracciamento è la dimostrazione che verso i cittadini è garantita la protezione dei dati personali, attraverso una architettura chiara e trasparente [104].

---

[101] G. RESTA, *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19*, cit., p. 17, il quale parla, in fondo, di un sistema garantistico come presupposto fondamentale per l'estrinsecarsi di una vera e propria "donazione" dei dati a scopi solidaristici. Sulla trasparenza come strumento per infondere fiducia ai cittadini anche EDPB, *Guidelines 04/2020 on the use of location data and contact tracing tools*, cit., p. 3, nonché *Joint Statement on Digital Contact Tracing by Alessandra Pierucci, Chair of the Committee of Convention 108 and Jean-Philippe Walter, Data Protection Commissioner of the Council of Europe*, https://rm.coe.int/covid19-joint-statement-28-april/16809e3fd7, p. 7, ove si conferma l'evidente necessità di rendere pubblico prima e durante le operazioni di tracciamento come esso realmente funzioni.

[102] Cfr. V. AZZOLINI, *Immuni, perché piace a pochi: ecco gli errori fatti e come migliorare*, in *agendadigitale.eu*, 31 agosto 2020, ove si riscontra che la diffusione della app Immuni risulta bassa rispetto alle attese. A ciò si aggiungono altresì le non chiare indicazioni da seguire alla ricezione della notifica di possibile esposizione al virus, dal momento che l'allertato dovrebbe solamente mettersi in auto-isolamento e contattare il proprio medico di medicina generale, dal momento che il "tampone" non è immediatamente prescritto dall'Azienda sanitaria locale. Come osserva V. AZZOLINI, *Immuni, perché piace a pochi*, cit., «ciò conferma che non c'è alcuna garanzia della terza T della strategia complessiva (*Trace*, *Test*, *Treat*), vale a dire un tampone, e tanto meno che esso sia eseguito tempestivamente o, comunque, entro un tempo certo».

[103] "Siamo preoccupati che nell'effettiva messa in campo dell'applicazione (o delle applicazioni) si possano insinuare interessi che hanno priorità diverse da quella della tutela dei diritti fondamentali dei cittadini e che quindi siano adottate e implementate soluzioni in deroga alla normativa a protezione dei dati": così *Tracciamento dei contatti e democrazia: lettera aperta ai decisori*, https://nexa.polito.it/lettera-aperta-app-COVID19.

[104] COMM. EU, *Orientamenti sulle app a sostegno della lotta alla pandemia di covid-19 relativamente alla protezione dei dati*, 17 aprile 2020, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0417(08)&from=EN, p. 4.



Certo, è naturale che il funzionamento tecnico dell'applicazione o il relativo codice sorgente poco interessano alla gran parte della popolazione; ma anche solo sapere che i dettagli relativi alla programmazione e allo sviluppo dell'applicazione sono stati resi e rimarranno pubblicamente accessibili (*open source*), è tale da rendere più trasparente l'operato in favore di tutti i consociati [105].

Nondimeno, positivo è il fatto che le informazioni da fornire obbligatoriamente agli interessati quanto al trattamento dei dati personali sono state effettivamente rese con modalità chiaramente comprensibili dall'utente, attraverso una interfaccia grafica facilmente accessibile (anche mediante immagini, disegni o icone standardizzate), realizzata all'interno della medesima *app* [106]. La semplificazione circa la comprensione del trattamento, attraverso un linguaggio accessibile per l'interessato, rappresenta, dopotutto, un principio cardine della tutela dei dati personali, che può essere raggiunta sin dal "primo contatto" con l'interessato, rendendolo, al contempo, maggiormente consapevole del valore intrinseco delle informazioni a lui riconducibili [107].

La tecnologia, pertanto, deve sempre presentarsi come accessibile, aperta cioè ad un controllo da parte della comunità, in quanto elemento imprescindibile in una società democratica [108]; ciò dovrebbe spingere le persone ad avere una maggiore fiducia nell'*app* da scaricare, rendendola quindi fondamentale, al pari dell'utilizzo dei dispositivi di protezione individuale [109].

Anche per questo motivo, è tanto più apprezzabile l'attenzione che l'Europa ha dimostrato nel provare a delineare una soluzione unica di tracciamento digitale dei contatti per

---

[105] La trasparenza dell'algoritmo, inoltre, potrebbe essere successivamente oggetto di sindacato da parte degli interessati stessi, avvalendosi, probabilmente, del rimedio collettivo di cui all'art. 80, GDPR. Sul punto, diffusamente, M. HILDEBRANDT, *Privacy as Protection of the Incomputable Self*, cit., p. 119. Diversamente, A. POLIMENI, *Immuni, i presupposti perché sia efficace e pro-privacy*, cit., secondo cui un *software* che tratta dati sensibili dovrebbe essere *closed source* per definizione, previa verifica seria e responsabile da parte di chi di dovere. Non dovrebbe essere la *community* a sorvegliare, ma le autorità preposte.

[106] Così ad esempio l'*app* italiana "Immuni".

[107] Interessante notare come la stessa TASK-FORCE COVID-19, *Relazione tecnico-giuridica sui profili connessi all'eventuale adozione di una soluzione di contact tracing per il contrasto al Covid-19*, cit., suggerisce campagne pubblicitarie informate attraverso *alert* dedicati, quali messaggi del tipo "Oggi salvo vite umane, oggi salvo la mia vita, installo …"

[108] Cfr. G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza,* in *Pol. dir.*, 2019, p. 233, secondo il quale tra tecnologia e desiderabilità sociale, la mediazione giuridica assume un ruolo centrale.

[109] COMM. EU, *Orientamenti sulle app a sostegno della lotta alla pandemia di covid-19 relativamente alla protezione dei dati*, cit., p. 1.



tutti gli Stati membri, di possibile adozione sull'intero territorio dell'Unione [110]; ma non solo, anche il grande interesse dimostrato da *Apple* e *Google*, nel protocollo comune, sembra voler spostare sul terreno globale una "concorrenza al rialzo", mediante una strategia compatibile con i dettami del trattamento di dati personali e, al contempo, maggiormente rispettosa dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo e soprattutto della sua dignità [111].

L'occasione della pandemia ha reso tutti più accorti sulla necessità di un uso legittimo (ed etico [112]) della tecnologica, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali degli individui in una società democratica [113]. Si è parlato senz'altro di tempi poco maturi in ragione della rapidità di operare delle scelte [114]; ma non si può non concordare sul fatto che una simile prova rappresenta oggi una sfida per il futuro, che possa davvero segnare una solu-

---

[110] Si eviterebbero così le autonome iniziative, differenziate da zona a zona che – in quanto spesso scoordinate e poco verificabili – rischiano di indebolire l'efficacia complessiva della strategia di contrasto: così A. SORO, *Audizione informale, in videoconferenza, del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali sull'uso delle nuove tecnologie e della rete per contrastare l'emergenza epidemiologica da Coronavirus*, cit., p. 5. Dopotutto, l'eventuale moltiplicazione di modelli – e non delle *app* che saranno certamente diverse – imporrebbe di ripetere valutazione di impatto tante volte quanti fossero i modelli di riferimento e produrrebbe l'effetto di frammentare inutilmente – a fronte di un problema drammaticamente comune – risposte e soluzioni. In questo senso, «per garantire un livello minimo di scambio e trattamento dei dati, come richiesto dal regolamento generale sulla protezione dei dati, gli sviluppatori di applicazioni di tracciamento dei contatti dovranno concordare un protocollo comune e strutture di dati compatibili»: così EDPB, *Dichiarazione relativa all'impatto sulla protezione dei dati derivante dall'interoperabilità delle applicazioni di tracciamento dei contatti*, cit., p. 2.

[111] Una scelta giustificata anche in relazione al profilo dei possibili danni, non da ultimo alla dignità umana, che un trattamento non corretto di dati personali potrebbe determinare. Sul tema, di recente, C. CAMARDI, *Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali*, in *Jus Civile*, 3, 2020, p. 796, laddove si afferma che la responsabilità del titolare è, ancor prima che per danni, una responsabilità di natura organizzativa, specie quanto alla sicurezza dei dati. Eppure, l'Autrice sottolinea l'ineffettività del rimedio risarcitorio – sempreché il danneggiato riesca a provare il pregiudizio concreto, causalmente collegato all'ostensione del dato personale – contro l'offensività strutturale, massiva e seriale dell'economia digitale sulla persona, la quale non può più essere sistemicamente regolata soltanto in chiave di responsabilità aquiliana, ma richiede altresì il ricorso ad altri strumenti, preventivi e di tipo macroeconomico (come, ad esempio, il modello *antitrust* statunitense).

[112] Nel senso che l'etica può apparire come una soluzione praticabile – ma complementare rispetto al diritto – laddove la norma giuridica, per la sua intrinseca rigidità, non riesce a disciplinare efficacemente. In argomento, B. WAGNER, *Ethics as an Escape from Regulation: From Ethics-Washing to Ethics-Shopping?*, in E. BAYAMLIOĞLU, I. BARALIUC, L. JANSSENS, M. HILDEBRANDT (a cura di), *Being Profiling. Cogitas ergo sum. 10 Years of Profiling the European Citizen*, Amsterdam, 2018.

[113] R. PANETTA, *Data tracing, modello coreano o cinese? No, serve una via italiana*, cit.; ma cfr. anche il tema della "funzione sociale" del diritto alla protezione dei dati personali, sul quale A. RICCI, *La "funzione sociale" del diritto al trattamento dei dati personali*, in *Contr. impr*., 2017, p. 586 ss.

[114] Cfr. D. POLETTI, *Il trattamento dei dati inerenti alla salute nell'epoca della pandemia*, cit., p. 75.



zione efficace nella società dell'informazione, laddove la tecnologia non deve risultare neutrale, ma essere indirizzata proprio al servizio dell'uomo per salvaguardare la vita, minacciata dalla forza irrefrenabile della natura.

JUS CIVILE



GAETANO ANZANI

Dottore di Ricerca in Diritto privato – Università di Pisa

CAPACITÀ DI AGIRE E INADEMPIMENTO: ALCUNE QUESTIONI APERTE

SOMMARIO*: 1. La capacità di agire nei due regimi di responsabilità civile. I diversi piani di applicazione dell'art. 2046 e dell'art. 2 c.c. – 2. La capacità naturale come presupposto presunto della capacità legale ai sensi dell'art. 2 c.c. – 3. Responsabilità da inadempimento ed asserita impossibilità ad obbligarsi dell'incapace legale. – 4. La capacità naturale quale requisito anche per l'imputabilità di un inadempimento. – 5. – 5.1. Assenza di una disposizione sulla responsabilità aquiliana vicaria del genitore per inadempimento di un debitore legalmente incapace. – 5.2. Giustificazione dell'assenza in caso di annullamento del contratto per minore età. – 5.3. Inutilità o inopportunità di una disposizione omologa all'art. 2048 c.c. per l'inadempimento di obbligazioni contrattuali. – 5.4. Applicabilità dell'art. 2048 c.c. per l'inadempimento di obbligazioni non contrattuali da parte di un minore dotato di capacità naturale.*

1. – La responsabilità *ex* art. 2043 c.c. – al termine dell'evoluzione che ha riguardato il ruolo della *culpa* elaborata nel diritto romano – si fonda pacificamente sulla colpevolezza di chi commette il fatto illecito, che ai sensi dell'art. 2046 c.c. presuppone la capacità naturale di agire [1].

La responsabilità *ex* art. 1218 c.c., invece, ha un fondamento controverso, che per alcuni è soggettivo e per altri oggettivo, ma l'orientamento tradizionale e prevalente (oltre che preferibile) ritiene indispensabile un inadempimento colpevole [2]. Qualora si accolga quest'ultima prospettiva, però, occorrerebbe chiedersi se la responsabilità contrattuale si

[1] Per una panoramica in prospettiva anche storica, v. G. ROTONDI, *Dalla "lex Aquilia" all'art. 1151 cod. civ.. Ricerche storico-dogmatiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, 942; ID., *Dalla "lex Aquilia" all'art. 1151 cod. civ.. Ricerche storico-dogmatiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, I, 236; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 1, *Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, 1954, 37 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III, *Gli atti unilaterali e i titoli di credito. I fatti illeciti e gli altri fatti fonte di obbligazioni. La tutela del credito e l'impresa*, 3ª ed. agg. a cura di N. ZORZI GALGANO, Padova, 2015, 120 ss.

[2] Per una panoramica sulle differenti impostazioni dogmatiche, da ultimo, v. G. ANZANI, *Diligenza e figura del buon padre di famiglia tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *IlCaso.it*, 10 maggio 2020, 1.



distingua dalla responsabilità extracontrattuale per la capacità di agire di cui dev'essere fornita la persona chiamata a rispondere dei danni, ossia se in tal caso basti la capacità legale [3].

I dubbi sull'omogeneità o eterogeneità della capacità richiesta dai due regimi di responsabilità civile, a ben vedere, sono più agevolmente dissipabili se non si cade nell'errore di contrapporre l'art. 2046 c.c., che in materia di responsabilità extracontrattuale collega l'imputabilità di un fatto dannoso alla capacità d'intendere e di volere dell'agente, all'art. 2 c.c., che collega la riferibilità di un atto giuridico alla capacità legale, di cui è dotato chi abbia superato l'età anagrafica dei diciotto anni o quella inferiore prevista da leggi speciali, salve le eccezioni altrove stabilite per interdizione giudiziale, inabilitazione o nomina di un amministratore di sostegno. Tali disposizioni non dettano distinte regole generali per ciascuna specie di responsabilità civile, poiché si collocano su piani del tutto differenti.

Solo l'art. 2046 c.c. attiene ad una responsabilità in un contesto già patologico per la presenza del fatto dannoso, e fissa la condizione del giudizio *ex post* di colpevolezza in ambito aquiliano. L'art. 2 c.c., al contrario, attiene (non ad una responsabilità, ed in particolare a quella da inadempimento, bensì) alla legittimazione al compimento di atti giuridici in dinamiche fisiologiche, e permette a chiunque di sapere *ex ante* se una determinata persona ponga in essere un determinato atto con la prescritta capacità legale [4].

---

[3] Accenna al problema A. TOSCANO, *Responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, 238.

La questione della capacità di agire indispensabile ai fini di una responsabilità da inadempimento era esplicitamente affrontata nell'*Avant-projet* per la riforma del diritto francese delle obbligazioni, il cui art. 1340-1 stabiliva per entrambe le specie di responsabilità civile una regola di indiscriminata irrilevanza dell'incapacità naturale. L'*Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, presentato al Ministro della Giustizia francese dal Prof. P. Catala il 22 settembre 2005, è pubblicato nella versione originale in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 241.

[4] A fronte dell'art. 2 c.c., la storia dell'art. 428 c.c. è quella «di un'eccezione al sistema di capacità-incapacità legale della persona, un'eccezione che si è tentato – o, forse, si dovrebbe dire auspicato – di trasformare in regola alternativa. Ma l'eccezione era funzionale e assolutamente coerente con il sistema di riferimento: la perfetta antinomia capacità-incapacità legale, indispensabile per razionalizzare e semplificare la condizione del soggetto di diritto su basi di certezza destinate a garantire la sicurezza del traffico giuridico. Ma anche l'interpretazione dell'art. 2046 c.c. ha sofferto – in tempi più e meno recenti – di questa logica. Non sono mancate – e si possono trovare tuttora – letture della norma che ne registrano il dato letterale in chiave di esclusione – e non di affermazione – dei presupposti dell'imputabilità: ne sono sintomo evidente le letture dell'art. 2046 c.c. in chiave di "esimente" da responsabilità. Quasi che l'incapacità di intendere e di volere sia anche qui, in negativo, l'eccezione alle regole che descrivono la condizione del soggetto legalmente capace e non la capacità di intendere e di volere, in positivo, la condizione rilevante nell'ambito dell'illecito civile» [così F. GIARDINA, *Incapacità naturale e regole di responsabilità civile*, in *Scritti in onore di M. Comporti*, a cura di S. PAGLIANTINI-E. QUADRI-D. SINESIO, Milano, 2008, 1516].



2. – L'evoluzione storico-normativa, pur nel contemperamento con esigenze di certezza dei rapporti, ha ormai trasformato l'incapacità legale in strumento al servizio della protezione di soggetti "deboli" [5], i quali potrebbero ricevere pregiudizio dalla partecipazione al traffico giuridico per inettitudine a salvaguardare i propri interessi [6].

L'incapace legale è tutelato a prescindere da una concreta capacità naturale [7], e l'apparato rimediale – a dispetto della dottrina tradizionale – va costruito non tanto sull'invalidità degli atti compiuti in violazione della disciplina in materia di capacità, quanto su una sorta di "prolungamento" del potere di autonomia privata dell'incapace a seguito di tale violazione. Invero, la facoltà offerta all'incapace stesso, o a chi lo rappresenta, di valutare se convenga impugnare l'atto stipulato in difetto di capacità per ottenerne l'annullamento, ossia di verificare in via successiva la perdurante rispondenza dell'atto ad un reale interesse dell'incapace (e, quindi, l'opportunità di mantenerne la vincolatività giuridica), si traduce nell'esaltazione dell'autonomia negoziale della persona tutelata [8].

L'incapacità legale è stata pensata preminentemente in una logica di valori patrimoniali.

Non a caso, la rigidità dell'istituto, che in origine era estrema, è entrata in frizione con l'imperativo, ancor più pressante dopo l'entrata in vigore della Costituzione, di non mortificare l'incapace con l'impedimento ad assumere scelte oppure, comunque, ad esprimere una volontà concorrente o, almeno, da tenere in considerazione a fronte di decisioni altrui che lo coinvolgano, soprattutto rispetto ad atti protesi verso lo sviluppo della per-

---

[5] In generale, v. P. STANZIONE, Voce «*Capacità. I) Diritto privato*», in *Enc. Giur. Treccani*, V, Roma, 1988, 7 ss.

[6] L'art. 414 c.c., infatti, consente l'interdizione giudiziale di coloro che siano «incapaci di provvedere ai propri interessi» per abituale infermità di mente. Esulano da questo contesto l'interdizione legale, che ha una funzione afflittiva nei confronti del condannato all'ergastolo o alla reclusione non inferiore a cinque anni per delitto non colposo (artt. 32 e 33 c.p.), e l'incapacità del debitore dichiarato fallito, che ha la funzione di evitare pregiudizi alle ragioni dei creditori (art. 42 Legge Fallimentare). In proposito, v. M. GIORGIANNI, voce *Volontà (Diritto privato)*, ora in *Raccolta di scritti. Itinerari giuridici tra pagine classiche e recenti contributi*, Padova, 1996, 296 ss.

[7] V. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1966 (rist. 1971), 34 ss.

[8] In proposito, v. F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore. L'incapacità del minore: dalla tutela individuale alla protezione di un soggetto "debole"*, Napoli, 1984, *passim*; EAD., *La persona fisica*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI-P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, I, *Fonti, soggetti, famiglia*, t. 1, *Le fonti e i soggetti*, Milano, 2009, 280 ss. V. anche E. DEL PRATO, in *Tratt. del contr.*, diretto da V. ROPPO, IV, *Rimedi-1*, a cura di A. GENTILI, Milano, 2006, 213 ss.

Più in generale, con riguardo ad ogni ipotesi in cui la legge preveda l'annullabilità anziché la nullità di un atto, v. M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 346 ss.



sonalità umana. A tal fine, viene spesso adoperata la categoria della capacità c.d. "di discernimento", accolta da alcune Convenzioni internazionali [9].

L'art. 2, comma 1, c.c., secondo cui con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali *non sia stabilita* un'età diversa, sembra rinviare, d'altronde, non solo alla legge scritta, bensì pure al diritto vivente forgiato in accordo all'evoluzione ermeneutica sull'autonomia della persona [10]. «In linea di massima, il principio che si ricava consiste nel richiedere la presenza della capacità d'agire per gli atti che possono pregiudicare un interesse della persona agente, mentre quella qualità non è più necessaria allorché al compimento di certi atti segue sempre la realizzazione di un interesse del soggetto e, comunque, una situazione a lui favorevole» [11]. Ad esempio, è lar-

---

[9] La spinta sociale alla rivisitazione delle regole inerenti ai rapporti tra genitori e figli minori è emblematica in questa direzione, ed è sfociata sia nella riforma del diritto della famiglia nel 1975 (su cui v. F. GIARDINA, *I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, 1352), sia in successivi interventi legislativi (su cui v. F. GIARDINA, *"Morte" della potestà e "capacità" del figlio*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1614 ss.). Limitando lo sguardo al Codice Civile, basti pensare all'attuale versione degli artt. 146, 250, 237 e 315 *bis* c.c. In particolare, la legge 10 dicembre 2012, n. 219, «*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*», ha novellato l'art. 250 c.c. nel senso di abbassare l'età per il consenso del figlio minore al riconoscimento da parte del genitore e per il riconoscimento del figlio da parte del genitore minore, così da ampliare gli spazi nei quali al minore, purché capace naturale di agire, è attribuita capacità legale ai fini di una piena autodeterminazione: in proposito, v. L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 201.

Per ulteriori esemplificazioni relative ad atti che ineriscono ad interessi esistenziali dell'incapace legale, v. G. ANZANI, *Capacità di agire e interessi della personalità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 509.

Sulla capacità di discernimento, v. P. STANZIONE, *op. cit.*, 23 ss.

Tuttavia, non sembra possibile sostenere – come fa P. STANZIONE, *I contratti del minore*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1239 ss. – che rispetto alle situazioni giuridiche esistenziali, le quali afferiscono alle scelte attinenti strettamente alla persona, titolarità ed esercizio sarebbero divenute inscindibili, tanto da rendere ormai inutile la distinzione tra i due concetti e da doversi solo appurare se un soggetto, e specialmente un minore, sia o meno in grado di autodeterminarsi. Se così fosse, infatti, si dovrebbe arrivare ad affermare, coerentemente quanto assurdamente, che solo un soggetto capace di autodeterminarsi acquista la titolarità (oltre che la facoltà di esercizio) dei diritti inviolabili spettanti alla persona umana, mentre un soggetto privo di autodeterminazione non ne sarebbe titolare e, quindi, non sarebbe "persona", così come non avrebbe neppure un interesse legittimo di diritto privato che vada tenuto in adeguata considerazione da chi sia chiamato ad assumere scelte che lo riguardino. Al contrario, tutti devono essere riconosciuti titolari di diritti inviolabili, comprese le persone non in grado di autodeterminarsi, sebbene in questo caso ci si debba poi chiedere in quale modo ed in quale misura tali diritti siano esercitabili da un rappresentante per consentire la migliore realizzazione anche della persona incapace.

[10] V. S. PATTI, in *La protezione dei dati personali*, *Commentario al D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della* privacy*»)*, a cura di C.M. BIANCA-F.D. BUSNELLI, Padova, 2007, t. 1, XXXV, *sub* art. 23, 545.

[11] Così P. STANZIONE, Voce «*Capacità. I) Diritto privato*», cit., 10. «Se, dunque, al minore pertiene in ambito patrimoniale, seppure prevalentemente per soddisfare esigenze esistenziali, un certo spazio di autonomia, forse, non sembra eccessivo discorrere di una capacità contrattuale del minore», con conseguente



gamente ammessa la legittimazione tanto dei minori quanto di altri incapaci al compimento dei cc.dd. "atti della vita quotidiana", i quali, benché di natura patrimoniale, sono strumentali all'espressione della personalità di ciascuno senza metterne significativamente a repentaglio il patrimonio [12]; ed in tal senso è stato novellato l'art. 409, comma 2, c.c. con riguardo all'amministrazione di sostegno [13], così da adeguare un settore dell'ordinamento ad un principio ormai condiviso.

Molte regole speciali, però, propiziano l'aderenza tra capacità legale e capacità d'intendere e di volere anche per atti inerenti ad interessi di ordine squisitamente patrimoniale [14].

Il combinato disposto degli artt. 2, comma 1, e 1425, comma 1, c.c. va letto in parallelo con lo speculare art. 428 c.c., richiamato dal comma 2 dell'art. 1425 c.c., sicché la vera regola generale in materia di capacità di agire è incentrata pure per i negozi sulla capacità naturale. È vero che il negozio viziato da incapacità legale è di per sé annullabile, mentre l'annullamento di quello viziato da incapacità naturale è subordinato alla risultanza di un grave pregiudizio per l'autore, nonché alla mala fede dell'altro contraente in caso di contratti, ma tali ulteriori condizioni tutelano l'affidamento altrui in considera-

---

ridimensionamento della regola secondo cui gli atti compiuti dal minore sono di per sé annullabili (così P. STANZIONE, *I contratti del minore*, cit., 1245).

[12] Il panorama delle legislazioni straniere e dei progetti extranazionali di riforma o di codificazione conferma l'opportunità di questa soluzione.

Ai sensi del § 105a BGB, «[s]e un maggiorenne privo della capacità negoziale pone in essere un negozio della vita quotidiana che sia suscettibile di essere eseguito con mezzi di modesto valore economico, il contratto da lui concluso, con riguardo alla prestazione e alla controprestazione eventualmente pattuita, si considera efficace non appena la prestazione e la controprestazione vengano eseguite. La 1ª proposizione non si applica in presenza di un pericolo notevole per la persona o per il patrimonio dell'incapace». E, ai sensi dell'art. 106 BGB, «[i]l minore che abbia compiuto il settimo anno d'età è dotato di una capacità negoziale limitata, in conformità a quanto stabilito dai §§ 107-113».

Ai sensi dell'art. 1117-3 dell'*Avant-projet* francese, «[l]a persona incapace d'agire può, ciononostante, porre in essere personalmente gli atti necessari alla conservazione dei propri diritti, gli atti indicati dalla legge, come pure gli atti d'ordinaria amministrazione previsti dagli usi. L'incapace, qualora possegga sufficiente discernimento, può anche porre in essere gli atti relativi alla propria persona e a quella dei propri figli, nel rispetto delle disposizioni contenute nel Libro primo del presente codice o delle leggi speciali. Tuttavia le conseguenze patrimoniali di questi atti sono soggette al regime che si applica alla parte incapace».

Ai sensi dell'art. 150, comma 3, del *Code Européen*, «[i]l contratto concluso da un incapace non è ... annullabile ... altresì se si tratta di uno degli atti usuali della vita quotidiana che comportano un esborso modesto e vengono effettuati con l'impiego di denaro o di mezzi provenienti da attività lavorative consentite all'incapace oppure messigli lecitamente a disposizione affinché egli abbia a disporne liberamente».

[13] L'enunciato di tale disposizione è il seguente: «[i]l beneficiario dell'amministrazione di sostegno può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana».

[14] V. M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 299 ss.



zione dell'impossibilità di acclarare l'incapacità meramente naturale tramite sistemi pubblicitari [15].

Da un lato, la capacità naturale è solo presunta fino a prova contraria da una capacità legale attualmente posseduta, e viceversa [16]: questa regola era formulata in positivo, più chiaramente rispetto al nostro Codice Civile, nell'art. 1109 dell'*Avant-projet* francese [17]. Dall'altro lato, la capacità naturale deve formare il sostrato di qualunque eccezionale riconoscimento della capacità legale in capo a chi, di norma, ne sia ancora sprovvisto [18].

D'altronde, l'art. 1389, comma 1, c.c., secondo cui, «[q]uando la rappresentanza è conferita dall'interessato, per la validità del contratto concluso dal rappresentante basta che questi abbia la capacità di intendere e di volere, avuto riguardo alla natura e al contenuto del contratto stesso, sempre che sia legalmente capace il rappresentato», attesta che la capacità legale è un *quid pluris* rispetto a quella naturale.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 2 c.c., ancora, l'infradiciottenne ritenuto da una legge speciale abbastanza maturo per la prestazione di determinate attività lavorative è, altresì, abilitato all'esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro.

Inoltre, il minore di cui venga accertata in concreto la maturità psico-fisica, ossia un'adeguata capacità naturale, può ottenere dal Tribunale, ai sensi dell'art. 90 c.c., l'autorizzazione a contrarre matrimonio. Si tratta di un provvedimento che comporta di diritto, fin da sùbito, l'acquisto di una capacità "relativa" funzionale alla stipulazione di convenzioni matrimoniali ai sensi dell'art. 165 c.c. e, contestualmente al successivo matrimonio, l'emancipazione ai sensi dell'art. 390 c.c. Ai sensi del comma 3 dell'art. 392 c.c.,

---

[15] Pertanto, non sembra che nel nostro sistema le due incapacità di agire si presentino del tutto distinte, sia sul piano dogmatico, sia su quello pratico: *contra*, P. STANZIONE, Voce «*Capacità. I) Diritto privato*», cit., 12.

[16] V. già G.P. CHIRONI (*La colpa nel diritto civile odierno*, *Colpa contrattuale*, 2ª ed., Torino, 1897, 1, 320 ss.), il quale, infatti, solo per questa ragione esclude la responsabilità da inadempimento del debitore incapace legale.

Contra, M. FRANZONI (*Il danno risarcibile*, in *Tratt. della resp. civ.*, diretto da M. FRANZONI, 2ª ed., II, Milano, 2010, 873 ss.), secondo cui, a proposito dell'art. 2 c.c., non si dovrebbe parlare di presunzione di capacità naturale, perché semplicemente «[i]l fatto che il legislatore ha fissato in diciotto anni l'acquisto della capacità d'agire ... [s]ignifica che nella tecnica legislativa la normalità sostituisce la specificità, che porterebbe alla necessità di accertare la capacità personale caso per caso. Qui si tratta di *ratio legis* desunta dal calcolo delle probabilità ...».

[17] «Per concludere un valido contratto occorre essere capaci d'intendere e di volere. Spetta a chi agisce per far valere la nullità provare l'incapacità d'intendere e di volere al momento del perfezionamento dell'atto».

[18] Ciò sembra possibile, appunto, per l'accostabilità delle due forme di capacità di agire, non in ragione della loro irriducibilità: *contra*, P. STANZIONE, *op. ult. cit.*, 12.



per di più, il minore emancipato in virtù del matrimonio, appunto in quanto ormai è stato riconosciuto capace d'intendere e di volere, non ricade nel precedente stato di incapacità "assoluta" neppure qualora intervengano vuoi l'annullamento del negozio matrimoniale per una causa diversa dall'età, vuoi lo scioglimento del matrimonio o la cessazione dei suoi effetti civili, vuoi la separazione personale dei coniugi.

Ai sensi dell'art. 397 c.c., poi, il minore emancipato, quando sia stato autorizzato dal Tribunale all'esercizio di un'impresa commerciale senza l'assistenza del curatore, può compiere da solo atti di straordinaria amministrazione anche estranei all'esercizio dell'impresa. E la verosimile *ratio* di questa disposizione sta nel fatto che l'autorizzazione giudiziale può essere concessa soltanto se, ancora una volta, l'Autorità Giudiziaria abbia appurato che *quel* minore è dotato di un'adeguata capacità naturale.

Infine, l'art. 1426 c.c., per il quale il contratto stipulato da un minore non è annullabile se questi ha occultato mediante raggiri la propria minore età, potrebbe spiegarsi con una presunzione *juris et de jure* di capacità d'intendere e di volere, ritenuta *in re ipsa* nella complessa attività decettiva di chi, nondimeno, è legalmente incapace [19]. I raggiri del contraente sulla propria condizione di incapace legale giustificano solo per il minore un'eccezione alla regola dell'annullabilità del contratto, giacché la presunzione di uno sviluppo temporaneamente incompleto delle facoltà intellettuali della persona (ora) infradiciottenne può essere smentito da ragioni del tutto fisiologiche e, quindi, cede di fronte alla realtà manifestata con il dolo, mentre nel diverso caso dell'interdetto viene supposto il difetto tendenzialmente permanente ed irredimibile dello sviluppo intellettivo [20].

Ciò premesso, la rigidità dell'art. 2 c.c. può essere ridimensionata finanche con ri-

---

[19] In tal senso, v. già G.P. CHIRONI (*op. cit.*, 325 ss.), il quale precisa che al dolo non si può equiparare la colpa grave del minore; nonché F. MESSINEO, Voce «*Annullabilità e annullamento (Diritto privato)*», in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 476, secondo cui varrebbe la massima *malitia supplet aetatem*.

Non a caso, l'impugnabilità del contratto da parte di un minore che non abbia occultato con raggiri la propria minore età, o che abbia soltanto dichiarato di essere maggiorenne, ha come modello normativo i corrispondenti artt. 1305 e 1307 dell'originario *Code Civil*, i quali – in conformità all'adagio *minor restituitur non tamquam minor, sed tamquam laesus* – compaiono tra le disposizioni dedicate non all'*action en nullité relative*, bensì all'*action en rescision pour lésion*: in proposito, v. G. BAUDRY-LACANTINERIE-L. BARDE, *Delle obbligazioni*, in *Trattato di Diritto Civile diretto da G. Baudry-Lacantinerie*, vol. III, trad. sulla 3ª edizione originale in corso di stampa da una Società di Giuristi, a cura di P. BONFANTE-G. PACCHIONI-A. SRAFFA, Milano, s.d., 300 ss.

[20] In dottrina, v. già G.P. CHIRONI, *op. cit.*, 326.

In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 4 luglio 2012, n. 11191 (in *Giur. it.*, 2013, 1544), nella quale la disposizione dell'art. 1426 c.c. è ritenuta, appunto, di carattere eccezionale e, pertanto, inestensibile agli interdetti ed agli inabilitati.



guardo agli atti puramente patrimoniali, perché ha spesso l'inconveniente di offrire protezione a soggetti incapaci in senso legale anche qualora fossero in concreto capaci in senso naturale.

3. – Una responsabilità da inadempimento dell'incapace legale non può essere esclusa per impossibilità ad obbligarsi dell'ipotetico responsabile.

Anzitutto, l'incapace non versa in uno stato di impossibilità giuridica a stipulare contratti, compresi quelli ad efficacia obbligatoria, perché il contratto stipulato dall'incapace – come si è poco sopra detto – o è solo annullabile nell'interesse dell'incapace medesimo e potrebbe rimanere efficace in mancanza di un'impugnazione, o non è annullabile dall'incapace qualora questi abbia occultato con artifici la propria minore età. L'incapace, semmai, potrebbe trovarsi in un'impossibilità (non giuridica, bensì) di fatto a negoziare con controparti che non volessero esporsi al rischio dell'annullamento del contratto ad istanza dell'incapace o di chi lo rappresenti.

Peraltro, l'incapace sarebbe materialmente ostacolato, appunto, soltanto nel concludere contratti, non nell'obbligarsi o nel rimanere obbligato, giacché il contratto è unicamente una tra più fonti abilitate dall'ordinamento a generare obblighi primari suscettibili di inadempimento, a cui si connette la responsabilità. Si pensi all'incapace legale, ma capace d'intendere e di volere, che risulti obbligato a causa di un illecito aquiliano, il quale produce un'obbligazione risarcitoria passibile a sua volta di inadempimento [21].

Il che vale, più in generale, per il compimento di qualunque altro negozio giuridico.

Inoltre, l'incapace legale potrebbe divenire debitore in assenza di una personale condotta giuridicamente rilevante, ad esempio attraverso un atto del suo rappresentante, in qualità di beneficiario di una *negotiorum gestio*, oppure in virtù di un arricchimento senza causa [22].

4. – L'art. 2 c.c. può riguardare la legittimazione ad obbligarsi, ossia l'idoneità a compiere un atto che sia fonte stabile di obbligazioni, nonché – sebbene la questione ap-

[21] V. F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, 194 ss., la quale menziona anche l'ipotesi di uno «scambio» non contrattuale innominato.

[22] V. BAUDRY-LACANTINERIE-L. BARDE, *op. cit.*, III, 337 ss.; EID., *Delle obbligazioni*, in *Trattato di Diritto Civile diretto da G. Baudry-Lacantinerie*, vol. IV, trad. sulla 3ª edizione originale in corso di stampa da una Società di Giuristi, a cura di P. BONFANTE-G. PACCHIONI-A. SRAFFA, Milano, s.d., 472.



paia controversa – la legittimazione ad adempiere qualora l'attività solutoria consista in atti giuridici, specialmente se negoziali, e non in comportamenti o in fatti materiali [23].

Tuttavia, l'art. 2 c.c. non riguarda di certo l'inadempienza ad un'obbligazione già sorta.

La suddetta disposizione, pertanto, non impone il requisito soggettivo della capacità legale, oltre all'oggettiva mancanza o inesattezza della prestazione, al fine di integrare il titolo di un'eventuale responsabilità contrattuale. Ciò, però, non dimostra, di per sé, che l'inadempimento debba essere qualificato da capacità naturale piuttosto che da capacità legale, perché l'art. 2 c.c. non richiede di necessità quest'ultima, ma neppure la estromette *claris verbis* quale sottinteso di una responsabilità.

Il rilievo risolutivo è il più evidente, tanto da essere quasi scontato, ed è la constata-

---

[23] È controverso se il requisito della capacità sia necessario o superfluo nell'adempimento di un'obbligazione, ed eventualmente quale sia il tipo di capacità richiesta. Si tratta di un problema che evoca l'altra questione dell'adempimento come «atto dovuto». Sulle diverse tesi in merito, v. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'attuazione*, Milano, rist. 1964, p. 35 ss.; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 325 ss., 385 ss.; P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, 88 ss.; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 116 ss., 130, 145 ss.; ID., voce *Adempimento (Diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 556 ss.; R. DE RUGGIERO F. MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, II, *Diritti di obbligazione e contratti-Tutela dei diritti*, 9ª ed. interamente riveduta da C. MAIORCA, Milano, 1961, 63 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Pagamento (Diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, 329 ss.; A. DI MAJO, voce *Pagamento (Diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 1981, 549 ss.; U. NATOLI, *Adempimento, atto dovuto, negozio giuridico*, in *Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, a cura di L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-L. BRUSCUGLIA-F.D. BUSNELLI, Milano, 1993, 637; M. BESSONE-A. D'ANGELO, voce *Adempimento*, in *Enc. Giur. Treccani*, I, Roma, 1988, 2 ss.; G. CIAN, voce *Pagamento*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XIII, Torino, 1995, 234 ss.

Sotto il previgente Codice, sulla natura dell'adempimento, v. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, 7ª ed., VII, Firenze, 1910, 127 ss.; G. ANDREOLI, *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, 1937, *passim*; sull'adempimento quale «atto dovuto», v., in particolare, F. CARNELUTTI, *Prova testimoniale del pagamento* e *Negozio giuridico, atto illecito, atto dovuto*, in *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, 226, 249; ID., *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, III, Padova, 1931, 194 ss.; ID., *Sistema di diritto processuale civile*, I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936, 60 ss.

Nella dottrina francese, v. G. BAUDRY-LACANTINERIE-L. BARDE, *Delle obbligazioni*, in *Trattato di Diritto Civile diretto da G. Baudry-Lacantinerie*, vol. II, trad. sulla 3ª edizione originale in corso di stampa da una Società di Giuristi, a cura di P. BONFANTE-G. PACCHIONI-A. SRAFFA, Milano, s.d., 533 ss.

Invero, occorre respingere soluzioni estreme e riconoscere che l'adempimento, a seconda dei casi, integra talvolta un atto negoziale e talvolta un atto meramente materiale: v. V. CALDERAI, *Adempimento e inadempimento*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, I, *Parte generale-Le obbligazioni-Il contratto-I fatti illeciti e le altre fonti delle obbligazioni*, a cura di G. AMADIO-F. MACARIO, coordinato da L. BALESTRA-G. GITTI-E. NAVARRETTA-M. ORLANDI-C. SCOGNAMIGLIO-C. TENELLA SILLANI-G. VILLA, Bologna, 2014, 378 ss.

Per la sufficienza della capacità naturale in caso di mero atto giuridico, v. L. NIVARRA-V. RICCIUTO-C. SCOGNAMIGLIO, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2017, 42 e ss.



zione che un giudizio di colpevolezza, se non si vuole scadere nella finzione, non può che poggiare sulla sola capacità d'intendere e di volere [24], com'è sancito espressamente in area extracontrattuale dall'art. 2046 c.c. [25].

Quella dottrina che argomenta dall'art. 1191 c.c. l'inapplicabilità dell'art. 2046 c.c. nel campo della responsabilità da inadempimento [26], infatti, incorre in un triplice travisamento. In primo luogo, l'art. 1191 c.c. stabilisce l'irripetibilità della prestazione eseguita dall'incapace in *adempimento* dell'obbligazione, mentre non si riferisce all'antitetica ipotesi del suo *inadempimento* [27]. In secondo luogo, l'art. 1191 c.c. contempla senz'altro una situazione di incapacità *legale*, ma non è pacifico che valga parimenti per l'incapacità *naturale*, sebbene un'interpretazione estensiva risulti preferibile (poiché la doverosità dell'adempimento implica assenza di pregiudizio anche per il debitore affetto da incapacità naturale) [28]. In terzo luogo, l'art. 1191 c.c. non ha portata generale, perché va ritenuto estraneo all'esecuzione di prestazioni ripetibili che comportino scelte discrezionali, potenzialmente pregiudizievoli per il debitore [29].

Una disposizione analoga all'art. 2046 c.c. manca per l'inadempimento, che nondi-

---

[24] Nella dottrina penalistica, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, *Parte generale*, Milano, 2001, 305 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1999, 240 ss.

[25] Sull'estensibilità dell'art. 2046 c.c. a tutti gli atti giuridici anche leciti, v. F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, 110 ss.

Contra, P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da R. SACCO, *Le fonti delle obbligazioni*, 3, Torino, 1998, 673; V. DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano, 1999, 80 ss., il quale reputa che la responsabilità contrattuale non sia la reazione dell'ordinamento ad un illecito del debitore e, dunque, che l'irrilevanza dello stato soggettivo dell'inadempiente si giustifichi perfettamente, «ove si consideri che l'obbligazione risarcitoria fa parte della disciplina complessiva dell'obbligazione così come venne assunta; sicché la verifica sulla capacità va fatta con riguardo all'epoca dell'assunzione e non già a quella dell'esecuzione», sebbene l'incapacità naturale del debitore possa esonerarlo da responsabilità qualora integri un'impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile.

[26] Pur senza un espresso riferimento all'art. 1191 c.c., e con un accenno solo fugace al tema, l'irrilevanza ai fini della responsabilità da inadempimento della capacità di agire, tanto naturale, quanto legale di agire, è affermata da A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 23ª ed. a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano, 2017, 980.

[27] V. U. MAJELLO, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, 118.

[28] Per la riferibilità dell'art. 1191 c.c. alla sola incapacità legale, v. A. DI MAJO, *op. cit.*, 551 ss.

Per l'equiparazione dell'incapacità naturale a quella legale, invece, v. R. NICOLÒ, voce *Adempimento (Diritto civile)*, cit., 558 ss.; M. GIORGIANNI, *op. ult. cit.*, 323 ss.; G. CIAN, *op. cit.*, 238 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I Singoli contratti*, 3ª ed. agg. a cura di N. ZORZI GALGANO, Padova, 2015, 44 ss.; V. CALDERAI, *op. cit.*, 387.

[29] V. G. CIAN, *op. cit.*, 238 ss.; V. CALDERAI, *op. cit.*, 387 ss.



meno è un illecito (sia pur) specifico [30], perché nel Codice la centralità riservata al contratto tra tutte le fonti delle obbligazioni ha probabilmente condizionato la disciplina dell'attuazione del rapporto e della responsabilità da inadempimento. Al pari delle parti di un contratto, cioè, il debitore viene considerato, in linea di massima, soltanto come soggetto fornito di capacità legale o sostituito da un rappresentante legalmente capace.

Pertanto, capita che previsioni come quella dell'art. 1769 c.c., alla cui stregua «[i]l depositario [legalmente] incapace è responsabile della conservazione della cosa nei limiti in cui può essere tenuto a rispondere per fatti illeciti» (ossia purché, proprio ai sensi dell'art. 2046 c.c., sia capace d'intendere e di volere), siano lette come eccezioni ad un'opposta regola di irrilevanza dell'incapacità naturale ai fini della responsabilità contrattuale. «Ma il collegamento dell'eventuale «esonero» da responsabilità alla non «imputabilità» della causa del non adempimento e, conseguentemente, dell'affermazione della responsabilità alla «imputabilità» di tale causa, chiarisce senza ombra di dubbio che il presupposto, sul quale tutto il fenomeno ruota, è anche questa volta il possesso da parte del debitore (o di chi per lui) delle qualità psichiche necessarie a rendere plausibile una valutazione del suo comportamento sulla base di un qualche metro, che, d'altra parte, non può che essere quello indicato nell'art. 1176, cioè quello della diligenza ...» [31].

Una colpa sarebbe rimproverabile al *solvens* solo per l'inosservanza della diligenza da lui esigibile, ma una condotta diligente è esigibile solo da chi sia capace d'intendere e di volere. E questa capacità è a maggior ragione indeclinabile per rimproverare al *solvens* un dolo.

Insomma, la parvente sufficienza della capacità legale nella responsabilità da inadempimento si spiega, per un verso, con la corrispondenza effettiva o empiricamente presunta che sussiste tra incapacità legale ed incapacità naturale e, per altro verso, con l'esclu-

---

[30] L'art. 2043 c.c. è incentrato sul «danno ingiusto», che assiste l'interprete nell'ardua selezione degli interessi da tutelare, ed è la disposizione generale nell'intero sistema della responsabilità civile, giacché evidenzia l'elemento nevralgico di tutte le ipotesi di responsabilità, sia extracontrattuali, sia contrattuali. V. U. MAJELLO, *op. cit.*, 123. In senso analogo, almeno se si utilizza la lesione di un interesse come fulcro di una ricostruzione sistematica della responsabilità civile, v. F. GIARDINA, *op. ult. cit.*, 43. Più di recente, v. anche A. GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Torino, 2008, 86 ss.

Già G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, 7ª ed., IV, Firenze, 1908, 24 ss., proprio sulla base della riconducibilità dell'inadempimento nel *genus* del fatto illecito, lasciava intendere che l'incapacità naturale è sufficiente per l'imputabilità di un inadempimento e, quindi, anche necessaria.

[31] Così L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto Civile*, III, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1992, 95.

Qualora il fondamento della responsabilità da inadempimento fosse avulso dalla colpa del responsabile, invece, l'incapacità naturale determinerebbe un'impossibilità oggettiva della prestazione: v. G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 219 ss.



sione degli incapaci legali dalla gestione dei loro interessi economici e, quindi, dall'attuazione potenzialmente inadempiente dei rapporti obbligatori.

Una precisazione, però, è opportuna a proposito dell'interferenza degli istituti di rappresentanza degli incapaci legali sul regime della responsabilità da inadempimento.

Si è detto che lo stato soggettivo di incapacità legale è funzionale, tra l'altro, alla protezione anche preventiva del patrimonio di coloro che – di solito, a causa di un'incapacità d'intendere e di volere – siano reputati inadatti a partecipare al traffico giuridico, tanto da dover essere rappresentati o coadiuvati da terzi (i genitori, il tutore, il curatore o l'amministratore di sostegno) nel compimento degli atti che li riguardino. Tuttavia, gli effetti giuridici dell'attività realizzata dal rappresentante in nome e per conto dell'incapace vengono riversati automaticamente nella sfera di questi, il quale – salve le azioni esperibili contro il rappresentante per *mala gestio* – potrà risultare oberato da una responsabilità (non solo, forse, precontrattuale [32], ma anche) per inadempimento nei confronti del creditore [33].

In conclusione, la responsabilità da inadempimento implica non la capacità legale del debitore, bensì, come per la clausola generale in materia di fatto illecito, la capacità naturale del danneggiante, ossia dello stesso debitore o di chi avrebbe dovuto adempiere in nome e per conto di lui [34].

Se il debitore pur legalmente capace risultasse incapace d'intendere e di volere al momento dell'inadempimento, poi, si potrebbe applicare l'art. 2047 c.c. – in via estensiva o,

---

[32] V. G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 285 ss.

Il rappresentato, almeno in generale, non può invece essere responsabile degli illeciti extracontrattuali commessi dal rappresentante in suo nome e per suo conto, perché i principi sulla rappresentanza legale si riferiscono all'attività negoziale e non ai fatti illeciti: v. P.G. MONATERI, *op. cit.*, 933 ss.

[33] V. G.P. CHIRONI, *op. cit.*, 326.

Contra, nel senso di una diretta responsabilità da inadempimento del solo rappresentante verso il creditore, L. BARASSI (*op. cit.*, 300), secondo cui «[i]l minore di età, se glielo consente una sufficiente capacità di intendere o di volere, e magari anche l'interdetto che si trovi in un periodo transitorio di lucido intervallo sarebbero astrattamente suscettibili di essere imputati di colpa, se sanno che un'obbligazione a loro carico esiste e che questa deve essere eseguita. Ma non ne deriverebbe la loro responsabilità, perché chi li rappresenta li sostituisce integralmente, anche quanto all'esecuzione delle obbligazioni. ... Semmai essa sarà di chi li rappresenta. Solo chi, come rappresentante legale di un incapace, ne amministra il patrimonio risponde come risponderebbe il titolare, se fosse capace, della propria inadempienza (cfr. art. 320, 357)».

[34] Ad ogni modo, pur volendo ritenere che nel campo della responsabilità da inadempimento sia irrilevante l'incapacità naturale del debitore o di chi per lui dovrebbe adempiere, bisogna osservare che «anche nel campo della responsabilità aquiliana il limite di imputabilità previsto dall'art. 2046 è inapplicabile alle ipotesi di responsabilità oggettiva fondate su situazioni in cui la colpa non svolge alcun ruolo, neppure esterno alla fattispecie dannosa» (così U. MAJELLO, *op. cit.*, 119), come nel caso dell'art. 2049 c.c.



quantomeno, analogica – nei confronti di chi ne fosse «sorvegliante», affinché questi risponda a titolo extracontrattuale del danno patito dal creditore [35].

5. – **5.1.** – L'incapacità meramente legale, ai sensi dell'art. 1191 c.c., non ostacola l'adempimento del debitore.

Bisogna chiedersi, dunque, per quale ragione all'art. 2048 c.c., che sancisce la responsabilità solidale del genitore per il fatto illecito del figlio minore dotato di capacità naturale, non si abbini una regola che, sempre in area aquiliana, istituisca la responsabilità vicaria del genitore in quanto tale – non in quanto rappresentante *ex lege* – anche qualora un minore capace d'intendere e di volere non esegua, o esegua inesattamente, la prestazione da lui dovuta [36].

5.2. – La questione non sussiste se il contratto stipulato da un minorenne senza inganni, o al più con la semplice dichiarazione di essere maggiorenne, viene annullato per difetto di capacità, perché la caducazione degli effetti obbligatori del negozio esclude la possibilità di una responsabilità da inadempimento del minore e, quindi, anche il problema di una responsabilità extracontrattuale vicaria del genitore.

In caso di annullamento, chi ha contrattato con l'incapace legale può subire solo la lesione dell'affidamento riposto in un contratto stabilmente efficace. Tuttavia, l'orientamento prevalente e condivisibile nega qualsivoglia responsabilità del minore ai sensi dell'art. 1338 c.c., così come dell'art. 1337 c.c., in quanto essa, da un lato, sarebbe incoerente con la *ratio* di protezione dell'incapace che pervade l'art. 1425, comma 1, c.c. e, dall'altro, menomerebbe la libertà dell'impugnativa negoziale [37].

---

[35] *Contra*, in virtù di una semplice presa d'atto della collocazione sistematica dell'art. 2047 c.c., V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 81.

[36] Il problema è sollevato da L. BARASSI (*op. cit.*, 299), secondo cui non rimane che applicare al debitore incapace la regola generale circa la responsabilità soggettiva per inadempimento; nonché da F. GIARDINA, *op. ult. cit.*, 194 ss.

[37] V. R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ. italiano*, diretto da F. VASSALLI, VI, t. 2, Torino, 1975, 921 ss.; ID., in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il Contratto*, II, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da R. SACCO, *Le fonti delle obbligazioni*, 3ª ed., 1, Torino, 2004, 600 ss.; E. DEL PRATO, *op. cit.*, 213 ss.

Contra, F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 58 ss.; F. MESSINEO (*Il contratto in genere*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO, XXI, t. 1, Milano, 1968, 362), che invoca l'art. 1337 c.c.; G. VISINTINI (*op. cit.*, 273 ss.), la quale ritiene responsabile non solo il minore, ma anche l'interdetto capace d'intendere e di volere.



Al massimo, «[u]na responsabilità residua sarebbe salutare quando la colpa si combini con motivi spregevoli (prepotenza, disprezzo degli altri, ecc.)» [38].

5.3. – L'assenza di una disposizione omologa all'art. 2048 c.c. potrebbe essere avvertita nel caso in cui il contratto concluso dal minore inadempiente mantenga efficacia.

Nondimeno, se si riflette sulle alternative prospettabili, l'asimmetria tra le discipline del fatto illecito e dell'inadempimento, sotto questo profilo, è niente più che una suggestione.

In una prima ipotesi, il minore naturalmente capace potrebbe aver assunto l'obbligazione con modalità che integrano un illecito precontrattuale, in particolare con raggiri mediante i quali sia stata occultata la minore età. Chi abbia contrattato con il minore, sebbene la stabile vincolatività del contratto sia fuori discussione ai sensi dell'art. 1426 c.c., potrebbe subire la lesione dell'affidamento (non nella stabile efficacia del contratto, bensì questa volta) nell'avere una controparte legalmente capace nella fase esecutiva del negozio. Ad esempio, la dipendenza del soddisfacimento del credito da un debitore minorenne, ancorché adempiente, potrebbe comportare farraginosità per il necessario coinvolgimento del suo rappresentante, maggiori costi nella gestione del rapporto obbligatorio, o inferiori utili dovuti a modalità esecutive della prestazione – specialmente se infungibile – differenti da quelle che sarebbero state altrimenti possibili [39].

Pertanto, a prescindere dall'annullabilità del contratto per vizio determinante del consenso ai sensi dell'art. 1439 c.c., lo stesso sorgere del rapporto obbligatorio concreterebbe l'evento lesivo, mentre l'eventuale inadempimento sarebbe per il creditore solo una causa ulteriore e mediana di produzione o aggravamento del danno. Quest'ultimo – a prescindere dalla condotta adempiente o inadempiente del debitore legalmente incapace – sarebbe risarcibile a titolo (almeno in sostanza) extracontrattuale, perché non sembrano esserci controindicazioni alla diretta responsabilità precontrattuale del minore ai sensi dell'art. 1337 c.c. e, di riflesso, alla responsabilità extracontrattuale vicaria e solidale del di lui genitore in virtù di una piana applicazione dell'art. 2048 c.c.

---

[38] Così R. SACCO (in R. SACCO-G. DE NOVA, *op. cit.*, II, 246), il quale pensa a casi come quello del minore teppista che convochi un taxi solo per burla.

[39] *Contra*, F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, già diretto da A. CICU-F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, XXI, t. 2, Milano, 1987, 718 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 177, secondo cui la non impugnabilità del contratto a causa dell'incapacità legale del minore escluderebbe ogni danno per la controparte.



In una seconda ipotesi, al contrario, il minore naturalmente capace potrebbe essere divenuto debitore per vicende considerate lecite e, a prescindere dalla precarietà del vincolo negoziale a causa della facoltà d'impugnazione a lui rimessa, senza ledere alcun affidamento altrui sulla propria capacità, neanche in ordine alla susseguente attività solutoria.

L'art. 2048 c.c., allora, sarebbe inapplicabile, ma non si dovrebbe desiderare un'inopportuna regola gemella che intensifichi la tutela del creditore a fronte di un effettivo inadempimento. Il creditore, fin dalla conclusione del contratto, sapeva che nell'attuazione del rapporto avrebbe avuto come controparte un minore e ne ha accettato tutti i rischi (sebbene potesse cautelarsi, ad esempio, con una fideiussione, che ai sensi dell'art. 1939 c.c. è valida nonostante l'invalidità dell'obbligazione principale per incapacità del debitore). L'unica responsabilità configurabile è quella dello stesso minore per inadempimento.

5.4. – Una disposizione che sancisca in area aquiliana la responsabilità del genitore per l'inadempimento del figlio minore dotato di capacità naturale è auspicabile per l'eventualità in cui tale minore si renda inadempiente ad un'obbligazione non contrattuale. In questo caso, infatti, il creditore non può aver soppesato e, quindi, accettato i rischi connessi ad una controparte legalmente incapace.

Ad ogni modo, la mancanza di un'apposita previsione legislativa è ovviabile con l'applicazione estensiva o, quantomeno, analogica dell'art. 2048 c.c. [40].

[40] *Contra*, ma solo per l'asserita irriducibilità dell'inadempimento al *genus* del fatto illecito, V. Di Gravio, *op. cit.*, 81.

JUS CIVILE



CINZIA VALENTE

Professore a contratto – Università di Modena e Reggio Emilia

INTERESSE DEL MINORE E BIGENITORIALITÀ V. LEGISLAZIONE EMERGENZIALE: RIFLESSIONE SUI RECENTI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

SOMMARIO*: 1. Introduzione. – 2. La legislazione emergenziale. – 3. Orientamenti giurisprudenziali a confronto. – 4. Interesse del minore e genitorialità. – 5. La "soluzione" inglese alla pandemia. – 6. Considerazioni conclusive.*

1. – L'emergenza sanitaria scatenata dall'imprevista pandemia di rilevanza ultrastatale è stata occasione di interventi legislativi straordinari atti a contenere il fenomeno e preservare il superiore interesse alla sopravvivenza individuale e nazionale ed ha imposto limitazioni anche a taluni diritti fondamentali.

Ciascun ordinamento ha adottato rimedi, pure precauzionali, propri, con tempistiche diverse, e modulando le restrizioni, anche, alle attività economiche.

Le soluzioni sono state varie: dalla chiusura totale delle attività (per determinati periodi) – esclusa quella essenziale – a misure limitative, ma non preclusive di talune funzioni pubbliche e private, a meno stringenti provvedimenti nei quali si faceva appello al senso di responsabilità dei cittadini (come è stato il caso della Svezia).

È soprattutto nella prima ipotesi, c.d. lock-down, che sono emersi problemi di bilanciamento nella tutela di diritti costituzionalmente garantiti.

L'obiettivo del presente contributo è quello di esaminare, nel contesto nazionale italiano, gli effetti delle misure azionate nel periodo emergenziale sul rapporto genitori-figli, in particolare nella fase della separazione (o divorzio) quando la limitazione alla circolazione degli individui ha posto in dubbio la possibilità del genitore non collocatario di frequentare il figlio.

La mancata espressa regolamentazione di tale aspetto nella normativa emergenziale



ha indotto la formazione di orientamenti interpretativi della giurisprudenza di merito apparentemente contrastanti.

L'analisi di tali precetti sarà condotta alla luce dei principi generali che governano l'area del diritto di famiglia anche per valutare se eventuali effetti possano avere valenza oltre la fase emergenziale.

Nella seconda parte si prenderanno in esame le soluzioni offerte sullo stesso tema dal sistema inglese e tanto consentirà di svolgere qualche riflessione nelle considerazioni conclusive.

2. – L'analisi della giurisprudenza italiana sul diritto del minore a mantenere il rapporto con entrambi i genitori durate la pandemia ed il corrispettivo esercizio della genitorialità esigono un rinvio agli elementi della normativa emergenziale succedutasi in un breve arco temporale.

Si è assistito ad un graduale crescendo di limitazioni alla libertà di circolazione i cui effetti sono ricaduti, a cascata, sulla possibilità del genitore non collocatario di frequentare i figli e dunque il diritto del minore alla bi-genitorialità; la massima compressione di tali diritti ha coinciso con il picco di virulenza dell'epidemia cui è seguita la altrettanto graduale ri-espansione a distanza di un tempo relativamente breve.

La mancanza di una espressa previsione in ordine alle specifiche esigenze del minore [1] e del genitore è stata la nota caratterizzante tale accelerazione normativa in tutte le sue fasi.

La delibera del Consiglio dei Ministri in data 31 gennaio 2020 ha segnato l'inizio dello stato di emergenza [2] con l'annuncio di una futura modulazione delle misure restrittive sulla base dell'andamento epidemiologico del virus.

Il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 ha introdotto, infatti, le prime misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza sanitaria da COVID-2019 e con il contestale D.P.C.M. 23 febbraio 2020 è stato formalizzato il divieto di allontanamento per tutti gli individui che si trovavano nei Comuni interessati dalla prima ondata epidemica; una serie di misure precauzionali relative ad eventi di aggregazione sono state

[1] In tal senso L. CONTE, "*Prima la salute" o "prima i bambini"? Riflessioni sui diritti dell'infanzia al tempo del Covid-19*, in www.dirittifondamentali.it, 29 aprile 2020.

[2] Inizialmente destinato a durare fino al 31 luglio 2020 e poi prorogato al 15 ottobre 2020 con decreto-legge, 30 luglio 2020, n. 83.



estese in breve tempo all'intero territorio nazionale [3].

Il primo atto rilevante per quanto riguarda il tema che affrontiamo è stato il D.P.C.M. 9 marzo 2020 [4] il quale ha esteso il divieto di circolazione dalle zone c.d. rosse – proclamato con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 8 marzo 2020 n. 11 art. 1, lett. a – al territorio nazionale. Le eccezioni al divieto sono state espressamente individuate nelle comprovate esigenze lavorative, nelle situazioni di necessità e nei motivi di salute; è stato, tuttavia, consentito il rientro nel proprio domicilio, abitazione o residenza.

Non essendo prevista alcuna specifica misura con riferimento al diritto di frequentazione dei figli, il Governo ha espresso un chiarimento nelle FAQ del 10 marzo 2020 ed ha "autorizzato" lo spostamento per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o per condurli presso la propria abitazione, nel rispetto delle disposizioni giudiziali di cui ai provvedimenti di separazione e divorzio; mancava, come è evidente, qualsiasi riferimento alle situazioni non ancora formalizzate, come ad esempio i casi in cui la coppia, pur avendo avviato il procedimento, non avesse ancora un provvedimento neanche provvisorio o quelli nei quali, addirittura, non fosse stato ancora neanche ufficializzato lo scioglimento del legame affettivo o, in generale, la regolazione dell'affidamento del minore con il deposito dei relativi atti giudiziari, per la coppia convivente [5].

Nel successivo decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18 (c.d. Cura Italia) [6], che poi è stato convertito nell'aprile 2020 [7] e valido nella "fase due" della emergenza, è stata ripresa la disposizione dell'art. 1 del D.P.C.M. 8 marzo 2020.

---

[3] Il D.P.C.M. 1 marzo 2020 recepisce e proroga le già adottate misure per i comuni elencati nel relativo allegato; le misure "anti-aggregative" vengono estese all'intero territorio nazionale con D.P.C.M. 4 marzo 2020.

[4] Pubblicato in Gazzetta Ufficiale, serie generale, del 9 marzo 2020, n. 62.

[5] Taluni, ipotizzando che i minori figli di genitori separati abbiano due domicili, ritengono che lo spostamento sia autorizzato per fare rientro presso l'una o l'altra abitazione (C. SILVESTRI, *Chiaroscuri della frequentazione genitori-figli nell'emergenza coronavirus*, in www.dirittoegiustizia.it, 16 maggio 2020).

[6] Convertito con L. 24 aprile 2020 n. 27.

[7] L. 24 aprile 2020 n. 27. Merita di essere segnalata l'introduzione in sede di conversione dell'art. 7 bis «*Salvo che il giudice disponga diversamente, per il periodo compreso tra il 16 aprile e il 31 maggio 2020, gli incontri tra genitori e figli in spazio neutro, ovvero alla presenza di operatori del servizio socio-assistenziale, disposti con provvedimento giudiziale, sono sostituiti con collegamenti da remoto che permettano la comunicazione audio e video tra il genitore, i figli e l'operatore specializzato, secondo le modalità individuate dal responsabile del servizio socio-assistenziale e comunicate al giudice procedente. Nel caso in cui non sia possibile assicurare il collegamento da remoto gli incontri sono sospesi*». In altre parole, si sospendono gli incontri protetti in presenza garantendo la "frequentazione" telematica. Segnale questo di una attenzione alle esigenze di tali casi particolari che coinvolgono, oltre la famiglia, anche soggetti "terzi" destinatari insieme ai minori ed ai genitori della protezione rafforzata espressa nella norma in tema di salute.



Il D.P.C.M. 22 marzo 2020 [8] ha inasprito ulteriormente le limitazioni vietando gli spostamenti all'interno dello stesso comune con esclusione di quelli dovuti a motivi di lavoro, situazioni di necessità e salute; quanto agli spostamenti oltre i confini comunali ha posto come eccezione i soli motivi di lavoro, salute e assoluta urgenza (categoria che è andata a sostituire le precedenti "situazioni di necessità") pure inibendo il rientro al proprio domicilio.

In questa fase, in ragione di una interpretazione strettamente letterale, la frequentazione del figlio domiciliato fuori dal Comune è apparsa, a taluni, vietata.

Eppure, l'immediatamente successivo d.l. 25 marzo 2020 n. 19 ribadendo le limitazioni alla circolazione ha ammesso spostamenti motivati da esigenze lavorative, situazioni di necessità o urgenza, motivi di salute e "altre specifiche ragioni". Questa categoria "generale" ha rappresentato una idonea giustificazione per consentire movimenti diversi da quelli urgenti.

Rimanevano comunque in vigore le misure assunte con i DPCM di marzo da coordinare con le misure derogatorie previste dal decreto-legge e si sovrapponevano, dunque, le varie eccezioni idonee a legittimare gli spostamenti.

Le misure restrittive sono state estese temporalmente, sempre nel silenzio del legislatore sulla tematica specifica delle frequentazioni tra genitori e figli, con il D.P.C.M. del 1 aprile 2020 [9] e poi con D.P.C.M. del 10 aprile 2020 [10].

In data 2 aprile 2020 le FAQ del Governo hanno chiarito, sul tema dei rapporti familiari, che era consentito lo spostamento, nel rispetto delle prescrizioni sanitarie e scegliendo il tragitto più breve, tra Comuni se conforme ai provvedimenti giudiziali o, ad integrazione di quanto in precedenza disposto, anche all'accordo tra le parti, in assenza di provvedimento.

Con D.P.C.M. 26 aprile 2020 [11] le misure restrittive sono state parzialmente allentate e, oltre agli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute, è stata introdotta la facoltà di incontrare i "congiunti" [12]; misure poi estese fino al 3 maggio 2020, sempre con il divieto di spostamento oltre regione.

---

[8] Pubblicato in Gazzetta Ufficiale, serie generale, del 25 marzo 2020, n. 76.

[9] Pubblicato in Gazzetta Ufficiale, serie generale, del 2 aprile 2020, n. 88.

[10] Pubblicato in Gazzetta Ufficiale, serie generale, del 11 aprile 2020, n. 97.

[11] Pubblicato in Gazzetta Ufficiale, serie generale, del 27 aprile 2020, n. 108.

[12] Sulla definizione di "congiunti" nasce immediatamente un dibattito ai fini del riconoscimento giuridico di tali legali e dei relativi effetti; per tutti si veda E. AL MUREDEN, *La nozione di "congiunti" tra emergenza sanitaria e pluralità dei modelli familiari*, in *Famiglia e Diritto*, 2020, 6, p. 623 ss.



Ancora una volta l'adozione di provvedimenti non strettamente legislativi ossia le FAQ (in data 25 aprile 2020 e poi 8 maggio 2020) hanno spiegato come lo spostamento extraregionale potesse essere, invece, consentito per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque l'affidatario oppure per condurli presso la propria abitazione, in osservanza dei provvedimenti giudiziali esistenti o per accordo tra le parti.

Con Decreto Legge 16 maggio 2020, n. 33 [13] sono cessate le limitazioni per gli spostamenti intra regione dal 18 maggio 2020, mantenendo quelli oltre regione fino al 2 giugno 2020, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute; è stato, in ogni caso, consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza.

Le limitazioni alla libera circolazione sul territorio nazionale sono state rimosse a far data da 3 giugno 2020.

Il percorso normativo tracciato rivela una graduale, ma temporalmente ravvicinata, messa in opera di restrizioni volte a tutelare la salute e la sicurezza, prima, territoriale (nelle zone più colpite) e, poi, nazionale attraverso l'imposizione del divieto di circolazione o la sua importante restrizione.

Tali misure sono state adottate senza alcuna specifica previsione a tutela del contatto tra genitori (separati e/o divorziati) e figli; alcuni correttivi sono stati affidati a strumenti di efficacia giuridica "limitata", quali le FAQ governative, e peraltro atipiche nel nostro sistema giuridico e comunque non usuali in materia di diritto di famiglia laddove si discute, per di più, di diritti di portata costituzionale.

La tutela del diritto a mantenere il rapporto tra figli e genitori si è dovuta insinuare tra i motivi di "necessità" e quelli di assoluta "urgenza" o "salute" facendo leva sulle esigenze dei figli, mai esplicitamente contemplate; nessun riferimento è emerso sulla correlata esigenza, altrettanto meritevole, di tutela del genitore, destinatario delle norme in tema di responsabilità genitoriale, per garantirne l'esercizio di diritti-doveri-facoltà.

La normativa emergenziale, sebbene speciale rispetto alla disciplina vigente è andata ad incidere su diritti fondamentali dell'individuo senza alcuna specifica previsione tale da porre il dubbio sulla legittimità di tale compressione in mancanza di apposito bilanciamento da parte del legislatore [14].

La soluzione di tale problema è stata, dunque, affidata alla giurisprudenza che, nella

---

[13] In Gazzetta Ufficiale, serie generale, del 16 maggio 2020, n. 125.

[14] D. PIAZZONI, *Diritto alla bigenitorialità, diritto di visita e frequentazione e coronavirus: un mosaico in composizione?*, in *www.giustiziacivile.com*, 4 maggio 2020.



lacuna normativa, ha adottato pronunce di segno non sempre univoco, nella forma di provvedimenti di urgenza *inaudita altera parte*; tali decisioni verranno analizzate nel paragrafo che segue al fine di valutare le ragioni che hanno talvolta limitato il diritto del figlio a mantenere un rapporto continuativo con il genitore non convivente.

3. – La mancanza di una specifica disciplina di coordinamento tra le limitazioni alla libera circolazione e le esigenze familiari di mantenimento del rapporto tra genitore non collocatario e figlio ha richiesto l'intervento giudiziale per un esame che ha incluso, da un lato, il diritto dei minori a conservare un rapporto continuativo con i genitori e quello di questi ultimi ad esercitare la genitorialità e, dall'altro, il diritto a preservare la salute dello stesso minore, dell'altro genitore come della collettività e non ultimo il diritto alla libera circolazione.

Le decisioni dei Tribunali di merito [15] si sono susseguite in un brevissimo arco temporale sulla base dei provvedimenti anche governativi via via assunti, in una prima fase molto restrittivi e poi gradualmente più "permissivi"; pronunce comunque destinate ad avere valenza limitata nel tempo.

La prima pronuncia reperita immediatamente dopo la restrizione estesa a tutto il territorio nazionale, sancita il precedente 8-9 marzo 2020, è quella resa dal Tribunale di Milano, in data 11 marzo 2020 [16] che ha colmato la lacuna della normativa emergenziale sancendo la necessità di preservare il contatto genitore-figlio.

Tale conclusione è stata raggiunta sulla base della considerazione che il decreto in data 8 marzo 2020, ammettendo gli spostamenti per il rientro nella propria residenza o domicilio, non ostacolasse l'attuazione dei provvedimenti di separazione quanto all'esercizio dei diritti connessi all'affidamento.

Il rinvio, in questa pronuncia, anche alle FAQ diramate dalla Presidenza del Consiglio di Ministri in data 10 marzo 2020, ossia una "fonte" non normativa – elemento che forse

---

[15] Per una disamina delle decisioni edite G.O. CESARO, *Covid-19 e diritti fondamentali nell'ambito della famiglia e dei minori: tra limitazioni ordinarie e straordinarie*, in www.dirittoegiustizia.it, 16 maggio 2020.

[16] Trib. Milano, 11 marzo 2020 edita on line in www.dirittoegiustizia.it. Si veda anche E. TROTTA, *Esercizio della responsabilità genitoriale e diritto alla bigenitorialità in pendenza delle misure di contrasto al Covid-19*, in *Diritto e Famiglia*, 2020, 5, 441 ss. Il caso riguarda una coppia separata che aveva concordato un dettagliato calendario di frequentazione del padre (genitore non collocatario) con i figli; al momento della emanazione delle restrizioni alla circolazione la madre aveva richiesto l'immediato rientro dei figli nella casa familiare che si trovavano in quel momento presso il padre.



ne indebolisce la motivazione [17] – è utilizzato per autorizzare la spostamento e raggiungere i figli, in caso di provvedimenti giudiziali già adottati; si è concluso infatti per la conferma delle condizioni espresse nel verbale di separazione consensuale omologato ed integrate dall'accordo tra le parti con il chiarimento che i "comprovati motivi di assoluta urgenza", indicati nella normativa emergenziale, giustificassero anche gli spostamenti oltre il Comune per la frequentazione del figlio.

Solo qualche giorno più tardi, la Corte di Appello di Bari [18], con ordinanza del 26 marzo 2020, ha adottato una misura opposta sospendendo gli incontri del minore con il padre.

Tale provvedimento – reso in un momento diverso rispetto al caso precedente, quando il decreto del 22 marzo 2020, in piena epidemia, aveva compresso quasi completamente il diritto di circolazione per evitare il contagio – ha decretato una rigorosa limitazione dei diritti di "*tutti i cittadini ed anche dei minori*" chiarendo che il mantenimento del rapporto genitoriale deve considerarsi recessivo rispetto alle limitazioni imposte a tutela della salute [19].

L'impossibilità di verificare i rischi cui il minore verrebbe esposto presso il domicilio del padre e, dunque, le condizioni di pericolo sanitario alle quali esporrebbe, a sua volta, anche il genitore collocatario, al rientro del minore in casa [20], fondano la "sospensione" della frequentazione, in presenza, tra genitore e figlio.

Il maggiore rigore con il quale è stato valutato il rischio per la salute (non solo del minore, pure veicolo per la trasmissione del virus [21]) ha imposto la compressione del diritto al mantenimento della relazione genitore-figlio in presenza.

---

[17] Sul punto Trib. Salerno, 13 marzo 2020 (come richiamata da D. PIAZZONI, *op. cit.*,) chiarirebbe che la normativa emergenziale non può comprimere i diritti del minore.

[18] Corte Appello Bari, 26 marzo 2020 in *Guida al diritto*, 2020, 18, 21.

[19] Negli stessi giorni il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Biella (https://www.ordineavvocatibiella.it/emergenza-covid-19-diritto-di-visita-dei-figli-minori-di-genitori-separati-al-genitore-non-collocatario-dopo-il-dpcm-22-3-2020-indicazioni-delle-forze-dellordine-consultate-dal-coa/) comunicava ai propri iscritti che, a seguito di richiesta di chiarimenti agli organi di Polizia, questi ultimi precisavano come, successivamente al DPCM 22 marzo 2020, il diritto di visita e di trasferimento dei minori presso l'altro genitore era da considerarsi consentito (sempre nelle modalità stabilite dal provvedimento giudiziale che lo disponeva) e "documentabile" attraverso l'autocertificazione redatta su modello ministeriale, e comunque sempre esercitabile con modalità richieste dal superiore interesse del minore.

[20] Analogo il tenore della decisione del Trib. Vasto, 2 aprile 2020 in jurisdata on line, maggio 2020; nel caso di specie il Giudice ha espressamente rilevato la carenza di elementi idonei a valutare il rischio di contagio disponendo, in mancanza di rapporto in presenza, il mantenimento del rapporto in via telematica.

[21] Nello stesso senso anche Trib. Bari, 27 marzo 2020.



La mancanza di una approfondita motivazione non rende agevole una valutazione in ordine alla correttezza del bilanciamento dei diritti effettuato; il diritto-dovere del genitore alla frequentazione del figlio e il correlato (sovraordinato) diritto del minore ad incontrare il genitore hanno radicate forme di tutela in ambito nazionale ed internazionale tali da giustificare la prevalenza di questo su altri diritti; ma tale valutazione appare carente nel caso in esame.

La decisione è risultata immediatamente "sovversiva" in quanto parrebbe retrocedere, per le ragioni indicate, il diritto del minore a posizione marginale.

Sebbene il bilanciamento degli interessi sinteticamente svolto nel caso di specie propende per la tutela del diritto alla salute (anche pubblica) non possiamo ignorare che la limitazione imposta è limitata ad un arco temporale brevissimo (fino al 3 aprile 2020) disponendo la "sostituzione" dell'incontro in presenza con l'utilizzo di modalità telematiche.

L'interruzione dell'incontro fisico tra genitore e figlio non equivale, nelle intenzioni del giudice, a sospensione della relazione genitoriale, anzi incentivata con strumentazione informatica.

Tale ultimo aspetto merita attenzione in quanto esplicita un "nuovo" modus operandi nella gestione dei rapporti a distanza da adoperare, si ritiene, con equilibrio al fine di non vanificarne la portata. Sono numerose le realtà nelle quali, indipendentemente dalla emergenza pandemica, i genitori risiedono in comuni diversi, lontani anche centinaia di chilometri; situazioni che rendono la frequentazione in presenza problematica, non solo per gli impegni lavorativi dei genitori e quelli scolastici dei figli, ma anche perché gravosa dal punto di vista economico e che potrebbero avvantaggiarsi delle attuali tecniche di comunicazioni.

D'altra parte, il ricorso a strumenti tecnologici per garantire la continuità della relazione genitore-figlio era già stato in precedenza riconosciuto [22] nei casi in cui la lontananza delle residenze dei genitori rendeva difficoltosi spostamenti frequenti.

Ci si domanda, in altre parole, se la modalità della videochiamata, imposta nel caso di specie, (alternativa anche alla semplice telefonata) possa essere uno strumento per "ammodernare" anche i rapporti familiari e favorire una relazione in pseudo-presenza nella quale, evidentemente, lo scambio di immagini serve a rafforzare il legale parentale.

Il contatto via Skype o la videochiamata non potranno, ovviamente, sostituire la costruzione di un rapporto consolidato e fatto anche di scambi affettivi concreti, ma potrebbe

[22] Trib. Nicosia, 22 aprile 2008; nello stesso senso Trib. Minorenni Campobasso, 25 febbraio 2010.



contribuire a mantenere, per un limitato periodo di tempo, un rapporto già avviato.

La prescrizione è, insomma, per un uso equilibrato, razionale e motivato tenendo a mente l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità [23] che ha chiarito come l'uso della tecnologia non può essere strumentalizzato ai fini della sostituzione della frequentazione in presenza senza ledere il superiore interesse del minore.

La preesistenza del rapporto genitore- figlio o comunque la manifesta volontà del genitore non collocatario di preservare quel legame sono gli elementi che possono giustificare, come nei casi analizzati, l'adozione dei sistemi di connessione a distanza; non dovrà la comunicazione telematica essere strumentalmente abusata per sostituirsi *a priori* alla frequentazione in presenza.

Tali, sebbene non esplicitate, finalità potrebbero mitigare gli effetti della decisione della Corte di Appello di Bari, ora esaminata, in ordine alla secondaria posizione riconosciuta ai diritti "familiari", rispetto ad una esigenza di tutela nazionale della salute, a condizione che vi sia una determinata limitazione temporale che non soffochi i diritti del minore.

Nella stessa data in cui è stata pronunciata la decisione barese, il Tribunale di Napoli [24] ha assunto un analogo provvedimento, con motivazione ancora una volta sintetica [25], rimarcando come l'esposizione al rischio contagio (anche del minore) rendesse opportuna la conversione dell'incontro in presenza con quella in modalità da remoto (con videochiamata) [26].

A rafforzare questa forma di contatto è intervenuta una ulteriore decisione [27] che più chiaramente mette in evidenza la necessita di tutela del diritto alla salute del minore e quella di preservare il rapporto genitoriale e affronta il tema del bilanciamento degli interessi in maniera più dettagliata.

Il caso è più complesso, essendo in contestazione comportamenti anche violenti di un genitore e ostativi dell'altro al mantenimento del rapporto paterno, da svolgersi in modalità "protette" con l'intervento dei servizi territoriali. Il rischio sanitario era rappresenta-

---

[23] Cass. 18 settembre 2014 n. 19694.

[24] Trib. Napoli, 26 marzo 2020, in jurisdata on line maggio 2020.

[25] Singolare la circostanza che questa pronuncia come quella del Tribunale di Milano in pari data facciano rinvio alla medesima disposizione (art. 1 DPCM 8 marzo 2020 e DPCM 9 marzo 2020) giungendo tuttavia a risultati opposti. La pronuncia partenopea appare maggiormente criticabile, in ragione di scarna motivazione, anche sotto il profilo della compressione del diritto fondamentale del minore alla frequentazione del padre, non giustificata da ragioni in ordine alla prevalenza o meno della legislazione emergenziale su un diritto costituzionalmente garantito e protetto a livello internazionale.

[26] *Contra* Trib. Pescara, 22 aprile 2020 nella quale si autorizza lo spostamento fuori regione per evitare che la prolungata sospensione del rapporto genitore-figlio possa compromettere la relazione genitoriale anche in ragione del fatto che l'età del minore (4 anni) non avrebbe consentito un adeguato contatto virtuale.

[27] Trib. Terni, 30 marzo 2020 in jurisdata on line maggio 2020.



to, nella fattispecie, dal coinvolgimento delle strutture pubbliche presso le quali i contatti con il genitore non collocatario avrebbero dovuto svolgersi.

Tale pericolo, ben maggiore rispetto a quello analizzato nei casi precedenti, ha portato il Giudice ad imporre modalità telematiche di frequentazione (sempre con la supervisione dell'operatore) così da consentire il contatto costante [28].

Più articolata la decisione adottata successivamente dal Tribunale di Torre Annunziata [29] la quale, ha richiamato – è la prima decisione che ne fa espressa menzione – il principio della bigenitorialità come integrato dalla interpretazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo il cui esercizio è essenziale per l'equilibrio psico-fisico del minore in rapporto alla normativa emergenziale. Quest'ultima nella tesi di quel Giudicante consentiva gli spostamenti per motivi di necessità, quali sarebbero quelli di visita al figlio pertanto il Tribunale ha reputato non sussistenti, nel caso concreto, le condizioni di rischio individuale o collettivo ed ha concluso per garantire la frequentazione con il genitore pure aggiungendo le modalità telematiche.

Ancora la mancanza di specifico aumento del rischio è stato posto alla base della decisione di qualche giorno successiva [30] pure ripresa [31] sia in caso di spostamento intracomune che fuori comune [32].

---

[28] Sospesi anche gli incontri tra figlio e genitore nel caso analizzato da Trib. Matera, 12 marzo 2020 per preservare la salute anche del minore i cui appuntamenti con il genitore erano fissati in strutture pubbliche (in ragione della litigiosità della coppia genitoriale).

[29] Trib. Torre Annunziata, 6 aprile 2020 in jurisdata on line maggio 2020. Pure favorevole allo spostamento per mantenere i rapporti genitore-figlio sembrerebbe la decisione del Trib. Busto Arsizio, 3 aprile 2020, che, sollecitando al Servizio Tutela Minori ragioni giustificatrici della sospensione della frequentazione, stigmatizza la condotta dello stesso servizio per avere valutato la opportunità della suddetta sospensione contravvenendo alle disposizioni normative che depongono, ad avviso del Giudicante, per la possibilità di spostamento. Si precisa nella decisione come il diritto di visita del minore rientra nelle ipotesi di "situazione di necessità" che legittimano la circolazione ed anche in quelle di "altre specifiche ragioni" come indicate nel D.L. 25 marzo 2020 n. 19 (art. 1) pure confermato dal modello di autocertificazione emesso a seguito del decreto legge citato e comunque oggetto di precisa previsione nelle FAQ governative e in quelle regionali. Ancora a "limitare" il potere dei Servizi è intervenuta la decisione del Trib. Minorenni di Trento in data 7 maggio 2020 che ripristina i rapporti tra madre e figli nella considerazione che neanche le emergenze sanitarie possono giustificare la soppressione del diritto del genitore ad incontrare i figli minori senza pregiudicare in maniera grave ed irreparabile la relazione con la madre.

[30] Trib. Roma, 7 aprile 2020 n. 3692. Oggetto principale del procedimento era peraltro l'avvenuto trasferimento dei minori in luogo di residenza diverso da quello originario senza la dovuta comunicazione al genitore non collocatario; evento che andava ad incidere sulla frequentazione dei figli e l'emergenza sanitaria in atto ma che, nella tesi del Tribunale, non rappresenta comunque elemento idoneo a giustificare una deroga agli obblighi genitoriali. È pure vero che nel caso di specie le modalità di frequentazione dei figli non esponevano i minori né la collettività a rischi ulteriori di contagio.

[31] Trib. La Spezia, 7 aprile 2020.

[32] Trib. Lecce, 9 aprile 2020. Non trascurabile anche la posizione assunta dal Trib. Minorenni di Roma,



Una posizione intermedia ha assunto il Tribunale di Verona che in data 27 marzo 2020 [33] che ha disposto il collocamento alternato della minore (14 giorni ciascuno) al fine di ridurre il rischio epidemiologico senza compromettere il rapporto parentale, garantendo sempre al genitore non coabitante la videochiamata. Tale soluzione ha aggregato i tempi di frequenza e ridotto gli spostamenti al fine di evitare una maggiore esposizione al rischio, seguendo la sollecitazione della Commissione Famiglia della Unione Nazionale Camere Civili [34].

Previsione questa che pare rievocare quella forma di affidamento alternato [35] che all'epoca della riforma del 2006 [36] era stata esaminata ed abbandonata per evitare che la "pendolarità" [37] esponesse il minore alla destabilizzazione conseguente al continuo trasferimento; ipotesi che nel caso di emergenza sanitaria, e dunque limitatamente a questa fase, parrebbe avere una seconda, limitata, *chance*.

È evidente che in un brevissimo periodo di tempo i Tribunali chiamati a pronunciarsi hanno adottato soluzioni differenti riconducibili essenzialmente a tre diversi orientamenti; decisioni che, talvolta motivate succintamente, paiono accomunate da un limitato esame del caso concreto e trascurano – è questo l'aspetto maggiormente criticabile – un ap-

---

9 aprile 2020 che riconosce al benessere del minore un valore sovraordinato e attuabile attraverso l'esercizio della bigenitorialità.

[33] Nello stesso senso anche Trib. Bolzano, 4 aprile 2020 che pur sospendendo nell'immediato la frequentazione ha rimodulato i tempi di permanenza presso il genitore non collocatario per "recuperare" i momenti perduti a causa della emergenza sanitaria.

[34] Riflessioni sulla gestione dei rapporti tra genitori separati e figli in relazione alla emergenza COVID-19 in data 5 aprile 2020 in http://www.unionenazionalecamerecivili.it/coronavirus-e-rapporto-genitori-separati-e-figli/

[35] Contra M. PALADINI, *L'abitazione della casa familiare nell'affidamento condiviso*, in *Famiglia e Diritto*, 2006 p. 329.

[36] Ci si riferisce alla l. 8 febbraio 2006 n. 54 che ha introdotto, tra l'altro, l'affidamento condiviso; quanto alla riforma sulla filiazione: l. 10 dicembre 2012 n. 219 e d.lgs. 28 dicembre 2013 n. 154. Si veda: M. SESTA, A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, *Trattato di diritto civile e commerciale*, *La crisi della famiglia*, III, Giuffrè, 2016; C.M. BIANCA, *La riforma della filiazione*, Utet, 2015; T. AULETTA, Diritto di famiglia, 4ª ed., Giappichelli, 2018; G.F. BASINI, *L'affidamento dei figli minori di età e le provvidenze per i figli maggiorenni non autosufficienti*, in G. BONILINI, *Trattato di diritto di famiglia*, Utet, 2016, p. 3101.

[37] Anche recentemente la giurisprudenza di legittimità, mentre dichiara il principio della bigenitorialità a giustificare l'affidamento condiviso, ritiene, forse contraddittoriamente, che il continuo spostamento della casa di abitazione del minore sia contrario all'interesse dello stesso (Cass., 15 febbraio 2017 n. 4060); tale dato parrebbe avere, a supporto normativo, l'assegnazione della casa familiare finalizzata a tutelare la stabilità del minore (e dunque il suo interesse). Si veda anche L. DELLI PRISCOLI, *The best interest of the child nel divorzio, fra affidamento condiviso e collocamento prevalente*, in *Diritto di Famiglia e delle persone*, 1, 2019, p. 262 ss.



profondito, quanto necessario, bilanciamento di interessi in contestazione ed in particolare del *best interest of the child*[38] da analizzare anche alla luce dei principi vigenti in materia di genitorialità.

4. – Una adeguata valutazione dei contrapposti interessi nella soluzione dei casi analizzati richiede un approfondimento del concreto interesse del minore alla luce dei principi generali da coniugare con quelli imposti dal periodo emergenziale.

L'evoluzione del diritto di famiglia e dei minori è stata caratterizzata, nel nostro ordinamento, da profonde innovazioni introdotte a livello legislativo (talvolta precedute dalla giurisprudenza di legittimità) sia per garantire l'adeguamento al contesto internazionale ed europeo, sia per aggiornare il diritto e renderlo coerente con i cambiamenti sociali registrati, soprattutto negli ultimi decenni.

Numerose sono le convenzioni internazionali[39] adottate a tutela del minore, tra le quali si distingue la Convenzione Onu sui diritti del Fanciullo 1989[40] ed i relativi protocolli addizionali, che hanno avuto il merito di promuovere il "soggetto in formazione"[41] e di garantirne la tutela, estendendo al minore le garanzie dell'adulto, ma provvedendo a integrarle con quanto necessario a preservare la condizione di vulnerabilità che gli appartiene. Tanto si registra anche in taluni atti sovranazionali che attengono ai diritti fonda-

[38] La necessità di un concreto esame di tale aspetto è ribadita in Corte Cost., 18 dicembre 2017 n. 272.

[39] La protezione riconosciuta al minore a livello sovranazionale è ampia coprendo diversi ambiti che vanno, tra l'altro, dalla regolamentazione dell'adozione internazionale (Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale di Strasburgo del 25 gennaio 1996), ai minori disabili (Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità di New York del 13 dicembre 2006), alla sottrazione dei minori (Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 19802), al rimpatrio (Convenzione Europea sul rimpatrio dei minori adottata a L'Aja il 28 maggio 1970), alle regole di diritto internazionale privato sull'affidamento (Convenzione sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e ristabilimento dell'affidamento del 20 maggio 1980), sulla protezione dei minori (Convenzione dell'Aja sulla competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori del 5 ottobre 1961), sulla responsabilità genitoriale (Convenzione sulla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale e di misure per la tutela dei minori del 19 ottobre 1996).

[40] Tra gli altri si richiamano l'art. 2 (diritto di non discriminazione), art. 3 (sul benessere del minore), l'art. 6 (sul diritto alla vita ed allo sviluppo), art. 7 (che prevede tra l'altro il diritto ad essere allevato dai propri genitori), art. 8 (tutela delle relazioni familiari), art. 12 (diritto di ascolto). È poi specifico, sul punto, l'art. 9 che così dispone al terzo comma "*Gli Stati parti rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo*".

[41] A. MORO, *Manuale di diritto minorile*, 6ª ed., Zanichelli, 2019, p. 11 ss.



mentali dell'individuo e dunque tutelano indirettamente anche il minore; si pensi alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e le libertà fondamentali il cui art. 8 contiene l'espresso richiamo alle relazioni familiari [42] ed ancora più precisamente l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza che disciplina proprio la condizione del minore.

Nell'ordinamento interno, poi, la tutela del minore, ed in particolare, per quanto qui interessa, quella del mantenimento della relazione genitoriale hanno riconoscimento anche a livello costituzionale (artt. 29 e 30), oltre che a livello "ordinario".

La tutela del minore non può essere scissa dall'esame del principio della bigenitorialità [43] (e dall'esercizio della responsabilità genitoriale) il cui riconoscimento è stato un traguardo raggiunto, nel nostro ordinamento [44], ormai nel 2006 [45], ulteriormente valorizzato, anche in occasione della riforma della filiazione del 2012-2013 [46].

Quest'ultima riforma ha conferito alla genitorialità una connotazione più ampia, svincolata dalla famiglia tradizionale fondata sul matrimonio [47], e maggiormente incline a te-

---

[42] Da ultimo richiamato anche dalla giurisprudenza di legittimità italiana Cass., 8 aprile 2019, n. 9764 proprio sul tema.

[43] Principio ribadito più volte a livello internazionale ed europeo; si ricordi ad esempio la Risoluzione del Consiglio d'Europa del 2 ottobre 2015 n. 2079 – *Equality and shared parental responsibility: the role of fathers* – che sollecita la adozione di misure interne che favoriscano la shared residence del minore in caso di separazione o divorzio del genitore. Il rispetto del mantenimento del rapporto parentale è stato anche oggetto di diverse pronunce della CEDU proprio a carico dell'Italia (come CEDU, sez. II, sentenza del 29 gennaio 2013, *Lombardo c Italia*); si è sancito il principio in base al quale per essere adeguate, le misure volte a riunire genitore e figlio devono essere attuate rapidamente, in quanto il decorso del tempo può avere conseguenze irrimediabili sulle relazioni tra il minore ed il genitore non convivente. Si veda anche più recentemente CEDU, *Endrizzi c. Italia* – Prima Sezione – sentenza 23 marzo 2017 (ricorso n. 71660/14).

[44] Sul tema: L. LENTI, *Diritto di famiglia e servizi sociali*, Giappichelli, 2018, 264 ss.; A. CAGNAZZO, *La filiazione. Nuovi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali*, Giuffrè, 2017, 187 ss.; F. GIARDINI, *Joint custody of children on separation and divorce: the current law in Italy: an overview of the Law and how it is applied*, in B. ATKIN, *The International Survey of Family Law*, Family Law, 2014, 227 ss.; P. PASCUCCI, *Conflittualità coniugale, affidamento e potestà. Come garantire il principio di bigenitorialità?*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, 167 ss.; C. GRASSI, *Potestà genitoriale e affidamento della prole*, in *Giustizia civile*, 2008, 10 ss.; G. MANERA, *L'affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Maggioli, 2007; sulla condizione precedente G. ALPA, M. BESSONE, G. FERRANDO, M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Zanichelli, 1995, P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori, in Rassegna di diritto civile*, 2, 1980, 455.

[45] L. 8 febbraio 2006, n. 54.

[46] L. 10 dicembre 2012, n. 219 e d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

[47] E. AL MUREDEN, *La Responsabilità genitoriale tra condizione unica di figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Famiglia e Diritto*, 2014, 466 ss.



nere conto di plurime variabili nel suo esercizio, tali da declinarsi in rapporti complessi, come lo scioglimento della famiglia.

Tale passaggio è stato segnato ponendo al centro della valutazione il diritto del minore a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo, come richiede il riformato codice civile (art. 315 *bis* c.c. e 337 *ter* c.c.), con entrambi i genitori sui quali grava l'obbligo(-diritto) di cura e che comporta, nella rinnovata concezione, una quotidiana partecipazione alla vita del figlio, finalizzata alla continuità del rapporto, anche affettivo, ed alla condivisione del progetto educativo del minore stesso.

La riforma citata nel ridefinire la genitorialità ha inserito un altro tassello nella tutela dell'interesse, morale e materiale, della prole; la genitorialità, in altre parole, è stata pensata come proiezione del diritto del minore al mantenimento delle relazioni familiari, prima che come una rivendicazione del diritto del genitore [48], destinato a perdurare nonostante la eventuale dissoluzione del rapporto di coppia.

In questa direzione hanno operato le riforme sopra menzionate guidando un processo evolutivo che ha promosso un mutato atteggiamento nei confronti del minore ed ha condotto alla sostituzione della potestà genitoriale con la responsabilità genitoriale, proprio al fine di sottolineare l'assenza di soggezione tipica della potestà e la natura funzionale al soddisfacimento dei bisogni del minore della funzione genitoriale (gravati loro dal dovere di cura del figlio) [49].

---

[48] In tal senso M. SESTA, A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, *op. cit.*, III, Giuffrè, 2016, 41 ss.

[49] Precedentemente alla riforma, non si rintracciava una definizione espressa di potestà (su tale istituto si veda: A. BELVEDERE, *Potestà dei genitori*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXIII, Treccani, 1999, M. CERATO, *La potestà dei genitori. I modi di esercizio, la decadenza e l'affievolimento*, in P. CENDON, *Il diritto privato oggi*, Giuffrè, 2000; L. FERRI, *Potestà dei genitori* in A. SCIALOJA, A. BRANCA, F. GALGANO, *Commentario del codice civile sub artt. 315-342*, Zanichelli, 1988). Tale istituto era da taluni collocato nell'area del diritto pubblico in quanto atto a disciplinare, come si evinceva dall'insieme delle norme costituzionali e non, l'adempimento dei doveri del genitore (si veda A. FASANO, S. MATONE, I *conflitti della responsabilità genitoriale*, Giuffrè, 2013, 6). In tale contesto l'interesse del minore rappresentava il limite all'esercizio della stessa potestà. L'introduzione del concetto di responsabilità genitoriale comporta non solo una differente terminologia ma che una mutata interpretazione dell'istituto nella quale l'insieme dei diritti e doveri che si relazionano al genitore diventano strumentali alla tutela del minore, ora centro di attenzione. Sul concetto di responsabilità genitoriale come mutuato dalla tradizione di common law e dal contesto internazionale si veda la critica di G. AUTORINO, *Manuale di diritto di famiglia*, 3ª ed., Giappichelli, 2016, 497 ss.; sul passaggio dalla potestà alla responsabilità anche P. STANZIONE, *Persona minore di età e salute, diritto all'autodeterminazione, responsabilità genitoriale*, in *Comparazione e Diritto civile*, 2013, G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile in Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2014, 782; M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Cedam, 2019: M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti nelle relazioni familiari*, in *Famiglia e diritto*, 2013, 3, 231 ss. Il richiamo alla funzione quasi pubblica della responsabilità genitoriale è in



Pur mancando una definizione espressa, il concetto di responsabilità genitoriale rinvia a profili sia personali sia materiali nell'esercizio delle relative funzioni; da un lato, la cura del minore (che include il profilo educativo, di crescita, e sviluppo) e dall'altro quello legato all'aspetto più prettamente economico del mantenimento. La presenza del genitore nella quotidianità del figlio contribuisce inevitabilmente alla formazione del suo carattere e consente al genitore stesso di individuarne capacità e potenzialità e coadiuvarlo nella crescita assecondandone le inclinazioni [50].

Mantenere il contatto tra genitore e figlio consente di soddisfare il diritto del figlio a mantenere la relazione ed al tempo stesso di fornire una tutela riflessa al genitore, ove la frequentazione sia positiva per il minore, pure assecondando le funzioni genitoriali.

La frequentazione genitore-figlio è il collante tra le esigenze del minore e quelle della madre e/o del padre.

Nello svolgimento fisiologico del rapporto di coppia la partecipazione del genitore alla vita del figlio è garantita, ma diversamente accade nella fase patologica della relazione quando lo scioglimento della coppia determina la necessità di organizzare diversamente i rapporti familiari.

La separazione incide ovviamente sulla possibilità di mantenere inalterato il rapporto genitori-figli e sulle modalità con le quali i genitori parteciperanno alla vita del figlio, condizionate dalla forma di affidamento disposta.

L'affidamento condiviso [51] ha sostituito, in generale, l'affidamento esclusivo ed ha rappresentato la giusta trasposizione, nella fase dello scioglimento della coppia, dei principi sopra riportati così eliminando, almeno in linea astratta, l'asimmetria tra i genitori e il rischio che il minore venga di fatto privato di una figura genitoriale "assorbendo" educazione, principi e valori del genitore affidatario esclusivo.

---

obiter dictum in Cass., 6 marzo 2020 n. 6471 sul tema della impossibilità di esecuzione forzata del diritto di visita.

[50] F. RUSCELLO, *Potestà dei genitori versus responsability*, in www.comparazionedirittocivile.it., 7 ss., il quale, tra l'altro, conclude nel senso di ritenere il passaggio terminologico da potestà a responsabilità l'effetto di una modificazione sostanziale già verificatasi nel corso degli anni. Si veda anche L. AMBROSINI, *Dalla potestà alla responsabilità: la rinnovata valenza dell'impegno genitoriale*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2, 2015, 687.

[51] Sul tema la letteratura è ampia: C.M. BIANCA, *Diritto Civile. La famiglia*, 5ª ed., Giuffrè, 2014; G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corriere Giuridico*, 2013, 528; G. AUTORINO STANZIONE, *La separazione. Il divorzio. L'affidamento condiviso*, Giappichelli, 2011; M. DOGLIOTTI, *Affidamento condiviso e individuale*, in M. DOGLIOTTI, *Affidamento condiviso e diritto dei minori*, Giappichelli, 2008, 51 ss.; L. BALESTRA, *Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso*, in *Familia*, 2006, 655 ss.; F. DANOVI, *L'affidamento condiviso: le tutele processuali*, in *Diritto e Famiglia*, 2007, 1915 ss.



Se è vero che nell'affidamento condiviso non si deve a tutti costi realizzare una pari permanenza del minore presso ciascun genitore, l'istituto, nelle sue applicazioni pratiche, è stato utilizzato per dare stabilità al minore attraverso la collocazione prevalente ed un ampio diritto di frequentazione dell'altro genitore così da garantire continuità alla relazione; è consueto, ad esempio nelle separazioni consensuali, e quando i genitori mantengono la residenza nello stesso comune, che gli accordi prevedano una collaborazione dei genitori, quasi quotidiana, nella gestione del figlio, così da essere particolarmente vantaggiosa per lo sviluppo del minore.

Occorre, tuttavia, distinguere la questione "pratica" della dimora del minore che, per le asserite ragioni di stabilità, viene fissata presso uno dei genitori, dall'esercizio dell'insieme di diritti e doveri del genitore che incide anche sulla frequentazione genitore-figlio. In tale contesto, l'espressione, ormai di uso comune, "diritto di visita" non pare coerente al sistema di affidamento condiviso delineato dal legislatore: non si deve "autorizzare" un genitore a trascorrere del tempo con il figlio, quanto regolamentare i rapporti con i figli, laddove l'alternanza deve essere la regola, seppure disciplinata, onde evitare contrasti.

L'analisi dei casi riportata nel precedente paragrafo fornisce dunque l'occasione per riesaminare la questione dell'effettività della tutela del minore e del principio di bigenitorialità; principi, da taluni [52], ritenuti traditi dall'interpretazione giurisprudenziale che avrebbe sostituito il modello dell'affidamento esclusivo con l'invenzione della figura del genitore collocatario (prevalente), (re-)introducendo il diritto di visita per quello non collocatario e dunque riproponendo il problema del mantenimento effettivo della relazione.

In questa tesi, il sistema non avrebbe affatto eliminato la preferenza standardizzata per l'affidamento materno sebbene, d'altra parte, sia rimasta la convinzione che l'alternanza presso i domicili dei genitori non soddisfi comunque l'interesse del minore [53].

Il punto critico è proprio il raccordo tra benessere del minore e principio della bigenitorialità (attuato o meno nelle forme di affidamento, esclusivo o congiunto).

---

[52] A. MANIACI, *Verso una riforma dell'affidamento condiviso*, in *Europa e Diritto Privato*, 2, 2019, 505 ss.

[53] Sopperire anche a tali necessità era stato l'obiettivo della proposta di riforma, allo stato "sospesa", nota come Decreto Pillon, nel quale la bi-genitorialità veniva garantita attraverso la previsione di almeno 12 giorni al mese con entrambi i genitori e comunque di tempi paritetici e la previsione del doppio domicilio del minore. Il tutto da attuarsi attraverso una sorta di piano genitoriale concordato tra le parti o stabilito in assenza di accordo dal Giudice. Tale progetto, come dichiarato, depone per una progressiva de-giurisdizionalizzazione dei rapporti di famiglia con l'intento di apportare correttivi alle rigidità delle vigenti norme e attuando in maniera "forzata" il processo di privatizzazione già da tempo avviato.



Il principio pare essere rimasto inattuato in alcune delle decisioni esaminate nelle quali la carenza di motivazione non favorisce una esaustiva analisi. Né traspare l'osservanza dei principi anche recentemente espressi dalla giurisprudenza di legittimità: l'interesse del minore è un criterio esclusivo di orientamento nelle scelte giudiziarie che lo riguardano – funge al tempo stesso da diritto sostanziale, criterio interpretativo e regola per le garanzie di tipo processuale [54] – la cui valutazione non può prescindere dal principio della bigenitorialità che ne rappresenta la proiezione, ma che deve ricevere in sede giudiziale "autonoma" considerazione.

Ma soprattutto la protezione del figlio richiede, per essere effettiva, la valutazione delle concrete condizioni specifiche del minore la cui situazione viene esaminata [55] al fine di garantirne il benessere.

Occorre valutare, non solo i diritti eventualmente confliggenti sul piano astratto, ma condurre un'analisi delle concrete esigenze del minore e le circostanze del caso, effettuando il bilanciamento reale degli interessi.

La carenza di tale approfondimento rappresenta l'aspetto maggiormente criticabile delle decisioni analizzate nel presente contributo le quali, in misura più o meno sintetica (probabilmente in ragione del rito urgente "cautelare"), hanno sciolto un intreccio di interessi assai complesso che include la relazione genitoriale trincerandosi, quelle che giungono a negare il mantenimento del rapporto in pandemia in presenza, dietro una asserita necessità di tutela della salute pubblica trascurando tuttavia i concreti interessi del minore rispetto a quelle specifiche circostanze.

5. – Il problema del bilanciamento di diritti fondamentali in epoca emergenziale ha interessato tutti gli ordinamenti nei quali si è diffusa la pandemia, nei quali sono state adottate, con misure diverse, soluzioni differenti.

Anche nel Regno Unito, la legislazione emergenziale [56] si è dovuta armonizzare con la tutela dei diritti "primari".

---

[54] In tal senso W. VANDENHOLT, *Distinctive characteristics of children's human rights law*, in E. BREMS, E. DESMET, W. VANDENHOLE, *Children's rights law in the global human rights landscape*, Routledge, 2017, 26 ss. ed anche nei rapporti con i diritti degli adulti H. STALFORD, *The broader relevance of the features of children's rights law: the best interest of the child principle*, in E. BREMS, E. DESMET, W. VANDENHOLE, *Children's rights law in the global human rights landscape*, Routledge, 2017, 37 ss.

[55] Art. 3 Convenzione ONU 1989.

[56] Tra gli altri si veda S. MOLLOY, Covid-19, *emergency legislation and sunset clauses*, in https://ukconstitutionallaw.org, aprile 2020.



Il 23 marzo 2020 il governo britannico ha dichiarato il *lockdown* ed ha adottato il Coronavirus Act 2020 [57] pure disciplinando, per quanto ci interessa, la vita sociale con lo *Staying at home and away from others (social distancing)* [58]; altri atti di natura secondaria o comunque "regolamentare" hanno interessato i diversi aspetti economici, pubblici e privati.

La regola "generale" introdotta ha previsto, come in molti altri ordinamenti, il divieto degli spostamenti con alcune specifiche eccezioni.

Le linee guida sopra menzionate, e che accompagnano l'atto, prevedono espressamente che "*where parents do not live in the same household, children under 18 can be moved between their parents' home*". È dunque ammessa la possibilità di movimento per mantenere il contatto genitoriale.

Tanto è valso sia per l'esecuzione di un *arrangement order* (provvedimento che disciplina l'affidamento del minore) già emesso, quanto per ogni informale accordo tra le parti, da esercitare nel rispetto della salute del minore e di ogni altro individuo vulnerabile, per proteggere tutti dal rischio di infezione.

Sono seguite, poi, ulteriori linee guida e raccomandazioni volte a regolare la vita familiare sui canali istituzionali del governo e dei servizi di assistenza familiare [59].

Si sono caldeggiate soluzioni che, nel valutare lo spostamento del minore, tenessero conto delle condizioni di salute dello stesso, del rischio di infezione al quale sarebbe stato esposto e della presenza di eventuali altri soggetti "vulnerabili" nella casa frequentata dal minore, delle modalità e frequenza del trasporto; si è richiesto ai genitori di operare scelte di buon senso tali da prevedere, se necessario, la modifica consensuale (per iscritto) delle condizioni di frequentazione.

---

[57] Tale disciplina impone, tra le altre cose, restrizioni alla libertà (di movimento soprattutto) a tutela della salute pubblica. L'atto va a sostituire il precedente Public Health (Control Disease Act) 1984 come emendato dall'Health and Social Care Act 2008 come anche The Health Protection (Coronavirus) Regulations 2020. Sulle questioni relative alla restrizione di diritti fondamentali si veda J. GROGAN, *Right Restriction or Restricting Rights? The UK Acts to Address COVID-19*, in https://verfassungsblog.de/right-restriction-or-restricting-rights-the-uk-acts-to-address-covid-19/, in data Agosto 2020; J. PUGH, *The United Kingdom's Coronavirus Act, Deprivations of Liberty, and The Right to Liberty and Security of the Person, in International Journal of Biosciences and the Law*, 2020, gennaio- giugno, 7, 1.

[58] Reperibile in https://www.gov.uk/coronavirus. Sugli aspetti processuali Covid-19: National Guidance for Family Court 19th March 2020 – Family Division (reperibili on line in https://www.judiciary.uk/announcements/covid-19-national-guidance-for-the-family-court-message-from-president-of-the-family-divison/) che introduce le modalità telematiche per la trattazione delle udienze.

[59] https://www.cafcass.gov.uk/grown-ups/parents-and-carers/covid-19-guidance-for-children-and-families/; https://www.judiciary.uk/related-offices-and-bodies/advisory-bodies/fjc/coronavirus-covid-19-helpful-links-and-information/.



È rimasta la possibilità di ricorre all'autorità giudiziaria, in caso di mancato accordo, con la precisazione che, laddove la prosecuzione della frequentazione con il genitore fosse risultata non rispondente all'interesse del minore, la Corte avrebbe potuto stabilire il mantenimento del contatto con strumento da remoto (*skype*, *face-time*, *whatsapp*, *zoom* o altre video-connessione, o telefono).

Sono state ovviamente previste anche misure di isolamento nelle ipotesi in cui il minore o il genitore avesse manifestato sintomatologia virale.

Tale regolamentazione si inserisce nel complesso quadro normativo che disciplina le relazioni familiari, ed in particolare quelle tra genitori e figli.

Un cambiamento importante ha caratterizzato, quanto ai rapporti genitori-figli [60], l'ordinamento inglese in cui l'evoluzione sociale e giuridica ha portato precocemente all'abbandono della visione adulto-centrica del diritto, nella quale il minore doveva obbedire al genitore, in favore di una nuova interpretazione dominata dal *child-welfare principle* [61] e dalla introduzione, prima che negli altri ordinamenti europei, del principio della *parental responsibility*.

Nonostante l'ordinamento inglese abbia formalizzato, prima di quello italiano, la necessità di preservare il rapporto genitoriale, anche in caso di separazione e divorzio, l'attuazione di tali principi si è rivelata allo stesso modo problematica [62].

Se la disciplina relativa ai minori è essenzialmente riconducibile *al Children Act 1989*, si è dovuto attendere l'adozione del *Children and Adoption Act 2006* [63] per l'introduzione di una serie di rimedi diretti a garantire, tra l'altro, l'esecuzione forzata del

---

[60] In tal senso L. SMITH, *The development of parent-child relationship in family law cascade of change*, in G. DOUGLAS, M. MURCH, V. STEPHENS, *International and national perspectives on child and family law. Essays in honour of Nigel Lowe*, Intersentia, 2018, 25 ss.

[61] N. LOWE, *J v C: placing the child's walfare centre stage*, in S. GILMORE, J. HERRING, R. PROBERT, Landmark Cases in Family Law, Hart Publishing, 2011, 27 ss.; in tale saggio l'autore individua già nel caso *J v C* [1970], AC 668 la pietra miliare della evoluzione del rapporto genitoriale in cui si conclamava anche la parità tra genitori come rinnovato principio per garantire il benessere del minore.

[62] F. KAGANAS, *A presumption that "involvement" of both parents is best: deciphering law's messages*, in *Child Family Law Quaterly*, 25, 2013, 270 ss.

[63] Già il Family Law Act 1996, s. 11 prevedeva nell'interesse del minore il mantenimento di regolari contatti con il titolare della responsabilità genitoriale. Sul tema J.M. SCHERPE, *The present and the future of European Family Law*, Elgar, 2016; F. BURTON, *Family Law*, Routledge, 2012; M. FISHER, S. WHITTEN, *Child Contact – Law and Practice*, The Law Society, 2006; K. BOELE WOELKI, B. BRAAT, I. CURRY-SUMNER, *European Family Law in action, Volume III*: *Parental Responsibilities*, Intersentia, 2005; C. VALENTE, *Regno Unito*, in F. BRUNETTA D'USSEAUX, *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea*, Cedam, 2005 233 ss.; A. BAINHAM, B. LINDLEY, M. RICHARDS, L. TRINDER, *Children and their families*, Hart Publishing, 2003.



provvedimento che stabilisce le modalità di contatto con il minore; strumenti rafforzati anche dai programmi governativi adottati a supporto dei genitori separati (*counselling*, informazioni, assistenza legale, ecc.) [64].

A consolidare il concetto di bi-genitorialità e smussare la conflittualità tra i genitori, oggi, il *child arrangement order* [65] sostituisce i previgenti *residence order* e *contact order*, e racchiude in un unico provvedimento le statuizioni relative ai figli, al domicilio, al tempo da trascorrere con ciascun genitore, alle diverse modalità per consentire il contatto (telefono, *skype*, ecc.) con quello non convivente, così sostituendo, anche a livello terminologico, l'idea di un vincitore e di un vinto nella definizione delle questioni inerenti i figli con definizioni "neutre".

Eppure già prima della riforma si registravano casi, per lo più in assenza di marcata conflittualità tra le parti, nei quali, sebbene non frequentemente, si ammetteva la *shared residence* [66], proprio a sottolineare l'importanza della doppia figura genitoriale, ma senza la pretesa che tanto equivalesse a una paritaria, in termini di tempo, convivenza con i genitori. Tanto si doveva attuare "*bearing in mind all the other circumstances, if it can be demonstrated that there is a positive benefit to the child*" [67].

A seguito del citato mutamento legislativo il provvedimento giudiziale, come l'accordo delle parti, deve tendere ad una soluzione che garantisca "*to live with both parents*", sempre con la precisazione che non è imposta una spendita di tempo paritaria con entrambi i genitori.

Il mantenimento del rapporto genitore-figlio è pensato, analogamente al sistema italiano, come strumento di realizzazione del migliore interesse del minore [68].

---

[64] Si veda https://www.cafcass.gov.uk/grown-ups/parents-and-carers/divorce-and-separation/separated-parents-information-programme/

[65] *Children Act* 1989, s. 8 come emendato dal *Children and Families Act* 2014. A sua volta il *Children Act* 1989 sostituiva, al momento della sua promulgazione, il concetto di affidamento (*custody*) e diritto di visita (*visiting right*) con quello di residenza (*residence order*) e relazione (*contact order*). Sullo stato della legislazione e case law precedenti la riforma: N. NIKOLINA, *Divided parents, shared children. Legal aspect of (residential) co-parenting in England, The Netherlands and Belgium*, Intersentia, 2015, p. 45 ss. Dopo la riforma A. BANHAIM, S. GILMORE, *The English Children an Families Law Act 2014* in *46 Victoria U. Wellington Law Review*, 2015, p. 627 ss.; S. GILMORE, L. GLENNON, *Hayes and Williams' Family Law*, 6 ed., Oxford University Press, 2018; J. EEKELAAR, *Family Law and personal life*, 2 ed., Oxford University Press, 2017; N. LOWE, G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, 11 ed., Oxford University Press, 2015.

[66] C. BRIDGE, *Shared residence in England and New Zeland. A comparative analysis, in Child and Family Law Quarterly*, 1996, 8; da segnalare in tal senso Trib. Catanzaro, 28 febbraio 2019 n. 433.

[67] D v D (shared residence order), 2001, 1 FLR 495. In *A v A (Minors: Shared Residence Order)* (2004) EWHC 142 (FAM); Re C (*A Child*) (*Shared Residence Order*) [2006] EWCA Civ 235.

[68] J. HERRING, R. PROBERT, S. GILMORE, Great *Debates in Family Law*, Palgrave, 2012; R. VAN



In tale contesto si giustifica la espressa regolamentazione di simile aspetto nella legislazione emergenziale che ha risolto *ab origine* la problematica inerente il mantenimento del rapporto genitore-figlio autorizzando, come regola generale, lo spostamento e lasciando di fatto all'intervento delle corti la possibilità di limitarlo in base alle circostanze concrete.

Sul punto un dato che merita di essere segnalato è la scarna pubblicazione di decisioni, al momento in cui si scrive, sul tema che ci interessa.

Alcune pronunce attengono ad ipotesi di minori *in care* [69] nelle quali, più precisamente, si è preso posizione in ordine al mantenimento della relazione con il genitore richiedente, precisando che il contatto *face to face* costituisce, senza dubbio, la migliore soluzione nell'interesse del minore, quando può essere mantenuto in base alle concrete circostanze.

"*The key point is that contact arrangement should be assessed on a case by case basis*".

È chiaro, nel ragionamento del Giudice, che l'esame di tali circostanze può portare a soluzioni mutevoli nel tempo in quanto le stesse indicazioni del Governo sono soggette a modifiche condizionate dalla evoluzione della pandemia, ma tale evoluzione non può modificare il principio in base al quale le regole che disciplinano il contatto genitoriale "*continue to apply during the Covid-19 pandemic, even though outcomes may well affected by practical difficulties thar are being faced*".

La maggior parte delle decisioni edite [70] dalle corti inglesi [71], durante l'emergenza sa-

---

KRIEKEN, T*he 'Best Interests of the Child' and Parental Separation: On the 'Civilizing of Parents'*, in *The Modern Law Review*, 68, 1, 2005, 25-48.

[69] In *Re D-S* (*Contact with children in Care: Covid-19*) [2020] EWCA Civ 1031. Interessante la distinzione richiamata in ordine ai diversi principi vigenti per il mantenimento del contatto genitore-figlio, rispetto ai Servizi incaricati della gestione del minore e all'autorità giudiziaria. Mentre i primi devono attenersi al principio di ragionevolezza, le seconde a quello di appropriatezza finalizzato al benessere del minore come "*paramount consideration*" così che se opportuno potrà essere negato qualsiasi contatto. In Re B (a child) [2020] EWFC 34 si rileva incidentalmente come gli incontri padre-figlia alla presenza di supervisore (per abusi del genitore sulla minore) siano stati pacificamente sospesi durante la pandemia e sostituiti con contatti via Skype.

[70] Si consulti il sito https://www.bailii.org/, oppure https://www.judiciary.uk/, o https://www.iclr.co.uk/.

[71] Si tratta di casi nei quali un genitore (in genere la madre) ha (prima del *lockdown*) trasferito i figli senza il consenso dell'altro genitore in un paese diverso dalla dimora abituale del minore. In *RE N* (*a child*) [2020] EWFC 35 il Giudice, di fatto nulla decidendo sul rimpatrio per motivi di ordine procedurale, ivi inclusa la necessità di ascoltare il minore, prendeva atto della circostanza che al momento dell'asserita sottrazione il paese di destinazione (Grecia) registrava incidenza di contagio più bassa del Regno Unito e minore densità di popolazione ("*That may well have been a valid view, it being common knowledge that by virtue of pre-emptive action Greece has a much lower rate of infection and mortality than this country). However,*



nitaria, con riferimento a controversie familiari, riguardano invece le diverse ipotesi di sottrazione internazionale del minore nelle quali, pur presupponendo la tutela del rapporto con il genitore al quale il minore è stato sottratto, oggetto di verifica sono state le condizioni per il rimpatrio e la concreta fattibilità.

Sebbene le decisioni non siano tutte omogenee, ai fini di una comparazione, con quelle italiane, hanno tuttavia offerto al Giudice l'occasione per esaminare, seppure incidentalmente, le necessità di tutela del minore in relazione al fenomeno pandemico e quindi di trarre qualche riflessione.

L'approfondita analisi delle circostanze concrete in merito all'esame dell'esposizione al rischio contagio del figlio è un elemento caratterizzante tali decisioni; si tiene conto, ad esempio, dell'incidenza del virus nel luogo di provenienza e di destinazione, o più in generale, delle condizioni di salute dei genitori [72], del luogo di dimora, del luogo di provenienza dei genitori stessi [73] o della sussistenza di restrizioni alla circolazione [74] o delle specifiche circostanze nelle quali il minore avrebbe dovuto affrontare il viaggio di rientro presso il genitore (se richiedente il rimpatrio) quali volo aereo internazionale.

Il benessere del minore è stato oggetto di valutazione unitamente alle esigenze e condizioni del genitore (ad esempio la gravidanza della madre e dunque anche la sua vulnerabilità) senza comunque mai "tradire" la salvaguardia del primario interesse del figlio.

Tanto è stato fatto l'ordinamento inglese optando per una soluzione "generale" garantista del benessere del figlio e responsabilizzando tuttavia i genitori nella scelta sulla messa in opera dei provvedimenti o degli accordi sussistenti.

La predisposizione di indicazioni, informazioni e istruzioni pratiche attraverso i canali istituzionali (Tribunali, servizi sociali, ecc.) e diretti alla popolazione ha, poi, proba-

---

that does not justify, in the slightest, what was a wrongful removal of N from the place of his habitual residence and, more importantly, from his father"). In *RE N* (*a child*) [2020] EWHC 834 (Fam) la madre aveva trasferito – si è ritenuto illegittimamente – il minore dalla Spagna nel Regno Unito; in questo caso la concorrenza dell'epidemia sanitaria ha imposto una specifica valutazione sulle tempistiche e le modalità di rientro. Nella decisione in esame il tribunale ha tenuto conto dello stato di gravidanza della madre e della opportunità del minore di conoscere il fratello neonato prima del rientro presso il padre nonché della pandemia in atto. Si veda anche C v. G. (Child abduction (Poland): grave risk defend) [2020] IEHC 217; NT v. LT (Return to Russia) [2020] EWHC 1903 (Fam); AX v. CY [2020] EWHC 1599 (Fam).

[72] Come in Re RR [2020] EWHC 877 (Fam).

[73] In K (A Child) (Stay of return order: Asylum application) (Contact to a parent in self-isolation) [2020] EWHC 2934 (Fam) si affronta la tematica specifica del genitore in isolamento precisando che tale ipotesi non può assimilata, al fine di garantire il contatto, alla situazione del minore di genitori separati in quanto l'isolamento deve essere inteso anche alla tutela della salute del minore, in questo caso prevalente.

[74] ZA v. BY [2020] NIFam 9.



bilmente avuto il pregio di contenere soluzioni irragionevoli accogliendo l'esigenza della popolazione di trovare risposte "generali" con la predisposizione non solo di FAQ, ma anche blog e soprattutto servizi di assistenza [75].

Si deve anche considerare un ulteriore aspetto che potrebbe avere inciso nella gestione di tali casi.

Nel sistema inglese le forme deflattive della giustizia [76] sono particolarmente sviluppate ed utilizzate, anche solo per ridurre i costi a carico delle parti; dalla riforma del 2014 è, peraltro, obbligatorio partecipare ad un incontro preliminare di mediazione familiare, prima di radicare il procedimento giudiziario (salvo ovviamente i casi nei quali vi è l'esigenza di ordini di protezione per una parte o il minore), nel quale frequentemente si raggiunge un accordo tra le parti.

Tale fattore non è irrilevante nella gestione della crisi familiare che si avvantaggia, in termini di costi e tempi, di strumenti alternativi alla gestione contenziosa della lite, con indubbia utilità per il minore "sottratto" alla disputa genitoriale.

Si pensi come anche in caso di ricorso alla tutela giudiziale, il Giudice può deferire alle parti la disciplina di specifici aspetti operativi, come di recente accaduto [77].

L'autonomia delle parti rimane, nel sistema inglese, un elemento essenziale e ne viene spesso sollecitato l'esercizio per la ricerca di soluzioni "private" che meglio possono adattarsi al caso concreto, anche in epoca di pandemia [78].

Quest'ultima ha imposto misure straordinarie che richiedono tuttavia soluzioni compatibili con la tutela dei diritti fondamentali tra i quali si pongono i diritti dei minori ed in particolare la tutela della relazione con i genitori (come anche il diritto alla salute).

6. – L'emergenza sanitaria ha costretto tutti ad una serie di limitazioni che hanno inciso in maniera profonda sulla gestione dei rapporti familiari, tanto nel loro svolgimento fisiologico quanto, *a fortiori*, in quello diventato patologico; il riferimento vale sia per le ipotesi in cui la crisi della coppia, coniugata o convivente, sia stata formalizzata sia per

[75] Si vedano i siti istituzionali: www.cafcass.gov.uk; www.gov.uk; www.nsh.uk; www.judiciary.uk.

[76] M. INFANTINO, *Family Mediation. A comparative survey*, in A. MIRANDA, *Mediation in Europe. At the cross road of legal cultures*, Aracne, 2014, 194 ss.

[77] Father v. Mother [2020] EWHC 1929 (Fam).

[78] Re M (A Child) (Child Arrangement) [2020] EWFC 48 nel quale pur essendo presente il supervisore degli incontri genitore – figlio che è escluso dalla applicazione della disciplina specifica relativa alla famiglia separata il Giudice suggerisce la ricerca di soluzioni condivise "*to be tailored to current safety restrictions in place to contain infection*".



quelle in cui ancora non si è ottenuto un provvedimento giudiziale o consensuale in ordine allo scioglimento della relazione ovvero all'affidamento dei figli.

Se le disposizioni emergenziali che si sono succedute nel tempo hanno avuto l'effetto di mettere in *stand by* una serie di attività, economiche e sociali, una analoga sospensione dei rapporti familiari non è possibile né da ipotizzare né da osservare in quanto i rapporti genitori-figli non possono essere interrotti, salvo specifiche diverse ipotesi, senza creare nocumento ai minori [79].

L'analisi della disciplina italiana ed inglese svolta nei paragrafi che precedono offre l'occasione per formulare qualche riflessione conclusiva sulla composizione di un intreccio di valori complesso in ragione del coinvolgimento di interessi, tutti fondamentali, nelle ipotesi in cui il minore debba relazionarsi con entrambi i genitori, separati.

Viene in rilievo, una volta sancita la restrizione alla libertà di circolazione, il benessere del minore, portatore di diritti di diverso genere, e diritti di terzi, pure costituzionalmente garantiti.

L'analisi del bilanciamento opera, dunque, su diversi piani [80].

Da un lato, esclusivamente riferito al minore (e dunque meramente "interno") il diritto alla salute, in epoca di pandemia, si oppone a quello alla frequentazione del genitore (che imporrebbe la necessità di movimento); dall'altro, il benessere del minore (nella sua complessità) affronta (siamo allora sul piano "esterno") la necessità di tutelare la salute pubblica e quella dell'altro genitore.

Sotto il primo profilo, trattandosi di diritti finalizzati tutti allo sviluppo del minore, il bilanciamento dovrebbe tendere ad una loro integrazione piuttosto che ad una prevalenza, non potendo ammetterne la sovranità di uno a scapito degli altri, senza compromettere l'interesse generale del minore.

Con riferimento al bilanciamento "esterno" non si può omettere il riferimento alla Convezione Onu 1989 sui diritti del fanciullo in cui espressamente si chiarisce che l'interesse del minore deve avere "*primary consideration*".

In tale contesto, si ritiene che per risolvere i casi di conflitto in esame, una volta analizzato il quadro normativo, l'analisi delle circostanze concrete e l'audizione del minore avrebbero dovuto svolgere un ruolo insostituibile per dare valore alle astratte previsioni

---

[79] La necessità di mantenere il contatto con il genitore era già previsto nei Principi CEFL (3.25); cfr.: K. BOELE-WOELKI, F. FERRAND, C. GONZALEZ BEILFUSS, M. JANTERA-JAREBORG, N. LOWE, D. MARTINY, W. PINTENS, *Principles of European Family Law regarding parental responsibilities*, Intersentia, 2007.

[80] Si rinvia sul punto a G.O. CESARO, *Il curatore speciale e la protezione dei best interest of the child: la tecnica del bilanciamento*, in *Famiglia e Diritto*, 2020, 8-9, 871 ss.



legislative, anche in considerazione del carattere dinamico della tutela del minore.

Tanto non sempre è accaduto nei casi esaminati.

Nel momento in cui le esigenze di tutela della salute, pubblica e privata, sono state sollevate – talvolta strumentalmente dal genitore che ha addotto il periculum del contagio al fine di sospendere i contatti con l'altro – e poste in relazione alla necessità di tutelare il rapporto familiare, le soluzioni italiane adottate sono apparse contrastanti.

Si può ragionevolmente ritenere che tanto sia imputabile alla carenza di precise indicazioni normative ed al susseguirsi di una pluralità di fonti di diverso livello (decreti – legge, decreti del presidente del consiglio, circolari [81], FAQ) e differente efficacia "vincolante", non sempre dettagliate al riguardo.

L'adozione, poi, di uno strumento tanto snello (e di rapida diffusione, oltre che di immediata adozione) quanto di limitata efficacia normativa e di controversa legittimazione, come le FAQ, utilizzato per "guidare" l'interpretazione delle disposizioni emanate, appare una scelta singolare per effettuare un bilanciamento delicato quale quello in oggetto.

La legislazione emergenziale nella forma di *soft law* (espressa appunto nelle FAQ governative) se, da un lato, ha avuto il merito di autorizzare lo spostamento [82] per la frequentazione del minore, dall'altro ha avuto l'effetto di delegare alla regolamentazione giudiziale e/o all'eventuale accordo delle parti la soluzione del problema (creando anche disparità di trattamento tra la coppia che aveva formalizzato la separazione – alla quale si riconosceva il "potere" di regolamentazione – e quella che ancora non lo aveva fatto ed alla quale era inibita qualsiasi facoltà di scelta senza intervento giudiziale).

L'ordinamento inglese, invece, consegna espressamente ed *ab origine* alla fonte "regolamentare" secondaria la soluzione del conflitto di interessi autorizzando lo spostamento al fine di mantenere il rapporto genitoriale, così evitando il proliferare di azioni giudiziarie.

In entrambi gli ordinamenti è tuttavia presente la tendenza a riconoscere alla autonomia delle parti un ruolo importante.

L'interpretazione fornita dal governo italiano attraverso le FAQ – semmai simile chiarimento possa assurgere a interpretazione "autentica", peraltro nella maggior parte dei casi analizzati trascurata – ha consegnato, in mancanza di un provvedimento giudi-

[81] Ci si riferisce alle circolari del Ministero della Salute che si sono succedute e reperibili in www.salute.gov.it; si ricordi anche l'emissione plurima di moduli di autocertificazione per gli spostamenti.

[82] Si segnala il comunicato dell'Unione delle Camere Minorili che in data 30 marzo 2020 richiedeva al Governo un intervento in ordine agli spostamenti relativi all'esercizio degli obblighi genitoriali.



ziale, all'autonomia dei genitori la scelta della "migliore" soluzione per il minore.

Allo stesso modo le indicazioni fornite sui siti web istituzionali inglesi hanno caldeggiato la soluzione amichevole del conflitto, suggerendo anche la modifica "privata" delle condizioni di separazione o divorzio quando necessario nell'interesse del minore.

In entrambi i casi si tratta dell'espresso riconoscimento di spazi sempre più ampi all'autonomia delle parti che pare richiamare quel processo di privatizzazione del diritto di famiglia [83], in corso negli ultimi decenni, anche a livello europeo, e che caratterizza in particolare l'ordinamento inglese [84].

Si deve, tuttavia, rilevare che laddove è in discussione il benessere del minore, l'autodeterminazione dei genitori dovrebbe essere recessiva rispetto alla necessità di rafforzare la tutela del figlio anche con interventi "pubblici" [85], soprattutto nei casi in cui, separazioni e divorzi, la conflittualità è spesso un elemento presente.

Uno strumento dirimente può essere in questo contesto l'acquisizione del parere del minore, seppure nella consapevolezza della sua valenza non vincolante ma come mezzo per comprendere le sue esigenze.

Elemento comune alle decisioni italiane analizzate è l'adozione del provvedimento *inaudita altera parte* senza l'audizione del minore [86].

---

[83] L. BALLERINI, *The Privatization of Family Law in Italy*, in *Familia*, 2017, 5, 515; M.R. MARELLA, *The privatization of Family Law: limits, gaps, backlashes*, in *Familia*, 2017, 615,

[84] Si veda tra tutti: J.M. SCHERPE, *European Family Law. The Impact of institution and organisation on European Family Law*, Elgar, 2017; J. HERRING, *Family Law*, Pearson, 2019; M. MACLEAN, J. EEKELAR, A. DIDUCK, *Law's families*, Lexis Nexis, 2003.

[85] S. FULLI-LEMAIRE, *La privatisation du droit de la famille. La sphère privée*, in B. FAUVARQUE-COSSON, *Actes des IXe journées juridiques franco-japonaises*, Mx Planck Institute, 2016, 143-162.

[86] Il diritto del minore di essere ascoltato è principio già sancito nella Convenzione dei diritti del fanciullo di New York 1989 (art. 12), così come la Convenzione di Strasburgo 1996 (art. 6) e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (art. 24). Medesimo diritto è contemplato anche nella Convenzione di Strasburgo 2003 sulle relazioni personali (art.6) e nella Convenzione dell'Aja 1980 (art. 13), come anche nella Convenzione di Lussemburgo 1980 in materia di affidamento (art. 15) senza dimenticare la Convenzione dell'Aja 1993 che lo estende anche alla materia della adozione; ed ancora il Regolamento CE n. 2201 del 27 novembre 2003, c.d. "Bruxelles II bis". Il formale riconoscimento nel nostro ordinamento – prima vi era un laconico richiamo al potere del Giudice di sentire il minore se opportuno nella legge sul divorzio – avviene con la l. 8 febbraio 2006 n. 54 con riferimento ai procedimenti di separazione e divorzio; è con la riforma 2012-2013 che tale diritto viene ribadito ed esteso a qualsiasi procedimento che coinvolga il minore con esclusione dei casi in cui l'ascolto risulti pregiudizievole allo stesso (tra le altre Cass., 15 marzo 2013, n. 6645) o manifestamente superfluo (Cass., 2 agosto 2013, n. 18538); la giurisprudenza di legittimità aveva già preso posizione a favore dell'obbligatorietà dell'ascolto (Cass., s.u., 21 ottobre 2009 n. 22238). Ancora più recentemente (Cass. 7 maggio 2019, n. 12018) si è chiarito che "*Ne consegue che l'ascolto del minore di almeno dodici anni, e anche di età minore ove capace di discernimento, costituisce una modalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del suo diritto fondamentale ad essere informato e ad esprimere le*



Ci si può domandare se la natura urgente delle decisioni giustifichi la mancata "partecipazione" del figlio al procedimento che, sebbene non parte formale del processo, è portatore degli interessi in contrapposizione.

È vero che in ragione della emergenza sanitaria la stessa attività giudiziaria è stata "sospesa", ma rimaneva la possibilità, anche nella fase di limitazione più stringente, di trattare le questioni urgenti ed inerenti i diritti i fondamentali (e dei minori) [87].

Tanto più importante sarebbe stato il punto di vista del minore in considerazione del fatto che i casi sottoposti all'attenzione dei Giudici richiedevano di bilanciare diritti di livello primario [88].

Sebbene anche nelle decisioni inglesi la presenza del minore non è stata sempre segnalata, in queste ultime si registra sempre la sua partecipazione "indiretta" ad opera di *report* da parte degli specialisti (sanitari, operatori dei servizi sociali, ecc.).

Non si dimentichi che l'audizione del minore è diventato principio di garanzia di una giustizia *child-friendly* [89] che si è imposta a livello internazionale e che il nostro ordinamento ha pure recepito, sebbene in ritardo.

Ascoltare l'opinione del minore (che abbia compiuto gli anni dodici o di età inferiore

---

proprie opinioni nei procedimenti che lo riguardano, nonché elemento di primaria importanza nella valutazione del suo interesse". In ordine all'audizione del minore: L. QUERZOLA, *L'ascolto del minore nel processo civile, tra diritto di libertà, mezzo di istruzione e strumento di partecipazione*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2008, 1347; F. DANOVI, *Il D.lgs. n. 154/2013 e l'attuazione della delega sul versante processuale: l'ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 536, L. QUERZOLA, *L'ascolto del minore*, in M.A. LUPOI, *Trattato della separazione e divorzio*, II, Maggioli, 2015, 270; A. NASCOSI, *Nuove direttive sull'ascolto del minore infra-dodicenne*, in *Famiglia e diritto*, 2018, 355. In contesto internazionale si veda M. FERNANDO, *Family Law Proceedings and the Child's Right to be Heard in Australia, the United Kingdom, New Zealand, and Canada*, in *Family Court Review*, 52, 1, 2014, 46 ss.; N. TAYLOR, R. FITZGERALD, T. MORAG, A. BAJPAI, A. GRAHAM, *International Models of Child Participation in Family Law Proceedings following Parental Separation / Divorce*, in *The International Journal of Children's Rights*, 20, 4, 2012, 645 ss.; M. MURCH, *The voice of the child in private family law proceedings in England and Wales*, in *International Family Law*, 2005, 8-18.

[87] D. L. 8 marzo 2020 n. 11 (art. 2, co.2) e poi D.L. 17 marzo 2020 n. 18, convertito in L. 24 aprile 2020 n. 27 come integrato e modificato con D.L. 30 aprile 2020 n. 28. Sulle modalità in tempo di emergenza si veda C. RIMINI, *Il processo relativo alla crisi della famiglia di fronte all'emergenza sanitaria*, in *Famiglia e Diritto*, 2020, 5, 422.

[88] Una recente analisi sul diritto alla salute come diritto umano è affrontata da S. FREDMAN, *Comparative Human Rights Law*, Oxford University Press, 2018, 231.

[89] Specifico programma era stato avviato a livello europeo "*Building a Europe for and with children*" già nel 2006; espresso diritto all'ascolto è stato formulato nelle Linee Guida *Guidelinesof the Committee of Ministers of the Council of Europeon child-friendly justice adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europeon 17 November 2010* (reperibile sul sito www.coe.int) nelle quali si chiarisce (punto III. B.2) anche come il punto di vista del minore e la sua opinione sono strumentali alla tutela dell'interesse dello stesso.



se capace di discernimento) non equivale a recepire supinamente i suoi desideri, ma è strumento per fornire al giudice elementi di valutazione.

L'ascolto nei casi in oggetto avrebbe consentito al minore di esprimere preoccupazione per un eventuale spostamento o al contrario necessità di sentirsi rassicurato nel vedere il genitore non collocatario [90].

Si può obiettare a simile critica considerando che l'adozione del provvedimento doveva avvenire in tempi stretti – forse incompatibili con la messa in opera di strumenti per garantire la presenza del minore – e la sua efficacia era destinata ad esaurirsi in un arco temporale relativamente breve.

In ogni caso, la discrezionalità che inevitabilmente accompagna l'esame di simili questioni conduce a risultati differenti [91] e che, in ambito nazionale, hanno destato la preoccupazione anche dell'Autorità Garante dell'Infanzia, la quale ha caldeggiato soluzioni di buon senso a vantaggio del minore [92].

Con riferimento al merito delle soluzioni adottate nel sistema italiano ed in quello inglese appare di tutta evidenza la diversa posizione; nel primo la lacuna normativa ha prodotto pronunce di opposto tenore, nel secondo la chiara scelta operata a livello regolamentare ha agevolato la riduzione del contenzioso.

Quanto al sistema interno, la mancanza di disciplina ha necessitato un importante intervento interpretativo che tenesse conto dei principi generali dell'ordinamento.

---

[90] Non si ignori che la conseguenza della mancata audizione configura un vizio della decisione suscettibile di provocarne la invalidità: Cass., 29 settembre 2015, n. 19327. Una disamina di tale aspetto e dunque della nullità assoluta o relativa della decisione e le relative conseguenze in R. RUSSO, M. STURIALE, *L'affidamento dei minori nella prospettiva europea*, Giuffrè, 2013, 208 ss.

[91] Sulla protezione del minore come portatore di diritti umani ed il problema della discrezionalità nella interpretazione giudiziale e normativa come elemento differenziante la tutela nei diversi ordinamenti si veda M. SKIVENES, L.M. SORSDAL, *The child's best interest principle across child protection jurisdictions*, in A. FALCH-ERIKSEN, E. BACKE-HANSEN, *Human rights in child protection*, Palgrave, 2018, 61 ss.; J. TOBIN, *Understanding a human rights based approach to matters involving children: conceptual foundations and strategic considerations*, in A. INVERNIZZI, J. WILLIAMS, *The human rights of children. From visions to implementation*, Ashgate, 2011, 61 ss.

[92] Si legge nella nota al Presidente del Consiglio in data 27 marzo 2020: "*E' importante che entrambi i genitori supportino i figli e collaborino tra di loro per trovare soluzioni rispondenti al loro superiore interesse. I bambini e i ragazzi hanno bisogno di sapere di essere nei pensieri dei loro genitori, di poter fare affidamento su di loro e di mantenere rapporti con entrambi. Ogni situazione ha le sue peculiarità, ogni separazione ha le sue regole, ma questo è il momento di far ricorso al buon senso e riscoprire quel profondo sentimento di protezione nei confronti dei figli. I bambini e i ragazzi hanno il diritto di essere ascoltati, i genitori hanno la responsabilità di intercettare i loro bisogni. È fondamentale che i figli mantengano i rapporti con entrambi, seppure a distanza. Quando questo periodo sarà finito tutti, ma i bambini e i ragazzi in particolare, avranno bisogno di elaborare ciò che è accaduto*".



Tale funzione interpretativa da parte dell'autorità giudiziaria si è compiuta privilegiando, talvolta, il diritto alla salute (del minore e/o della collettività), e facendo applicazione letterale della limitazione negli spostamenti ed ignorando le direttive governative sul punto e l'analisi delle norme a tutela di diritti tutti fondamentali, degradando la relazione parentale e subordinandola alla tutela della salute; di contro, il mantenimento della continuità del rapporto genitore-figlio ha portato, in poche altre decisioni, ad uno sforzo interpretativo finalizzato ad operare un bilanciamento tra norme ed interessi non sempre perfettamente riuscito.

La tutela del minore nelle relazioni familiari e dunque il mantenimento del rapporto genitoriale ha trovato fondamento negli artt. 29 e 30 Cost. come nell'art. 3 Cost.

Altrettanto tutelato è il diritto alla salute, art. 32 Cost., di ciascun individuo (ivi incluso il minore); se poi si aggiunge l'esigenza di tutelare anche la salute pubblica e, di conseguenza, la sicurezza nazionale, si è posto il problema di verificare se l'interesse del minore (e la genitorialità) debba essere considerato recessivo.

Il bilanciamento degli interessi sembra essere rimasto "virtuale" in mancanza di uno specifico approfondimento delle esigenze del minore, ma svolto sul piano di una più generale argomentazione che coinvolge appunto la salute pubblica e il principio di solidarietà cui la carta fondamentale è ispirata e che potrebbe, in astratto, giustificare il sacrificio della frequentazione con il genitore [93], se temporalmente limitato e debitamente giustificato.

Non possiamo trascurare che le decisioni sono state adottate in momenti differenti e che la loro efficacia rimane vincolata al periodo emergenziale, terminato il quale, l'efficacia dei provvedimenti "originari" tornerà ad espandersi [94], riammettendo il regime ordinario di frequentazione.

La salute psico-fisica [95] del minore, tuttavia, avrebbe meritato rilievo (e tanto avrebbe portato a privilegiare la relazione verticale dell'affidamento, ossia il rapporto genitore-figlio, più che il rapporto orizzontale, tra i genitori) quale deroga al divieto di spostamento della legislazione emergenziale per ragioni di necessità o salute.

Occorre, tuttavia, ribadire che soprattutto quando si discorre di diritti dei minori, ogni caso è specifico e deve essere analizzato sulla base delle peculiarità proprie, dovendo fa-

---

[93] In tal senso E. PRADELLA, *Il diritto-dovere dei genitori e dei figli minori di incontrarsi è recessivo rispetto al rischio contagio*, in *Ilfamiliarista* on line, 5 maggio 2020.

[94] In tal senso A. NOCERA, *La Fase 2 dell'emergenza CoOVID-19: cosa cambia per l'esercizio del diritto di visita dei minori*, in *Il Quotidiano Giuridico* on line 25 maggio 2020.

[95] Cass., 6 marzo 2020 n. 6471.



re applicazione dei principi generali, ma adattati al caso di specie [96], come pare essere stato l'approccio inglese nelle decisioni reperite.

Le motivazioni di alcune delle decisioni italiane analizzate non consentono di verificare se siano state prese in considerazione situazioni qualificate di rischio (quali provenienza da regioni a rischio, attività lavorativa dei genitori, contesti abitativi, utilizzo di mezzi pubblici per il trasporto del minore, ecc.), come accaduto oltre-Manica.

Un generico richiamo alla legislazione di emergenza non può autorizzare la limitazione imposta [97], soprattutto in ragione del fatto che anche recentemente la giurisprudenza italiana di legittimità ha ribadito la necessità di una "*valutazione ponderata del giudice del merito che, partendo dall'esigenza di garantire al minore la situazione più confacente al suo benessere e alla sua crescita armoniosa e serena, tenga anche conto del suo diritto a una significativa e piena relazione con entrambi i genitori e del diritto di questi ultimi a una piena realizzazione della loro relazione con i figli e all'esplicazione del loro ruolo educativo*" [98].

Non si può trascurare che a livello internazionale [99] si è ribadito [100], sulla emergenza sanitaria in atto, come la compressione dei diritti fondamentali è giustificata solo a condizione che sia circoscritta ad un breve periodo e che la limitazione sia proporzionata allo scopo che si persegue [101], ossia rispetti i criteri di necessità e appropriatezza.

---

[96] Sul bilanciamento degli interessi in contestazione si veda A. PERA, *Stato di emergenza, libertà fondamentali e diritto alla bi-genitorialità nelle famiglie in crisi ai tempi del Covid-19*, in *The Cardozo Electronic Law Bullettin*, 2020, 26, 1 ss.

[97] Su questo specifico punto si veda M. DI BARI, *Covid-19: misure di contenimento ed effetti collaterali sulla crisi familiare*, in www.giustiziainsieme.it, 7 aprile 2020.

[98] Cass., 13 febbraio 2020, n. 3652 a proposito della regolamentazione dei rapporti tra genitori e figli.

[99] Si ricorda che la l'art. 52 della Carta Europea dei diritti fondamentali prevede che "*Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*". Né si dimentichi che anche la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo prevede che la restrizione alla libertà dell'individuo, art. 5, possa essere prevista da atto legislativo per prevenire la diffusione di infezioni. L'interpretazione offerta dalla Corte Edu (*Enhorn v Sweden*, 25 gennaio 2005, n. *56529/00*) sul punto chiarisce che i criteri di riferimento devono essere quello di proporzionalità e necessità.

[100] Sul tema della deroga ai diritti fondamentali si veda la panoramica offerta da G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in www.sistemapenale.it, agosto 2020.

[101] Council of Europe, *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of Covid-19 sanitary crisis. A toolkit for member States*, 7 aprile 2020. Cfr.: V. TRSTENJAK, *The Corona crisis and fundamental rights from the point of view of EU Law*, in https://www.comparativecovidlaw.it/2020/08/26/the-corona-crisis-and-fundamental-rights-from-the-point-of-view-of-eu-law/, agosto 2020.



È richiesta, dunque, una motivazione articolata per porre limitazioni a diritti fondamentali quali quelli del minore e che tenga in debita considerazione le circostanze concrete.

La ricerca della soluzione ottimale per il minore è, dunque, quella che facendo applicazione dei principi generali di tutela della famiglia riconosce rilievo alle sue esigenze specifiche ed anche a quegli aspetti meta-giuridici, forse più tipici del sistema di common law, che, come autorevole dottrina ritiene [102], consentono al Giudice di "*dismettere i panni oracolari di testimone del contenuto e della portata ermeneutica della norma per proiettarsi al rango socialmente indispensabile di oculato, ponderato, umanissimo amministratore di vite*" e restituire al minore anche il ruolo di soggetto di diritto e non solo oggetto di tutela.

Nella, confidiamo remota, ipotesi di eventuale nuova emergenza sanitaria sarebbe auspicabile che la disciplina emergenziale operi il corretto, astratto, bilanciamento di interessi enunciandone i principi essenziali e restituisca, al tempo stesso, "autonomia" alle peculiarità dei singoli casi così da consentire soluzioni ragionevoli e capaci di proteggere concretamente il benessere del minore.

[102] M. SERIO, *Emergenza pandemica, diritto di visita dei familiari in r.s.a. e questioni etico-giuridiche nella giurisprudenza inglese*, in www.giustiziainsieme.it, 7 maggio 2020.



TAR LAZIO, sez. I, 10 gennaio 2020, n. 260

A fronte della tutela del dato personale, quale espressione di un diritto della personalità dell'individuo, e come tale soggetto a specifiche e non rinunciabili forme di protezione, quali il diritto di revoca del consenso, di accesso, rettifica, oblio, sussiste pure un diverso campo di protezione del dato stesso, inteso quale possibile oggetto di una compravendita, posta in essere sia tra gli operatori del mercato che tra questi e i soggetti interessati. Il fenomeno della « patrimonializzazione » del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso all'adesione ad un contratto per la fruizione del servizio, quale è quello di utilizzo di un social network.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. La controversia ha ad oggetto due distinte condotte poste in essere da Facebook e sanzionate dall'Agcm in quanto ritenute, rispettivamente, ingannevoli e aggressive nei confronti dei consumatori.

2. La prima pratica riguarda la fase di registrazione dell'utente nella Piattaforma FB (sito "web" e "app") e consiste nel rilascio di un'informativa ritenuta poco chiara e incompleta.

Nello specifico, l'Autorità rilevava che "Sino al 15 aprile 2018, l'utente che accedeva alla homepage di FB per registrarsi sulla Piattaforma (sito web e app), a fronte di un claim sulla gratuità del servizio offerto "Iscriviti È gratis e lo sarà per sempre", non trovava un altrettanto evidente e chiaro richiamo sulla raccolta e uso a fini commerciali dei propri dati da parte di FB" (cfr. par. 18 del provvedimento). L'informazione era ritenuta non veritiera e fuorviante in quanto la raccolta e lo sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi si configurava come contro-prestazione del servizio offerto dal "social network", perché dotati di valore commerciale. In particolare, osservava Agcm, "i ricavi provenienti dalla pubblicità on line, basata sulla profilazione degli utenti a partire dai lo-



ro dati, costituiscono l'intero fatturato di Facebook Ireland Ltd. e il 98% del fatturato di Facebook Inc.".

3. La seconda pratica concerne il meccanismo che comporta la trasmissione dei dati degli utenti dalla Piattaforma (sito "web/app") del "social network" ai siti "web/app" di terzi e viceversa. Agcm ha ritenuto che tale trasmissione avvenisse con modalità insistenti e tali da condizionare le scelte del consumatore. Nello specifico, rilevava che la Piattaforma "risultava (...) automaticamente attivata con validità autorizzativa generale, senza alcun preventivo consenso espresso da parte dell'utente in quanto la relativa opzione risultava preselezionata da FB, residuando, in capo al soggetto interessato, una mera facoltà di opt-out" (par. 59). Osservava anche che "l'utente veniva indotto a credere che, in caso di disattivazione della Piattaforma, le limitazioni sarebbero state ben più ampie e pervasive rispetto a quanto realmente previsto e tecnicamente necessario", con l'effetto di indurlo a non modificare la scelta operata dalla società (par. 61).

4. Preliminarmente, il Collegio non accoglie l'istanza al superamento del numero massimo di pagine, presentata dalla parte ricorrente successivamente alla presentazione del ricorso. Ciò in quanto, pur avendo argomentato l'esponente in ordine alla ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 6 del decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 22 dicembre 2016 – e quindi alla ricorrenza delle condizioni che legittimano la proposizione della richiesta di superamento – non ha poi individuato "gravi e giustificati motivi" che, ai sensi del successivo articolo 7, legittimano la proponibilità dell'autorizzazione successiva in luogo di quella preventiva.

5. Passando all'esame del merito della controversia, per ragioni di carattere espositivo saranno in primo luogo scrutinati i motivi di ricorso in relazione alla prima condotta sanzionata.

6. Le censure di parte ricorrente riguardano innanzitutto la carenza di potere dell'Agcm, che avrebbe invaso un campo di esclusiva competenza dell'Autorità garante per la "privacy", in quanto: non sussisterebbe alcun corrispettivo patrimoniale e, quindi, un interesse economico dei consumatori da tutelare; gli obblighi asseritamente violati sarebbero tutti attinenti al diverso profilo del trattamento dei dati personali degli utenti, disciplinato unicamente dal "Regolamento privacy" che, in virtù del principio di specialità, assorbirebbe la condotta in questione.

Le doglianze non possono essere condivise.

Le tesi di parte ricorrente presuppongono che l'unica tutela del dato personale sia quella rinvenibile nella sua accezione di diritto fondamentale dell'individuo, e per tale motivo Facebook era tenuta esclusivamente al corretto trattamento dei dati dell'utente ai



fini dell'iscrizione e dell'utilizzo del "social network". Tuttavia, tale approccio sconta una visione parziale delle potenzialità insite nello sfruttamento dei dati personali, che possono altresì costituire un "asset" disponibile in senso negoziale, suscettibile di sfruttamento economico e, quindi, idoneo ad assurgere alla funzione di "controprestazione" in senso tecnico di un contratto.

A fronte della tutela del dato personale quale espressione di un diritto della personalità dell'individuo, e come tale soggetto a specifiche e non rinunciabili forme di protezione, quali il diritto di revoca del consenso, di accesso, rettifica, oblio, sussiste pure un diverso campo di protezione del dato stesso, inteso quale possibile oggetto di una compravendita, posta in essere sia tra gli operatori del mercato che tra questi e i soggetti interessati.

Il fenomeno della "patrimonializzazione" del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio, quale è quello di utilizzo di un "social network".

7. La possibilità di uno sfruttamento economico del dato personale nell'ambito delle "piattaforme social" e la conseguente necessità di tutelare il consumatore che le utilizzi non può neppure definirsi, come prospettato da Facebook, un concetto del tutto innovativo, frutto di una interpretazione "estensiva" di norme sanzionatorie, come tale contraria al principio di prevedibilità.

Già negli "Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali" del 25 maggio 2016, la Commissione Europea aveva affermato che "i dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico de facto".

La stessa Agcm, conformemente alle indicazioni provenienti in ambito comunitario, aveva sanzionato l'11 maggio 2017 con il provvedimento PS10601 un operatore di "social network" per pratiche commerciali scorrette nei confronti della propria utenza, osservando che il patrimonio informativo costituito dai dati degli utenti e la profilazione degli utenti medesimi a uso commerciale e per finalità di "marketing" "...acquista, proprio in ragione di tale uso, un valore economico idoneo, dunque, a configurare l'esistenza di un rapporto di consumo tra il Professionista e l'utente" (cfr. il par. 54 del richiamato provvedimento).

Anche nella decisione della Commissione Europea del 3 ottobre 2014 e pubblicata il



19 novembre 2014, che ha autorizzato la concentrazione relativa all'acquisizione da parte di Facebook di tale operatore di "social network", erano presenti considerazioni sul valore economico dei dati degli utenti.

Da ultimo, l'esistenza di prestazioni corrispettive nei contratti per la fornitura di servizi di "social media" è stata affermata anche dal "network" europeo di autorità nazionali per la cooperazione della tutela dei consumatori di cui al Regolamento 2006/2004/CE. Nell'affrontare il tema della possibile contrarietà delle Condizioni d'Uso della piattaforma Facebook alla direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti con i consumatori, il network ha avuto modo di affermare che tale direttiva "si applica a tutti i contratti tra consumatori e professionisti, a prescindere dalla natura onerosa di tali contratti, inclusi i contratti in cui il contenuto e la profilazione generati dal consumatore rappresentano la controprestazione alternativa al denaro" (cfr. pag. 19 della lettera del 9 novembre 2016 inviata a Facebook con cui è stata trasmessa la Posizione Comune del Network, allegata alla memoria di parte ricorrente del 28 giugno 2019).

8. Deve anche escludersi che l'omessa informazione dello sfruttamento ai fini commerciali dei dati dell'utenza sia una questione interamente disciplinata e sanzionata nel "Regolamento privacy".

La non sovrapponibilità dei piani relativi alla tutela della "privacy" e alla protezione del consumatore si desume dalle considerazioni svolte dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, del 13 settembre 2018, nelle cause riunite C 54/17 e C 55/17, nella quale si è statuito che la disciplina consumeristica non trova applicazione "unicamente quando disposizioni estranee a quest'ultima, disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, impongono ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili con quelli stabiliti dalla direttiva 2005/29".

Non sussiste, nel caso di specie, alcuna incompatibilità o antinomia tra le previsioni del "Regolamento privacy" e quelle in materia di protezione del consumatore, in quanto le stesse si pongono in termini di complementarietà, imponendo, in relazione ai rispettivi fini di tutela, obblighi informativi specifici, in un caso funzionali alla protezione del dato personale, inteso quale diritto fondamentale della personalità, e nell'altro alla corretta informazione da fornire al consumatore al fine di fargli assumere una scelta economica consapevole.

9. Per le medesime ragioni, non esiste neppure il paventato rischio di un effetto plurisanzionatorio della medesima condotta (intesa come identico fatto storico) posta in essere dal professionista che gestisce il "social network". L'oggetto di indagine da parte delle competenti autorità riguarda, infatti, condotte differenti dell'operatore, afferenti nel pri-



mo caso al corretto trattamento del dato personale ai fini dell'utilizzo della piattaforma e nel secondo caso alla chiarezza e completezza dell'informazione circa lo sfruttamento del dato ai fini commerciali.

10. Dunque, in termini generali, il valore economico dei dati dell'utente impone al professionista di comunicare al consumatore che le informazioni ricavabili da tali dati saranno usate per finalità commerciali che vanno al di là della utilizzazione nel solo "social network": in assenza di adeguate informazioni, ovvero nel caso di affermazioni fuorvianti, la pratica posta in essere può quindi qualificarsi come ingannevole.

11. La prima condotta sanzionata presenta effettivamente tale carattere, in quanto il "claim" utilizzato da Facebook nella pagina di registrazione per invogliare gli utenti a iscriversi ("Iscriviti È gratis e lo sarà per sempre") lasciava intendere l'assenza di una controprestazione richiesta al consumatore in cambio della fruizione del servizio.

In proposito, parte ricorrente non può essere seguita laddove sostiene che il richiamo al concetto di gratuità sarebbe giustificato dalla mancata richiesta del pagamento di una somma di denaro e che il consumatore medio attribuirebbe a tale termine, nella sua accezione comune, il significato di mera assenza di un corrispettivo patrimoniale. La pratica, infatti, è stata sanzionata in ragione della incompletezza delle informazioni fornite, che a fronte del "claim" di "gratuità" del servizio non consentivano al consumatore di comprendere che il professionista avrebbe poi utilizzato i dati dell'utente a fini remunerativi, perseguendo un intento commerciale (cfr. par. 55 provv.).

In argomento, il provvedimento ha fornito una puntuale motivazione, supportata da una adeguata istruttoria, sulla carenza di sufficienti informazioni, nel processo di registrazione, circa il valore commerciale dei dati e allo scopo commerciale perseguito.

L'affermazione di parte ricorrente secondo cui l'onere informativo imposto a Facebook imporrebbe uno standard inconciliabile con gli Orientamenti sulla trasparenza ai sensi del "Regolamento Privacy" rimane indimostrata e, anzi, contraddetta dagli "Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali" del 2016, che impongono espressamente ai professionisti di non occultare l'intento commerciale di una pratica.

La circostanza, poi, che ai fini della predisposizione della cosiddetta "informativa privacy" i relativi orientamenti suggeriscano una suddivisione in sezioni ovvero "stratificata on line" non è rilevante ai fini della carenza informativa del "claim" rilevata dall'Autorità, in ragione della diversità dei campi di applicazione e degli strumenti di tutela previsti dalle relative normative di settore.

12. L'Autorità nel provvedimento impugnato ha anche ampiamente confutato le tesi



di parte ricorrente circa la completezza e chiarezza delle informazioni successivamente accessibili tramite "link" alla Normativa dati, alle Condizioni d'uso e alla Normativa Cookie, rilevando, alla stregua di un giudizio logicamente formulato, come le informazioni in questione non fossero né chiaramente né immediatamente percepibili. Quanto al "banner cookie", inserito successivamente all'avvio del procedimento, è stato legittimamente ritenuto dall'Autorità inidoneo a far venire meno l'omissione e l'ingannevolezza riscontrata, in quanto "oltre a non essere contestuale alla registrazione in FB, risulta generico oltreché scarsamente esplicativo e, laddove visualizzato in tale fase, nemmeno adiacente al pulsante di creazione dell'account" (par. 21).

13. Dunque, il giudizio di ingannevolezza della condotta sub a) formulato nel provvedimento impugnato si sottrae ai vizi denunciati, risultando corretta la valutazione della Autorità circa l'idoneità della pratica a trarre in inganno il consumatore e a impedire la formazione di una scelta consapevole, omettendo di informarlo del valore economico di cui la società beneficia in conseguenza della sua registrazione al "social network".

14. Quanto alle doglianze circa l'obbligo di pubblicare una dichiarazione rettificativa, occorre premettere che si tratta di una misura accessoria prevista dell'art. 27, comma 8, del codice del consumo, secondo cui, con il provvedimento che irroga la sanzione pecuniaria, "può essere disposta, a cura e spese del professionista, la pubblicazione della delibera, anche per estratto, ovvero di un'apposita dichiarazione rettificativa, in modo da impedire che le pratiche commerciali scorrette continuino a produrre effetti".

Si è chiarito che la dichiarazione non ha lo scopo di sanzionare l'operatore pubblicitario, ovvero di risarcire i soggetti già lesi dal messaggio, bensì di impedire, da un lato, eventuali future riedizioni del messaggio e dall'altro di contrastare l'eventuale persistere degli effetti del "claim" ingannevole. Di conseguenza, le modalità e le forme di detta pubblicazione sono rimesse alla valutazione discrezionale dell'Autorità e condizionate dalla necessità di raggiungere lo scopo per il quale essa è stata disposta (cfr. Tar Lazio, sez. I, n. 2306/2007; Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2003 n. 4211).

L'obbligo di pubblicazione della dichiarazione risulta del tutto giustificato, avuto riguardo alle finalità perseguite, e proporzionato, quanto alle modalità imposte, alla diffusione del messaggio.

In argomento, le critiche nel ricorso secondo cui la pubblicazione della dichiarazione incrinerebbe il rapporto di fiducia con gli utenti non possono assumere rilevanza, trattandosi di valutazioni, indimostrate, di opportunità, che impingono nella sfera di discrezionalità riservata all'Autorità ma non determinano una potenziale illegittimità del provvedimento nella parte "de qua".



Anche le censure relative al difetto di proporzionalità della misura rispetto allo scopo che persegue non si palesano fondate, alla luce delle modalità tecniche previste dalla stessa Autorità, che richiede la visibilità "mirata" della stessa solo a chi acceda alla "homepage" di Facebook o alla relativa "app", per un periodo di tempo circoscritto (pari a venti giorni), e a ciascun utente registrato per una sola volta in occasione del suo primo accesso alla propria pagina personale Facebook.

Infine, quanto alle deduzioni di Facebook, compendiate in una relazione tecnica allegata al ricorso, in cui si sostiene di non potere ottemperare pienamente alla misura imposta dall'Autorità, anche in ragione della genericità di alcune indicazioni, il Collegio osserva, in relazione alle criticità ravvisate sulle modifiche da apportare alla "app" di Facebook, che non risulta dimostrata l'impossibilità tecnica di realizzarle attraverso il rilascio di un aggiornamento dell'applicazione. Quanto alle altre difficoltà tecniche prospettate dalla ricorrente (quali quelle relative al formato della dichiarazione e alla visualizzazione del "pop-up" agli utenti italiani e per una sola volta) si tratta di questioni di carattere interpretativo, che non incidono sulla corretta imposizione della misura ma al più potranno essere affrontate dalla parte e dall'Autorità in sede di verifica dell'ottemperanza al provvedimento stesso, entro il cui ambito l'Agcm sarà tenuta a fornire a Facebook ogni chiarimento necessario per consentire una compiuta esecuzione della misura.

15. È possibile passare allo scrutinio delle censure riguardanti la pratica sub b) descritta nel provvedimento impugnato, che ha ad oggetto il meccanismo di trasmissione dei dati degli utenti registrati a Facebook dalla Piattaforma (sito "web/app") del social network ai siti "web/app2 di terzi.

L'Autorità ha rilevato che la Piattaforma era "automaticamente attivata con validità autorizzativa generale, senza alcun preventivo consenso espresso da parte dell'utente in quanto la relativa opzione risultava preselezionata da FB, residuando, in capo al soggetto interessato, una mera facoltà di opt-out". L'Autorità ha affermato che l'utente veniva indotto a credere che, in caso di disattivazione della Piattaforma, le conseguenze per lui penalizzanti, sia nella fruizione del "social network2, sia nella accessibilità e utilizzo dei siti "web" e "app" di terzi, sarebbero state ben più ampie e pervasive rispetto a quanto realmente previsto e tecnicamente necessario (par. 61).

In definitiva, secondo l'Autorità, nonostante alcune modifiche operate dal professionista dopo l'avvio del procedimento sanzionatorio, sussisteva una pratica commerciale aggressiva in quanto Facebook continuava nella condotta di "preflaggare le opzioni a disposizione dell'utente e di disincentivarne la deselezione ricorrendo all'uso di espressio-



ni atte a condizionare l'utente sulla reale portata delle conseguenze derivanti dalla deselezione medesima" (par. 63).

L'Autorità contesta, quindi, alla parte ricorrente l'esistenza di una "pre-attivazione" della piattaforma che, in ragione del meccanismo di "opt-in" preimpostato, non consentirebbe agli utenti di comprendere la modalità e finalità di utilizzo, sia da parte dei terzi che da parte di Facebook, dei dati raccolti a seguito dell'integrazione tra piattaforme.

16. La ricostruzione del modello di funzionamento del meccanismo di integrazione delle piattaforme riportata nel provvedimento sconta dei travisamenti in punto di fatto che, come dedotto nel settimo motivo di ricorso, nella sezione B), lett. i), inficiano la correttezza del percorso motivazionale seguito dall'Autorità.

Difatti, come documentato nell'allegato rubricato "doc. n. 5" al ricorso, al fine di realizzare l'integrazione, è necessario compiere numerosi passaggi, che si concludono solo quando, una volta raggiunta tramite il "login" di Facebook la "app" di terzi, l'utente decide di procedere alla sua installazione.

Dunque, la "pre-attivazione2 della piattaforma Facebook (vale a dire la "pre-selezione" delle opzioni a disposizioni) non solo non comporta alcuna trasmissione di dati dalla piattaforma a quella di soggetti terzi, ma è seguita da una ulteriore serie di passaggi necessitati, in cui l'utente è chiamato a decidere se e quali dei suoi dati intende condividere al fine di consentire l'integrazione tra le piattaforme. L'affermazione dell'Autorità secondo cui la piattaforma di Facebook era "automaticamente attivata con validità autorizzativa generale" non risulta, in definitiva, corretta, avendo di converso dimostrato il professionista che la piattaforma non rappresenta un mezzo attraverso cui gli utenti forniscono il consenso al trasferimento dei dati, dal momento che ciò avviene in un momento successivo, su base granulare per ogni singola "app/sito web".

Deve, poi, osservarsi, che il giudizio circa la presunta natura "aggressiva" delle locuzioni usate per disincentivare l'utente dal disattivare la piattaforma risulta non adeguatamente motivato o approfondito, nonché parzialmente contraddittorio, in quanto sono effettivamente presenti delle conseguenze negative in caso di disattivazione. L'utilizzo, poi, da parte di Facebook di espressioni in alcuni casi dubitative in relazione alle possibili limitazioni nell'uso della "app" di terzi nel caso di disattivazione dell'integrazione si giustifica in ragione della circostanza che i dati in oggetto sono, per l'appunto, detenuti e trattati da soggetti terzi.

Anche nei casi in cui determinate applicazioni terze prevedano un meccanismo di integrazione diverso dal "Facebook login" (quali i "plug-in" social "Mi piace" o "Condividi2) Facebook avverte nella Normativa sui dati della possibilità che questi possono rice-



vere informazioni su ciò che l'utente pubblica o condivide e che "le informazioni raccolte da tali soggetti terzi sono soggette alle loro condizioni e normative, non alle nostre" (cfr. il doc. 6 allegato al ricorso).

Deve anche osservarsi che eventuali contestazioni sulla non pertinenza o eccedenza del trattamento dei dati dell'utente rispetto alla finalità del trattamento stesso sarebbero di competenza dell'Autorità garante per la "privacy", trattandosi di profili che non incidono sulla libertà di scelta del consumatore.

17. Dunque, il provvedimento dell'Autorità, quanto alla condotta descritta alla lettera sub b), si palesa illegittimo in ragione dei denunciati vizi di cattiva ricostruzione del funzionamento della integrazione delle piattaforme e dell'assenza di elementi sufficienti a dimostrare l'esistenza di una condotta idonea a condizionare le scelte del consumatore.

18. In conclusione, limitatamente all'accertamento dell'illegittimità della condotta sub b) e alle conseguenze – sanzionatorie, inibitorie e di adozione di una dichiarazione rettificativa – imposte dall'Autorità, il provvedimento impugnato deve essere annullato, dovendosene invece confermare la legittimità per la restante parte.

19. L'accoglimento solo parziale del ricorso, nonché il mancato rispetto del principio di sinteticità degli scritti difensivi, giustificano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e, ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione, annulla il provvedimento impugnato, limitatamente alla pratica commerciale descritta alla lettera b).

Compensa le spese.

JUS CIVILE



BENIAMINO PARENZO

Dottorando di ricerca in Diritto privato – Università Ca' Foscari di Venezia

DATI PERSONALI COME "MONETA". NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA TAR LAZIO N. 260/2020

SOMMARIO*: 1. Introduzione. – 2. Il caso. – 3. Il presupposto: la "doppia natura" dei dati personali. – 4. La conseguenza: il contratto di sociale network come contratto oneroso a prestazioni corrispettive. La natura non proprietaria del diritto oggetto di disposizione. – 5. Il consenso al trattamento dei dati personali: oggetto del contratto di scambio o manifestazione di volontà negoziale?*

1. – Il presente contributo intende svolgere alcune riflessioni scaturenti dalla lettura di una recente pronuncia del Tar Lazio, la n. 260 del 10 gennaio 2020[1], in tema di "contratto di *social network*". L'importanza e la necessità di una non superficiale considerazione del citato provvedimento derivano dal fatto che lo stesso costituisce un inedito precedente: è la prima volta che il formante giurisprudenziale si esprime in tema di consenso al trattamento dei dati personali prestato per l'accesso a un servizio di *social network* qualificandolo come vera e propria "controprestazione" di un contratto di scambio.

Nel prosieguo si andranno a toccare e riprendere questioni per la verità affatto nuove (ed anzi ben note all'interno del dibattito dottrinale giusprivatistico) che vanno dal tema della eterogenea natura dei dati personali a quello della qualificazione giuridica del consenso al trattamento dei dati stessi passando per la questione relativa alla gratuità ovvero onerosità della causa di quei contratti – quale, appunto, quello in esame – che a fronte della fornitura "gratuita" di un bene o servizio digitale richiedono la prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessari all'esecuzione del contratto stesso. Si

[1] Tar Roma, sez. I, 10 gennaio 2020, n. 260, in *Foro Amm. – Tar*, 2020, p. 99. Le considerazioni ivi svolte dal Tribunale amministrativo e le conclusioni che vi discendono sono del tutto analoghe ad altra sentenza "gemella", la n. 261/2020, rinvenibile in *D & G online* 13 gennaio 2020.



tratta, come detto, di temi conosciuti [2]. E tuttavia, si ritiene, la posizione accolta dalla giurisprudenza con il provvedimento in oggetto non può non portare lo studioso ad interrogarsi sulle riportate tematiche con un rinnovato interesse. Prima di tutto questo, però, occorre prendere le mosse dal caso e dal *decisum* della sentenza.

2. – Con il provvedimento n. 27432 del 29 novembre 2018 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM") sanzionava *Facebook Inc*. e *Facebook Ireland Limited* per aver posto in essere due pratiche commerciali scorrette aventi ad oggetto la raccolta, lo scambio con terzi e l'utilizzo a fini commerciali dei dati dei propri utenti consumatori. Più in particolare, la prima pratica, qualificata "ingannevole", consisteva nell'avere adottato, nella fase di prima registrazione dell'utente alla piattaforma Facebook, "un'informativa priva di immediatezza, chiarezza e completezza, in riferimento alla propria attività di raccolta e utilizzo, a fini commerciali, dei dati dei propri utenti" [3]. Dal provvedimento dell'AGCM si legge infatti che, almeno fino al 15 aprile 2018, a fronte del noto annuncio posto sulla pagina dedicata alla registrazione – "iscriviti è gratis e lo sarà per sempre" – l'utente non veniva chiaramente informato in merito alla raccolta e all'uso a fini commerciali dei propri dati da parte della medesima società [4]. La seconda pratica, ritenuta "aggressiva", era relativa al meccanismo di trasmissione a soggetti terzi dei dati degli iscritti, attuata secondo l'AGCM "con modalità insistenti e tali da condizionare le scelte del consumatore".

Il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM veniva impugnato da *Facebook Ireland* davanti al Tar Lazio, il quale con la sentenza in esame accoglieva in parte il ricorso annullando il provvedimento dell'Autorità limitatamente alla seconda pratica.

---

[2] Delle problematiche citate si discute in dottrina da più di vent'anni, ovvero dalla emanazione della Direttiva 95/46 CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati. Tra gli altri, vedasi a titolo esemplificativo i seguenti contributi: FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali*, Bologna, 2012; RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2000, p. 299; CUFFARO, RICCIUTO, ZENO ZENCOVICH, *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1999; PATTI, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, in, *Riv. dir. civ*., 1999, p. 455; CAMARDI, *Mercato delle informazioni e privacy. Riflessioni generali sulla L. n. 675/1996*, in *Europa e dir. priv*., 1998, p. 1049; ZENO-ZENCOVICH, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium Iuris*, 1997, p. 466; ID., *Il "consenso informato" e la "autodeterminazione informativa" nella prima decisione del Garante*, in *Corr. giur*., 1997, p. 915.

[3] Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, provvedimento n. 27432 del 29 novembre 2018, prgf. 3.

[4] *Id*., prgf. 18.



Quello che ai presenti fini interessa sono però, in particolare, i primi due motivi di doglianza lamentati da Facebook in ricorso e le ragioni per cui il Tar li ha ritenuti infondati.

Secondo parte ricorrente, il provvedimento era viziato da difetto assoluto di attribuzione in quanto: 1) in mancanza di un corrispettivo patrimoniale e della conseguente necessità di tutelare un interesse economico dei consumatori, il rapporto con gli utenti non era qualificabile alla stregua di una "pratica commerciale"; 2) l'AGCM doveva ritenersi incompetente "*ratione materiae*", essendo l'unica disciplina applicabile quella relativa alla tutela dei dati personali di cui al Regolamento UE 2016/679 (c.d. "*General Data Protection Regulation*"; in seguito "GDPR").

In virtù della loro chiarezza, si riportano di seguito i principali passaggi argomentativi con cui viene motivata l'infondatezza delle doglianze sollevate da *Facebook*[5]: "le tesi di parte ricorrente presuppongono che l'unica tutela del dato personale sia quella rinvenibile nella sua accezione di diritto fondamentale dell'individuo […]. Tuttavia, tale approccio sconta una visione parziale delle potenzialità insite nello sfruttamento dei dati personali, che possono altresì costituire un "asset" disponibile in senso negoziale, suscettibile di sfruttamento economico e, quindi, idoneo ad assurgere alla funzione di "controprestazione" in senso tecnico di un contratto. A fronte della tutela del dato personale quale espressione di un diritto della personalità dell'individuo […] sussiste pure un diverso campo di protezione del dato stesso, inteso quale possibile oggetto di una compravendita, posta in essere sia tra gli operatori del mercato che tra questi e i soggetti interessati. Il fenomeno della "patrimonializzazione" del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio, quale è quello di utilizzo di un social network"[6]. Di qui, veniva ravvisata dal Collegio la sussistenza di una pratica commerciale ingannevole nel fatto che, a fronte del "*claim*" di gratuità del servizio offerto, il consumatore non veniva reso edotto con sufficiente chiarezza circa l'utilizzo commerciale dei dati forniti.

---

[5] La trascrizione dei passaggi della sentenza costituenti la sua *ratio decidendi* risulta peraltro particolarmente utile e funzionale in considerazione del fatto che, nel prosieguo, ai fini dell'analisi che verrà compiuta, questi verranno espressamente e testualmente di nuovo richiamati.

[6] Tar Lazio, 13 gennaio 2020, n. 261, cit., prgf. 6-8.



3. – La fondamentale premessa da cui il Tribunale amministrativo fa derivare la suscettibilità dei dati personali ad assurgere a controprestazione di un contratto di scambio è data dalla constatazione secondo la quale questi ultimi sono, per così dire, partecipi di una "doppia natura": essi non soltanto costituiscono "espressione di un diritto della personalità dell'individuo", ma anche un "asset disponibile in senso negoziale". Occorre dunque, seppur brevemente, considerare più da vicino questa ambivalente caratterizzazione.

Il dato personale come "informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile" [7] è senza dubbio, in primo luogo, attributo della persona; è in senso proprio un "frammento" dell'identità della persona cui si riferisce. In questo senso, non pare eccessivo affermare che il dato personale, sebbene in modo impalpabile e intangibile, "appartiene" alla persona tanto quanto ad essa "appartiene" il suo corpo. Anzi, di più, non soltanto le appartiene, ma (al pari del corpo) finisce con il coincidervi: ogni persona esiste nella sua singolare ed irripetibile individualità tanto sul piano della materia quanto (se non, forse, soprattutto) perché essa – ed essa soltanto – ha determinate aspirazioni e desideri, aspettative e timori, gusti, interessi, preferenze, credenze, valori e via dicendo. Ogni persona ha la sua irripetibile identità. E il dato personale altro non è se non un "tassello" di quest'ultima. Non si ritiene, dunque, necessario aggiungere altro per ben comprendere come il diritto alla tutela dei dati personali sia entrato a pieno titolo nel novero dei diritti della personalità e dei diritti fondamentali che trovano nell'art. 2 Cost. il loro più alto riconoscimento [8].

Tanto premesso, facilmente si possono comprendere le ragioni che hanno portato la dottrina maggioritaria a considerare per lungo tempo il diritto in parola "esclusivamente"

---

[7] Così il GDPR definisce il "dato personale" all'art. 4, par. 1, n.1.

[8] M. BIANCA, *Il minore e i nuovi media*, in SENIGAGLIA (a cura di), *Autodeterminazione e minore di età. Itinerari di diritto minorile*, Pisa, 2019, p. 153; C. IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in *Giust. civ.*, 2019; NADDEO, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, in *Dir. infor.*, 2018, 28. Si rammenta, poi, che il diritto alla protezione dei dati personali, oltre ad essere espressamente sancito dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, trova tutela anche quale declinazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU. In merito all'evoluzione che, dalla tutela del diritto alla *privacy* (inteso "in negativo" quale *right to be let alone*), ha condotto, nel progressivo affermarsi della società dell'informazione, al riconoscimento ("in positivo") del diritto al controllo sulle proprie informazioni, ovvero al c.d. diritto all'autodeterminazione informativa, vedasi, tra gli altri, RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 583. Chiara e sintetica sulla cifra distintiva tra diritto alla riservatezza e diritto alla protezione dei dati personali FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101* a cura di G. Finocchiaro, Bologna, 2019, 5-8.



in questa luce, non vedendo [9] – quasi affetta da ideologica sindrome *neglect* – come il dato personale fosse anche partecipe di una diversa natura, affatto attinente alla sfera morale e personale dell'individuo ed anzi ad essa in apparenza antitetica [10]: una natura prettamente patrimoniale che fa del dato personale una vera e propria "merce di scambio" tra gli operatori di un mercato che viene appunto definito come "il mercato delle informazioni" [11]. Da più di due decenni, invero, la realtà del digitale (espressione da tempo ormai tutt'altro che ossimorica) costringe con crescente prepotenza lo studioso e l'operatore del diritto a prendere atto che la considerazione giuridica dei dati personali non può esaurirsi nel loro essere attributi della persona. I dati personali degli utenti della rete (si ritiene opportuno stressare ulteriormente il punto), infatti, costituiscono la "materia prima" di un processo produttivo in senso proprio: come la fibra tessile all'esito delle diverse fasi di lavorazione fisico-chimica effettuate nel contesto dell'omonima industria viene trasformata in tessuto, così i dati personali, elaborati e trattati in forma aggregata da sofisticati sistemi informatici di computazione algoritmica, sono in grado di produrre nuovi dati da cui originano "profili", i quali, compiendo un percorso per così dire circolare, sono infine applicati a quegli stessi soggetti fornitori della materia prima quali destinatari di campagne di *marketing* personalizzate compiute appunto sulla base dei loro "personali" profili [12]. Con un'immagine ormai tralatizia e quasi abusata, ma pur sempre

---

[9] Vigorose in proposito le critiche di Ricciuto nei confronti dell'atteggiamento adottato dalla dottrina maggioritaria all'indomani della L. n. 675/1996 (la legge di attuazione della citata Direttiva 95/46 CE), la quale non avrebbe saputo cogliere la "possibilità" offerta da quest'ultima di ricostruire il fenomeno del trattamento dei dati "anche in chiave economica e di mercato", preferendo invece concentrarsi in via esclusiva sul tema della sfera morale della persona soggetta al trattamento (cfr. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *I dati personali nel diritto europeo* a cura di Cuffaro D'Orazio, Ricciuto, Torino, 2019, 25).

[10] Ma proprio in merito alla opportunità di superare la tradizionale (rigida e netta) separazione tra diritti e interessi patrimoniali e non patrimoniali, vedasi SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2020, 760.

[11] CAMARDI, *op. cit.*, *passim*.

[12] In questo senso, chiare le parole dell'AGCM per cui "una sempre più accurata profilazione dell'utenza consente infatti agli operatori di raggiungere target specifici di consumatori, indirizzando loro messaggi mirati, con crescenti livelli di personalizzazione" (Indagine conoscitiva sui Big Data, pubblicata il 10 febbraio 2020, p. 105, rinvenibile al seguente link: https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2020/2/Big-Data-pubblicata-indagine-Agcom-Agcm-e-Garante-privacy). Più in generale, in tema di profilazione e delle sue implicazioni, vedasi tra gli altri: BAYAMLIOĞLU, BARALIUC, JANSSENS, HILDEBRANDT, *Being profiled: cogitas ergo sum: 10 years of profiling the european citizen*, Amsterdam University Press, 2018; ZUIDERVEEN BORGESIUS, *Improving Privacy in the Area of Behavioural Targeting*, Kluwer Law International, 2015; CUSTERS, CALDERS, SCHERMER, ZARSKY, *Discrimination and Privacy in the Information Society Data Mining and Profiling in Large Databases*, Springer, 2013; HILDEBRANDT, *Defining profiling: a new type of knowledge?*, in HILDEBRANDT, GUTWIRTH, *Profiling the European citizen*, Springer, 2008;



senza dubbio evocativa, i dati personali possono così a buon diritto essere definiti "il petrolio del terzo millennio" [13].

Ebbene, occorre mettere in evidenza che il legislatore europeo – istituzionalmente deputato a creare le condizioni per un funzionamento efficiente del c.d. mercato unico fondato sul pilastro ideologico della libera circolazione – non ha mancato di rilevare l'interesse patrimoniale sotteso ai dati personali sin dalla Direttiva 95/46 CE. Quest'ultima, infatti, all'art. 1, dopo aver affermato al paragrafo primo il dovere degli Stati membri di garantire "la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche e particolarmente del diritto alla vita privata , con riguardo al trattamento dei dati personali", sanciva altrettanto chiaramente al paragrafo secondo il divieto di restringere o vietare la libera circolazione dei dati stessi, rendendo così evidente che il dato personale, lungi dal costituire esclusivamente oggetto di un diritto fondamentale, era invece da riguardare (anche) quale bene circolante nel mercato. Si tratta di un'impostazione ribadita in modo ancora più pregnante con il già citato GDPR – adottato in sostituzione della Direttiva 95/46 – laddove all'art. 1 (rubricato "oggetto e finalità"), par. 1, statuisce: "il presente regolamento stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati". In altri termini, la normativa europea sui dati personali si dichiarava e si dichiara come disciplina del mercato dei dati [14], senza d'altra parte dimenticare la particolare natura dei beni ivi circolanti che, come detto, costituiscono attributi della persona nonché og-

---

ZARSKY, *"Mine your Own Business!": Making the Case for the Implications of the Data Mining of Personal Information in the Forum of Public Opinion*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 2003.

[13] Si evidenzia che lo sfruttamento dei dati a fini di marketing personalizzato cui si è fatto sopra riferimento costituisce soltanto una delle molteplici manifestazioni di impiego redditizio dei c.d. *big data*. L'utilizzo dei dati pervade, infatti, pressoché ogni settore della vita pubblica e privata. Esemplificative in questo senso le considerazioni espresse dal Parlamento Europeo in una recente Risoluzione da cui si può leggere: "un numero crescente di società, imprese, enti e agenzie, organizzazioni governative e non governative (come pure il settore pubblico e quello privato in generale), leader politici nonché società civile, mondo accademico, comunità scientifica e cittadini nel complesso hanno sfruttato tali insiemi di dati e l'analisi dei Big Data per promuovere la competitività, l'innovazione, le previsioni di mercato, le campagne politiche, la pubblicità mirata, la ricerca scientifica e la definizione delle politiche nel settore dei trasporti, del fisco, dei servizi finanziari, delle città intelligenti, dell'applicazione della legge, della trasparenza, della salute pubblica e della risposta alle catastrofi, come pure per influenzare le elezioni e i risultati politici tramite, ad esempio, la comunicazione mirata […]" (Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2017 sulle implicazioni dei *Big Data* per i diritti fondamentali: privacy, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto, rinvenibile al seguente link: *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0076_IT.html*).

[14] SENIGAGLIA, *op. cit.*, *passim*; CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1116.



getto di un diritto fondamentale dell'individuo. Un mercato, dunque, che per questo necessita di essere disciplinato attraverso regole e limiti [15] e che al pari di altri mercati regolamentati è affidato alla vigilanza di un'apposita Autorità Garante [16]. E tuttavia, non c'è dubbio: di un mercato si tratta. In sintesi, il legislatore sovranazionale ha colto in pieno l'intrinseca ambivalenza che connota i dati personali approntando una disciplina che, consapevole di questa doppia natura, è conseguentemente tesa a realizzare un equo contemperamento tra gli interessi del mercato e le esigenze di tutela della persona.

In ultima analisi, inoltre, necessita ricordare che anche il formante dottrinale ha, per la verità, da qualche tempo abbandonato la tradizionale impostazione "parziale" che rifiutava di vedere e considerare il dato personale in chiave patrimonializzante [17]. Al pari di quanto riconosciuto per gli altri diritti della personalità [18], da più parti, in conclusione, si ammette ormai che anche il diritto in parola non è estraneo alle logiche del mercato ed anzi, al contrario, vi è intimamente connesso e si presta pertanto ad entrare nel contratto e a farsi oggetto di atti dispositivi da parte di chi ne è titolare.

Come tuttavia si osserverà, se può quindi in definitiva trovarsi consenso intorno alla rilevata "doppia natura" dei dati personali, diverse sono le incertezze che ancora avvolgono le qualificazioni in termini contrattuali delle operazioni economiche che intorno a tali beni si svolgono.

---

[15] Si pensi a titolo esemplificativo alle disposizioni del GDPR relative ai principi del trattamento (art. 5), alle condizioni di liceità (art. 6), ai principi di *accountability* e della c.d. *privacy by design* e *by default* (artt. 24 e 25). In generale, sulla disciplina approntata dal GDPR, vedasi CUFFARO, D'ORAZIO, RICCIUTO, *op. cit.*; FINOCCHIARO *op. ult. cit.*; RICCIO, SCORZA, BELISARIO, *GDPR e Normativa Privacy. Commentario*, Padova, 2018.

[16] Cfr., RICCIUTO, *op. cit.*, 57; CAMARDI, *op. cit.*, 1062.

[17] Vedasi, tra i numerosi contributi, SENIGAGLIA, *op. cit.*, *passim*; DE FRANCESCHI, *Il «pagamento» mediante dati personali*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di Cuffaro, D'Orazio, Ricciuto, *op. cit.*, p. 1381; RICCIUTO, *op. cit.*; RESTA, ZENO ZENCHOVIC, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 411.

[18] Tra gli altri, THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018; RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005.

Incisive le considerazioni che svolge Senigaglia, secondo il quale "che il carattere pervasivo delle logiche di mercato abbia coinvolto anche interessi protetti da diritti personali […] [è] ormai assurto a fatto notorio […] La scienza giuridica è, ormai da lunga data, avvezza a fattispecie contrattuali aventi a oggetto "beni" personali, le quali hanno conosciuto un processo di tipizzazione sociale che è stato poi attratto nell'alveo degli interessi meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico ex art. 1322 c.c." (SENIGAGLIA, *op. cit.*, 763).



4. – Sul presupposto per cui i dati personali sono suscettibili di una valutazione economico-patrimoniale e costituiscono in questo senso oggetto di sfruttamento, il Tar afferma conseguentemente la loro idoneità ad "assurgere alla funzione di "controprestazione" in senso tecnico di un contratto".

Il c.d. contratto di *social network* (così come peraltro qualunque altro contratto che, per l'accesso ad un servizio digitale, richiede che l'utente presti un consenso al trattamento di dati personali non necessari all'esecuzione dello stesso) non è quindi un contratto gratuito, bensì deve qualificarsi come oneroso. Il celebre motto di *Facebook*, "è gratis e lo sarà per sempre", è dunque in senso tecnico ingannevole: dietro l'apparente gratuità del servizio, per accedere al quale non è richiesto un corrispettivo in denaro, si nasconde infatti un vero e proprio scambio di prestazioni poiché a fronte dell'accesso alla piattaforma digitale, l'utente del *social network* sopporta a sua volta un sacrifico giuridico-economico [19] consistente appunto nella concessione della possibilità di sfruttamento dei propri dati personali [20].

Volendo compiere un passaggio ulteriore, si ritiene che, a ben vedere, non soltanto il contratto in esame debba qualificarsi come oneroso, ma possa più propriamente essere inserito nella categoria dei contratti a prestazioni corrispettive (la stessa sentenza del Tar utilizza il termine "controprestazione"). Secondo la più classica delle definizioni, tali sono i contratti in cui le prestazioni a carico delle parti "sono in rapporto di reciprocità, nel senso che ciascuna è fatta in ragione dell'altra, per contraccambiarla" [21]: nei contratti sinallagmatici la causa consiste nello scambio tra le prestazioni in quanto l'una trova la propria ragione di essere nell'altra. Ebbene, nel caso in esame risulta all'evidenza tale nesso di reciproca interdipendenza tra le prestazioni: da un lato, è agevole osservare che il consenso al trattamento dei dati personali non viene prestato in via, per così dire, occasionale o meramente contestuale alla fornitura del servizio di accesso alla piattaforma, bensì è prestato di necessità per potervi accedere; dall'altro lato, altrettanto scontata è la considerazione per cui, proprio perché si tratta di contratti che non prevedono a carico dell'utente il pagamento di un prezzo, il vantaggio ottenuto dal soggetto che fornisce il servizio deriva unicamente dal trattamento dei dati dell'utente e per questo chi offre il servizio medesimo ne subordina l'erogazione al predetto consenso al trattamento. In altri termini, il servizio di accesso al *social network* è fornito proprio in quanto e perché

[19] Per la nozione di contratto oneroso, tra gli altri, ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, 434 ss.

[20] Così RICCIUTO, *op. cit.*, p. 43; v. anche DE FRANCESCHI, *op. cit*., 1381 ss.

[21] ROPPO, *op. cit*., 439.



l'utente presta il suo consenso al trattamento dei dati personali e, viceversa, l'utente presta il consenso al trattamento dei suoi dati proprio in quanto e perché diversamente non può accedere al servizio.

Una conferma della qualificazione così operata si può trarre dalla disposizione di cui all'art. 3 della Direttiva 2019/770 UE relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, la quale, affermato al paragrafo primo che la disciplina ivi prevista trova applicazione rispetto a tutte quelle fattispecie contrattuali che vedono uno scambio tra la prestazione di fornitura di un contenuto o servizio digitale da un lato e la prestazione consistente nella corresponsione di un prezzo da parte del consumatore dall'altro, al paragrafo secondo estende l'ambito di applicazione della Direttiva medesima anche alle ipotesi in cui il consumatore, invece che corrispondere un prezzo, fornisce o si impegna a fornire dati personali. In altri termini, la richiamata Direttiva, nel confermare la possibilità di disporre dei propri dati personali deducendoli in contratto (è infatti espressamente escluso il caso in cui il trattamento si fondi su una c.d. "ragione di necessità"), non lascia alcun dubbio in merito al fatto che l'operazione economica così posta in essere integri un vero e proprio scambio sinallagmatico di prestazioni, esattamente al pari di quel rapporto di scambio in cui il consumatore invece che i propri dati corrisponde un prezzo [22].

Qualificato il contratto in esame come oneroso e a prestazioni corrispettive, resta tuttavia da comprendere in che termini si atteggi la "cessione" dei dati personali.

La sentenza del Tar, in un passaggio sopra richiamato, nell'argomentare circa la suscettibilità del dato personale ad essere considerato alla stregua di bene negoziabile, lo descrive come "possibile oggetto di una compravendita". Sulla linea di tale affermazione occorrerebbe quindi concludere che il diritto di cui ogni individuo è titolare sui propri dati personali è un diritto di stampo proprietario che come tale viene traslativamente ceduto alla controparte in cambio della fornitura di un servizio. Ebbene, una ricostruzione in questo senso non può ritenersi condivisibile, non essendo una definitiva perdita del diritto in parola compatibile con la sua natura di diritto fondamentale. Il fatto che il dato personale si colori di una dimensione patrimoniale che gli consente di entrare nel contratto attraverso un atto di disposizione non può, in altre parole, comportare la soppres-

[22] Cfr. SENIGAGLIA, *op. cit*., 775, il quale osserva peraltro che la differenza tra la prestazione di corresponsione del prezzo e quella di fornitura dei dati personali si riflette poi però sul piano rimediale: mentre nel primo caso la risoluzione del contratto è accordata solo per difetti che non siano di lieve entità, nel secondo, in considerazione del fatto che il consumatore – per evidenti ragioni – non può beneficiare dell'alternativo rimedio della riduzione del prezzo, tale requisito non è invece richiesto ai fini della risoluzione.



sione della sua "altra faccia" di diritto della personalità irrinunziabile, intrasmissibile e inalienabile [23]. Tanto è vero che l'art. 7, par. 3, GDPR sancisce il diritto, per il soggetto interessato da un trattamento di dati personali fondato sul consenso, di revocare tale medesimo consenso "in qualsiasi momento", così determinando la cessazione dell'attività di trattamento [24].

Certamente allora non si tratta di "cessione traslativa" dei dati personali di cui il titolare del trattamento, controparte del contratto di scambio, possa dirsi divenire "proprietario". A veder bene, quello che viene attribuito, dunque, non è affatto un diritto di proprietà sui dati, bensì piuttosto un diritto al trattamento dei dati personali, ovvero un diritto al loro sfruttamento economico secondo uno schema che sembrerebbe così riconducibile al trasferimento di un diritto personale di godimento [25].

Secondo un autore [26], di diritto di proprietà si potrebbe al limite parlare in riferimento al prodotto, o al "frutto", dell'attività di trattamento, ovvero in riferimento a quel "nuovo bene" che viene generato in via derivata dallo sfruttamento dei dati personali: il c.d. profilo dell'interessato (cui si è accennato *supra* al par. 3), che in quanto "nuova informazione […] è ormai sganciata dalla dimensione del dato personale secondo la definizione normativa".

In merito a tale ultimo aspetto, sia consentito esprimere qualche dubbio sull'assunto secondo il quale il profilo derivante dal trattamento dei dati personali dell'interessato (e peraltro ad egli stesso destinato ad essere riapplicato, come sopra visto) sia "sganciato dalla dimensione del dato personale". Per la verità, infatti, la definizione di "dato personale" di cui all'art. 4, par. 1, n. 1) GDPR risulta decisamente ampia, qualificandosi come tale "qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile", laddove, inoltre, secondo il Parere reso dal "Gruppo di Lavoro Articolo 29", i dati si devono considerare "riguardanti" una persona "se si riferiscono all'identità, alle caratteri-

---

[23] Circa i caratteri che contraddistinguerebbero i c.d. diritti fondamentali, vedasi, tra gli altri, GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 155-156; FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma, 2008.

[24] V. SENIGAGLIA, *op. cit.*, 772-773, che chiarisce conseguentemente come nelle fattispecie in parola il diritto di revoca istituisca un diritto di recesso *ad nutum*.

[25] RICCIUTO, *op. cit.*, 48-49, il quale, per vero, se dall'un lato esclude senza riserve che si realizzi una cessione dei dati personali nel senso di un effetto traslativo del contratto che determina la circolazione dei dati stessi, dall'altro lato esprime perplessità in merito ai modelli di contratti di godimento invocabili, ravvisando delle incompatibilità tanto con riferimento al contratto di locazione quanto rispetto al contratto di affitto.

[26] *Ibidem*.



stiche o al comportamento di questa persona, o se tali informazioni vengono impiegate per stabilire o influenzare il modo in cui quella persona viene trattata o valutata" [27]. Se si accetta quindi tale interpretazione, pochi dubbi residuerebbero in merito alla qualificabilità del profilo derivante dall'attività di trattamento alla stregua di un dato personale. Conseguentemente, non soltanto risulterebbe ad esso applicabile *in toto* la disciplina di cui al GDPR, ma, per quello che qui interessa, sarebbe – per quanto detto poco sopra – indubbiamente erroneo ritenerlo suscettibile di costituire oggetto di un diritto proprietario facente capo al titolare del trattamento sul quale l'interessato non abbia a esercitare alcuna forma di controllo [28].

5. – La sentenza in esame, nello statuire che, a fronte della rilevanza economica assunta dai dati personali, la loro "cessione" può assurgere a controprestazione in senso tecnico di un contratto di scambio, non prende tuttavia posizione in merito alla natura che deve essere attribuita al consenso al trattamento dei dati stessi.

Sul punto, la dottrina risulta sostanzialmente divisa tra coloro che vi attribuiscono natura di atto negoziale e coloro che, opponendosi a tale impostazione e qualificandolo come atto giuridico in senso stretto, vi ravvisano invece una scriminante o un atto a carattere autorizzatorio [29].

Il primo orientamento si fonda essenzialmente sulle seguenti considerazioni: se il dato personale ha (anche) natura patrimoniale e costituisce quindi un vero e proprio bene giuridico scambiabile sul mercato e disponibile da parte del soggetto titolare dello stesso [30], la cessione del diritto al trattamento dei dati deve essere ricondotta nell'ambito del diritto delle obbligazioni e dei contratti [31]. In altri termini, il consenso al trattamento deve quali-

---

[27] Articolo 29 Gruppo di Lavoro per la Protezione dei Dati Personali, Parere n. 4/2007 sul concetto di dati personali, 20 giugno 2007.

[28] Ad ogni modo, la possibilità di considerare il profilo alla stregua di un dato personale non è invero pacifica. Sul punto, vedasi in particolare WACHTER, MITTELSTADT, *A Right yo Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI*, in *Columbia Business Law Review*, 2019, 22.

[29] Vedasi, tra gli altri contributi in cui viene affrontato il tema, oltre a quelli che verranno nel prosieguo citati, ASTONE, *L'accesso dei minori d'età ai servizi della c.d. Società dell'informazione: l'art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul Codice per la protezione dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2019, 626 ss.; CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, 82 ss.; NADDEO, *op. cit.*, 27 ss.

[30] Cfr. ZENO ZENCOVICH, *"Cosa"* (voce), in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1987, 438.

[31] Così RICCIUTO, *op. cit.*, *passim*; OPPO, *"Trattamento" dei dati personali e consenso dell'interessato*,



ficarsi come un vero e proprio atto di disposizione compiuto da un soggetto – l'interessato dal trattamento – su di un bene – i dati personali – facente parte del proprio patrimonio. Secondo i sostenitori di tale impostazione, inoltre, la natura negoziale del consenso non sarebbe smentita dalla previsione di cui all'art. 7, par. 3, GDPR che attribuisce al soggetto che ha disposto dei suoi dati il potere di revocare il consenso medesimo ponendo fine al trattamento. Tale norma si spiegherebbe, infatti, in considerazione della peculiare (doppia) natura del bene oggetto di disposizione, il quale, pur presentando – con le conseguenze ora viste in termini di inquadramento dogmatico – carattere patrimoniale, non smetterebbe, per il sol fatto di essere stato "ceduto", di essere anche attributo della persona. Di qui, la previsione di una norma quale quella richiamata che, seppur all'apparenza poco coerente con una ricostruzione del fenomeno in termini contrattuali, si giustifica in quanto riconducibile a non rinunciabili esigenze di tutela della persona in considerazione, appunto, della natura (anche) personale del bene oggetto di atto dispositivo. Una vicenda, dunque, senza dubbio contrattuale in considerazione della patrimonialità del dato personale e dello spostamento di ricchezza che attraverso la sua cessione si realizza, e tuttavia "temperata" da speciali regole che tengono in conto e tutelano la dimensione personale e non patrimoniale del dato medesimo.

Come anticipato, secondo una diversa ricostruzione, il consenso al trattamento dei dati personali deve, all'opposto, qualificarsi come atto giuridico in senso stretto. Tra i sostenitori di tale posizione, inoltre, si può ulteriormente distinguere tra coloro che vi ravvisano una scriminante e coloro che invece qualificano il consenso alla stregua di un atto meramente autorizzatorio.

Il primo orientamento si fonda sulla premessa secondo la quale il trattamento di dati personali, in quanto attività lesiva di attributi della persona, è da considerarsi attività in sé antigiuridica: la manifestazione di volontà dell'interessato, riconducibile alla scriminante del consenso dell'avente diritto di cui all'art. 50 c.p., avrebbe così la funzione di escludere l'illiceità della condotta di trattamento [32]. Un autore [33], in particolare, fonda tale

---

in ID., *Scritti giuridici*, VI, Principi e problemi del diritto privato, Padova, 2000, 113; CUFFARO, *A proposito del ruolo del consenso*, in CUFFARO, RICCIUTO, ZENO ZENCOVICH, *op. cit*., 121; ZENO ZENCOVICH., *Una lettura comparatistica della L. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, in CUFFARO, RICCIUTO, ZENO ZENCOVICH, *op. cit*., 168; CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, in *Danno e resp*., 1998, 619.

[32] Così PATTI, *Commento all'art. 23*, in *La protezione dei dati personali. Commentario al D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 ("Codice della privacy")*, a cura di Bianca, Busnellli, Padova, 2007, 553; ID., *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 455.

[33] CAGGIANO, *op. cit*., 84-85.



impostazione sulla base di un duplice argomento di carattere letterale e sistematico. Partendo dal dato per cui le disposizioni del GDPR che individuano nel consenso dell'interessato una delle basi giuridiche del trattamento sono gli artt. 6 e 9, si osserva che, se, dall'un lato, l'art. 9 GDPR, relativo a "particolari categorie di dati", sancisce un espresso divieto di trattamento (e dunque il consenso può facilmente rispetto a questo configurarsi quale causa di esclusione dell'antigiuridicità), dall'altro lato l'art. 6 del Regolamento individua nel consenso una "non meglio specificata *condicio iuris*" del trattamento. Ebbene, secondo tale posizione, a fronte della rilevata mancanza di specifiche indicazioni da parte del legislatore europeo circa il trattamento di dati diversi da quelli di cui all'art. 9 GDPR, esigenze di carattere sistematico impongono una ricostruzione del consenso in chiave unitaria: e dunque, alla luce dell'indicazione ricavabile dalla lettera del citato art. 9 GDPR e considerata inoltre la funzione che il consenso svolge anche in diversi ambiti (come nel caso di consenso ad un trattamento terapeutico), si giunge alla conclusione per cui anche il consenso di cui all'art. 6 GDPR deve essere qualificato alla stregua di una scriminante.

Quanto al secondo orientamento che pure nega al consenso natura negoziale, il presupposto su cui esso si fonda è antitetico rispetto a quello appena illustrato: il trattamento di dati personali, lungi dal costituire attività di per sé illecita, integrerebbe, all'opposto, attività di per sé riconosciuta dall'ordinamento come lecita (seppure al ricorrere di determinate condizioni) [34]. Più in particolare, l'ordinamento giuridico non vieterebbe affatto la circolazione dei dati personali, approntando una disciplina tesa invece ad esaltarne la libera circolazione. Nel quadro della disciplina europea, inoltre si osserva, il consenso al trattamento non costituisce altro che una delle diverse basi giuridiche su cui il trattamento stesso si può legittimamente fondare *ex* art. 6 GDPR. Il potere del titolare del trattamento di determinare mezzi e finalità di questo, in altri termini, non discenderebbe in via derivativa dal consenso dell'interessato, bensì gli sarebbe in via autonoma riconosciuto dall'ordinamento al ricorrere di una serie alternativa di circostanze (quelle appunto indicate dall'art. 6 GDPR), tra le quali il consenso dell'interessato. Di qui, il diritto a

[34] Per le considerazioni che seguono, vedasi, su tutti, BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. e impr.*, 2019, 34; ID., *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018, *passim* e, in particolare, 107 ss. Riconducono il consenso al trattamento ad un atto autorizzatorio anche, tra gli altri, RICCIO, *Sub artt. 23-27*, in *La nuova disciplina della privacy. Commento al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, diretto da Sica, Stanzione, Bologna, 2004, 98 e MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 35.



trattare dati personali viene ricostruito (quasi alla stregua di un interesse legittimo pretensivo) nei termini di una situazione giuridica soggettiva "in aspettativa" – se così si può dire – o in attesa di espansione: al sussistere di una delle condizioni di cui al citato art. 6 GDPR, tale diritto autonomo, ma "sospeso", di trattare dati personali, espandendosi, passerebbe così, in termini aristotelici, dalla potenza all'atto. Secondo tale ricostruzione, le c.d. condizioni di liceità previste dal Regolamento europeo, tra le quali figura anche il consenso dell'interessato, andrebbero così a rimuovere un ostacolo all'esercizio di una preesistente situazione soggettiva attiva facente capo al titolare del trattamento. Ricostruito il fenomeno in questi termini, il consenso acquisterebbe pertanto natura "autorizzatoria di tipo integrativo e non costitutivo"[35], riferendosi ad una situazione preesistente e rispetto alla quale svolgerebbe una funzione, appunto, integrativa andando, come visto, a rimuovere un ostacolo o un limite ad un potere che l'ordinamento già riconosce al titolare del trattamento. Si spiegherebbe così pertanto anche il senso della disposizione di cui all'art. 7, par. 3, GDPR: nel momento in cui l'interessato revoca il suo consenso, egli altro non farebbe se non ricostituire quel limite o ostacolo che aveva precedentemente rimosso. In sintesi, non si tratta di un diritto in capo all'interessato che viene negozialmente ceduto al titolare del trattamento, bensì di un diritto in capo al titolare del trattamento il cui esercizio, integrante un'attività di per sé lecita, viene autorizzato dall'interessato.

Rinviando a poco più avanti l'esposizione delle ragioni per cui si ritiene preferibile aderire alla ricostruzione che vede nel consenso un atto di natura negoziale (specialmente – ma non soltanto – laddove si tratti, come nel caso di cui al presente contributo, di un consenso prestato a fronte ed in ragione di una controprestazione), si ritiene opportuno spendere qualche parola in merito all'orientamento da ultimo presentato. Il motivo per cui tale posizione, per quanto argomentata ed autorevole, non convince del tutto si può riassumere come segue. Secondo il dato letterale di cui all'art. 6 GDPR, "il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni […]": da tale indicazione sembrerebbe potersi ricavare in modo piuttosto lineare che la situazione soggettiva attiva consistente nel diritto a trattare dati personali esiste solo in tanto in quanto ricorre, come elemento costitutivo della fattispecie, almeno una delle condizioni indicate dalla disposizione citata; al contrario, in assenza di queste, l'attività di trattamento deve senz'altro considerarsi priva di fondamento e illecita. In sintesi e, forse, ba-

[35] BRAVO, *op. cit*., 42, ove si richiama la distinzione tra autorizzazione integrativa e costitutiva operata da AURICCHIO, "*Autorizzazione*" (voce), in *Enc. dir*., IV, Milano, 1959, 502.



nalmente, non si vede perché si debba configurare l'esistenza di un diritto "in attesa di espansione", il cui esercizio, ovvero, attenderebbe la rimozione di un ostacolo, se la lettera della disposizione sembra invece assumere che tale diritto possa dirsi esistente solo se ed in quanto sussiste una delle identificate condizioni di liceità, in assenza delle quali, si ribadisce, l'attività di trattamento, lungi dall'essere considerabile "di per sé" come lecita, sarebbe, all'opposto, illecita: per questa via, parrebbe dunque preferibile, tra le due tesi a sostengo della natura non negoziale del consenso, quella che ricostruisce le condizioni di liceità *ex* art. 6 GDPR alla stregua di scriminanti la cui funzione è quella di eliminare una situazione che diversamente sarebbe antigiuridica.

Ora, ricostruite le principali posizioni della dottrina sul tema, è opportuno tornare a considerare la sentenza da cui il presente contributo ha preso le mosse.

Ebbene, se, a prima vista, quanto affermato dal Tar circa la possibilità che i dati personali costituiscano oggetto di una vera e propria controprestazione potrebbe portare a vedere confermata l'impostazione di chi ricostruisce in termini negoziali il consenso al trattamento, occorre tuttavia notare che una simile automatica conclusione sarebbe invero piuttosto affrettata, oltre che poco argomentata. Sul punto, infatti, la sentenza non offre per vero, come già anticipato, sufficienti e decisive indicazioni, prestandosi quanto in essa statuito ad essere ricostruito secondo un duplice schema.

Più in particolare, la fattispecie rappresentata dal Tar potrebbe, alternativamente, essere così ravvisata: a) il soggetto interessato presta un consenso negoziale alla conclusione di un contratto nel cui oggetto viene dedotto, in funzione di scambio, il consenso autorizzatorio al trattamento dei dati personali; b) il soggetto interessato presta un unico consenso negoziale alla conclusione di un contratto con il quale, in cambio di un servizio digitale, conferisce alla controparte un diritto di sfruttamento dei dati personali.

Iniziando con l'analisi dell'ipotesi *sub* a), si sostiene che il consenso al trattamento dei dati non perderebbe, per il sol fatto di essere "contrattualizzato", la sua natura autorizzatoria: la "rimozione del limite" all'esercizio del diritto facente capo al titolare del trattamento potrebbe infatti bene essere dedotta in contratto in funzione di scambio rispetto ad una controprestazione. Nell'accordo di natura contrattuale – fondato, naturalmente, su di un consenso negoziale – si verrebbe così "ad inserire" l'atto autorizzatorio, senza che il primo possa di per sé dirsi sostituire e inglobare quest'ultimo. I due consensi, autonomi e di diversa natura, ben possono così convivere essendo tra loro "funzionalmente collegati"[36]. La patrimonialità del dato personale e la sua deducibilità in con-

[36] Così, BRAVO, *op. ult. cit.*, 45.



tratto, dunque, non sarebbero affatto in conflitto con una ricostruzione in termini non negoziali del consenso, né la struttura contrattuale dell'operazione complessiva determinerebbe di necessità la sua natura negoziale [37]. Pertanto, come osserva in particolare un autore, il consenso dell'interessato al trattamento partecipa al contratto "in funzione conformativa dell'oggetto" [38]: quel consenso che, infatti, tra gli altri requisiti, deve necessariamente essere informato e specifico circa le finalità del trattamento (cfr. art. 6, par. 1, lett. a) GDPR), determina in ultima analisi (e proprio in virtù di tali caratteristiche) l'oggetto del contratto [39].

Secondo i sostenitori di tale posizione, l'autonomia del consenso al trattamento dei dati rispetto al consenso negoziale relativo alla conclusione del contratto sarebbe, peraltro, ricavabile testualmente da almeno due disposizioni e, segnatamente, dagli artt. 8, par. 3, e 7, par. 2, GDPR. Circa la prima, si osserva che, dopo avere disposto al paragrafo 1 la possibilità per il minore che abbia compiuto i 16 anni di esprimere validamente il consenso al trattamento dei propri dati quando si tratti di offerta diretta di servizi della società dell'informazione, il paragrafo terzo statuisce che tale citata norma "non pregiudica le disposizioni generali del diritto dei contratti degli Stati membri, quali le norme sulla validità, la formazione o l'efficacia di un contratto rispetto a un minore": facendo salva la disciplina relativa alla validità ed efficacia del contratto, la disposizione in parola distingue così, all'evidenza, i due profili relativi, da un lato, alla manifestazione del consenso al trattamento e, dall'altro, alla manifestazione di volontà negoziale [40]. Circa la seconda disposizione richiamata, essa invece statuisce che "se il consenso dell'interessato 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 materie […]": in altri termini, la manifestazione del consenso al trattamento dove intendersi come "altra" e perciò essere distinta rispetto alle ulteriori manifestazioni di volontà relative

[37] Cfr. anche DE FRANCESCHI, *op. cit*., 1385-1386, il quale, nel sostenere la negoziabilità dei dati personali alla luce della loro suscettibilità di valutazione economica, afferma così (senza mai mettere in dubbio la natura autorizzatoria del consenso al loro trattamento e prendendola, anzi, per postulata) che, all'interno di un accordo contrattuale, la fornitura dei dati e il consenso assurgono a controprestazione entrando nell'oggetto del contratto.

[38] SENIGAGLIA, *op. cit.*, 770.

[39] *Ibidem*. L'autore, di qui, trae i due corollari per cui, in primo luogo, non potrebbe in tale contesto operare la regola della determinabilità dell'oggetto, ma solo quella della sua necessaria determinatezza e per cui, in secondo luogo, la sua mancanza o il suo difetto di specificità comporterebbero la nullità del contratto *ex* art. 1418, co. 2, c.c.

[40] Cfr. anche CAMARDI, *Minore e privacy nel contesto delle relazioni familiari,* in SENIGAGLIA (a cura di), *op. cit*., 124.



alla medesima operazione [41]. Da tale indicazione, la fattispecie contrattuale che si sta esaminando è stata così acutamente ricostruita nei termini di un "atto oggettivamente complesso, rispetto al quale «la complessità nasce non da una pluralità di volontà di distinti soggetti, ma da una pluralità di volontà di uno stesso soggetto, volontà che, differenziandosi tra loro per il contenuto, si esteriorizzano in un unico atto»" [42].

Si consideri ora l'ipotesi *sub* b), la quale, lo si anticipa, per le ragioni che verranno esposte, pare preferibile. Ebbene, a sostegno della tesi che configura il consenso al trattamento alla stregua di un atto di natura negoziale e che vede quindi nel contratto in parola la prestazione di un unico consenso di tale natura, possono invocarsi due argomenti di carattere letterale e un argomento di carattere dogmatico.

Circa i primi due, essi invero si fondano sulle medesime disposizioni di cui agli artt. 8, par. 3, e 7, par. 2, GDPR già sopra richiamate a sostegno della tesi opposta. In merito all'art. 8, par. 3, è stato, infatti, osservato che se il consenso del minore non avesse carattere negoziale, non vi sarebbe alcun bisogno di una disposizione che faccia salva la disciplina generale sulla efficacia e validità del contratto prevista dagli ordinamenti nazionali (che precludono la possibilità per il minore di compiere validamente atti negoziali). Al contrario, proprio il fatto che tale disposizione si preoccupi di specificare che restano impregiudicate le disposizioni generali del diritto dei contratti induce a ritenere che, nel consentire al soggetto (almeno) sedicenne di prestare il proprio consenso al trattamento dei dati a fronte di un'offerta di servizi della società dell'informazione, il Regolamento europeo abbia voluto prevedere una speciale ipotesi di capacità d'agire e abbia dunque inteso che l'operatività di tale consenso sia esattamente da collocare sul piano del diritto dei contratti [43]. In merito invece all'art. 7, par. 2, si ritiene di dover evidenziare che esso disciplina l'ipotesi di un consenso prestato "nel contesto di una dichiarazione che riguarda anche altre questioni": a veder bene, la fattispecie di cui ci si sta occupando – un contratto di scambio tra la fornitura di un servizio digitale da un lato e la possibilità di utilizzazione economica di dati personali dall'altro – non pare, per la verità, corrispondere alla fattispecie descritta dalla citata disposizione. Mentre, infatti, in quest'ultima sono presenti "più questioni", tra le quali il consenso al trattamento dei dati, nell'ipotesi di cui alla sentenza in esame la questione è unica ed è, appunto, lo scambio di cui si è detto. In altri termini, un conto sarebbe se, nell'ambito di un contratto di scambio tra due prestazioni,

---

[41] SENIGAGLIA, *op. cit.*, 773-774.

[42] *Ibidem*, ove, in nota, si richiama LUCIFREDI, "*Atti complessi*" (voce), in *Noviss. dig. It.*, I, t. 2, Torino, 1957, 1503.

[43] Per tale ricostruzione, vedasi RICCIUTO, *op. cit.*, 55-56.



in via ulteriore ed accessoria fosse *anche* richiesto di prestare un consenso al trattamento dei dati (si pensi al caso di accesso ad un servizio a pagamento per cui sia richiesta, a parte, la prestazione del consenso al fine dell'invio di materiale pubblicitario); ma ben diverso è il caso – quale è quello in esame – se il diritto al trattamento dei dati, lungi dall'essere "accessorio", costituisce invece proprio la prestazione in ragione della quale esiste l'altra. Nel primo caso, la manifestazione del consenso al trattamento può essere concepita come "altra" e in quanto tale tenuta distinta rispetto ad ulteriori manifestazioni di volontà; nel secondo caso, ben può invece ravvisarsi un'unica manifestazione di volontà: quella diretta allo scambio "dati contro fornitura di un servizio".

Ora, se l'argomento appena esposto può, forse, dimostrare l'esistenza di un unico consenso negoziale, occorre tuttavia sottolineare che la sua efficacia dimostrativa è, come detto, a ben vedere riferibile alle sole ipotesi di cui si sta trattando, ovvero quelle fattispecie in cui si ha un contratto di scambio in cui la cessione di un diritto di utilizzazione economica di dati personali costituisce una delle prestazioni che vengono, appunto, scambiate.

A sostegno invece di una "generale" qualificazione del consenso al trattamento dei dati in termini negoziali si ritiene invocabile un argomento di carattere prettamente dogmatico.

Occorre prendere le mosse dalla nota distinzione operata dalla dottrina tra atto giuridico in senso stretto e negozio giuridico. Secondo la tradizionale manualistica [44], la precipua differenza tra le due nozioni risiede nel ruolo che deve essere attribuito alla volontà del soggetto che pone in essere l'atto: mentre nel caso di atto giuridico in senso stretto la volontà viene in considerazione quale mero presupposto, essendo le conseguenze dello stesso già predeterminate dall'ordinamento senza che la medesima volontà del soggetto rilevi ai fini degli effetti giuridici che ne discendono, nel caso del negozio giuridico, all'opposto, la volontà di chi lo pone in essere è volta non soltanto al compimento dell'atto, ma anche alla determinazione dei suoi effetti giuridici, per cui le modificazioni delle situazioni giuridiche soggettive che ne discendono devono direttamente ricollegarsi a quest'ultima [45].

---

[44] Vedasi, tra gli altri, TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2017, 90; TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 206.

[45] Per evidenti ragioni, non può in questa sede trovare spazio l'approfondimento della nota diatriba che ha visto contrapposte le c.d. tesi soggettive ed oggettive sulla figura del negozio giuridico, secondo le quali – rispettivamente – gli effetti del negozio devono direttamente ricondursi alla volontà del soggetto ovvero all'ordinamento giuridico. In proposito, per una completa ricostruzione del tema, vedasi, su tutti, FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004.



Ebbene, se, come già sopra ricordato, il consenso al trattamento che esprime l'interessato deve essere informato e specifico, ciò significa che gli effetti giuridici che ne derivano – il trattamento è lecito solo per quelle determinate finalità e non per altre – sono invero direttamente ricollegabili alla volontà del soggetto che presta il consenso stesso. Benché le finalità del trattamento siano unilateralmente predeterminate dal titolare del medesimo e benché, dunque, l'interessato non abbia alcun ruolo nella determinazione di queste (non potendo fare altro che aderire o non aderire ad un regolamento di interessi già predisposto), ciò non toglie che, al pari di quanto si direbbe per ogni altro contratto "per adesione", è soltanto in virtù della sua manifestazione di volontà che quegli specifici effetti giuridici si producono. L'atto di prestazione del consenso non rileva, in altri termini, quale atto "meramente volontario", ovvero quale "semplice" manifestazione di volontà, essendovi ravvisabile una volontà ulteriore: la volontà degli effetti giuridici che ne derivano, ovvero che il trattamento dei dati cui si acconsente sia lecito solo se e fintanto che si svolga per quelle individuate e specifiche finalità e non per altre. Mentre nel caso delle condizioni di liceità diverse dal consenso è invero configurabile in capo al titolare del trattamento un potere (o persino un dovere) di trattare dati personali per finalità predeterminate dall'ordinamento e rispetto alle quali un consenso non risulta necessario, nel caso della condizione di liceità costituita dal consenso l'interessato invece esprime una volontà che è precisamente diretta a rendere lecito un trattamento di dati personali per finalità specifiche e determinate dal titolare e a cui egli, appunto, aderisce manifestando la sua volontà in tal senso.

In conclusione, si ritiene di potere affermare che il consenso al trattamento dei dati personali ha carattere negoziale non tanto o non solo in considerazione del fatto che, alla luce della natura (anche) patrimoniale dei dati, il soggetto interessato ne possa disporre "cedendoli" (eventualmente) a fronte di una controprestazione, quanto piuttosto in considerazione del fatto che, nel rendere lecito il trattamento stesso, egli manifesta una volontà che si caratterizza per essere rivolta alla determinazione di quegli specifici effetti che, pur predeterminati dal titolare, si possono realizzare solo in tanto in quanto sia egli stesso, appunto, ad approvarli esprimendo il suo consenso, (eventualmente anche) in cambio di una controprestazione.

The article carries out some reflections arising from the analysis of an innovative ruling of Tar Lazio (judgment n. 260 of 10 January 2020) in the matter of "social network contract". The ruling sets an original precedent insofar as it qualifies the consent to the processing of personal data given for access to a social network service as the consider-



ation of the contract. Having reported the case from which the sentence originated and the essential logical-argumentative passages of the ruling, attention will be focused on the debated issue of the legal nature of consent to the processing of personal data. After observing that the ruling does not expressly take a position on the point, it will be illustrated the arguments on the basis of which it is believed to adhere to the minority thesis which qualifies the consent to the processing of personal data as a juristic act.



TRIBUNALE DI CAGLIARI, 7 gennaio 2019, n. 2

Il consumatore ha diritto, nell'ipotesi di inadempimento dell'obbligo di conformità, al risarcimento del danno non patrimoniale laddove dimostri in giudizio il mancato raggiungimento del proprio interesse non patrimoniale da questo indicato o implicitamente e oggettivamente deducibile dalla natura del bene venduto.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

In virtù di ricorso *ex* art. 702 *bis* c.p.c. depositato in data *omissis* e di pedissequo decreto di fissazione d'udienza, Tizio ha convenuto in giudizio Caio, in particolare, esponendo:

d'aver acquistato dallo stesso Caio, titolare della ditta individuale *omissis*, un servoscala a pedana marca *omissis* provvisto di sistema di trazione ad aderenza, azionato da un motore auto frenante, di meccanismo di ribaltamento motorizzato della pedana e di doppia barra di sicurezza, con corresponsione del prezzo di euro 9.256,00, inclusa iva al 4%: sistema che avrebbe consentito ad esso ricorrente di far salire al figlio *omissis*, gravemente disabile e incapace di deambulare autonomamente, tre rampe di scale all'interno dell'abitazione;

che, poco dopo l'installazione, avvenuta il *omissis*, il macchinario presentava ripetuti difetti di funzionamento che rendevano necessari gli interventi di un tecnico e la sostituzione della scheda elettronica del servoscala;

che, in data *omissis*, dopo l'ennesimo intervento, il tecnico affermava la necessità di sostituire il motorino che azionava l'apertura delle barre di sicurezza, rinviando ad un successivo appuntamento, peraltro non seguito da ulteriori contatti;

che *Caio*, solo con nota in data *omissis*, si dichiarava disposto a eseguire l'intervento in garanzia subordinandolo, peraltro, al saldo del prezzo, di fatto avvenuto con bonifico di euro 2.056,00 dal *omissis*;

che malgrado un ulteriore intervento, il giorno *omissis*, la "*pedana si fermava nuovamente a metà della scala per il distacco dal corrimano-rotaia di guida in acciaio, di un pezzo metallico con* annessi *fili elettrici che dava luogo alla formazione di scintille e all'immediato blocco del macchinario*";



che, a seguito di comunicazioni inoltrate per conoscenza alla *omissis*, Caio, in data *omissis*, intervenuto in compagnia di un tecnico, riscontrava la necessità di sostituire il motore che azionava il meccanismo di ribaltamento della pedana senza peraltro dar seguito, malgrado l'ulteriore diffida rivoltagli il *omissis* successivo, all'impegno assunto;

Caio, nel costituirsi, pur riconoscendo d'aver effettuato ripetuti interventi sulla macchina da lui venduta all'attrice, al fine di eliminare evidenti difetti di funzionamento, ha circoscritto le vicende oggetto di possibile contrasto a quelle occorse a far data dal *omissis*.

Ha conseguentemente affermato:

che al difetto del solo motore che azionava il ribaltamento della pedana sarebbe stato possibile ovviare, effettuando tale ribaltamento manualmente e con minimo sforzo;

che l'ordine di un motore in sostituzione di quello inutilizzabile è stato evaso con notevole ritardo, poiché all'invio del pezzo da sostituire si è provveduto solo nel *omissis*;

di non aver mancato, nell'attesa di poter effettuare la sostituzione del motore, di intervenire sul meccanismo e verificare la possibilità di sblocco e ribaltamento manuale della pedana.

Ha quindi contestato la sussistenza delle condizioni della proposta domanda di risoluzione contrattuale che presuppone una peculiare gravità dell'inadempimento, tale non potendosi considerare il malfunzionamento della pedana; ha rilevato la non colpevolezza dell'asserito inadempimento, attese le difficoltà soggettive, anche da problemi di natura personale e dalla limitata entità dell'impresa, ed ha da ultimo proposto la domanda di regresso nei confronti della X S.r.l. per essere i difetti del servoscala ascrivibili a difetti di fabbricazione.

X S.r.l., ritualmente evocata in giudizio, nel costituirsi, ha contestato il fondamento della domanda ed ha assunto che i problemi dal servoscala non erano di certo da ricondurre a vizi o a difetti di costruzione ma piuttosto a problemi di montaggio e/o installazione, come tali ascrivibili esclusivamente alla ditta *omissis*.

Il procedimento, interrotto a seguito della dichiarazione di fallimento di X S.r.l., è stato riassunto dall'attrice nei confronti di Caio e dell'amministrazione del fallimento di X S.r.l.

Caio, in tale fase, ha richiamato il contenuto dei precedenti atti difensivi; l'amministrazione del fallimento ha, dal canto suo, eccepito l'improcedibilità e/o l'improponibilità delle domande svolte nei propri confronti.

La causa è stata istruita con produzioni documentali ed è stata tenuta a decisione *omissis*.



MOTIVI DELLA DECISIONE

Le vicende che hanno dato luogo alla controversia emergono con sufficiente chiarezza dall'accordo transattivo trasfuso dalle parti, per tramite dei rispettivi legali, nel verbale d'udienza del *omissis*, dal quale risultano:

l'impegno di Caio e della X S.r.l. ad effettuale le operazioni di ripristino della piena funzionalità ed efficienza del macchinario della *omissis* in data da concordare non successiva al *omissis*;

la consegna da parte di Caio al proprio legale di un assegno circolare non trasferibile intestato a Tizio dell'importo di euro 2.500,00 a garanzia del pagamento delle spese legali e dei danni da esse subiti per i fatti di cui è causa;

l'impegno della X S.r.l. di emettere in favore di Caio una nota di credito per l'importo di euro 1.250,00 entro e non oltre quindici giorni dal pagamento della *omissis* della somma di euro 2.500,00;

la rinuncia da parte di Tizio, ad avvenuto pagamento, all'azione proposta nei confronti di Caio e rinunzia da parte di quest'ultimo dell'azione nei confronti della X S.r.l.

Il fatto che l'accordo transattivo non sia stato attuato, per non avere Caio provveduto a riparare il servoscale, non priva le dichiarazioni a verbale di valore indiziario, alla stregua del noto principio secondo il quale le dichiarazioni contenenti affermazioni relative a fatti sfavorevoli al proprio rappresentato e favorevoli all'altra parte non hanno efficacia di confessione, ma possono appunto fornire elementi indiziari.

È del resto appena il caso di sottolineare come, nella comparsa di costituzione, lo stesso convenuto abbia riconosciuto l'esistenza di un malfunzionamento del motore che azionava il meccanismo di ribaltamento della pedana, sia pure assumendo che a tale inconveniente avrebbe potuto ovviarsi manualmente e con minimo sforzo.

E appunto in ragione di ciò, lo stesso Caio ha contestato la sussistenza dei requisiti per una risoluzione del contratto, avendo questa come presupposto una peculiare gravità dell'inadempimento o comunque, alla stregua di quanto previsto dall'art. 130 del cod. cons., una non lieve entità del difetto.

Sarebbe risolutivo il fatto che l'attrice, con la prima memoria *ex* art. 183, comma VI, c.p.c. abbia denunciato la totale inutilizzabilità del servoscala, per aver cessato di funzionare il meccanismo di salita/discesa, e che tale fatto non sia stato oggetto di contestazione: costituisce infatti principio pacifico quello secondo il quale i fatti sopravvenuti, qualora incidano sulle condizioni dell'azione, debbono essere presi in considerazione dal giudice al momento della decisione.

Alla luce di quanto disposto dall'art. 130 cod. cons. hanno comunque valore conclu-



dente sia gli inconvenienti derivati dal malfunzionamento del macchinario, tenendo conto della natura del bene e dello scopo per il quale l'acquisto era stato effettuato, sia il fatto che il venditore non abbia provveduto in modo risolutivo alle riparazioni o alle sostituzioni entro congruo termine.

Ed infatti, in un bene destinato all'abbattimento delle barriere architettoniche, e destinato a sopperire alle gravi deficienze deambulatorie di un minore, il meccanismo di risalita e il funzionamento delle pedane sono sicuramente qualità normali, anzi essenziali; ed ai sensi dell'art. 129 cod. cons. non sono conformi al contratto sia i beni non idonei all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo (art. 129, comma 2, lett. a) sia i beni che non presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene.

Il convenuto, per il vero, non ha mancato di addurre a propria giustificazione sia il fatto che l'ordine fu inoltrato alla X S.r.l. con notevole ritardo, e il pezzo da sostituire fu evaso solo nel periodo *omissis*, sia i seri problemi di salute che avrebbero condizionato pesantemente la propria attività lavorativa, con conseguente "sostanziale sospensione dell'impresa".

Peraltro, la X S.r.l. ha decisamente smentito l'assunto di un ritardo nell'invio del pezzo, documentandone la spedizione con DDT del *omissis* e il recapito il successivo *omissis*; e non vi è prova che i periodi di degenza abbiano impedito a Caio di effettuare in maniera adeguata le riparazioni cui era tenuto e si era comunque impegnato ad eseguire; non vi è prova che egli abbia assunto i relativi impegni nella consapevolezza, in base alla comune esperienza, di poter fare fronte ad essi, né infine vi è prova che gli interventi da effettuare non avrebbero potuto essere curati dal personale addetto all'impresa, la cui esistenza è comprovata dalla visura camerale agli atti di causa.

Ed infatti, se per un verso l'impossibilità della prestazione derivante da una causa non imputabile al debitore – che, ai sensi dell'art. 1218 c.c., esclude la responsabilità del debitore stesso per inadempimento – non si identifica con una semplice maggiore difficoltà di adempiere ma con una assoluta impossibilità, oggettiva e soggettiva, il cui accertamento è riservato al giudice del merito, per altro verso il contraente ha l'onere di controllare la propria attitudine all'adempimento delle obbligazioni assunte: ne consegue che egli è senz'altro in colpa ove contragga, senza avere la consapevolezza, in base alla comune diligenza, di poter mantenere gli impegni assunti e può invocare l'esonero da responsabilità solo per quei fatti che non erano superabili o non erano prevedibili.

Sono quindi meritevoli di accoglimento le domande di risoluzione del contratto stipulato con Caio, avente per oggetto la compravendita del macchinario servoscala a pedana



mod. *omissis* e di conseguente condanna dello stesso Caio alla restituzione del prezzo versato pari a euro 9.256,00, iva inclusa, oltre gli interessi legali dal pagamento fino alla effettiva restituzione.

In ordine alla domanda diretta a conseguire il risarcimento dei danni, quantificati nella somma di euro 5.000, derivati all'attrice dal mancato adempimento all'obbligo di riparazione/sostituzione del macchinario difettoso, si osserva che è sicuramente vero che l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali, ovvero quando l'inadempimento abbia leso in modo grave un diritto della persona tutelato dalla Costituzione, pur diverso dall'integrità psicofisica.

In concreto, se può ritenersi provato che un non corretto funzionamento di un servoscala è lesivo del diritto di proprietà ed è indubbio che costituisce fonte di disagio, secondo l'*id quod plerumque accidit*, soprattutto per quanti, in ragione della età o di specifiche patologie, non possano fare affidamento sulle proprie forze fisiche per salire (o scendere) a piedi le scale, ciò non appare sufficiente per riconoscere *a priori* l'esistenza di un vero e proprio "danno esistenziale".

Sebbene, infatti, sia ormai acquisito il riconoscimento del danno non patrimoniale, inteso come danno conseguente alla lesione di valori inerenti alla persona e non solo come "danno morale soggettivo", occorre pur sempre la prova che il mal funzionamento del servoscala abbia effettivamente pregiudicato la salute dell'attrice, o comunque la sua vita sociale: il che non risulta.

…*Omissis*

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, disattesa ogni diversa domanda ed eccezione:

dichiara, per le ragioni di cui in parte motiva, la risoluzione del contratto stipulato da Tizio con Caio, avente per oggetto la compravendita del macchinario servoscala a pedana mod. *omissis*;

per l'effetto, condanna lo stesso Caio a restituire a Tizio il prezzo versato pari a euro 9.256,00, iva inclusa, oltre gli interessi legali dal pagamento fino alla effettiva restituzione;

rigetta la domanda di risarcimento dei danni proposta dall'attore;

…*Omissis*.

JUS CIVILE



RICCARDO LAZZARDI

Dottore in Giurisprudenza – Università di Cagliari

BREVI CENNI IN MATERIA DI RISARCIMENTO DEI DANNI NELLA VENDITA DEI BENI DI CONSUMO

SOMMARIO: *1. Il caso deciso. – 2. Il contenuto del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 cod. civ. alla luce delle quattro 'sentenze gemelle' delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008. – 3. Il problema del risarcimento nella vendita dei beni di consumo. – 4. La soluzione del Tribunale.*

1. – Al fine di poter effettuare alcune considerazioni sulla decisione del Tribunale di Cagliari in relazione alla domanda di risarcimento dei danni non patrimoniali derivati dai vizi della cosa, appare opportuno analizzare, in via preliminare, il caso di specie.

In forza di contratto di compravendita Caio aveva acquistato un servoscala a pedana al fine di consentire al figlio dodicenne, gravemente disabile, di salire le rampe di scale fino al piano dell'abitazione.

Successivamente al montaggio ed all'installazione, il macchinario aveva presentato ripetuti difetti di funzionamento, i quali avevano reso necessario un intervento da parte di un tecnico.

Pur con l'intervento del tecnico, tuttavia, «la pedana si fermava nuovamente a metà della scala per il distacco dal corrimano-rotaia di guida in acciaio, di un pezzo metallico con annessi fili elettrici che dava luogo alla formazione di scintille e all'immediato blocco del macchinario».

Tizio aveva quindi domandato la risoluzione del contratto, la restituzione del prezzo versato ed il risarcimento del danno in conseguenza del mancato adempimento all'obbligo di riparazione e sostituzione del macchinario difettoso.

Si deve rilevare che, durante il giudizio, Tizio aveva stipulato con Caio e con la X S.r.l. una transazione [1] in base alla quale il convenuto e la X S.r.l. si erano impegnati al

[1] Sull'istituto della transazione in genere vd., senza pretesa di esaustività, E. VALSECCHI, *Transazione e*



fine di effettuare le operazioni di ripristino della piena funzionalità ed efficienza del macchinario. Il convenuto si era impegnato a consegnare al proprio legale un assegno circolare non trasferibile intestato a Tizio dell'importo di euro 2.500,00 a garanzia del pagamento delle spese legali e dei danni da esso subiti, la X S.r.l. si era impegnata a emettere in favore di Caio una nota di credito per l'importo di euro 1.250,00 entro e non oltre quindici giorni dal pagamento in favore di Tizio della somma di euro 2.500,00. L'attore, ad avvenuto pagamento, si era impegnato a rinunciare all'azione proposta nei confronti di Caio e quest'ultimo si era impegnato a rinunciare all'azione nei confronti della X S.r.l.

Tale accordo transattivo non era stato attuato poiché Caio non aveva provveduto a riparare il servoscala.

Caio, al momento della costituzione, oltre alla contestazione avverso la sussistenza delle condizioni per la domanda di risoluzione contrattuale e rilevata la non colpevolezza dell'asserito inadempimento, aveva proposto domanda di regresso contro la X S.r.l.

Di converso, la X S.r.l. aveva contestato il fondamento della domanda di regresso asserendo come i vizi fossero riconducibili a problemi di montaggio e, pertanto, ascrivibili alla ditta di Caio.

Orbene, si può immediatamente osservare come Tizio abbia dimostrato in giudizio sia la totale inutilizzabilità del servoscala sia il fatto che il venditore non abbia provveduto in modo risolutivo alle riparazioni o alle sostituzioni entro un congruo termine.

Al contrario, la giustificazione di Caio tesa a dimostrare sia il ritardo dell'ordine da parte della X S.r.l. – smentito dalla società in corso di causa – sia i problemi di salute che

---

negozio d'accertamento, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 181 ss.; ID., *Transazione, trascrizione e diritti dei terzi*, in *Riv. Dir. comm.*, 1948, I, 413 ss.; S. PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Comm. cod. civ.* diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro delle obbligazioni*, II, Firenze, 1949, 448 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1956, 97 ss.; ID., *Nozione della transazione*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 287 ss.; R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, 383 ss.; E. MINERVINI, *Transazione e cessazione della comunione*, in *Riv. Dir. comm.*, 1987, II, 45 ss.; ID., *Della transazione*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*[2] a cura di P. Perlingieri, Libro IV, *Delle obbligazioni*, t. 2, Bologna-Napoli, 1991, 1607 ss.; ID., *La conciliazione amministrata delle camere di commercio*, in *I contratti di composizione delle liti*, I, a cura di E. Gabrielli e F.P. Luiso, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2005, 242 ss.; G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, *passim*; ID., La *transazione*, in *I contratti di composizione delle liti*, I, a cura di E. Gabrielli e F.P. Luiso, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2005, 69 ss.; S. MONTICELLI, *Patologia del contratto e negoziazioni compositive della lite*, in *Studi in onore di Ugo Majello* a cura di M. Comporti e S. Monticelli, II, Napoli, 2005, 235 ss. Sulla natura del contratto della transazione cfr. in particolare E. MINERVINI, *Delle obbligazioni*, cit., 1612 ss.



avrebbero pregiudicato la propria attività lavorativa, non è risultata per il giudice sufficiente a provare la mancanza di colpa.

Infine, con riferimento alla domanda diretta a conseguire il risarcimento dei danni non patrimoniali derivati all'attrice dal mancato adempimento all'obbligo di riparazione/sostituzione, Tizio non è riuscito a dimostrare come il malfunzionamento del servoscala abbia effettivamente pregiudicato la salute del figlio dodicenne dell'attore.

2. – Nell'affrontare la complessa questione della risarcibilità dei danni non patrimoniali legati all'inadempimento della obbligazione derivante dalla vendita dei beni di consumo, risulta opportuno soffermarsi, più in generale, sull'evoluzione della nozione di danno non patrimoniale e della sua risarcibilità in caso di inadempimento. Invero, com'è noto, sino a poco più di un decennio fa non era affatto chiaro se dall'inadempimento contrattuale potessero derivare pregiudizi non patrimoniali.

In tale direzione, nodali si sono rivelati i principi espressi dalla Corte di Cassazione, dapprima con le due 'sentenze gemelle' del 31 maggio 2003, che, considerata la previsione dell'art. 1174 cod. civ. secondo cui nell'ambito delle obbligazioni contrattuali possono assumere rilevanza gli interessi di natura non patrimoniale, hanno sancito il superamento dei tradizionali limiti di cui all'art. 2059 cod. civ., e successivamente con le quattro sentenze a Sezioni Unite dell'11 novembre 2008, con cui è stata chiarita la lettura costituzionalmente orientata di quest'ultimo articolo [2].

[2] Il danno alla sfera non patrimoniale ha da sempre presentato diverse questioni e problematiche. Nel vecchio codice civile del 1865 mancava una norma speculare all'art. 2059 cod. civ. Fino agli inizi del Novecento, essendo mancante una norma che limitasse la risarcibilità del danno non patrimoniale alle sole ipotesi previste dalla legge, si considerava riparabile anche il danno non patrimoniale comprensivo della lesione della salute e dell'integrità morale. In seguito, le S.U. della Corte di Cassazione (cfr. sent., 20 ottobre 1924, in *Giur. it.*, 1924, I, 1, p. 952) sancirono la limitazione della risarcibilità del danno morale 'puro' ai casi previsti dalla legge. Nel 1930, con l'entrata in vigore del Codice Rocco, all'art. 185 cod. pen., venne sancita la risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti da qualunque reato. L'art. 2059 cod. civ. entrò in vigore con la promulgazione del codice civile nel 1942, disponendo la previsione del danno non patrimoniale «… solo nei casi determinati dalla legge»: casi che si riducevano alla sola ipotesi di cui all'art. 185 cod. pen. Deve essere aggiunto, peraltro, che in questa fase la nozione di danno non patrimoniale era intesa in senso estensivo, in modo da comprendere sia il turbamento emotivo sia ogni altra offesa a beni non patrimoniali. La lettura ampia dell'art. 2059 cod. civ. aveva, tuttavia, il *deficit* di rendere il sistema risarcitorio contradditorio e iniquo. A fronte di tali problematiche, con una prima sentenza costituzionale del 1979 il Giudice delle leggi affermava la legittimità costituzionale della limitazione di cui al combinato disposto degli artt. 2059 cod. civ. e 185 cod. pen., mentre con una seconda, storica, sentenza del 1986 pronunciata dalla Corte Costituzionale il medesimo sanciva che l'art. 2059 cod. civ. in combinato disposto con l'art. 185 cod. pen. riguardava unicamente i danni morali subiettivi, travasando i pregiudizi dei diritti fondamentali



Mediante le pronunce del 2003, il cosiddetto sistema tripartito della responsabilità civile, costituito dalle figure del danno patrimoniale, danno morale e danno biologico ed esistenziale, inaugurato dalla Corte Costituzionale nel 1986, è stato stravolto [3].

I giudici di legittimità hanno difatti seguito un *iter* logico fondato sull'ampia categorizzazione del danno non patrimoniale, inclusiva di qualunque ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla persona.

Su tali presupposti è stato sancito che l'art. 2059 cod. civ., nel disporre il risarcimento

---

nella sfera operativa dell'art. 2043 cod. civ. Dal sistema così delineato emergeva di fianco al danno patrimoniale ed al danno morale (considerati danni-conseguenza) il danno biologico (ritenuto danno-evento) al quale poi si sarebbe affiancato successivamente il c.d. danno esistenziale – danno-evento slegato dalla lesione del bene salute ed esteso alla lesione di altri diritti fondamentali della persona ai sensi dell'art. 2 Cost. – distinto dal danno morale subiettivo poiché consistente non già in un 'sentire', bensì in un 'non fare'. I confini incerti della nuova figura avevano comportato la nascita di diverse posizioni che si differenziavano nell'approccio, limitato ai diritti fondamentali della persona per alcuni (c.d. approccio eventistico), aperto verso l'atipico per altri (c.d. approccio conseguenzialistico) e a metà tra i due approcci per altri ancora. Nel 2003, la Corte di Cassazione, con due sentenze, oltre a riconosce come acquisita dall'ordinamento una nozione lata di 'danno non patrimoniale', inteso come danno da lezione di valori inerenti alla persona, aveva altresì incluso nell'area del danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 cod. civ. il danno esistenziale da lesione di beni fondamentali della persona costituzionalmente tutelati ed il danno biologico. Dunque, al risarcimento del danno patrimoniale ai sensi dell'art. 2043 cod. civ. si affiancava il risarcimento del danno non patrimoniale che, con queste due pronunce, trovava protezione nel disposto di cui all'art. 2059 cod. civ. Tale orientamento è stato, infine, limato dall'ultime importanti risposte che le S.U. della Cassazione, nel 2008, hanno dato a otto quesiti posti con riferimento al nuovo assetto del danno non patrimoniale. Queste hanno chiarito che il danno non patrimoniale è una categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. La tutela risarcitoria è, allora, riconosciuta laddove il pregiudizio sia conseguenza di un interesse giuridicamente protetto, desunto dall'ordinamento vigente, il quale è costituito anche dalle convenzioni internazionali: segnatamente ai pregiudizi di tipi esistenziali, in assenza di reato, sono risarcibili purché conseguenti alla lezione di un diritto inviolabile della persona. Cfr. F. CARINGELLA-L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2018, 1483 ss.; V. TOMARCHIO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009, 3 ss.; F. GALGANO, *I fatti illeciti e gli altri fatti*, in *Trattato di diritto civile*, 2, Padova, 2009, 1039 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5. La responsabilità*[2], Milano, 2012, 189 ss.

[3] Vd. Cass., sez. III, 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Corr. giur.*, 2003, 1017 ss. Per S. RUPERTO, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, in *Libro IV Delle Obbligazioni* cura di C. Curcuruto e S. Ruperto, t. XII, Milano, 2005, 7947, con la suddetta sentenza si sarebbe affermato in modo stabile il principio secondo cui la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ. conduce la tutela al sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale, quest'ultimo comprensivo del danno biologico, del danno morale soggettivo e dei pregiudizi ulteriori, costituenti conseguenza della lesione di un interesse costituzionalmente garantito. Evidenzia, inoltre, P. RESCIGNO, in *Codice civile*[8] a cura di P. Rescigno, t. 2, in *Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2010, 4062, che la lettura costituzionalmente orientata è stata proclamata 'giusta' anche dalla Corte Costituzionale (vd. Corte Cost. 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro it.*, 2003, I, 2201). Peraltro, la nuova posizione sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità a partire dal 2003 era già stata avallata da parte della dottrina. Cfr. M. FRANZONI, *Il danno alla persona*, Milano, 1995, *passim*; A. IANNARELLI, *Il danno non patrimoniale: le fortune della doppiezza*, in P. Cendon-P. Ziviz (a cura di), *Il danno esistenziale*, Milano 2000, *passim*.



«… nei casi previsti dalla legge», non si riferisce solamente all'art. 185 cod. pen., ossia all'unica norma che prevede espressamente il risarcimento dei danni non patrimoniali laddove derivino da reato, bensì anche alle norme di rilevo costituzionale che tutelano i valori fondamentali dell'individuo.

La nuova lettura ha, dunque, posto le radici per allargare il risarcimento dei danni non patrimoniali anche ai diritti costituzionalmente rilevanti dell'individuo attraverso il ricorso all'art. 2059 cod. civ. in combinato disposto con la norma costituzionale lesa.

Il sistema della responsabilità civile è stato allora ricostruito da un lato riconoscendo il danno patrimoniale entro i limiti di cui all'art. 2043 cod. civ., dall'altro configurando la risarcibilità del danno non patrimoniale, comprensivo del danno biologico, del danno morale soggettivo e di pregiudizi diversi e ulteriori, ai sensi dell'art. 2059 cod. civ.

All'indomani delle sentenze, l'innovativa interpretazione estensiva dell'art. 2059 cod. civ. ha comportato diverse incertezze sul reale contenuto dei danni che la disposizione avrebbe potuto prevedere, nel rispetto della salvaguardia del principio di tipicità espressamente previsto.

Nel tentativo di chiarire la portata del controverso articolo, sono successivamente intervenute le note Sezioni Unite dell'11 novembre 2008 che, con quattro sentenze [4], non solo hanno completato quanto affermato dalle pronunce del 2003, ma hanno anche sancito la natura unitaria e onnicomprensiva del danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 cod. civ., in tal modo impedendo la nascita di categorie autonome ed ammettendo le diverse voci di danno non patrimoniale solamente in ottica meramente descrittiva [5].

Peraltro, per ciò che in tal sede è ritenuto di interesse, nel punto quattro dell'ordinanza di rimessione si richiedeva di verificare l'operatività del danno non patrimoniale nel campo della responsabilità tanto extracontrattuale, quanto contrattuale.

Le Sezioni Unite, sul punto, premettendo la sussistenza del principio del riconoscimento della tutela minima costituita dal risarcimento per i diritti inviolabili della persona, hanno chiarito che «… la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che

---

[4] Vd. Cass. S.U., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Guida al diritto*, 2008, f. 47, 16 ss. Come rileva V. TOMARCHIO, *Il danno*, cit., 45, la richiesta di una presa di posizione da parte delle Sezioni Unite circa la problematica dell'autonoma risarcibilità del danno esistenziale era stata sollevata dalla terza sezione della Corte di Cassazione mediante un'ordinanza interlocutoria con la quale, dopo aver percorso le tappe del contrasto tra le varie correnti giurisprudenziali, ha rivolto otto quesiti al giudice nomofilattico.

[5] Vd. V. TOMARCHIO, *Il danno*, cit., 48.



sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale» [6].

Di conseguenza, qualora dall'inadempimento derivasse oltre alla violazione di obblighi di rilevanza economica derivanti dal contratto anche la lesione di un diritto inviolabile della persona, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale [7].

Tanto rilevato, in tema di prova e di liquidazione del danno le Sezioni Unite, in opposizione alla tesi che identificava il danno con l'evento dannoso e la variante che nel caso di lesioni di valori della persona considerava il danno *in re ipsa* nell'evento verificatosi, hanno configurato la lesione di diritti inviolabili della persona come danno-conseguenza.

Quindi, con riferimento ai mezzi di prova, se per il danno biologico la normativa vigente, prevista dagli artt. 138 e 139, d.lgs. 209/2005, richiede l'accertamento medico legale, per gli altri pregiudizi non patrimoniali può farsi ricorso alla prova testimoniale, documentale e presuntiva.

Le Corte di Cassazione si è, inoltre, soffermata sul ricorso alla prova presuntiva rela-

---

[6] Cass. S.U., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, cit., 16 ss. Sulla pronuncia si è espresso in modo parzialmente critico A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un* de profundis *per il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2009, 32. L'Autore, infatti, pur essendo contrario all'esistenza di un'autonoma categoria del danno esistenziale, muove alcune critiche alla pronuncia, in particolare relativamente alla ricostruzione in termini di tipicità del danno non patrimoniale. Parzialmente critico è anche C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 5, il quale evidenzia dei profili di incoerenza sistematica sul riconoscimento della tipicità dell'ingiustizia riguardo al solo danno non patrimoniale: per l'Autore sarebbe preferibile parlare di tipicità dell'ingiustizia tanto per il danno patrimoniale, quanto per il danno non patrimoniale.

[7] La disciplina del danno non patrimoniale per lungo tempo è stata circoscritta all'ambito extracontrattuale. Tale convinzione trovava le proprie ragioni nel fatto che in passato detto risarcimento era previsto solamente laddove derivasse da reato. A partire dalle S.U. del 2008, l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ. consente di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale può essere riconosciuto il risarcimento dei danni non patrimoniali: l'integrità psicofisica e la salute, come chiarisce C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 204, possono essere valutati «… da fatti inquadrabili sia nell'illecito civile sia nell'inadempimento». Ciononostante, lo stesso Autore nota che oltre alla lesione dei diritti fondamentali il danno non patrimoniale è dovuto solo se la sua risarcibilità è prevista dal contratto o da disposizioni normative. Quindi, anche se l'obbligazione è diretta a soddisfare interessi non patrimoniali, il creditore potrebbe soddisfare solo gli interessi derivanti dai riflessi economici negativi dell'inadempimento. *Contra* vd. M. COSTANZA, in *Riv. crit. dir. priv.* 1987, 127, che ritiene, invece, l'ammissione del carattere non patrimoniale dell'interesse creditorio da parte dell'art. 1174 cod. civ. Sulla medesima posizione si segnala anche F.M. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008, 117. Sul profilo, invece, delle azioni esperibili F. CARINGELLA-L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., 1511, evidenziano come, qualora l'inadempimento determini oltre alla violazione degli obblighi di carattere economico derivanti dalla stipulazione del contratto anche la lesione di un diritto inviolabile della persona, la tutela risarcitoria potrà essere versata direttamente nell'azione di responsabilità contrattuale, senza alcun ricorso al cumulo di azioni.



tiva al pregiudizio non biologico, rilevandone il particolare rilievo, «… non trattandosi di mezzo di prova di rango inferiore agli altri …». Tuttavia, per il medesimo, è richiesta al danneggiato l'allegazione di tutti gli elementi che, nella concreta fattispecie, consentano di risalire al fatto ignoto per mezzo della serie concatenata di fatti noti [8].

3.– Chiarito il recente orientamento manifestato dalla Suprema Corte relativamente alla risarcibilità dei danni non patrimoniali derivati da inadempimento, occorre premettere brevi considerazioni circa la disciplina generale relativa alla vendita dei beni di consumo, per verificare se il medesimo possa essere ritenuto compatibile con la disciplina consumeristica [9], che si articola in un sistema costituito dalle disposizioni codicistiche di

[8] Vd. F. CARINGELLA-L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., 1515.

[9] Sulla vendita dei beni di consumo vd., nella dottrina italiana, dall'opera più recente alla meno recente, V. BARBA, *La conformità del bene venduto al contratto*, in *Contratto e responsabilità* a cura di G. Vettori, in *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, II, Padova, 2013, 1147 ss.; T. DALLA MASSARA, *La «maggior tutela» del consumatore: ovvero del coordinamento tra codice civile e codice del consumo dopo l'attuazione della direttiva 2011/83/UE*, in *Contr. impr., dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, 2016, 743 ss.; L. FOLLIERI, *I rimedi per la consegna di un bene non conforme*, in *Contratto e responsabilità* a cura di G. Vettori, in *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, I, Padova, 2013, 1197 ss.; C. PILIA, *La Direttiva 2011/83/Ue sui diritti dei consumatori*, in *Contratto e responsabilità* a cura di G. Vettori, in *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, I, Padova, 2013, 863 ss.; R. CAMPIONE, *La sostituzione del bene, quale azione di esatto adempimento, nel sistema codicistico di tutela dell'acquirente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 53 ss. M. PALADINI, *I rimedi al difetto di conformità nella vendita di beni di consumo*, in *La tutela del consumatore in Internet e nel commercio elettronico* a cura di E. Tosi, Milano, 2012, *passim*; A. LUMINOSO, *La compravendita. Corso di diritto civile*[7], Torino, 2011, 373 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*[2], cit., 919 ss.; M. FOLLIERI, voce *Compravendita e danno (dir. civ.)* a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, in *Dizionari del diritto privato* promossi da Irti, Milano, 2011, 855; E. M. LOMBARDI, *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di* consumo, Milano, 2010, 327 ss.; G. VETTORI, *Contratto e rimedi*[2], Padova, 2009; P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra normative di settore e codice del consumo*, in *Il diritto dei consumi: realtà e* prospettive a cura di G. Cavazzoni, L. Di Nella, L. Mezzasoma e F. Rizzo, Napoli, 2008, 11 ss.; C. ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di* adempimento, Milano, 2008, *passim*; R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, *II*, *Il regime delle «garanzie» delle vendite del consumo*, Napoli, 2007, 244 ss.; M. FOLLIERI, *Diritti del consumatore*, in *Codice del Consumo*, *Commentario* a cura di G. Vettori, Padova, 2007, 923 ss.; V. MANNINO, *Questioni di diritto*, Milano, 2007, *passim*; C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 397; G. DE CRISTOFARO, *Il «codice del consumo»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, XXIX, 795 ss.; M. GIROLAMI, *I criteri di conformità al contratto fra* promissio *negoziale e determinazione legislativa nel sistema dell'art. 129 del codice del consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 227 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo,* in *I contratti dei consumatori*, II, a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2005, 1051; V. MANNINO, *Le tutele*, cit., 205 ss.; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2003, *passim*; C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria dell'ordinamento italiano e nel Regno*



cui agli artt. 1470 ss. cod. civ. e dalle recenti disposizioni di cui agli artt. 128 ss. del codice del consumo [10].

Invero, la novità normativa introdotta con d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 [11] – frutto di

---

Unito, Milano, 2003, 368 ss.; R. BIN-A. LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, Padova, 2003, *passim*; G. DE CRISTOFARO, voce *Vendita (vendita di beni di consumo)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXXII, Roma, 2003, 10; G. DE NOVA, *La scelta sistematica del legislatore italiano*, in *L'acquisto dei beni di consumo. D. Lgs. 2 febbraio 2002, n.* 24, Milano, 2002, 5; A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 6 ss.; A. LUMINOSO, *Il contratto nell'Unione europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, in *Contr.*, 2002, 037 ss.; P. SCHLESINGER, *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Corriere giur.*, 2002, 561 ss.; G. AMADIO, *difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 80 ss.; C. M. BIANCA, *Consegna di* aliud pro alio *e decadenza dai rimedi per omessa denunzia nella direttiva n. 99/44/CE*, in *Contr. impr. Eur.*, 2001, 16; R. DE MATTEIS, *Il difetto di conformità e l'equilibrio contrattuale dello scambio, Contr. impr. Eur.*, 2001, 46 ss.; A.M. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 243 ss.; A. LUMINOSO, *Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita dal codice civile alla direttiva 1999/44/CE*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 861; A.M. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Renato Scognamiglio*, I, Roma, 1997, 71; N. IRTI, *L'età della decodificazione*[4], Milano, 1986, 56.

[10] Tra chi analizza la questione, specialmente T. DALLA MASSARA, *La «maggior tutela»*, cit., 744, si chiede se possa la maggior tutela elevarsi a criterio di soluzioni di potenziali conflitti di nome. È un chiaro problema di coordinamento normativo. Nella stessa direzione cfr. C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 397; A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai «codici di settore» (muovendo dal confronto tra nuovo contratto e modificazione del regolamento contrattuale nel codice del consumo e nel codice delle comunicazioni elettroniche)*, in *www.judicium.it*, 2 ss., che introduce il problema rilevando come «il diritto privato è stato edificato sulla distinzione tra le regole suscettibili di disciplinare casi analoghi e le regole eccezionali (come si legge all'art. 14 disp. prel.), insuscettibili pure di estensione interpretativa. Non invece univoco è se l'analogia sia (sempre) preclusa alla norma speciale, così individuata perché quel medesimo fatto – in mancanza d'una fattispecie che identifica un sotto-insieme ($x + 1$) – sarebbe sussunto in un'altra fattispecie, appunto generale perché descrittiva dell'insieme ($=x$) cui la prima appartiene»; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, *passim*. A conclusioni differenti giunge M. FOLLIERI, *I rimedi*, cit., 1210 ss. È possibile, altresì, richiamare la posizione di G. DE NOVA, *La scelta*, cit., 5 ss.; ID., *La disciplina della vendita dei beni di consumo nel «Codice» del consumo*, in *Contratti*, 2006, 391; ID., *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, 327 ss., il quale, oltre ad osservare come la vendita dei beni di consumo sia un sottotipo della vendita di cosa mobile, ritiene altresì che in ragione di ciò si debbano applicare in via diretta le norme dettate per la vendita del codice civile laddove non vi sia per la vendita dei beni di consumo una disposizione *ad hoc*. Cfr. in dottrina, per ulteriori riferimenti, A. VENTURELLI, *Il diritto concorrente*, in *Contratto e responsabilità* a cura di G. Vettori, in *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, II, Padova, 2013, 1381; V. MANNINO, *Questioni di diritto*, Milano, 2007, 210 ss.; ID., *Le tutele per l'anomalia del bene venduto fra antico e postmoderno*, in *La vendita dei beni di consumo* a cura di R. Alessi, Milano, 2005, 205 ss.; ID., in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo* coordinato da A.M. Garofalo, Padova, 2003, 7 ss.; E. GABRIELLI, *Aspettative del consumatore, tutela del mercato e adempimento della vendita dei beni di consumo*, in *Giust. civ.*, 2005, II, 4.

[11] L'aspetto maggiormente innovativo della disciplina è stato quello dell'ampliamento dei rimedi concessi al consumatore: oltre alla risoluzione del contratto e alla riduzione del prezzo, il compratore può, in-



un'evoluzione che ha coinvolto diversi ordinamenti nazionali nell'ambito di un tentativo di armonizzazione che a livello comunitario sta venendo ad esistenza mediante l'emanazione di diverse direttive [12] – trova la sua genesi nella direttiva 1999/44 CE [13], divenuta disciplina nazionale per effetto della sua ricezione mediante il d.lgs. 2 febbraio 2002, n. 24, entrato in vigore il 23 marzo 2002.

---

fatti, domandare la riparazione o la sostituzione della cosa difettosa. Cfr. A. LUMINOSO, *Chiose in chiaroscuro*, cit., 33; R. FADDA, *La riparazione*, cit., 208 ss. Sul punto vd. T. DALLA MASSARA, *La «maggior tutela»*, cit., 768 ss., secondo il quale limitare il diritto di scelta del consumatore ai soli rimedi non previsti dalla normativa renderebbe le parole di cui all'art. 135, comma 2, cod. cons. superflue e prive di contenuto precettivo. L'Autore, infatti, osserva che la disposizione andrebbe analizzato nel suo esatto valore, ossia quello di applicare le disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita «… ove manchi una previsione nel Titolo sulla vendita dei beni di consumo».

[12] Secondo R. FADDA, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita (dal codice civile al codice del consumo*, Napoli, 2007, p. 180 ss., la tutela del consumatore è stata l'obiettivo principale della direttiva sulla garanzia della vendita (dir. 1999/44/CE). Infatti, sulla base di questo orientamento, era apparso opportuno un *restyling* di una disciplina legata a vecchi schemi romanistici delle azioni edilizie. Sul punto, peraltro, F. ADDIS, *L'ambito di applicazione della normativa*, in *Contratto*, cit., 1113, considera chiara la volontà legislativa di dare vita a un modello autonomo, sancendo un effettivo allontanamento dalle «… "vecchie" leggi complementari …». Cfr. V. ROPPO, *Introduzione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, II, *I singoli contratti. Applicazioni pratiche e disciplina specifica*, Padova, 2009, 12; R. BIN, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, in *Contr. impresa Europa*, 2000, 403; S. PATTI, *Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, 85.

[13] Osserva A. LUMINOSO, *La compravendita*[6], Torino, 2009, 312 ss., che i fini primari della direttiva 1999/44 CE sono quelli sia di garantire un elevato livello di protezione dei consumatori sia di armonizzare le discipline nazionali dei vari Paesi dell'UE. Tale disegno unificatore attraverserebbe, in particolare: i diversi tipi contrattuali, la contrapposizione tra vendite interne e vendite internazionali, le diverse tipologie di vizi e difetti, la distinzione tra difetti preesistenti e successivi alla vendita e le diversità esistenti tra forme di responsabilità e modelli rimediali. Il medesimo Autore, tuttavia, evidenzia diverse contraddizioni nella direttiva; come anche rileva F. ADDIS, *L'ambito*, cit., 1118, il quale analizza il risvolto negativo del recepimento della direttiva, che avrebbe creato «… un quadro normativo complesso, caratterizzato da regole non di rado difficilmente conciliabili, pur essendo dettate per la stessa situazione di fatto, oggettivamente intesa». Non è di diverso avviso R. FADDA, *La riparazione*, cit., 181, che ritiene come gli sperati esiti chiarificativi della riforma avrebbero dato adito in seguito a numerose problematiche. Cfr. inoltre la posizione di G. DE NOVA, *La scelta*, cit., 5 ss.; ID., *La disciplina della vendita dei beni di consumo nel «Codice» del consumo*, in *Contratti*, 2006, 391; ID., *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, 327 ss., che, oltre ad osservare come la vendita dei beni di consumo sia un sottotipo della vendita di cosa mobile, evidenzia altresì che in ragione di ciò si debbano applicare in via diretta le norme dettate per la vendita del codice civile laddove non vi sia per la vendita dei beni di consumo una disposizione *ad hoc*. Cfr. in dottrina, per ulteriori riferimenti, A. VENTURELLI, *Il diritto concorrente*, cit., 1381; V. MANNINO, *Questioni di diritto*, Milano, 2007, 210 ss.; ID., *Le tutele per l'anomalia del bene venduto fra antico e postmoderno*, in *La vendita dei beni di consumo* a cura di R. Alessi, Milano, 2005, 205 ss.; ID., in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo* coordinato da A.M. Garofalo, Padova, 2003, 7 ss.; E. GABRIELLI, *Aspettative del consumatore, tutela del mercato e adempimento della vendita dei beni di consumo*, in *Giust. civ.*, 2005, II, 4.



La novella, copia quasi conforme del provvedimento comunitario [14], ha introdotto una normativa che si è presentata con imperfezioni e lacune tali [15] da portare parte della dottrina a domandarsi se queste ultime si sarebbero potute risolvere qualora il legislatore nazionale avesse seguito le indicazioni caldeggiate dalla stessa per una estensione delle nuove regole alle generalità delle vendite, in modo da creare un regime uniforme e comune a tutte le vendite commerciali [16].

---

[14] Secondo A. LUMINOSO, *La compravendita*[6], cit., 179, Al riguardo, la direttiva 1999/44/CE può essere valutata da un lato come una disciplina che, nel regolare i contratti dei consumatori, si distacca dalla disciplina generale del contratto, dall'altro come una normativa che contribuisce alla realizzazione nel mercato interno della libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Lo stesso Autore evidenzia come i due profili non sarebbero inconciliabili: piuttosto, pare che il testo comunitario tenti di contemperare due esigenze che sembrerebbero antitetiche, senza del resto sacrificare la tutela del consumatore. Sul punto ADDIS, *L'ambito*, cit., 1120, ritiene evidente che detto tentativo ha comportato da una lato l'avvicinamento di tecniche disciplinari e a soluzioni normative comuni e dall'altro la diversificazione delle stesse discipline e delle soluzioni normative interne, unendo, quindi, dall'esterno gli ordinamenti dei vari paesi e frammentando dall'interno l'ordinamento giuridico nazionale. Il paradosso del processo di integrazione non sarebbe altro che la ricerca dell'unione tra i vari ordinamenti analogamente provoca un'inevitabile frammentazione del diritto privato nazionale. Tuttavia, il medesimo Autore conclude che ciò «… non significa che così debba necessariamente essere in futuro …». Sul punto si pronuncia anche R. FADDA, *La riparazione*, cit., 178, che considera come l'armonizzazione delle legislazioni nazionali si porrebbe come presupposto fondamentale per la realizzazione di un mercato interno senza frontiere, in cui verrebbero meno le profonde differenze degli Stati membri, che – relativamente alla vendita – frenano i consumatori dall'effettuare acquisti in paesi con legislazione diversa dalla propria. Nella stessa direzione anche A. PALAZZO-A. SASSI, *Diritto privato del mercato*, in *I manuali di diritto e processo a cura di* A. Palazzo, Perugia, 2007, 185 ss., ritiene che la legislazione italiana di tutela dei consumatori è il frutto del processo di integrazione comunitaria. Il codice, peraltro, si ispirerebbe ad una concezione oggettiva della materia e l'articolazione dello stesso è rivolta al processo di consumo quale atto dinamico.

[15] La problematica discende dalla trasposizione, nell'ordinamento interno, di una disciplina che rappresenta il prodotto di una armonizzazione internazionale da molti considerata come espressione della nascita di un diritto privato europeo, nella quale la disciplina dei contratti del consumatore costituirebbe un caposaldo. Cfr. A.M. MANCALEONI, *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, Cagliari, 2005, *passim*; ID., *Le ADR dei consumatori dopo l'attuazione della direttiva 2011/13/UE*, in *I contratti del consumatore e dell'utente tra diritto comune e codificazione di settore, Atti del Convegno svoltosi a Catanzaro il 22-23 ottobre 2015* a cura M.L. Chiarella, Napoli, 2016, 181 ss.; G. AMATO, U. TROIANI, *Codice del Consumo, arrivano le regole fra i piccoli utenti e i giganti del mercato*, in *Dir. e giust.*, 2005, n. 36, 1047 ss.

[16] Sulla tematica cfr. L. ROSSI CARLEO, *Un omaggio al Maestro: l'attuazione della direttiva 99/44/CE*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007, 63; R. CALVO, *L'attuazione della direttiva n. 44 del 1999: una* chance *per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita*, in *Contr. impr. Europa*, 2000, 463 ss.; G. DE CRISTOFARO, voce *Vendita*, cit., 2; A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per i vizi nella vendita*, in *Contr. impr. Europa*, 2001, 83; ID., *Chiose in chiaroscuro in margine al d.lgs. n. 24 del 2002*, in *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo* a cura di R. Bin e A. Luminoso, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, XXXI, Padova, 2003, 58 ss.; S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 1039 ss.



Tra le tante diverse problematiche sollevate dall'interpretazione della novella, quella riguardante la disciplina dei rimedi prevista dal d.lgs. 24/2002 – ora confluito nel codice del consumo – ha presentato una lacuna causata dall'assenza di una regolamentazione del risarcimento del danno. La previsione della tutela risarcitoria, infatti, è rimessa alla norma di chiusura di cui all'art. 135 cod. cons [17]., che, disponendo l'individuazione della norma nell'ordinamento interno, pare impedire la ricerca della disciplina di siffatta tutela altrove [18].

In dottrina si è discusso sulle alternative al codice del consumo valide per l'individuazione della norma da applicare al risarcimento del danno: una prima teoria farebbe espresso riferimento alla disciplina contenuta nella Convenzione di Vienna [19]; per un ul-

---

[17] Con il trasferimento della disciplina nel codice del consumo, il legislatore ha scelto di riproporre con l'art. 135 cod. cons. una regola generale, che prescrive all'interprete di riconoscere al consumatore tutti i «… diritti …» che gli sono attribuiti da «… altre norme dell'ordinamento giuridico», senza chiarimento alcuno sul riconoscimento di questi attraverso la dimostrazione di una lacuna nell'assetto di tutela previsto dagli artt. 129 ss. cod. cons. ovvero sulla garanzia di un concorso tra rimedi, che consenta all'interessato di scegliere se privilegiare i nuovi strumenti di tutela offerti dall'intervento comunitario o il ricorso alla tradizionale disciplina codicistica. Vd. F. ADDIS, *L'ambito*, cit., 1119. Per lo stesso Autore la problematica non può essere risolta sostenendo che l'art. 135 cod. cons. – unica previsione realmente innovativa introdotta nel 2005 – possa operare solo in presenza di una lacuna in quanto se il legislatore avesse voluto manifestare la volontà di consentire al consumatore di volgere lo sguardo verso le norme del codice civile solo nel silenzio della disciplina consumeristica avrebbe potuto abrogare l'art. 1519 *nonies* cod. civ., sostituendolo con l'art. 135, comma 2, cod. cons. Secondo altra parte della dottrina, invece, giacché l'art. 135, comma 2, cod. cons. dispone l'applicazione diretta delle previsioni del codice civile relative alla vendita laddove sia presente una lacuna, alla stessa conclusione dovrebbe giungersi anche per l'ipotesi di cui all'art. 135, comma 1, cod. cons. Cfr. S. TROIANO, in *La vendita dei beni di consumo*, Commentario a cura di Bianca, 2006, 114 ss.; R. ALESSI, *Contratti dei consumatori e disciplina generale del contratto dopo l'emanazione del codice del consumo,* in *Il diritto civile oggi. Compiti civili e didattici del civilista*, Napoli, 2006, 822.

[18] Nell'affrontare la problematica della risarcibilità si deve tener conto che la complessità del discorso diventa maggiore alla luce delle recenti disposizioni della vendita di beni di consumo, le quali vanno ad integrare un sistema normativo costituito anche dalle disposizioni codicistiche. Cfr. V. TOMARCHIO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009, 294. Vd. R. FADDA, *La riparazione*, cit., 297.

[19] Come osserva M. PALADINI, *I rimedi*, cit., 357, nella Convenzione di Vienna, a differenza del codice del consumo, è previsto il rimedio della 'richiesta di adempimento' all'art. 46, comma 1, esperibile «… a meno che non si sia avvalso di un mezzo incompatibile con tale esigenza». Inoltre, sul presupposto dell'art. 47, comma 1, «L'acquirente può fissare al venditore un termine supplementare di durata ragionevole per l'adempimento dei suoi obblighi»: la fissazione del termine supplementare impedisce, ai sensi dell'art. 47, comma 2, all'acquirente di avvalersi di altri rimedi per l'inadempimento, salvo quello di domandare il diritto al risarcimento del danno. Parimenti, l'art. 45, comma 3, dispone che il giudice non possa disporre di un termine di grazia laddove il compratore abbia agito esperendo un'azione di rimedio all'inadempimento. Ancora, la sostituzione del bene, secondo quanto previsto dall'art. 46, comma 2, può essere richiesta al momento di denuncia del difetto di conformità o entro un periodo ragionevole, solo nell'ipotesi in cui l'inadempimento sia essenziale. Il limite previsto, invece, per la proposizione di richiesta di eliminazione del difetto è quello della irragionevolezza avuto riguardo a tutte le circostanze, ai sensi dell'art. 46, comma 3. Il



teriore orientamento [20], che pare preferibile, la norma da applicare al risarcimento del danno nei beni di consumo verrebbe ad essere individuata nell'ordinamento interno, in piena conformità all'art. 135, commi 1 e 2, cod. cons.

Sulla base di quest'ultima tesi, il consumatore che chiede i danni derivanti dal difetto di conformità del bene al contratto deve invocare la norma del codice civile che possa maggiormente tutelare i suoi interessi.

Per valutare ciò, deve essere anzitutto effettuata una comparazione tra la disciplina di derivazione comunitaria e quella interna che evidenzi la differenza principale tra la normativa del rimedio risarcitorio e quella disposta dalla novella per gli altri rimedi concessi al consumatore [21].

Invero, se nella disciplina codicistica il criterio di imputazione della responsabilità per danni è costituito dalla colpa del soggetto inadempiente e l'onere della prova liberatoria è posto a carico del venditore inadempiente, i rimedi previsti dall'art. 130 cod. cons. sussistono in base al fatto oggettivo dell'esistenza di un difetto di conformità al momento della consegna.

Da tale distinzione, deve essere altresì stabilito se il rimedio risarcitorio, rimanendo fuori dal sistema del codice del consumo, debba essere disciplinato solo dalle norme sopra richiamate oppure se questo, andando ad integrare il sistema della garanzia di derivazione comunitaria, possa venire regolato in maniera conforme dall'art. 130 cod. cons [22].

---

difetto di conformità legittima il compratore ad agire giudizialmente domandando la riduzione del prezzo proporzionalmente alla differenza tra il valore dei beni consegnati e quello che i beni avrebbero dovuto avere al momento della consegna. In conclusione, ai sensi dell'art. 50, l'acquirente può dichiarare la risoluzione del contratto nel caso di inadempimento essenziale o successivamente allo spirare del termine supplementare fissato dal medesimo. Cfr. A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento*, cit., 12; A. LUMINOSO, *Chiose in chiaroscuro*, cit., 108.

[20] Cfr. R. FADDA, *La riparazione*, cit., 299; LUMINOSO, *La compravendita*[6], cit., 292; V. TOMARCHIO, *Il danno non patrimoniale*, cit., 303.

[21] Vd. R. FADDA, *La riparazione*, cit., 299.

[22] Il fondamento dell'interrogativo è dedotto dall'evidenza che la disciplina di cui agli artt. 1218 e 1494 cod. civ. è diametralmente differente da quella disposta dalla novella di origine comunitaria. Sul punto, come nota R. FADDA, *La riparazione*, cit., 299, mentre sia nell'art. 1218 cod. civ. sia nell'art. 1494 cod. civ. la colpa del soggetto inadempiente costituisce il criterio di imputazione della responsabilità per danni ed entrambe le disposizioni prevedono che l'onere della prova liberatoria gravi sul venditore inadempiente, i rimedi previsti dall'art. 130 cod. cons. sono concessi al consumatore sulla base del fatto oggettivo dell'esistenza di un difetto di conformità. Peraltro, differiscono altresì i termini di decadenza e di prescrizione previsti dall'art. 132 cod. cons. per i rimedi ai sensi dell'art. 130 cod. cons. rispetto a quelli di disposti dal codice civile. Allo stesso modo E. FOLLIERI, *I rimedi*, cit., 1128, rileva che il sistema dei rimedi di cui all'art. 130 cod. cons. «… prescinde dall'imputabilità al debitore del difetto di conformità …», diversamente dai i



All'uopo, è possibile preliminarmente ricondurre il silenzio del legislatore a una precisa volontà di lasciare la regolamentazione del risarcimento del danno al diritto interno che, come appena osservato, postula il presupposto della colpa [23].

Parimenti, circa la scelta della norma codicistica che possa garantire una maggior tutela del consumatore, per l'orientamento che pare preferibile [24] il tentativo di porre in es-

---

rimedi risarcitori previsti dalle disposizioni relative ai contratti tipici e dalla norma che disciplina la responsabilità del venditore.

[23] Circa la problematica della rilevanza della colpa e al fine di trovare una soluzione di maggior favore per il consumatore vd. R. FADDA, *Il risarcimento dei danni*, in *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo* a cura di R. Bin e A. Luminoso, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, XXXI, Padova, 2003, 447 ss. In particolare vd. E. FOLLIERI, *I rimedi*, cit., 1130, secondo il quale la soluzione ideale potrebbe essere rappresentata da una via intermedia. Per l'Autore, nel caso in cui la domanda di risarcimento danni sia alternativa e/o sostitutiva ai rimedi previsti dall'art. 130 cod. cons., essa sarebbe disciplinata dalle norme del codice civile; se, invece, il risarcimento del danno è richiesto in via integrativa e cumulativa, dovrebbe essere regolato dagli artt. 128 ss. cod. cons. *Contra* cfr. A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento*, cit., 12 ss.

[24] Si segnala, tuttavia, *contra*, come, per parte della dottrina – favorevole alla c.d. 'tesi della garanzia' – il compratore può ottenere tutela risarcitoria sul fondamento di quanto disposto dall'art. 1494 cod. civ. In siffatta previsione la colpa, che è presunta – conformemente alla regola di cui all'art. 1218 cod. civ. – e per l'effetto della quale incombe sul venditore la prova liberatoria, «… consiste nell'aver conosciuto i vizi o nell'averli ignorati per negligenza al momento del contratto …», ossia nell'aver stipulato il contratto, senza alcuna consapevolezza, in base alle norme di comune diligenza, sulla attuazione del medesimo. Il risarcimento ha, invece, il fine di reintegrare il patrimonio del compratore e deve comprendere, sulla base di quanto sancito dall'art. 1223 cod. civ, «… la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta». Dunque, mentre nell'ipotesi di accoglimento della domanda di risoluzione il compratore avrebbe diritto alla differenza tra il prezzo e il maggior valore della cosa, esente da alcun difetto, nell'ipotesi della domanda di riduzione del prezzo lo stesso otterrebbe, mediante il risarcimento, la rimozione dei danni che residuano in seguito alla riduzione. La disciplina della vendita menziona, all'art. 1494, comma 2, cod. civ., tra i danni risarcibili anche quelli «… derivati dai vizi della cosa» . La formula normativa non costituisce un eccezionale allargamento dell'area del pregiudizio da reintegrare, ma piuttosto la conferma dell'orientamento secondo il quale il danno risarcibile non consisterebbe esclusivamente nella differenza tra il maggior valore della cosa spettante al compratore ed il prezzo. Secondo il tradizionale orientamento, oggi dominante, i danni arrecati dalla cosa alla persona del compratore, a cose che gli appartengono o a terzi, sarebbero indiretti o ulteriori e andrebbero distinti da quelli previsti dall'art. 1494, comma 1, cod. civ. che contemplerebbe invece i danni diretti, risultanti – come evidenziato poc'anzi – dal minor valore della cosa, ovvero dalle spese di riparazione. Tuttavia, tale distinzione non inciderebbe sulla natura della responsabilità, in quanto entrambe le ipotesi riguarderebbero casi di responsabilità contrattuale derivante da lesioni conseguenti all'inesatta esecuzione della prestazione. Vd. C. CASTRONOVO, *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 957 ss.; P. SIRENA, *La vendita dei beni di consumo. Commentario* a cura di C.M. Bianca, Padova, 2006, 390 ss.; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*[2], in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da F. Vassalli, VII, t. 1, Torino, 1993, 985, che ravvisa nel vizio l'inesattezza della prestazione traslativa; A. LUMINOSO, *La compravendita*[6], cit., 295; V. TOMARCHIO, *Il danno non patrimoniale*, cit., 303. Circa il consolidato orientamento giurisprudenziale che consente al compratore l'esercizio della pretesa risarcitoria in via autonoma, consentendo, in tal senso, il risarcimento a porre il compratore in una situazione economica equivalente a quella in



sere una ricostruzione sistematica delle regole vecchie e nuove non può prescindere da un approccio che tenga conto della specificità circa l'ambito di applicazione degli artt. 128-135 cod. cons., ossia dei contratti di scambio tra professionista e consumatore, nei quali assume un valore fondamentale il profilo obbligatorio – quindi l'obbligo di conformità – e pare rappresentare un profilo secondario il trasferimento della proprietà.

Per la suddetta caratteristica, viene ad essere giustificato l'utilizzo di tecniche di tutela basate su regole di responsabilità, che evidenziano il carattere speciale della normativa di origine comunitaria.

Dunque, la corrente ora analizzata ritiene che la migliore soluzione consista nell'adattamento alla peculiare ipotesi della vendita di beni di consumo della più generale disciplina dell'inadempimento prevista per i contratti sinallagmatici dagli artt. 1453 e 1218 cod. civ [25]. Dall'interpretazione di siffatte disposizioni è, infatti, possibile ricavare il diritto del consumatore a domandare non solo il danno-inadempimento derivante dal mancato raggiungimento dell'utilità finale perseguita per mezzo del contratto stipulato, bensì anche gli eventuali danni ulteriori rispetto a quello cui l'ordinamento prevede il diritto al ripristino. Per quest'ultimo motivo – rilevante ai fini della trattazione – si può ritenere che non vi sia alcuna ragione per negare al consumatore il diritto ad ottenere il risarcimento di quei danni, anche non patrimoniali, che siano conseguenza ulteriore dell'inadempimento [26].

---

cui si sarebbe trovato se la *res* fosse stata immune da vizi cfr. Cass., Sez. I, 11 maggio 2005, n. 9926, in *Giust. civ.*, 2006, 2, I, 405. Infine, si segnala, altresì, l'analisi di autorevole dottrina, seppur minoritaria, la quale osserva che mentre l'art. 1494, comma 1, cod. civ. prevede una responsabilità contrattuale relativa ai danni 'commerciali', l'art. 1494, comma 2, cod. civ. concerne una responsabilità aquiliana del venditore – essendo i danni derivanti da fatto illecito, quale è il fatto di aver consegnato cose suscettibili di creare pregiudizio all'integrità fisica o ai beni dell'acquirente – contraddistinta da una presunzione di colpa, derivante dalla messa in circolazione di prodotti difettosi. Pertanto, secondo quest'ultima impostazione, detta responsabilità risulta sottratta al regime dei termini brevi di decadenza e prescrizione dell'art. 1495 cod. civ. Vd. A. LUMINOSO, *La compravendita*[6], cit., 294.

[25] Sul punto si sono espressi favorevolmente A. LUMINOSO, *La compravendita*[6], cit., 382, il quale, essendo giunto ad affermare che il diritto da applicare sia quello nazionale ed avendo accertato che la responsabilità prevista dalla novella è una responsabilità del venditore, opta per l'applicazione di cui agli artt. 1218 ss. cod. civ.; R. FADDA, *La riparazione*, cit., 300 ss., che, tenendo conto della mancata disciplina del risarcimento del danno nel codice del consumo, ravvisa nella disciplina di cui all'art. 1218 cod. civ. una maggior tutela approntata al consumatore; V. TOMARCHIO, *Il danno*, cit., 321, che considera come, pur in assenza di una disciplina *ad hoc* per il risarcimento del danno nell'ipotesi di inadempimento all'obbligazione di conformità, vi sia comunque la possibilità per il consumatore di esperire l'azione ai sensi dell'art. 1218 cod. civ.

[26] Cfr. la posizione di V. TOMARCHIO, *Il danno*, cit., 321, secondo cui alcun dubbio oramai sussiste sulla eventuale corrispondenza tra utilità finale del bene compravenduto e l'interesse non patrimoniale che può essere esplicitato espressamente dal contratto ai sensi dell'art. 129, comma 2, lett. d), cod. cons. oppure può ricavarsi ragionevolmente dalla natura del bene ai sensi dell'art. 129, comma 2, lett. c), cod. cons.



Così, ad esempio, nell'ipotesi di difettosità del bene preesistente al trasferimento il venditore potrà essere già in colpa laddove manchi la verifica della conformità del bene al contratto al momento della stipulazione dello stesso ovvero al momento della individuazione della cosa generica e nella susseguente fase antecedente alla consegna. In tali casi, il venditore non incorrerebbe in alcuna responsabilità se il ripristino risultasse possibile e provvedesse a rendere conforme il bene prima della scadenza del termine per la consegna. Al contrario, il professionista non potrebbe rimanere esonerato da responsabilità per danni in caso di impossibilità di ripristino per causa a lui non imputabile, nonché – come nel caso analizzato – qualora omettesse di riparare o sostituire il bene.

Allora, in guisa all'ipotesi, prevista dall'art. 1174 cod. civ., in cui l'interesse creditorio non patrimoniale assuma rilevanza, è possibile concludere nel senso di reputare il danno non patrimoniale risarcibile alla stregua delle norme sulla responsabilità contrattuale nel caso in cui questi assumano rilievo all'interno del piano delle obbligazioni contrattuali, allorché l'obbligazione sia specificamente preordinata al loro soddisfacimento oppure quando gli interessi rientrino nell'area di protezione offerta del contratto, in quanto funzione economico-individuale dello stesso [27].

4. – In virtù di quanto evidenziato, è ora possibile svolgere alcune considerazioni sull'orientamento del Tribunale di Cagliari in materia di risarcimento dei danni non patrimoniali derivanti dall'inadempimento e, più nello specifico, di inadempimento di vendita di bene di consumo.

Dalla lettura della sentenza in commento, si può notare come Tizio non si sia limitato a convenire in giudizio Caio domandando la risoluzione del contratto stipulato con quest'ultimo, avente ad oggetto la vendita del macchinario servoscala a pedana, ma abbia anche richiesto il risarcimento dei danni non patrimoniali derivanti dal mancato funzionamento.

Il giudice adito, ritenendo dapprima meritevoli di accoglimento le domande di risoluzione del contratto stipulato con Caio, ha poi rigettato la domanda diretta a conseguire il risarcimento dei danni non patrimoniali derivati all'attrice dal mancato adempimento dell'obbligo di riparazione/sostituzione del macchinario difettoso, in quanto ha ritenuto

[27] Dunque, per V. TOMARCHIO, *Il danno*, cit., 321, le coordinate da ricercare al fine di verificare se i danni non patrimoniali siano dovuti attengono all'interpretazione del titolo sul versante della delimitazione degli obblighi esistenti in capo alle parti e al giudizio di prevedibilità del danno al momento in cui l'obbligazione è sorta.



carente la prova circa la sussistenza del nesso di causalità giuridica tra l'evento e le conseguenze pregiudizievoli non patrimoniali, per le quali, non operando alcuna presunzione, non basta la mera allegazione.

Lo stesso ha, infatti, premesso che l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ. ormai astrattamente consente la risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti da inadempimento anche laddove sia leso un diritto della persona tutelato dalla Costituzione, e, sul fondamento di ciò, ha rigettato la domanda del risarcimento dei danni non patrimoniali poiché il pregiudizio della salute o della vita sociale dell'attrice, in quanto danno-conseguenza, non è stato dimostrato.

Al riguardo, è stato evidenziato che il non corretto funzionamento del servoscala, pur costituendo una fonte di disagio per chi non può fare affidamento sulle proprie forze fisiche per salire o per scendere, non comporta aprioristicamente il riconoscimento dell'esistenza di un vero e proprio danno non patrimoniale, che deve essere perciò dimostrato.

Con tale motivazione, è possibile rilevare che l'orientamento del giudice di merito non si discosta affatto dal solco tracciato dalle Sezioni Unite nel 2008 e dalla giurisprudenza successiva in modo univoco.

È allora preminente la volontà di condivisione delle pronunce sopra esaminate da parte del Tribunale adito, che hanno avuto il merito di salvaguardare il rispetto della tipicità di cui all'art. 2059 cod. civ. e che, nel farlo, hanno posto a fondamento dell'orientamento la necessità di agganciare il pregiudizio non patrimoniale ad un determinato referente normativo, senza, peraltro, incorrere in una rigida catalogazione.

Facendo applicazione di questi principi di diritto, il giudice non ha solo riconosciuto implicitamente al consumatore l'astratta risarcibilità, in caso di inadempimento dell'obbligo di conformità – consistente nell'obbligo di vendere un prodotto conforme e nell'obbligo di riparare o sostituire il bene, laddove viziato – del danno non patrimoniale, ma ha anche considerato il danno come una conseguenza derivante dagli inadempimenti.

Pertanto, le posizioni sostenute dalla Suprema Corte sono state ribadite *tout court* dal Tribunale di Cagliari riguardo al profilo della prova e pacificamente applicate alla disciplina consumeristica: il danno non patrimoniale, astrattamente riconoscibile anche laddove derivi non già da mero inadempimento, bensì da inadempimento di vendita di cosa di consumo, in quanto danno-conseguenza, deve essere necessariamente allegato e provato, non potendosi considerare sussistente *in re ipsa*, con la dimostrazione in giudizio del nesso di causalità giuridico.

Sul fondamento delle superiori considerazioni, deve ribadirsi in conclusione che colui che agisce in giudizio domandando il risarcimento dei danni non patrimoniali non può



limitarsi ad allegare il danno ma dovrà fare ricorso ai mezzi di prova previsti dal nostro ordinamento: segnatamente, l'accertamento medico-legale per la lesione dell'integrità psico-fisica; la prova testimoniale, documentale e presuntiva per ogni altro pregiudizio non patrimoniale.



D. FIORDALISI, *Abuso del diritto altrui. Una figura formale di qualificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2020

È ancora valido l'antico broccardo *qui iure suo utitur neminem laedit* [1]?

La letteratura moderna tende a dare, in modo pressoché unanime, una risposta negativa, non rinunciando a individuare una tautologia [2] o, addirittura, una contraddizione intrinseca [3] nello stesso adagio, giacché, almeno *prima facie*, chi esercita una situazione giuridica soggettiva, conformemente alla norma attributiva, non può certo farlo *non iure*. In questa direzione, si è avuto modo di affermare che l'abuso del diritto sarebbe un «assurdo», perché "[…] se esiste un diritto, il suo uso è sempre lecito, e se il diritto non esiste si ha un comportamento antigiuridico" [4].

Ebbene, se può individuarsi un filo comune nella coerente, argomentata e colta riflessione del volume del nostro A., essa può ravvisarsi in ciò, che egli mira a sciogliere l'accennata aporìa portando il discorso alle sue conseguenze estreme: invero, a tal punto è inesaustiva la configurazione dell'abuso del diritto quale situazione giuridica *propria*, che esso non può che essere riguardato come abuso del diritto *altrui*. Formula paradossale, certo, come ha a riconoscere lo stesso A., ma che aspira coraggiosamente a dipanare il rovello segnando una linea di rottura rispetto all'impostazione tradizionale.

Più esplicitamente, non vi sarebbe più necessità di configurare artificiosi sviamenti dall'interesse del soggetto agente, perché l'abuso registra una carica (pericoloso-)dannosa tale da identificarlo nell'*iniuria*, sicché – sempre in chiave aforistica – verrebbe quasi da dire che coglieva più nel segno il *summum ius, summa iniuria*.

L'A., dimostrando sapiente uso degli impianti categoriali consegnatici dalla tradizione, fa capo non solo al diritto dell'*abusante*, ma anche a quello dell'*abusato*; dalla loro interrelazione, ricava, quindi, un'ulteriore figura, e cioè il dovere giuridico di tutelare il diritto altrui, valorizzando una relazione biunivoca che non è esente da riscontri anche nelle fonti internazionali (v. l'art. 54 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea: c.d. Carta di Nizza).

A questa qualificazione dogmatica per così dire "soggettiva" dell'abuso fa da contral-

---

[1] Sulle origini della formula si può vedere G. GROSSO, voce *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 161 ss.

[2] ID., *o.c.*, 162; invero, la massima "[…] potrebbe essere anche invertit[a], nel senso che chi *neminem laedit* resta nel suo diritto".

[3] ID., *o.l.c.*

[4] U. GUALAZZINI, voce *Abuso del diritto (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, I, cit., 163 ss., 163.



tare una ricostruzione in termini "oggettivi" parimenti persuasiva, che muove dalla duplicazione delle "fattispecie" implicate dal fenomeno abusivo, e che contribuisce a sciogliere l'apparente antinomia già segnalata in principio.

Da un lato, infatti, si ha la fattispecie "parziale", che, riguardata isolatamente, non denuncia alcuno iato tra l'esercizio del diritto e la norma attributiva, in guisa che ancóra non può parlarsi, propriamente, d'abuso; dall'altro v'è però la fattispecie "completa", la quale, consentendo per l'appunto una valutazione olistica del contegno del soggetto agente, registra la lesione (o, come detto, la messa in pericolo) del diritto altrui, identificando – ora sì – il *proprium* dell'abusività.

«Contegno» – si è detto – poiché non è il diritto in sé a recar danno, ma le sproporzionate e *lato sensu* ingiuste modalità d'esercizio delle facoltà e dei poteri ch'esso incorpora.

Ne deriva una distorsione della dinamica relazionale – e, d'altronde, di vero e proprio «rapporto giuridico» discorre l'A. – sostanziantesi nella violazione di un «dovere», le cui matrici assiologiche vengono rintracciate nei canoni di solidarietà (art. 2 Cost.) ed eguaglianza (art. 3 Cost.) cristallizzati nella Carta fondamentale.

La moltiplicazione concettuale scema ove si consideri che tale «dovere» non sta a sé, ma si atteggia a «limite esterno» del diritto, contribuendo, per l'appunto, a *de-finirlo* nelle sue concrete possibilità d'esercizio; ad un tempo, ne presidia un esercizio lineare, apprestando le sanzioni in caso d'inosservanza del dovere medesimo.

Non solo. Il dovere assolve, come ora detto, una funzione *de-limitativa* del diritto, ma le stesse azioni adempitive del dovere si colorano in chiave specificativa, perché solo dall'interazione tra il diritto e il dovere, le radici valoriali di quest'ultimo perdono quella genericità che, inevitabilmente, lo connotavano *ab initio*. Questa finalità «conformativa» consente al soggetto di sapere con certezza i confini entro i quali egli può *agere* e, d'altro canto, circoscrive la discrezionalità giudiziale nel sindacare la liceità e la meritevolezza del suo comportamento.

Tornando alla nozione di "fattispecie completa", essa consente d'illuminare il profilo *funzionale* dell'abuso. Al riguardo, non ci pare superfluo rimarcare come l'art. 7 del Progetto ministeriale del Libro I del Codice Civile recitasse che "nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è conferito". Come noto, la disposizione non trovò spazio nella nuova codificazione, la quale preferì declinare il concetto in chiave applicativa, consegnando all'art. 833 c.c. il divieto d'atti emulativi [5]. Ebbene, di là dall'opportunità di codificare in una norma precettiva un prin-

[5] Sul punto, ci permettiamo di rinviare anche a O.T. SCOZZAFAVA, *Degli atti emulativi*, in C. CICERO, G. PERLINGIERI (a cura di), Liber amicorum *per Bruno Troisi*, II, Napoli, 2017, 1171 ss.



cipio di carattere così generale [6], quella formulazione si rilevava inadeguata anche sotto altro profilo, giacché non è il concetto di «scopo» ad identificare la peculiarità del fenomeno abusivo, bensì quello di «funzione» [7]. La riprova può essere cercata nel citato divieto d'atti emulativi, in quanto essi si risolvono, a ben vedere, in un esercizio dei diritti domenicali contrario alla funzione «sociale» ad essi coessenziale (arg. *ex* art. 42, comma 2º, Cost.) [8].

Che l'abuso si risolva in un esercizio *contro-funzionale* dei diritti soggettivi è ben avvertito anche dall'A., il quale ricava tale conclusione, per l'appunto, proprio dalla norma affidata all'art. 833 c.c. e, inoltre, ne esclude gli esiti applicativi con riguardo ai cc.dd. «diritti-funzione», i quali, invero, non si prestano ad essere incasellati nella dicotomia «fattispecie parziale/completa», proprio perché la componente teleologica ne innerva l'ossatura essenziale.

Con terminologia ricercata, ma efficace, questa qualificazione prende – nell'impostazione dell'A. – il nome di «genotipo», il quale viene poi specificandosi in una serie di «fenotipi», dal citato divieto in tema di proprietà fino all'abuso tributario. A tal proposito, il testo è attraversato da uno spirito di multidisciplinarietà che – forte dell'esperienza maturata dall'A. nell'esercizio dell'ufficio magistratuale – travalica gli steccati che separano le varie materie giuridiche, spaziando dalla materia tributaria fino a quella penale (con puntuali riferimenti, ad es., agli artt. 51, 87 e 324 c.p.).

Insomma, l'A. offre alla cultura giuridica un volume denso, che inscrive entro una trama concettuale limpida un tema attualissimo, qual è quello dell'abuso, additato quale «figura formale di qualificazione giuridica». «Formale» – si badi – e non «formalistica», perché l'analisi è svolta con costante attenzione al profilo «funzionale» dei fenomeni giuridici considerati. [OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA].

---

[6] Così anche SALV. ROMANO, voce *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I, cit., 166 ss., 166.

[7] Conf., nuovamente, ID., *o.c.*, 167: "[…] il criterio dello scopo non si presenta costruttivo. Piuttosto sembra conducente quello della funzione, considerata nel necessario rapporto di corrispondenza tra il potere di autonomia conferito al soggetto e l'atto di esercizio di questo potere".

[8] In tema si può vedere O.T. SCOZZAFAVA, *Aspetti problematici del concetto di proprietà costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, 766. (ora in ID., *Studi sulla proprietà*, Torino, 2014, 133 ss.).



F. MOLITERNI, *Autonomia privata e sistema dei pagamenti (a proposito di un libro recente)* [1], Giuffrè, Milano, 2019

«Conoscere *hawala* serve. Serve a conoscere il suo modello antico di rete sociale personale, un sistema-rete di banchieri (piuttosto che un sistema di banche) trasversale e comune a molti secoli e a molte aree economiche: un cosmopolitismo con radici antiche, utile agli *affari* ed al loro mondo» (p. 4). *Hawala*, afferma lo statunitense Benjamin Geva, uno dei maggiori studiosi ed esperti mondiali (e i due termini non sono sinonimi) di sistemi di pagamento, «*literally means "removal" or "turn". It denotes the transference of an obligation from one person to another*»; è un sistema fondato sulla reciprocità nel rispetto delle regole e sulla fiducia diffusa in tal senso, cioè sulla *reputazione* del banchiere-mercante (persona fisica), accreditata dalla sua condotta e dal suo patrimonio; e il patrimonio è quello personale del mercante, non quello, decurtato e "limitato", delle società di capitali che al mercante stesso fanno capo; è un sistema diffuso, antichissimo, cosmopolita, se alle sue "(non) regole" fanno capo ancora oggi le esperienze indiana, cinese e soprattutto araba.

La frase di Moliterni sembra un'affermazione definitiva, ma in verità rappresenta il punto di partenza di una lunga indagine fatta di passi logici precisi, di argomenti storico-giuridici, di dimostrazioni ben coltivate. Infatti, tanto per cominciare, è tutt'altro che intuitivo il motivo per il quale l'Occidente, legato ad esperienze diverse, a impostazioni differenti, a regole analitiche e formali debba oggi interessarsi di un fenomeno tanto risalente nel tempo quanto poco indagato dalla cultura giuridica occidentale e da quella italiana in particolare. E interessarsene non per avventura intellettuale ma per necessità operativa. Ma su questo si dirà più avanti.

L'indagine è anzitutto articolata nell'ottica della storia del diritto, nell'ambito della quale, dalla contrapposizione fra ordine giuridico mercantile (aperto e inclusivo) e ordine feudale (territoriale ed esclusivo) – contrapposizione che anche nei paesi in cui regnava il sistema *hawala* si è registrato – emerge, a mo' di sintesi, il diritto mercantile, le cui regole e consuetudini superano i confini del diritto settoriale e di classe per disegnare un diritto di generale applicazione. E in questa logica si attenuano le differenze fra sistemi di pagamento formali e informali ed emergono le somiglianze: così come i mercanti-banchieri occidentali offrivano il servizio internazionale di trasferimento di denaro attra-

[1] F. MOLITERNI, *I sistemi di pagamento informali*, Milano, 2019.



verso la lettera di cambio, analogo servizio veniva assicurato, nell'ambito del sistema *hawala*, con uno strumento analogo, emesso da mercanti-banchieri denominati *hawala-dar*, partecipanti al sistema.

Ma se, come sovente accade, i percorsi storici pur diversi spesso presentano – specie nel diritto degli affari internazionali – interferenze e somiglianze inaspettate, rimane pur vero che la caratteristica fondante, minimale dell'informalità, rimasta invariata nel modificarsi dei modelli legali all'evoluzione degli eventi, permane e sarebbe un errore sottovalutare «la natura della struttura del sistema di pagamento informale e la sua "realità", che da sempre è quella delle antiche "reti sociali" reali con il suo ruolo strategico nella promozione dell'efficienza di sistemi sociali complessi. (…) Reti di persone connesse fra di loro (…) da rapporti di tipo personale (…) e professionale; spesso tenute insieme da un soggetto autorevole e "aggregante" (…), che assume il ruolo di chiave di volta della rete» (pp. 71-72).

Si affaccia così la nozione della rete e dei nodi, fondamentale per ricostruire il sistema dei pagamenti: in quello informale, ciascun intermediario "aggregatore" è per definizione un centro (e, talora, un grande centro) di interscambio e ciascun componente della rete può svolgere questo ruolo. E questo elemento è fondamentale e costituisce un punto di forza dei sistemi informali che, come tutti i sistemi "emergenti dal basso", ossia risultanti da un accordo fra prestatori di servizi di pagamento, riescono ad amplificare la loro efficienza attraverso "intermediari-*hub*", che assumono posizione e funzioni, appunto, di intermediari fra altri prestatori di servizi di pagamento partecipanti al sistema, «con quanto ne consegue sotto il profilo della resilienza agli errori e alle situazioni estreme» (p. 78). Sono costoro che, nei sistemi formali, possono ricondursi a banche di regolamento, controparti centrali, stanze di compensazione e così via. In entrambe le tipologie di sistemi, quindi, nodi e reti ne misurano l'efficienza e la stabilità: «coniugare, da un canto, la prepotente realtà fattuale" della rete degli "intermediari" partecipanti al sistema di pagamento, d'altro canto, il relativo "accordo" che fissa fra loro regole e procedure comuni, al fine di trasferire istruzioni di pagamento (funzionali all'esecuzione di operazioni di pagamento e quindi all'esercizio di servizi di pagamento), evidenza come gli intermediari parte del sistema di pagamento perfezionano a tal fine uno speciale contratto di rete. Speciale contratto di rete che, a seconda dei casi, può essere formale (…) o informale, come è nel caso di *hawala*» (p. 79). Ogni partecipante può divenire un nodo, più o meno significativo, e accrescere spontaneamente la rete.

Ma se finalità è strumenti accomunano i due sistemi in confronto, in entrambi debbono riconoscersi delle regole: pensare che il sistema informale sia estraneo al territorio



della giuridicità o privo di regole giuridiche, sarebbe sbagliato. La realtà è più sofisticata: le regole sono elemento costitutivo di qualsiasi sistema, ma qui esse sono compresse dai codici di comportamento che costituiscono le regole del sistema e che nascono spontaneamente dagli operatori aderenti. Nasce così il contratto (di rete), che è ripetuto nel tempo sempre uguale e quindi è destinato ad affinare e consolidare nella prassi le regole, «mutando la clausola contrattuale standard (come modello giuridico), circolante fra i mercanti e nei mercati internazionali, in consuetudine circolante "internazionalmente uniforme"» (p. 129). Quindi contratto che si fa consuetudine e consuetudine che si fa contratto, secondo meccanismi che ripetendosi si affermano e si strutturano reciprocamente.

Tutto ciò, avverte Moliterni, si invera principalmente nel trasferimento reale di moneta, che rimane l'operazione principale e rimane di natura negoziale (contratto e non fatto), un contratto appunto di carattere reale «dove la consegna del denaro dal pagatore al suo intermediario-*hawaladar*, ossia la relazione di fatto fra il pagatore (che consegna il denaro) e il suo intermediario-*hawaladar* (che lo riceve), ineludibilmente perfeziona il contratto, ed insieme avvia la complessa operazione di pagamento, che termina ancora con la consegna del beneficiario». Ovviamente il sistema non si esaurisce in questa operazione, prevedendosene altre di maggiore complessità cui corrisponde una graduata complicazione delle regole, ma la questione importante non sta tanto nell'aver individuato la necessaria sussistenza delle regole (circostanza ineludibile) quanto nell'averne verificata la forma contrattuale con l'origine "consuetudinaria" (per utilizzare un termine caro alla nostra cultura giuridica) e, soprattutto nell'individuare le ragioni del successo di siffatta costruzione.

La interoperabilità delle singole reti e la funzione dei nodi (in grado di svilupparsi fino a divenire una (sotto)rete ovvero di rimanere tali) consente di parlare di una "rete di reti"; la natura personale dei soggetti coinvolti e delle interconnessioni; l'esistenza di regole antichissime e sempre uguali nel fondamento permettono in pieno alla "cultura della vergogna" di dispiegarsi, costituendo al tempo stesso deterrente e sanzione: si configura quindi un *enforcement* molto peculiare, che accompagna le *tacit rules* del sistema *hawala* (il c.d. "diritto muto"), dove l'osservanza della regola risponde a una sorta di vincolo identitario, costitutivo di una identità e di una coscienza, individuale e collettiva, regola «essenziale, rispettivamente, per la conservazione del legame di appartenenza alla propria comunità e per la stessa conservazione della comunità medesima, nella sua dimensione sia di "corporazione di cambiatori" sia di "comunità di vita". Ecco perché il sistema etico, dove la promessa è sacra e non può essere richiamata indietro (a meno di



un accordo in tal senso), tutelerà e garantirà l'effettività del patto o del contratto in modo ancor più efficiente di un ordinamento giuridico formale» (pp. 148-149). Il combinarsi di questi fattori sembra quindi spiegare, da un lato, l'assenza di un controllore esterno al sistema e, dall'altro, la sua efficienza secolare; del resto le reti sociali hanno avuto un ruolo determinante anche in momenti di crisi, finanziarie e non, dando prova di una compattezza e di una resilienza pari se non maggiori a quelle frutto di regole formali. Esperienza secolare che si rinnova e si conferma ai nostri giorni: «è difficile attendersi che gli *hawaladar* ed i loro utenti rinuncino ad un modello tradizionale di provata efficienza, con regole e procedure condivise a livello internazionale, dove uno scrutinio basato sul sistema reputazionale (*reputation system*) e sul trasferimento reputazionale proprio delle reti sociali personali consente altresì di effettuare la selezione dei nuovi *hawaladar* in ragione della loro personale affidabilità, oltre che della loro solvibilità. La conseguente riduzione dei relativi rischi (sia di controparte, sia legale, sia operativo) incide immediatamente e prima di tutto sulla conservazione della "fiducia fra i prestatori di servizi di pagamento" (considerando n. 46 della direttiva 2007/64/CE): condizione fondamentale per la continuità del sistema cui appartengono» (p. 151).

È evidente allora come rappresentino due mondi diversi quelli dei sistemi informali e dei sistemi formali, che possono collaborare, come avviene, ma non sovrapporsi: bisognerebbe superare l'antinomia di due mondi, di due culture, impostati su un modello di formazione delle regole differente: «il modello formale con una formazione delle regole dall'alto, con un diritto percepito come creazione del potere politico, ed il modello informale con una formazione delle regole dal basso, ossia come fenomeno collettivo» (p. 165). Né mi pare questa considerazione "separatista" possa essere incisa dal tentativo posto in essere dagli Emirati Arabi Uniti che – avendo interesse a far emergere dall'anonimato gli *hawaladar* che operano senza necessità di licenze e quindi sono suscettibili di finire nell'economia "sommersa", diremmo noi, – li hanno invitati a iscriversi in un albo: strategia *soft*, certo lontana da ogni ipotesi di sorveglianza, neppur poco incisiva. Piuttosto, ogni sistema di pagamento complesso, qualunque sia la sua configurazione, corre un rischio sistemico inevitabile, in grado di ripercuotersi sul restante sistema finanziario; il rischio di cui è portatore il singolo operatore è parte di quello dell'intero sistema e suscettibile di estendersi con effetto domino; «ecco perché il modello del "reciproco rispetto delle regole" e la sua cultura, che si accompagna alla conseguente idea di contratto di fiducia con il relativo scrutinio reputazionale e/o "*intuitu personae*", ha un ruolo strategico nella stabilità del sistema di pagamento informale» (p. 206). Ancora una vola, il sistema formale appare avere qualche profilo di sicurezza in più rispetto al tradizionale,



sicurezza intesa come capacità di prendere su di sé i rischi connessi all'operatività, qualunque ne sia l'origine.

Il percorso argomentativo fin qui rapidamente sintetizzato ha un andamento concentrico e affronta via via le questioni periferiche, per chiarire meglio quelle centrali e cioè: contratto di rete, fiducia, regole nate dal basso. Tre elementi che mutano, si trasformano, si nascondono elusivamente dietro tracce apparentemente più forti, ma poi si ripropongono, si affermano, si confermano come la trama dell'intero ordito. Da segnalare anche l'acribia con la quale Moliterni sottolinea e dimostra (con esaustività di citazioni) ogni passaggio storico di una vicenda plurisecolare: del resto, le radici storiche di *hawala* sono importanti e affondano nella cifra culturale dei paesi interessati, alla quale occorre far capo costantemente per comprendere il fenomeno studiato.

Chiarito cosa voglia dire sistema di pagamento informale, occorre tornare alla provocazione iniziale, vale a dire perché studiarlo. Certo, si potrebbe dire che in tal modo l'a. ha posto un ulteriore tassello a un tema già da lui approfondito con la monografia del 2001 *Autoregolamentazione e sorveglianza nei sistemi di pagamento*; si potrebbe dare spazio all'argomento che siffatto sistema è utilizzato in economie molto significative nel panorama mondiale, la cui importanza è destinata ad accrescersi, e che quindi merita di per sé l'impegno di una disamina approfondita; si potrebbe aggiungere che la conoscenza di siffatto sistema aiuta a capire quelli formali in cui l'economia occidentale si muove non sempre con particolare successo.

Ma la ragione dell'interesse dello studioso a occuparsi di *hawala* sta nell'attuale incrementarsi di fattispecie di circuiti di pagamento in criptovalute, fondate sui *block chain*, che presentano più di una somiglianza con il sistema informale dei pagamenti. E del resto, *en passant*, in uno dei tanti punti toccati dalla curiosità dell'a. e sottoposti a quella del lettore, si scrive che l'efficienza delle regole comuni proprio dei sistemi informali svolge e svolgerà un ruolo strategico: «una "opzione" importante può essere offerta dall'applicazione (o dalla combinazione) del modello e dal sistema *block chain* al (con il) modello ed al sistema *hawala*». (p. 158), modello e sistema di *block chain* che, a quanto costa, è già utilizzato nella circolazione dei titoli rappresentativi delle merci e in quello di titoli obbligazionari.

E l'attenzione non può non essere attirata dai sistemi *block chain* applicati ai servizi bancari che hanno stravolto intermediari e attività. Origine e "anzianità" sono ovviamente diversi, ma molte sono le analogie. Soprattutto, sia i sistemi informali sia quelli di *block chain* si caratterizzano per l'assenza di controlli che siano diversi da quelli propri del singolo sistema, nell'un caso i presidi di cooperazione e di fiducia, nel secondo i pre-



sidi propri della tecnologia. Ma questo rilievo contingente e le risultanze dell'indagine di Moliterni spingono a rilevare anzitutto il rischio immanente di disintermediazione non solo delle banche ma degli intermediari abilitati nello svolgimento dei servizi bancari/finanziari (di pagamento, di consulenza, di *crowdfunding* e così via); rischio che si collega alla difficoltà di contenerli, attesa la mancanza di una vigilanza. Del resto, la carenza di vigilanza è non agevolmente colmabile ove si rifletta, da un lato, sulla latitudine globale e sovranazionale del fenomeno e, dall'altro, sulla necessità in ogni caso di modificare l'approccio regolatorio, che deve adeguarsi a una realtà virtuale fatta di piattaforme informatiche e algoritmi. Occorrerebbe vigilare gli algoritmi a monte dei programmi informatici più che i soggetti.

Ma parlare di vigilanza si fa ancora più difficile laddove si abbia riguardo al mercato delle criptovalute, "entità" che per definizione sfuggono a formali sistemi di controllo. Si discute molto se siano o meno equiparabili a valute legali (alle valute estere l'ha equiparate l'amministrazione fiscale ai fini dell'applicazione dell'iva) ma in ogni caso pare consustanziale al loro utilizzo lo sfuggire a controlli, sicché proprio il sottrarsi alle maglie (e ai costi) della vigilanza dello Stato e delle autorità rappresenta una loro peculiarità. Quanto poi ciò induca un loro utilizzo fraudolento è altra questione.

Di fronte a queste criticità si hanno i sistemi informali di pagamento: possono essi e, se sì, in quale misura, offrire spunti utili per affrontare il problema dei mercati privi, per varie ragioni, di autorità formali di controllo? Ed allora a maggior ragione serve studiare *hawala*. L'assenza di controlli esterni non è di per sé sufficiente a stabilire, fra i due fenomeni in confronto, equivalenze o similitudini decisive. Basta la lunga storia (e la cultura) che è alle spalle di *hawala* a indurre a procedere con molta cautela in tal senso. E tuttavia le somiglianze sono intriganti. Una realtà, per così dire, autogestita, in grado di ottenere risultati efficaci, duraturi e confermati nel tempo può costituire, se non un modello, quanto meno l'oggetto di uno "studio" come Moliterni ha fatto con molta perizia. [FABRIZIO MAIMERI].