

JUS CIVILE

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



5/2023

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.



INDICE

pag.

Articoli e Saggi

L'uso alternativo del diritto fra teoria e prassi ** di <i>Carmelita Camardi</i>	970
Il conflitto di interessi nella rappresentanza legale tra Codice civile e Codice di rito * di <i>Ugo Salanitro</i>	979
Le azioni rappresentative a tutela dei consumatori nell'ambito del <i>New Deal for Consumer</i> . Alcune riflessioni * di <i>Amalia Di Landro</i>	986
Diritto privato e interessi generali. Profili storico-sistematici * di <i>Giuseppe Portonera</i>	1001
Intelligenza artificiale e responsabilità civile. Alcune osservazioni sulle attuali proposte europee * di <i>Caterina Del Federico</i>	1029
 Giurisprudenza italiana	
Azione di riduzione e rinuncia tacita al legato sostitutivo * di <i>Giulio Biancardi</i>	1047

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

* Contributo sottoposto a revisione.



CARMELITA CAMARDI

Professoressa ordinaria di Diritto privato – Università Ca' Foscari Venezia

L'USO ALTERNATIVO DEL DIRITTO FRA TEORIA E PRASSI^{*}

SOMMARIO: 1. Il valore di una testimonianza. – 2. Il contesto dato e l'alternativa negli anni '70. Critica della tradizione, ideologia marxista e tentativo di fondare una "prassi". – 3. Dalla demistificazione alla ricostruzione. La critica della dogmatica. – 4. Dalla critica della dogmatica alla prassi emancipatoria fondativa di un nuovo diritto. a). I luoghi della prassi emancipatoria. b) Il nuovo Diritto dell'economia. – 5. Uso alternativo del diritto e Costituzione. – 6. In chiusura.

1. – Una riflessione sulla formula dell'*Uso Alternativo del Diritto* a 50 anni dal Convegno catanese che l'ha lanciata come bandiera non solo teorica di un certo modo di fare i giuristi¹, richiede uno sguardo lungo e attento. Lungo, perché la distanza aumenta sempre la capacità di comprensione dei fenomeni. Attento, perché al di là dell'essere una bandiera issata da giuristi della cattedra e da magistrati, e al di là di talune critiche severe che le sono state rivolte, questa bandiera nascondeva aspetti di complessità che non possono essere sottaciuti e che successivamente in altre occasioni si è provato a riportare in evidenza (il Convegno palermitano del 2006 sugli *Anni Settanta del diritto privato*)².

Vorrei allora provare a mettere in ordine questi aspetti e poi ad aggiornare una valutazione che possa – questa è la speranza – restituire a quel Convegno e alla sua proposta un ruolo nella storia della *iurisprudencia* italiana.

Nell'occasione di questa mia testimonianza, mi ripropongo non solo ricordare ciò che ho visto con i miei occhi – e quel che ho fatto nelle mie ricerche – negli anni immediatamente a ridosso del Convegno, ma vorrei anche provare a dare a questi ricordi una valenza non contingente, né meramente commemorativa, ma che sia utile a sollecitare una riflessione capace di riconoscere a quella esperienza la dignità di una stagione di studio, non importa se poi superata e non importa se superata attraverso un ripensamento, un pentimento o un riflusso. Quando dico una stagione di studio intendo una fase di pensiero della scienza giuridica, i cui prodotti di ricerca come tali vadano considerati dal punto di vista della rilevanza scientifica, anche da parte di chi del tutto legittimamente non li condivide nel metodo e nei contenuti.

Vorrei perciò cominciare trattando due aspetti tra loro connessi.

^{*} Il presente contributo riproduce il testo della Relazione tenuta al Convegno "L'uso alternativo del diritto. Il convegno catanese cinquant'anni dopo", tenutosi presso l'università di Roma La Sapienza il 16 dicembre 2022, e destinato alla raccolta dei relativi Atti.

¹ Rinviamo per ogni informazione agli Atti del Convegno, *L'uso alternativo del diritto*, a cura di P. BARCELLONA, I. *Scienza giuridica e analisi marxista*, II. *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Bari, 1973.

² I cui Atti sono raccolti nel volume a cura di L. NIVARRA, *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008.



Il primo è schiettamente scientifico, metodologico e –per così dire– autopoietico: i giuristi “alternativi” si guardano dentro, provano un senso di frustrazione, e non si riconoscono come tali, se non a prezzo di costruire quell’*alternativa* rispetto all’oggetto del loro pensiero, come ricevuto dalla tradizione ed al modo di manipolarlo.

Il secondo aspetto –strettamente conseguente– riguarda i confini del territorio assegnato alla riflessione sul diritto da parte dei giuristi.

I confini dell’ordinamento dato non sono ritenuti sufficienti a costruire quella legittimazione sociale che anche i giuristi sentono di dover cercare quale necessario riconoscimento della loro esistenza come ceto intellettuale. Essi si riconoscono in quanto intellettuali al servizio dichiarato di una “causa”, e in quanto tali decidono di saltare il fossato che –nell’organizzazione ormai complessa della società degli anni ’70– chiaramente separava quella professione intellettuale dalla politica e dalla società. È un salto che si oppone alla logica sistemica della differenziazione dei ruoli, e in tal senso conferisce al pensiero scientifico prodotto da quella scelta una valenza destinata a sopravvivere al successivo rientro nei ranghi: una valenza culturale e metodologica, ancora presente.

2. – Cominciando dal primo aspetto, provo a costruire alcuni riferimenti. Il contesto culturale degli anni ’70 vede ancora prevalente nella teoria e nella pratica il modello classico della ortodossia giuridica, caratterizzato dall’astrazione³, cioè dall’idea della neutralità e apoliticità del diritto e dunque del giurista, e dalla tendenziale oggettività dell’interpretazione, garantita da una dommatica storicamente legittimata dalla tradizione romanistica e sistematicamente orientata ad organizzare i procedimenti interpretativi nella direzione della conservazione e stabilità del sistema giuridico. Le impassibili Dottrine di Santoro Passarelli⁴ ne rappresentano l’icona più elevata. Questo modello connotava principalmente l’esperienza del diritto privato e civile, ma non è difficile trovare i postulati che lo reggevano, dalla separazione dei poteri, al primato della legge, alla base dell’ortodossia propria del diritto pubblico e amministrativo, come anche del diritto commerciale; come pure –tratto non banale– del diritto del lavoro, non a caso spesso impartito da privatisti a dispetto dell’affermazione di scuole giuslavoristiche che ne rivendicavano –Statuto dei lavoratori alla mano– l’ormai acquisita autonomia dal diritto civile. Ma non solo di questo si trattava.

Sul versante più propriamente teorico-metodologico, facilmente tale ortodossia poteva ricondursi al fondamentale contributo di Norberto Bobbio, più lontano nel tempo, ma autorevolmente inteso a confinare il ruolo dell’interprete, nel nome del rigore scientifico della *iurisprudencia*, nell’analisi del linguaggio giuridico, cioè delle proposizioni del legislatore. Dentro le quali il giurista ha l’occasione di risolvere la sua frustrazione comparativa (al confronto con le altre scienze) e di recuperare la piena dimensione identitaria di scienziato, al pari di tutti gli altri scienziati della natura. Fuori da questo confine tale dimensione si perde.

Nel sostituire la verità delle scienze empiriche o formali con il rigore dell’analisi del linguaggio, Bobbio ingabbia il giurista nel perimetro delle regole e del contenuto regolato, sul presupposto che al di fuori delle proposizioni normative nulla ci sia che possa preservare la scientificità del discorso giuridico; non il diritto naturale, né la sociologia del diritto, che non sono scienze che possano legittimare il giurista nella platea degli scienziati⁵.

³ L. NIVARRA, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni settanta*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., 7 ss.

⁴ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954.

⁵ N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 342.



In antitesi a Bobbio, seppur con minor successo, la lezione bettiana indirizzava invece l'interprete a riconoscere quella che lui chiamava –nella *storicità del soggetto interpretante*– la “inversione del processo creativo nel processo interpretativo”. Il linguaggio da altri adoperato non può essere ricevuto così bell'è fatto, ma come un'esigenza di ricreare e ritradurre, nell'ineliminabile interferenza tra l'oggettività della forma rappresentativa e la soggettività dell'interprete⁶. Mentre Ascarelli, nell'analogo intento di liberare la norma dalla prigionia del testo, e senza alcuna specifica professione di fede, risolveva il diritto nell'interpretazione, la quale non è operazione meramente logico deduttiva, né può svolgersi attraverso un uso acritico ed automatico dei concetti tramandati; essa ha natura creatrice e non ricreatrice, assiologica e non solo logica, innovativa e non dichiarativa⁷.

Ebbene, questa indicazione ancorché così sommaria e sintetica del contesto culturale degli anni '70 non è indifferente –ad oggi– per spiegare la *vis* distruttiva dell'uso alternativo del diritto, e il suo essere *alternativo*, il suo voler essere *altro* dall'uso *normale* del diritto. Ed invero le suggestioni acquisite fino a quel momento non è che non permettessero di già la scelta fra diverse opzioni metodologiche: quanto antagonisti e alternativi fossero il modello ermeneutico di Betti e quello storico-creativo di Ascarelli (che nessuna fede ermeneutica professava) da una parte, rispetto a quello positivistico e formale di Bobbio, dall'altra, non è tema che necessita di molte argomentazioni. Eppure, i promotori di quel convegno nessuna menzione fanno di queste scuole e di questi orientamenti di pensiero, i quali confluiscono nell'unica valutazione della tradizione giuridica che viene data e che netta appare nella relazione a sfondo storico di Giovanni Tarello⁸. Ed è qui il punto. Ciò che viene colto in seno al panorama teorico di quel momento non è tanto l'alternatività dell'orientamento ermeneutico rispetto a quello dommatico, quanto il fatto che sia l'uno che l'altro si presentavano pur sempre come metodologie che esauriscono la loro efficacia sul piano della teoria del diritto, che operano sulla concezione della regola e sulla costruzione del regolato. In tal modo, il giurista “tradizionale” appariva pur sempre come interprete la cui attività è principalmente finalizzata alla soluzione del caso concreto, indipendentemente dal fatto che si ammetta o meno che possa giungersi a soluzioni omogenee o diverse, sul piano – non sempre alla stessa maniera valorizzato – della cosiddetta certezza del diritto. Ricordo ad esempio che Ascarelli si faceva vanto di cambiare idea sullo stesso problema, mentre Betti non faceva mistero di considerare la completezza dell'ordinamento come un obiettivo possibile piuttosto che una premessa del discorso interpretativo. Ma è proprio questo il bersaglio dell'uso alternativo: questo essere la scienza del diritto ... una *scienza teorica* del diritto, una dimensione del pensiero, niente di più e niente di altro.

Ma perché questo bersaglio?

Sono due le motivazioni che posso ipotizzare, da porre in una *consecutio* non logica ma ideologica.

La prima è rinvenibile in toni forti nelle dichiarazioni di apertura di Pietro Barcellona⁹, come nei contributi di Tarello e Ferrajoli¹⁰. Ed è quella per cui l'assetto dato dell'ordinamento vigente insieme con l'in-

⁶ È sufficiente in questa sede il rinvio a E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*. Prolusione al corso di diritto civile pronunciata il 15 maggio 1948, ora in *Riv. Italiana scienze giuridiche*, 5, 2014 11.

⁷ Ci si permetta sul punto di rinviare al nostro contributo *Creatività, storicità e continuità nella teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, in *Riv.trim. dir. e proc. civ.*, 2020, 69.

⁸ G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in *L'uso alternativo del diritto*, I, cit., 61 ss., che parlava di “sterilizzazione” della funzione politica del giudice e deresponsabilizzazione del giurista interprete a causa della subordinazione della magistratura al potere legislativo e della rappresentazione ideologica dell'interpretazione come attività tecnico-meccanica. E non si vede in ciò – lamentava Tarello – l'esercizio di una funzione politica servente del potere e un ruolo ancillare e tutt'altro che indipendente della magistratura.

⁹ P. BARCELLONA, *Introduzione* al vol. I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, cit. *passim*.



dicato connotato teorico della scienza giuridica sarebbero alla base della sterilizzazione della funzione politica del giudice e della deresponsabilizzazione del giurista interprete, in ragione della subordinazione della magistratura al potere legislativo e della rappresentazione ideologica dell'interpretazione come attività tecnico-meccanica, o logico-analitica.

Vi sarebbe in ciò, secondo tale visione, l'esercizio di una funzione servente del potere e la riduzione della magistratura ad un ruolo ancillare e tutt'altro che indipendente. C'è un concetto, una parola, che riassume questa visione della teoria e della scienza giuridica: è il concetto di "demistificazione", la ricerca di una verità da contrapporre ad un'altra verità, falsa e mistificante, quella dell'autonomia, della certezza e della neutralità del diritto, e della indipendenza della magistratura; alla quale invece si contrapponeva, svelando la mistificazione, la verità "vera" di un asservimento al potere esercitato dalle classi dominanti¹¹.

Ed è qui che si costruisce in maniera complessa la seconda motivazione della *vis distruttiva* sviluppata contro la dottrina tradizionale. Essa non solo è ritenuta essere nient'altro che una teoria e una mistificazione (invero questo solo argomento basterebbe a sviluppare un'altra teoria, ma non è questo lo scopo del movimento), ma anche una tecnica che – ove non svelata e combattuta – continuerebbe a perpetrare silenziosamente ma irrimediabilmente i suoi effetti negativi sulla società, perpetuando il medesimo assetto di potere sociale, con le sue contraddizioni e le sue ingiustizie.

L'argomentazione invero sarebbe incomprensibile se non si evidenziasse un passaggio ideologico che fin qui ho taciuto, e che adesso va invece valorizzato. La critica del modello tradizionale in chiave di disvelamento, infatti, è filtrata pressoché esclusivamente dall'ideologia marxista, dall'adozione di taluni schemi della filosofia marxista che la guidano verso l'identificazione del diritto moderno e della scienza giuridica che lo assume ad oggetto teorico del suo pensiero quale forma –sovrastuttura dovrei dire– del capitalismo, dell'assetto borghese imposto alla società attraverso quegli strumenti (dalla proprietà privata al contratto) e quegli obiettivi (il mercato, la mercificazione e il profitto) la cui legittimazione è affidata al modello dello Stato di diritto e per questa via alla scienza giuridica¹².

Senza questa premessa ideologica, non si comprende il passaggio fondamentale della critica operata dall'uso alternativo del diritto: e cioè la proposta di affiancare, se non addirittura di sostituire la teoria del diritto con una nuova *prassi del diritto*, la quale –rinunciando al sistema dato– sia in grado di produrre ciò che la teoria impedisce di realizzare: l'emancipazione dei subalterni, la liberazione dal giogo del profitto privato, quell'uguaglianza che la stessa Costituzione impone di realizzare non soltanto davanti alla legge, ma – per l'appunto – nella prassi dei rapporti sociali¹³.

¹⁰ Per il contributo di TARELLO vedi *supra*, nota 3, cui adde L. FERRAJOLI, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in *L'uso alternativo del diritto, I, Scienza giuridica e analisi marxista*, cit., in particolare, 105, 115 ss., a proposito del ruolo di rottura riconosciuto a Magistratura democratica per aver fatto emergere quella che viene chiamata "omertà di casta" del ceto giudiziario e della giustizia borghese.

¹¹ Così P. BARCELLONA, *Introduzione*, cit., *passim*; il cui pensiero su questo punto si legge più estesamente nell'*aureo* libretto di P. BARCELLONA, D. HART, U. MUCKENBERGER, *L'educazione del giurista. Capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, Bari, 1973, 9, 34, 85 ss.

¹² R. GUASTINI, *Fondamenti teorici dell'uso alternativo nel marxismo*, in *L'uso alternativo del diritto*, cit., vol. II, 10 ss.; e in senso critico F. LEONARDI, *Uso sostantivo, precettistico e metodologico dell'analisi marxista nell'esperienza giuridica*, *ibidem*, 75, 78 ss. Su questo aspetto, vedi anche le considerazioni di N. LIPARI, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 144 ss.; L. NIVARRA, *La grande illusione. Come nacque e come morì il marxismo giuridico in Italia*, Torino, 2015, 57 ss.; M. COSSUTTA, *Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, Trieste, 2011, 36, 47 ss.

¹³ P. BARCELLONA, *Uso alternativo e riserva di liceità per prassi emancipatoria*, in *L'uso alternativo del diritto*, cit., vol. I, 129 ss.; ma già nella *Introduzione* a questo volume, VI ss.; F. GALGANO, *Uso alternativo del diritto privato*, in *L'uso alternativo del diritto*, II, cit., 137 ss.



Sarebbe forse un errore, tuttavia, valutare la proposta dell'uso alternativo del diritto semplicemente mettendone in rilievo la connotazione politico-ideologica derivante dall'adesione alla prospettiva marxista, allora incarnata da un partito politico –il PCI– che si candidava alla guida della società¹⁴. Ovvero, per dirla con altre parole, non è questa la prospettiva che mi interessa mettere in rilievo 50 anni dopo.

Ciò che trovo ad oggi degno di interesse, anche come impulso di riflessione per le giovani generazioni che non hanno vissuto quella stagione di cultura, è un'altra cifra, ahimè non me ne voglia nessuno, che è ancora una volta una cifra teorica. E ci avviciniamo così a quel secondo aspetto che avevo annunciato voler essere oggetto di questa mia testimonianza. Ed infatti, non è tanto il richiamo del marxismo che muove il movimento; quanto piuttosto la messa in discussione della separazione tra diritto e politica, la rivendicazione cioè al ruolo del giurista del compito di fondare accanto ad una teoria del diritto e dell'interpretazione anche una PRASSI SOCIALE; l'idea cioè che il pensiero scientifico non possa da solo legittimare lo scienziato, ma che questi debba invece trovare la sua legittimazione sociale, e dunque la sua ragione d'essere, anche nei confronti della società alla quale si rivolge; l'idea, ancora, che le geometrie o le finenze concettuali debbano produrre un risultato sociale idoneo a cambiare, o semplicemente a partecipare del cambiamento sociale in una direzione più "giusta".

Questa aspirazione è la chiave di tutto. Come accennavo all'inizio, vi è qui più che una critica, una frattura o un tentativo di infrangere quella sistemazione delle società complesse che passa attraverso la riduzione della complessità e delle contraddizioni che rischiano di destabilizzarla. E noi sappiamo che la riduzione della complessità –intesa come sedazione dei conflitti– passa attraverso la separazione dei sottosistemi e dei relativi ruoli; quindi principalmente attraverso la separazione tra politica, etica, giustizia ed economia proprio attraverso il diritto, che a sua volta si separa dalla politica, come dall'economia, ma in qualità di garante di tutte le separazioni e dell'equilibrio che per questo tramite si vuol realizzare.

Ora, il passaggio dall'autonomia e neutralità del giuridico alla mischia della prassi politica è un passaggio di confine, anzi un abbattimento di confine tra due territori pensati come separati. Al giurista la sapienza delle norme, con la scientificità dei suoi metodi. Al politico la gestione della prassi.

Ma il giurista che rinuncia al sistema teorico per candidarsi a gestire una prassi è una sfida¹⁵.

3. – Se questa è la cifra della proposta, manifestata nel Convegno di Catania ma in realtà sviluppata per circa tutto il decennio, un elemento successivo di riflessione concerne allo stesso tempo il ruolo del marxismo ed il modo in cui quei giuristi si proponevano di sanare l'*impasse* generata dal rifiuto del sistema dato, in particolare quella sorta di "orfanità dell'oggetto" che inevitabilmente il salto dalla teoria alla prassi determinava nell'identità sociale del giurista.

Cosa oltre le norme? Il rischio era quello che Bobbio paventava, cioè il nulla, un vuoto per esorcizzare il quale egli moltiplicava pur sempre e soltanto i cerchi delle proposizioni linguistiche cui il giurista doveva attingere anche quando la sua interpretazione necessariamente si faceva analogica, storica o sistematica, per poter superare i limiti della lettera della legge¹⁶. Ma questo metodo ovviamente non bastava a sanare l'orfanità, o la frustrazione, generate dal salto nella politica e nella giustizia. Anzi, la drammatizzava.

¹⁴ A. LA SPINA, *Le politiche di sinistra e il diritto*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., 29.

¹⁵ Ciò è quanto con maggiore chiarezza emerge dall'applicazione dello schema dell'uso alternativo ai cosiddetti diritti speciali, come il diritto del lavoro. Vedi sul punto F. MAZZIOTTI, *Usi alternativi del diritto del lavoro*, vol. I, 196, 204 ss.; S. RODOTÀ, *Funzione politica del diritto dell'economia e valutazione degli interessi realizzati nell'intervento pubblico*, *ibidem*, 230, 249.

¹⁶ N. BOBBIO, *Scienza giuridica e analisi del linguaggio*, cit., 359, sul presupposto (esplicito, 353) che al di fuori dell'analisi del-



Mi pare allora che la proposta dell'uso alternativo del diritto sia quella di leggere ed assumere come oggetto *sub specie iuris* ciò che la demistificazione costruita nel canone marxiano aveva portato alla luce, una volta squarciato il velo di quella ortodossia che il giurista tradizionale custodiva quale confine insuperabile tra diritto e politica, fra teoria e prassi. Io credo che qui stia il nucleo metodologico di quella proposta e forse anche la sua attualità. Squarciato il velo dell'astrazione e della neutralità, emergono nella loro brutalità le contraddizioni sociali e gli antagonismi, le disuguaglianze in tutte le loro forme, le discriminazioni personali, le differenze di sviluppo, il potere dell'impresa, la subalternità del lavoro e dei consumatori, come tutte le figure di coloro che si appropriano di quote di ricchezza senza produrle (dai tagliatori di cedole ai *rentiers*) e di coloro che invece le cedono.

La *prassi politica* che si vuol sostituire ad una teoria del diritto che nasconde queste contraddizioni si riempie perciò di contenuto analitico: quello che dissolve e destruttura il generale pregiudizio dell'astrazione giuridica nelle singole mistificazioni operate dagli istituti giuridici; e quello che ricostruisce poi le contraddizioni così disvelate in una forma che ne contiene una proposta di superamento attraverso il diritto, come vedremo, su traiettorie diverse che privilegiano diversi "luoghi" nei quali innestare le proposte riformatorie. Qualche esemplificazione può chiarire il ragionamento.

Sul piano più propriamente analitico, voglio innanzitutto ricordare la critica della teoria del negozio giuridico, uno dei risultati con i quali perfino chi ha lanciato strali di fuoco contro l'uso alternativo del diritto deve fare i conti, pena la propria credibilità perfino come tecnico del diritto. Squarciato il velo del dogma volontarismo e della parità dei contraenti, emergono gli antagonismi, emergono contratti senza volontà, scambi senza accordo, per adesione, a contenuto vincolato, contratti veicolo di dipendenza economica e subordinazione, tutt'altro che manifestazione di libertà. Una complessità di rapporti conflittuali che ancora oggi noi tutti, debitori di quell'operazione concettuale, ci sforziamo di ripensare alla luce di una normativa che più non intende – né potrebbe – nasconderli¹⁷.

Voglio ricordare anche la critica della responsabilità civile, ancorata tradizionalmente alla tutela esterna della proprietà privata da una parte, e ad una visione soggettivistica dell'illecito, dall'altra; e incapace di esprimere e disciplinare le contraddizioni aperte dall'incedere drammatico della società del rischio, indotta dalla inevitabile dannosità e pericolosità dell'attività industriale verso la natura, gli uomini e le cose¹⁸. O la critica della società per azioni intesa a far emergere dal neutro principio plutocratico le contraddizioni e gli antagonismi tra capitale e rendita, tra profitto e risparmio, occultate nella formula neutra dell'interesse sociale¹⁹.

Operazioni concettuali ancora imprescindibili, generate in quel clima e in quel contesto di riflessioni da Maestri partecipi dell'esperienza che stiamo ricordando.

4. – Ma questo non è tutto. Ben più che la riscrittura degli istituti codicistici in chiave di funzione politica, la costruzione di una prassi politica emancipatoria intesa a disvelare i limiti conoscitivi dell'ortodossia giuridica affronta nodi ben più importanti: quello connesso all'individuazione dei "luoghi" nei quali fondarla e

le norme la scienza giuridica non possa più ritrovare se stessa come scienza: ciò che spingeva l'illustre maestro a dire che tutto ciò che indaga l'origine, il fondamento o la funzione della regola non appartiene alla ricerca del giurista, dal diritto naturale alla sociologia del diritto.

¹⁷ F. GALGANO, voce "Negozio giuridico (dottrine gen.)", in *Enc del diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977, 932 ss.

¹⁸ Qui è d'obbligo la citazione di S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, ora 2023.

¹⁹ Ancora F. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica. Società per azioni, Stato e classi sociali*, Bologna, 1972.



implementarla. E quello connesso al disvelamento dello sviluppo di un altro “diritto”, vigente ma non ancora portato a sistema, capace – esso solo – di smentire il mito dell’astrazione e della neutralità delle forme giuridiche.

a) *I luoghi della prassi emancipatoria*

Cominciamo dal primo. L’emersione delle contraddizioni sociali offre il terreno per diverse possibili prassi²⁰, primariamente quella che invoca un nuovo diritto, e perciò il ruolo del parlamento, chiamato ad abbandonare esplicitamente la regola della neutralità e a prender partito per l’emancipazione. L’esperienza dello Statuto dei lavoratori, con i suoi strumenti di tutela e la valorizzazione della funzione sindacale, evidenzia finalmente l’abbandono della mistificante ricostruzione del rapporto di lavoro come mero contratto di scambio tra salario e lavoro, e permette contestualmente di liquidare quelle grottesche ricostruzioni del diritto di sciopero come diritto potestativo o addirittura negozio di attuazione del contratto di lavoro. Testimonianze di una dogmatica ideologica sulla quale, invero, non servono molti commenti²¹.

Vi è poi chi contrappone alla prassi politica come prassi legislativa un più rivoluzionario concetto di prassi emancipatoria vera e propria, da giocarsi nelle aule dei Tribunali. Mi riferisco alla promozione di nuove prassi collettive emancipatorie da assumere come fonte creativa di situazioni giuridiche soggettive rilevanti, teorizzando l’esistenza di una sorta di “riserva di liceità” per quelle prassi intese a rimuovere gli ostacoli di cui all’art.3 Cost., e a realizzare *di fatto* – e in termini di eguaglianza sostanziale – obiettivi realmente emancipatori. Ad esempio, si giustificava con tali argomenti, e con lo scopo di restituire agli esclusi la dignità sociale, l’occupazione senza titolo di edifici disabitati, ma anche la stessa prassi sindacale, come modello di conflitto collettivo che sta fuori dal diritto privato e dal pubblico²².

b) *Il nuovo Diritto dell’economia*

La seconda prospettiva, più sistematica, restituisce invece la proposta di assumere ad oggetto di studio e rielaborazione tutti quei settori della legislazione la cui incontestabile estraneità ai canoni del diritto liberale moderno ne produceva di fatto l’iscrizione ad una sorta di limbo metodologico e teorico, inattuabile per i puristi del diritto civile, del diritto commerciale o del diritto pubblico e amministrativo. Mi riferisco – e qui non parlo solo da testimone ma in certo senso anche da protagonista – a quel “diritto dell’economia” che per l’appunto sfidava tutti i canoni dell’ortodossia giuridica liberale, per essere frutto non della neutralità dello Stato liberale e “guardiano”, ma del suo massiccio interventismo nell’economia e nel mercato; non della rigida separazione tra pubblico e privato, ovvero tra diritto privato e diritto commerciale, ma di una commistione di forme inspiegabile e irriducibile alle categorie che, ad esempio, contrapponevano rigidamente gli enti del libro I e quelli del libro V, ovvero fondazioni e imprese, associazioni e società; o ancora funzioni politiche e funzioni economiche. Per non peccare di astrattezza, sto pensando alla disciplina delle partecipazioni statali, a quella del finanziamento pubblico delle imprese, alle banche pubbliche nelle loro varie forme, ovvero ancora a quegli ordinamenti separati, come l’ordinamento bancario, che una rigida partizione settoria-

²⁰ Vedi una sintesi in P. BARCELLONA, *Introduzione a L’uso alternativo del diritto*, cit. vol. II, X, XI.

²¹ E. RUSSO, *Linee di una nuova dogmatica*, in *L’uso alternativo del diritto*, cit., vol. II, 123, un contributo che non manca di sottolineare l’importanza della dogmatica costruttiva (104).

²² Sul punto vedi le proposte di P. BARCELLONA, *Uso alternativo e riserva di liceità per prassi emancipatorie*, cit. 129 ss.; riprese nel contributo di L. BARBIERA, 147. Sul primato della Costituzione, quale bandiera teorica e politica di quegli anni, si veda L. NIVARRA, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni settanta*, cit., 9 ss.



le degli studi giuridici escludeva dalla tradizionale elaborazione concettuale del privatista, del commercialista o dell'amministrativista, sprovvisti di strumenti analitici idonei a ricondurli a sistema²³.

Ma ciascuno di questi settori dell'ordinamento (che chissà perché venivano definiti "speciali"), mentre svelava l'incoerenza delle relative discipline con i postulati dello Stato di diritto liberale, ne disvelava (di quest'ultimo) tutte le contraddizioni e gli antagonismi endogeni ed esogeni. Aspetti che solo una scienza giuridica alternativa poteva invece mettere a tema e fare oggetto di una teoria prima, e di una prassi dopo, capace di affrontare con consapevolezza ciò che nel futuro è puntualmente avvenuto: una serie di riforme che hanno transitato la stessa teoria dello Stato liberale dalla modernità alla post modernità dello Stato regolatore.

La scoperta del "diritto dell'economia" fornisce argomenti, ad esempio a Rodotà, per smontare il pregiudizio della monoliticità dell'ordinamento e dichiarare che il sistema giuridico non può essere riguardato come schema compatto, ma come entità discontinua in cui trova espressione la logica antagonista delle forze produttive; ma altresì per dislocare nella sede legislativa la realizzazione dell'uso alternativo del diritto²⁴. Mentre formule come quelle del "Governo democratico dell'economia", ovvero del "Controllo sociale delle attività private" esprimevano l'intento di offrire modelli alternativi sia al libero mercato, che alla gestione burocratica di quegli "apparati di mediazione" dei quali lo Stato si serviva per realizzare la propria strategia economica²⁵.

Ugualmente, la prospettiva del diritto dell'economia offriva il destro per integrare la proposta ricostruttiva di talune categorie e istituti del diritto privato nella medesima direzione: quella di mostrare una volta di più la necessità di abbandonare la metodologia dell'astrazione concettuale con la quale le innovazioni normative venivano risucchiate nelle categorie tradizionali ed occultate quindi nel loro essere espressione della rottura di vecchi modelli. Penso, ad esempio, alla teoria del mutuo di scopo, con la quale si annacquava nella mera revisione del concetto di causa del contratto – "colorata" e non più indifferente all'uso che il mutuatario avrebbe fatto del denaro mutuato –²⁶ la complessità del credito agevolato alle imprese, intervento espressivo di un antagonismo tra sistema bancario e sistema produttivo, mediato dallo Stato attraverso il sostegno pubblico del tasso di interesse.

Ecco, nel mettere a tema questa fenomenologia normativa nella chiave dell'antagonismo sociale gestito con nuove formule dell'azione pubblica, la metodologia dell'uso alternativo conduceva la propria battaglia contro l'ortodossia giuridica, offrendo al giurista nuovi oggetti e nuovi obiettivi in linea con l'esigenza di perseguire un'ipotesi di giustizia ed un più significativo livello di legittimazione sociale.

5. – C'è infine un elemento del quale finora ho fatto solo un rapido cenno, e che adesso va correttamente inserito nel progetto scientifico e nella costruzione delle prassi emancipatorie nelle quali l'uso alternativo del

²³ Per queste considerazioni si rinvia a quanto più analiticamente osservato da chi scrive nella *Relazione di sintesi* al Convegno Gli anni settanta del diritto privato, nell'omonimo volume, cit. 484 ss.; ma vedi anche L. Nivarra, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni settanta*, cit., 12 ss.

²⁴ S. RODOTÀ, *Funzione politica del diritto dell'economia e valutazione degli interessi realizzati nell'intervento pubblico*, cit., 229, ss.

²⁵ Evidente il riferimento ad alcuni dei volumi che in quella stagione rappresentavano la punta più alta della metodologia ricostruttiva di cui parliamo: AA. VV., *Il governo democratico dell'economia*, Bari, 1976, inteso a ricostruire in termini propositivi un modello di amministrazione dell'economia alternativo alle vecchie concezioni privatistiche del mercato e dell'attività produttiva; e sulla stessa cifra, S. Rodotà (a cura di), *Il controllo sociale della attività private*, Bologna, 1977.

²⁶ M. FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, in *Banca borsa tit. cred.*, vol. I, 1961, 483.



diritto si riconosceva: ed è l'argomento costituzionale. Il richiamo dell'art. 3, comma 2, come delle altre norme e principi che nelle varie sedi valorizzano la dignità delle persone, i diritti sociali e l'eguaglianza sostanziale, costituisce il presidio ultimo che fonda l'intera costruzione, per essere essa stessa espressione di un modello sociale alternativo a quello borghese incarnato nei codici. In tal senso, il richiamo della Costituzione fornisce un fondamento sicuro per una teoria critica del diritto, ma anche per una prassi che assuma come suo obiettivo un'idea laica ed egualitaria di giustizia.

Quale sia stata e sia ancora la rilevanza dell'argomento costituzionale nell'interpretazione e quale sia l'importanza dello stesso nelle diverse teorie della *Drittwirkung* è fatto troppo noto perché se ne debba dire qualcosa in questa sede, salva una notazione che invece ritengo debba essere svolta. A ben riflettere, infatti, è proprio l'utilizzo dei principi costituzionali che rende possibile ancora oggi pensare all'uso alternativo del diritto come ad una stagione che un suo ruolo ha giocato nella controversa partita storica della scienza giuridica²⁷. Ed infatti, come collocare ad oggi le prassi con le quali, alla luce delle Carte dei diritti fondamentali (la nostra inclusa), associazioni o soggetti privati conducono le loro battaglie per quei diritti della persona che il legislatore non vuole riconoscere? E come definire le decisioni dei giudici che le supportano creando una riserva di liceità –ad esempio per il suicidio assistito o per il riconoscimento dei figli generati da GPA– in presenza di condizioni che ragionevolmente le giustificano, bilanciando i diversi principi?

Certo, 50 anni fa l'uso alternativo del diritto si appoggiava ad una corrente politica forte e strutturata nel sistema socio-economico e in quello politico, come portatrice di una logica di classe. Ciò che non può dirsi oggi dei movimenti di opinione che danno vita alle prassi indicate, trasversali e privi di supporti strutturati. Ma una riflessione intesa a verificare se anch'essi si facciano portatori di una prassi emancipatoria meriterebbe forse di essere iniziata.

6. – Vorrei da ultimo dire qualcosa sulle critiche che la proposta dell'uso alternativo ha ricevuto. Alcune ironiche, altre feroci, altre di mera perplessità, e non c'è il tempo in questa sede per raccontarle tutte²⁸. Mi limito solo a ricordare, nel rispetto del pluralismo valutativo che ciascuno di noi deve all'altro, che non sarebbe appropriato collocare quella esperienza nella dimensione del contingente e del transitorio, se non per i legami più strettamente politici instaurati con taluni gruppi e partiti. Ma al di là questo, l'elemento del disvelamento o della demistificazione della funzione politica del diritto liberale e dell'interpretazione che su di esso si conduceva, unitamente all'apertura della riflessione giuridica a territori non ortodossi, non rappresentano aspetti transeunti e casuali del pensiero giuridico, ma momenti identificativi del suo processo di sviluppo sul piano metodologico e sistematico. Come tali a tutt'oggi rilevanti.

²⁷ Mi sembra su questa linea N. LIPARI, *L'uso alternativo del diritto*, oggi, cit., 148 ss.; e già L. NIVARRA, *Ipotesi sul diritto privato*, cit., 18, che parla di un "lascito", quantomeno a proposito del disvelamento di una delle narrazioni del diritto moderno che vorrebbe l'ordine consegnato al dominio della natura (20).

²⁸ A parte le più recenti valutazioni di LIPARI (*supra* nota 25), nell'immediato ed anche ai giorni nostri le valutazioni sono di segno assai critico; e vedi per una sintesi ancora N. LIPARI, *op. cit.*, 150 ss., con riferimento ai giudizi di NICOLÒ, SANTORO PASSARELLI, SCARPELLI; F. MACARIO, *L'autonomia privata*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., 146 ss. Più nello specifico, si vedano poi i più severi giudizi critici di N. IRTI, *Una generazione di giuristi*, in *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990, 44; P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, Napoli, 2021, 62; P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno*, Milano, 2021, 107 (che parla di "fiammata effimera"); e poi il ripensamento dello stesso P. BARCELLONA, *Dialoghi fra generazioni...a proposito dell'uso alternativo del diritto*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra dogmatica e riforme legislative*, Milano, 1989, 985 ss.



UGO SALANITRO

Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi di Catania

IL CONFLITTO DI INTERESSI NELLA RAPPRESENTANZA LEGALE TRA CODICE CIVILE E CODICE DI RITO

SOMMARIO: 1. *Il ruolo di Pugliatti nella teoria del conflitto di interessi.* – 2. *Le caratteristiche del conflitto nella rappresentanza legale.* – 3. *Le questioni controverse alla luce della riforma.*

1. – Nel Codice civile del 1865 mancava una disciplina generale del conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato. Il tema fu affrontato in un lungo saggio di Salvatore Pugliatti¹, il quale si intestò l'idea secondo la quale il rappresentante, nell'agire in nome altrui, attraverso la *contemplatio domini*, non poteva che esprimere l'interesse del rappresentato². In tal modo l'illustre studioso risolveva due questioni di particolare interesse in quel momento storico: in primo luogo, negava l'astrattezza della procura, sostenendo che il rappresentante agiva comunque nell'interesse del rappresentato o per un mandato tacito o attraverso la *negotiorum gestio*³; in secondo luogo, fondava la invalidità per gli atti compiuti dal rappresentante volontario in conflitto di interessi, ancorché nel silenzio del legislatore⁴.

Quella riflessione era basata sull'analisi delle disposizioni che vietavano il conflitto di interessi nella rappresentanza legale, disposizioni che erano formulate in termini non troppo diversi da quelli che troviamo nella disciplina vigente: per cui molte delle idee emerse anche in tema di conflitto di interessi nella rappresentanza volontaria, ancorché formulate dalla dottrina che ha operato sotto il codice vigente e dopo la riforma del diritto di famiglia, sono tributarie, attraverso l'autorità del Pugliatti⁵, di analisi che avevano, quale unico punto di riferimento normativo, il conflitto di interessi nella rappresentanza legale⁶.

La disciplina del conflitto di interessi nel caso di rappresentanza legale era, ed è, regolata sia nel Codice civile, sia nel Codice di procedura civile. La dottrina, sin dai tempi di Pugliatti, ha sostenuto che le norme sul

¹ S. PUGLIATTI, *Il conflitto di interessi tra principale e rappresentante. Contributo alla teoria generale della rappresentanza*, Estratto dagli "Annali dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della Regia Università di Messina", vol. II, 1928, *passim*.

² PUGLIATTI, *op. cit.*, 49 ss.

³ PUGLIATTI, *op. cit.*, 10 ss.

⁴ PUGLIATTI, *op. cit.*, 72 ss.

⁵ PUGLIATTI, *op. cit.*, 65 ss.

⁶ Sull'origine della regola del conflitto di interessi nella rappresentanza volontaria, cfr. MAFFEIS, *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, Milano 2002.



conflitto di interessi facevano riferimento al medesimo concetto e, pertanto, si dovessero applicare, ad entrambe le discipline, i medesimi principi⁷.

Nel Codice civile regola il conflitto di interessi l'ultimo comma dell'art. 320, a tenore del quale “*Se sorge conflitto di interessi patrimoniali tra i figli soggetti alla stessa responsabilità genitoriale o tra essi e i genitori o quello di essi che esercita in via esclusiva la responsabilità genitoriale, il giudice tutelare nomina ai figli un curatore speciale. Se il conflitto sorge tra i figli e uno solo dei genitori esercenti la potestà genitoriale, la rappresentanza dei figli spetta all'altro genitore*”⁸. Gli atti compiuti in conflitto di interesse sono annullabili, ai sensi dell'art. 322 cod. civ., su istanza dei genitori che esercitano la responsabilità genitoriale, o del figlio, o dei suoi eredi o aventi causa.

Secondo la dottrina prevalente, l'atto compiuto in conflitto di interessi è annullabile anche se è stato autorizzato dal giudice tutelare, ai sensi del terzo comma dell'art. 320, e anche se il conflitto di interessi non fosse conosciuto né conoscibile dal terzo che ha contrattato con il rappresentante⁹. Dal punto di vista rimediabile, quindi, la disposizione del libro quarto in tema di conflitto di interessi nella rappresentanza volontaria, contenuta nell'art. 1394 cod. civ., nella parte in cui richiede che il conflitto di interessi sia riconoscibile dal terzo, si distacca dalla disciplina rimediabile della rappresentanza legale¹⁰.

In questa sede intendo esaminare gli approdi dottrinali e giurisprudenziali, anche al fine di valutare l'incidenza della recente modifica degli artt. 78 e 80 c.p.c., ora racchiusa nell'art. 473-bis.8, sulla nozione di conflitto di interesse¹¹.

2. – Perché sussista conflitto di interessi occorre che gli interessi del rappresentante siano antitetici e incompatibili rispetto agli interessi del rappresentato: gli interessi devono essere contrastanti, nel senso che il vantaggio dell'uno comporti il danno per l'altro¹². Non vi è conflitto di interessi nel caso in cui il genitore abbia un interesse comune o concorrente nell'affare del figlio, per cui gli interessi di entrambi siano suscettibili di essere soddisfatti dalla stipulazione del negozio, ovvero dall'accoglimento o dal rigetto della domanda giudiziale che li vede coinvolti¹³. Si pensi al caso in cui i genitori e i figli siano comproprietari di un immobile che si intende vendere a terzi: i genitori hanno interesse a vendere il bene

⁷ Con riferimento all'art. 136, comma 3, del Codice di procedura civile del 1865, a tenore del quale “*Se manchi la persona che deve rappresentare o assistere il convenuto o la medesima abbia interesse opposto a quello del convenuto o non vi sia chi la supplisca, il presidente della corte o del tribunale, il pretore o il conciliatore davanti cui è portata la causa nomina sull'istanza dell'attore un curatore speciale al convenuto*”, cfr. PUGLIATTI, *op. cit.*, 65 (nota 2).

⁸ Il Pugliatti poteva condurre le sue riflessioni in base all'art. 224, commi 3 e 4, del Codice civile del 1865, che recitava: “*Nascondo conflitto d'interessi tra i figli soggetti alla stessa patria potestà o tra essi ed il padre, sarà nominato ai figli un curatore speciale. La nomina del curatore sarà fatta dall'autorità giudiziaria ordinaria davanti alla quale fosse vertente il giudizio, ed in ogni altro caso dal tribunale civile*”.

⁹ Per tutti M. FACCIOLO, *La responsabilità precontrattuale ex art. 1338 c.c. del genitore per l'annullamento del contratto concluso in conflitto d'interessi con il figlio minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 195 ss.

¹⁰ MAFFEIS, *op. cit.*, 453 ss.

¹¹ Per una prima valutazione sulla riforma: G.O. CESARO, *L'estensione e valorizzazione della figura del curatore speciale del minore: la riforma degli articoli 78 e 80 c.p.c.*, in *NLCC*, 2022, 48 ss.; M.G. D'ETTORE, *Il pregiudizio e il conflitto di interesse*, in AA. VV., *Il curatore speciale del minore*, a cura di A. CAGNASSO, Milano, 2022, 63 ss.

¹² Per tutti: PUGLIATTI, *op. cit.*, 90.

¹³ Tra gli altri, F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori: rapporti patrimoniali*, sub art. 320-323, Milano, 2007, 143 s.; M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger, Milano, 2007, 383 s.; E. LA ROSA, *Sub art. 320, Comm. cod. civ.*, dir. Gabrielli, Della famiglia, vol. II, Torino, 2018, 763 ss.



comune al prezzo più alto e, almeno in questa prospettiva, hanno un interesse comune a quello dei figli.

Il conflitto di interessi deve riferirsi agli interessi immediati direttamente connessi con il negozio da compiere, in modo che il rappresentato e il rappresentante assumono nel negozio stesso posizioni contrastanti, in rapporto al fine da eseguire: in questo senso si parla di conflitto diretto, che si riferisce ai casi in cui il pericolo di danno deriva dalla circostanza che il rappresentante non può eseguire l'incarico nell'interesse esclusivo del rappresentato, o perché nell'affare da concludere ha un proprio interesse contrastante, o perché è stato incaricato dalla controparte, della quale deve curare gli interessi¹⁴.

Il conflitto di interessi può essere anche indiretto ed è rilevante, in quanto la situazione viene valutata alla luce di elementi che non si collocano nella struttura del contratto per cui viene esercitato il potere rappresentativo, ma tenendo presente un elemento esterno, che attiene ai rapporti patrimoniali del rappresentante con il terzo¹⁵: il classico esempio di conflitto indiretto si ha nel caso in cui il genitore venda il bene del figlio a una società di cui è socio¹⁶.

Nell'art. 320 si parla di conflitto di interessi patrimoniali, formula che non ricorre invece, né nell'art. 1394, né nel codice di rito. La dottrina prevalente ritiene che il conflitto debba sussistere solo tra interessi che abbiano rilevanza economica¹⁷. Una posizione minoritaria, ma autorevole e non isolata, è nel senso che il conflitto possa riguardare anche interessi morali¹⁸: in tal senso si è sostenuto che l'art. 320, riguardando l'amministrazione dei beni dei figli, debba essere interpretato in linea con l'art. 1174, cioè nel senso che il conflitto deve avere riguardo a rapporti il cui contenuto o il cui effetto sia patrimoniale; tuttavia, gli interessi delle parti in conflitto possono anche non essere di rilevanza patrimoniale¹⁹. Si suppone in questa prospettiva che, nella disposizione dell'art. 320, il legislatore non sia stato in grado di formulare il precetto in maniera appropriata, pur essendo il tema controverso sotto la disciplina abrogata²⁰.

Nei conflitti indiretti si può dubitare che possa essere rilevante l'interesse morale nel rapporto tra rappresentante e terzo: se così fosse, non si spiegherebbe la disciplina, invero molto criticata²¹, che con-

¹⁴ PUGLIATTI, *op. cit.*, 96 s.

¹⁵ Nella concezione restrittiva di Pugliatti, *op. cit.*, 98 ss., il conflitto di interessi indiretto non assumerebbe rilevanza nel caso di sussistenza di un rapporto di parentela tra il rappresentante che deve procedere ad una divisione e uno dei condividenti, neanche nel caso in cui il rappresentante possa aspirare a divenire erede del condividente. Piuttosto l'A. ritiene che si avrebbe conflitto di interessi ogni qualvolta il rappresentante abbia stipulato un contratto con il condividente, con cui questi si obblighi a trasferire ad un determinato prezzo parte della proprietà da dividere.

¹⁶ Così A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriali*, Milano, 2017, 173.

¹⁷ In tal senso tra gli altri, sostenendo che la sfera di interessi non patrimoniali è regolata dagli artt. 330 e 333 cod. civ., A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, II, Milano, 1984, 2014 ss., dove riferimenti ai precedenti giurisprudenziali e ai lavori preparatori; DOGLIOTTI, *op. cit.*, 384; LA ROSA, *op. cit.*, 765 s.; G. DE CRISTOFARO, *Il contenuto patrimoniale della potestà*, in *Tratt. dir. famiglia*, dir. Zatti, vol. II, Milano, 2012, 1410. Nello stesso senso, ritenendosi vincolati al dato letterale, A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. Rescigno, vol. 4, t. III, Torino, 1997, 637; FACCIOLO, *op. cit.*, 200; M. SESTA, *La filiazione*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. Bessone, vol. IV, t. IV, Torino, 2011, 134; G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in AA. VV., *Il diritto di famiglia*, Tratt. Bonilini – Cattaneo, vol. III, Torino, 2007, 348. Critica la scelta legislativa A.C. PELOSI, *Sub art. 320 c.c.*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo, Trabucchi, t. I, parte II, Padova, 1977, 783.

¹⁸ L. FERRI, *Della potestà dei genitori*, sub art. 320, *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1988, 98 ss.; RUSCELLO, *op. cit.*, 139 ss.

¹⁹ RUSCELLO, *op. cit.*, 139 ss.

²⁰ Nella vigenza della disciplina abrogata non si poneva espressamente il limite della rilevanza patrimoniale del conflitto e le opinioni erano divergenti: cfr. A. BUCCIANTE, *La patria potestà nei suoi profili attuali*, Milano, 1971, 159. La rilevanza degli interessi morali era prospettata da A. CICU, *La filiazione*, in *Trattato Vassalli*, vol. III, tomo II, Torino, 1951, 304; era negata invece da A. TORRENTE, *La donazione*, Milano, 1956, 372 s.

²¹ A.C. PELOSI, *op. cit.*, 783 s.; Ruscello, *op. cit.*, 144 s.



sente al coniuge di essere rappresentante del figlio nell'atto in cui l'altro coniuge è in conflitto di interessi²².

Il discorso potrebbe cambiare nel conflitto diretto: in particolare, si fa riferimento al caso in cui il genitore venda un bene che ha in comunione con il figlio a un prezzo vantaggioso, ma il figlio ha un interesse esistenziale a non venderlo (perché, ad esempio, lo usa come sala per la registrazione della musica). In tal caso, ci si domanda se l'interesse del minore, pur rilevante, anche sul piano del diritto sovraordinato, non debba essere valutato al fine di nominare un curatore speciale. Non vi è dubbio, infatti, che l'interesse del minore sia valutabile dal giudice in sede di autorizzazione dell'atto; lo stesso interesse deve essere valutato dal giudice nel giudicare il comportamento del rappresentante legale che di tale interesse non abbia tenuto conto nell'esercizio della responsabilità. In senso contrario, si può sostenere che tale interesse, rilevante in queste altre sedi, non lo sia per l'annullamento del contratto concluso dal rappresentante legale, anche al fine di evitare di fare ricadere sui terzi, che potrebbero subire l'annullamento pur essendo in assoluta buona fede, le conseguenze di questo tipo di conflitti.

Se si muove da questa prospettiva, si comprende la diversa soluzione nel caso di conflitto di interessi nella rappresentanza volontaria, dove è espressamente tutelata la buona fede del terzo, attraverso il presupposto della riconoscibilità del conflitto d'interessi.

Discorso più complesso vale invece per la regola nel codice di rito: la disciplina del conflitto di interessi, infatti, riguarda non solo giudizi in cui il contrasto attenga a pretese di carattere patrimoniale (ad es. revocatoria della donazione tra genitori e figli), ma si riferisce prevalentemente a vertenze in cui gli elementi di valutazione sono essenzialmente personali ed extrapatrimoniali, quali le procedure di adozione e i giudizi *de potestate*²³.

Secondo una tradizione risalente, ma ancora attuale nella letteratura giuridica²⁴, il conflitto di interessi è una "situazione" che comporta un pericolo di danno per il rappresentato.

Le norme sul conflitto di interessi, quantomeno nella rappresentanza legale, sono considerate tecniche giuridiche volte ad eliminare preventivamente gli inconvenienti derivanti dalla situazione anomala dalla quale scaturisce il pericolo di danno per il rappresentato: a tale fine si provvede alla nomina del curatore speciale, la quale presuppone che il negozio non sia stato ancora concluso e che il danno debba essere valutato *ex ante*, quale pericolo di danno²⁵.

Il discorso si complica al cospetto della seconda tecnica rimediale, che interviene *ex post*, sia nel diritto sostanziale, con l'annullamento dell'atto negoziale, sia nel diritto processuale, con la nullità della sentenza.

La questione non si dovrebbe porre per l'annullamento *ex art.* 322, che consegue meccanicamente alla violazione delle discipline richiamate e quindi al contratto per il quale, stante il conflitto di interessi *ex ante*, si sarebbe dovuto nominare il curatore speciale.

Piuttosto il problema è emerso nella rappresentanza volontaria, in cui si sta diffondendo l'idea che il conflitto di interessi debba avere provocato un effettivo pregiudizio al rappresentato, valutabile *ex post*, perché questi possa agire per l'annullamento del contratto. La tesi non trova fondamento nella storia della disciplina (anche alla luce dell'origine pugliattiana), né nel sistema dato, in cui la rilevanza del pregiudizio è limitata a talune fattispecie, ma può giustificarsi sul piano assiologico al fine di restringere l'ambito di applicazione del

²² FERRI, *op. cit.*, 100, che coerentemente nega rilevanza al conflitto indiretto; anche DOGLIOTTI, *op. cit.*, 385.

²³ LA ROSA, *op. cit.*, 766.

²⁴ La tesi si trova già in PUGLIATTI, *op. cit.*, 86 ss.; più di recente, si veda RUSCELLO, *op. cit.*, 142 s.

²⁵ Sottolinea la differenza con l'art. 1394 cod. civ., MAFFEIS, *op. cit.*, 452 ss.



rimedio, che si rivela squilibrato in presenza di comportamenti meramente colposi, in quanto, riservando la legittimazione al soggetto leso, lo rende arbitro della convenienza dell'operazione negoziale per un periodo oggettivamente troppo lungo rispetto alle esigenze di certezza dei traffici economici.

Nella rappresentanza legale, il tema si ripropone nel contrasto tra il linguaggio della dottrina e quello delle corti, dove si discute se il conflitto di interessi debba essere attuale o potenziale²⁶. Si può tuttavia affermare che dietro questa controversia interpretativa vi sia stata, almeno in passato, più che una divergenza operativa, una differenza di significati nei termini utilizzati. In giurisprudenza si ritiene che sia sufficiente un conflitto meramente potenziale²⁷; in passato la giurisprudenza ha sostenuto che il conflitto, essendo potenziale, pretendeva che la sua valutazione del conflitto fosse effettuata in astratto ed *ex ante*, non essendo rilevante quale atteggiamento avessero tenuto il rappresentato e il rappresentante; e ciò valeva sia per la rappresentanza legale nel contratto, sia per la rappresentanza legale nel processo. La dottrina, invece, ha tradizionalmente continuato a sostenere che il conflitto di interessi debba essere attuale; ma, almeno per il passato, non intendeva proporre una soluzione diversa da quella illustrata per la giurisprudenza, in quanto al medesimo risultato si perveniva attraverso la nozione di pericolo di danno²⁸. L'uso di questa terminologia, per taluni aspetti controintuitiva, si deve, come già rilevato, all'autorità del Pugliatti, il quale distingueva tra conflitto di interessi, che deve essere attuale, e pregiudizio, che può essere futuro, potenziale o eventuale²⁹. La questione, tuttavia, è diventata incerta e non più soltanto nominalistica alla luce delle argomentazioni e delle soluzioni che si trovano nella giurisprudenza più recente.

3. – La questione ha assunto criticità nella più recente giurisprudenza sull'art. 78 del codice di rito, dove si tende ad articolare la soluzione in relazione alle diverse procedure: a fronte di taluni procedimenti in cui si ritiene che il conflitto di interessi emerga già in astratto³⁰, in altri casi si pretende che il conflitto di interessi debba essere valutato in concreto, sulla base di quanto emerge dal comportamento processuale. In questa prospettiva, si tende a far coincidere la valutazione in concreto con la rilevanza *ex post* del conflitto, utilizzando un termine di significato incerto, che in altro luogo è stato ritenuto espressivo della sussistenza di un danno effettivo per la posizione del rappresentato.

In realtà parte della giurisprudenza, che richiede una valutazione in concreto, è ben consapevole che il conflitto debba essere accertato pur sempre *ex ante*, riguardando un pregiudizio potenziale³¹.

²⁶ Per tutti, si rinvia a FACCIONI, *op. cit.*, 201 ss., il quale rileva che in giurisprudenza si è da tempo adottata una concezione di conflitto di interesse per cui sarebbe sufficiente che “sussistano condizioni tali da rendere possibile la sua concretizzazione futura”, mentre in dottrina quella per cui “siano già presenti circostanze obiettive idonee a generare il pericolo di abuso”.

²⁷ Così, D'ETTORE, *op. cit.*, 76 ss., il quale segnala che la posizione giurisprudenziale sarebbe in corso di superamento (ma cfr. da ultimo Cass. 9 marzo 2022, n. 7734).

²⁸ GORGONI, *op. cit.*, 173; Dogliotti, *op. cit.*, 384; RUSCELLO, *op. cit.*, 142.

²⁹ PUGLIATTI, *op. cit.*, 103 ss.

³⁰ Ad esempio, nel caso di giudizi *de potestate*: CESARO, *op. cit.*, 54 ss.; in giurisprudenza, tra le più recenti: Cass. 21 aprile 2022 n.12802; Cass. 16 dicembre 2021, n. 40490; Cass. 6 dicembre 2021, n. 38720; Cass. 2 novembre 2018, n. 29001, con nota di A. FRASSINETTI, in *Fam. e dir.*, 2019, 368 ss.; Cass., 6 marzo 2018, n. 5256; nel procedimento di adozione piena: D'ETTORE, *op. cit.*, 83; F. TOMMASEO, *Giudizi di adottabilità: il ruolo del tutore, del tutore provvisorio e del curatore speciale*, in *Fam. e dir.*, 2019, 721 ss., 727 s.; in giurisprudenza: Cass. 8 giugno 2016, n. 11782; Cass., 18 giugno 2012, n. 9948, con nota di L. GIORGIANNI, in *Fam. e dir.*, 2013, 1118 ss.; nelle azioni di stato: Cass. 2 febbraio 2016, n. 1957, con nota di A. NASCOSI, in *NGCC*, 2016, 1032 ss.

³¹ Si veda in particolare Cass. 9 marzo 2022, n. 7734, secondo la quale “*Nei giudizi aventi ad oggetto la regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, ove i genitori siano divenuti tali in assenza di legami sentimentali e di un progetto parentale comune ma a seguito di un incontro volutamente episodico a fini esclusivamente procreativi tra persone mai viste prima, cono-*



In altri casi, tuttavia, si nega espressamente che la valutazione possa essere *ex ante*, sostenendo piuttosto che debba essere *ex post*, sulla base del concreto atteggiamento processuale dei genitori: questa sembra essere una linea innovativa rispetto al passato, in cui si tendeva a svalutare il concreto comportamento delle parti del processo.

Siffatta linea argomentativa si trova nella più recente giurisprudenza di legittimità, la quale, in caso di revocatoria della donazione, nega che vi sia conflitto di interessi tra il genitore donante e il figlio donatario³². Conflitto di interessi che viene negato in astratto, in quanto i due interessi sono convergenti per sottrarre la donazione alla revocatoria; e che viene negato anche in concreto, sulla base delle concrete difese delle parti, perché la posizione adottata dal genitore in giudizio era in linea con l'interesse del figlio. La ragione per cui la giurisprudenza ha fatto ricorso alla valutazione in concreto, che potrebbe apparire superflua, è dettata dalla volontà di superare alcuni precedenti, in cui il curatore del fallimento del genitore imprenditore ha agito in revocatoria contro il figlio, nei quali si era sostenuta la sussistenza del conflitto di interessi tra genitore e figlio minore, secondo una valutazione in astratto, ritenendo che il genitore potesse avere interesse al recupero del bene nell'attivo fallimentare. In realtà in questa vicenda, di rilevanza patrimoniale, sembra che la giurisprudenza di legittimità abbia soltanto modificato la propria valutazione della rilevanza degli specifici interessi oggettivamente riferibili alle parti.

Un altro ambito in cui sembra ammettersi che il giudice possa accertare la situazione di conflitto di interessi in base al concreto comportamento processuale delle parti, si trova, ad esempio, nel giudizio di separazione coniugale, ogni qualvolta i comportamenti delle parti tendano ad impedire una adeguata valutazione dell'interesse del minore o a frapponersi al diritto del minore ad essere ascoltato dal giudice³³.

Si pone perciò il problema se si sia consolidata una divaricazione, nell'individuazione delle caratteristiche del conflitto di interessi nella rappresentanza legale, tra la tradizione conformata sul diritto sostanziale e gli orientamenti della giurisprudenza più recenti riferiti al diritto processuale. Tanto più che tali orientamenti giurisprudenziali sembrano avere trovato conforto nella novella dell'art. 78 (ora riversata nell'art. 473bis.8) c.p.c., la quale per un verso ha confermato alcune fattispecie in cui la valutazione andrebbe formulata in astratto³⁴, mentre, per altro verso, sembra richiamare un potere di valutazione non solo in concreto, ma anche *ex post* non soltanto quando nel processo *i genitori appaiono per gravi ragioni temporaneamente inadeguati alla rappresentanza del minore*³⁵, ma soprattutto *nel caso in cui dai fatti emersi nel procedimento venga alla luce una situazione di pregiudizio per il minore*³⁶.

sciutesi tramite un sito internet dedicato, e a tale genesi dell'evento procreativo segua in modo univoco una gestione "sui generis" della genitorialità e/o la volontà di ciascuno dei genitori, o anche di uno solo di essi, di escludere l'altro da ogni rapporto con il figlio, è ravvisabile un potenziale conflitto di interessi tra genitori e figlio, che impone la salvaguardia dell'interesse del minore tramite la nomina del curatore speciale"; anche Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, secondo la quale *"Nel procedimento di adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983, non è configurabile un conflitto di interessi "in re ipsa", anche solo potenziale, tra il minore adottando ed il genitore-legale rappresentante, che imponga la nomina di un curatore speciale ex art. 78 c.p.c., dovendo, anzi, individuarsi nella necessità dell'assenso del genitore dell'adottando, di cui all'art. 46 della legge citata, un indice normativo contrario all'ipotizzabilità astratta di un tale conflitto, che, invece, va accertato in concreto da parte del giudice di merito."*

³² Si vedano Cass. 29 gennaio 2016, n. 1721; Cass. 5 aprile 2018, n. 8438.

³³ Cass. 24 maggio 2018, n.12957; nello stesso senso anche Trib. Torino, 21 dicembre 2018, con nota di F. DANOVI, in *Fam. e dir.*, 2019, 695 ss.

³⁴ In particolare, per i procedimenti per la decadenza della responsabilità genitoriale chiesta nei confronti di entrambi i genitori o dall'uno nei confronti dell'altro, nonché per i procedimenti di allontanamento del minore dalla famiglia e di affidamento eterofamiliare: Cesaro, *op. cit.*, 61 ss., 64.

³⁵ Regola che può applicarsi pacificamente ai giudizi di separazione e divorzio: CESARO, *op. cit.*, 66 ss.

³⁶ Il riferimento è al caso in cui il PM abbia agito per la decadenza di uno solo dei genitori o il provvedimento richiesto abbia quale oggetto la sospensione o la limitazione della responsabilità genitoriale: CESARO, *op. cit.*, 63 s.



Trattasi di questioni interpretative di spettanza del processualista, rispetto alle quali mi limito a formulare delle domande e ad avanzare con cautela qualche ipotesi.

Il tema è quello del rapporto tra la disciplina generale del conflitto di interessi richiamata nel secondo comma dell'art. 78 e le fattispecie specificamente introdotte nei commi successivi (e ora nell'art. 473-bis.8) dalla novella. Se queste fattispecie siano articolazioni dei principi sottostanti la regola generale, estensibili analogicamente dagli interpreti, come sembra suggerire la loro origine dall'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 78, ovvero siano norme speciali o eccezionali, che pongono regole alternative ai principi generali.

Nelle fattispecie in cui il conflitto di interessi debba essere considerato *in re ipsa*, si potrebbe sostenere che, ove ricorre un conflitto di interesse così significativo da non soffrire limitazioni, il legislatore abbia inteso riaffermare il criterio generale che nega al giudice il potere di valutare i concreti atteggiamenti processuali delle parti. Si pone comunque il dubbio se tali discipline siano coerenti con l'idea, invalsa in dottrina e giurisprudenza, secondo la quale l'interesse del minore deve essere valutato dal giudice in relazione ad ogni singola controversia e non può essere rimesso ad una valutazione vincolante del legislatore.

In relazione alle altre fattispecie, per un verso, sembra confermato il principio della valutazione in concreto, per altro verso, sembra ammettersi che tale valutazione debba essere effettuata sulla base dell'atteggiamento processuale delle parti e non, come sarebbe stato coerente con la tradizione, sulla base delle specifiche caratteristiche della controversia; il riferimento al pregiudizio, inoltre, sembra suggerire che la valutazione non debba essere effettuata *ex ante*, in vista di un pericolo di danno, ma *ex post*.

Si tratta di due questioni che non vanno sovrapposte e meritano risposte distinte.

Sulla prima questione, si può avanzare il dubbio che l'attribuzione di una specifica rilevanza al comportamento delle parti in giudizio sia coerente con la natura diacronica di quei riti la cui particolare struttura consente di tenere conto delle sopravvenienze e di dare rilevanza all'evoluzione delle relazioni familiari, anche e soprattutto nelle loro componenti extrapatrimoniali. I giudizi familiari e minorili, infatti, interessando il rapporto tra i genitori e i minori, nella loro continuità esistenziale, non consentono di definire le posizioni processuali sulla base delle caratteristiche della controversia e richiedono che la verifica in concreto abbia ad oggetto gli interessi che, di tempo in tempo, emergono dalle risultanze processuali³⁷.

Sulla seconda questione, mi sembra sostenibile l'idea che il richiamo al pregiudizio sia da intendere, seguendo uno schema generale di tutela preventiva, quale indice di emersione del conflitto di interessi, idoneo a prospettare ulteriori pericoli per il minore, imponendo la tempestiva nomina del curatore speciale, secondo un modello equilibrato di gestione del processo.

³⁷ Si cfr., al riguardo, Cass. 20 aprile 2023, n. 10666 e Cass., 31 gennaio 2023, n. 2829, secondo le quali “*In tema di procedimenti instaurati per la regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, l'ampliamento in sede di reclamo del thema decidendum a comportamenti dei genitori pregiudizievoli al minore, rilevanti ex art. 333 c.p.c., comporta per il giudice, oltre al dovere di sollecitare il contraddittorio sul nuovo oggetto di indagine ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.c., anche quello di nominare un curatore speciale al figlio per il sopravvenuto conflitto di interessi con i genitori, la cui inottemperanza determina la nullità del giudizio di impugnazione e, in sede di legittimità, la cassazione con rinvio alla Corte d'appello, dovendo escludersi il rinvio al primo giudice, perché contrario al principio fondamentale della ragionevole durata del processo (espresso dall'art. 111, comma 2, Cost. e dall'art. 6 CEDU), di particolare rilievo per i procedimenti riguardanti i minori, e comunque precluso dalla natura tassativa delle ipotesi di cui agli artt. 353, 354 e 383, comma 3, c.p.c., che non comprendono quelle in esame, ove le nullità attengono al solo giudizio di reclamo.*”.



AMALIA DI LANDRO

Professoressa associata di Diritto privato – Università Mediterranea di Reggio Calabria

**LE AZIONI RAPPRESENTATIVE A TUTELA DEI CONSUMATORI
NELL'AMBITO DEL *NEW DEAL FOR CONSUMER*. ALCUNE RIFLESSIONI**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La Dir. 2020/1828 nell'ambito del New Deal for Consumer. – 3. Il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 28. Profili introduttivi. – 4. L'ambito applicativo della nuova disciplina. Gli interessi (collettivi) tutelati. L'omogeneità come criterio di selezione degli interessi lesi. – 5. La legittimazione attiva e passiva. – 6. Le Autorità competenti a pronunciarsi sulle azioni rappresentative. – 7. La procedura (cenni). – 7.1. Il meccanismo di partecipazione agli effetti dell'azione rappresentativa. – 8. L'esito. – 9 Conclusioni. I rapporti con l'azione di classe e con gli altri rimedi a tutela dei consumatori.

1. – L'adozione – in attuazione della Dir. UE 2020/1828¹ – del d.lgs. 10 marzo 2023, n.28 in materia di azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori sollecita alcune riflessioni, nella cui trama sarà utile inserire un confronto con l'azione di classe disciplinata dagli art. 840-*bis* ss. c.p.c.

Quest'ultimo tema è certo abbastanza arato², ma la cifra di armonizzazione minima (o, secondo alcuni, incompleta) della citata Dir. 1828 e il tenore (e i rinvii) dello stesso d.lgs. 28/2023 pongono oggi la questione delle interazioni tra i due strumenti, tenendo presenti le comuni problematiche proprie del processo aggregato³ e le complicazioni ricostruttive che derivano dal trattamento normativo unitario di (procedimenti che tendono ad esiti diversi quali i) provvedimenti inibitori e compensativi.

L'iter che a livello europeo ha portato all'introduzione, nell'ambito della tutela collettiva, prima dei rimedi inibitori e poi di quelli risarcitori trova, per certi versi, corrispondenza nel percorso seguito nell'ordinamento italiano, che è giunto più tardi all'azione di classe rispetto all'azione inibitoria⁴. Ed infatti, sebbene il rimedio dell'azione risarcitoria di classe sia già operativo da tempo nel nostro ordinamento, a livello di normazione europea (che prevedeva già, in base alla Dir. 2009/22/CE abrogata con effetto dal 25

¹ M. BONA, *La direttiva UE 2020/1828 sulla tutela rappresentativa dei consumatori*, in *Giur. it.*, 2021, 1, 252.

² Cfr., ad esempio, B. SASSANI (cur.), *Class action, Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019 n°31*, Quaderni di Iudicium, Pacini giuridica, Pisa 2019.

³ Sul punto, cfr. F. AULETTA, *L'azione rappresentativa come strumento di tutela dei diritti*, in *NLCC*, n. 6, 1 novembre 2022, 1670; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile "individualista" e la responsabilità civile di massa: il costo del sistema*, in *Danno resp.* 2023, 1, 5 ss. Cfr. anche in materia C. Cost. 26 novembre 2020 n. 253.

⁴ Insieme all'art. 18 della l. 349/1986, si ricorderà che la l. n. 52/1996, in attuazione della Dir. 93/13, aveva inserito all'interno del codice civile anche l'art. 1469-*sexies* e la disciplina dell'inibitoria delle condizioni generali di contratto di cui venisse accertata l'abusività. Un'azione inibitoria a carattere generale, a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, era stata poi prevista dalla l. n. 281/1998; tali disposizioni sono successivamente confluite negli artt. 37 e 139-140 del codice del consumo. Sul punto, cfr. R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, in B. SASSANI (cur.), *Class action*, cit., 3.



giugno 2023, provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori) la possibilità di ottenere (anche) la pronuncia di provvedimenti risarcitori nell'ambito di giudizi instaurati attraverso la proposizione di azioni rappresentative, per la violazione delle disposizioni in specifiche materie del diritto dell'Unione europea o delle norme di diritto interno di recepimento, ha costituito una novità importante (forse, la più importante) introdotta dalla Dir. 2020/1828.

Peraltro l'ambigua formulazione delle disposizioni di quest'ultimo atto normativo e dei suoi considerando ha reso difficile anche solo la delimitazione dei vincoli posti dal legislatore europeo agli Stati nazionali, mentre alcuni autori hanno posto in evidenza⁵ “un esteso attrito con le regole processualistiche nazionali (...) se non già un oltrepassamento della linea delle competenze dell'Unione”⁶.

Dall'analisi della Dir. europea 2020/1828 sarà dunque utile muovere, per poi procedere ad una riflessione sul relativo decreto di attuazione, destinato ad apprestare tutela rispetto a violazioni di normative diverse, alla luce della “declinazione slargata” dell'ambito applicativo⁷ definito nei relativi allegati (I della Dir. 1828 e A del d.lgs. n. 28/2023). Ivi sono incluse, infatti, discipline varie: dai mercati finanziari e dei capitali alla sicurezza dei prodotti, dai mercati regolamentati (energia, telecomunicazioni, media) alla protezione dei dati; in quest'ultimo caso, probabilmente, in base ad una precisa *ratio*, giacché uno degli intenti perseguiti dalla Dir. 2020/1828— quello di favorire un apparato di sanzioni proporzionate e dissuasive— riguarda soprattutto le infrazioni diffuse di carattere transfrontaliero⁸, che a loro volta si registrano in maniera particolare a danno dei consumatori che operino nei mercati *on line* (che sono anche i mercati dei dati)⁹.

2. – Com'è noto, il *New Deal* dei consumatori ha preso le mosse da un'indagine avviata nel 2017 dalla Commissione Europea, avente ad oggetto la valutazione delle norme vigenti in materia di consumo.

Quanto allo specifico tema delle tutele collettive, muovendo dal Piano di Azione sull'accesso dei consumatori alla giustizia varato dalla Commissione nel 1996, la prospettiva di tutela dei consumatori è stata inserita nel documento di Strategia per la politica dei consumatori dell'UE 2007-2013 ed è poi stata attuata con le Dir. 1998/27/CE e 2009/22/UE (come segnalato, ora abrogata).

Un impulso decisivo per l'adozione di una direttiva di armonizzazione delle legislazioni nazionali nella materia delle tutele collettive è stato fornito dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 2 febbraio 2012 “Verso un approccio europeo coerente in materia di ricorsi collettivi”, seguito dalla Raccomandazione della Commissione 2013/ 396/UE dell'11 giugno 2013 relativa a “Principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione”. Da segnalare anche la Raccomandazione rivolta al Consiglio e alla Commissione il 4

⁵ E. CAMILLERI, *La dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative e il “sistema delle prove”. La promozione dell'interesse pubblico attraverso la tutela degli interessi collettivi dei consumatori: verso quale modello di enforcement?*, in *NLCC*, 2022, 4, 1062.

⁶ E. CAMILLERI, *loc. ult. cit.*

⁷ Il Legislatore interno non si è avvalso della possibilità contemplata dal considerando 18 della Direttiva, secondo il quale «gli Stati membri dovrebbero rimanere competenti a rendere applicabili le disposizioni della presente direttiva a settori aggiuntivi rispetto a quelli che rientrano nel suo ambito di applicazione».

⁸ G. DE CRISTOFARO, *Azioni “rappresentative” e tutela degli interessi collettivi dei consumatori. La “lunga marcia” che ha condotto all'approvazione della dir. 2020/1828/UE e i profili problematici del suo recepimento nel diritto italiano*, cit., 1025.

⁹ Per l'apertura a soluzioni nazionali che consentano meccanismi di tutela degli interessi dei consumatori contro il presunto autore di violazioni della disciplina sulla protezione dei dati personali, cfr. Corte giust. UE 29 luglio 2019, causa C-40/17, nel caso *Fashion ID GmbH & Co. KG c. Verbraucherzentrale NRW eV*.



aprile 2017 a seguito dell'inchiesta sulla misurazione delle emissioni nel settore automobilistico (il c.d. Dieselgate¹⁰).

La valutazione di adeguatezza della normativa UE sulla tutela dei consumatori (pubblicata il 23 maggio 2017¹¹) è stata poi seguita dalla Relazione sull'attuazione della Raccomandazione del 2013 (presentata dalla Commissione il 25 gennaio 2018) relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri riguardanti violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione. Tale intervento di controllo ha tratteggiato un quadro normativo in materia di protezione dei consumatori largamente insoddisfacente, a causa della sua elevata frammentazione, facendo maturare la presa di coscienza che alcune norme di questo settore non sono state applicate in modo efficace in tutta l'UE.

L'opzione scelta è stata allora quella dell'abbandono del precedente approccio di *soft law* (adottato ad esempio con la Raccomandazione del 2013), che consentisse un semplice ravvicinamento delle legislazioni, in favore di uno strumento vincolante per realizzare quanto meno un'armonizzazione minima.

Ci si è mossi così—lungo le linee delle direttive dedicate rispettivamente a fornitura di contenuti/servizi digitali (Dir. 2019/770/UE, recepita in Italia con il d.lgs. 4 novembre 2021, n. 173¹²) e riforma della vendita mobiliare b2c (Dir. 2019/771/UE, recepita in Italia con il d.lgs. 4 novembre 2021, n. 173), insieme alla c.d. Dir. *omnibus* (Dir. 2019/2161/UE) — con la Dir. UE 2020/1828/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sulle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori: una normativa sollecitata da una rinnovata sensibilità rispetto a questi temi, oltre che dall'esperienza recente, che ha mostrato controversie relative a consumatori transfrontalieri (come appunto quelli coinvolti dallo scandalo “Dieselgate”) e palesato la necessità di un rafforzamento del diritto europeo dei consumi tramite l'introduzione di misure collettive, sia riparatorie che inibitorie.

La nuova direttiva recava l'esplicito obiettivo di “migliorare l'azione di deterrenza contro le pratiche illecite e ridurre il danno per i consumatori in un mercato sempre più globalizzato e digitalizzato”, che ha accresciuto il rischio che un ampio numero di consumatori sia danneggiato dalla stessa pratica illecita (considerando 1) con un profilo di danno che però, se considerato a livello individuale, assume contorni più sfuggenti e dimensioni spesso bagatellari¹³.

Pur animata da tali obiettivi “virtuosi”, tale normativa è stata peraltro oggetto di critiche¹⁴, nel “dilatato” (in virtù di alcuni scorrimenti) periodo impiegato per il suo recepimento.

In particolare, insieme a specifiche questioni che saranno segnalate nei paragrafi che seguono, rilievi preliminari sono stati formulati rispetto allo stesso tenore di tale disciplina, pensata per realizzare un'armonizzazione minima e parziale, con l'effetto però di una larga discrezionalità concessa ai legislatori nazionali, stridente rispetto all'ambizioso obiettivo di evitare la frammentazione degli strumenti di tutela¹⁵. In via prelimi-

¹⁰ Su cui Cfr. B. GSELL, T. MOELLERS (ed.), *Enforcing Consumer and Capital Markets Law. The Diesel Emissions Scandal*, Cambridge, 2020.

Sul c.d. Dieselgate, cfr. CGUE, Grande Sezione, 14 luglio 2022, causa C-128/20, in *Giur.it*, 2023, 5, 1010, con nota di E. Tuccari, *La CGUE ritorna sul “Dieselgate” e disegna una disciplina sempre più “sostenibile” del settore automotive*.

¹¹ Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione della Dir. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della Dir. 93/13/CEE del Consiglio e della Dir. 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la Dir. 85/577/CEE del Consiglio e la Dir. 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

¹² Su cui cfr. G. DE CRISTOFARO, *Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto “pubblico” dei (contratti dei) consumatori?*, in *NLCC*, 2022, 1 ss.

¹³ E. CAMILLERI, *op.cit.*, 1056.

¹⁴ E. CAMILLERI, *op. cit.*, 1053 ss.

¹⁵ E. MINERVINI, *L'azione inibitoria nella dir. 2020/1828/UE*, in *NLCC* 2022, 5, 1378.



nare, è stata posta criticamente la questione del rapporto tra diritto dell'Unione europea e sistemi nazionali in materia processuale; rapporto— che non è parso rispettato nell'intervento in commento e— che è stato “storicamente nel senso di una ripartizione, in base alla quale il primo individua le situazioni giuridiche soggettive da tutelare, ed i secondi individuano le relative garanzie processuali”¹⁶.

Inoltre, con la l. 4 agosto 2022, n. 127¹⁷, allegato A, con cui il Governo è stato delegato a recepire la Dir. 2020/1828 (insieme ad altre ivi indicate), non sono stati formulati criteri specifici per l'esercizio delle delega. È mancata, in particolare, una disposizione che espressamente autorizzasse il Governo ad intervenire sul codice di procedura civile. Ciò, secondo alcuni autori¹⁸ avrebbe potuto frapporre un ostacolo insuperabile alla sua possibile novellazione mediante il decreto legislativo delegato. La scelta del legislatore italiano, come si vedrà subito, è stata nel senso di incidere (non sul codice di procedura civile, bensì) sul codice del consumo.

3. – Il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 28, con cui è stata data attuazione nel nostro ordinamento alla Dir. 1828, introduce infatti norme recanti modifiche al codice del consumo e, in particolare, prevede l'inserimento in quella sede di uno specifico titolo composto da 12 articoli (titolo II.1, Azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, artt. 140-*ter-quaterdecies*)¹⁹.

Il decreto consta di 5 articoli e un allegato (poi confluito nell'allegato II-*septies* nel codice del consumo) nel quale è inserito l'elenco delle disposizioni dell'Unione europea la cui violazione comporta l'esperibilità delle azioni rappresentative.

Si tratta del primo limite applicativo di questo strumento, utilizzabile appunto, secondo la definizione fornita dalla lettera f dell'art. 140-*ter* c. cons., esclusivamente “nelle materie di cui all'allegato”: una tipizzazione dell'illecito che avviene non (come accadeva con riferimento all'azione di classe nell'abrogato art. 140-*bis* c. cons.) con un riferimento a diritti incisi e relativi a rapporti di consumo ma con un'elencazione di specifiche normative violate: dalla responsabilità per danno da prodotti difettosi alle clausole abusive e alle pratiche commerciali sleali; dalla garanzia dei beni di consumo alla pubblicità ingannevole; dal commercio elettronico e dai servizi digitali alla protezione dei dati personali; dalla sicurezza dei prodotti e alimentare alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari, al credito ai consumatori.

Il decreto legislativo riprende la distinzione, contenuta nella direttiva, tra azioni rappresentative nazionali (promosse, come si vedrà, innanzi al giudice italiano da un'associazione dei consumatori e degli utenti inserita nell'elenco di cui all'art. 137 ovvero da organismi pubblici indipendenti nazionali) e azione rappresentativa transfrontaliera, considerata tale in considerazione della differenza tra lo Stato membro in cui l'azione rappresentativa viene intentata e quello di designazione dell'ente legittimato (e dunque, alternativamente: o perché promossa, nelle materie di cui all'allegato II-*septies*, innanzi al giudice italiano da uno o più enti legittimati di altri Stati membri ed inseriti nell'elenco di cui all'art. 5, paragrafo 1, comma 2 della Dir. 1828 ovvero perché intentata in un'altro Stato membro da un ente legittimato ai sensi dell'art. 140-*quinquies*, anche insieme ad altri enti legittimati di diversi Stati membri).

¹⁶ E. MINERVINI, L'azione inibitoria nella dir. 2020/1828/UE, in NLCC, 2022, 5, 1379.

¹⁷ La l. n. 127/2022 – Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti normativi dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2021 (in GU Serie Generale n.199 del 26-08-2022), è entrata in vigore il 10 settembre 2022. Nell'allegato A della legge è inclusa, al punto 7, la direttiva in questione.

¹⁸ G. DE CRISTOFARO, *loc. ult. cit.*

¹⁹ Per alcune disposizioni della direttiva, indicate nella tabella di concordanza, non è stata ritenuta necessaria l'attuazione in quanto riconducibili a disposizioni già vigenti nell'ordinamento interno.



Anche le disposizioni in materia di azioni rappresentative transfrontaliere trovano sede all'interno del codice del consumo, secondo la scelta di collocare in un unico atto normativo gli istituti posti a tutela del consumatore, pure laddove questi siano connotati da natura ultranazionale²⁰: l'esigenza è quella, confermata nella relazione illustrativa del progetto di decreto, "di garantire organicità alla disciplina di settore in un'ottica di semplificazione, coordinamento ed effettività di tutela per il consumatore"²¹.

4. – Tanto la Dir. 2020/1828/UE (cfr. artt. 1,2,3,6,10), quanto il d.lgs. n. 28/2023 (cfr. 140-ter, lett. e) delimitano preliminarmente le situazioni giuridiche tutelate, richiamando gli "interessi collettivi dei consumatori".

È evidente che anche in tal caso, come nell'azione di classe (che però prevede anche la concorrente possibilità dell'iniziativa individuale), la tutela superindividuale, con l'iniziativa processuale rimessa agli enti, mentre consente di "superare gli ostacoli cui devono far fronte i consumatori in azioni individuali, quali quelli relativi all'incertezza in merito ai propri diritti e ai meccanismi procedurali disponibili, la riluttanza psicologica ad agire e il saldo negativo tra costi relativi ai benefici attesi dall'azione individuale" (considerando 9 della Dir. 1828)²², pone tutte le questioni connesse alla "giustiziabilità" degli interessi collettivi così tutelati; il tema, antico nella riflessione della dottrina (non solo) processualciviltistica, è connesso alla "limitata versatilità delle regole del processo civile a dare riscontro alla tutela degli interessi dei gruppi", con riferimento in particolare ai profili problematici della legittimazione ad agire e dell'estensione degli effetti del giudicato.

Nella nuova disciplina, d'altra parte, la normativa (art.140-ter cod. cons.) delimita diversamente le situazioni tutelate, tra direttiva e decreto attuativo e tra questi e l'azione di classe: i primi due fanno riferimento – come in parte posto in evidenza – a una dimensione *esclusivamente* superindividuale degli interessi.

Ma, nella direttiva, la definizione in concreto delle situazioni tutelabili con le azioni rappresentative tiene conto della natura ibrida o "multiforme" dei provvedimenti cui tale atto normativo fa riferimento, precisando (art. 3, n. 3) che, quando si tratti di azione inibitoria, gli "interessi collettivi dei consumatori" corrispondono all'interesse *generale* dei consumatori; ma quando si prospetti un'azione c.d. risarcitoria, per "interessi collettivi" devono intendersi gli interessi *di un gruppo* di consumatori (che corrisponde alla somma degli interessi individuali dei consumatori pregiudicati dalle condotte tenute dal professionista convenuto).²³ Nel decreto legislativo 28 questa distinzione si perde e si fa riferimento (art. 140-ter lett c) agli "interessi di un nu-

²⁰ In questo senso si era d'altra parte posta l'attuazione di altre normative, come la dir. (UE) 2019/2161 relativa al rafforzamento della tutela dei consumatori anche mediante l'armonizzazione dell'impianto sanzionatorio per violazioni transfrontaliere.

²¹ Su questa linea, il legislatore ha inserito nel codice del consumo sia le disposizioni in materia di "risoluzione extragiudiziale delle controversie" di cui al titolo II-bis della parte V (articolo 141 e seguenti), sia le disposizioni in materia di "cooperazione tra le autorità nazionali per la tutela dei consumatori" di cui all'articolo 144-bis del codice del consumo (in attuazione di quanto previsto dal regolamento (UE) 2017/2394); le prime, adottate con funzione deflattiva del contenzioso giudiziario, per evitare il rischio che i consumatori non esercitino i propri diritti a causa dei costi e dei tempi processuali; le altre che prevedono "un sistema orizzontale per le infrazioni alle disposizioni consumeristiche, distinguendo differenti violazioni in base alla natura transfrontaliera e declinando specifici strumenti di cooperazione tra autorità nazionali e Commissione europea" (relazione illustrativa al progetto).

²² Si veda il dossier curata dal Servizio del bilancio del Senato della Repubblica (gennaio 2023) in commento allo schema di d.lgs. 28; ivi si precisava, con riferimento all'art.140-ter c. cons., che "lo scopo della disposizione è quello di offrire tutele e garanzie al consumatore di ampio spettro e, quindi, anche in linea preventiva, inibendo il reiterarsi di comportamenti analoghi anche in altri settori e materie, così che la pronuncia giudiziale assurga a "precedente" che diriga l'attività giurisdizionale e funga da deterrente per eventuali comportamenti lesivi del diritto unionale."

²³ G. DE CRISTOFARO, *loc. ult. cit.* In questo senso anche E. MINERVINI, *op. cit.*, 1381.



mero di consumatori che sono stati o potrebbero essere danneggiati da una violazione delle disposizioni” individuate nell’allegato II-*septies*²⁴.

In tale prospettiva, però, l’azione rappresentativa, per come costruita nell’attuale disciplina, può far porre la questione della coerenza tra situazioni sostanziali tutelate, requisiti di ammissibilità dell’azione e legittimazione alla stessa e, quanto all’azione *risarcitoria* in particolare, evidenzia profili di contiguità con l’azione di classe, fra l’altro in relazione al requisito dell’omogeneità degli interessi.

Anche nella nuova normativa, infatti, è ancora l’omogeneità degli interessi – elevata a requisito centrale per l’esperimento dell’azione di classe, nel passaggio dall’art. 140-*bis* c. cons.²⁵ all’art. 840-*bis* c.p.c., che ha segnato l’eliminazione della tipizzazione delle situazioni tutelabili²⁶ – a costituire il criterio per vagliare, con la configurabilità di un gruppo, la possibilità di attrarre le controversie che possono essere dedotte in giudizio nell’orbita dei rimedi di tipo collettivo.

Sul punto può porsi in evidenza che secondo la Dir. 2020/1828 spettava “agli Stati membri decidere in merito al grado richiesto di *similarità* delle pretese individuali o al numero minimo di consumatori interessati da un’azione rappresentativa per provvedimenti risarcitori affinché il caso sia ammesso al trattamento come un’azione rappresentativa” (considerando 12); che il decreto 28/2023 fa riferimento (art.140-*septies*, comma 5, in merito alle necessarie indicazioni che gli enti legittimati devono inserire nel ricorso) agli “elementi necessari a determinare il *gruppo* dei consumatori interessati all’azione rappresentativa”; che la nuova normativa considera l’“omogeneità dei diritti individuali per cui è richiesta l’adozione dei provvedimenti compensativi” quale requisito di ammissibilità dell’azione rappresentativa (comma 8 art. 140-*septies*).

Anche questo, tra gli altri che verranno posti in evidenza, è uno degli indici normativi che rivelano una certa tendenza a “piegare” l’azione rappresentativa (almeno quella volta ad ottenere provvedimenti compensativi) sull’azione di classe e pongono dunque, come si diceva, il problema di individuare i tratti distintivi e di delimitare l’ambito applicativo dei diversi rimedi.

Da questo punto di vista, è da dire che una caratteristica che invece distingue i diversi strumenti attiene alla legittimazione.

È allora alla legittimazione ad agire e resistere in giudizio che deve farsi un rapido richiamo per completare il quadro giacché, come posto in evidenza dalla dottrina processualcivilista, oltre a costituire “uno dei temi più cari al dibattito attorno alla tutela giurisdizionale degli interessi sovraindividuali”, essa proiet-

²⁴Una descrizione che ha assunto “quale riferimento primo, con gli opportuni adattamenti, la definizione di cui all’articolo 67-ter del codice del consumo” (così, relazione illustrativa allo schema di decreto). Cfr., per una riflessione di carattere generale, A. GAMBARO, *Interessi diffusi, interessi collettivi e gli incerti confini tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 791.

²⁵Sia pure in diverso ambito, considera preclusiva, rispetto alla configurabilità della legittimazione a proporre un’azione di classe di una associazione, la circostanza di rappresentare una classe ‘omogenea e determinata’ di ‘utenti e consumatori, Cons Stato, Sez. V, 22/05/2023, n. 5031, in *Quotidiano giuridico* 2023.

Cass., 31 maggio 2019, n. 14886 (in *Riv. dir. proc.*, 2020, 1, 356, nota di Giussani; in *Danno e Resp.*, 2019, 5, 634, nota di Selini; in *Danno e Resp.*, 2019, 5, 634, nota di Selini) evidenzia che si dovrebbe trattare di situazioni “accomunate da caratteristiche tali da giustificare un apprezzamento seriale e una gestione processuale congiunta”.

²⁶Si ricorda che, prima ancora, tenuto conto delle posizioni eccessivamente restrittive della giurisprudenza (cfr. App. Torino 27 ottobre 2010 in *Foro it.*, 2010, 3530; Trib. Roma, 11 aprile 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 3424) il d.l. n. 1/2012, conv. in l. n. 27/2012 aveva sostituito l’omogeneità al previgente requisito dell’identità dei diritti lesi. Secondo App. Milano, sez. I, 19 aprile 2011, i diritti individuali omogenei “altro non sono se non i diritti soggettivi individuali sorti in occasione di comportamenti di massa e, quindi, connotati da omogeneità sia perché generati da uno stesso comportamento o da comportamenti simili ripetuti sia perché il loro accertamento giudiziale richiede la soluzione di questioni di diritto o di fatto simili se non identici”.



ta “sul piano processuale il problema della titolarità dell’interesse e con esso quello della sua struttura formale”²⁷.

5. – Come si è in parte anticipato, nella nuova normativa viene esclusa tanto la legittimazione individuale dei singoli consumatori (neanche se questi si costituiscono in un gruppo), quanto quella dei comitati, nonostante il più ampio dettato dei considerando 11 e 28 e dell’art. 4, comma 6, della direttiva, che prevedevano la possibilità di designare enti legittimati *ad hoc* per specifiche azioni rappresentative nazionali.

Si tratta di una scelta normativa che, lungi dal costituire un volano per la tutela degli interessi dei consumatori, può restringere il confine della protezione loro riservata.

Gli artt. 140 *quater* e *quinquies* distinguono tra le azioni rappresentative nazionali e transfrontaliere; per le prime, da proporre dinanzi al giudice italiano, sono competenti le associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell’elenco di cui all’articolo 137 e gli organismi pubblici indipendenti nazionali (indicati nel reg. UE 2017/2394) che facciano richiesta di essere legittimati²⁸. Per le azioni rappresentative transfrontaliere, l’art. 140 *quinquies* riprende i requisiti indicati nella direttiva, con l’ulteriore specificazione della necessaria previsione nello statuto degli enti di regole, anche riferite alle cause di incompatibilità relative ai rappresentanti legali, idonee ad assicurare l’indipendenza dell’associazione e la previsione di un organo di controllo che vigili sul rispetto dei principi di indipendenza e delle misure di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interessi. Possedendo tali requisiti, gli enti potranno iscriversi in una sezione speciale dell’elenco previsto dall’articolo 137, dedicata appunto agli enti legittimati a proporre azioni transfrontaliere e istituita, come precisato nella relazione illustrativa, tenuto conto della coincidenza solo parziale dei requisiti previsti dall’art. 137 del codice del consumo con quelli previsti dall’art. 3, paragrafo 4, della direttiva.

Quanto agli organismi pubblici indipendenti nazionali, il conferimento della legittimazione ad agire ad autorità titolari di autonomi poteri sanzionatori pubblici nei confronti della parte professionale, e che come tali dovrebbero mantenersi in una posizione di assoluta neutralità, appare una scelta dubbia sul piano dell’opportunità, oltre a scolpire una commistione tra tutele privatistiche e tutele pubblicistiche e a presentare profili di possibile illegittimità costituzionale dal punto di vista della violazione dell’art. 111 Cost. (giacché gli enti potrebbero irrogare sanzioni amministrative pecuniarie a imprese e poi esercitare azioni rappresentative contro le stesse, in evidente conflitto d’interessi).

Se questo è il quadro delle competenze attribuite dalla normativa in commento, può essere significativo aggiungere che, per promuovere le azioni rappresentative, non è necessario che l’ente legittimato abbia a tal fine ricevuto un apposito mandato da uno o più singoli consumatori²⁹ (atteso che esso agisce nell’esercizio di una legittimazione *propria* a tutela degli interessi *collettivi*: art. 8, par. 3; art. 140-*septies* del codice del consumo). Nel caso dei provvedimenti inibitori, l’ente inoltre non avrà l’onere di provare il dolo o la colpa del professionista (art. 140-*octies* c. cons.) e non avrà nemmeno l’onere di dimostrare i pregiudizi

²⁷ R. DONZELLI, *op. cit.*, 35.

²⁸ A questi vengono affiancati gli enti designati in un altro Stato membro e iscritti nell’elenco elaborato e pubblicato dalla Commissione europea ai sensi dell’art. 5, paragrafo 1, comma 2, della Dir. (UE) 2020/1828.

²⁹ La direttiva si incarica di definire i criteri per la definizione come ente legittimato, mentre, con riferimento all’azione di classe, nell’originaria versione dell’art. 140-*bis* c. cons. si faceva riferimento solo ad “associazioni cui [il componente della classe] dà mandato o comitati cui partecipa”.



e le perdite subite dai singoli consumatori interessati (art. 8, par. 3, lett. a e b; art. 140-*octies*, quarto comma, cod. cons.)³⁰.

Quanto alla legittimazione passiva, come posto in evidenza, le azioni rappresentative possono essere esperite nei confronti di “professionisti” “per le violazioni” delle disposizioni del diritto UE (indicate nell’Allegato), che abbiano causato o possano causare una lesione degli “interessi collettivi dei consumatori”.

La legittimazione passiva – riservata, per l’azione di classe dall’art.840-*bis* c.p.c., alle imprese ovvero agli enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità “relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività”³¹, e per le azioni rappresentative ai “professionisti” che agiscono “per fini relativi alla propria attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale” (secondo l’art.140-*ter* c. cons.) – riduce sostanzialmente l’ambito applicativo di queste azioni pur sempre alla materia contrattuale/consumeristica (ed analoga disposizione è dettata per l’azione collettiva inibitoria dall’art. 840-*sexiesdecies* c.p.c.)³².

6. – Quanto alla competenza alla trattazione e definizione dei procedimenti instaurati attraverso l’esperimento di un’azione rappresentativa (nazionale o transfrontaliera), in base alla direttiva gli Stati membri sarebbero stati liberi di decidere se attribuirli esclusivamente ad organi giurisdizionali, soltanto ad autorità amministrative ovvero ad entrambi.

Quello che però la direttiva richiedeva è che gli Stati membri assicurassero (considerando 19) che venisse adeguatamente tutelato il diritto (dei professionisti eventualmente convenuti davanti ad una autorità amministrativa) di difendersi proponendo un ricorso ad un organo giurisdizionale, per impugnare una decisione assunta dall’autorità amministrativa eventualmente adita con un’azione rappresentativa.

Sul punto, la dottrina aveva posto in evidenza, tenuto conto del ruolo e della funzione centrale attribuita

³⁰ Si veda sul punto, con riferimento al trattamento di dati personali, quanto stabilito da CGUE (Sez. III, 28/04/2022, n. 319/20), secondo la quale “In virtù dell’articolo 80, paragrafo 2, dell’RGPD, l’esercizio di un’azione rappresentativa non è subordinato all’esistenza di una violazione concreta dei diritti di cui una persona beneficia sulla base delle norme in materia di protezione dei dati. Infatti, come risulta dal tenore letterale stesso di detta disposizione, ricordato al punto 67 della presente sentenza, la proposizione di un’azione rappresentativa presuppone soltanto che l’ente di cui trattasi «ritenga» che i diritti di un interessato previsti dal regolamento in parola siano stati violati in seguito al trattamento dei suoi dati personali, e dunque che tale ente faccia valere l’esistenza di un trattamento di dati contrario a disposizioni del regolamento stesso. Ne consegue che, per riconoscere la legittimazione ad agire ad un tale ente, in virtù della succitata disposizione, è sufficiente far valere che il trattamento di dati controverso è idoneo a pregiudicare i diritti che persone fisiche identificate o identificabili si vedono riconosciuti dal suddetto regolamento, senza che sia necessario provare un danno reale subito dall’interessato, in una situazione determinata, a causa della lesione dei suoi diritti.”

³¹ In questo senso R. DONZELLI, *op. cit.*, 8; M. LIBERTINI, M.R. MAUGERI, *Azione di classe: definizione di impresa e diritti contrattuali dei consumatori*, in NGCC 2012, I, 913 ss.: “non esiste un concetto di impresa (...) valido per tutti i contesti normativi, ma tante fattispecie (solo in parte coincidenti), funzionali a ciascun differente contesto.”

³² Come precisato nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, la trasposizione della nozione di professionista non è stata semplice, in considerazione delle diverse, non allineate definizioni che si ricavano dalle differenti versioni linguistiche della direttiva. Ad esempio, la locuzione “sotto il controllo pubblico o privato”, contenuta nel testo italiano della direttiva, ha un corrispondente diverso nella versione francese (che definisce il professionista come “*toute personne physique ou morale, qu’elle soit publique ou privée*”), ed è differente rispetto a quella recepita nel d.lgs. n. 28 (“indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto pubblico o privato”), che riprende le definizioni contenute in altre norme del codice del consumo (si consideri, ad esempio, la nozione di “fornitore” contenuta all’art. 67-*ter*).

In tale ultima definizione (così come nel testo dell’art. 3 della direttiva), inoltre, si fa riferimento a chiunque “agisce in nome o per conto” del professionista, con una formulazione coerente con il dettato dell’articolo 18 del codice del consumo.



alle Autorità indipendenti³³ di settore (soprattutto all'Autorità garante per la concorrenza e il mercato) dalla normativa italiana e dalla giurisprudenza³⁴, l'inopportunità di attribuire alle suddette autorità amministrative (anche) la competenza a conoscere e definire i procedimenti instaurati attraverso la proposizione di azioni rappresentative, e la necessità invece di concentrare la competenza solo sull'autorità giudiziaria ordinaria, e segnatamente sulle sezioni specializzate in materia di impresa istituite presso i tribunali (c.d. tribunale delle imprese): ciò, come dimostrato dall'effetto condizionante la discrezionalità del giudice civile esercitato all'accertamento della formulazione non trasparente e/o del contenuto vessatorio di una clausola o della natura scorretta di una pratica commerciale da parte dell'AGCM nei procedimenti amministrativi di sua competenza³⁵.

Il nodo appariva particolarmente delicato, se solo si tiene presente il dettato del comma 2° dell'art. 144 *bis* c. cons., novellato dall'art. 37 della l. europea 2019-2020: in base a tale disposizione, il Ministero dello sviluppo economico (ora Ministero delle imprese e del made in Italy) e le altre Autorità considerate «competenti» per far valere le diverse normative di protezione del consumatore (AGCM, AGCOM, ENAC, Autorità di regolazione dei trasporti, Banca d'Italia, IVASS e CONSOB) sono titolari di poteri di indagine e di *enforcement* contemplati dall'art. 9 reg. UE 2017/2394; e ciò tanto con riferimento alle fattispecie regolate da quest'ultimo atto normativo, quanto con riferimento alle «infrazioni lesive degli interessi collettivi dei consumatori in ambito [esclusivamente] nazionale». E tale quadro di competenze assumeva particolare significato, come posto in evidenza in dottrina, in relazione all'art. 15 della direttiva, che stabilisce che gli Stati membri devono provvedere affinché la decisione definitiva di un organo giurisdizionale o di un'autorità amministrativa di qualsiasi Stato membro relativa all'esistenza di una violazione degli interessi collettivi dei consumatori «possa essere usata da tutte le parti come prova» nell'ambito di procedimenti di natura collettiva instaurati attraverso azioni rappresentative finalizzate all'adozione di provvedimenti «risarcitori» nei confronti del professionista.

Forse tenendo conto di tali considerazioni, nel d.lgs. n. 28/2023 (art. 140-*septies* del codice del consumo) è stata adottata la scelta (già prevista dall'articolo 840-*ter* c.p.c. per le azioni di classe) di una competenza inderogabile della sezione specializzata in materia di impresa competente per il luogo ove ha sede la parte resistente³⁶.

³³ In questo quadro, si sarebbe determinata quella «ulteriore, forse definitiva torsione, che si sarebbe tentati di dire di segno pubblicistico se non fosse che lo specchio deformato del processo di integrazione europea rende ormai “pubblico” e “privato” termini largamente inattendibili”. CAMILLERI, *op. cit.*, 1054.

³⁴ Cass. 31 agosto 2021, n. 23655, la quale ha affermato che «in tema di contratti tra professionista e consumatore, il provvedimento con il quale l'AGCM accerti l'assenza di chiarezza e comprensibilità di alcune clausole contrattuali determina, nel giudizio civile promosso ex art. 37 bis, comma 4, c. cons., una presunzione legale, suscettibile di prova contraria, che non è sancita espressamente dalla legge ma scaturisce dalla funzione sistematica assegnata agli strumenti di public enforcement e genera un dovere di motivazione e di specifica confutazione in capo al giudice civile che maturi una diversa opinione [corsivo nostro]».

³⁵ La dottrina ha, in questa linea, posto in evidenza “l'evidente, e a dir poco preoccupante, rischio di un sensibile svilimento del ruolo e di una sostanziale subordinazione delle valutazioni del giudice civile rispetto al ruolo e alle valutazioni dell'AGCM (e dei giudici amministrativi davanti ai quali vengano impugnati i suoi provvedimenti) in controversie che, inerendo a fattispecie contrattuali e di responsabilità civile, diversamente da quanto accade nei giudizi civili instaurati dai consumatori finali con azioni risarcitorie e/o restitutorie esperite nei confronti di imprenditori resisi responsabili di illeciti antitrust presentano connotati squisitamente privatistici, che non vengono minimamente inficiati dalla circostanza che le disposizioni di diritto privato di cui viene invocata l'applicazione (e/o lamentata la violazione) siano assistite (anche) da un apparato di enforcement pubblicistico”. (DE CRISTOFARO, *op. cit.*, in NLCC 1/2022, 6).

³⁶ Secondo la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, il mantenimento di tale competenza anche per le azioni rappresentative è stato giustificato dalla volontà di favorire la specializzazione dei giudici che tratteranno la materia delle azioni rappresentative, connotata da diverse peculiarità, “non ultimo sotto il profilo del “case management” che richiede anche l'utilizzo del porta-



7. – Quanto alla procedura, inoltre, l'art. 140-*novies* cod. consumo rinvia agli artt. da 840-*quater* a 840-*terdecies* e all'art. 840-*quinquiesdecies* c.p.c.: vengono mantenute le tre fasi e il meccanismo dell'adesione previsto per l'azione di classe.

I commi da 5 a 11 dell'art.140-*septies* del codice del consumo, introdotti dall'art.1 del d.lgs. n. 28/2023, disciplinano le modalità di proposizione dell'azione rappresentativa e i requisiti di ammissibilità, con il relativo procedimento³⁷.

Tra le fasi, ne è prevista una preliminare, che si conclude con la valutazione di ammissibilità della domanda decisa con ordinanza entro il termine di trenta giorni dalla prima udienza, tanto per le azioni rappresentative risarcitorie quanto per quelle inibitorie.

Tale previsione (del giudizio preliminare di ammissibilità), per vero, potrebbe non essere necessaria per le azioni inibitorie, che non richiedono l'adesione dei consumatori al procedimento; rispetto ad esse un filtro preliminare, che aggiunge una nuova fase e rischia di ritardare un giudizio di per sé connotato da esigenze di celerità, oltre a risultare inutile, potrebbe essere dannoso. Anche per le azioni rappresentative compensative, caratterizzate da un perimetro di accesso ristretto, dalla riserva della legittimazione ad agire ad enti qualificati e da un sistema di adesione cui verosimilmente si darà seguito, nell'ambito della struttura "trifasica" del procedimento, solo dopo la sentenza, appare da ridimensionare la funzione stessa (di filtro) del giudizio di ammissibilità.

Un ulteriore punto critico, che ha fatto registrare una mancata corrispondenza tra le prescrizioni contenute nella Dir. 2020/1828 (UE) e le norme italiane di recepimento, riguarda l'art. 7, comma 6, Dir. 2020/1828 (UE), secondo il quale gli «*Stati membri provvedono affinché gli interessi dei consumatori in azioni rappresentative siano rappresentati da enti legittimati e affinché tali enti legittimati abbiano i diritti e gli obblighi di una parte ricorrente nel procedimento*». Nel decreto attuativo si rinvia al procedimento di classe italiano, che contempla una terza fase nella quale esce di scena il ricorrente (l'ente legittimato nell'azione rappresentativa, che incardina e conduce la fase di accertamento ed eventuale condanna del convenuto), e diventa centrale il ruolo di un soggetto diverso, il rappresentante comune (nominato con la sentenza con cui il Tribunale accoglie l'azione), cui è affidata la tutela e la rappresentanza dei consumatori aderenti in sede di accertamento, liquidazione, eventuale transazione e successiva esecuzione.

7.1. – La definizione del meccanismo di partecipazione costituiva un'ulteriore scelta che avrebbero dovuto adottare gli Stati nazionali in sede di recepimento della direttiva, a norma della quale (considerando 43), quanto alle azioni rappresentative volte a ottenere provvedimenti risarcitori, "per meglio rispondere alle loro tradizioni giuridiche, gli Stati membri dovrebbero prevedere un meccanismo di partecipazione o un meccanismo di non partecipazione, o una combinazione di entrambi" (...); "gli Stati membri dovrebbero poter decidere in quale fase del procedimento i singoli consumatori possano esercitare il loro diritto di partecipare o meno a un'azione rappresentativa".

Sul punto, curiosamente, non si è registrato un ripensamento rispetto alla disciplina dell'azione di classe, che già scontava "il peccato originale del c.d. *opt in* che ne condiziona e appesantisce le movenze rendendola

le dei servizi telematici, istituito proprio per l'attuazione delle azioni di classe previste dagli articoli 840-bis e seguenti del Codice di procedura civile".

³⁷ Il comma 7 prevede che il procedimento sia regolato dal rito semplificato di cognizione di cui al libro secondo, capo III-*quater*, c.p.c., come introdotto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (cd. riforma Cartabia).



una ibridazione”³⁸: nell’occasione di introdurre un nuovo strumento di ricorso collettivo, non si è ritenuto di far tesoro dei limiti mostrati dall’esperienza applicativa dell’azione di classe, ma anzi si è scelto di continuare a far richiamo proprio al suo “procedimento contraddetto dalla realtà della sua disciplina” dopo l’ulteriore esperienza della “pallida fattispecie” dell’art.140-*bis* c. cons.³⁹. Tale esperienza applicativa ha confermato che “la struttura dell’adesione mal si presta...a gestire efficientemente l’apparato del risarcimento collettivo” e a favorirne un largo utilizzo, incontrando un limite nella tendenziale inerzia tipica del consumatore/ attore; ma la scelta di tale sistema era stata determinata dalla considerazione che “è evidentemente difficile superare il tabù della estraneità dell’*opt out* al sistema domestico della tutela” e ciò sia per l’idea di una incostituzionalità del vincolo automatico di produzione degli effetti in favore di chi non abbia aderito sia anche, di più, per una “sotterranea sfiducia che lo vede più esposto all’abuso di massa”.

Il richiamo, operato dal nuovo art. 140-*novies* c. cons, con riferimento ai provvedimenti compensativi, alla disciplina dell’azione di classe (fra le altre norme, l’art. 840-*septies* c.p.c.) anche quanto alle modalità di adesione (con la conferma della complessità del doppio turno, dopo l’ordinanza di ammissibilità dell’azione e dopo la sentenza⁴⁰, già prevista dalla previgente disciplina) è un ulteriore limite che evidentemente condiziona anche la nuova normativa; e ciò anche se il superamento del sistema delle adesioni volontarie, secondo parte della dottrina processualistica, sarebbe stato ben possibile, tenendo conto fra l’altro dei ricorrenti riconoscimenti di sentenze straniere adottate su azioni di classe improntate al sistema dell’*opt out* (e a dispetto delle ricostruzioni “indurite”⁴¹ che pongono l’accento sulla possibile violazione del comma 2 dell’art. 24 Cost).

8. – Ciò a cui l’azione rappresentativa può tendere è un provvedimento risarcitorio o inibitorio.

Le relative istanze possono essere presentate anche congiuntamente: in tal senso il decreto legislativo attua la discussa possibilità prevista dal paragrafo 5, primo periodo, dell’art. 7 della direttiva, ai sensi del quale “gli Stati membri possono consentire agli enti legittimati di richiedere i provvedimenti di cui al paragrafo 4 con un’unica azione rappresentativa, se del caso”.

Nel concetto di provvedimento risarcitorio la direttiva faceva rientrare un ventaglio di misure eterogenee: l’art.3 lo definiva come “una misura che obbliga un professionista a offrire ai consumatori interessati rimedi quali un indennizzo, la riparazione, la sostituzione, una riduzione del prezzo, la risoluzione del contratto o il rimborso del prezzo pagato, a seconda di quanto opportuno e previsto dal diritto dell’Unione o nazionale”⁴².

Analoga ampia prospettiva è seguita nel decreto legislativo, che adotta l’espressione “provvedimento compensativo” per riferirsi ad una “misura rivolta a rimediare al pregiudizio subito dal consumatore, anche attraverso il pagamento di una somma di denaro, la riparazione, la sostituzione, la riduzione del prezzo, la risoluzione del contratto o il rimborso del prezzo pagato”. Come precisato nella relazione illustrativa (pag. 4), “la locuzione “provvedimento risarcitorio” è stata sostituita da quella di “provvedimento compensativo”,

³⁸ B. SASSANI, Presentazione, cit., X.

³⁹ B. SASSANI, *loc. ult. cit.*, anche per le citazioni successive. Si consideri che, secondo il dossier pubblicato a cura della sezione bilancio del Senato nel gennaio 2023, il numero di azioni di classe mediamente proposte ai sensi dell’articolo 140-bis del codice del consumo (applicabile *ratione temporis*), è oggi attestato a circa 2 all’anno.

⁴⁰ Nell’uno o nell’altro caso l’adesione dovrà avvenire entro un termine definito dal giudice, tra 60 e 150 giorni dalla pubblicazione dell’ordinanza o della sentenza.

⁴¹ L’espressione è di B. SASSANI, *loc. ult. cit.*

⁴² E. CAMILLERI, *op. cit.*, 1060.



posto che il riferimento al modello risarcitorio tracciato dalla direttiva non è sussumibile, per ratio e natura, nell'alveo della nozione di risarcimento come declinata nell'ordinamento interno". Inoltre, il riferimento all'"indennizzo" è stato sostituito con quello di "pagamento di una somma di denaro"; si è infatti ritenuto "che l'esatta trasposizione della formulazione della direttiva sarebbe risultata fonte di difficoltà interpretative, stante la specificità delle nozioni di risarcimento e indennizzo nell'ordinamento nazionale, che per tale ragione sono state sostituite con terminologia che appare più appropriata".

Il provvedimento inibitorio è invece definito come l'atto definitivo o provvisorio teso a far cessare una pratica o, se del caso, a vietarla, nel caso in cui si ritenga che detta pratica costituisca una violazione di cui all'articolo 2, paragrafo 1: ordini rivolti dall'organismo giudiziario competente, con cui si ingiunge al professionista – che tiene una condotta contrastante con i precetti dettati da una o più disposizioni di diritto UE riportate nell'Allegato alla direttiva – di porre fine ad una condotta e/o di astenersi dal proseguirla ovvero dal reiterare una condotta esauritasi anteriormente alla proposizione della domanda.

Nel decreto attuativo, l'art. 140-*octies* prevede l'obbligo di notifica del ricorso al pubblico ministero (comma 2) e l'applicazione dei commi da 4 a 14 dell'art. 840-*quinquies* c.p.c. che disciplina il procedimento dell'azione di classe (comma 3).

L'azione rappresentativa (comma 8 dell'art. 140 *octies*) può essere proposta solo decorsi quindici giorni dalla richiesta di cessazione del comportamento lesivo, rivolta dagli enti legittimati al professionista.

È da riflettere se il provvedimento con cui l'autorità si pronuncia su azioni rappresentative inibitorie possa imporre al professionista l'obbligo di eseguire prestazioni positive (di dare o fare), ulteriori rispetto alla pubblicazione della decisione ovvero di una dichiarazione di rettifica (espressamente prevista dall'art. 8, par. 2, lett. b).

In base al considerando 33, i provvedimenti inibitori avrebbero potuto "obbligare i professionisti ad adottare misure specifiche, per esempio fornire ai consumatori le informazioni che sono state precedentemente omesse in violazione di un obbligo legale"; la formula è appunto da comprendere, anche perché meno ampia di quella contenuta nell'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c. che prevede il potere del tribunale di ordinare, con la condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il compimento di "misure idonee ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate" a carico della parte soccombente.

9. – Un'ultima riflessione sui rapporti tra azioni rappresentative ed altri rimedi collettivi, in particolare l'azione di classe.

Si è già posto in evidenza che comuni sono stati gli intenti dell'introduzione dei diversi strumenti, riconducibili allo "strumentario della politica del diritto del controllo di qualità dei servizi collettivi e dei beni di consumo di massa per ogni società c.d. adversaria"⁴³: efficienza ed economia processuale, abbattimento dei costi di accesso alla giustizia soprattutto per quei diritti che si concretano in pretese risarcitorie di modesta entità, conseguente azione di deterrenza rispetto al compimento di illeciti e all'esercizio di pratiche scorrette dell'impresa⁴⁴.

⁴³ Così, in generale, HAZARD, TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993, 187 ss., richiamati da F. AULETTA, *loc. ult. cit.*

⁴⁴ Anche nella Dir. 2020/1828 interessante è il richiamo, contenuto nel considerando 60, ai "rischi reputazionali associati alla diffusione di informazioni relative alla violazione", che sono considerati "importanti riguardo all'effetto deterrente che esercitano sui professionisti che violano i diritti dei consumatori".



Analoghi sono poi i meccanismi di tutela nella distribuzione dei ruoli tra le diverse parti in causa: anche nella nuova disciplina appare in molti aspetti privilegiata la posizione dell'attore rispetto al convenuto, cui non è corrispondentemente riconosciuto il potere (che pure potrebbe essere utile, ad esempio per gli enti che erogano servizi di massa) di vedersi garantita, a determinate condizioni, l'unitarietà del giudizio stesso e cui in particolare non vengono apprestati strumenti di reazione nei confronti di azioni individuali disaggregate che invece si presterebbero ad essere unite in una classe⁴⁵.

La preoccupazione di evitare abusi del contenzioso, già evidente nella disciplina dell'azione di classe (di cui è espressione normativa anche la previsione della procedura plurifasica e del filtro di ammissibilità dell'azione, presente tanto nella versione degli artt. 140-*bis* ss. cod. civ. tanto in quella degli artt. 840 ss. c.p.c.) ha trovato corrispondenza, nella Dir. 1828 (art. 1, par. 1), nella particolare attenzione per le regole relative all'individuazione e al finanziamento degli enti legittimati (considerando 10), ma soprattutto nell'obbligo per gli Stati membri di attribuire alle autorità (giudiziarie o amministrative) competenti la possibilità di rigettare tempestivamente le azioni rappresentative ove vengano acquisite informazioni che le facciano apparire ad un primo sommario esame manifestamente infondate. Da questo punto di vista, è inoltre interessante che – nella prospettiva del conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori – già la direttiva (e poi il d.lgs. n. 28 con l'introduzione dell'art.140-*decies* c. cons.) abbia scelto di porre sullo stesso piano delle azioni rappresentative le transazioni concernenti i risarcimenti⁴⁶, quale strumento di composizione veloce della lite.

Dunque, un insieme di obiettivi analoghi, del resto derivanti dalla comune natura superindividuale delle azioni.

Rimane però il nodo dei rapporti, per vero, non solo con l'azione di classe prevista dall'art.840-*bis* c.p.c., ma anche con l'azione inibitoria collettiva di cui all'art.840-*sexiesdecies* c.p.c.: è evidente che con la Dir. 2020/1828 il legislatore europeo di fatto realizzi una “incursione sul terreno processualcivilistico nazionale, da sempre assunto a materia di autonomia degli Stati membri”⁴⁷, e che dunque un problema di coordinamento con gli strumenti previgenti di matrice nazionale si ponga; un problema che, si badi, ha dei riflessi sostanziali significativi, giacché la possibilità di azioni su diversi “tavoli” (il consumatore che ad esempio, come posto in evidenza, non può agire con l'azione rappresentativa neanche se organizzato in gruppo ma può agire con l'azione di classe anche per questioni relative alle discipline indicate nell'allegato del d.lgs. n. 28) potrebbe frustrare l'obiettivo proprio delle azioni plurisoggettive della eliminazione del contenzioso plurimo e determinare giudicati parzialmente o integralmente contraddittori.

La scelta di non intervenire, in sede di attuazione della direttiva, anche attraverso un coordinamento con la disciplina previgente ha fatto sì che nel nostro ordinamento, fino al 19 maggio 1931, si registrerà la compresenza di tre diverse discipline di tutela collettiva risarcitoria: l'azioni di classe *ex* art. 140-*bis* cod. consumo, che continuerà ad applicarsi per tutte le condotte poste in essere sino al 19 maggio 2021, data di entrata in vigore della l. n. 31/2019; l'azione di classe, inserita negli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. a seguito della riforma operata con l. n. 31/2019, applicabile alle condotte illecite poste in essere dal 19 maggio 2021; l'azione rappresentativa prevista agli artt. 140-*ter* ss., cod. consumo, in virtù del d.lgs. n. 28/2023, che si applica, ai sensi dell'art. 4, comma 1, a decorrere dal 25 giugno 2023.

⁴⁵ Evidenza che “un difetto di unitarietà di giudizio può riuscire insostenibile per la parte che disciplina per moduli o formulari la sua attività negoziale”, F. Auletta, loc. ult. cit.

⁴⁶ Su cui M.A. ASTONE, *Le transazioni concernenti i risarcimenti*, in *NLCC* 2022, 4, 1088 ss.

⁴⁷ E. CAMILLERI, *La Dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative e il “sistema delle prove”*, cit., 1061.



Per vero, si è tentato di risolvere i problemi di coordinamento tra le diverse azioni con la citata delimitazione per materie dell'ambito applicativo del nuovo strumento: l'art. 140-ter, comma 2, del codice del consumo ha stabilito che, a fronte di condotte tenute da professionisti lesive degli interessi collettivi dei consumatori in una delle discipline elencate nel nuovo Allegato II *septies*, gli enti legittimati "non possono agire con l'azione di classe" prevista dal codice di procedura civile, mentre "restano fermi i rimedi contrattuali ed extracontrattuali comunque previsti a favore dei consumatori" (con la conseguenza, appunto, che in quelle materie le associazioni dei consumatori potranno esclusivamente far ricorso alla procedura collettiva di matrice europea, mentre i singoli consumatori avranno la possibilità di avvalersi dell'azione di classe contemplata dal c.p.c.).

Rimangono però, nella disciplina delle azioni rappresentative, una serie di richiami (operati dall'art. 140-novies cod. cons. agli articoli da 840-quater a 840-terdecies e all'art. 840-quinquiesdecies c.p.c., con riferimento in particolare al procedimento trifasico, al meccanismo dell'adesione e la previsione del compenso premiale) che rivelano una certa tendenza a "piegare" l'azione rappresentativa (almeno quella volta ad ottenere provvedimenti compensativi) sull'azione di classe.

Ma è da aggiungere, come già posto in evidenza, che anche per l'azione di classe la legittimazione passiva riservata dall'art. 840-bis c.p.c. alle imprese ovvero agli enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità "relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività", riduce sostanzialmente il suo ambito applicativo pur sempre alla materia contrattuale/consumeristica: se è vero che "la recente incorporazione al codice di procedura civile toglie all'azione di classe il sigillo della differenziazione, in particolare di quella consumeristica" tale connotazione comunque rimane "indirettamente, per la selezione operata tra i convenibili («imprese» ovvero «enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità»)"⁴⁸.

Dal punto di vista del rapporto tra rimedi inibitori e risarcitori, la dottrina processualistica ha messo in evidenza che la distinzione tra "interessi collettivi, da un lato, e diritti individuali omogenei, dall'altro, spesso impiegata al fine di distinguere le situazioni giuridiche soggettive tutelate nei due diversi procedimenti, ha il sapore del mero artificio formale, utile solo a separare ciò che nella sostanza è unitario", e che "l'oggetto della sentenza che accoglie la domanda di classe è limitato all'accertamento della condotta plurioffensiva, ovvero sostanzialmente coincide con l'oggetto del giudizio inibitorio", con la conseguenza che "il cumulo delle due azioni collettive in un unico processo appare l'unica soluzione processualmente idonea a rispondere adeguatamente alla suddetta esigenza di tutela effettiva dei diritti coinvolti"⁴⁹.

Da questo punto di vista, è interessante sottolineare che mentre l'art. 840-sexiesdecies c.p.c. stabilisce che il giudice debba separare le cause qualora l'azione inibitoria sia proposta congiuntamente all'azione di classe risarcitoria, l'art. 140-septies introdotto dal d.lgs. n. 28/2023, come si è visto, prevede che le azioni rappresentative possono essere promosse "al fine di richiedere, *anche cumulativamente*, l'adozione dei provvedimenti inibitori previsti dall'articolo 140-octies oppure dei provvedimenti compensativi previsti dall'art. 140-novies".

Un'ultima considerazione, infine, sulle situazioni tutelate, anche in rapporto al (la opportunità del) trattamento unitario di provvedimenti compensativi e inibitori.

Con l'azione di classe si possono tutelare «propri diritti» (art. 24 Cost.), ed è in considerazione di questa aggregazione processuale che si riconosce l'iniziativa individuale, si pone un problema di omogeneità con

⁴⁸ Così F. AULETTA, *loc. ult. cit.*

⁴⁹ SASSANI, *loc. utl. cit.*



altri e si giustifica il meccanismo dell'adesione: l'omogeneità è concetto relativo, in quanto va parametrata rispetto all'interesse di chi nell'azione di classe propone per primo l'azione, e come tale è incompatibile con la tutela di interessi collettivi.

Con l'azione rappresentativa si possono tutelare diritti in qualche modo "altrui" in quanto collettivi, ed è per questo che non è necessario dare mandato agli enti, cui è rimesso l'esercizio dell'azione in base ad una legittimazione propria.

Si tratta dunque di una tutela collettiva contro una tecnica processuale aggregata, che in molti aspetti vengono trattate unitariamente attraverso strumenti che, a causa di una legislazione stratificata e incerta, appaiono ancora caratterizzati da numerose incertezze applicative.

Se a ciò si aggiungono significative distonie tra decreto attuativo e direttiva (ad esempio dal punto di vista del procedimento trifasico che prevede l'uscita di scena dell'ente legittimato in favore del rappresentante comune) e soprattutto quella mancanza di chiarezza nella definizione delle diverse aree di operatività degli strumenti, ci si rende conto che ciò potrà comportare l'ingresso nei processi di questioni formali e procedurali, che potranno preliminarmente condizionare la risoluzione delle questioni di merito.

Pare, dunque, si sia persa, così, l'occasione per realizzare un rimedio autenticamente efficace ed efficiente per proteggere il consumatore realizzando "un impianto nel complesso fragile"⁵⁰, perché rimesso a scelte che avrebbero dovuto essere compiute in sede di recepimento, nell'alternativa tra la conservazione dei modelli nazionali, il che avrebbe forse vanificato alcune peculiarità della disciplina contenuta nella direttiva, e la soluzione di un innesto che però avrebbe dovuto essere accompagnato da un coordinamento ulteriormente meditato⁵¹.

Sullo sfondo, l'aleggiare di una "irrisoluzione": se "piace a tutti ripetere che ... è una modalità efficiente e sperimentata per risolvere controversie su larga scala", "non è però chiaro se il problema sia evitare un effettivo spreco di risorse o creare, attraverso l'offerta, una domanda altrimenti inesistente. Ci si muove per sgravare il sistema giudiziario da una tangibile esorbitanza di causa individuali, ovvero per aprire le porte di Temi alla folla di casi che non ne solcherebbero mai la soglia? Per tagliare lo spreco di risorse della parcelizzazione della giustizia, ovvero per soddisfare una domanda di giustizia inespressa?⁵²".

⁵⁰ CAMILLERI, *op. cit.*, 1076.

⁵¹ Un coordinamento che riguarda anche la materia sostanziale del codice del consumo. Cdr. DE CRISTOFARO: *Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?*, cit., 3: "l'accavallarsi disordinato e disorganico di queste nuove discipline fa apparire ormai ineludibile l'esigenza di una radicale riforma del codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005), da attuarsi seguendo due linee direttrici di fondo. Per un verso, rimeditando con la dovuta attenzione la individuazione delle discipline da inserire in questo testo normativo e la scelta dell'atto normativo in cui inserire le discipline eventualmente reputate meritevoli di essere collocate al di fuori del codice del consumo (codice civile, codice di settore, t.u. o legge speciale autonoma): invero, le relative opzioni, dal 2005 ad oggi, sono state compiute dal legislatore nazionale sulla base di motivazioni oscure, ambigue e contraddittorie, con gravi ripercussioni sul grado effettivo di completezza, coerenza ed organicità che dovrebbe a rigore connotare il codice del consumo proprio in considerazione della sua natura di "codice" di settore e delle ragioni e degli obiettivi della sua creazione. Per altro verso, rivedendo e riorganizzando la distribuzione, l'articolazione ed i contenuti dei precetti inseriti nelle disposizioni che fanno parte del codice del consumo: proprio a causa del disordinato e scoordinato accavallarsi di interventi di riforma è infatti divenuto oggi difficilissimo per l'interprete ricostruire in modo compiuto, coerente e credibile il regime normativo applicabile alle singole fattispecie".

⁵² B. SASSANI, presentazione, cit., X.



GIUSEPPE PORTONERA

*Assegnista di ricerca in Diritto privato – Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano***DIRITTO PRIVATO E INTERESSI GENERALI.
PROFILI STORICO-SISTEMATICI**

SOMMARIO: 1. La «grande dicotomia» tra diritto privato e diritto pubblico e lo spazio per gli interessi generali nel diritto civile. Il sostegno di un'indagine di tipo storico. – 2. I codici civili come costituzioni delle società borghesi. – 3. “Rottura” dell'unità sociale e diritto post-borghese. Il Codice civile del 1942. – 3.1. La novità della Costituzione repubblicana e i suoi riflessi sul sistema del diritto privato. – 4. L'orizzonte europeo: il «diritto privato regolatorio». In particolare, la tensione tra le diverse politiche del diritto del consumo e la nuova frontiera della sostenibilità. – 5. Di quali interessi generali possa farsi carico il diritto privato, e secondo quale modalità. Il caso paradigmatico della responsabilità civile, tra criterio di imputazione oggettiva e funzione punitiva.

1. – Quella fra diritto pubblico e diritto privato è stata notoriamente definita come una, se non *la*, «grande dicotomia» del pensiero giuridico occidentale¹. Le sue radici affondano nella civiltà romana, che, dopo aver “inventato” l'idea del diritto², ha avvertito la necessità di distinguere – riproducendo le espressioni del celebre frammento ulpiano (D. I. 1. 2) – tra ciò che spetta «ad statum rei Romanae» e ciò che spetta «ad singulorum utilitatem». C'è stato un tempo in cui questa distinzione era assunta come una categoria a priori del pensiero giuridico: una necessità logica, se non addirittura ontologica, prima di ogni formalizzazione ordinamentale, e – soprattutto – indisponibile alla modellazione da parte del legislatore³. Oggi, invece, è diffusa l'idea che la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato si arresti sul piano delle definizioni meramente stipulative, di per sé né vere né false, ma solo più o meno adeguate alla classificazione dei concetti⁴. Non si tratta di prospettive propriamente “riduzionistiche”, come tali intendendosi quelle che negano la distinzione postulando l'annullamento di un diritto nell'altro (e si discorrerà, alternativamente, di «primato del diritto

¹ N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato*, ora in ID., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, 3 s.

² A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2017, 5 s.

³ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1932, 122-127, citato in N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, cit., 4.

⁴ Così, testualmente, B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, 13, sulla scorta di L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Teoria del diritto*, I, Roma-Bari, 2007, 802. Ma si veda già S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917, ora Macerata, 2008, 23 s., il quale, pur ammettendo la distinzione, ne negava la struttura dicotomica, sino ad affermare la subordinazione del diritto privato a quello pubblico. Invita comunque «a considerare con una certa cautela le espressioni che assegnano alla distinzione in esame un rilievo solo ‘stipulativo’», A. TRAVI, *Recensione a B. Sordi, Diritto pubblico e diritto privato*, in *Jus*, 2022, 235, «se non altro perché l'analisi giuridica non è mai soltanto un misurarsi con problemi che vivono di una concretezza odierna, ma è anche una ragione di continuità con esperienze e riflessioni precedenti, da confrontare in ogni momento con le situazioni nuove che si vengono a presentare nella società».



pubblico» o, di converso, di «primato del diritto privato»⁵), bensì di posizioni che possono dirsi “relativizzanti”.

A disegnare questa evoluzione hanno concorso l’acquisizione di una consapevolezza circa l’intrinseca storicità dei concetti giuridici e una certa interiorizzazione del pensiero normativistico nella *forma mentis* del giurista europeo. Sul primo versante, il costante oscillamento del pendolo tra organizzazioni della società più o meno fondate sul decentramento dei processi decisionali – e che trovano usualmente delle sintesi sul piano istituzionale nei termini di “Stato” e “mercato”⁶ – ha indotto a ritenere che ciò che è pubblico e ciò che è privato dipenda, in buona sostanza, da ciò che si vuole considerare pubblico e ciò che si vuole considerare privato in base alle circostanze sociali, economiche e politiche di un dato momento storico. Sul secondo versante, la concezione che il diritto sia essenzialmente un insieme di disposizioni ha potuto suggerire l’idea che faccia poca differenza che la norma abbia carattere pubblicistico o privatistico, essendo comunque sempre ricondotta entro il diritto positivo (*positum*) dello Stato⁷. I due versanti risultano peraltro integrabili nel momento in cui si osserva che il secondo, con la sua dimensione formalistica, offre una giustificazione strutturale del primo, più centrato invece sulla “sostanza” della regola. A ciò va, inoltre, aggiunta l’influenza esercitata dal modello di *common law*, nel quale la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato è stata storicamente avvertita come meno netta⁸, complice anche il principio di unitarietà della giurisdizione⁹.

Da ciò che precede pare eccessivo, e in proposito si tornerà di seguito, ritrarre che il *discrimen* tra diritto privato e diritto pubblico sia soltanto, per così dire, una linea tracciata sulla sabbia. Specialmente nella mo-

⁵ Per i riferimenti: S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, § 21 e § 22, appunto titolati, rispettivamente, «Il primato del diritto pubblico» e «Il primato del diritto privato». Menzione particolare merita la radicale posizione di Bruno Leoni, nel cui pensiero – come sottolinea M. STOPPINO, *La grande dicotomia diritto privato – diritto pubblico e il pensiero di Bruno Leoni*, in *Il Politico*, 1982, 115 s., spec. 119-122 – la riduzione di tutto il diritto al solo diritto privato si risolve nel «rifiuto del diritto pubblico», ossia nella negazione della dignità giuridica alle norme organizzative del potere di matrice statale.

⁶ La relazione tra “stato” e “mercato”, se concettualmente può assumersi anch’essa come dicotomica, si presenta nel suo invero storico come di reciproca contaminazione, appunto mai cristallizzata nei suoi approdi e per tale ragione in costante tensione. Proprio sul piano del cosiddetto «neo-istituzionalismo» (o *Reflexives Recht* secondo l’espressione tedesca), un tentativo di sintesi è stato delineato da L. MENGONI, *La questione del «diritto giusto» nella società post-liberale*, in ID., *Scritti. Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, 66, per il quale l’espressione virgolettata «descrive un nuovo tipo di *self-restraint* del diritto dello Stato, cioè un tipo di intervento non più diretto, ma indiretto, indirizzato non a regolare con norme rigide e particolareggiate di comportamento i rapporti socio-economici, ma piuttosto a predisporre le nervature istituzionali di processi di autoregolazione sociale, a definire, correggere e ridefinire, quando occorra, istituzioni sociali funzionanti come sistemi autoregolatori».

⁷ Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 2021, 366 s., ove si incontra anche un rilievo critico circa il «dualismo» fra diritto pubblico e diritto privato, il cui carattere viene definito come «ideologico». N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, 1995, 89-91, ricorda che già in un saggio più risalente (tradotto in lingua italiana con il titolo appunto di *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1924, 340 s.), Kelsen aveva espresso una analoga posizione scettica, commettendo la questione della qualità intrinseca e originaria di certi interessi a «un punto di vista metagiuridico» e volgendo «il dualismo di diritto pubblico e diritto privato [...], da antitesi transistemica, in *distinzione intrasistemica*, pensata e definita nell’unità del diritto statale» (così Irti). È bene evidenziare, peraltro, che il rilievo critico espresso nella *Dottrina pura* è rivolto principalmente a certe conseguenze, che ben possono dirsi ideologiche, che si vorrebbero trarre da questo dualismo: per un verso, una sottrazione dei poteri pubblici, almeno in certe condizioni, al primato della legge, e, per altro verso, la negazione di un grado di “politicalità” del diritto privato.

⁸ Sarebbe eccessivo, invece, affermare che la distinzione semplicemente non esiste: M. FREEDLAND, *The Evolving Approach to the Public / Private Distinction in English Law*, in M. FREEDLAND, J. AUBY (a cura di), *The Public Law Private Law Divide: Une Entente Assez Cordiale?*, Portland, Or., 2006, 93 s.; M. SERIO, *La distinzione tra diritto privato e diritto pubblico nel common law inglese*, in G.A. BENACCHIO, M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Atti del IV Congresso nazionale SIRD Trento, 24-26 settembre 2015, Trento, 2016, 79 s.

⁹ È stato A.V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, Bologna, 2003, 279 s., a introdurre nella cultura giuridica d’oltremania l’idea che la creazione di tribunali specializzati per il diritto amministrativo, sul modello degli ordinamenti francesi, fosse antitetica al *Rule of law*, in quanto reputata elemento di rottura del principio di uguaglianza di fronte alla legge.



dernità giuridica, infatti, i due ambiti risultano distinguibili secondo una serie di criteri, il più comune dei quali è quello che si appunta sulla diversa natura dell'interesse, privato/individuale o pubblico/generale, che viene di volta in volta in rilievo¹⁰. Semmai, è opportuno rifuggire da schematismi rigidi¹¹, del cui effettivo valore euristico può invero dubitarsi, riconoscendo anzitutto la correlazione necessaria fra dimensione privata e dimensione pubblica del diritto, ossia tra l'esistenza della trama dei rapporti tra privati e l'esigenza di attribuire a questi ultimi un riconoscimento pubblico¹².

Pertiene comunque agli studi di teoria generale l'indagine circa la natura e l'estensione della faglia che corre lungo i due termini della grande dicotomia¹³. Questo lavoro ha, invece, un respiro più contenuto. L'osservazione che ne costituisce il punto di avvio può così riassumersi: la dialettica tra interessi individuali e interessi generali non si sviluppa soltanto lungo il *discrimen* tra i settori dell'ordinamento, dal momento che, come branche del diritto pubblico possono farsi carico della tutela dei primi (e si pensi all'interesse legittimo cosiddetto pretensivo nel diritto amministrativo e, sia pure in un senso diverso, ai reati punibili a querela di parte nel diritto penale), così il diritto privato fornisce rappresentanza al punto di vista dei secondi. È opportuno chiedersi, però, fino a che punto quest'ultimo possa offrire ospitalità a interessi generali: per essere più precisi, per quali ragioni e in quale estensione possa farsene carico in un modo che risulti compatibile con la logica propria del sistema di riferimento¹⁴.

¹⁰ Cfr. S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 736 s. Sebbene già Ulpiano, come già ricordato, avesse individuato, quale *discrimen* tra diritto privato e pubblico, la natura dell'*utilitas* (cioè il tipo di interesse che viene in rilievo), questo criterio ha assunto appunto il suo valore determinante nella temperie della modernità, come da ultimo sottolineato in B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 97 s.

¹¹ D'altronde – come ha messo in evidenza, proprio rispetto al frammento ulpiano, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1994, 29 – il criterio dell'interesse non va esasperato, o meglio va accolto con «qualche delucidazione: infatti il concetto stesso del diritto, come complesso di norme avente per scopo la conservazione e il perfezionamento di una società, esclude che ne facciano parte disposizioni prive d'interesse sociale; mentre per converso non vi è norma posta nell'interesse collettivo dalla quale i singoli non traggano un vantaggio, talvolta inestimabile (si pensi alle norme che organizzano la costituzione politica, o a quella che vieta l'omicidio)». Sempre S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 697, nt. 6, ricorre alla familiare metafora «dell'unico tronco e dei due rami, intesa a rappresentare l'unità fondamentale e la possibilità di una distinzione interna».

¹² A. NICOLUSSI, *Il tavolare nel sistema della tutela dei diritti*, in *Territorio + diritto = Tavolare*, Atti del convegno tenutosi a Rovereto il 7 Novembre 2009, Trento, 2011, 39, ove viene peraltro riportata la citazione di Jean Bodin «nihil publicum esse potest ubi nihil sit privatum» (*République*, libro I, cap. 2, ed., in *I sei libri dello Stato di Jean Bodin* [a cura di M. Isnardi e continuata da D. Quagliani], I, Torino, 1988, 178) che esprime sia l'idea della correlazione riferita nel testo, sia la necessaria distinzione tra le due sfere, che pure serve, in una certa misura, a costituirle reciprocamente, come riconosce anche M. MORAN, *The Mutually Constitutive Nature of Public and Private Law*, in A. ROBERTSON, H. WU TANG (a cura di), *The Goals of Private Law*, Portland, Or., 2009, 17 s.

¹³ E si guardi, soprattutto, alla già ricordata opera di Bobbio sulla «grande dicotomia». Più di recente: I. PUPOLIZIO, *Pubblico e privato. Teoria e storia di una grande dicotomia*, Torino, 2019. Per degli studi sviluppati con sensibilità di civilista: F. GALGANO, *Pubblico e privato nell'organizzazione giuridica*, in *Contr. Impr.*, 1985, 357 s.; U. BRECCIA, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 191 s.; G. ALPA, *Diritto privato e diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Econ. dir. terz.*, 1999, 311 s.; ID., *Dal Diritto pubblico al Diritto privato*, I e II, Modena, 2017; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020. Da un punto di vista attento alla comparazione giuridica: N. JANSEN, R. MICHAELS, *Private Law and the State: Comparative Perceptions and Historical Observations*, in *RabelsZ*, 2007, 345 s. e H. COLLINS, *On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law*, in H.-W. MICKLITZ (a cura di), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford, 2014, 36-38.

¹⁴ La prospettiva che così si delinea è una di conservazione dell'autonomia del diritto privato, al contempo riconoscendo che esso «si spiega anche alla luce di ragioni che non sono le sue proprie» (C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 111), e dunque la sua integrazione in più ampio contesto di dialettica tra diversi fenomeni sociali. Nella cultura di *common law*, la polarizzazione tra *autonomists* e *instrumentalists* è avvertita persino più intensamente, riproducendo, con riferimento al sistema di diritto privato, l'opposizione più generale tra *formalists* e *anti-formalists*, come evidenzia, tra gli altri, G. CALABRESI, *An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts*, in *Stanford L. Rev.*, 2003, 2114 s. Tra gli *autonomists* va annoverato Ernest J. WEINRIB (*The Idea of Private Law*², Oxford, 2012 e, più recentemente, *Reciprocal Freedom. Private Law and Public Right*, Oxford, 2022), mentre tra gli autori associati all'*instrumentalism* può ovviamente menzionarsi RICHARD A. POSNER (*Eco-*



A sostegno di questa verifica, soccorre anche una ricerca di tipo storico, la quale non può essere certo svolta con completezza e gusto propriamente conoscitivo, bensì dipanata con riferimento costante al problema – prettamente giuridico – oggetto dell’indagine. Pertanto, la ricognizione e l’analisi dei presupposti sociali, economici, politici e filosofici che si sono succeduti nel tempo sarà ordinata alla ricostruzione delle modalità con cui le varie “stagioni” del diritto civile hanno interpretato e attuato il rapporto tra interessi individuali e interesse generale. Lungo questa via, si conta di rischiarare quei profili problematici che interpellano, ancora oggi, il giurista.

2. – L’indagine storica mostra che non sempre – e, dunque, non necessariamente – la sfera degli interessi privati e quella degli interessi pubblici sono apparse riconoscibili nella loro indipendenza. Di contro, si sono avute esperienze in cui le due sfere sono state ritenute armonizzabili al punto da renderle osmotiche. Nel giustnaturalismo medievale, ad esempio, i diritti individuali non erano soltanto preordinati al conseguimento del bene comune, ma riconosciuti in ragione di quest’ultimo. La proprietà, che è l’archetipo del diritto soggettivo, viene giustificata da San Tommaso d’Aquino alla stregua di un diritto “naturale” non nel senso in cui questo termine viene ormai comunemente impiegato – ossia come sfera di libertà che precede l’organizzazione politica e che da quest’ultima va difesa – bensì nel senso di essere conforme allo sfruttamento delle cose più compatibile con il bene comune, perciò corrispondendo alla migliore “natura” delle cose medesime¹⁵.

Nella società borghese, questa armonia tra la sfera dell’interesse privato e quella dell’interesse pubblico è mantenuta, sia pure declinata da una prospettiva inversa: non è più, infatti, l’interesse privato a identificarsi con l’interesse pubblico, ma quest’ultimo a risultare, di “riflesso”, nel primo. L’ordine sociale è infatti fondato sul «postulato fisiocratico dell’esistenza di una legge naturale che produce la coincidenza dell’interesse individuale, liberamente perseguito, con l’interesse generale»¹⁶ – postulato che viene recepito nel prodotto

*nomic Analysis of Law*⁹, Boston, 2014). Una posizione mediana tra i due estremi, proprio in riferimento alla relazione tra diritto privato ed espressione degli interessi generali, si trova in H. DAGAN, *The Limited Autonomy of Private Law*, in *Am. J. Comp. Law*, 2008, 809 s., e G. TEUBNER, *State Policies in Private Law? A Comment on Hanoch Dagan*, ivi, 835 s. Più di recente, sono gli studiosi – principalmente statunitensi e canadesi – che si riconoscono nella cosiddetta corrente della *New Private Law Theory* [da non confondere con l’omonimo indirizzo europeo, a proposito del quale si rinvia a S. GRUNDMANN, H.-W. MICKLITZ, M. RENNER (a cura di), *New Private Law Theory. A Pluralist Approach*, Cambridge, 2021] a tracciare un corso intermedio tra *autonomism* e *instrumentalism*: A.S. GOLD, *Internal and External Perspectives: On Methodology in the New Private Law*, in A.S. GOLD, D.B. KELLY, J.C.P. GOLDBERG, E.L. SHERWIN, H.E. SMITH (a cura di), *The Oxford Handbook of the New Private Law*, New York, 2020, 3 s.; P.B. MILLER, *The New Formalism in Private Law*, in *Am. J. Juris.*, 2021, 175 s.

¹⁵ La giustificazione offerta da San Tommaso si fonda su basi che si potrebbero definire funzionalistiche. Primo: ognuno ha una cura migliore delle proprie cose; se la proprietà fosse comune, volentieri verrebbe evitato il lavoro, lasciando ad altri il compito di curarsene. Secondo: in un sistema che riconosce la proprietà privata, gli affari vengono svolti in modo ordinato, giacché ciascuno è responsabile per qualcosa, laddove se tutti fossero responsabili per tutto, regnerebbe la confusione. Terzo: la pace sociale regna là dove ciascuno si accontenta del suo, giacché l’esperienza mostra come i grandi conflitti scoppiano per i beni posseduti in comune o indivisibilmente (*Summa Theologiae*, II^a II^{ae}, q. 66, a. 2, *responsio*). Sintetizza ITALO MANCINI (*Il mio e il tuo esterni. Quale necessità?*, in *Jus*, 1979, 287), che «I motivi tomistici per razionalizzare la proprietà privata sono legati a tre “più”. Nel sistema a regime privato la gente è “più sollecita”, “tratta più ordinatamente le cose umane”, “vive più in pace”». La stessa Dottrina sociale della Chiesa (cap. IV, III, a-b), che è grandemente tributaria della tradizione tomistica, oggi chiarisce che diritto primario, ossia “naturale” nel senso di inscritto nella natura dell’uomo, è la destinazione universale dei beni, e che la proprietà privata è un diritto secondario che, nel contesto del comune diritto di tutti ad usare i beni dell’intera creazione, si riconosce come garanzia di un retto ordine sociale e che, proprio ai fini di una politica economica autenticamente sociale e democratica, può essere regolato.

¹⁶ L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Metodo e teoria giuridica*, cit., 74. Lo “spirito dei tempi”, con precipuo riferimento al-



normativo per eccellenza di questo tempo: i codici civili. Questi ultimi, si è detto, sono state le costituzioni delle società borghesi, e i principi codicistici – proprietà privata, autonomia contrattuale, concorrenza, responsabilità centrata sulla colpa, libertà di testare – altro non erano che i canoni politici su cui le società del XIX secolo si fondavano¹⁷. Detto altrimenti, in un momento in cui il diritto pubblico era ancora e sostanzialmente soltanto norma di organizzazione delle istituzioni, i codici civili hanno tradotto il linguaggio politico delle libertà individuali nella forma giuridica del diritto soggettivo quale signoria del volere¹⁸. E il «significato costituzionale»¹⁹ delle codificazioni privatistiche era confermato dall'attrazione nel loro ambito normativo di regole inerenti al rapporto tra il cittadino e il sovrano – e si pensi, tra le altre, alle norme sul godimento dei diritti civili, a quelle sulla cittadinanza, a quelle sulla famiglia, a quelle sull'espropriazione per pubblica utilità, per finire con le cosiddette preleggi, le quali hanno carattere generale e trasversale a ogni ramo dell'ordinamento, e sono state nondimeno sempre anteposte al codice civile²⁰. Come ha scritto, tra i

l'esercizio della libertà contrattuale, è catturato dal noto *dictum* del giudice inglese sir George Jessel in *Printing and Numerical Registering Co v Sampson* (1875) 19 Eq 462: «if there is one thing which more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by Courts of justice».

¹⁷ Così, il Codice civile francese è stato riconosciuto come «la constitution civile de la France» (secondo la definizione resa celebre da Jean Carbonier, riportata da B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 106) e, allo stesso modo, il Codice italiano del 1865 «divenne, ben più dello Statuto albertino, la vera costituzione dell'Italia unita» [C. SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, 1990, 235]. Di converso, il Codice civile tedesco (BGB), che pure era stato acclamato nel giorno della sua entrata in vigore dalla *Juristenzeitung* con il motto «Ein Volk. Ein Reich. Ein Recht» (lo ricorda L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Metodo e teoria giuridica*, cit., 319), non riuscì a «conquistare la Germania come invece a suo tempo il *Code civil* il popolo francese», perché privo dell'«appassionato appello alla coscienza ed operante responsabilità collettiva dei cittadini che è [...] presente nelle costituzioni e nei codici di quelle nazioni che hanno appena raggiunto una nuova comunità di valori» (F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno, con particolare riguardo alla Germania*, Milano, 1980, II, 192-193). È opportuno sottolineare che tra codificazione ed espressione dei valori della società borghese sta un legame storico, che si giustifica in ragione del dominio di quei valori nel momento in cui il processo di codificazione si è spiegato [si vedano, tra gli altri, i saggi di G. TARELLO, D. CORRADINI in S. RODOTÀ (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971]. Se non è dubbio che la tecnica della codificazione fosse consona all'interesse alla chiarezza e certezza del diritto cui aspirava la società borghese, in quanto funzionale alla pretesa capitalistica di prevedibilità e calcolabilità (doveroso, in proposito, il rinvio a M. WEBER, *Economia e società. Diritto*, III, Roma, 2016, 299), non è però «corretto dedur[r]e un rapporto di implicazione reciproca tra codificazione e capitalismo. Ancora una volta deve parlarsi di concomitanza temporale, nella quale ciascuno dei due elementi ha esercitato influenza promozionale sull'altro, e di momento storico nel quale lo spirito del tempo si manifesta omogeneamente, senza un prima e un dopo, nei vari ambiti nei quali la vicenda umana si esprime e si svolge» (C. CASTRONOVO, *Il capitalismo come vicenda giuridica*, in *Rel. ind.*, 1983, 192).

¹⁸ Le codificazioni ottocentesche hanno filtrato i postulati del giusnaturalismo moderno – ossia i valori della società borghese conformi a quelli dell'Europa cristiana – nelle forme (solo apparentemente neutrali dal punto di vista assiologico) della dogmatica giuridica (P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, 140 s.). Pertanto, come spiega L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in *Metodo e teoria giuridica*, cit., 45, questo tipo di positivismo, sebbene teoricamente e metodologicamente formalistico, risultava compatibile con un controllo «valutativo» del contenuto della legge, giacché la sua giustificazione formale mediante il controllo di coerenza con la razionalità del sistema giuridico era in grado di garantirne anche il fondamento morale. Particolarmente significativa è la scelta operata dal Codice civile austriaco (ABGB) di elevare «i principi del diritto naturale» a criterio per la soluzione di lacune legislative, là dove non possa giungere la *analogia legis* (§ 7), così accantonando il modello rivoluzionario del *référé législatif* in favore del riconoscimento di un momento di autonomia decisionale del potere giudiziario. Sul § 7 dell'ABGB, con precipuo riferimento all'interpretazione che di esso ha fornito la coeva civilistica lombardo-veneta, si veda ora P. MASTROLIA, *La civilistica lombardo-veneta durante la Restaurazione. Un anonimo Compendio di diritto civile austriaco tra giusnaturalismo e positivismo giuridico*, in *Historia et Ius*, 2023, 15 s.

¹⁹ Così M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 399. Si può osservare che, a seguito dell'Unità d'Italia, il neonato regno ritenne sufficiente estendere *d'emblée* lo Statuto albertino a tutto il territorio nazionale, ma avvertì invece l'esigenza di dotarsi di un nuovo – e appunto unitario – codice civile.

²⁰ N. IRTI, *Codice civile e società politica*, cit., 40. Rileva R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 905 che gli istituti codicistici più importanti, una volta assunti in forma astratta, «si ponevano come situazioni normative di carattere generale,



primi, Gioele Solari, i codici hanno insomma rappresentato «l'attuazione dell'idea individuale nei rapporti civili. [...] [L]e Codificazioni miravano ad assicurare la libertà civile dell'individuo nella sua vita privata contro le indebite ingerenze del potere politico»²¹, attestandosi così sul terreno della separazione tra Stato e società civile coltivata dal pensiero liberale classico²².

Non che nelle codificazioni ottocentesche mancassero norme che facessero emergere un autonomo rilievo degli interessi generali. D'altronde, Settecento e Ottocento saranno pur stati «due secoli l'un contro l'altro armato», ma entrambi hanno concorso a definire il modello di società borghese: e se il primo ha spezzato i legami feudali, accelerato il passaggio dallo *status* al contratto e aperto la strada alla società industriale, il secondo ne ha temperato gli eccessi, rifiutandone le spinte di maggiore rottura, e ha ricostituito, sulle basi post-rivoluzionarie, l'equilibrio tra ordine e libertà²³. Si pensi all'art. 1108 del *Code Napoleon*, il quale richiedeva, tra i requisiti indispensabili per la validità dell'obbligazione, la presenza di una «Une cause licite dans l'obligation»; o, ancora, all'art. 12 delle preleggi al codice civile del 1865, a norma del quale «in nessun caso, [...] le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle [...] alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume». Questo rilievo, però, espresso nella forma negativa del limite alla signoria del volere individuale, si connota peculiarmente là dove si pone mente al fatto che la società borghese si fondava su un'idea di «libertà ordinata» e non su una, per così dire, di «libertà libertaria»²⁴. Nell'espressione di un limite, insomma, poteva scorgersi una conformazione che operava invero già sul piano interno dello stesso diritto, ossia di una determinazione del suo contenuto in funzione di determinati valori²⁵: sicché, come nel giusnaturalismo medievale i diritti individuali venivano riconosciuti in ragione del bene comune, così nella società borghese – composta da «buoni cittadini», con obblighi verso i consociati, la patria e Dio – non si concepiva un esercizio delle libertà incoerente con il quadro condiviso di valori morali (i *boni mores*) in cui era ben saldo l'orizzonte di riferimento²⁶.

non necessariamente ancorate all'individuo e alla sua attività, ma suscettibili di essere utilizzate anche al di là dell'ambito dei rapporti privati».

²¹ G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato. Individualismo e diritto privato*, I, Torino, 1959, 57. Sempre nell'ABGB si legge che «ogni uomo, in virtù dei suoi diritti innati, che vengono resi manifesti dalla ragione, ha diritto di essere trattato come persona» (§ 16): una disposizione dal tenore dichiarativo tipico delle carte costituzionali.

²² Cfr. J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, 2005, 85 s.

²³ Cfr. F. WIEACKER, *Il modello dei codici civili classici e lo sviluppo della società moderna*, in ID., *Diritto privato e società industriale*, Napoli, 1983, 8-11.

²⁴ Si ha buon gioco nel ricordare che uno dei padri del liberalismo classico, Adam Smith (la cui influenza fu rapidamente avvertita anche nella Francia del XVIII-XIX secolo: R. WHATMORE, *Adam Smith's Role in the French Revolution*, in *Past & Present*, 2002, 65 s.), non ha scritto soltanto il testo fondativo della scienza economica moderna (*The Wealth of Nations*, 1776), ma anche una *Theory of Moral Sentiments* (1759) in cui emerge la trama di una condotta sociale virtuosa all'interno della quale si spiega l'attività individuale, compresa quella imprenditoriale. Per Smith, la coscienza di ogni uomo – che egli descrive nei termini di uno «spettatore imparziale» – fa risaltare l'ingiustizia di quei comportamenti che violano i diritti fondamentali (vita, libertà, proprietà), sicché, per un verso, anima la tendenza comune a simpatizzare con chi rispetta le leggi e, per altro verso, nutre un senso di decenza che induce a non commettere atti illeciti o illegali. Si veda, in proposito, A. ZANINI, *Adam Smith. Morale, jurisprudence, economia politica*, Macerata, 2014, 119 s. La stessa teoria della vincolatività dell'impegno contrattuale, in Smith, partecipa della dimensione etica del suo pensiero, e viene pertanto giustificata non in ragione del dogma della volontà (come faranno invece i liberali e giusnaturalisti continentali), ma in ragione dell'affidamento che la *promise* suscita nel suo destinatario: P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979, 82-83, con citazioni da un'altra importante opera di SMITH, *Lectures on Jurisprudence* (1763).

²⁵ Cfr. A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, cit., 181-182.

²⁶ D'altronde, secondo G. RIPERT, *Le Regime Democratique et le droit civil moderne*, Paris, 1948, riportato in F.SCA BENATTI, *Un diritto privato neofeudale?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, 83, i principi fondamentali dei rapporti di diritto privato, come recepiti dalla codificazione, erano quelli dettati dalla tradizione, imposti dalla morale, aventi una utilità confermata dall'esperienza. Più di recente, si veda W. RÖPKE, *Al di là dell'offerta e della domanda. Verso un'economia umana*, Soveria Mannelli, 2015, 113: «Dob-



3. – Nel momento in cui le masse, portatrici di interessi antagonisti a quelli del gruppo sociale fino allora dominante, fanno il loro ingresso sulla scena politica, si consuma ciò che Massimo Severo Giannini ha definito come il passaggio dallo Stato monoclasse a quello pluriclasse²⁷. In questo nuovo contesto – nel quale l'idillio borghese di una società coesa nei valori di fondo si rivela un'illusione, e nel quale, quindi, non è più possibile ridurre l'interesse generale a mero riflesso di quelli individuali – il piano normativo è divenuto il luogo della mediazione e della composizione tra interessi divergenti. Ne è stata conseguenza l'avvio di quel processo di giuridicizzazione dei rapporti sociali, che prosegue – sia pure, di volta in volta, con forme e modalità diverse – fino ad oggi. Suoi cardini sono stati, per un verso, l'espansione dei pubblici poteri (anche in campo economico)²⁸ e, per altro verso, una «politicizzazione del diritto» che è il riflesso «del pluralismo sociale nel tessuto dell'ordinamento»²⁹. Se pure il diritto privato «monoclasse» borghese non può essere derubricato a mero mezzo di soddisfazione di interessi gretti ed egoistici (come prova il fatto che le infrastrutture di quell'ordine – su tutte: proprietà³⁰, contratto³¹, impresa³² – vengono ancora riconosciute come tasselli fondamentali dei sistemi liberal-democratici contemporanei³³), nondimeno è chiaro che, in una società pluralista, non è più possibile «ridurre il diritto a mera tecnica di organizzazione sociale, misconoscendone la funzione di realizzare storicamente un sistema di valori distinto e sovraordinato ai valori puramente economici»³⁴.

biamo onestamente ammettere che l'economia di mercato ha un fondamento «borghese» e insistere in quest'affermazione. L'economia di mercato può prosperare soltanto in una società in cui siano vivi alcuni principi fondamentali, che danno consistenza e colore alla trama dei rapporti sociali: l'iniziativa individuale, il senso di responsabilità, l'indipendenza ancorata alla proprietà, l'equilibrio e l'audacia, il calcolo e il risparmio, l'organizzazione individuale della vita, l'inserimento nella comunità, il sentimento della famiglia, della tradizione e della continuità storica e, in più, menti aperte alla realtà presente e all'avvenire, un'equilibrata tensione tra l'individuo e la comunità, dei solidi legami morali, il rispetto dell'intangibilità della moneta, il coraggio di affrontare virilmente i rischi della vita, il senso dell'ordine naturale delle cose ed una solida gerarchia dei valori».

²⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*³, I, Milano, 1993, 48.

²⁸ Da ultimo, a proposito dell'«espansione del diritto», che tra gli anni '60 del XIX secolo e gli anni '20 del XX secolo è seguita al «coinvolgimento del popolo nelle questioni pubbliche», e che «ha inevitabilmente portato a richieste crescenti nei confronti dello Stato: in quanto fornitore di servizi, di garante di standard minimi di sicurezza e regolatore delle attività economiche», si veda J. Sumption, *L'impero del diritto*, Soveria Mannelli, 2022, 7 s. (le citazioni sono a 10).

²⁹ C. CASTRONOVO, *Il capitalismo come vicenda giuridica*, cit., 199.

³⁰ Osserva A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*², in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2017, 212, che «nelle costituzioni moderne la proprietà entra come istituzione indispensabile dell'ordinamento complessivo [...]. Nel sistema del diritto civile la proprietà è egualmente considerata una istituzione indispensabile nel senso che senza di essa il sistema civilistico sarebbe necessariamente altro rispetto a quello che è».

³¹ In riferimento alla «funzione sociale» del contratto, si vedano R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*⁴, Torino, 2016, 18: «L'autonomia contrattuale viene garantita al singolo operatore [...], ma l'interesse che rende razionale la norma è l'interesse generale, indivisibile, alla manutenzione di un corretto meccanismo di mercato»; e A. Albanese, *L'uguaglianza formale e sostanziale nel mercato tra libertà e giustizia «contrattuale»*, in *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, I, Napoli, 2022, 6: «La possibilità di regolare mediante contratti i rapporti con altri soggetti, che godono della medesima capacità e dei medesimi diritti, è [...] espressione di quei principi di libertà e uguaglianza, che costituiscono il fondamento degli ordinamenti democratici. Il contratto rappresenta infatti uno strumento essenziale di partecipazione alla vita economica e sociale, attraverso il quale i cittadini direttamente concorrono alla costruzione delle regole della convivenza civile, e in questo modo svolge una funzione fondamentale non soltanto per lo sviluppo della personalità dei singoli, ma anche per il benessere della società nel suo complesso».

³² G. OPPO, *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, in *Jus*, 1996, 69-71.

³³ Cfr. F. VON HAYEK, *Diritto, legislazione e libertà*, tr. it. a cura di L. Infantino, P.G. Monateri, Milano, 2022, 211. Per H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 370, «quello che si dice diritto privato, quel complesso di norme al cui centro è l'istituto giuridico della proprietà individuale o privata, [...] è una forma di produzione di norme giuridiche individuali adeguata al sistema economico capitalistico. Essa risponde al principio dell'autodeterminazione ed in questo senso ha carattere democratico». Il carattere «democratico» del diritto, seppur in riferimento all'istituto del contratto e al fenomeno del «contrattualismo», è segnalato anche in W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), ora Macerata, 2022, 111.



Di fronte al processo di profonda trasformazione dell'assetto socio-economico, dei rapporti politici e della cultura generale che ha avuto luogo tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo³⁵, la reazione dei legislatori europei è stata quella di creare una sorta di doppio binario all'interno del sistema del diritto privato: si voleva mantenere la codificazione, in linea con l'esperienza storica, dominio dell'individualismo liberale, attribuendo invece la funzione di politica cosiddetta sociale alle leggi speciali³⁶. Ma negare che il diritto privato nel suo complesso, e non solo nelle sue periferie, avesse un «compito sociale» era, come la dottrina di lingua tedesca più sensibile ai mutamenti socio-economici dei primi decenni del XX secolo ha messo prontamente in evidenza³⁷, un'ombra lunga proiettata da un faro ideologico ormai indebolito. Sarà perciò «l'immane catacli-

³⁴ L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in Id., *Diritto e valori*, Milano, 1985, 158. Recentemente, sul saggio di Mengoni si è soffermato, valorizzandone il tratto di modernità e attualità, S. GRUNDMANN, *Societal Order and Private Law*, in *New Private Law Theory*, cit., 131 s., spec. 152-155.

³⁵ Con particolare riferimento al contesto italiano, si veda la descrizione di A. BELFIORE, *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, 246.

³⁶ Come ricorda S. SOLIMANO, *Un secolo giuridico. Legislazione, cultura e scienza del diritto civile in Italia e in Europa (1814-1916)*, in E. TAVILLA (a cura di), *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, Torino, 2018, 379-380, fa eccezione il tentativo di riforma del Codice civile italiano del 1865 voluto dal Ministro della giustizia Nicolò Gallo, il quale – già nel 1906 – intendeva colmare un avvertito scarto tra il Codice e la realtà del mondo contemporaneo. Gallo affidò il compito della riforma a una commissione composta da trenta giuristi, tra i quali figuravano personalità come quelle di Vittorio Polacco (vd. la nota successiva) e di Cesare Vivante, che in una prolusione del 1898 aveva denunciato «I difetti sociali del Codice di commercio» (il testo si legge ora in *Riv. it. scienze giur.*, 2012, 11 s.), successivamente dedicandosi anche al rilievo de *Le nuove influenze sociali del diritto privato* (Roma, 1903, 5 s.); in Vivante, come sintetizza T. ASCARELLI, *La dottrina commercialistica italiana e Francesco Carnelutti*, in Id., *Problemi giuridici*, II, Milano, 1959, 985, «Un effettivo liberalismo si univa a un solidarismo che guardava con simpatia all'ascesa delle classi proletarie, nella fiducia in un progresso economico largamente fondato sulla libera iniziativa». La morte improvvisa di Gallo, avvenuta nel 1907, fece naufragare il progetto, che non fu ripreso dai suoi successori al Ministero della Giustizia.

³⁷ Il «compito sociale» del diritto privato è il titolo del celebre lavoro di OTTO VON GIERKE: *Die Soziale Aufgabe Des Privatrechts*, Berlin, 1889. Sempre nell'area culturale di lingua tedesca, vanno almeno ricordati ancora ANTON Menger (*Über die Sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*, Wien, 1895; *Das bürgerliche Recht und die Besitzlosen Volksklassen: eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*⁴, Tübingen, 1908), fautore del cosiddetto «socialismo giuridico» che venne successivamente giudicato da Friedrich Engels e da Karl Kautsky come una versione fragile del (vero) socialismo, e Joseph Unger, che si fece promotore di una riforma in senso «sociale» dell'ABGB (*Sulla revisione del codice civile universale*, trad. it. a cura di F. Forlani, Milano, 1904). La questione della «socializzazione» del diritto privato fu centrale anche in Francia: Léon Duguit pose al centro del suo pensiero un'essenza sociale e comunitario-collettivistica del diritto (*Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*², Paris, 1920), mentre Raymond Saleilles e François Gény, peraltro tra i padri del diritto comparato come autonoma disciplina, si concentrarono sul ruolo dell'abuso del diritto e dell'interpretazione evolutiva come mezzi per «socializzare» il diritto (S. Solimano, *Un secolo giuridico*, cit., 375-377). Come rileva con accento critico R. Nicolò, *Diritto civile*, cit., 919, la coeva scienza giuridica italiana ha invece vissuto con un certo distacco i fermenti culturali che attraversavano il dibattito negli altri paesi. Per esempio, uno dei nomi più autorevoli del tempo, Vittorio Polacco, pur attento alla «questione sociale» («La funzione sociale dell'odierna legislazione civile» è il titolo della prelezione letta nel 1885 nell'Università di Camerino, e successivamente raccolta in Id., *Opere minori*, II, Modena, 1929), si mantenne fedele all'ideale liberale della codificazione quale perno del sistema civilistico (e costituzionale), cui allora la legislazione cosiddetta sociale andava soltanto affiancata (sul punto si vedano ora S. MAZZAMUTO, A. NICOLUSSI, F. PIRAINO, *Vittorio Polacco*, Napoli, 2023, 21 s., 114 s., spec. 118-119: «Il diritto codiciale costituisce per lui la parte nobile irrinunciabile rispetto alla quale i diritti secondi, anziché interagire con esso come nella metodologia contemporanea, svolgono la loro specialità senza intaccare il diritto primo gelosamente custodito nel codice»). D'altronde, come sottolinea S. SOLIMANO, *Un secolo giuridico*, cit., 367, nella maggioranza dei giuristi italiani più attenti alla questione in esame si riscontra, più che un'adesione al «socialismo giuridico», un atteggiamento di «solidarismo» di spirito conservatore-borghese, di cui già GIOELE SOLARI [*Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato* (1906), ed. postuma a cura di P. Ungari, Milano, 1980] aveva segnalato gli autonomi caratteri costitutivi [per un'ulteriore contestualizzazione della distinzione tra «socialismo giuridico» e «solidarismo»: P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 189-198; M. STRONATI, *Il socialismo giuridico e il solidarismo*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero: Diritto*, 2012, qui consultabile: https://www.treccani.it/enciclopedia/il-socialismo-giuridico-e-il-solidarismo_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/ (ultimo accesso: 08.09.2023)]. Maggiormente connotata in senso «socialistico», seppur non immune da certe interne contraddizioni (A. DI MAJO, *Enrico Cimbali e le idee del socialismo giuridico*, in *Quad. fior.*, 1974-1975, 383 s., spec. 417 s.; A. BELFIORE, *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, cit., 228-231), è



sma della conflagrazione mondiale», per citare Filippo Vassalli³⁸, a schiudere dolorosamente le porte di quel «secolo breve» in cui il riassetto, sul piano politico, della relazione tra individuo e società ha avuto quale conseguenza la ridefinizione del contenuto e dello scopo delle regole di diritto privato: non più soltanto recepimento sul piano giuridico di un assetto “naturale” dei rapporti sociali ed economici, bensì anche strumento di loro modificazione in vista di obiettivi di giustizia o di utilità sociale.

Per quel che più direttamente ci riguarda, è evidente che la “nuova” codificazione italiana del 1942 – la cui commissione preparatoria fu presieduta proprio da Vassalli – esibisca un carattere “post-borghese”³⁹, come testimoniato dal fatto che, al contrario della codificazione del 1865, gli interessi generali ricevono riconoscimento non già nella filigrana della tutela di quelli individuali, ma reclamano la capacità di conformare la dinamica dei rapporti inter-personali⁴⁰.

invece l’opera di ENRICO CIMBALI (*La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali, con proposte di riforma della legislazione civile vigente*, Torino, 1885, 1907⁴), il quale aveva anche auspicato il sorgere di una scuola “nazionale” del diritto civile, esortando ad abbandonare «l’infausto vezzo di redigere empiricamente vasti commentari sul modello dei francesi o di riprodurre leggermente i sistemi nebulosi elaborati e confezionati in Germania» (ID., *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni*, Roma, 1881, 27).

³⁸ F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, in ID., *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, 337. Gli effetti della legislazione di guerra sul sistema di diritto civile hanno costituito oggetto di studio privilegiato anche di Francesco Ferrara, del quale possono vedersi: *Influenza giuridica della guerra nei rapporti civili*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1954, 33 s., e *Diritto di guerra e diritto di pace*, ivi, 70 s. Può rilevarsi come sia Vassalli sia Ferrara, scrivendo nel medesimo torno di tempo, abbiano rintracciato nelle regole imposte dal conflitto militare e mediate dalle leggi speciali principi «fecondi» per il diritto “comune”. Alcuni tra i più significativi provvedimenti afferenti alla legislazione di guerra sono analizzati in A. SOMMA, *Verso la grande trasformazione. Il primo conflitto mondiale e la disciplina dell’ordine economico nell’esperienza italiana*, in *Historia et Ius*, 2019, 14 s. Per gli analoghi sviluppi nel *common law* inglese, si può consultare P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, cit., 593 s.

³⁹ Scrive L. MENGONI, *Le obbligazioni*, in *Obbligazioni e negozio*, cit., 362, che, specialmente nel libro IV, «Il passaggio dallo Stato liberale classico al moderno Stato sociale, concomitante al passaggio da un’economia individualistica a un’economia di massa, è ben visibile». Cfr., altresì, S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel libro delle obbligazioni*, in ID., *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, 167 s.

⁴⁰ Certo, se oggi è possibile apprezzare la capacità di mediazione codicistica fra interessi individuali e interessi generali propria, ciò è dovuto all’evoluzione in senso liberale e costituzionale del quadro giuridico-politico italiano, giacché a ben altro giudizio si sarebbe invece mossi ove quest’ultimo fosse rimasto segnato dalle impostazioni autoritarie e organicistiche coltivate dai cosiddetti giuristi di regime e, ancor prima, dalle scuole di indirizzo nazionalistico. Esemplare è il trattamento riservato alla disciplina della famiglia, la cui autonomia di fronte allo Stato veniva negata dalla concezione di matrice neo-hegeliana riconducibile, nella dottrina italiana, soprattutto all’opera di ANTONIO CICU (*Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914, 85 s., 106 s., citato da L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1999, 15 testo e nt. 34, ove si mette però in rilievo la distorsione in chiave nazionalistica del pensiero di Hegel). Questa concezione aveva peraltro un riflesso sul *discrimen* tra diritto privato e diritto pubblico: Cicu rifiutava, infatti, la collocazione del diritto di famiglia nell’ambito del diritto privato, senza perciò spingersi ad annoverarlo tra le espressioni del diritto pubblico, preferendo commetterlo a un *tertium genus*, i cui caratteri erano pur tuttavia accentuatamente pubblicistici. L’autonomia della famiglia è stata solennemente ribadita dalla Costituzione (art. 29), senza che ciò abbia comportato – come lo stesso Cicu invece paventava (*Il diritto di famiglia nello Stato fascista*, in *Jus*, 1940, 371 s.) – la decostruzione in senso volontaristico dell’istituto, giacché contro di essa fa muro proprio la concezione “neo-istituzionale” accolta dalla nostra carta costituzionale (L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 3 s.; A. NICOLUSSI, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 169 s.; A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neoistituzionale*, Milano, 2013), e nel cui solco si è collocato l’adeguamento legislativo del diritto di famiglia (l. 19 maggio 1975, n. 151) e della filiazione (l. 10 dicembre 2012, n. 219 e d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154). Semmai a quella decostruzione dovesse giungersi, insomma, non sarebbe a causa della costituzionalizzazione della famiglia come «società naturale». Analogamente al contesto italiano (S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, cit., 713; M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, cit., 413), in quello tedesco del secondo dopoguerra si è reagito alla strumentalizzazione politica della famiglia operata dallo stato nazionalsocialista con una riaffermazione della collocazione del diritto di famiglia nel diritto privato (*Entpolitisierung* o *Entstaatlichung des Familienrechts*), all’insegna di una restaurazione del primato della *Privatautonomie* e della *Selbstverwaltung*: cfr. S. SIMITIS, *Familienrecht*, in D. SIMON, (a cura di), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, Frankfurt am



Già sul piano della normativa delle fonti delle obbligazioni si assiste a un superamento delle categorizzazioni tradizionali, di derivazione romanistica, in favore di una elencazione “aperta” e “progressiva” (art. 1173 cod. civ.)⁴¹. All’interno di quest’ultima, il riferimento a «ogni altro atto o fatto idoneo» a produrre obbligazioni «in conformità dell’ordinamento giuridico» svincola le condizioni di genesi del *vinculum iuris* dalla sola signoria del volere, presidiata dal cosiddetto principio del contratto, al contempo non subordinandole esclusivamente all’eteronomia della legge – che può essere concepita, almeno in una certa misura, in funzione garantistica della libertà individuale (si veda ora l’art. 23 Cost.) – bensì rendendole permeabili a quelle istanze di tutela che emergono in una società complessa e dinamica, pluralistica e conflittuale⁴².

Anche la scelta di far confluire la disciplina del diritto del lavoro e dell’impresa nell’unitaria codificazione civilistica può essere letta attraverso il prisma del rilievo attribuito al punto di vista dell’interesse generale. L’originaria impostazione del libro V era infatti segnata dall’aspirazione di indirizzare la nascente società industriale avanzata verso un modello di società pacificata di produttori⁴³, impiegando a tale scopo gli strumenti (nuovi) del diritto civile: la previsione di limiti all’esercizio dell’autonomia individuale attraverso norme inderogabili che si sostituiscono ad essa; l’attribuzione al giudice di poteri equitativi per la determinazione di elementi del contratto lasciati indeterminati dalle parti; l’incremento dell’autonomia collettiva quale fonte di disciplina di certi rapporti etc.⁴⁴.

Volgendosi al campo più propriamente privatistico, si individuano diverse ipotesi che assumono l’interesse generale come matrice di riferimento.

In primo luogo, l’interesse generale si pone quale limitazione del diritto individuale. Così è nel caso della proprietà: l’ordinamento non si premura più soltanto di istituire un sistema di riconoscimento pubblico del diritto soggettivo, elemento che già di per sé risponde a considerazioni di ordine generale, quali la certezza

Main, 1994, 392. Di interesse è anche la diversa questione relativa alla codificazione dei diritti della personalità nell’ordinamento giuridico fascista, che aveva attirato le obiezioni di chi, come Eduardo Piola Caselli, riteneva che «il regolamento della protezione dei diritti della personalità appartiene al diritto pubblico, cioè al diritto penale e al diritto amministrativo e politico, giacché la difesa privata della persona fisica non può assumere cittadinanza in un diritto, come il diritto fascista, che respinge *in toto* la concezione giusnaturalistica del diritto privato» (F. DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, II, Torino, 1939, 164-165, riportato in G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 181, nt. 156, di cui si vedano anche le pagine 176-181 per cenni alla coeva esperienza nazionalsocialista).

⁴¹ A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Milano, 2021, 20. L. MENGONI, *Le obbligazioni*, cit., 368-369, precisa che la funzione di apertura del sistema delle fonti propria dell’art. 1173 cod. civ. non apparteneva all’intenzione del legislatore storico, il quale intendeva piuttosto la terza classe menzionata dalla norma in parola come «affermazione del positivismo statalistico», ossia, allo stesso modo della classificazione gaiana, quale sintesi terminologica delle *variae causarum figurae* diverse dal contratto e dal fatto illecito e però sempre previste dalla legge. È stata invece la dottrina ad affermare, con una interpretazione evolutiva del sintagma «ordinamento giuridico», una portata innovativa della disposizione «non solo in senso formale, ma pure nel senso sostanziale di abbandono del principio di tipicità delle fonti. E anche qui non si è mancato di collegare l’innovazione al passaggio dall’economia preindustriale, in cui il detto principio assolveva una funzione di garanzia dei proprietari, all’economia moderna di produzione in massa e alle connesse esigenze di libertà del mercato».

⁴² Sul tema delle fonti la letteratura di riferimento è ovviamente vastissima. Con peculiare riferimento all’“apertura” del sistema delle fonti delle obbligazioni, è preziosa la consultazione dei classici studi di A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale (Art. 1173 – 1176)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna, 1988, 171 s., e U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 108 s. Sulle potenzialità di un sistema di tipicità evolutiva delle fonti di obbligazione, in riferimento proprio all’organizzazione e alla soluzione di alcuni problemi socio-economici della modernità, si veda ora A. NICOLUSSI, *L’obbligazione oltre il principio del contratto. Comportamenti socialmente tipici e relazioni di affidamento*, in *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, cit., 698-699.

⁴³ L. MENGONI, *Le obbligazioni*, cit., 362.

⁴⁴ Cfr., con riferimento rispettivamente al diritto del lavoro e al diritto commerciale, C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto civile ed il diritto del lavoro*, in V. ROPPO, P. SIRENA (a cura di), *Il diritto civile e gli altri*, Atti del Convegno. Roma, 2-3 dicembre 2011, Milano, 2013, 5 s., e M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, ivi, 181 s.



dei titoli proprietari e dunque la loro stabilità, per un verso, e la loro capacità di circolare più rapidamente sul mercato, per altro verso⁴⁵; di converso, esso interviene direttamente sullo statuto normativo del diritto di proprietà, facendolo oggetto di precisi vincoli giustificati da principi di utilità sociale. Come chiarito dall'art. 832 cod. civ., il contenuto del diritto di proprietà resta sempre il potere di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, ma l'ordinamento non lo riconosce più in modo *ab-solutus*, attribuendo invece rilevanza al punto di vista degli obblighi nei confronti dei consociati e delle funzioni sociali che i beni possono svolgere⁴⁶. Ciò si spiega alla luce del mutamento delle premesse filosofiche, fatte proprie dal legislatore storico, che fondano il principio della proprietà privata come elemento costitutivo dell'ordinamento giuridico, nonché dell'evoluzione in senso industriale del sistema economico in cui tale principio è destinato a operare⁴⁷.

Anche l'autonomia privata conosce vincoli nuovi⁴⁸, e tra i più vistosi può menzionarsi l'art. 1339 cod. civ.: pure in questo caso, l'interesse generale – individuato nella sottrazione alla fluttuazione del prezzo di certe categorie di beni o di servizi, secondo la legge della domanda e dell'offerta – va a limitare la libertà di contrattazione dei singoli⁴⁹.

In altri casi, quantitativamente non trascurabili, l'interesse generale è assunto come criterio di composizione del conflitto tra diritti individuali tra loro incompatibili. Così, viene ribadito – con un guadagno di chiarezza rispetto alla lettera dell'art. 1942 del codice del 1865⁵⁰ – che l'acquirente di un bene immobile che ha trascritto per primo viene preferito, anche se l'acquisto è posteriore (art. 2644 comma 2 cod. civ.), perché il meccanismo di pubblicità immobiliare è posto a tutela dell'interesse generale alla sicurezza della circolazione di determinate categorie di beni e, *in apicibus*, a quella certezza dei traffici giuridici che il principio di derivazione giusnaturalistica del puro consensualismo – che si confà all'ideale del diritto soggettivo come signoria del volere – non è in grado di assicurare, e anzi, in una certa misura, addirittura minaccia⁵¹.

⁴⁵ Cfr. A. Nicolussi, *Il tavolare nel sistema della tutela dei diritti*, cit., 38, in riferimento al sistema del tavolare vigente in alcuni territori italiani che hanno subito l'influenza culturale *mitteleuropea*, e del quale si valorizza una «doppia valenza tra la dimensione privata e quella pubblica» del diritto, «che si articola in un intreccio fra privatezza del diritto soggettivo e pubblicità organizzata dallo stato del diritto stesso con riflessi di diritto processuale privato».

⁴⁶ Si guardi anche all'art. 845 cod. civ., ove è stabilito che «La proprietà fondiaria è soggetta a regole particolari per il conseguimento di scopi di pubblico interesse» nei casi legalmente previsti. È opportuno sottolineare che, pur in assenza di un aggancio testuale in tal senso, la dottrina italiana faceva riferimento alla funzione sociale della proprietà già prima dell'avvento della Costituzione repubblicana: si vedano, ad esempio, F. VASSALLI, *Il diritto di proprietà*, in *Atti del I congresso giuridico italiano*, Roma, 1933, 405 s., S. Pugliatti, *Strumenti tecnico-giuridici per la tutela dell'interesse pubblico nella proprietà*, in *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939, 183 s., L. BARASSI, *Il diritto di proprietà e la funzione sociale*, ivi, 191 s.

⁴⁷ L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, cit., 77. Aggiunge I. MANCINI, *Il mio e il tuo esterni*, cit., 296, che là dove la proprietà «sembra aver perduto tutto l'entroterra delle motivazioni teologiche e di quelle giusnaturalistiche», essa «si presenta come una funzione del sistema economico (e quindi tale da essere direttamente giustificata dalla capacità di farlo funzionare)».

⁴⁸ M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, cit., 410-411.

⁴⁹ Si è trattato, come ricorda la stessa Relazione al Codice (n. 168), dell'estensione ai contratti di diritto comune di una norma originariamente pensata per clausole del contratto individuale di lavoro difforni dal contenuto del contratto collettivo (l. 3 aprile 1926, n. 563).

⁵⁰ Lo mette in rilievo la stessa Relazione al Codice civile (n. 1068): «Gli effetti positivi e negativi della trascrizione sono determinati dall'art. 2644 del cod. civ., che riproduce sostanzialmente la norma dell'art. 1942 del codice del 1865, con lievi modificazioni che tendono ad agevolarne la retta comprensione. [...] [L]'altra modificazione apportata nel secondo comma, quale all'espressione «verso il precedente proprietario» si è sostituita l'altra «verso il suo autore», è intesa a chiarire che la trascrizione anteriore assicura la prevalenza in confronto di chi abbia causa della stessa persona, mentre la pubblicazione dell'acquisto da chi non abbia assicurato con la pubblicità il proprio lascia esposto l'acquirente a soggiacere nei confronti di colui che, mediante una pubblicazione posteriore alla sua, ma a carico di un autore più remoto, si assicurasse la prevalenza del suo autore immediato».

⁵¹ A. NICOLUSSI, *Il tavolare nel sistema della tutela dei diritti*, cit., 39-40, rileva però l'insufficienza, a tale scopo, del regime



Ancora, nel caso in cui taluno abbia adoperato una materia che non gli apparteneva per formare una nuova cosa, il risultato dell'iniziativa non concertata dei fattori di produzione (lavoro – materia prima) viene attribuita allo specificatore, salvo che il valore della materia sorpassi notevolmente quello della mano d'opera (art. 940 cod. civ.). La soluzione legislativa deriva da una precisa scelta che, seppur non originale sul piano storico, assume uno specifico valore proprio alla luce della temperie culturale coeva alla codificazione del '42, la quale – sull'onda lunga dell'incipiente industrializzazione – ha individuato l'interesse generale nella dinamizzazione dei processi creativi innescati dall'iniziativa privata e non nella tutela statica della proprietà⁵².

Un discorso analogo va fatto, infine, per i cosiddetti acquisti *a non domino*, nei quali – pur mancando il tratto unificante di una categoria dogmatica omogenea⁵³ – si riscontra un coerente disegno di politica del diritto volto a favorire il commercio, anche quando ciò comporti il sacrificio dell'interesse del proprietario nei confronti del terzo acquirente. Come è stato osservato, «La protezione dell'acquisto del terzo inconsapevole della mancanza di legittimazione del suo dante causa non è perciò l'obiettivo finale della legge, ma rappresenta il *medium* attraverso cui viene realizzato il vero obiettivo di carattere generale della normativa sugli acquisti *a non domino*, ossia la tutela della circolazione dei beni»⁵⁴.

Al piano degli interessi generali può farsi riferimento anche a proposito dei meccanismi di riconoscimento della giuridicità dell'esercizio di libertà individuali, l'esigenza dei quali è maggiormente avvertita in un contesto sociale pluralista. L'esempio più importante è offerto dalla disciplina delle invalidità del contratto, che è stata costruita non soltanto recependo la classificazione dogmatica di ascendenza pandettistica⁵⁵, ma anche il punto di vista privilegiato dal diritto tedesco: quello di un controllo pubblico sul momento genetico dell'impegno negoziale⁵⁶. È la presenza di un interesse generale a giustificare l'attribuzione della legittima-

pubblicitario di marca francese, il quale opera una «separazione tra diritti soggettivi e beni che, da un lato, porta a un catasto con funzioni pubblicistiche di tipo tributario e, dall'altro, a una pubblicità che non offre certezza giuridica, laddove una pubblicità costitutiva a base reale sollecita un approccio sistematico che esige il coordinamento tra tavolo e catasto all'insegna del collegamento necessario tra beni e diritti che si vuol realizzare». Nel sistema del tavolo italiano, che si distingue da quello vigente nei sistemi tedesco e austriaco, infatti, l'intervento è un elemento esterno che concorre direttamente col contratto (consensuale) di compravendita a formare la fattispecie del trasferimento e quindi a determinare il contenuto (e non solo l'esistenza) dell'effetto traslativo. Sulla dialettica tra interessi privati e interessi generali nel sistema della pubblicità legale, doveroso il rinvio a S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1957, 218-222 (cui *adde* ID., *La trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, testo curato e aggiornato da G. GIACOBBE, M. LA TORRE, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1989, 301, richiamato anche da G. PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 689 s.). Da ultimo, a proposito del rapporto tra consensualismo, trascrizione e bisogni economico-sociali, si veda C. RUSCONI, *Consensualismo, principio dell'iscrizione e polifunzionalità della pubblicità tavolare*, Napoli, 2022, 26, testo e nt. 71.

⁵² A. BELFIORE, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza. A proposito di una recente indagine*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 903 s.; A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998, 320, ove la ricostruzione della genesi della disposizione sullo sfondo del problema, già noto al diritto classico romano, del conflitto di interessi tra proprietario e specificatore. D'altronde, anche Isaia 29,16 ammonisce: «Forse che il vasaio è stimato pari alla creta?».

⁵³ Cfr. L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, Milano, 1975, 379.

⁵⁴ A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., 40, sulla scorta di L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., 30 s. e 318-319.

⁵⁵ Come è noto, il codice del 1865, sulla scia della tradizione francese, adottava una generica categoria di «nullità», che la dottrina aveva successivamente distinto, in via esegetica, tra assoluta e relativa, a seconda della legittimazione della relativa azione. La pandettistica tedesca ha invece costruito un concetto generale di invalidità (*Ungültigkeit*), entro il quale rientrano la nullità (*Nichtigkeit*) e l'annullabilità (*Anfechtbarkeit*) propriamente dette.

⁵⁶ V. Scalisi, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 155 s. Questo punto di vista, come ricorda A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 27, era stato peraltro già stato accreditato nel diritto «vivente» italiano precedente alla codificazione del 1942.



zione all'azione di nullità a chiunque vi abbia interesse, nonché la rivelabilità officiosa della nullità da parte del giudice (art. 1421 cod. civ.), laddove il vizio che conduce all'annullamento del contratto può invece essere fatto valere «solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge» (art. 1441 cod. civ.)⁵⁷.

E si pensi, ancora, alla causa, che è il codificatore del '42 ha preso in considerazione non più quale elemento proprio dell'obbligazione, com'era con il codice del 1865, bensì quale requisito necessario del contratto (art. 1325 cod. civ.). La causa codicistica, nella sua dimensione "astratta", è stata addirittura intesa come strumento di controllo dirigitico sull'autonomia privata, e per questo motivo ne è stata in seguito proposta una rilettura in chiave "concreta", come sintesi degli effetti che le parti vogliono perseguire con l'esercizio di autonomia⁵⁸. Tuttavia, nell'interpretazione – per così dire – "originalista" della causa come funzione

⁵⁷ Al di fuori di questo spazio di rilevanza giuridica, e là dove l'ordinamento non adotti l'*extrema ratio* della sanzione penale (come, ad esempio, avviene con i cosiddetti reati-contratto), stanno atti che si rivestono di "giuridicità" solo se i loro autori spontaneamente scelgono di restare ai patti. Per fare un esempio: non è che i privati non possano reciprocamente impegnarsi stipulando un contratto che, ai sensi dell'art. 1343 cod. civ., abbia causa contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume; solo che, là dove l'ordinamento sia richiesto di tutelare l'esecuzione di un contratto con causa illecita, esso rifiuterà il proprio intervento. Con questa chiave può interpretarsi anche l'art. 2035 cod. civ., che fa da *pendant* all'art. 1343 cod. civ. nella parte in cui questo tutela i *boni mores*: come è noto, l'irripetibilità di quanto prestato in esecuzione di una prestazione immorale è tradizionalmente intesa nei termini di una pena privata, ossia di «misura sanzionatoria a carico dell'autore della prestazione eseguita per uno scopo turpe, in quanto soggetto che l'ordinamento reputa indegno di ricevere protezione giuridica» (così, *ex multis*, Cass. 5 agosto 2020, n. 16706, in *Fall.*, 2021, 503 s., con nota di S. DELLE MONACHE, *Buon costume e fallimento*). A ben vedere, pur non mettendo in discussione il disfavore che la norma esibisce nei confronti della prestazione immorale, la configurazione in termini effettivamente sanzionatori va incontro a ostacoli di tipo logico-sistematico. È agevole osservare, infatti, che si cade in contraddizione là dove si ritenga di punire la condotta dell'autore della prestazione irripetibile, salvo dover riconoscere che l'effetto giuridico ridondi a beneficio dell'*accipiens* che può essersi macchiato di una indegnità pari, se non maggiore, di quella del *solvens*: come evidenzia E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, 239 [sulla scorta di U. Breccia, *Causa*, in G. ALPA, U. BRECCIA, A. LISERRE (a cura di), *Il contratto*, III, in *Tratt. Bessone*, Torino, 1999, 317], sarebbe irragionevole «una regola che, a parità di turpitudine, consolida il depauperamento del *solvens* e l'arricchimento dell'*accipiens*», sicché «in termini di moralità, [...] ripetibilità e irripetibilità sembrano infine equivalersi». La mancata afflizione dell'*accipiens* troverebbe pertanto la propria giustificazione soltanto sul piano storico, come invero sostiene S. DELLE MONACHE, *Della irripetibilità delle prestazioni "ob turpem causam" nel sistema del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 725, nt. 95, per il quale un «certo margine di iniquità [...] appare iscritto, per così dire, nel dna della regola stessa, così come testimoniato dalla massima che tradizionalmente la esprime [*in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*]». Se, però, si è disposti a procedere al di là dell'interpretazione storicamente condizionata, si può ritenere, seguendo D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio. L'art. 2035 cod. civ. tra vecchie e nuove «immoralità»*, Napoli, 1995, *passim*, spec. 15 s., e ID., *Illiceità del contratto e restituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 495 s., che l'art. 2035 cod. civ. sia strumento non per sanzionare una condotta immorale già consumata, bensì per impedirne una ulteriore, quale sarebbe l'«abusivo» impiego dell'azione restitutoria da parte di chi prima attribuisce un prezzo a ciò cui è immorale dare prezzo, e poi vorrebbe farsi restituire tale prezzo. Il che, a ben vedere, non significa certo riconoscimento, ancorché minimo, della giuridicità della vicenda negoziale a monte (pena un'antinomia con l'art. 1343 cod. civ.), ma rifiuto dell'ordinamento di essere, in qualsiasi modo, in essa coinvolto. Come è stato scritto, «Chi sta ai patti [...] immorali, agisce a suo totale pericolo, quando rispetta la parola data. La legge lo abbandona al suo destino: si disinteressa dell'ingiustizia che si consuma per tramite dell'esecuzione di un accordo, il quale è, per definizione, fuorilegge» (U. BRECCIA, *Causa*, cit., 323 s., a commento del § 817 co. 2 BGB, il quale estende peraltro la regola dell'irripetibilità anche alla prestazione illecita per causa diversa dalla immoralità). In altre parole, si delinea una logica esattamente inversa a quella che sorregge l'art. 2034 cod. civ.: se, in quest'ultimo caso, l'ordinamento interviene per stabilizzare l'avvenuto trasferimento patrimoniale, nel caso dell'art. 2035 cod. civ. esso si mantiene totalmente al di fuori della vicenda, lasciando che questa sia regolata in base alla "legge" esclusiva dell'accordo tra le parti.

⁵⁸ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966 (si veda anche ID., *L'"invisibile" presenza della causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 897 s.). Il riconoscimento della teorica della causa in concreto si è avuto, in giurisprudenza, con Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718 s., con nota di F. ROLFI, *La causa come «funzione economico-sociale»: tramonto di un idolum tribus?*, per la quale «un'ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato)».



“economico-sociale”⁵⁹ del contratto non si trova soltanto un istinto autoritario, bensì anche quell’esigenza che l’ordinamento ha di rendere meglio intelligibile una manifestazione di consenso⁶⁰, selezionando i contratti, nonché gli atti unilaterali (art. 1324 cod. civ.), cui attribuire la «forza di legge» (art. 1372 cod. civ.) secondo un parametro di regolarità sociale⁶¹. Allo stesso modo, l’art. 1322 comma 2 cod. civ., se per un verso riconosce la possibilità dell’esercizio dell’autonomia contrattuale secondo schemi innominati, per altro verso la subordina alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico⁶². Pur interpretando anche questa norma in senso “liberale”, e cioè intendendo il requisito della meritevolezza nel senso debole della “non immeritevolezza”⁶³, resta fermo che non a qualsiasi contratto, per il solo fatto di essere atto di autonomia, può essere attribuita rilevanza giuridica. Proprio perché si tratta pur sempre di una autonomia che chiede una tutela giuridica, infatti, essa deve rendersi disponibile a un controllo secondo la razionalità generale dell’ordinamento⁶⁴.

⁵⁹ L’espressione della funzione “economica-sociale” attribuita alla causa viene fatta risalire, come ben noto, a Emilio Betti, del quale può vedersi, con particolare riferimento alla questione affrontata nel testo, la voce enciclopedica *Negozio giuridico*, in *Enc. Treccani*, XXIV, Roma, 1934, 505 s., che così si apre: «Gli interessi e i rapporti che il diritto privato disciplina esistono nella vita sociale indipendentemente dalla tutela giuridica; l’iniziativa privata è il congegno motore di ogni consapevole regolamento di essi, in quanto si esplica non solo nell’aspirare a dati scopi pratici, ma anche nel foggarsi i mezzi corrispondenti, prima di qualsiasi intervento del diritto. Ora, mezzi di tal natura sono per eccellenza i negozi giuridici». Questi ultimi, prosegue Betti, «sogliono avere la loro genesi nella vita di relazione: sorgono e si sviluppano spontaneamente sotto la spinta dei bisogni, per adempiere svariate funzioni economico-sociali, fuori dall’ingerenza di ogni ordine giuridico. [...] Per il fatto di essere riconosciuti dal diritto, i negozi non cambiano la loro intima natura: solo, le sanzioni sociali sono in parte assorbite e sostituite, in parte fiancheggiate e rafforzate da una sanzione più energica e sicura: quella del diritto». Nondimeno, «se i privati sono padroni di perseguire, mercé la loro autonomia, gli scopi pratici meglio rispondenti ai loro interessi, l’ordine giuridico resta arbitro di valutare tali scopi alla stregua dell’utilità sociale. È ovvio, infatti, che il diritto non può prestare il suo appoggio all’autonomia privata per il conseguimento di qualunque scopo essa si proponga». Evidenzia N. IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, 32-39, che il «contributo più prezioso delle pagine bettiane» non va tanto individuato «nell’acre polemica contro il “dogma della volontà”, né nell’introduzione d’un vocabolario teleologico, quanto nella scelta d’un nuovo angolo d’indagine: il processo, per cui il diritto dello Stato entra in rapporto con gli atti di autonomia privata». Sulla concezione bettiana dell’autonomia privata, con spunti critici sull’impiego giurisprudenziale della causa in concreto, si sofferma da ultimo V. Bachelet, *Emilio Betti e il suo tempo, con una chiosa sull’impiego della causa concreta a tutela dell’equilibrio contrattuale*, in *Pol. dir.*, 2023, 77 s., spec. 99 s.

⁶⁰ Cfr. E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 411 s., spec. 431 s.: «La causa [...] supporta e arricchisce l’interpretazione dell’atto di autonomia privata; semplifica l’accertamento della liceità; offre una garanzia minima di serietà del vincolo e, indirettamente, predispone un termine di paragone che consente di verificare più agevolmente se il contratto abbia funzionato o sia in condizione di funzionare nella fase del rapporto».

⁶¹ Questa esigenza si mantiene viva anche in riferimento alla nozione di «causa concreta». Si veda, da ultimo, F.SCO BENATTI, *Che ne è oggi del testo del contratto?*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 2021, 14-15, che ne mette infatti in rilievo l’irrinunciabilità della «funzione sua tipica di verifica della ragione degli spostamenti patrimoniali e delle attribuzioni dei reciproci vantaggi e svantaggi, utilità e disutilità nel rispetto della volontà “vera” delle parti, come soggetti consapevoli e capaci di essere attenti ai loro interessi, privando di validità o efficacia quei contratti che realizzino scambi con prestazioni illecite, irrisorie, capricciose o futili secondo il parametro dell’art. 1174 cod. civ.».

⁶² La meritevolezza sembra, insomma, porsi come limite positivo (conformativo) all’autonomia privata: P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 220; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu – Messina*, Milano, 2002, 102; G. Di Rosa, *Il contratto. Appunti di parte generale*, Torino, 2021, 62 s.; F. PIRAINO, *Meritevolezza degli interessi*, in *Enc. dir.*, I tematici, I, Milano 2021, 689 s., 697 s. Più di recente, il criterio degli «interessi meritevoli di tutela» è stato adottato dall’art. 2645-ter cod. civ., sebbene alla stregua di parametro «in ragione del quale l’atto può aspirare a conseguire un effetto che deroga al principio di indisponibilità del carattere universale della responsabilità patrimoniale» (A. RENDA, *Donation-based crowdfunding, raccolte fondi obblative e donazioni “di scopo”*, Milano, 2021, 486-487).

⁶³ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*³, III, Milano, 2019, 412-414.

⁶⁴ Cfr. A. NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 795, nt. 24, ove la segnalazione dell’opposta posizione di V. ROPPO, *Il contratto*², Milano, 2011, 345-346, il quale ammette la validità dei contratti con «causa futile», ossia privi di alcuna utilità sociale. D’altronde, persino là dove si è scelto di fare a meno della causa (come nel caso dei progetti di costruzione di un diritto europeo autenticamente sovranazionale, su cui C. CASTRONOVO, *Un contratto per l’Europa*, in *Principi di diritto europeo*



3.1. – Se disposizioni come quelle analizzate nel paragrafo precedente sono qualcosa in più che mere «gocce di olio sociale» fatte scivolare negli ingranaggi individualistici del diritto privato comune, in dottrina si è comunque affermato che il legislatore del '42 ha mancato l'occasione storica della nuova codificazione per sviluppare un prodotto normativo all'altezza del «compito sociale» del diritto privato. Sul piano dei presupposti politico-culturali, infatti, «le vecchie idee-forza erano sì logore, ma non erano ancora mature le nuove»⁶⁵, mentre sul piano della tecnica giuridica «non si è andati alla codificazione battendo l'unica strada seriamente percorribile: quella di una ricognizione convinta e approfondita della legislazione particolare da cui far spiccare lo statuto complessivo degli istituti onde poterli ritrarre nel codice in maniera realistica»⁶⁶.

È nei decenni successivi al secondo dopoguerra che l'interesse per la relazione tra interessi generali e interessi individuali ha guadagnato nuova attenzione, e l'ha guadagnata non più ai margini del diritto privato comune, bensì direttamente al cuore dell'attività legislativa e della ricerca scientifica.

All'origine di questo cambio di prospettiva sta la Costituzione repubblicana, con il nuovo modello di società e di relazioni tra l'individuo e la collettività cui essa ha messo capo. In seno all'Assemblea costituente, Giorgio La Pira aveva addirittura proposto di riconoscere espressamente la «finalizzazione» dell'esercizio dei diritti individuali al conseguimento del bene comune⁶⁷, secondo una prospettiva neo-giusnaturalista che richiama peraltro l'esempio del costituente weimariano. Quest'ultimo, infatti, in riferimento all'archetipico diritto soggettivo, quello cioè di proprietà, aveva proclamato: «*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste*» («La proprietà obbliga. Il suo uso deve essere allo stesso tempo al servizio del bene comune»: Art. 153). Benché la proposta di La Pira non ebbe seguito, la Costituzione ha reso manifesto il legame tra le libertà del singolo e gli obblighi del vivere in società, come si evince – solo per fare alcuni tra i più famosi esempi – dalla messa in rapporto tra diritti inviolabili e doveri inderogabili all'art. 2 e dalle notevoli limitazioni all'esercizio dell'iniziativa economica e al godimento dei beni di cui agli art. 41 e 42. Pur senza cadere nella trappola della funzionalizzazione, che gli anni immediatamente precedenti alla fase costituente avevano rivelato come mezzo di subordinazione della persona umana allo Stato totalitario, il

dei contratti, I e II, ed. it. a cura di C. CASTRONOVO, Milano, 2001, XXIII s., o, più di recente, della riforma del diritto delle obbligazioni francese, su cui F. BENATTI, *Note sulla riforma del libro III del Codice Civile Francese: molto rumore per nulla?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, 627 s., spec. 631), ciò non ha avuto come conseguenza la sterilizzazione dell'esigenza di controllo che l'istituto in parola assicura. Sul punto, cfr. U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 241 s.

⁶⁵ R. NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, 248.

⁶⁶ C. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal Codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, 34.

⁶⁷ Come ricorda C. PINELLI, «Diritto di essere se stessi» e «pieno sviluppo della persona umana», in *Rivista AIC*, 2021, 316 s., La Pira (I sottocommissione, seduta del 1° ottobre 1946) aveva proposto di far precedere il catalogo dei diritti di libertà da questo articolo: «L'autonomia dell'uomo e le singole libertà in cui essa si concreta sono garantite dalle norme seguenti e debbono essere esercitate per l'affermazione e il perfezionamento della persona in armonia con le esigenze del bene comune e per il continuo incremento di esso nella solidarietà sociale». Sul concetto di «finalizzazione» che faceva da sfondo a questa proposta si vedano, tra gli altri, M. CARTABIA, *La fabbrica della costituente: Giuseppe Dossetti e la finalizzazione delle libertà*, in *Quad. cost.*, 2017, 471 s., e – più in generale – F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999. Questa concezione non fu accolta nel testo della Costituzione per le opposizioni dei rappresentanti delle culture laiche, condivise in verità anche da altri giuristi cattolici, come ad esempio Leopoldo Elia, per il quale «una tendenza a finalizzare le libertà poteva riuscire pericolosa, anche se per i proponenti la Costituzione si rivolgeva alla persona, e non solo allo Stato. Il silenzio sull'uso della libertà scongiura al massimo grado il rischio di ogni giudizio calato dall'alto» (riportato in C. PINELLI, «Diritto di essere se stessi», cit., 317). Purtuttavia, sottolinea M. CARTABIA, *La fabbrica della costituente*, cit., 479-480, l'essenza della concezione – ossia «l'idea della strutturale limitatezza delle libertà individuali e il rifiuto della loro assolutizzazione» – è entrata a far parte della interpretazione dominante della carta costituzionale.



JUS CIVILE

nostro ordinamento costituzionale ha accolto l'idea che il riconoscimento e l'esercizio delle libertà individuali non è fine solo a sé stesso, ma concorre a organizzare un "migliore" modello di società. In ciò sta l'essenza del principio «solidaristico», ossia quello per cui l'esercizio delle libertà deve tenere conto anche del bene comune, perlomeno nel senso minimale – esplicitato dall'art. 41 comma 2, con riguardo all'esercizio della libertà di intrapresa – di non perseguire il proprio interesse individuale in contrasto con l'utilità sociale e con l'interesse generale al rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana⁶⁸.

Come ben noto, l'enunciazione dei valori costituzionali ha spiegato diversi effetti sul sistema del diritto privato⁶⁹.

Uno tra questi è stato quello di consentire una più matura comprensione di alcuni istituti civilistici⁷⁰, aprendo a quella esplicitazione di punti di vista valoriali che dalla dottrina tedesca è stata descritta come *Materialisierung des Privatrechts*⁷¹. Si pensi alla clausola generale di buona fede, che è stata valorizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza del secondo dopoguerra grazie all'associazione – seppur svolta in alcune occasioni in modo sbrigativo e irriflessivo – con il principio di solidarietà costituzionale. Nella regola di buona fede si è scorto il meccanismo per l'eticizzazione dei rapporti tra creditore e debitore, non soltanto nella forma minima del divieto di abusare del proprio diritto (cui può ricondursi l'idea di correttezza in senso stretto), bensì in quella di obblighi che si aggiungono all'obbligo di prestazione, nel senso o di integrarlo (obblighi strumentali) o di affiancarsi ad esso, al fine di presidiare interessi diversi da quelli afferenti alla soddisfazione del diritto di credito (obblighi di protezione). Pur muovendosi sempre sul piano dei rapporti individuali, è indubbio che questo "arricchimento" del rapporto obbligatorio, che dunque non trova più la propria fonte esclusiva nell'accordo, sia conforme a un canone di interesse generale, dal momento che riflette quell'afflato solidaristico che è proprio del modello costituzionale di organizzazione sociale. Ancor più significativa è stata la possibilità di giustificare, proprio in ragione del principio di cui all'art. 2 Cost., l'estensione del regime

⁶⁸ Cfr. L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *Metodo e teoria giuridica*, cit., 133. Si veda, inoltre, C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 598, nt. 114, ove la precisazione che «ribadire che la concezione solidaristica attiene al momento dell'esercizio delle situazioni soggettive» consente di metterne in evidenza la distanza «dall'idea della funzionalizzazione di esse, teorizzata dai regimi totalitari. La chiave personalistica, oltre che solidaristica, della nostra Costituzione impedisce di giungere a tale risultato. Sarebbe del resto contraddittorio che il potenziamento della solidarietà si convertisse nel misconoscimento di esse». Sul personalismo come matrice fondamentale della nostra Costituzione, si veda, da ultimo, l'approfondito studio di E. CATERINA, *Personalismo vivente. Origini ed evoluzione dell'idea personalista dei diritti fondamentali*, Napoli, 2023. Incidentalmente, va ricordato che l'art. 41 Cost. è stato fatto oggetto di una recente riforma, che vi ha introdotto espliciti riferimenti alla tutela dell'ambiente: a norma del nuovo secondo comma della disposizione, infatti, l'iniziativa economica privata «Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (corsivo aggiunto).

⁶⁹ Tra i primi, in dottrina, a occuparsi del rapporto tra disciplina codicistica e Costituzione: E. FINZI, *Riflessi privatistici della Costituzione*, *Comm. sistem. Cost. it.*, dir. da P. CALAMANDREI, E. LEVI, I, Firenze, 1950, 33 s.; P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 224 s. (ora in ID., *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma-Bari, 2013, 34 s.); P. PERLINGIERI, *Scuole civilistiche e dibattito ideologico. Introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 414 s.

⁷⁰ Di «connessioni verticali» tra il Codice e la Costituzione, «capaci di esprimere una energia normativa, che di per sé [le norme del Codice] non avrebbero o avrebbero in grado minore o più limitato», scrive N. IRTI, *Codice civile e società politica*, cit., 61-63, richiamandosi a G. OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 475 s. E si veda già R. NICOLÒ, *Diritto civile*, cit., 909: «alcuni dei principi costituzionali [...] hanno tale forza espansiva [...] da assumere la funzione [...] di direttive fondamentali per la elaborazione e l'attuazione degli istituti civilistici». Cfr., infine, E. WEINRIB, *Reciprocal Freedom*, cit., 133-141, ove si fa riferimento a una «Determinacy Function» e a una «Development Function» relative all'innesto del punto di vista costituzionale nel discorso giuridico privatistico.

⁷¹ C.W. CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner "Materialisierung"*, in ID., *Gesammelte Schriften*, Berlin, 2012, 259 s. e una precisazione concettuale a 263.



degli obblighi di protezione anche nei confronti di terzi esposti al rischio specifico creato dal rapporto obbligatorio⁷².

La penetrazione dei valori costituzionali nel tessuto dei rapporti individuali si è registrata anche con riferimento alla responsabilità civile⁷³. Attenta dottrina, ad esempio, ha potuto impiegare il principio solidaristico, declinato nell'interesse generale ad allocare il costo del danno secondo il minimo inconveniente possibile per la società, quale criterio con cui ricondurre ad unità le due *species* di responsabilità civile, per colpa e oggettiva, facendone emergere il comune effetto di deterrenza nei confronti dell'evento distruttivo di ricchezza⁷⁴.

In altre occasioni, la novità della Costituzione è stata invece intesa in senso antagonistico al sistema del diritto privato come consegnato dalla storia. Alcuni studiosi hanno evocato la scelta in favore delle classi "subalterne", che si assumeva «già operata dalla Costituzione repubblicana»⁷⁵, per battere la via del cosiddetto «uso alternativo del diritto», ossia del superamento, in chiave marxista, delle strutture economiche borghesi recepite dalla "sovrastruttura" codicistica⁷⁶. Questa esperienza ha rappresentato, anche per il suo dichiarato retroterra ideologico, una delle punte di massima frizione tra interesse generale e interessi individuali all'interno del diritto privato, e certo ha contribuito – tra le altre cose – a delineare un modello (anche questo) *alternativo* rispetto a quello di tradizione liberale (pur recepito senza incertezze dalla stessa Costituzione: art. 101) del rapporto tra interprete, specie se giudiziale, e legislatore⁷⁷.

Meno problematica, dal punto di vista delle fonti, seppur carica di risvolti politici, è stata l'espressione di quell'antagonismo nel campo del diritto positivo, ove il profluvio di leggi speciali ha inaugurato quella che è stata icasticamente definita come «età della decodificazione». In questo contesto, la legislazione ordinaria «può e deve perseguire dati fini, che, dunque, vengono sottratti alla scelta ed alla valutazione di convenienza

⁷² C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 22 s., seguito da A. NICOLUSSI, *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir.*, *Annali*, Milano, 2015, 661.

⁷³ A partire da S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964 (rist. inalt.: Milano, 2023), *passim*, spec. 102 s.

⁷⁴ C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 594 e 601 s. Anche P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 39, pur distinguendo il «campo della responsabilità in due parti nelle quali si esplicano due istituti che hanno diversi i presupposti e il modo di operare» (la responsabilità per colpa e quella oggettiva), ne ha individuato un fine in qualche misura comune: la riduzione del rischio.

⁷⁵ L. FERRAJOLI, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista*, I, vd. nota successiva, 115.

⁷⁶ Gli atti del celebre convegno catanese del 1972 sono stati pubblicati in P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista*, I; *Ortodossia giuridica e pratica politica*, II, Roma-Bari, 1973.

⁷⁷ Cfr. A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni Settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 933 s., ove si ricorda anche la coeva esperienza tedesca volta sempre a rompere l'isolamento del discorso giuridico dalle circostanti scienze economiche e sociali, ma con un approccio più equilibrato e consapevole della specificità del compito del diritto (che viene sottolineata, tra gli altri, da L. RAISER, *Il compito e la responsabilità del giurista nella società*, in ID., *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, Milano, 1990, 194 s.). Si veda, ora, M. BARCELLONA, *Giudici, politica, democrazia. Uso alternativo o diritto alternativo: alle radici di uno scontro in un mondo cambiato*, Roma, 2023, 37 s., nel quale si mette in rilievo una divergenza di "strategia" tra le correnti di sinistra della magistratura che promuovevano l'avvento di una «giurisprudenza alternativa», assumendo direttamente il compito di attuare l'«eguaglianza sostanziale», e la sinistra "accademica", più incline a valorizzare il ruolo della politica democratica. Già prima del convegno catanese, un nuovo ruolo del giudice come fattivo interprete dell'evoluzione sociale era stato auspicato da S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 83 s., in uno con un riassetto della tecnica normativa verso la cosiddetta "legislazione per principi". Non sorprende che tra i punti di avvio della propria riflessione, Rodotà avesse individuato proprio l'acquisizione della «convinzione della storicità o della relatività dei concetti giuridici», la constatazione del «tramonto del significato costituzionale dei codici di diritto privato», la coscienza «della particolare rilevanza assunta da elementi pubblicistici e da interessi sociali nelle materie tradizionalmente assegnate alla disciplina civilistica» (85).



dei privati. [...] La selezione degli scopi rientra ormai nella competenza del legislatore, che perciò vuole in luogo dei privati o sollecita e promuove le loro volontà verso specifici traguardi»⁷⁸. Il risultato è una vigorosa compressione dell'autonomia privata, che diviene oggetto di quelle che sono state definite, con accento critico, «regole di organizzazione guidate da uno scopo»⁷⁹.

L'esempio più vistoso è indubbiamente offerto dalla politica della "programmazione", promossa dalle coalizioni di centrosinistra a partire dagli anni '60 del secolo scorso, la quale ha segnato il passaggio da un contesto in cui gli interventi pubblici assolvevano la funzione di limite esterno e negativo all'iniziativa economica privata, secondo la prospettiva dell'art. 41 comma2 Cost., a uno in cui essi operavano come mezzo di diretto conseguimento dei «fini sociali» (art. 41 comma3 Cost.) individuati dalla volontà formalizzata nel programma⁸⁰. Pur facendo salva la struttura e la funzione dell'autonomia privata, quale criterio di qualificazione giuridica senza bisogno di alcuna giustificazione materiale (*stat pro ratione voluntas*), la programmazione ha introdotto una serie di pressanti vincoli alla sua esplicazione, per esempio restringendo la rilevanza giuridica dell'atto come fonte del regolamento posto in essere dalle parti e, corrispondentemente, allargando la portata della concorrente fonte di disciplina eteronoma⁸¹. Si pensi, a tal proposito, alla legge sull'equo canone (27 luglio 1978, n. 392), la quale fissava autoritativamente il contenuto economico del contratto di locazione: il proprietario dell'immobile restava libero di scegliere se e con chi stipulare il contratto, ma il suo interesse a conseguire le migliori condizioni contrattuali possibili (derivanti anche dal gioco della domanda e dell'offerta) veniva sacrificato di fronte a quello, giudicato preminente in quanto generale, a favorire l'accesso all'abitazione, anche per mezzo di un calmiere dei prezzi⁸².

Non può, infine, non farsi cenno alla cosiddetta *Drittwirkung*, giacché la questione dell'efficacia dei principi costituzionali non solo nei rapporti verticali tra Stato e cittadino, ma anche in quelli orizzontali tra cittadino e cittadino, si interseca ovviamente con il nostro discorso. Proprio con riferimento a questo fenomeno, si fa pregnantemente parola di una "costituzionalizzazione" del diritto privato⁸³, sebbene appaia forse più preciso parlare di una sua *ri-costituzionalizzazione* nel segno dei nuovi valori ordinamentali, se si rammenta che la codificazione privatistica esprimeva già di per sé un «significato costituzionale»⁸⁴. In particolare, il

⁷⁸ N. IRTI, *L'età della decodificazione*⁴, Milano, 1999, 30.

⁷⁹ F. HAYEK, *Diritto, legislazione e libertà*, cit., 224.

⁸⁰ S. CASSESE, *La «vecchia» costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi*, in Id. (a cura di), *La nuova costituzione economica*³, Roma-Bari, 2021, 17 s.

⁸¹ L. MENGONI, *Programmazione e diritto*, in *Jus*, 1966, 12-13. La necessità di salvaguardare l'essenza strutturale e funzionale dell'autonomia privata, oltre la quale l'atto di suo esercizio degraderebbe in mera discrezionalità, è evidenziata anche da R. NICOLÒ, *Diritto civile*, cit., 912-913.

⁸² Per una particolareggiata analisi delle discipline vincolistiche che si sono succedute dall'inizio dello scorso secolo fino alla legge sull'equo canone, si veda B. INZITARI, *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione. Linee di una vicenda*, Napoli, 1979, 143 s. Per alcuni profili di attualità della questione, si vedano invece U. Breccia, *Diritto all'abitazione e disciplina delle locazioni*, ora in Id., *Immagini del diritto privato. Il contratto*, II, t. 2, Torino, 2020, 1083 s., ed E. BARGELLI, *Locazione abitativa e diritto europeo. Armonie e disarmonie di un capitolo del diritto privato sociale*, in *Europa dir. privato*, 2007, 951 s., ove un riferimento a E. EICHENHOFER, *L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 193 s., che annovera la disciplina delle locazioni abitative proprio tra gli esempi dell'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale (198-200).

⁸³ Su cui ora E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, 3 s., spec. 19-23. Si vedano, inoltre, i saggi raccolti in P. Femia (a cura di), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, Napoli, 2018: in particolare, C.-W. CANARIS, *Diritti fondamentali e diritto privato*, 104 s., intorno alla cui tesi – che ripudia metodologicamente entrambi gli estremi della *mittelbare Drittwirkung* e della *unmittelbare Drittwirkung* – si è consolidata in Germania una *herrschende Meinung*.

⁸⁴ Proprio nell'«intima connessione con la dignità e le situazioni della persona», B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit.,



post-positivismo – che segna non l’abbandono *tout court* del positivismo, ma il suo superamento nella misura in cui istituzionalizza i valori morali nella carta costituzionale e allunga le vie della legittimazione delle norme – riconosce ai diritti fondamentali della persona, oltre la valenza classica di limiti del potere della maggioranza, la funzione di direttive oggettive di conformazione dell’ordinamento giuridico nel suo complesso, compreso pertanto il sistema di diritto privato⁸⁵. In questo senso, i diritti fondamentali della persona finiscono per partecipare, pur con modalità ed estensioni differenti, sia della sfera relativa all’interesse individuale, sia di quella afferente all’interesse generale.

Proprio la *Drittwirkung*, allora, può espandere l’area di tutela degli interessi individuali, al contempo soddisfacendo in via mediata l’interesse generale: così è avvenuto nel momento in cui la giurisprudenza ha valorizzato il riconoscimento costituzionale dei diritti fondamentali della persona come mezzo per “liberare” l’art. 2059 cod. civ. dalle strettoie del solo illecito penalmente rilevante⁸⁶. Essa può, però, porsi anche come momento di potenziale sconvolgimento intra-sistemico⁸⁷. Così è, ad esempio, nel caso in cui il giudice cali,

231, rintraccia una «intima vocazione costituzionale» del diritto privato, «costruita però in antitesi e in simmetrica contrapposizione a quella tutta proprietaria» tipica delle codificazioni liberali.

⁸⁵ L. MENGONI, *La questione del «diritto giusto» nella società post-liberale*, cit., 64-65. Che i diritti fondamentali della persona costituiscano un «ordinamento assiologico oggettivo» (*objektive Wertordnung*) è stato affermato nella nota sentenza *Lüth* (15 gennaio 1958) del *Bundesverfassungsgericht*, che si legge ora tradotta in *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*, cit., 291 s. e il passaggio virgolettato a 296 (si veda anche 298, per una accorata difesa del valore alto della libertà di espressione, che appare oggi invece a rischio di essere negletto). Proprio a partire della sentenza *Lüth*, osserva E. CATERINA, *Personalismo vivente*, cit., 209-210, nella giurisprudenza costituzionale tedesca si registra un «distacco dal puro e semplice giusnaturalismo: i valori, per quanto da determinare in concreto, sono fissati dalla stessa costituzione e fanno comunque parte del diritto positivo. E tuttavia è la fondazione giusnaturalistica a conferire loro questa nuova posizione preminente e il loro stesso impiego avviene secondo logiche che si oppongono nettamente al vecchio giuspositivismo formalistico». Si veda, infine, la precisazione di E.-W. BÖCKENFÖRDE, *La democrazia come principio costituzionale*, in Id., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, ed. it. a cura di M. Nicoletti, O. Brino, Milano, 2006, 471-472: «La democrazia come forma organizzativa della cooperazione degli uomini e delle donne nella legittimazione e nell’esercizio del dominio politico non si incentra soltanto su misure di carattere costituzionale e appunto organizzativo-istituzionale, ma in pari modo anche su determinate modalità di comportamento umano».

⁸⁶ Cass. sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Foro it.*, 2009, I, c. 120 s., con note di A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all’insegna della tipicità dell’interesse leso (con qualche attenuazione) e dell’unitarietà*; R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*; G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*; E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*; cui adde Cass. sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, Cass. sez. un., 11 novembre 2008, n. 26974 e Cass. sez. un., 11 novembre 2008, n. 26975, tutte in *dejure.it*.

⁸⁷ Secondo G. DE ALMEIDA RIBEIRO, *The Decline of Private Law. A Philosophical History of Liberal Legalism*, Oxford-New York, 2019, 275, la “costituzionalizzazione” del diritto privato non si traduce in un modo di essere delle regole civilistiche in un ordinamento costituzionale, bensì nella loro specificazione nei termini propri del diritto costituzionale, con il risultato di un loro sostanziale annullamento in quest’ultimo. Nelle conclusioni di questo autore si avverte, per il medio dei *critical legal studies*, un’eco realista, adeguata però al contesto istituzionale presente, fortemente segnato dalla giurisdizionalizzazione dell’amministrazione dei conflitti sociali: sicché, se per i realisti del XX secolo, la perdita di autonomia del discorso giuridico (privatistico, ma non solo) conduceva all’assorbimento di questo nella politica, al giorno d’oggi, parafrasando la celeberrima formula di Portalis (ripresa criticamente nel secondo dopoguerra da G. RIPERT, *Tout devient droit public*, in Id., *Le déclin du droit. Étude sur la législation contemporaine*, Paris, 1949, 37 s.), può dirsi che *Tout devient droit constitutionnel*. A tal proposito, si ricorderà che il processo di costituzionalizzazione del diritto privato è stato anche descritto con riferimento a una «total constitution» da M. KUMM, *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in *German Law Journal*, 2006, 341 s. Il rischio di queste impostazioni è quello di conservare soltanto l’esteriorità del discorso giuridico e non anche la sua sostanza, che è anzitutto il riconoscimento della sua autonomia dalle altre esperienze sociali di controllo e distribuzione del potere. Quest’ultima può essere salvaguardata, ancora una volta, grazie agli strumenti della tradizione europeo-continentale, che sono principalmente quelli della dogmatica: non di una dogmatica però sterilizzata nelle forme del passato, ma una “nuova” e come tale capace di integrare i punti di vista valoriali proposti dalle Costituzioni del “dopo Auschwitz” (A. NICOLUSSI, *Beni relazionali e diritto dei rapporti etico-sociali*, in *TCRS*, 2014, 45), in ciò seguendo l’insegnamento di LUIGI MENGONI (*Ancora sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, cit.,



all'interno del rapporto contrattuale, un ideale di "giustizia contrattuale", di cui si fa scopritore prima che interprete⁸⁸, con l'effetto di comprimere l'autonomia privata. Non è dubbio che una certa misura di "giustizia contrattuale" sia conforme all'interesse generale, come prova il fatto che il legislatore l'abbia filtrata in alcune disposizioni normative (rescissione, subfornitura, clausole vessatorie etc.). Tuttavia, l'autonomia è essa stessa un valore costituzionalmente tutelato, sia pure in assenza di una espressa previsione⁸⁹, costituendo pertanto un diaframma nei confronti dell'efficacia immediata o mediata in senso proprio di principi costituzionali altri⁹⁰. In questo caso, allora, l'opera di mediazione tra l'interesse generale e quello individuale va

99: «Nel campo della dogmatica occorre adeguare le strutture concettuali del sistema ai valori ancorati nella legge fondamentale, e ciò postula un sistema aperto all'integrazione di nuove premesse di decisione», dal quale si ricava inoltre la consapevolezza che l'applicazione dei principi costituzionali richiede, almeno nella maggioranza dei casi, una ragionata opera di bilanciamento che il giurista deve compiere secondo criteri non coincidenti con quelli a disposizione del legislatore (*Per una dogmatica dei diritti fondamentali*, in *Metodo e teoria giuridica*, cit., 255 s.; l'espressione «dogmatica dei diritti fondamentali» è impiegata anche da E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Diritti fondamentali come norme di principio. Sulla situazione attuale della dogmatica dei diritti fondamentali*, in *Stato, costituzione, democrazia*, cit., 209 s., e P. FEMIA, *Drittwirkung. Una dogmatica di transizione*, in *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*, cit., XXI).

⁸⁸ Cfr. F.SCO BENATTI, *Che ne è oggi del testo del contratto?*, cit., 8 s. e spec. 12 s., nt. 26. Sulla tensione tra autonomia privata e giustizia contrattuale è istruttiva la lettura di P.S. ATIYAH, *Contract and Fair Exchange*, in ID., *Essays on Contract*, Oxford, 1990, 329 s.

⁸⁹ Questione notoriamente controversa è quella della natura diretta o indiretta di questa tutela. Luigi Mengoni – che in *Programmazione e diritto*, cit., 11, aveva invero giudicato di «mediocre importanza» (ma con riferimento specifico al problema del rapporto con la programmazione) sapere se l'autonomia negoziale «sia oggetto di una garanzia diretta e globale oppure di una garanzia solo indiretta» – pare prediligere l'idea di una tutela soltanto riflessa da quella che assiste gli altri istituti ai quali l'autonomia è strettamente connessa, e cioè principalmente proprietà e iniziativa economica. Di conseguenza, egli esclude anche la possibilità di radicare nell'art. 2 Cost. una guarentigia quantomeno implicita o innominata dell'autonomia stessa (così in ID., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Metodo e teoria giuridica*, cit., 101-102), pur manifestando la consapevolezza che su questa impostazione pende la pregiudiziale storico-ideologica legata alle culture dominanti in Assemblea costituente (ID., *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Metodo e teoria giuridica*, cit., 94). Sempre per una tutela indiretta è A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, 86. A favore della fondazione di una tutela diretta si pronuncia G. BENEDETTI, *Negoziio giuridico e iniziativa economica privata*, in ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale. Studi*, Napoli, 1997, 126 s., che individua la norma di riferimento nell'art. 41 Cost. (dal momento che «tutele e limiti previsti [da quest'ultimo] non vanno ridotti all'espressione più vistosa dell'iniziativa economica privata che si realizza nell'impresa, ma sono estesi più in generale all'autonomia del privato»), mentre di una tutela costituzionale diffusa, dislocata tra diverse disposizioni, discorrono R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 28-29. Dubita di una tutela persino indiretta dell'autonomia invece G. ALPA, *Diritti, libertà fondamentali e disciplina del contratto: modelli a confronto*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2017, 154.

⁹⁰ D'altronde, come precisa L. NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Padova, 1997, 213 (con riferimento espresso a L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., 107), «i diritti fondamentali» – salvo le poche norme strutturate (anche) in modo regolativo, come ad esempio gli artt. 36 comma 1 e 37 commi 1 e 3 Cost. – non possono, in quanto principi, «incidere nei rapporti negoziali privati se non come criteri o direttive di interpretazione delle leggi che li regolano». E proprio perché enunciati nella forma di principi, i diritti fondamentali possono andare incontro alla necessità di una ridefinizione contenutistica, determinata dal differente contesto applicativo che segue al trapasso dal diritto costituzionale al diritto privato [H. COLLINS, *On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law*, cit., 34-35], che ne ostacola di conseguenza l'efficacia diretta e non mediata. In termini analoghi anche S. MAZZAMUTO, *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, in S. MAZZAMUTO, L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Atti del Convegno dell'Unione dei Privatisti 30 ottobre 2015, Torino, 2016, 280: «Al di là dei precetti costituzionali concepiti secondo gli schemi della fattispecie analitica e, dunque, verosimilmente applicabili in via immediata, si estende il campo dei principi e dei diritti fondamentali enunciati in forma indeterminata. Non solo per la tecnica normativa che li sorregge ma specialmente per il loro valore di fini ultimi e, quindi, di congegni di ottimizzazione, principi e diritti fondamentali si presentano a rivestire il ruolo di strumenti eminentemente ermeneutici, finalizzati a realizzare sulle proposizioni normative di rango inferiore operazioni interpretative dotate di una forte carica evolutiva». Oltre il limite di possibilità fornito dall'interpretazione conforme a Costituzione, il contrasto tra quest'ultima e la norma di grado inferiore va quindi risolto con la rimesione della questione di costituzionalità al giudice delle leggi, giacché «l'opera di adeguamento di un testo [...] non può essere condotta sino al punto di leggersi quel che non c'è, anche quando la costituzione vorrebbe che vi fosse» (M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, 434).



lasciata al legislatore⁹¹, sul quale peraltro ricade prioritariamente il dovere di dare attuazione al disegno costituzionale⁹².

4. – Se la società moderna ha superato una certa indistinzione, propria della società borghese, tra i piani degli interessi privati e di quelli pubblici, un apparente salto all'indietro si è registrato con il diritto di derivazione europea. In particolare nella fase iniziale del processo di integrazione comunitaria, infatti, è riemersa la scelta di individuare l'*ubi consistam* dell'interesse generale nella garanzia del massimo grado di libertà individuale, specialmente quando questa si realizza nell'esercizio delle attività economiche. Non si tratta, come noto, di un recupero *tout court* del liberalismo borghese, né tantomeno dell'importazione sul continente europeo del *liberalism* di matrice anglosassone (che, pure, è opportuno ricordarlo, deve le sue fortune nel secondo Novecento a un gruppo di intellettuali austriaci⁹³). Si tratta, invece, del modello, elaborato in seno al pensiero ordoliberal tedesco, di una «società basata sul diritto privato» (*Privatrechtsgesellschaft*)⁹⁴, delle cui condizioni istituzionali – diritti di proprietà, iniziativa economica, concorrenza, certezza del diritto – lo

⁹¹ Cfr., negli scritti più recenti, G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa dir. priv.*, 2019, 30-38 e 44-48, e A. ALBANESE, *L'uguaglianza formale e sostanziale nel mercato tra libertà e giustizia «contrattuale»*, cit., 9-10. Una apertura a uno spazio di competenza per il potere giurisdizionale, invece, si trova in E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., 196 s. Vi è anche chi ha difeso un rilievo ancor più ampio degli interessi generali nella conformazione del contratto, spingendosi a far di quest'ultimo uno strumento di redistribuzione della ricchezza in conformità a fini di giustizia sociale: *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 99 s. Per una critica a tale programma vedi F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 257 e la stessa E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., 193-195, la quale, distinguendo tra obiettivi di «giustizia contrattuale» e obiettivi di «giustizia sociale», ribadisce rispetto a questi ultimi l'ineludibilità dell'intervento del legislatore.

⁹² Si comprende perché, nel caso del risarcimento del danno non patrimoniale, del medesimo intervento di mediazione del legislatore si sia potuto fare a meno, ammettendo un arricchimento *immediato* dell'ambito normativo dell'art. 2059 cod. civ. con riferimento alla rilevanza della persona intesa come *Grundnorm* costituzionale (secondo l'evocativa formula di C. CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, 1). La presenza del fatto illecito, infatti, esclude la contrapposizione di una posizione giuridica soggettiva che reclami anch'essa la tutela accordata dal riconoscimento costituzionale, semmai ponendo la questione della precisazione della fonte dell'obbligazione risarcitoria (appunto risolta dalla rilettura dell'art. 2059 cod. civ.). Perciò, A. Nicolussi, *Autonomia negoziale dal contenuto non patrimoniale*, in G. CARAPEZZA FIGLIA, G. FREZZA, P. VIRGADAMO (a cura di), *«La personalità umana nell'ordinamento giuridico» di Pietro Perlingieri, cinquant'anni dopo*, Atti del VI Convegno SISDiC Sicilia, 5 e 6 novembre 2021, Napoli, in corso di pubblicazione, 179, ha proposto di contestualizzare il valore della tesi sulla necessità di una mediazione legislativa riferendola «soprattutto all'autonomia privata, più che in generale al diritto civile»: è, infatti, riguardo all'autonomia privata che «una costituzionalizzazione del diritto dei contratti porta con sé, tra gli altri elementi, tutta la problematicità dovuta al conflitto, in essa latente, tra libertà di contratto, in Germania protetta direttamente dalla stessa Costituzione, e diritti fondamentali che la medesima libertà di contratto potrebbe violare».

⁹³ Si fa riferimento alla cosiddetta Scuola di Vienna, costruita sulle coordinate fondamentali dell'individualismo metodologico e, con più stretto riferimento alla materia economica, del valore soggettivo e del marginalismo. Inizialmente raccoltasi attorno agli insegnamenti di CARL Menger (fratello di Anton), autore di *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre* (1871), trad. it: *Principi fondamentali di economia*, a cura di R. Cubeddu, Soveria Mannelli, 2001, la Scuola proseguì sotto la guida di Ludwig von Mises e di Friedrich von Hayek.

⁹⁴ L'idea risale, come ben noto, a FRANZ BÖHM (*Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, in *ORDO*, 1966, 75 s.), nel cui pensiero, come precisa A. ZANINI, *Diritto e potere privato. Franz Böhm*, in *Fil. pol.*, 2019, 83 s., non si rinviene un'adesione a un preteso primato del diritto privato su quello pubblico, ma all'opposto la consapevolezza che un rigido schematismo finisce per non restituire un'immagine affidabile delle operazioni sociali e giuridiche. Per il rilievo che l'idea di una *Privatrechtsgesellschaft* ha avuto sullo sviluppo del diritto privato europeo, si vedano: C.-W. CANARIS, *Verfassungs – und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft*, in P. BADURA, R. SCHOLZ (a cura di), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, Munich, 1993, 873 s.; S. GRUNDMANN, *The Concept of the Private Law Society. After 50 Years of European and European Business Law*, in *ERPL*, 2008, 553 s.



Stato si fa garante. Non a caso, si è proposto di qualificare il diritto privato europeo come «diritto regolatorio»⁹⁵, mettendone in rilievo una funzione che – negli ordinamenti cosiddetti welfaristi – era attribuito delle autorità pubbliche e oggetto di comandi e divieti⁹⁶.

La vocazione del diritto europeo a facilitare e incentivare le libertà individuali, servendo da *ius commune* di una società che su tali libertà sia basata⁹⁷, ha esercitato un'influenza positiva sui singoli ordinamenti nazionali, consentendo – tra le altre cose – di rivalutare, contro una sfortunata tendenza invalsa invece negli Stati nazionali del secondo dopoguerra, il legame tra libertà politica e libertà economica⁹⁸. Calata nel contesto dell'ordinamento italiano, per esempio, quell'influenza ha sollecitato una rilettura teleologica dei poteri attribuiti dall'art. 41 comma3 Cost. alla legge, nel senso che i fini sociali, ai quali deve essere indirizzata dai pubblici poteri l'attività economica, non si individuano più con la programmazione dei risultati da conseguire con riferimento a determinate finestre temporali, ma con l'approntamento delle condizioni di garanzia strutturale inerenti al funzionamento del mercato in condizioni correttamente concorrenziali⁹⁹.

Tuttavia – complice anche una certa povertà analitica del diritto europeo, che non sembra riconoscere, quantomeno sul piano formale, la distinzione tra diritto privato e pubblico¹⁰⁰ – alle volte non risulta chiaro fin dove possa essere spinta la consonanza tra interesse generale e interessi privati, né in che modo veramente il rapporto tra i due si sviluppi. Si guardi, ad esempio, al prodotto normativo per eccellenza dell'Unione europea: il diritto dei consumatori. La dottrina più lucida ha da tempo avvertito una tensione, in seno a questo diritto secondo, tra due prospettive: l'una che guarda al consumatore come *persona* (muovendosi nei suoi confronti in un'ottica di protezione, alle volte persino paternalistica) e l'altra che pone il consumatore (più precisamente, le sue scelte di consumo) quale *strumento* per il perseguimento di obiettivi di concorrenza¹⁰¹. A ben vedere, il progressivo scivolamento dell'attenzione del legislatore europeo dal consumatore “debole” a

⁹⁵ H.-W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law. The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, Yearbook of European Law, 2009, 3 s. Si veda anche G. COMPARATO, *Public Policy through Private Law: Introduction to a debate on European Regulatory Private Law*, in *Eur. Law J.*, 2016, 621 s.

⁹⁶ A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, cit., 249-251.

⁹⁷ Così, testualmente, P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 112.

⁹⁸ Si vedano, per tutti, L. EINAUDI, *Chi vuole la libertà*, in ID., *Il buongoverno. Saggi di economia e politica (1897-1954)*, Roma-Bari, 1954, 112-117, e L. STURZO, *Difesa della libertà economica*, in ID., *Politica di questi anni. Consensi e critiche (1954-1956)*, Bologna, 1968, 171-172. Della sottovalutazione di quel legame si trova traccia, ad esempio, in M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, cit., 412.

⁹⁹ Cfr. MENGONI, *Autonomia privata*, cit., 103, seguito da A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, cit., 4-5. La diversa qualità dell'intervento eteronomo – comunque sempre limitativo – sull'autonomia privata è sottolineata in A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, cit., 177 s., spec. 188-194. Come già ricordato, nel corpo dell'art. 41 Cost. ha recentemente fatto ingresso un esplicito riferimento alla tutela dell'ambiente, presa ora in considerazione dal terzo comma della disposizione come fine, insieme a quello sociale, che consente di indirizzare e coordinare le attività economiche. Per il modo in cui questo obiettivo viene solitamente inteso da ampi settori dell'opinione pubblica, la riforma potrebbe far presagire il ritorno a una lettura della disposizione che ammette la sovrapposizione di un modello di sviluppo definito dalla volontà politica ai meccanismi del mercato.

¹⁰⁰ Cfr. O. CHEREDNYCHENKO, *Rediscovering the public/private divide in EU private law*, in *Eur. Law J.*, 2020, 27 s.

¹⁰¹ Si vedano: A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni Settanta del diritto privato*, cit., 938 s.; A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, cit., 62 s.; S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 1029 s.; C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 831 s.; G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, 18 s.; P. PERLINGIERI, *Il “diritto privato europeo” tra riduzionismo economico e dignità della persona*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 345 s.; G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Persona e mercato*, 2011, 318 s.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Il falso mito della tutela del consumatore*, in *V&P*, 2013, 61 s.; E. HONDIUS, *The Internal Market and the Consumer: Has EU Consumer Law Come of Age?*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2014, 165; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 256 s.



quello “medio” pare aver preluso a un riallineamento degli obiettivi di politica del diritto dalla tutela della persona in quanto tale – cui assicurare capacità di preferenza in merito a modi, tempi e contenuti del consumo anche in quelle «situazioni in cui alla libertà di scelta non corrisponde un effettivo potere»¹⁰² – alla garanzia delle condizioni di migliore efficienza del mercato¹⁰³.

Va da sé che il consumatore trae un beneficio prezioso da un adeguato sistema concorrenziale; tuttavia, se è l’interesse generale a costituire il punto di riferimento della disciplina, potrebbero pure autorizzarsi interpretazioni funzionalistiche che, nel nome dell’efficienza cui tendere per il guadagno sociale che ne consegue, finiscano per risultare favorevoli non al consumatore, bensì ad altri soggetti che operano sul mercato¹⁰⁴. Si pensi, ad esempio, alla garanzia cosiddetta in forma specifica, che consente al consumatore di chiedere la riparazione del bene difettoso o la sua sostituzione (già art. 130 cod. cons., ora art. 135-bis cod. cons.). Non è indifferente che questa sia concepita come strumento nell’interesse (individuale) del consumatore ovvero nell’interesse (generale) dell’efficienza degli scambi: giacché solo nel primo caso, qualora il venditore non sia in grado di soddisfare adeguatamente questo interesse, il consumatore avrà diritto di essere rimesso nella condizione di ritornare sul mercato; di converso, nel secondo caso, la garanzia potrebbe finire per essere concepita come uno strumento per vincolare il consumatore al contratto, impedendogli di tornare sul mercato¹⁰⁵.

Pertanto, è da segnalare – perché rilevante ai fini del nostro discorso – un’ulteriore evoluzione dell’agenda politica dell’Unione Europea. Dopo un lungo periodo in cui la priorità era attribuita all’apertura dei mercati in senso concorrenziale, un’attenzione sempre maggiore è ormai riservata alla promozione della cosiddetta “sostenibilità”. Quest’ultima è, in verità, da sempre inscritta nel Trattato UE (art. 3 comma3), ma solo nel più recente passato – in concomitanza con l’emersione, nel dibattito pubblico, della questione del cosiddetto *climate change* e delle sue conseguenze sociali¹⁰⁶ – ha indotto l’UE ad assumere iniziative normative in proposito. Ad esempio, la Commissione europea ha avviato il processo di revisione della direttiva sui beni di consumo, segnalando la possibilità di rendere prioritaria l’opzione della riparazione del bene difettoso rispetto a quella della sua sostituzione (giacché quest’ultima è giudicata meno sostenibile sul piano ambientale), o per-

¹⁰² A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017, XV s.

¹⁰³ Si veda ora, in particolare, L. GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza delle pratiche di commerciali e rapporto di consumo*, Napoli, 2020, 62 s.

¹⁰⁴ Da ultimo, è A. ALBANESE, *L’uguaglianza formale e sostanziale nel mercato*, cit., 5-10 (ove il richiamo a J. HABERMAS, *Morale, diritto, politica*, Torino, 1992, 21) a ricordare l’esigenza di tenere concettualmente distinto il piano dell’«efficiente funzionamento del mercato [...] dall’interesse di cui è portatore il singolo contraente, il quale è a sua volta meritevole di una specifica tutela, secondo regole che devono essere giuste per i soggetti interessati e non solamente utili per la collettività».

¹⁰⁵ Lo ha messo in rilievo A. Nicolussi, *Etica del contratto e “Contratti ‘di durata’ per l’esistenza della persona”*, in L. NOGLER, U. REIFNER (a cura di), *Life Time Contracts: Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, The Hague, 2014, 135, cui si deve peraltro la definizione della garanzia “consumeristica” indicata nel testo, in quanto rivolta a consentire prioritariamente il conseguimento dell’interesse specifico del consumatore connesso all’atto di consumo (ID., *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 525 s.).

¹⁰⁶ Questa presa di coscienza si è espressa, tra le altre forme, nell’esplosione del fenomeno della cosiddetta *climate change litigation*: L. SERAFINELLI, *La responsabilità civile come tecnica di compensazione assiologica degli interessi climatici nell’inerzia delle politiche legislative. Un’analisi comparatistica di controversie private per pubblici interessi*, in DPCE online, 2022, 2197 s.; B. POZZO, *Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective*, in F. SINDICO, M.M. MBENGUE (a cura di), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Berlin, 2021, 593 s.; C. V. GIABARDO, *Climate Change Litigation and Tort Law. Regulation through Litigation?*, in *Diritto e Processo. Derecho y Proceso – Right & Remedies*, Perugia, 2019, 316 s.; C.M. MASIERI, *La Law of Torts alla prova dei cambiamenti climatici*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, 457 s. La potenzialità para-regolatoria del ricorso alla responsabilità civile è sottolineata da, ultimo, in C.M. SHARKEY, *Common Law Tort as a Transitional Regulatory Regime: A New Perspective on Climate Change Litigation*, in J. ADLER (a cura di), *Climate Liberalism. Perspectives on Liberty, Property and Pollution*, London, 2023, 103 s.



sino di farne l'unico rimedio attivabile dal consumatore, ove questo abbia un costo minore o identico a quello della sostituzione¹⁰⁷. Non più, dunque, una scelta tra i due rimedi alternativi, ma una gerarchizzata che si spiega in ragione della preminenza dell'interesse generale su quello individuale¹⁰⁸.

Questa opzione non è stata, infine, accolta nel testo della proposta di direttiva che ha fatto seguito alla consultazione promossa dalla Commissione. Essa non ha ottenuto, infatti, il sostegno della maggioranza degli Stati membri, i quali hanno fatto leva sull'aumento dei costi sostenuti dagli operatori, che verrebbe peraltro probabilmente incorporato nel prezzo finale di vendita del prodotto e dunque, in ultima istanza, scaricato sul consumatore¹⁰⁹. La giustificazione in termini economicisti è certamente comprensibile, ma tradisce un punto di vista unilaterale tipico delle negoziazioni politiche che si sviluppano in seno alle istituzioni europee. Di converso, è sul diverso piano della razionalità del diritto che è opportuno muoversi. Se la sostenibilità è la grande questione dei tempi presenti, infatti, il diritto privato non può disinteressarsene né ritenersene intangibile, sicché non è una sorpresa che nel suo ambito faccia ingresso l'apprezzamento dell'interesse generale a uno sviluppo sostenibile, quale suo nuovo «compito sociale»¹¹⁰. È sempre bene ricordare, però, che il diritto privato si misura con le sfide della contemporaneità non alla maniera degli altri settori dell'ordinamento, bensì fornendo un contributo precipuo: nel caso che ci occupa, esso può consentire di mettere in presa diretta

¹⁰⁷ Iniziativa “Consumo sostenibile di beni – promuovere la riparazione e il riutilizzo”, qui consultabile: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13150-Consumo-sostenibile-di-beni-promuovere-la-riparazione-e-il-riutilizzo_it (ultimo accesso: 08.09.2023).

¹⁰⁸ La prospettiva di una gerarchizzazione dei rimedi è accolta favorevolmente da D.M. MATERA, *Difetto di conformità, gerarchia dei rimedi e sostenibilità ambientale nel nuovo art. 135-bis cod. cons. e nella Dir. 771/2019*, in *Riv. dir. priv.*, 2022, 462 s. e C. Camardi, *Diritto civile e nuovi valori costituzionali. Qualche suggestione da recenti riforme*, in *Jus Civile*, 2023, 565.

¹⁰⁹ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme comuni che promuovono la riparazione dei beni e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e le direttive (UE) 2019/771 e (UE) 2020/1828 (ove anche le informazioni relative alla posizione espressa dagli Stati membri), qui consultabile: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52023PC0155> (ultimo accesso: 08.09.2023). Art. 5 co. 1 (Obbligo di riparazione): «Gli Stati membri provvedono affinché, su richiesta del consumatore, il produttore ripari, gratuitamente o a fronte di un corrispettivo in denaro o di una controprestazione di altro tipo, i beni per i quali e nella misura in cui gli atti giuridici dell'Unione elencati nell'allegato II prevedono specifiche di riparabilità» (corsivo aggiunto).

¹¹⁰ Proprio la direttiva in esame si apre annunciando di stabilire «norme comuni che promuovono la riparazione dei beni al fine di contribuire al buon funzionamento del mercato interno, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione dei consumatori e dell'ambiente» (art. 1 co. 1). La protezione dei consumatori e quella dell'ambiente sono testualmente poste sullo stesso livello, così non cogliendo la possibile tensione tra i due obiettivi di politica del diritto. Osservano infatti F. ZOLL, K. POŁUDNIAK-GIERZ, W. BAŃCZYK, *Towards an Environment-friendly Law of Obligations*, in A. JANSSEN, M. LEHMANN, R. SCHULZE (a cura di), *The Future of European Private Law*, Baden-Baden, 2023, 217, che «What is problematic under the directive is a situation in which neither party has an interest in exercising rights that are environment friendly. It is the natural limit of private law instruments, which cannot lose their primary function, which is to serve the private interests of participants to the legal relationship. The protection of public interests must always be only a side-effect of the private law's operation». Altro profilo di potenziale contrasto tra l'interesse individuale del consumatore e quello generale alla tutela dell'ambiente si registra rispetto all'esercizio del diritto di recesso, visti i costi – in termini di sostenibilità – del ritorno sul mercato del consumatore, come avevamo già rilevato nel nostro *Interessi privati e interessi generali nelle “stagioni” del diritto civile*, in corso di pubblicazione negli atti del II Seminário Ítalo-Brasileiro de direitos fundamentais, organizzato da Iberojur – Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Università degli Studi di Padova, e come si legge ora anche in F. ZOLL, K. POŁUDNIAK-GIERZ, W. BAŃCZYK, *Towards an Environment-friendly Law of Obligations*, cit., 220-222. Viene da chiedersi, peraltro, se l'irruzione sulla scena della tutela rafforzata dell'ambiente non possa preludere anche alla riemersione di certi atteggiamenti negativi nei confronti dell'atto di consumo, così tornando a quei pregiudizi culturali ed etici catturati nell'espressione, deteriorata, di “consumismo” (cfr. A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni Settanta del diritto privato*, cit., 919 s.). Di alcune esagerazioni nel ciclo di produzione e consumo, che pure si sono registrate anche negli anni più recenti, è persino auspicabile liberarsi; ma un punto di vista tutto sbilanciato su un interesse esterno finirebbe per far dimenticare che l'atto di consumo, oltre che esercizio di libertà, è mezzo di soddisfazione dei bisogni della vita, e di una vita più comoda e agiata.



la questione della sostenibilità con la persona, senza che il rapporto sia mediato da considerazioni strumentali relative al mercato o alle condizioni generali dell'ecosistema¹¹¹.

Proprio questo carattere precipuo deve informare la mediazione tra l'interesse generale e quello individuale, suggerendo, ad esempio, l'adozione di incentivi di mercato alla riparazione in luogo della sostituzione o della risoluzione del contratto: e si pensi, allora, alla possibilità – che era stata valutata dalla stessa Commissione in sede di consultazione pubblica – di estendere il periodo di garanzia legale nel caso in cui il consumatore attivi il rimedio della riparazione, oppure di consentire una riparazione a prezzo agevolato – come alternativa all'acquisto di un nuovo bene – nel caso di esaurimento del periodo di garanzia.

Altra strada che merita di essere esplorata, per la mediazione elastica (anche se non scevra da controversi aspetti etici¹¹²) tra interesse privato e generale, è poi quella del cosiddetto *nudging*, nel quale si ritrova – sia pure filtrata dagli studi di *behavioral economics* e con la struttura peculiare dell'*opt-out* – una prospettiva ben nota al giurista italiano, ossia quella di incentivazione delle condotte umana propria del diritto cosiddetto promozionale¹¹³.

5. – L'*excursus* che abbiamo svolto prova che il rapporto tra interessi privati e interessi generali viene declinato secondo prospettive ricavate dal più generale orientamento di politica sociale ed economica dominante in ciascuna fase storica. Né potrebbe essere altrimenti, giacché il diritto privato è esso stesso prodotto sociale, e riceve dunque i suoi contenuti dall'esperienza umana che è chiamato a ordinare. Così, se lo Stato monoclasse ha potuto trattare gli interessi generali quasi come epifenomeno della tutela degli interessi privati, lo Stato pluriclasse (e poi pluralista) ha dovuto scandire i diversi piani, così da rendere possibile quell'opera di mediazione del conflitto sociale che proprio l'interesse generale imponeva di svolgere¹¹⁴. E se con l'avvento del diritto europeo questa scansione in piani è divenuta più incerta, nondimeno essa resta ancora necessaria: in primo luogo, come direttiva commessa al legislatore; in secondo luogo, e di conserva, come parametro di interpretazione per sciogliere potenziali ambiguità dei testi normativi.

Come si è già scritto, non accedere a letture "liquidatorie" dei confini non significa anche irrigidirsi in sterili schematismi. Di converso, significa riconoscere che il confine esprime un valore: che è quello di restituire l'esistenza di un ordine tra materie diverse, così da rappresentare icasticamente il senso stesso di un or-

¹¹¹ Così F. ZECCHIN, *Sviluppo sostenibile delle catene di fornitura internazionali e diritti inviolabili*, in *Jus*, 2022, 398. Cfr., altresì, CATERINA, *Personalismo vivente*, cit., 267, che chiarisce che «La lotta ai cambiamenti climatici e la tutela dell'ecosistema, da ultimo costituzionalizzate con la revisione dell'art. 9 Cost. del 2022, non possono essere certo viste come un cambiamento di paradigma in chiave ecocentrica che porti il nostro ordinamento costituzionale dalla centralità della persona alla centralità della natura. Al centro rimane sempre la persona e però viene in rilievo la dimensione temporale e il diritto delle nuove generazioni, in altri termini la proiezione nel futuro dei diritti della persona».

¹¹² Il rischio è, infatti, quello di una deriva neo-paternalista che metta in ombra l'autonomia dell'individuo e la correlata responsabilità personale: cfr. F. GUALA, L. MITTONE, *A Political Justification of Nudging*, in *Rev. Phil. Psych.*, 2015, 385 s. Sul costo non lieve che per tale ragione si paga nei rapporti tra Stato e società civile si veda già P.S. ATIYAH, *Freedom of Contract and the New Right*, in *Essays on Contract*, cit., 360 s.

¹¹³ Si vedano i saggi di N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto e Le sanzioni positive* in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007. Sul *green nudging*, in particolare, si veda M. SANTOS SILVA, *Nudging and Other Behaviourally Based Policies as Enablers for Environmental Sustainability*, in *Laws*, 2022, 11, 9 s.

¹¹⁴ Cfr. J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, cit., 163 s., spec. 164 («L'interventismo nasce dalla traduzione in termini politici di conflitti di interesse la cui composizione non sia più possibile esclusivamente nell'ambito della sfera privata») e 168 («gli interventi statali sono certamente diretti a mantenere un equilibrio di sistema [...], anche quando sono diretti contro determinati interessi "dominanti"»).



dinamento¹¹⁵. Per quel che più direttamente ci riguarda, all'esito della nostra ricerca ci appaiono due le questioni che si impongono all'attenzione del giurista. La prima, che involge la definizione degli spazi reciproci tra i termini della «grande dicotomia» pubblico-privato, ha a che fare con il tipo di interessi generali di cui il diritto civile può farsi carico. La seconda, interna al sistema di diritto civile, ha invece per oggetto il modo con cui quell'interesse generale, una volta accolto, può trovare espressione. A entrambe le questioni non può fornirsi una soluzione aprioristica: nell'un caso, perché si deve tenere conto della mutevole incidenza di fattori ideologici, culturali e sociali in senso ampio, nonché delle esigenze pratiche di una determinata fase storica¹¹⁶; nell'altro, perché la scienza giuridica più consapevole, pur mantenendo ferma l'esigenza di un discorso razionale e controllabile, non tratta le categorie alla stregua di noumeni, ma le sottopone al vaglio dei problemi, ammettendone di conseguenza una relativizzazione¹¹⁷.

Rifiutare l'apriorismo non equivale, però, a rifugiarsi in una sorta di agnosticismo, che induca a ritenere ogni risposta, per il sol fatto di essere possibile, anche accettabile. Quanto al rapporto tra diritto pubblico e diritto privato, il confine, pur mobile, non è anche labile, e va preservato poiché consente di evitare l'annullamento della società nello Stato o la liquefazione dello Stato nella società: esiti opposti – il primo totalitario, il secondo premoderno – ma ugualmente indesiderabili¹¹⁸. Dalla prospettiva del civilista, si tratta perciò di individuare quel «nucleo non comprimibile»¹¹⁹ che è costitutivo del sistema stesso: il che si traduce, con un gioco di parole, nella ricerca di ciò che è “privato” nel diritto privato¹²⁰. Peraltro, il discrimine tra ambiti del

¹¹⁵ Con riferimento al confine in senso naturalistico-geografico, si veda M. Cacciari, *Nomi di luogo: confine*, in *Aut Aut*, 2000, 73 s. [richiamato da N. IRTI, *Confine*, in *Enc. it.*, VII, 2006, qui consultabile: https://www.treccani.it/enciclopedia/confine_%28Enciclopedia-Italiana%29/ (ultimo accesso: 08.09.2023) e A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, cit., 18]: il confine è insieme *limen* e *limes*, ossia soglia ma anche barriera. Il confine evoca anche un'altra immagine, che si trova valorizzata in Nicolussi, *Il tavolo nella sistema della tutela dei diritti*, cit., 37-38: quella appunto della vicinanza, e dunque di una necessaria corrispondenza tra ciò che si incontra, come del resto avviene con le mappe dei luoghi, in cui i confini devono corrispondere e combaciare, affinché l'insieme non risulti un caos incoerente.

¹¹⁶ S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 745-746.

¹¹⁷ L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, ora in *Diritto e valori*, cit., 11 s.

¹¹⁸ «[N]egata la distinzione», scrive ancora S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, cit., 697, «si dissolve il diritto: tutto pubblico, espressione di forza non controllata né limitata da chi detiene il potere; tutto privato, organismo senza la forza di un potere – quello, privo di garanzia, questo, privo di vitalità».

¹¹⁹ Così G. CORSO, *Diritto pubblico e diritto privato: il confine è mobile, ma esiste*, in L. NIVARRA, A. PLAIA (a cura di), *I mobili confini del diritto privato*, Torino, 2018, 55: «in ciascuno dei due ambiti, [c'è] uno spazio intangibile, delimitato da una linea che non può arretrare. Questa linea è fissata dalla Costituzione, dalla cultura filosofico-politica che sta a base o sullo sfondo della Costituzione, da una storia giuridica che risale al diritto romano. [...] In un ordinamento liberal-democratico c'è un diritto pubblico e c'è un diritto privato, ciascuno dei quali ha uno spazio o un *nucleo non comprimibile*: due spazi che non sono fungibili o sovrapponibili» (corsivo aggiunto).

¹²⁰ Cfr. W. LUCY, *What's Private About Private Law?*, in *The Goals of Private Law*, cit., 47 s.; J. CROON-GESTEFELD, S. KORCH, L. KUSCHEL, R. SAREL, P. SCHOLZ (a cura di), *Das Private im Privatrecht. Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft*, Baden-Baden, 2022. A tal proposito, il cripto-giusnaturalismo del XIX secolo, recepito dalle codificazioni dell'epoca e dunque proiettatosi entro il XX secolo, era approdato alla garanzia della proprietà immobiliare intesa quale «buco nel centro di un circolo di norme», secondo la definizione di Karl Binding (riportata da L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, cit., 74, il quale chiarisce che la metafora è una versione del principio hobbesiano *libertas silentium legis*, che modella pertanto la proprietà come diritto che offre al proprietario uno spazio entro il quale la legge tace). Ma si trattava dell'espressione principe del rilievo costituzionale del sistema di diritto privato, sicché, con l'avvento delle Costituzioni cosiddette “lunghe”, il problema della proprietà – del suo contenuto e dei suoi limiti, della sua tutela e della sua utilità sociale – è stato attratto nel dominio del diritto pubblico, lasciando invece al diritto privato le regole sulla circolazione della proprietà come forma di ricchezza. Pertanto, l'attenzione del civilista viene attratta da altri istituti. Tra questi spicca, naturalmente, quello dell'autonomia privata, che nel nostro ordinamento costituzionale ben può dirsi attinga al libero dispiegarsi della personalità del singolo (art. 3 co. 2 Cost.), come messo in rilievo da C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 40, testo e nt. 24, e da A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni Settanta del diritto privato*, cit., 929 s. Certo, l'autonomia può essere fatta oggetto di vincoli più o meno pressanti, come avvenuto nel passato durante la stagione della pianifica-



diritto pubblico e ambiti del diritto privato, pur non misconoscendo «la *mixité* e le *intersections* tipiche di una *multidimensional distinction*»¹²¹, trova a tutt'oggi evidente riscontro nell'esperienza giuridica complessivamente intesa, e cioè nel suo momento scientifico, in quello didattico e infine in quello interpretativo-applicativo.

Quanto all'espressione degli interessi generali in seno al diritto privato, ciò deve avvenire in forme e modalità che risultino compatibili con la logica interna del sistema stesso, e i cui tratti definitivi possono ritrovarsi, ancora oggi, nella dogmatica del Codice. Difatti, se quest'ultimo ha perso il suo «significato costituzionale», nondimeno conserva una forte valenza politico-culturale come deposito della tradizione giuridica nazionale, al contempo offrendo, sul piano della tecnica, una selezione di principi e di categorie ordinatorie in grado di garantire il primato dell'argomentazione giuridica sulla contingenza delle valutazioni politiche¹²². Per di più, la relativizzazione, anche storica, delle categorie incontra un limite di flessibilità che, se non si vuol fare violenza anzitutto al principio di verità della forma giuridica, finisce per sottrarle a una assoluta malleabilità secondo le opinioni o le mode del momento.

Si è già fatto l'esempio della responsabilità civile, la quale – essendo tra i più “pubblici” degli istituti di diritto civile, e dunque assidendo al crocevia delle questioni venute in rilievo – ben si presta a fungere da paradigma. Posta di fronte al problema dei costi sociali dei danni tipici della civiltà industriale e di massa, la dottrina più avvertita ha saputo superare il dogma individualista del «senza colpa, nessuna responsabilità», scoprendo la giustificazione del criterio di imputazione oggettiva direttamente nel presidio dell'interesse generale (l'allocazione del costo del danno presso colui è in grado di evitarlo nel miglior modo possibile¹²³).

zione economica, ma senza mai mortificarne il significato di fondo, pena per l'appunto la dissoluzione del sistema civilistico. Peraltro, nel riferimento all'art. 3 co. 2 Cost. balugina una giustificazione alternativa degli interventi eteronomi che deroghino all'egualitarismo formale tipico dell'impianto liberale del Codice: non più meramente negativa, ossia di smussamento dell'autonomia della parte più “forte” in ragione del divario di potere tra quest'ultima e la parte più “debole”, ma positiva, cioè di *empowerment*, potrebbe dirsi, della posizione di una delle parti ogni qualvolta «ostacoli di ordine economico e sociale» impediscano «il pieno sviluppo della [sua] persona» e la sua «effettiva partecipazione [...] all'organizzazione economica e sociale del Paese».

¹²¹ B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 228, ove riferimenti in nota alla dottrina francese e a quella inglese. Nell'ordinamento tedesco è stata formulata l'ipotesi degli «ordinamenti d'intercettazione» (*Auffangordnungen*), sui quali, per una prima informazione, G. DELLEDONNE, *La distinzione tra Privatrecht e Öffentliches recht nel dibattito tedesco. Dalla «separazione» agli «ordinamenti d'intercettazione», attraverso il superamento di un «contrasto essenziale», in Il declino della distinzione tra diritto pubblico e privato*, cit., 74-76. Di un *drift* tra diritto pubblico e diritto privato, quale descrizione di una certa tendenza, parallela e sincronica, alla (ri)privatizzazione e (ri)pubblicizzazione di determinate materie, scrive invece ora M.O. DEGIROLAMI, *Public-Private Drift and the Shattering Polity*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 2023, 119 s.

¹²² Così, testualmente, L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, cit., 320. La stessa questione circa l'adeguatezza del Codice nei confronti dei «compiti sociali» del diritto privato si è nel tempo stemperata, soprattutto perdendo quei vivi accenti polemici che l'avevano caratterizzata nel corso del Novecento. In ciò hanno giocato un ruolo decisivo diversi fattori: dall'esterno, la stessa evoluzione della società italiana, divenuta sempre meno conflittuale e perciò anche “disimpegnata” sul piano politico; dall'interno, i sommovimenti in punto di fonti del diritto, con la punta estrema dei tempi presenti rappresentata dal cosiddetto creazionismo giudiziario, che hanno apparentemente privato di centralità la questione sul piano tecnico. Si potrebbe, allora, inclinare per l'astrazione definitiva della questione dal suo legame storico con il Codice, perciò riferendola generalmente alle fonti del diritto privato: in questo senso, infatti, essa si conferma senza tempo, essendo momento di verifica della resistenza del legame tra il diritto e il suo ordito sociale. Ma è preferibile riconoscere che essa conserva la sua attualità anche rispetto allo strumento del codice, la cui funzione tecnica è ancora rilevante, da ciò traendo conseguenze diversificate: a livello europeo, nutrendo la fiduciosa (e laboriosa) attesa di un codice che la crescita del peso politico delle istituzioni centrali rende sempre più necessario; a livello nazionale, sollecitando la riflessione circa i processi di cosiddetta “ricodificazione” che inglobino le discipline nuove o rinnovate, come aveva suggerito, già trent'anni fa, C. CASTRONOVO, *Decodificazione delegificazione ricodificazione*, in *Jus*, 1993, 39 s., spec. 52-56 (più recentemente: S. PATTI, *Ricodificazione*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Napoli, 2018, 1779 s.).

¹²³ Seguendo C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 492-493, sulla scorta di G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi-economica giuridica*, Milano, 1975 (rist. inalt.: Milano, 2015), 183 s. E ID., *Optimal Deterrence and Accidents*,



JUS CIVILE

Ciò è stato foriero di un riallineamento di prospettive di giustizia: nella responsabilità oggettiva, a risultare preminente non è tanto quella giustizia commutativa che pure storicamente segna tutto il sistema del diritto privato, ma una giustizia di tipo distributivo, la quale viene di solito considerata attributo del diritto pubblico. Si presti, però, attenzione al punto qualificante di questo passaggio: il diritto civile, per il tramite dell'istituto in parola, si fa carico dell'interesse generale alla prevenzione dell'evento distruttivo di ricchezza, ma sempre secondo una logica che è compatibile con il *proprium* di questo sistema, che nel caso di specie è quella dell'obbligazione di risarcimento del danno.

Diversa è la questione, invece, dell'ascrivibilità di una funzione punitiva alla responsabilità civile, che alcune fughe in avanti giurisprudenziali, peraltro a valle di precise sollecitazioni dottrinali e ambigui segnali legislativi, hanno riproposto quale mezzo di repressione di condotte sociali indesiderabili e nocive, alla maniera degli strumenti del diritto penale o del diritto amministrativo sanzionatorio. Pure ammettendo che di questo interesse generale possa farsi carico il diritto civile¹²⁴, e dunque risolvendo positivamente la prima delle domande su esaminate, comunque l'idea di una responsabilità "ultra-riparatoria" in funzione punitiva non risulta persuasiva¹²⁵. Vi si oppone, infatti, il limite del danno come perdita da riparare, che risulta sottratto non solo all'interprete nel caso concreto, ma anche al legislatore sul piano generale e astratto. Sicché, se proprio oltre questo limite si vorrà andare, l'eccedenza che così verrà a prodursi non sarà parte del rimedio risarcitorio, ma altro da esso: sarà ciò che può essere descritto nei termini di una sanzione di diritto civile, che a sua volta può essere distinta, come abbiamo altrove proposto, in "pena privata" o "danno punitivo" proprio in ragione del tipo di interesse (rispettivamente, individuale o generale) presidiato. Pertanto, la questione non tocca lo statuto della responsabilità civile, e semmai indirizza lo studioso, che voglia individuare forme di espressione compatibili con i limiti del sistema, verso l'analisi di altri istituti¹²⁶.

in Yale L. J., 1975, 666. Si vedano anche, da prospettive diverse, S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 164 s., nonché la sua presentazione a G. CALABRESI, *Costo degli incidenti*, cit., XLV s., e il già richiamato P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit.

¹²⁴ Cfr., da ultimo, F.SCA BENATTI, *Una riflessione comparatistica sulla sanzione civile*, in Jus, 2023, 87 s., e ID., *I danni nominali nella teoria delle funzioni della responsabilità civile*, in *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, cit., 130-137. Pone l'interrogativo del posto da riservare al diritto penale, e alle sue funzioni, in un contesto di *drift* accelerato tra pubblico e privato, M. MAGGIOLO, *Sul diritto privato e sul diritto pubblico (e sui confini)*, in F. Pistelli (a cura di), *Diritto Pubblico e Diritto Privato. La grande «dicotomia» ieri e oggi*, Dialoghi sul nostro tempo della Rivista Persona e Mercato, 2023, 15.

¹²⁵ Cfr. C. GRANELLI, *In tema di «danni punitivi»*, in Resp. civ. prev., 2014, 1760 s., C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 897 s., C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Padova, 2019, 99 s., cui adde, dalla prospettiva giuspubblicistica, P. COSTA, *Superamento e riaffermazione del confine tra diritto pubblico e diritto privato. Il caso dei danni punitivi*, in Dir. econ., 2022, 93 s., spec. 99-104.

¹²⁶ Sia consentito il rinvio a G. PORTONERA, *Punitive damages, cosiddetti danni punitivi e risarcimento. Un approccio comparatistico allo statuto della responsabilità civile*, in Europa dir. priv., 2021, 770-776, e ID., *Appunti sul presente e sul futuro del sistema sanzionatorio civilistico*, in Jus, 2023, 53 s., spec. 74 s. per la proposta di distinzione tra le figure della "pena privata" e del "danno punitivo".



CATERINA DEL FEDERICO

Professoressa a contratto – Università Alma Mater Studiorum di Bologna

**INTELLIGENZA ARTIFICIALE E RESPONSABILITÀ CIVILE.
ALCUNE OSSERVAZIONI SULLE ATTUALI PROPOSTE EUROPEE**

SOMMARIO: 1. Premesse introduttive. – 2. L'analisi delle fonti in materia di intelligenza artificiale: tra incertezze e complessità. – 3. La regolamentazione della responsabilità civile dell'IA. – 3.1. Le regole sull'onere probatorio di spettanza. – 4. Alcune considerazioni critiche sulle attuali proposte. – 5. Conclusioni.

1. – Il progresso tecnologico che ha caratterizzato gli ultimi decenni ha condotto all'elaborazione di sistemi sempre più sofisticati, tanto da essere i medesimi considerati veri e propri protagonisti dell'azione, in grado di sviluppare meccanismi di autoapprendimento e di prendere decisioni autonome, aggiudicandosi l'attributo di "intelligenti"¹.

Il concetto di intelligenza artificiale viene oggi utilizzato in ambiti molto diversi fra loro; da qui la sentita esigenza dei legislatori extraeuropei, europei e nazionali di elaborare regole specifiche dedicate al settore dell'intelligenza artificiale.

Delimitando l'ambito di indagine al campo giuridico, tra i profili di maggiore riflessione ed interesse – con riferimento alle applicazioni di intelligenza artificiale – si segnalano: la sicurezza informatica, la scelta del sistema di responsabilità civile applicabile in caso di danni derivanti dall'utilizzo di applicazioni intelligenti², la protezione dei dati personali, la soggettività giuridica delle applicazioni di intelligenza artificiale³, l'utilizzo di tali sistemi in ambito contrattuale⁴, bancario, finanziario⁵, sanitario⁶ e giudiziario⁷.

¹ Parte della dottrina dubita della correttezza dell'attributo "intelligente" riferito ad una macchina, sottolineandone la contraddittorietà, in quanto trattasi di una dote propria dell'uomo in quanto tale. In questo senso G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contr. impr.*, 2, 2020, p. 713 ss. (in particolare v. p. 724), la quale rileva che "già utilizzare questo termine induce a sviluppare la narrazione in termini antropomorfici". Si consideri sul punto – e in senso contrario – il pensiero di Turing, che sembra intravedere una sorta di possibile corrispondenza tra il pensiero umano e quello della macchina. Il noto inventore assumeva che una macchina potesse essere ritenuta intelligente nel caso in cui fosse capace di riprodurre la logica del ragionamento umano. Ciò elevava la macchina ad oggetto pensante con le stesse capacità umane, ma certamente non disconosceva che dietro la macchina ci fosse l'intelligenza umana. V. A. TURING, *Computing machinery and intelligence*, Londra, 1950.

² Senza alcuna pretesa di esaustività – considerate la rilevanza e l'ampiezza del tema – si consultino U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2017; ID., *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 7, 2019, p. 1689 ss.; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, cit., p. 713 ss.; M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, a cura di Pizzetti, Torino, 2018; G. ALPA, (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile*, Pisa, 2020; U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2020, 1246 ss.; M. RATTI, *Riflessioni*



In tale sede ci si propone di approfondire alcuni aspetti legati al tema della responsabilità civile. Il profilo della risarcibilità dei danni derivanti dall'utilizzo dei sistemi dotati di intelligenza artificiale, difatti, rappresenta uno dei temi più controversi legati all'utilizzo di tali nuovi strumenti.

L'esponenziale sviluppo delle tecnologie automatizzate solleva nuove questioni⁸ di responsabilità civile e nuovi scenari, molto diversi rispetto a quelli tradizionalmente affrontati, specialmente in considerazione delle caratteristiche dei sistemi intelligenti⁹.

Ciò accade – in particolare – quando i danni sono cagionati dai robot che compiono determinate attività in luogo degli esseri umani e da intelligenze artificiali dotate della capacità di autoapprendimento e le cui scelte siano assunte in base all'elaborazione di un algoritmo e conseguano ad un processo di adattamento c.d. *self learning*¹⁰.

in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo, in *Contr. e impr.*, 3, 2020, p. 1174 ss.; D. LOCATELLO, *Osservazioni sulla costruzione di un regime europeo di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale*, in *Jus civile*, 1, 2022, p. 130 ss. Con riferimento al tema specifico della responsabilità civile delle c.d. *autonomous car*, si rinvia a G. CALABRESI – E. AL MUREDEN, *Driveless cars. Intelligenza artificiale e futuro della mobilità*, Bologna, 2021 e AL MUREDEN, *Autonomous cars e responsabilità civile tra disciplina vigente e prospettive de iure condendo*, in *Contr. e impr.*, 3, 2019, 895 ss.

³ Il riferimento è alla possibilità di un riconoscimento della personalità giuridica del sistema dotato di intelligenza artificiale. Per approfondimenti sul tema in senso affermativo v. U. PAGALLO, *The laws of Robots*, Berlino, 2013; G. SARTOR, *Cognitive automata and the law: electronic contracting and the intentionality of software agents*, in *Artificial Intelligence Law*, 2009, p. 253 ss.; G. TEUBNER, *Rights of Non-Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law*, in *Journal of Law and Society*, 2016, p. 497 ss.; ID., *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software*, Napoli, 2019. In senso contrario v. A. BERTOLINI, G. AIELLO, *Robot companions: a legal and ethical analysis*, in *Information society*, 2018, p. 130 ss.; A. BERTOLINI, *Robots as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules*, in *Law, Innovation and Technology*, 1, 2013, 214 ss.; L. COPPINI, *Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile*, in *Politica, del diritto*, 2018, 713 ss.; S. TOFFOLETTO, *IoT e intelligenza artificiale: le nuove frontiere della responsabilità civile (e del risarcimento)*, note a margine del convegno "Intelligenza artificiale e i primi profili applicativi: Giustizia, IoT e Lavoratori" (Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano), 17 aprile 2018; G. FINOCCHIARO, *La conclusione del contratto telematico mediante i "software agents": un falso problema giuridico? Brevi considerazioni*, in *Contratto e impresa*, 2, 2002, 500 ss.

Con riferimento specifico al tema della personalità giuridica dei robot, v. M. COSTANZA, *Impresa robotizzata e responsabilità*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale*, cit., in particolare 107 ss.; A. SANTOSSUOSO, C. BOSCARATO, F. CARLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2012, 494 ss.

⁴ Sulle applicazioni dei sistemi dotati di intelligenza artificiale in materia contrattuale e sulle connesse problematiche v. F. DI GIOVANNI, *Attività di contrattuale e intelligenza artificiale*, in *Giur. it.*, 2019, 1677 ss. Inoltre, sulla responsabilità contrattuale, connessa all'utilizzo dell'intelligenza artificiale, v. M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 333 ss.; A. MASSOLO, *Responsabilità civile e AI*, ivi, 373 ss.

⁵ Su questi temi v. il contributo di V. VIETRI, *FinTech: la rivoluzione nel mondo della finanza*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 531 ss. Si consulti inoltre il documento emanato dall'ABI (Associazione Bancaria Italiana) dell'aprile 2021, intitolato *Intelligenza artificiale in banca: stato dell'arte e prospettive*.

⁶ Sul tema si segnalano i contributi di U. RUFFOLO, *La responsabilità medica – Le "mobili frontiere" della responsabilità medica*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2, 2021, 456 ss.; ID., *La responsabilità medica – L'intelligenza artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e "potenziamento"*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2, 2021. V. inoltre gli approfondimenti di V. DE BERARDINIS, *L'impiego delle nuove tecnologie in medicina*, in G. Alpa (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, cit., 489 ss.

⁷ Il riferimento – in tale sede – non può che essere al processo civile; per alcuni interessanti spunti, tra i più recenti contributi, v. E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1, 2022, 59 ss.

⁸ Gli interrogativi giuridici che pone l'intelligenza artificiale vengono approfonditi nel contributo di E. GABRIELLI e U. RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale e diritto – Introduzione*, in *Giurisprudenza Italiana*, 7, 2019, 1657 ss.

⁹ Come noto complessi, opachi, a volta non controllabili e non prevedibili.

¹⁰ In tal senso L. COPPINI, *Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile*, in *Politica del diritto*, 4, 2018, 713 ss. (in particolare v. 722). È chiaro che non si può parlare di un'unica intelligenza artificiale, bensì di 'intelligenze



In tal caso il sistema intelligente si modifica in base ai dati acquisiti nel tempo, adottando così scelte che potrebbero non essere quelle previste durante l'iniziale fase di progettazione e rappresentare il risultato di interazioni imprevedute tra i vari componenti del sistema medesimo o con il contesto nel quale lo stesso operi.

Come si avrà modo di evidenziare, sorgono lacune e criticità, venendo in rilievo sia l'inapplicabilità delle regole vigenti ai nuovi fenomeni tecnologici, sia problematiche di tipo interpretativo. In particolare, ci si soffermerà sul tema della responsabilità extra contrattuale in caso di danni cagionati dalle applicazioni di intelligenza artificiale. L'interrogativo principale da porsi è se le regole tradizionali siano idonee a fornire tutela rispetto a danni causati dalle applicazioni menzionate.

Va considerato e chiarito che non esiste al momento una normativa specifica, essendoci soltanto una serie di documenti e di proposte in materia.

Perciò, è sempre più avvertita l'esigenza di introdurre un efficace impianto di tutele per evitare che l'uso di applicazioni intelligenti possa comportare una diminuzione di tutele e di responsabilità rispetto alle regole tradizionali, stante l'esigenza di garantire il medesimo livello di protezione concesso alle vittime delle tecnologie tradizionali¹¹.

Preliminarmente, e ciò al fine di individuare il quadro di riferimento, risulta opportuno analizzare le fonti¹² vigenti in materia di intelligenza artificiale; si tratta di un'operazione non semplice considerato che negli ultimi due anni si è assistiti ad una proliferazione di documenti.

In seconda battuta ci si soffermerà sulle specifiche regole elaborate in ambito europeo, riguardanti la responsabilità civile in ipotesi di danno derivante dalle applicazioni di intelligenza artificiale. In particolare, le regole inerenti alla responsabilità extracontrattuale – che saranno oggetto di approfondimento – sono state da ultimo inserite nelle recenti Proposte di Dir. del 28 settembre 2022¹³.

In tale ambito, tra gli aspetti maggiormente significativi si ritiene di doversi soffermare su quello relativo all'onere della prova, in quanto da un lato tale aspetto appare l'unico ad essere realmente armonizzato dalle proposte del legislatore europeo, dall'altro sembra in ogni caso suscitare molteplici perplessità.

Prima di giungere alle considerazioni conclusive si tenterà di porre in evidenza le criticità delle nuove e diverse iniziative europee, i cui rispettivi confini risultano quanto mai confusi.

2. – In un'indagine realizzata nel 2020¹⁴ sulla diffusione delle tecnologie "intelligenti" tra le imprese europee, la mancanza di regolamentazione in materia di responsabilità è indicata quale uno dei tre ostacoli principali allo sviluppo dell'IA.

artificiali', in quanto le stesse possono differenziarsi, a seconda dei tipi di *machine learning* o di agenti software, più o meno autonomi.

¹¹ Così la Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e responsabilità, 19 febbraio 2020, (COM (2020), 64 final), 19.

¹² Fonti in senso lato tenuto conto che la maggior parte dei documenti citati non sono in alcun modo vincolanti (rientrando nella categoria della c.d. *soft law*).

¹³ Si tratta della recente proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale, Bruxelles, 28.09.2022, COM (2022) 496 final e della recente proposta per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità per prodotti difettosi. Brussels, 28.9.2022 COM (2022) 495 final 2022/0302 (COD).

¹⁴ Il riferimento è a *European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, European enterprise survey on the use of technology based on artificial intelligence: final report*, Publication Office, 2020.



Difatti, il disincentivo all'utilizzo di un determinato strumento è nella maggior parte dei casi una diretta conseguenza della mancanza di fiducia in capo ai consumatori – o in senso lato agli utilizzatori – generata da regole incerte, talvolta inesistenti. Ed è proprio tale incertezza che conduce inesorabilmente al rallentamento dello sviluppo tecnologico nel mercato europeo.

Perciò, il legislatore europeo ha tentato con varie proposte di porre rimedio alla mancanza di una regolamentazione in materia di responsabilità delle applicazioni di IA, da ultimo adottando la proposta per una direttiva relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale e la proposta di direttiva sulla responsabilità per prodotti difettosi¹⁵.

La scelta della Direttiva è stata ritenuta necessaria sia al fine ridurre le incertezze giuridiche per i soggetti coinvolti e interessati, quali le persone potenzialmente tenute a rispondere di un danno, gli assicuratori, i danneggiati; sia nel tentativo di prevenire la frammentazione normativa, cui avrebbero condotto specifici adeguamenti delle diverse discipline nazionali in materia di responsabilità civile. In particolare, in merito alla revisione della Direttiva in materia di prodotti difettosi, il Parlamento aveva inizialmente proposto di valutare una sua trasformazione in regolamento, ma la Commissione ha poi optato per la direttiva, stabilendo – all'art. 3 della proposta¹⁶ – la massima armonizzazione.

Tali proposte si inseriscono in un complesso pacchetto normativo che mira a regolare l'IA in modo unitario e sotto ogni punto di vista.

Il pacchetto è costituito dall'ormai nota proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale¹⁷ (conosciuta come *AI Act*) – volta a stabilire requisiti per ridurre i rischi per la sicurezza e i diritti fondamentali – dalla comunicazione della Commissione europea sulla promozione di un approccio europeo all'intelligenza artificiale; dall'aggiornamento del piano coordinato sull'intelligenza artificiale (con gli Stati membri dell'UE).

Vi sono poi numerosi altri documenti che rappresentano – come affermato dalla Commissione medesima – “pietre miliari importanti” in materia di intelligenza artificiale.

Dunque, non si tratta di un argomento nuovo, bensì di un tema sul quale l'Unione europea ha cominciato effettivamente a lavorare già nel 2018, con una serie di documenti tra cui: alcuni comunicati stampa¹⁸, dichiarazioni¹⁹, documenti di lavoro²⁰, comunicazioni²¹, poi con il lancio di un'alleanza europea per l'IA²² e

¹⁵ Menzionate in nota 13.

¹⁶ L'art. 3, rubricato “Livello di armonizzazione” recita: “Salvo altrimenti disposto dalla presente direttiva, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse disposizioni più o meno rigorose per garantire al consumatore un livello di tutela diverso”.

¹⁷ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (l. sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, Bruxelles, 21.04.2021, COM (2021) 206 final.

¹⁸ *Artificial intelligence: Commission kicks off work on marrying cutting-edge technology and ethical standards*, in https://single-market-economy.ec.europa.eu/news/artificial-intelligence-commission-kicks-work-marrying-cutting-edge-technology-and-ethical-standards-2018-03-09_en; *Artificial intelligence: Commission outlines a European approach to boost investment and set ethical guidelines*, in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_3362; *Member States and Commission to work together to boost artificial intelligence “made in Europe”*, in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_6689.

¹⁹ *EU Member States sign up to cooperate on Artificial intelligence*, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/eu-member-states-sign-cooperate-artificial-intelligence>.

²⁰ *European Commission Staff Working Document: Liability for emerging digital technologies*, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/european-commission-staff-working-document-liability-emerging-digital-technologies>.

²¹ *Communication Artificial intelligence for Europe*, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/communication-artificial-intelligence-europe>; *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European economic and social committee and the committee of the regions – Coordinated plan on AI*

²² *The European AI Alliance*, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/european-ai-alliance>.



con la costituzione di un gruppo di esperti di alto livello sul tema²³, con un piano coordinato sull'intelligenza artificiale²⁴.

Nel 2019 sono stati elaborati: comunicazioni²⁵, linee guida etiche per un'IA affidabile²⁶, raccomandazioni politiche e di investimento del gruppo di esperti di alto livello dell'IA²⁷, i lavori della prima assemblea europea dell'IA²⁸, un pilotaggio dell'elenco di valutazione dell'IA affidabile²⁹.

Nel 2020 si è giunti al noto Libro Bianco sull'IA³⁰, ad alcune raccomandazioni ed un elenco di valutazioni finale sull'IA affidabile elaborate dal gruppo di esperti³¹, una consultazione pubblica sul Libro Bianco³², un documento sulla valutazione di impatto dell'IA³³, alcune risoluzioni³⁴, i risultati di una seconda assemblea europea dell'IA³⁵.

L'anno 2021 ha visto l'elaborazione di: una valutazione di impatto di un regolamento sull'IA³⁶, un piano coordinato aggiornato sull'IA³⁷, per poi giungere al menzionato *AI Act*, ovvero la proposta di regolamento in materia di intelligenza artificiale. Sono poi seguite: la comunicazione sulla promozione di un approccio eu-

²³ Commission appoints expert group on AI and launches the European AI Alliance, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-appoints-expert-group-ai-and-launches-european-ai-alliance>.

²⁴ Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European economic and social Committee and the committee of the region – Coordinated plan of Artificial Intelligence.

²⁵ Communication: Building Trust in Human Centric Artificial Intelligence, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/communication-building-trust-human-centric-artificial-intelligence>.

²⁶ Ethics guidelines for trustworthy AI, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

²⁷ Policy and investment recommendations for trustworthy Artificial Intelligence, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/policy-and-investment-recommendations-trustworthy-artificial-intelligence>.

²⁸ The first European AI Alliance Assembly, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/events/first-european-ai-alliance-assembly>.

²⁹ Pilot Assessment List of the Ethics Guidelines for Trustworthy AI, in <https://ec.europa.eu/futurium/en/ethics-guidelines-trustworthy-ai/pilot-assessment-list-ethics-guidelines-trustworthy-ai.html>.

³⁰ White Paper on Artificial Intelligence: a European approach to excellence and trust, in https://commission.europa.eu/document/d2ec4039-c5be-423a-81ef-b9e44e79825b_en. Si segnala la rilevanza di tale documento, in quanto nel medesimo vengono poste le basi per il futuro quadro strategico dell'UE e si ipotizza un sistema di intelligenza artificiale antropocentrico. Su tali temi se segnala G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, cit., 713; V. DI GREGORIO, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile: quale paradigma per le nuove tecnologie?*, in *Danno e responsabilità*, 1, 2022, 51.

³¹ Sectorial considerations for Trustworthy AI – taking AI's context specificity into account, in <https://futurium.ec.europa.eu/en/european-ai-alliance/blog/sectorial-considerations-trustworthy-ai-taking-ais-context-specificity-account>; Assessment List for Trustworthy Artificial Intelligence (ALTAI) for self-assessment, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/assessment-list-trustworthy-artificial-intelligence-altai-self-assessment>.

³² White Paper on Artificial Intelligence: Public consultation towards a European approach for excellence and trust, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/white-paper-artificial-intelligence-public-consultation-towards-european-approach-excellence-and>.

³³ Artificial Intelligence – ethical and legal requirements, in https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12527-Artificial-intelligence-ethical-and-legal-requirements_en.

³⁴ European Parliament resolution of 20 October 2020, with recommendations to the Commission on a framework on ethical aspects of artificial intelligence, robotics and related technologies, in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_EN.html; European Parliament resolution of 20 October 2020 on Intellectual property rights for the development of artificial intelligence technologies, in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0277_EN.html; European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence, in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.html.

³⁵ Second European AI Alliance Assembly, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/events/second-european-ai-alliance-assembly>.

³⁶ Impact Assessment of the Regulation on Artificial Intelligence, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/impact-assessment-regulation-artificial-intelligence>.

³⁷ Coordinated Plan on Artificial Intelligence 2021 Review, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/coordinated-plan-artificial-intelligence-2021-review>.



ropeo all'IA³⁸, una risoluzione sull'intelligenza artificiale nell'istruzione, nella cultura e nel settore audiovisivo³⁹ e una sull'IA nel diritto penale e sul suo uso da parte della polizia e delle autorità giudiziarie in materia penale⁴⁰, un'altra proposta di regolamento sui prodotti difettosi⁴¹, una consultazione pubblica in materia di responsabilità civile sull'adeguamento delle norme in materia di responsabilità all'era digitale e all'intelligenza artificiale⁴², una conferenza di alto livello sull'IA⁴³, una videoconferenza dei ministri delle telecomunicazioni⁴⁴, un comunicato stampa sul rispetto dei diritti fondamentali da parte dell'IA⁴⁵, una relazione sullo stato di avanzamento dell'*AI Act*⁴⁶.

Si è giunti al 2022, anno in cui sono stati emanati: una risoluzione sull'intelligenza artificiale nell'era digitale⁴⁷, un comunicato stampa⁴⁸.

È in tale scenario che nel settembre 2022 sono stati emanati dall'UE due fondamentali documenti: si tratta della proposta di direttiva sulla responsabilità dell'IA, che prevede misure risarcitorie e rimedi a favore dei singoli che hanno subito danni causati dalle applicazioni "intelligenti" e della proposta di direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi.

Dalla moltitudine dei documenti menzionati si è infine giunti all'approvazione dell'*AI Act*; lo scorso giugno il Parlamento europeo ha adottato la sua posizione negoziale sulla proposta della Commissione europea, approvandola nel suo impianto generale⁴⁹, aprendo così la strada all'inizio del procedimento legislativo.

Dall'elencazione effettuata risulta evidente la complessità del quadro di riferimento; ci si trova di fronte ad un sistema di fonti multilivello, di non facile riordino e applicazione.

³⁸ *Communication on Fostering a European approach to Artificial Intelligence*, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/communication-fostering-european-approach-artificial-intelligence>.

³⁹ *European Parliament resolution of 19 May 2021 in artificial intelligence in education, culture and the audiovisual sector*, in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0238_EN.html.

⁴⁰ *European Parliament resolution in criminal law and its use by the police and judicial authorities in criminal matters*, in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405_EN.html.

⁴¹ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on general product safety, amending Regulation (EU) No. 1025/2012 on the European Parliament and of the Council, and repealing Council Directive 87/357/EEC and Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0346&qid=1628522210573>.

⁴² *Product Liability Directive – Adapting liability rules to the digital age, circular economy and global value chains*, in https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12979-Product-Liability-Directive-Adapting-liability-rules-to-the-digital-age-circular-economy-and-global-value-chains_en.

⁴³ *High level conference on AI: from Ambition to Action*, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/events/high-level-conference-on-ai-from-ambition-to-action>.

⁴⁴ *Informal video conference of telecommunications ministers, 14 October 2021*, in <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/tte/2021/10/14/>.

⁴⁵ *Artificial Intelligence: Presidency issues conclusions on ensuring respect for fundamental rights*, in <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/10/21/artificial-intelligence-presidency-issues-conclusions-on-ensuring-respect-for-fundamental-rights/>.

⁴⁶ *Consiglio dell'UE: Relazione sullo stato di avanzamento dell'AI Act*, in <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13802-2021-REV-1/en/pdf>.

⁴⁷ *European Parliament resolution of 3 May 2022 on artificial intelligence in a digital age*, in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_EN.html.

⁴⁸ *Artificial Intelligence: MEPs want the EU to be a global standard-setter*, in <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220429IPR28228/artificial-intelligence-meps-want-the-eu-to-be-a-global-standard-setter>.

⁴⁹ V. sul punto e da ultimo il documento del Parlamento UE, *MEPs Ready to Negotiate First-Ever Rules for Safe and Transparent AI*, comunicato stampa del 14 giugno 2023, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230609IPR96212/meps-ready-to-negotiate-first-ever-rules-for-safe-and-transparent-ai>.



3. – Come anticipato, allo stato attuale non vi è una normativa *ad hoc* in materia di responsabilità civile delle applicazioni intelligenti; perciò, tale tema rappresenta uno tra i più rilevanti dibattiti giuridici ancora aperti, lasciando irrisolti numerosi profili problematici.

Tra le questioni da porsi vi è sicuramente la seguente: se l'IA risponda dei danni cagionati e se si tratti – dunque – di un soggetto giuridico al quale rivolgersi per chiedere un risarcimento. Anche su questo tema si riscontrano opinioni divergenti. C'è, difatti, chi ritiene che le applicazioni di A.I. siano entità dotate di caratteristiche riconducibili a quelle umane e – di conseguenza – alle quali risulta possibile attribuire una soggettività⁵⁰. Un tale approccio conduce ad interrogarsi sul significato di “intelligenza” nonché sulla sua attribuità ad un *software*.

L'opzione di riconoscere la soggettività alle applicazioni di IA è stata sin da subito vagliata, tanto che la medesima era menzionata anche nella Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, ove si invitava la Commissione europea a valutare “l'istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con i terzi”.

La corrente di pensiero maggioritaria – e alla quale si intende aderire – ritiene che attribuire soggettività giuridica a un'applicazione di IA o a un robot, rappresenti una finta soluzione.

D'altro canto, pur se fosse riconosciuta all'applicazione intelligente una soggettività giuridica, nel caso in cui l'applicazione fosse ritenuta responsabile, occorrerebbe comunque risolvere il problema del risarcimento del danno cagionato, questione senza dubbio centrale. Il programma di intelligenza artificiale, difatti, non avrebbe, almeno allo stato, un patrimonio di cui poter disporre e con il quale poter risarcire il danno. La questione risarcimento, dunque, rimarrebbe priva di qualsivoglia soluzione.

Per ovviare ad una tale lacuna potrebbe essere costituito un patrimonio da riservare all'applicazione di intelligenza artificiale, proprio allo scopo di consentire il risarcimento del danno.

Tuttavia – come posto in evidenza da parte della dottrina – se si ritiene di preservare un patrimonio a questo scopo, non è necessario costituire il complesso edificio giuridico della soggettività dell'applicazione⁵¹. Si può, difatti, costituire un fondo riservato al risarcimento di queste tipologie di danni a prescindere dal profilo della soggettività.

Il vero nodo della questione, allora, rimane altro: quello dell'individuazione dei criteri di allocazione della responsabilità. C'è dunque da interrogarsi sulla tenuta delle regole in materia di responsabilità civile e sull'eventuale necessità di elaborare norme *ad hoc*⁵².

Se l'intelligenza artificiale agisce in modo non prevedibile a priori, neanche dal produttore, non risulta possibile utilizzare i criteri tradizionali della colpa, della negligenza, del dolo, che sono – come è noto – criteri soggettivi. Ciò sembrerebbe suggerire – allora – di passare a un metodo di responsabilità oggettiva, che

⁵⁰ Si segnala la soluzione evolutiva proposta da L. ARNAUDO E R. PARDOLESI, la quale nel tener conto di una ipotetica progressiva maturità dei sistemi dotati di intelligenza artificiale li riconosce – a partire da una determinata soglia – come autonomi centri di imputazione, *Ecce robot. Sulla responsabilità dei sistemi adulti di intelligenza artificiale*, in *Danno e Responsabilità*, 4, 2023, 409 ss.

⁵¹ Così G. FINOCCHIARO, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2022, 303 ss. (in particolare v. 306).

⁵² Pone in modo chiaro tale interrogativo M. FRANZONI, *La responsabilità civile fra sostenibilità e controllo delle attività umane*, in *Danno e responsabilità*, 1, 2022, 5 ss. (in particolare 11).



non ricerchi la colpa o l'errore, il che in taluni casi è impraticabile e non porta a risultati concreti, stante la difficoltà o l'impossibilità dell'operazione, sotto il profilo tecnologico.

Occorrerebbe, al contrario, individuare un sistema di allocazione della responsabilità, secondo un criterio di massima efficienza per la società; come è stato proposto, un nuovo modello, una nuova normativa su questo punto⁵³.

Per inciso, va segnalato che molte fattispecie coinvolgono rapporti contrattuali⁵⁴ e in tali ipotesi i soggetti saranno naturalmente legittimati ad attivare rimedi contrattuali per ottenere il risarcimento dei c.d. danni algoritmici⁵⁵.

Chiaramente il danneggiato agirà – a seconda della fattispecie concreta – in via extracontrattuale nei confronti dei vari soggetti coinvolti nel funzionamento dei sistemi intelligenti ai quali non sia direttamente legato da rapporti contrattuali. È in tale ipotesi che entrano in gioco due diversi profili⁵⁶.

Il primo concerne la responsabilità del produttore, considerato che i sistemi intelligenti sono incorporati in beni e servizi e possono causare nuovi rischi per la sicurezza degli utenti; inoltre, i sistemi intelligenti sono qualificabili come oggetti, pertanto, risulta loro applicabile la normativa inerente alla progettazione e alla costruzione di 'prodotti', alla sicurezza pubblica, alla tutela degli utenti e dei consumatori nonché alla protezione della salute⁵⁷.

Perciò, in tale contesto assume un ruolo chiave la Dir. 85/274/CE sulla responsabilità da prodotto difettoso (confluita in Italia nel Codice del Consumo agli artt. 114 ss.), la quale ha ad oggetto il risarcimento dei danni provocati da difetti di fabbricazione di un prodotto e che prevede un regime di responsabilità oggettiva, prescindendo – di conseguenza – dall'accertamento della colpa.

In astratto, la normativa menzionata risulterebbe applicabile ad alcune condizioni: se si ricomprendono le applicazioni intelligenti nella nozione di prodotto⁵⁸ e se sussistono difetti⁵⁹ derivanti da errori di progettazione, di programmazione e di costruzione⁶⁰.

⁵³ *Ibidem*, 305 ss.

⁵⁴ A titolo esemplificativo si pensi ad un rapporto contrattuale di lavoro.

⁵⁵ Sulla responsabilità contrattuale, connessa all'impiego dell'intelligenza artificiale, v. M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?* in F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, pp. 333 ss.; A. MASSOLO, *Responsabilità civile e IA*, *ibidem*, 373 ss.

⁵⁶ In tal senso v. U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione Europea*, cit.

⁵⁷ Sul punto v. E. PALMERINI, *Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Resp. civ. prev.*, 6, 2016, 1826 ss. Come posto in evidenza dall'autrice, la Dir. macchine 2006/42/CE e la Dir. 2001/95/CE sulla sicurezza generale dei prodotti, stabiliscono i requisiti da rispettare per la messa in commercio, prevedono la tipologia di informazioni da fornire ai consumatori e regolano l'apposizione del marchio CE (in particolare v. 1835). Le menzionate direttive sono ormai obsolete rispetto alle logiche e alla struttura dei nuovi prodotti intelligenti; pertanto, entrambe sono oggetto di revisione. Il 21 aprile 2021 è stato pubblicato il testo della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sui prodotti macchina (COM (2021) 202 final), che il 18 aprile 2023 ha terminato l'iter di approvazione e andrà a breve a sostituire la direttiva Macchine 2006/42/CE. Le istituzioni europee si impegnano anche ad elaborare una nuova disciplina che modifichi e aggiorni la direttiva 2001/95/CE. Si v. sul punto la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021, relativo alla sicurezza generale dei prodotti che modifica il regolamento (UE) n. 1025/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la Dir. 87/357/CEE del Consiglio e la Dir. 2001/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (COM (2021) 346 final). Inoltre, in tale contesto assume un ruolo chiave la menzionata proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che «stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione», 21 aprile 2021, (COM (2021) 206 final), elaborata nell'ambito della Strategia europea per l'intelligenza artificiale, che ne propone il primo quadro giuridico europeo, dettando regole armonizzate.

⁵⁸ Ai sensi dell'art. 2 della Direttiva e dell'art. 115, comma 1, Codice del Consumo, che definiscono il prodotto come «ogni bene mobile, anche se forma parte di un altro bene mobile o immobile».

⁵⁹ Vanno presi in considerazione l'art. 6 della Direttiva e l'art. 117 del Codice del Consumo, che qualificano un prodotto come difettoso «quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere, tenuto conto delle circostanze».



Tuttavia, se da un lato la normativa citata ha dimostrato per decenni di essere uno strumento efficace per il risarcimento del danno provocato da prodotto difettoso⁶¹, dall'altro solleva anche una serie di criticità in merito ad una sua possibile applicazione alle applicazioni intelligenti⁶².

A titolo esemplificativo, si considerino i sistemi che agiscono in piena autonomia, come quelli di *deep learning* (apprendimento automatico) e di *full automation* (automazione completa); in tali ipotesi i processi non risultano sempre controllabili dai produttori, che di conseguenza non possono in alcun modo essere considerati responsabili e ai quali – dunque – non risulta applicabile la disciplina sulla responsabilità del produttore.

Le attuali norme non specificano chi sia il responsabile nel caso in cui un prodotto venga modificato a seguito della sua immissione sul mercato o qualora sia importato dal consumatore in un Paese non europeo. Tali lacune non garantiscono né la protezione dei consumatori né la commercializzazione dei prodotti intelligenti.

Pertanto, risulta certamente apprezzabile la menzionata iniziativa della Commissione europea di revisione della disciplina sulla responsabilità del produttore.

Inoltre, altro aspetto che viene in rilievo riguarda il fatto che la disciplina in oggetto si applica soltanto in caso di pregiudizi derivanti da errore di programmazione, di progettazione e di costruzione del sistema intelligente; da ciò derivando che i modelli di responsabilità extracontrattuale restano comunque soggetti alle diverse e peculiari discipline dei singoli Stati membri, spesso basate su principi alquanto diversi tra loro⁶³.

Diventa allora compito del singolo interprete valutare l'applicabilità delle tradizionali regole civilistiche in materia di responsabilità alle fattispecie concrete⁶⁴. Con riferimento all'ordinamento italiano, ad esempio

⁶⁰ Sul punto v. L. COPPINI, *Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile*, in *Politica del diritto*, 4, 2018, 713 ss. e R. MONTINARO, *Responsabilità da prodotto difettoso e tecnologie digitali tra soft law e hard law*, in *Persona e mercato*, 4, 2020, pp. 365 ss. Quest'ultimo autore si sofferma sull'obbligo di una rigorosa valutazione del rischio da parte del fornitore, la quale impone al medesimo la delimitazione degli obiettivi assegnati al sistema.

⁶¹ Merito riconosciuto dalle istituzioni europee. In particolare, si v. il punto 8 della Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020, recante raccomandazioni alla Commissione sul regime di responsabilità civile e intelligenza artificiale e la Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e responsabilità, 19 febbraio 2020.

⁶² Sul tema v. anche U. RUFFOLO, *Responsabilità da produzione e gestione dell'a.i. self-learning*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità*, Napoli, 2020, p. 233 ss.; G. CAPILLI, *I criteri di interpretazione della responsabilità*, in G. Alpa (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile*, Pisa, 2020 (in particolare 471 ss.).

⁶³ Così U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, cit., 1253.

⁶⁴ La rilevanza della tematica nell'ordinamento italiano non verrà trattata in questa sede, intendendo qui evidenziare le criticità poste dalla copiosa documentazione e dalle novelle proposte. Tuttavia, va specificato che l'art. 2043 cod. civ. sembrerebbe assumere un rilievo centrale, quale regola generale, connotata dal carattere di atipicità. Tuttavia, come rilevato in dottrina, la sua struttura appare inappropriata sia per le difficoltà probatorie che il danneggiato dovrebbe affrontare nell'ipotesi di una sua applicazione, sia rispetto al profilo dell'individuazione dell'autore del danno (spesso difatti vi sono molteplici attori, la cui individuazione non rappresenta un'operazione semplice). In tal senso v. U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, cit., 1246 ss. (in particolare v. 1247); F. NADDEO, *Intelligenza artificiale: profili di responsabilità*, in *Comparazione e diritto civile*, 3, 2020, 1143 ss. (in particolare v. 1151); A. AMIDEI, *Robotica intelligente e responsabilità: profili e prospettive evolutive del quadro normativo europeo*, in *Giur.it*, 2021, 88 ss. (in particolare v. p. 96). Il problema relativo all'imputazione di responsabilità in forza del criterio della colpa ha portato la dottrina a focalizzarsi sulla figura del danneggiato e sulla relativa tutela, cercando di individuare i soggetti cui imputare la responsabilità, indipendentemente dalla sussistenza di un comportamento colposo e valutando la prossimità al rischio assunta da tali soggetti. Così D. DI SABATO, *Strumenti riparatori e risarcitori*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Napoli, 2020, 338 ss. (in particolare v. 341). In particolare, sull'opportunità di vagliare lo strumento interpretativo, ponendo anche a confronto le responsabilità da intelligenza artificiale e quelle da intelligenza "naturale" v.



– e ciò è stato sottolineato da attenta dottrina⁶⁵ –, risulta opportuno chiedersi se, tra i vari criteri esistenti, quello di imputazione della custodia possa costituire un utile strumento al fine di identificare un responsabile cui riferire i costi di un danno cagionato dai dispositivi dotati di intelligenza artificiale quando ciò costituisca un’attività anti-giuridica⁶⁶.

3.1. – Nell’affrontare il tema dell’intelligenza artificiale e della connessa responsabilità civile, particolare rilievo assume l’indagine relativa al riparto dell’onere probatorio di spettanza tra produttore e fruitore finale in caso di risarcimento dei danni derivanti dall’utilizzo di un dispositivo dotato di intelligenza artificiale; ciò anche alla luce dell’evoluzione dottrinale sul punto e delle proposte formulate in materia.

Partendo da un’evoluzione storica a livello europeo della normativa applicabile, viene subito in rilievo la Dir. 85/374/CEE del Consiglio del 25 luglio 1985 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi. Tale direttiva, sebbene concernete in senso ampio e generale la responsabilità da prodotto difettoso, stabilisce al suo art. 4 che “il danneggiato deve provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno”, mentre, in base a quanto disposto dal successivo art. 7 al produttore compete fornire la prova liberatoria dimostrando: “a) che non ha messo il prodotto in circolazione; b) che, tenuto conto delle circostanze, è lecito ritenere che il difetto che ha causato il danno non esistesse quando l’aveva messo in circolazione o sia sorto successivamente; c) che non ha fabbricato il prodotto per la vendita o qualsiasi altra forma di distribuzione a scopo economico, né l’ha fabbricato o distribuito nel quadro della sua attività professionale; d) che il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a regole imperative emanate dai poteri pubblici; e) che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui ha messo in circolazione il prodotto non permetteva di scoprire l’esistenza del difetto; f) nel caso del produttore di una parte componente, che il difetto è dovuto alla concezione del prodotto in cui è stata incorporata la parte o alle istruzioni date dal produttore del prodotto”.

Ebbene, la richiamata direttiva ha l’evidente limite di imporre al consumatore finale, attinto da un danno da utilizzo di prodotto dotato di intelligenza artificiale, l’onere di provare il difetto del prodotto, il danno subito e il nesso di causalità. Ciò fa sì che detto riparto, se riferito a prodotti di particolare complessità tecnologica ed informatica, potrebbe rendere eccessivamente gravoso, se non finanche improbabile, all’utilizzatore soddisfare compiutamente il proprio onere probatorio di spettanza⁶⁷.

U. RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale e diritto – Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giurisprudenza italiana*, 7, 2019, 1657 ss.

⁶⁵ Il tema è sollevato da M. FRANZONI, *La responsabilità civile fra sostenibilità e controllo delle attività umane*, cit., 11; ID., *La responsabilità civile una lunga teoria ancora da scrivere*, in *Contratto e impresa*, 4, 2021, 1103 ss. (in particolare v. 1121 ss.).

⁶⁶ Cfr. U. RUFFOLO, *Selfdriving car, auto driverless e responsabilità*, in *Intelligenza artificiale*, cit., 39 ss.; ID., *Le responsabilità da produzione e gestione di intelligenza artificiale self-learning*, in U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI lezioni di Diritto dell’Intelligenza Artificiale*, Torino, 2021, 11 ss.; E. AL MUREDEN, *Autonomous vehicles e responsabilità civile nel sistema statunitense*, ivi, 176 ss.; U. RUFFOLO ed E. AL MUREDEN, *Autonomous vehicles e responsabilità civile nel nostro sistema e in quello statunitense*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, 1657 ss.; M. RATTI, *Riflessioni in materia di responsabilità civile*, cit., 1174 ss.

⁶⁷ Interessante notare come nella proposta di direttiva relativa all’adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all’intelligenza artificiale del 28 settembre 2022 ed in particolare al terzo considerando si sottolinea come “il danneggiato che intenda ottenere un risarcimento per il danno subito è di norma tenuto, in base alle norme generali in materia di responsabilità per colpa degli Stati membri, a dimostrare che la persona potenzialmente tenuta a rispondere del danno ha commesso un’azione o omissione intenzionalmente lesiva o colposa (“colpa”) e che esiste un nesso di causalità tra colpa e danno. Tuttavia, quando l’IA si interpone tra l’azione o omissione di una persona e il danno, le specifiche caratteristiche di alcuni sistemi di IA, come l’opacità, il



Questa, del resto, rappresenta esattamente la preoccupazione del legislatore europeo (e non solo⁶⁸), il quale già nei considerando della Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020, rimarcava come la Dir. 85/374/CEE del Consiglio, pur avendo dimostrato da oltre trent'anni di essere un mezzo efficace per ottenere un risarcimento per i danni cagionati da un prodotto difettoso, tale da dover essere utilizzata anche riguardo alle azioni per responsabilità civile intentate nei confronti del produttore di un sistema di IA difettoso, necessiti di rivisitazioni per essere adattata al mondo digitale e per affrontare le sfide poste dalle tecnologie emergenti, garantendo in tal modo un livello elevato di efficace protezione dei consumatori, come pure la certezza giuridica per i consumatori e le imprese.

È di palmare evidenza, infatti, come i sistemi dotati di intelligenza artificiale, proprio per la loro complessità tecnologica, la loro autonomia e la possibile “inaccessibilità” agli algoritmi in essi presenti (c.d. effetto “scatola nera”)⁶⁹ rendono anacronistica l'applicazione della Dir. del 1985.

Da qui la necessità non solo di armonizzare a livello europeo la relativa disciplina in tema di responsabilità civile connessa all'uso di strumenti dotati di intelligenza artificiale, ma soprattutto l'esigenza di adeguarla al progresso tecnologico attuale.

Proprio su questo solco si inserisce la citata proposta di Dir. del 28 settembre 2022, la quale andando oltre l'idea originale della menzionata Risoluzione del 20 ottobre 2020, con la quale era stata prospettata la possibilità di ricorrere alla disciplina contenuta nella Dir. 85/374/CEE che – come detto – se da un lato riconosce una responsabilità oggettiva del produttore, tuttavia la subordina all'assolvimento da parte dell'utilizzato danneggiato di provare il danno, il difetto ed il nesso di causalità, ha il merito di porre a suo fondamento proprio l'esigenza di rileggere in chiave nuova la disciplina sull'onere della prova.

Al riguardo, la menzionata proposta, pur non invertendo l'onere probatorio tra presunto danneggiato e danneggiante⁷⁰, mira ad agevolare le parti lese nel provare la fondatezza delle loro pretese, proprio in ragione della complessità, dell'autonomia e dell'opacità dei sistemi dotati di intelligenza artificiale⁷¹, ricorrendo due differenti strumenti:

comportamento autonomo e la complessità, possono rendere eccessivamente difficile, se non impossibile, per il danneggiato soddisfare l'onere della prova. In particolare, può essere eccessivamente difficile dimostrare che un determinato input, di cui è responsabile la persona potenzialmente tenuta a rispondere del danno, ha provocato un determinato output del sistema di IA, che a sua volta ha causato il danno in questione”. Ciò pone in evidenza la complessità del fattore causale con riferimento ai sistemi di intelligenza artificiale; sul tema v. *ELI, European Law Institute, in European Commission's sPublic Consultation on Civil Liability Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence*, 2022.

⁶⁸ È stato sottolineato da attenta dottrina come se da un lato in effetti risulti corretto allocare il costo connesso al rischio di incidenti in capo al soggetto impegnato a sviluppare e a mettere in commercio il prodotto rilevatosi dannoso, dall'altro ciò presenta diverse perplessità. Viene posto in rilievo – ad esempio – come in ambito domestico sia assente un solido regime di presunzione di responsabilità del produttore e proprio ciò renderebbe ardua la dimostrazione – da parte della vittima – del fatto che il danno è stato causato da un difetto del prodotto in questione. V. sul punto L. ARNAUDO, R. PARDOLESi, cit. (in particolare 412).

⁶⁹ Si consideri, sul punto, come la proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale del 21 aprile 2021 al suo art. 13 prescrive obblighi di trasparenza e fornitura di informazioni agli utenti. Si tratta, tuttavia ed a ben vedere, di informazioni rapportabili a delle comuni istruzioni di prodotto, piuttosto che dati idonei a rendere totalmente accessibile la conoscenza dell'algoritmo.

⁷⁰ È evidente la preoccupazione, sollevata anche dalla dottrina, circa i rischi connessi ad una totale inversione dell'onere della prova tra produttore ed utilizzatore che potrebbe comportare una stasi a livello di progresso tecnologico. Interessante è, sul punto, quanto evidenziato da B. SCHÜTTE, L. MAJEWSKI, K. HAVU, *Damages Liability for Harm Caused by Artificial Intelligence – EU Law in Flux legal studies research paper series*, Paper No 69 26 ss., secondo i quali “A counterargument for alleviating the burden of proof is the risk of excessive or abusive litigation, as well as the possible outcome where claimants start addressing claims against all possible defendants who are then all using resources in litigation (whereas only one of them is the true cause of harm)”.

⁷¹ È difatti noto – e sottolineato dalla dottrina – come alcuni sistemi dotati di intelligenza artificiale, proprio in ragione delle loro caratteristiche di opacità, autonomia e complessità intrinseca, rendono particolarmente difficoltoso l'assolvimento dell'onere della



JUS CIVILE

- l'applicazione della c.d. presunzione relativa;
- la divulgazione di informazioni relative.

Quanto al primo strumento, l'art. 4 della proposta di direttiva in esame stabilisce a chiare lettere che, ai fini dell'applicazione delle norme in materia di responsabilità alle domande di risarcimento del danno, gli organi giurisdizionali nazionali presumono l'esistenza del nesso di causalità tra la colpa del convenuto e l'*output* prodotto da un sistema di IA⁷² o la mancata produzione di un *output* da parte di tale sistema se sono soddisfatte tutte le condizioni seguenti:

“(a) l'attore ha dimostrato o l'organo giurisdizionale ha presunto, a norma dell'articolo 3, paragrafo 5, la colpa del convenuto o di una persona della cui condotta il convenuto è responsabile, consistente nella non conformità a un obbligo di diligenza previsto dal diritto dell'Unione o nazionale e direttamente inteso a proteggere dal danno verificatosi;

(b) si possa ritenere ragionevolmente probabile, sulla base delle circostanze del caso, che il comportamento colposo abbia influito sull'*output* prodotto dal sistema di IA o sulla mancata produzione di un *output* da parte di tale sistema;

(c) l'attore abbia dimostrato che il danno è stato causato dall'*output* prodotto dal sistema di IA o dalla mancata produzione di un *output* da parte di tale sistema”.

Inoltre, la proposta in esame prevede ulteriori due diversi regimi in tema di onere probatorio, l'uno riguardante le domande di risarcimento danni proposte contro un fornitore di IA ad alto rischio, l'altra concernente una domanda di risarcimento del danno relativa all'utilizzo di un sistema di IA nel corso di un'attività personale non professionale.

Quanto al primo profilo, l'art. 4 della proposta di Dir. del 28 settembre 2022 – rinviando quanto alla sua definizione alla proposta di regolamento sull'IA – stabilisce anzitutto un'eccezione alla presunzione di causalità laddove il convenuto dimostri che l'attore possa ragionevolmente accedere a elementi di prova ed abbia competenze sufficienti per dimostrare, dunque, il nesso causale.

Nel caso di sistemi di IA che non siano classificabili ad alto rischio, l'articolo 4, paragrafo 5, stabilisce – di contro – quale condizione per l'applicabilità della presunzione di causalità la circostanza che l'organo giurisdizionale accerti come eccessivamente difficile e gravoso per l'attore dimostrare l'esistenza del nesso causale.

Tale difficoltà deve essere valutata in concreto alla luce delle caratteristiche dei singoli sistemi di IA, come l'autonomia e l'opacità, che nella pratica potrebbero rendere estremamente ardua la spiegazione del funzionamento interno del sistema di IA e compromettere, pertanto, la capacità dell'attore di dimostrare l'esistenza del nesso di causalità tra la colpa del convenuto e l'*output* del sistema di IA⁷³.

prova facente capo al danneggiato e ciò in particolare quando operano più sistemi dotati di intelligenza artificiale contemporaneamente. Sul punto v. A. GESSER, R. MADDOX, A. GRESSEL, F. COLLELUOI, T. LOOKWOOD, M. PIZZI, *The EU AI Liability Directive Will Change Artificial Intelligence Legal Risk*, Columbia Law School, USA, 2022.

⁷² La nozione qui utilizzata di colpa sembra rimandare a quella di mancanza di diligenza professionale; dunque il concetto di colpa e di mancanza di diligenza e di colpa vengono chiaramente a coincidere come indicato anche dalla giurisprudenza nazionale, Il riferimento è a Cass. civ., sez. III, 9 novembre 2006, n. 23918, secondo cui: «gli artt. 1176 e 2236 c.c. esprimono dunque l'unitario concetto secondo cui il grado di diligenza deve essere valutato con riguardo alla difficoltà della prestazione resa. La colpa è inosservanza della diligenza richiesta».

⁷³ In particolare, sul concetto di colpa in relazioni all'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale v. diffusamente M. BUITEN, A. DE STREEL, M. PEIZ, *The law and economics of AI Liability*, ELSEVIER, 2023. Si segnala, tra l'altro, la necessità che i sistemi basati



Inoltre, quanto all'utilizzo di un sistema di IA nel corso di un'attività personale non professionale, l'art. 4, par. 6, stabilisce che la presunzione di casualità dovrebbe applicarsi solo laddove la parte abbia interferito materialmente con le condizioni di funzionamento del sistema di IA o se quest'ultimo aveva l'obbligo ed era in grado di determinare le condizioni di funzionamento del sistema di IA e non l'abbia fatto.

Per quanto attiene, invece, alla divulgazione delle informazioni l'art. 3 della proposta, con riferimento ai c.d. sistemi di intelligenza artificiale "ad alto rischio", prevede che gli Stati debbano attuare meccanismi procedurali per consentire ai giudici di ordinare al produttore di fornire gli elementi di prova strettamente necessari nel caso in cui vi sia il sospetto che tale sistema ad alto rischio abbia causato il danno asserito da un determinato utente, prevedendo poi anche varie accortezze per la conservazione di tali prove.

In caso di mancato assolvimento di detto ordine di esibizione da parte del produttore il Giudice dovrebbe considerare provata la colpa.

Come emerge, la proposta di Dir. del settembre 2022, rispetto alla precedente proposta di regolamento del 2020 ha anzitutto il fine di alleggerire, da un punto di vista processuale, l'onere probatorio posto a carico del danneggiato, introducendo, in presenza di determinate condizioni, una presunzione di colpevolezza del danneggiante produttore⁷⁴.

Si assisterebbe, pertanto, ad una inversione dell'onere della prova, tale per cui spetterebbe al produttore dimostrare di aver fatto tutto ciò che era esigibile al fine di evitare il danno realizzatosi a discapito del consumatore, contrariamente a quanto previsto dalla Dir. 85/374/CEE, richiamata inizialmente dalla Risoluzione del 20 ottobre 2020 che – come detto – stabilisce una responsabilità oggettiva del produttore condizionata, tuttavia, all'adempimento di un "quasi diabolico" onere probatorio a carico del fruitore finale⁷⁵.

Chiaro è che le peculiarità e gli innegabili elementi di novità dei sistemi dotati di intelligenza artificiale richiedono di riscrivere in chiave nuova la disciplina della responsabilità e dunque dell'onere probatorio di spettanza tra produttore e utilizzatore.

Del resto, in questo scenario normativo in via di elaborazione, volendo ragionare sulla base delle norme astrattamente applicabili alla materia e presenti nell'ordinamento italiano, per come ipotizzate da parte della dottrina, ci si rende conto della assoluta inadeguatezza delle stesse rispetto al tema dell'IA.

La soluzione potrebbe essere quella di stabilire che i produttori e gestori di sistemi dotati di intelligenza artificiale, proprio alla luce del loro sviluppo tecnologico e del loro funzionamento algoritmico e matematico, avulso dalle consuete dinamiche antropologiche, debbano, in caso di eventi sinistrosi, fornire de plano ogni utile informazione al fine di agevolare l'accertamento della responsabilità.

sulla colpa assicurino incentivi ai fabbricanti e agli utilizzatori che gli portino ad adottare misure volte a limitare i danni; sul punto – diffusamente – AA.VV. *Adapting liability rules to the digital age and Artificial Intelligence*, European Law Institute (ELI) online, 2022.

⁷⁴ È stato osservato come l'alleggerimento dell'onere probatorio potrebbe condurre ad un eccessivo numero di richieste risarcitorie. Sul punto v. *CiTiP Working Paper*, KU Leuven Centre for IT, 2022; B. SCHUTTLE, *Damages liability for harm caused by Artificial Intelligence*, Helsinki, 2021. Per un'analisi delle Proposte v. E. BELLISARIO, *Il pacchetto europeo sulla responsabilità per danni da prodotti e da intelligenza artificiale. Prime riflessioni sulle proposte della Commissione*, in *Danno e Responsabilità*, 2, 2023, 153 ss.

⁷⁵ In proposito, si vedano le riflessioni di A. BERTOLINI, *Artificial intelligence does not exist! defying the technology– neutrality narrative in the regulation of civil liability for advanced technologies*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2022, 369 ss.; F. CAROCCIA, *Ancora su responsabilità civile e uso delle intelligenze artificiali*, in *Contr. e impr.*, 2, 2022, 408 ss.; G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati intelligenti?*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2021, 823 ss.; U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione Europea*, *ivi*, 6, 2020, 1246 ss.; A. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 6, 2020, 1344 ss.



4. – Ad oggi – come evidenziato sopra – le istituzioni europee hanno avanzato numerose proposte, tra le quali le ultime due assumono rilevanza centrale in materia di responsabilità civile. Si tratta delle menzionate proposte di Dir. dello scorso 28 settembre, in attesa di approvazione dal Parlamento europeo e dal Consiglio.

La prima ha ad oggetto una revisione della vigente direttiva sulla responsabilità del produttore derivante da danno da prodotto difettoso ed ha lo scopo di fornire alle imprese maggiore certezza giuridica e regole armonizzate, inoltre la medesima ha il fine di garantire ai soggetti danneggiati un elevato livello di tutela, ciò con il tentativo di incentivare l'impiego delle applicazioni intelligenti.

La seconda segue la ormai nota e menzionata proposta di regolamento del 20 ottobre 2020 e propone per la prima volta un'armonizzazione specifica delle norme in materia di responsabilità civile per i danni prodotti da sistemi intelligenti di qualsiasi tipologia (basso od alto rischio). Tale iniziativa ha un ambito di applicazione diverso dalla prima, in quanto prevede una nuova disciplina da applicare ai soli giudizi civili – promossi dinanzi i giudici nazionali – in caso di colpa extracontrattuale⁷⁶.

La proposta ha ad oggetto i casi in cui l'inosservanza della diligenza richiesta, imputabile ad un soggetto, legittimi un altro soggetto (danneggiato) ad agire in giudizio per il risarcimento del danno derivante dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive considerate meritevoli di tutela dalla normativa nazionale.

Va segnalato che le definizioni che la proposta utilizza sono le medesime della legge sull'intelligenza artificiale⁷⁷ e che le uniche regole comuni ad essere invocate hanno ad oggetto la disciplina dell'onere probatorio.

Gli ulteriori aspetti generali in materia di responsabilità civile⁷⁸ restano territorio esclusivo dei singoli stati membri – aspetto, questo, decisamente problematico.

Entrambe le proposte si pongono in rapporto di complementarità con la legge sull'intelligenza artificiale, mirando ad aumentare la fiducia nell'utilizzo delle applicazioni intelligenti.

Alla luce delle considerazioni svolte emerge come le nuove fattispecie di responsabilità civile extracontrattuale presentino criticità che le attuali regolamentazioni – prima fra tutte quella italiana – non riescono a risolvere.

In primis, come anticipato, la partecipazione di molteplici attori all'elaborazione, all'ideazione, alla diffusione, allo sviluppo, all'utilizzazione e alla progettazione del sistema dotato di intelligenza artificiale rendono quanto mai complessa l'individuazione dei plurimi nessi causali e conseguentemente del soggetto responsabile del danno occorso⁷⁹. Considerato poi che i soggetti imputabili potrebbero essere numerosi, ciò renderebbe particolarmente oneroso per il danneggiato agire in giudizio, ponendosi altresì problemi di giurisdizione, di notifiche, nonché un'ingente quantità di domande di manleva da parte dei vari soggetti coinvolti⁸⁰.

Inoltre, rischierebbe di risultare altresì eccessivamente gravoso dimostrare il nesso di causalità tra il fatto posto in essere dal sistema intelligente e l'evento dannoso, quando si tratti di sistemi particolarmente complessi a livello tecnologico.

⁷⁶ Con riferimento all'iniziativa legislativa, v. Presse release, 28 september 2022, Brussels, *New liability rules on products and AI to protect consumers and foster innovation*.

⁷⁷ Così dispone l'art. 2 della proposta menzionata.

⁷⁸ Tra i molteplici aspetti si pensi all'ipotesi di concorso di colpa, alla definizione di causalità, alle diverse tipologie di danno *etc.*

⁷⁹ Così M. GAMBINI, *Responsabilità civile e controlli del trattamento algoritmico*, in P. Perlingieri, S. Giova, I. Prisco (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Napoli, 2020, 314 ss. (in particolare v. 333).

⁸⁰ Problematiche poste in evidenza da G. CAPILLI, *I problemi di interpretazione della responsabilità*, in G. Alpa (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario*, Pisa, 2020, 471 ss. (in particolare v. 477).



Al fine di risolvere le citate problematiche a livello europeo – come evidenziato – il legislatore ha adottato molteplici provvedimenti, volti proprio a superare le insufficienze dei sistemi nazionali e tentando dunque di fornire un’armonizzazione minima nell’ottica eurounitaria.

È stato altresì messo in luce come per monitorare e gestire concretamente i rischi posti dai nuovi sistemi risulti fondamentale l’impiego di un approccio analogo a quello che prevede la normativa europea in materia di trattamento automatizzato dei dati personali⁸¹, basata sui principi di prevenzione e di precauzione e su un sistema multilivello di responsabilità, nonché sul principio di *accountability*, da gran parte della dottrina considerato più adatto per risolvere i problemi correlati alle tecnologie emergenti.

Con ciò si intenderebbe profilare un meccanismo multilivello di distribuzione di responsabilità tra i vari operatori, che vada chiaramente a coprire l’intero processo “costituente” l’applicazione intelligente⁸².

Come precisato altresì dal Comitato economico e sociale europeo, occorre sviluppare nuove procedure di normazione per la verifica e la convalida dei sistemi di IA, sulla base di un’ampia gamma di standard, al fine di poter valutare e controllare la sicurezza, la trasparenza, la comprensibilità, la rendicontabilità e la responsabilità etica di tali sistemi⁸³.

Solo in questo modo sarà possibile procedere verso un’intelligenza artificiale affidabile ed antropocentrica e conforme ai principi etici⁸⁴.

La maggiore criticità che si riscontra nelle proposte in gestazione – che sono state analizzate in alcuni dei loro punti focali – è che se da un lato il legislatore europeo ha avuto il merito di essere stato il primo a porsi il problema di adottare una normativa *ad hoc* e di fissare regole armonizzate, ponendo alcune linee comuni, dall’altro lascia eccessiva discrezionalità ai singoli Stati su un profilo così delicato quale quello della responsabilità. Si rischia in tal modo di rendere inutile qualsiasi tentativo di uniformità e – conseguentemente – di far venire meno la fiducia degli utenti.

Si sottolinea – la questione non è di poco conto – che, fatta eccezione per le presunzioni che introduce, la proposta di direttiva non è volta ad armonizzare le norme nazionali che stabiliscono su quale parte incombe l’onere della prova o quale sia il grado di certezza richiesto in relazione al livello della prova⁸⁵. La proposta, difatti si limita ad uniformare soltanto le norme in materia di responsabilità per colpa, che disciplinano l’onere della prova a carico di coloro che chiedono il risarcimento del danno causato da sistemi di I.A.

Come è dato leggere nei Considerando, la direttiva proposta dovrebbe adottare un approccio di armonizzazione minima, tale da consentire all’attore di invocare norme nazionali più favorevoli nei casi in cui il danno sia stato causato a sistemi di I.A. Ciò significa che le leggi nazionali possono mantenere – ad esempio

⁸¹ Il riferimento è al noto Regolamento europeo in materia di trattamento dei dati personali, Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Dir. 95/46/CE.

⁸² Su tali considerazioni v. D. DI SABATO, *Strumenti riparatori e risarcitori*, cit. (in particolare v. 343); G. COMANDÈ, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability: il carattere trasformativo dell’AI e il problema della responsabilità*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 1, 2019, 175 ss. (in particolare v. 185).

⁸³ Parere del Comitato economico e sociale europeo su L’intelligenza artificiale. *Le ricadute dell’intelligenza artificiale sul mercato unico (digitale), sulla produzione, sul consumo, sull’occupazione e sulla società*, (punto 3.16), accessibile su: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IE5369&from=NL>.

⁸⁴ Per considerazioni approfondite su un’IA affidabile che sia rispettosa dei principi etici nonché delle normative vigenti v. il parere del Gruppo di esperti sull’intelligenza artificiale, *Orientamenti etici per un’IA affidabile*, accessibile al link: <https://promosititalia.camcom.it/kdocs/1984514/ethicsguidelinesfortrustworthyai-itpdf-1.pdf>.

⁸⁵ Così il considerando 13.



– l’inversione dell’onere della prova nel quadro della disciplina nazionale della responsabilità per colpa, oppure i regimi nazionali di responsabilità oggettiva⁸⁶.

L’obiettivo della proposta in oggetto appare quello di eliminare il divario risarcitorio che si ha tra i casi in cui il danno sia causato da un sistema di I.A. e i casi in cui il danno derivi da tecnologie diverse rispetto all’I.A.

Ciò in quanto nella prima ipotesi il danneggiato potrebbe trovarsi in condizioni di estrema difficoltà, nel soddisfare l’onere della prova, per le caratteristiche proprie dei sistemi di I.A.: opacità, complessità, autonomia, opacità, caratteristiche che portano al c.d. effetto *black box*⁸⁷. È per questo che la proposta introduce meccanismi fondati su presunzioni e implementa – al ricorrere di determinati presupposti – l’esercizio dei diritti di accesso del danneggiato agli elementi di prova pertinenti⁸⁸.

L’art. 3, rubricato «Divulgazione degli elementi di prova» prevede che un organo giurisdizionale possa ordinare la divulgazione di elementi di prova – anche prima di una domanda vera e propria di risarcimento danni – purché la richiesta sia suffragata da fatti e prove sufficienti a dimostrare la plausibilità della domanda di risarcimento in questione e gli elementi di prova richiesti e purché gli elementi di prova siano a disposizione dei destinatari della richiesta.

Sul piano civilistico l’accertata responsabilità patrimoniale può essere fondata sull’attribuzione colpevole del danno, ma anche sulla responsabilità oggettiva ricadente comunque sull’operatore⁸⁹. Una soluzione potrebbe essere quella di assimilare i danni prodotti dalla macchina pensante alla responsabilità civile per la proprietà o il possesso di un veicolo a motore, per cui la legge impone la polizza assicurativa obbligatoria. Si potrebbe immaginare la costituzione di un fondo di garanzia patrimoniale per fronteggiare il rischio di difficile monetizzazione, imponderabile negli effetti allo stato delle nostre conoscenze, proprio nella prospettiva del fine di non discriminazione⁹⁰.

5. – Ciò che emerge dalle considerazioni svolte, è che la trattazione del tema rimane sostanzialmente rinviata; allo stato non è possibile giungere a concrete conclusioni e delineare un preciso regime di responsabilità applicabile ai sistemi dotati di intelligenza artificiale.

Ciò in quanto, nella menzionata proposta di regolamento sull’IA, vi è fondamentalmente la sola indicazione che il fornitore di un’applicazione di IA ad alto rischio è chiamata a garantire che il sistema sia conforme a determinati requisiti che ne consentano la certificazione⁹¹; vi sono poi le descrizioni dei diversi sistemi intelligenti con le annesse definizioni⁹².

⁸⁶ Così il considerando 14.

⁸⁷ Per approfondimenti sul concetto di *black box* v. G. LO SAPIO, *La black box: l’esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione*, in *I Federalismi*.it, 2021.

⁸⁸ Così prevede l’art. 3 della proposta, rubricato «Divulgazione degli elementi di prova».

⁸⁹ Così P. SERRAI D’AQUINI, *La responsabilità civile per l’uso di sistemi di intelligenza artificiale nella Risoluzione del Parlamento europeo 20 ottobre 2020: Raccomandazioni alla Commissione sul regime di responsabilità civile e intelligenza artificiale*, in *www.giustiziainsieme.it*, 18 novembre 2021.

⁹⁰ Come suggerito da G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale*, cit., 1676.

⁹¹ Su profili inerenti i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio v. G. MARCHIANÒ, *Proposta di regolamento della Commissione europea del 21 aprile 2021 sull’intelligenza artificiale con particolare riferimento alle AI ad alto rischio*, in *Riv. Giur. Ambientdiritto.it*, 22.

⁹² Come sottolineato da autorevole dottrina il provvedimento presenta diverse criticità, tra le quali emergono proprio l’incertezza nella classificazione dei sistemi intelligenti e la rigidità delle definizioni fornite. In tal senso G. FINOCCHIARO, *La proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale*, cit., (in particolare v. 313).



Analogamente, neppure la proposta di “direttiva relativa all’adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all’intelligenza artificiale” del 28 settembre 2022 offre una soluzione; difatti la medesima segue un approccio di armonizzazione minima, limitandosi ad uniformare solo le norme in materia di responsabilità per colpa che disciplinano l’onere della prova a carico di coloro che chiedono il risarcimento del danno causato dalle applicazioni di intelligenza artificiale.

Dunque, rispetto alle Proposte europee si rilevano, ad oggi, notevoli difficoltà interpretative; ci si trova ancora in una fase embrionale.

A livello nazionale – in attesa di modelli normativi più adeguati e specifici, verranno applicate le tradizionali regole della responsabilità civile.

Va specificato che sino ad oggi si è cercato – con scarso successo – di reperire una disciplina applicabile tra le norme vigenti, ma va senz’altro considerato che le norme in materia di responsabilità civile nascono per regolamentare le conseguenze del comportamento umano, di soggetti senzienti e capaci di prendere decisioni totalmente autonome; mentre, l’intelligenza artificiale è un oggetto, uno strumento il cui funzionamento e la cui attività si basano sull’elaborazione di grandi quantità di dati, presentano dunque caratteristiche uniche e inedite e in relazione al quale l’apporto umano è imprescindibile.

Perciò, risulta difficile imputare all’intelligenza artificiale una responsabilità giuridica per danni, rendendosi necessario individuare altre strade ed inevitabili forzature.

In tal sede non è possibile ripercorrere tutte le ricostruzioni dottrinali che tramite puntuali ricostruzioni si propongono di applicare le norme vigenti in materia di responsabilità aquiliana alle ipotesi di danno cagionato da dispositivi dotati di intelligenza artificiale.

Sia permesso il richiamo ad alcune norme soltanto al fine di evidenziare alcuni dei limiti della normativa esistente rispetto al fenomeno dell’intelligenza artificiale. In particolare, si richiamano gli artt. 2051 e 2051 cod. civ., che prevedono, rispettivamente, l’ipotesi della responsabilità da attività pericolosa e l’ipotesi di responsabilità da cose in custodia.

Tali disposizioni non appaiono del tutto adeguate rispetto alle peculiarità proprie dei dispositivi intelligenti. Difatti, non è detto che l’utilizzo di tali dispositivi rappresenti necessariamente una attività pericolosa, cioè tale da comportare una rilevante probabilità di causare danni a terzi.

Il richiamo alla disciplina di cui all’art. 2050 cod. civ. in materia di responsabilità per l’esercizio di attività pericolose⁹³ ipotizzata in dottrina, appare anacronistica ed inadeguata rispetto alla materia dell’intelligenza artificiale.

Infatti, ritenere che un sistema dotato di intelligenza artificiale possa annoverarsi nell’ambito delle c.d. attività pericolose⁹⁴ non appare condivisibile posto che – muovendo proprio dalla definizione ormai pacifica in

⁹³ Si vedano per approfondimenti sul punto G. MORANO, *Robotizzazione, intelligenza artificiale e P.A.*, in www.neldiritto.it. Cfr., inoltre, A. FUSARO, *Attività pericolose e dintorni*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1337 ss.; M. TOPI, *Attività pericolose atipiche ex art. 2050 c.c.*, in *Danno resp.*, 2, 2016, 155 ss., nota a Cass. civ., 29 luglio 2015, n. 16052.

⁹⁴ Si veda sul punto, ad esempio C. LEANZA *Intelligenza artificiale e diritto: ipotesi di responsabilità civile del terzo millennio in Responsabilità Civile e Previdenza*, 2021, pag. 1011 ss., secondo il quale: “attualmente, pertanto, non vi è ragione per escludere dal novero delle «attività pericolose», per come definite dall’art. 2050 cod. civ., l’impiego di robot in attività relazionali con esseri umani. Il ricorso a tale forma di responsabilità anche se non specificamente modulata sulla figura dei robot, oltre ad essere rispondente alla ratio della norma, costituirebbe un valido incentivo ad elidere quanto più possibile quella pericolosità intrinseca nelle forme di intelligenza artificiale, inducendo il produttore a destinare risorse alle misure idonee a minimizzarla, e dunque ad affrontare i correlati oneri preventivi, per sottrarsi ai costi risarcitori successivi che la responsabilità aggravata per esercizio di attività pericolose, altrimenti, imporrebbe qualora non venissero approntate”. Sul tema v. altresì M. SCIALDONE, *Il diritto dei robot: la regolamentazione giuridica dei comportamenti non umani*, in AA. VV., *La rete e il fattore C: Cultura, Complessità, Collaborazione*, in www.dimt.it, 2016.



giurisprudenza di attività pericolosa⁹⁵ e cioè di una attività che per le proprie peculiarità intrinseche comporti con rilevante possibilità il verificarsi di un danno – non sembra potersi in alcun modo riferire ai sistemi dotati di intelligenza artificiale.

D'altra parte, come è stato autorevolmente affermato, l'intelligenza artificiale non è intrinsecamente pericolosa e non le si addice tale attributo, dal momento che, essendo il simbolo della tecnica, è, per ciò stesso, più affidabile dell'uomo, rappresentando, d'altra parte, un mezzo correttivo o integrativo delle imprecisioni umane⁹⁶.

Pur trovandosi ancora in un contesto iniziale circa l'utilizzo di sistemi dotati di intelligenza artificiale, si può sostenere senza tema di smentita come gli stessi piuttosto che dimostrare un considerevole rischio di danni, rappresentano – piuttosto – un mezzo idoneo a correggere l'errore umano e ad evitare i rischi connessi ad alcune attività che presuppongono un rischio⁹⁷, con conseguente esclusione della responsabilità di cui all'art. 2050 cod. civ. da alcuni prospettata.

Analogamente, la nozione di custodia mal si attaglia ad un sistema in grado di prendere decisioni o esprimere opinioni in modo indipendente. Come è stato sottolineato, l'art. 2051 cod. civ., descrivendo la nozione di custode come un soggetto che ha il potere di controllare le condizioni di rischio della cosa⁹⁸, “rimane legato ad una dimensione, per così dire, ‘cosale’, che non appare esaustiva nella dimensione dell'intelligenza artificiale⁹⁹”.

Inoltre, ciò rientra tra i profili di maggior criticità, tali disposizioni non esonerano il danneggiato dal fornire la prova del danno subito, oltre che del nesso causale tra il danno sofferto e l'attività pericolosa o la cosa in custodia.

Pare, dunque, in considerazione delle criticità emerse, che per individuare l'opzione ricostruttiva preferibile non resta che attendere i prossimi passi del legislatore europeo.

⁹⁵ La giurisprudenza ha da tempo chiarito come “la nozione di attività pericolosa, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2050 c.c., non deve essere limitata alle attività tipiche, già qualificate come tali da una norma di legge, ma deve essere estesa a tutte quelle attività che, per la loro stessa natura o per le caratteristiche dei mezzi adoperati, comportino una rilevante possibilità del verificarsi di un danno, dovendosi, di conseguenza accertare in concreto il requisito della pericolosità con valutazione svolta caso per caso, tenendo presente che anche un'attività per natura non pericolosa può diventarlo in ragione delle modalità con cui viene esercitata o dei mezzi impiegati per espletarla. L'indagine fattuale deve essere svolta seguendo il criterio della prognosi postuma, in base alle circostanze esistenti al momento dell'esercizio dell'attività” (Cass. Civ. sez. III, 19 luglio 2018, n. 19180).

⁹⁶ In tal senso M. COSTANZA, *L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 7, 2019, 1688.

⁹⁷ In questo senso E. COLLETTI, *Intelligenza artificiale e attività sanitaria. Profili giuridici della robotica in medica* in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, Vol. XIX, 2021, 201 ss.; nuovamente M. COSTANZA, *L'Intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, cit.

⁹⁸ Sull'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in materia di danno da cose in custodia – che in tale sede non è possibile ripercorrere – v. F. PATTI, *Danno cagionato da cose in custodia*, in NAVARRETTA (a cura di), *Codice della responsabilità civile*, Milano, 2021, 1306 ss.

⁹⁹ In tal senso C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 4, 2023, 1073 ss., in particolare 1087. Per una posizione in parte diversa, v. U. RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, cit., 1700, il quale rileva che «le responsabilità sia del produttore di un bene che la incorpori, sia (ove non coincidente) dell'autore dell'algoritmo che conferisce alla macchina la capacità di apprendere, sembrano [...] regolabili invocando la disciplina in materia di danno tanto da prodotto che da attività pericolosa».



La rinuncia al legato sostitutivo, intervenuta nel corso della causa di riduzione, non è mai tardiva in senso squisitamente temporale, potendo la rinuncia utilmente intervenire prima della spedizione della causa a sentenza, ma al limite irrilevante, in presenza di una precedente accettazione, espressa o implicita, che avesse consumato la facoltà di rinuncia del legatario.

GIULIO BIANCARDI

Dottorando – Università Ca' Foscari Venezia

AZIONE DI RIDUZIONE E RINUNCIA TACITA AL LEGATO SOSTITUTIVO

SOMMARIO: 1. Il caso e la decisione. – 2. La proposizione dell'azione di riduzione non è un atto univoco di rinuncia al legato sostitutivo. – 3. Rilievi critici. – 4. L'alternativa tra conseguimento del legato in sostituzione della legittima e l'azione di riduzione. – 5. La rinuncia al legato sostitutivo come condizione dell'azione di riduzione e il relativo termine. – 6. Le conseguenze processuali del difetto della condizione dell'azione e l'indisponibilità unilaterale della rinuncia agli atti. – 7. Conclusioni.

1. – L'ordinanza annotata¹ è intervenuta a decisione di un'articolata vicenda processuale – non ancora conclusa: si attende il secondo giudizio di rinvio – che vede coinvolti, da una parte, il coniuge della *de cuius*, beneficiario di un legato sostitutivo, e i suoi eredi, e, dall'altra parte, i beneficiari di una donazione disposta in vita dalla stessa *de cuius*. Costei aveva disposto in favore del marito un legato sostitutivo, avente ad oggetto il denaro esistente sul conto corrente; dopo l'apertura della successione, il marito aveva agito per la riduzione delle donazioni fatte in vita dalla moglie ai nipoti.

Il Tribunale di Pisa – con decisione confermata in grado d'appello – aveva accolto la domanda attorea, ritenendo integrata la rinuncia al legato da parte del legittimario, in base ad una valutazione del suo comportamento complessivo, anteriore e successivo alla domanda giudiziale. L'attore aveva incassato un importo pari alla metà del saldo del libretto e del conto corrente cointestati con la moglie. Aveva provveduto alle spese per le esequie, la sepoltura e le onoranze funebri, in carico alla massa in prededuzione rispetto al soddisfacimento di eredità e di legati. I giudici escludevano che l'incasso delle somme di spettanza della defunta costituisse accettazione del legato in sostituzione di legittima.

Investita una prima volta del ricorso dei donatari convenuti, la S.C. cassava la sentenza. Il giudice del rinvio non ravvisava nella condotta del legittimario alcuna rinuncia al legato sostitutivo – essendo tardiva la ri-

¹ Cass. civ., 29 aprile 2022, n. 13530, in *Famiglia.it*, 10 maggio 2022, con commento di L. COLLURA, *La rinuncia al legato in sostituzione di legittima è condizione dell'azione di riduzione e non presupposto processuale*.



nuncia formulata a verbale d'udienza – quindi rigettava la domanda attorea, in applicazione del principio di diritto secondo cui il legittimario, destinatario di un legato sostitutivo, non avrebbe potuto agire in riduzione senza preventivamente rinunciare al legato. L'erede dell'attore proponeva ulteriore ricorso contro la sentenza, affidandolo a due motivi, mentre i convenuti resistevano con controricorso.

La Suprema Corte riteneva il ricorso fondato, così argomentando:

(i) la rinuncia al legato sostitutivo della legittima, fatto salvo il requisito della forma scritta quando il legato ha per oggetto beni immobili, può risultare da atti univoci compiuti dal legatario, implicanti necessariamente la volontà di rinunciare al legato;

(ii) non è “atto univoco” della volontà di rinunciare al legato sostitutivo la sola dichiarazione del legittimario di rifiutare le disposizioni testamentarie, in quanto lesive dei suoi diritti, giacché non si può negare *a priori* che tale dichiarazione abbia il significato di una mera riserva di chiedere soltanto l'integrazione della legittima, ferma restando l'attribuzione del legato;

(iii) non è atto univoco della volontà di rinunciare al legato sostitutivo nemmeno la proposizione dell'azione di riduzione, essendo ipotizzabile un duplice intento del legittimario di conseguire il legato e di conseguire la legittima;

(iv) il legato sostitutivo rimane soggetto alla norma generale dell'art. 649 cod. civ., per cui il legato si acquista immediatamente all'apertura della successione, senza bisogno di accettazione, salva tuttavia la facoltà del legatario di rinunciarvi, mentre l'incompatibilità della vocazione a titolo particolare con il diritto alla quota riservata è sanzionata subordinando la vocazione a titolo universale al rifiuto del legato; v) la domanda di riduzione sarà così respinta se il legittimario, prima della spedizione della causa a sentenza, non dichiara di rinunciare al legato o, se si tratti di legato di immobili, non fornisca la prova di avervi rinunciato nella forma dovuta;

(vi) il fatto che l'acquisto del legato avvenga automaticamente non vuol dire che l'accettazione sia inutile o irrilevante; infatti, con l'accettazione il legatario fa definitivamente proprio il beneficio del legato, e ciò si traduce nella definitività giuridica dell'acquisto, rendendo del tutto irrilevante una successiva rinuncia;

(vii) la rinuncia al legato sostitutivo, intervenuta nel corso della causa di riduzione, non è mai tardiva in senso squisitamente temporale, potendo la rinuncia utilmente intervenire prima della spedizione della causa a sentenza, ma al limite irrilevante, in presenza di una precedente accettazione, espressa o implicita, che avesse consumato la facoltà di rinuncia del legatario.

La Corte, poi, riteneva il controricorso infondato, osservando che la espressione “(rinuncia) tardiva” non sarebbe stata usata dalla Corte fiorentina come sinonimo di “(rinuncia) frustranea” – *i.e.* vana, inutile, come sarebbe stata in presenza di un'accettazione del legato – bensì, semplicemente, per alludere al fatto che nel corso della causa la rinuncia era intervenuta a verbale, mentre – secondo l'inesatto intendimento del giudice di rinvio – la S.C. avrebbe enunciato il principio secondo cui la rinuncia dovesse necessariamente precedere l'esperimento dell'azione. Al contrario, i Giudici di legittimità confermavano che *«la rinuncia al legato – condizione dell'azione – può utilmente intervenire fino alla spedizione della causa a sentenza, salva una precedente accettazione del legato stesso, che consuma la facoltà di rinuncia»*. La S.C. accoglieva il ricorso, rinviando nuovamente la causa alla Corte d'Appello, la quale verosimilmente accoglierà definitivamente la domanda attorea.



2. – I punti (i), (ii), (vi) dell’*iter* argomentativo alla base della pronuncia ora annotata, come riportato nel paragrafo precedente, appaiono condivisibili.

Nello specifico, non vi è ragione per criticare l’orientamento in materia di forma della rinuncia al legato sostitutivo della legittima, la quale – salvo il requisito della forma scritta se il legato ha per oggetto beni immobili – può ben risultare anche da atti univoci compiuti dal legatario, implicanti necessariamente la volontà di rinunciare al legato². Parimenti, non vi sono ragioni per criticare l’orientamento che esclude la natura di “atto univoco” – ai fini della rinuncia – della *dichiarazione del legittimario di rifiutare le disposizioni testamentarie*, in quanto lesive dei suoi diritti: in quanto tale, siffatta dichiarazione (stragiudiziale) ben potrebbe avere significato proprio di una mera riserva di chiedere l’integrazione della legittima, ferma restando l’attribuzione del legato³.

Si propone invece una revisione critica del principio di diritto, secondo cui la *proposizione dell’azione di riduzione* non sarebbe un indice univoco della volontà di rinunciare al legato sostitutivo, «*essendo ipotizzabile un duplice intento del legittimario di conseguire il legato e di conseguire la legittima*»⁴.

Occorre muovere dal principio già richiamato, secondo cui non costituisce atto univoco della volontà di rinunciare al legato la dichiarazione del legittimario di *rifiutare* le disposizioni testamentarie, «*non potendosi negare a priori a siffatta dichiarazione il significato proprio di una mera riserva di chiedere soltanto l’integrazione della legittima, ferma restando l’attribuzione del legato*».

Secondo quest’orientamento, il legatario è ammesso a riservarsi di «*chiedere soltanto l’integrazione della legittima, ferma restando l’attribuzione del legato*». Ne consegue che la dichiarazione di “rifiutare le disposizioni testamentarie” non configura una rinuncia tacita al legato sostitutivo, come invece potrebbe sembrare. Infatti, la dichiarazione (stragiudiziale) del legittimario-legatario di rifiutare le disposizioni testamentarie potrebbe precedere la proposizione da parte sua di un’azione (giudiziale) di riduzione. Quest’ultimo, tuttavia, non è un esito necessario. Infatti, il legittimario ben potrebbe dichiarare di “rifiutare le disposizioni testamentarie” anche in via stragiudiziale. A tale dichiarazione, in quanto tale, non si potrebbe annettere il significato di un “atto univoco di rinuncia tacita al legato sostitutivo”. Ad assumere quest’ultimo significato – per quanto si dirà nel prosieguo⁵ – è solo la proposizione dell’azione di riduzione, la quale è necessariamente un atto giudiziale (in quanto introduttivo del relativo giudizio). Questa ricostruzione trova una conferma nel già richiamato arresto delle Sezioni Unite, nel quale si enunciava il principio di diritto relativo alla “non univocità” della dichiarazione (stragiudiziale) del legittimario di voler *rifiutare* le disposizioni lesive – principio che

² Questo il punto (i) dell’*iter* argomentativo dell’ordinanza, come sopra riportato, con richiamo ai precedenti di Cass. civ., Sez. Un., 29 marzo 2011, n. 7098, in *Giur. it.*, 2011, 5, 546 s., con nota di C. CERVASI, *La forma della rinuncia al legato immobiliare*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 9, 923 s., con nota di C. COSTANTINO, *La rinuncia in forma scritta ad un legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto beni immobili*; in *Riv. not.*, 2011, 5, 524, con nota di R. UCCI, *Natura giuridica e forma della rinuncia al legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto beni immobili*; in *Vita not.*, 2011, 3, 1333 s., con nota di L. GIUSTOZZI, *Riflessioni in tema di delazione e acquisto del legato*; in *Studium iuris*, 2011, 9, 959 s., con nota di F. OLIVIERO, *Rinuncia al legato ex art. 551 c.c.*; in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 4, 1193 s., con nota di M. MARTINO, *Forma della rinuncia al legato ex art. 551 c.c. avente ad oggetto un immobile: le sezioni unite contro Luigi Ferri*; in *Giur. it.*, 2012, 3, 549 s., con nota di M.F. GIORGIANNI, *La forma della rinuncia al legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto beni immobili*; in *Fam. dir.*, 2012, 11, 3019 s., con nota di R. GELLI, *La forma della rinuncia al legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto beni immobili secondo le sezioni unite*; Cass. civ., 22 luglio 2004, n. 13785; Cass. civ., 27 maggio 1996, n. 4883, entrambe in *OneLegale*.

³ Questo il punto (ii) dell’*iter*, con richiamo al precedente di Cass. civ., 22 giugno 2010, n. 15124, in *OneLegale*. Il principio di diritto è stato ribadito dalle Sezioni Unite del 2011, in motivazione, v. note successive.

⁴ Questo il punto (iii) dell’*iter*, riaffermato anche in Cass. civ., 22 giugno 2010, n. 15124, cit., alla cui critica sono dedicati i successivi §§ 3-4 del presente contributo.

⁵ V. *infra* § 3.



perciò deve ritenersi confermato – ma non anche il principio relativo alla “non univocità” della proposizione dell’azione di riduzione. Con riferimento alla proposizione dell’azione di riduzione, dunque, vi è spazio per argomentare l’idoneità di tale iniziativa del legittimario a costituire una sua rinuncia *tacita* al legato sostitutivo⁶.

Un altro principio di diritto richiamato nella pronuncia ora in esame, che pare senz’altro condivisibile – anch’esso ribadito dalle Sezioni Unite – è quello secondo cui il legato sostitutivo rimane soggetto alla norma generale dell’art. 649 cod. civ., per cui il legato si acquista immediatamente all’apertura della successione – senza bisogno di accettazione del legatario, salva la facoltà di rinunciarvi – giacché l’incompatibilità della vocazione a titolo particolare con il diritto alla quota riservata è sanzionata dal legislatore subordinando la vocazione a titolo universale al rifiuto del legato⁷. Identiche considerazioni valgono per il principio secondo cui l’automaticità dell’acquisto del legato non vuol dire che l’accettazione sia inutile o irrilevante, giacché con l’accettazione il legatario fa definitivamente proprio il beneficio del legato, e ciò si traduce nella definitività giuridica dell’acquisto, così rendendo del tutto irrilevante una successiva rinuncia⁸.

Con il presente contributo, dunque, si propone una revisione critica del principio di diritto indicato al punto (iii) dell’*iter* argomentativo alla base della decisione annotata⁹, e – quali immediati corollari di tale principio di diritto – dei principi indicati ai punti (v) e (vii)¹⁰. Si tratterà di dimostrare, cioè: in primo luogo, che la

⁶ L’art. 374 comma 3 c.p.c. impone, alla sezione semplice che ritenga di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, il dovere di rimettere la decisione con ordinanza motivata alle S.U. Senza necessariamente trarre argomento, a sostegno della tesi ora proposta, dal silenzio delle Sezioni Unite sul punto, va osservato che tale silenzio rende più agevole un *revirement* “chirurgico” – relativamente al solo principio di diritto che esclude l’univocità della proposizione dell’azione di riduzione come atto di rinuncia del legato sostitutivo (il cui *overruling* non richiede la rimessione alle Sezioni Unite) – rispetto ad un *revirement* di più ampia portata – relativo anche al principio di diritto che esclude l’univocità della dichiarazione (stragiudiziale) di rifiutare le disposizioni testamentarie lesive (il cui *overruling* richiederebbe la rimessione alle Sezioni Unite ex art. 374 co. 3 c.p.c.) – il quale del resto sarebbe ultroneo rispetto alla tesi ora sostenuta, relativamente all’idoneità della (sola) proposizione dell’azione di riduzione ad integrare senz’altro rinuncia tacita al legato sostitutivo.

⁷ Questo il punto (iv) dell’*iter*, con richiamo ai precedenti di Cass. civ., 22 luglio 2004, n. 13785, cit.; Cass. civ., 27 maggio 1996, n. 4883, cit.; Cass. civ., 16 maggio 2007, n. 11288, in *OneLegale*; contra L. FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Giuffrè, 1960, 11 s., seguito da G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Giuffrè, 1980², 510 s., secondo cui l’art. 649 cod. civ. disciplinerebbe solamente una presunzione di acquisto, e non già un acquisto automatico. Altrimenti, secondo l’A., non avrebbe senso alcuno la disposizione di cui all’art. 650 cod. civ.: la possibilità di chiedere al giudice la fissazione di un termine, entro cui il legatario dichiara se intenda rifiutare, sarebbe indice di una fattispecie acquisitiva non ancora integratasi, in cui l’accettazione da parte dell’onorato sarebbe un elemento costitutivo. Quindi, anche per il legato, come per l’eredità, al momento dell’apertura verrebbe a crearsi uno stato di pendenza, e l’acquisto non sarebbe ancora definitivo. Da ciò conseguirebbe che la rinuncia al legato non avrebbe ad oggetto un diritto già acquistato, concretandosi in un rifiuto di acquistare, una *omissio acquirendi*, e come tale non rientrerebbe nella previsione di cui al n. 5 dell’art. 1350 cod. civ. Infine, la rinuncia al legato sarebbe atto impeditivo all’acquisto con effetto retroattivo, mentre la rinuncia al diritto derivante dal legato sarebbe atto dismissivo con efficacia solo *ex nunc*.

Questa diversa lettura dell’art. 649 cod. civ. ha formato oggetto, in data 23 luglio 2010, dell’ordinanza di rimessione da parte della seconda sezione, ma tale ricostruzione non è stata condivisa dalle Sezioni Unite, che hanno ribadito il principio di diritto riportato *supra*, nota 2.

⁸ Questo il punto (vi) dell’*iter*, con richiamo al precedente di Cass. civ., 27 agosto 2020, n. 17861, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2021, 70 s., con nota di E. MOROTTI, *Legato in sostituzione di legittima e trasmissione dell’azione di riduzione*. Anche questo principio di diritto è stato ribadito dalla già pronuncia citata della Sezioni Unite più volte richiamata.

⁹ Giova ricordare che la motivazione della pronuncia ora annotata richiama il precedente di Cass. civ., 11 novembre 2008, n. 26955, in *Giur. it.*, 2009, 10, 2201 s.; in *Riv. not.*, 2009, 3, 256 s., con nota di N. TOSCANO, *Riflessioni sul legato in sostituzione di legittima*: «La mera richiesta della legittima formulata dal destinatario del legato con la domanda di riduzione non costituisce manifestazione chiara e non equivoca della volontà di rinunciare al legato».

¹⁰ La motivazione della pronuncia annotata richiama il precedente di Cass. civ., 4 agosto 2017, n. 19646, in *Giur. it.*, 2018, 5, 1074 s., con nota di G. SICCHIERO, *Forma e termine per la rinuncia al legato in sostituzione di legittima*; e in *Fam. e dir.*, 2018, 5, 468 s., con nota di C. MARINO, *La rinuncia al legato sostitutivo: presupposto processuale o condizione dell’azione di riduzione?*: «la



proposizione dell'azione di riduzione è atto univoco della volontà del legittimario di rinunciare al legato sostitutivo, *non* essendo ipotizzabile un suo duplice intento di conseguire sia il legato sia la legittima¹¹; in secondo luogo, che la domanda di riduzione dovrà essere accolta anche in mancanza di una rinuncia espressa del legittimario, giacché la rinuncia deve ritenersi implicita nella proposizione dell'azione di riduzione; in terzo luogo, che la rinuncia al legato sostitutivo, intervenuta nel corso della causa di riduzione, è priva di effetti giuridici autonomi, giacché deve già ritenersi implicita nella proposizione dell'azione di riduzione¹².

3. – Per giungere alle conclusioni anzidette, è sufficiente confutare il principio secondo cui «non è atto univoco della volontà di rinunciare al legato sostitutivo neanche la proposizione dell'azione di riduzione, *essendo ipotizzabile un duplice intento del legittimario di conseguire il legato e di conseguire la legittima*», mentre gli altri principi di diritto sono strettamente dipendenti da quest'ultimo, con il quale essi stanno e cadono.

A riguardo, non pare compatibile né con la lettera dell'art. 551 cod. civ. né con altre previsioni di legge (la cui importanza sistematica sarà illustrata in seguito) un'interpretazione della disposizione richiamata che dia rilievo al «*duplici intento del legittimario di conseguire il legato e di conseguire la legittima*». Da tale interpretazione deriva che la proposizione dell'azione di riduzione, se accompagnata da tale «intento» del legittimario, *non* sarebbe qualificabile come rinuncia tacita al legato sostitutivo. Il giudice di merito avrebbe perciò un potere discrezionale di accertare se legittimario abbia voluto rinunciare al legato¹³.

Tutto ciò non pare compatibile con il dettato dell'art. 551 cod. civ., che letteralmente impone al legittimario di scegliere se conseguire il legato sostitutivo o agire in giudizio. Pare perciò preferibile ritenere che la proposizione dell'azione di riduzione configuri senz'altro rinuncia tacita al legato¹⁴.

domanda di riduzione sarà così respinta se il legittimario, prima della spedizione della causa a sentenza, non dichiara di rinunciare al legato o, se si tratti di legato di immobili, non fornisca la prova di averlo rinunciato con la forma dovuta».

¹¹ Il problema è esattamente colto da A. BUCCELLI, *Legato in sostituzione e diritto al supplemento*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 2, 380, che qualifica la proposizione dell'azione di riduzione «la fattispecie più problematica» di rinuncia tacita del legato sostitutivo. Ben rileva l'A. che «l'art. 551, per come è formulato, lascia sì intendere che la rinuncia è *conditio sine qua non* al fine di «chiedere la legittima», ma non chiarisce fino in fondo se, proponendo l'azione, il legittimario implicitamente rinunzi al legato», sicché – in contrario all'atteggiamento rigoroso della giurisprudenza «nel pretendere un'espressa, specifica manifestazione di volontà, ... a ben penare, l'iniziativa giudiziale a tutela dei diritti riservati dovrebbe lasciar supporre l'implicita e contestuale rinuncia alla disposizione sostitutiva degli stessi» (corsivo agg.).

¹² Salvo che vi sia stata una precedente accettazione del legato sostitutivo, espressa o implicita, che avesse consumato la facoltà di rinuncia del legatario, rendendo così inefficace la successiva rinuncia, implicita nella proposizione dell'azione di riduzione, che dovrà essere rigettata per mancanza della condizione dell'azione costituita dalla rinuncia al legato sostitutivo.

¹³ Cfr. Cass. civ., 11 novembre 2008, n. 26955, in *OneLegale*, che ha confermato la motivazione della Corte d'appello, in ordine all'indagine di fatto «se la mancata restituzione della somma costituente oggetto del legato né prima né dopo tale rinuncia configurasse un comportamento da parte della legataria dal quale fosse legittimo desumere la sua volontà, espressa o tacita, di conservare il legato, comportamento quindi che, se per un verso assumeva valore confermativo, seppure superfluo della già realizzata acquisizione patrimoniale, per altro verso comportava «*ope legis*» la contemporanea caducazione del diritto di chiedere la legittima».

¹⁴ Ad esito analogo mira L. COLLURA, *La rinuncia*, cit., a commento dell'ordinanza che si annota, ritenendo l'interpretazione della Suprema Corte «troppo probante quanto meno per l'esigenza di evitare giudizi inutili. Se infatti il legittimario viene ammesso ad esperire l'azione di riduzione senza preventivamente rinunciare al legato tacitativo, ciò significa che all'esito della causa si potrebbe financo addivenire ad una pronuncia di rigetto per mancanza della condizione di esperibilità dell'azione, così senz'altro frustrando tutte le operazioni fino a quel momento compiute dalle parti e dal giudice, le quali in un giudizio avente ad oggetto la riduzione di disposizioni testamentarie o donazioni lesive richiedono tra l'altro quasi sempre tempi lunghi e sforzi non indifferenti. Parrebbe dunque più opportuno, per lo meno sotto questo profilo, un mutamento dell'indirizzo esegetico volto a riconoscere alla rinuncia al legato in sostituzione di legittima non la natura di condizione dell'azione ma di vero e proprio presupposto processuale».



Questa soluzione si fonda su tre argomenti.

In primo luogo, l'art. 551 cod. civ. impone al legittimario l'alternativa se agire in riduzione ovvero conseguire il legato. Da ciò sembra possibile ricavare che gli è *precluso* di conseguire il legato sostitutivo – vuoi per accettazione, vuoi per mancata rinuncia – *dopo* aver agito in riduzione.

In secondo luogo, la disciplina codicistica dell'azione di riduzione prevede una pluralità di *condizioni dell'azione* – una è la rinuncia al legato sostitutivo, qualificata appunto come una condizione dell'azione¹⁵ – tra cui anche l'accettazione beneficiata dell'eredità (art. 564 cod. civ.). Contrariamente a quanto si richiede in via generale per le condizioni dell'azione – che possono intervenire fino al momento della decisione¹⁶ – l'accettazione beneficiata deve verificarsi in un momento anteriore o contestuale alla proposizione dell'azione di riduzione. Ciò dimostra che la qualificazione della rinuncia al legato sostitutivo come condizione dell'azione non contraddice la sua necessaria anteriorità o contestualità alla domanda giudiziale.

In terzo luogo, la necessaria “serietà” della proposizione dell'azione di riduzione da parte del legittimario-legatario – che si realizza nella rinuncia al legato sostitutivo, in mancanza della quale l'azione sarà *inammissibile* – trova conferma in quella norma di diritto processuale (da leggersi nel combinato disposto degli artt. 306 e 310 c.p.c.) che preclude all'attore la possibilità di determinare l'estinzione del processo, attraverso una rinuncia *unilaterale* agli atti, con *salvezza del diritto sostanziale* azionato in giudizio (giacché la rinuncia unilaterale può solo investire il diritto sostanziale, mentre la rinuncia agli atti – che consente di fare salvo il diritto sostanziale azionato – dev'essere accettata dalla controparte)¹⁷.

4. – Il primo comma dell'art. 551 cod. civ. prevede la facoltà del legittimario – al quale è stato lasciato un legato in sostituzione di legittima – di «*rinunciare al legato e chiedere la legittima*», mentre il secondo comma sancisce che il legittimario «*se preferisce di conseguire il legato, perde il diritto di chiedere un supplemento ... e non acquista la qualità di erede*»¹⁸. La lettera della disposizione, cioè, impone al legatario la

¹⁵ V. *infra* note 28, 29.

¹⁶ V. *infra* note 30, 31.

¹⁷ Sul punto, si v. *amplius infra*, § 6.

¹⁸ Sulla rinuncia al legato sostitutivo, A. TRABUCCHI, *Forme necessarie per la rinuncia al legato immobiliare e natura della rinuncia al legato sostitutivo*, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, 914 s.; U. MORELLO, *Accettazione o preferenza del legato in sostituzione di legittima?*, in *Foro it.*, 1964, I, 1210; G.B. FERRI, *Dei legittimari. Artt. 536-564*, in *Commentario al codice civile*, diretto da V. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, 1981, 94 s.; E. PEREGO, *I legati*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 5, I, UTET, 1982, 221; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del codice civile*, Cedam, 1982, 250 s.; A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, 2000, 2a ed., I, 543 ss.; L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Successione necessaria*, in *Dig. disc. priv. (civ.)*, XIX, UTET, 2001, 99 s.; G. IUDICA, *Il legato in conto di legittima nel sistema dei legati in favore del legittimario*, in *Famila*, 2003, I, 294 s.; M. FERRARIO, *Il legato in sostituzione di legittima*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, I, 66 s.; S. Patti, *La rinuncia al legato in sostituzione di legittima*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, I, 64 s.; G. Schiavone, *Il legato in luogo di legittima: modalità di acquisto e ambito della funzione sostitutiva*, in *Famila*, 2006, 2, 215 s.; F. ROMOLI, *Brevi cenni sul legato in sostituzione di legittima*, in *Riv. not.*, 2008, 3, 1155 s.; M. FERRARIO HERCOLANI, *Il legato in sostituzione di legittima*, in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, diretto da G. Bonilini, Giuffrè, 2009, III, 335 s.; D. ACHILLE, *Legato in sostituzione di legittima e forma della rinuncia (in presenza di diritti reali immobiliari)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 6, 591 s.; B. Caliendo, *La quota di legittima ed il suo soddisfacimento mediante legati*, in *Giur. it.*, 2012, 10, 2206 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile 2.2. Le successioni*, Giuffrè, 2015, 5a ed., 192 s.; A. BUCCELLI, *Legato in sostituzione e diritto al supplemento*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 2, 371 s.; C. MARINO, *La rinuncia al legato sostitutivo: presupposto processuale o condizione dell'azione di riduzione?*, in *Fam. dir.*, 2018, 5, 465 s.; G. SICCHIERO, *Forma e termine per la rinuncia del legato in sostituzione di legittima (art. 551 c.c.)*, in *Giur. it.*, 2018, 5, 1074 s.; A. BAIÒ, *Il legato in sostituzione di legittima: un'analisi sistematica*, in *Riv. not.*, 2022, 5, 460 s.; V. BARBA, *Legati a favore del legittimario. Studio n. 136-2021/C*, in *Studi e materiali. Rivista semestrale CNN*, 2023, 2, 389 s..



scelta se “conseguire” il legato – già acquistato per effetto dell’apertura della successione, ai sensi dell’art. 649 cod. civ. – oppure chiedere la legittima, proponendo domanda giudiziale di riduzione delle disposizioni testamentarie e donazioni lesive, ai sensi degli artt. 554 e 555 cod. civ.

Qualora il legittimario dichiari espressamente di accettare il legato, oppure lasci trascorrere inutilmente il termine di prescrizione dell’azione di riduzione¹⁹, allora sarà indubbia la sua scelta del legato in sostituzione di legittima, e saranno altrettanto indubbie la perdita del diritto di chiedere un supplemento e la mancata assunzione della qualità di erede (effetti espressamente previsti dal secondo comma dell’art. 551 cod. civ.). Qualora, invece, egli chieda la legittima, proponendo l’azione di riduzione, si pone la questione *se e quando* il legittimario perda il legato sostitutivo. Il primo comma dell’art. 551 cod. civ. impone l’alternativa tra «rinunciare al legato e chiedere la legittima»: dunque, la perdita del legato è conseguenza di un atto di rinuncia. Ci si interroga perciò in quale *forma* ed entro quale *termine* possa intervenire la rinuncia al legato da parte del legittimario.

Si è evidenziata la necessità di distinguere tra la questione della forma della rinuncia, e la questione della natura *espressa* della rinuncia stessa. Può aversi rinuncia *tacita* – ma in forma scritta – quando l’atto scritto dimostri che vi è totale incompatibilità con l’esercizio di un diritto. Può aversi rinuncia *implicita* – sempre in forma scritta – se la dichiarazione scritta che riguarda un fatto ne comprende anche un altro. Ci si è interrogati, dunque, se la rinuncia ad un legato di bene immobile attribuito in sostituzione della legittima possa essere *tacitamente* inclusa in un documento, com’è l’atto di citazione con cui si domanda la riduzione delle disposizioni testamentarie lesive della legittima²⁰, o possa essere *implicita* in un atto scritto, come nel caso in cui il legatario agisca in riduzione offrendo di conferire alla massa ereditaria il legato (la dichiarazione comporta implicitamente, e non tacitamente, la rinuncia al legato)²¹.

Si ritiene che la rinuncia al legato possa essere fatta sia in forma tacita sia implicita. Si è ravvisata la rinuncia tacita nella proposizione dell’azione di riduzione, quale comportamento inequivocabilmente incompatibile con la volontà di valersi del diritto oggetto del legato, «nell’ipotesi in cui la domanda di riduzione non contenga la richiesta di trattenere il bene legato». In tal caso, la volontà di ottenere la quota di legittima è incompatibile con la volontà di rimanere legatario, giacché il bene legato deve rientrare nella massa ereditaria (e l’azione di riduzione pretende anzitutto la ricostruzione della massa)²².

Quanto alla questione della rinuncia implicita al legato, si è affermato che la questione non sarebbe risolvibile astrattamente, ma dipenderebbe, in concreto, dal contenuto della domanda. Nel senso che, laddove l’azione di riduzione *non* contempli la *volontà* anche di *trattenere* il legato sostitutivo, la domanda sarà in-

¹⁹ In materia di decorso del termine (decennale) di prescrizione del diritto di agire in riduzione, Cass. civ., Sez. Un., 15 ottobre 2004, n. 20644, in *Giur. it.*, 2005, I, 1605, con nota di A. BUCELLI, *Azione di riduzione e decorrenza della prescrizione: l’ultima parola delle Sezioni Unite della Cassazione*, che ha stabilito che – nel caso in cui la lesione derivi da una donazione fatta in vita dal *de cuius* – il termine di prescrizione decennale per l’esperimento dell’azione di riduzione decorre dalla data di apertura della successione, laddove – nel caso in cui la lesione sia ricollegabile a disposizioni testamentarie – è necessario attendere, ai fini della decorrenza del termine prescrizionale, che tale lesione della legittima divenga attuale attraverso l’accettazione dell’eredità da parte del chiamato, poiché, prima di tale momento, la lesione, per effetto delle disposizioni testamentarie, è solo potenziale e il legittimario non potrà, quindi, agire in riduzione per difetto di interesse.

²⁰ Così Cass. civ., 10 giugno 2003, n. 9262, in *Giur. it.*, 2004, 748 s.: «l’atto di citazione sottoscritto da coloro che intendevano compiere la rinuncia integra il requisito della forma scritta necessario per la rinuncia al legato avente ad oggetto beni immobili».

²¹ G. SICCHIERO, *Forma e termine per la rinuncia al legato in sostituzione di legittima*, cit., in nota a Cass. civ., 4 agosto 2017, n. 19646, richiamata nella pronuncia che ora si annota.

²² G. SICCHIERO, *Forma*, cit., 1080.



compatibile con tale volontà, e quindi la rinuncia rivestirà la forma scritta eventualmente necessaria, essendo implicita nella domanda di riduzione²³.

Di tale ricostruzione – per il resto condivisibile – è opinabile che la domanda con cui il legittimario propone l'azione di riduzione, ed esprime altresì una (contraddittoria) volontà di trattenere il legato sostitutivo, *non comporti* la rinuncia tacita al legato stesso. Al contrario, sembra che la proposizione dell'azione di riduzione sia *tout court* incompatibile con la volontà di conservare la qualità di legatario, e che un'eventuale domanda di trattenere il legato configuri una *protestatio contra factum proprium*, di per sé *inefficace*.

Semmai, come si illustrerà subito appresso, la domanda di trattenere il bene oggetto del legato potrà assumere rilievo come domanda di accertamento della compensazione legale (o giudiziale) tra l'*obbligo* del legittimario-legatario di *restituire il bene oggetto del legato* di cui è già entrato in possesso (*ob causam finitam*, giacché la proposizione della domanda di riduzione implica rinuncia al legato) e il suo *diritto alla restituzione dei beni ereditari* (con l'accoglimento delle domande di riduzione e di restituzione, ed eventualmente di divisione)²⁴.

Il principio di diritto – secondo cui, nonostante la proposizione dell'azione di riduzione, il giudice è autorizzato ad ipotizzare comunque «*un duplice intento del legittimario di conseguire il legato e di conseguire la legittima*» – appare fondato su un fraintendimento. Infatti, esso pare presupporre una sovrapposizione tra due domande, entrambe proponibili dal legatario-legittimario. La prima è la domanda volta all'integrazione della legittima (*i.e.* l'azione di riduzione), «*ferma restando l'attribuzione del legato*»; la seconda è la domanda di restituzione dei beni ereditari, conseguente al vittorioso esperimento dell'azione di riduzione da parte del legittimario leso.

Al riguardo, occorre considerare che l'accoglimento della domanda di riduzione presuppone (quale condizione dell'azione) che il legittimario abbia rinunciato al legato; e tale rinuncia lo priva di un titolo idoneo a giustificare l'attribuzione patrimoniale in cui tale legato consiste (della quale attribuzione egli potrebbe avere in concreto già beneficiato). Dunque, il legittimario che rinuncia al legato sostitutivo sarà obbligato a restituire alla massa i beni oggetto del legato, ai sensi degli artt. 2033, 2037 e 2038 cod. civ.²⁵. Da qui l'incompatibilità tra la proposizione dell'azione di riduzione (che presuppone la rinuncia al legato) e la volontà di tenere «ferma» l'attribuzione del legato (il quale dev'essere restituito, per effetto della rinuncia).

D'altro canto, l'accoglimento dell'azione di riduzione proposta dal legittimario determina l'inefficacia, nei suoi confronti, della disposizione testamentaria (o della donazione) lesiva dei suoi diritti. Potendo accettare la vocazione legale all'eredità – allorché le disposizioni lesive diventano inefficaci nei suoi confronti – il

²³ G. SICCHIERO, *Forma*, cit., 1081; cfr. U. PERFETTI, *Dei legittimari. Art. 536-564*, in *Commentario al codice civile*, diretto da V. Scialoja, G. Branca e F. Galgano, a cura di G. De Nova, Zanichelli, 2021, 264, che ritiene – a proposito dei legati non immobiliari, per i quali la rinuncia può risultare anche da *facta concludentia* – che «occorre essere *prudenti* e non indulgere a semplificazioni, perché la questione resta pur sempre quella di stabilire a quali condizioni il comportamento possa dirsi concludente e in particolare se la stessa proposizione della domanda di riduzione soddisfi il requisito» (corsivo nel testo).

²⁴ Cfr. A. TULLIO, *L'azione di riduzione e le azioni di restituzione*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2011, 4, 296 s.; V. BARBA, *Quota di legittima e quota dell'eredità. Gli effetti dell'azione di riduzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 1, 1 s., ricostruisce gli effetti propri dell'azione di riduzione, distinguendo tra: (i) accertamento della qualità di legittimario; (ii) accertamento della lesione; (iii) ridefinizione delle quote di eredità; (iv) pronuncia della inefficacia della disposizione lesiva.

²⁵ In questo senso, v. Cass. civ., 11 novembre 2008, n. 26995, cit., in motivazione: «Neppure può essere condivisa l'ulteriore affermazione della Corte secondo cui la mancata messa a disposizione della massa ereditaria dell'oggetto del legato dopo che sia stata fatta valere la facoltà di cui all'art. 551 cod. civ., non indica una preferenza da parte del legatario per il legato stesso, ben potendo un tale comportamento assumere il diverso significato dell'attesa del conferimento alla massa per poi procedersi, determinata la disponibile, alla attribuzione della quota di riserva; invero, *una volta rinunciato al legato, il beneficiario ne deve dismettere l'oggetto non avendo più alcun titolo per conservarne la disponibilità*» (corsivo agg.).



legittimario acquisterà così un diritto sui beni ereditari, a tutela del quale egli può già promuovere un'azione di restituzione contro gli eredi (o contro i donatari, secondo la rispettiva disciplina), al fine di ottenere la condanna di costoro alla consegna dei beni ereditari²⁶.

L'accoglimento delle domande del legittimario comporta perciò la nascita di obbligazioni restitutorie incrociate tra il legittimario e i beneficiari delle disposizioni testamentarie o delle donazioni oggetto di riduzione. Il legittimario che aveva conseguito il legato sostitutivo – e non l'aveva restituito, nonostante la rinuncia al legato – sarà obbligato a restituire alla massa ereditaria il bene oggetto del legato; il convenuto condannato alla restituzione dei beni ereditari sarà obbligato a sua volta a consegnare al legittimario tali beni²⁷. Ora, i debiti reciproci di somme di denaro liquide ed esigibili (ad es., se il “bene ereditario” è un saldo del conto corrente, come nel caso di specie) si estinguono per compensazione, limitatamente alle quantità corrispondenti e dal giorno della loro coesistenza (art. 1242 cod. civ.). Solo in questo modo si realizza la “attribuzione” del legato sostitutivo al legittimario vittorioso in riduzione. Essa non consegue alla “mancata rinuncia” al legato da parte del legittimario, e neanche alla sua espressa volontà di tenerlo “fermo” nonostante la proposizione dell'azione di riduzione.

Al contrario, la “attribuzione” del legato sostitutivo al legittimario vittorioso è il risultato di un complesso di effetti giuridici, che consegue, da una parte, all'utile esperimento dell'azione di riduzione – che presuppone la rinuncia al legato sostitutivo – e, dall'altra parte, alla mancata restituzione dei beni oggetto del legato sostitutivo da parte del legittimario. L'iniziativa di quest'ultimo è ellitticamente descritta come un suo «*duplici intento [...] di conseguire il legato e di conseguire la legittima*», ma – sul piano giuridico e qualificatorio – tale espressione appare inesatta, per tutte le ragioni anzidette.

Semmai, il legittimario propone in giudizio due domande diverse: una di condanna (conseguente all'accoglimento dell'azione di riduzione), l'altra di accertamento della compensazione del suo diritto oggetto della domanda di condanna con l'obbligo restitutorio sussistente in capo al legittimario stesso. Tale ricostruzione non pare assimilabile – se non in senso meramente fattuale ed economico – ad una “attribuzione del legato” al legittimario, il quale, al contrario, ha perso ogni diritto sui beni oggetto del legato sostitutivo, in conseguenza della rinuncia allo stesso. La legge, infatti, esprime una chiara incompatibilità tra l'iniziativa giudiziale del legittimario (l'azione di riduzione), e la sua “preferenza” per il legato sostitutivo (cfr. art. 551 comma 2 cod. civ.).

La diversa ricostruzione adottata dalla giurisprudenza – che ritiene la preferenza per il legato sostitutivo *compatibile* con l'esercizio dell'azione di riduzione – pare esaltare eccessivamente la volontà del legittimario. L'art. 551 comma 2 cod. civ., infatti, prevede espressamente la perdita di ogni diritto sulla quota di riserva, in conseguenza dell'acquisto del legato, e non si vede come il legittimario-legatario possa acquistare i diritti aventi ad oggetto la quota riservata, senza al contempo perdere il diritto al legato. Deve perciò concludersi che la proposizione della domanda si qualifica come un'indicazione necessariamente univoca della volontà del legittimario di rinunciare al legato.

Questa conclusione consente di risolvere la questione dell'individuazione del *termine* per la rinuncia al

²⁶ Salva la necessità della divisione di un'eventuale comunione ereditaria costituitasi per effetto dell'accoglimento della domanda di riduzione. Cfr. Cass. civ., 29 ottobre 2015, n. 22097, in *OneLegale*: «è ammessa la possibilità per il legittimario di esercitare l'azione di riduzione anche in sede di divisione ereditaria, atteso che gli effetti della divisione, nonostante il meccanismo della collazione, non assorbono gli effetti della riduzione».

²⁷ Ad esempio, il testatore lascia al legittimario un legato sostitutivo di 100 euro, mentre questi ha diritto ad una quota di 150. Il legittimario agisce in riduzione contro l'erede universale istituito per testamento: rinuncia al legato sostitutivo, ma trattiene la somma (*i.e.* non la versa all'erede). Se la domanda del legittimario è accolta, l'erede dovrà pagargli (non 150 ma) 50.



legato sostitutivo ai sensi dell'art. 551 cod. civ. Secondo la ricostruzione qui offerta, la questione risulta mal posta, dal momento che la proposizione dell'azione di riduzione contiene essa stessa la volontà (tacita) del legatario-legittimario di rinunciare al legato. Il momento in cui si verifica la rinuncia, pertanto, coincide necessariamente con la proposizione dell'azione di riduzione (salvo che tale rinuncia intervenga anteriormente). È perciò superfluo interrogarsi *se* la rinuncia possa intervenire successivamente alla domanda (come invece ammette la giurisprudenza), giacché – in concreto – la sola proposizione della domanda è già un atto univoco di rinuncia al legato, sicché una manifestazione ulteriore di volontà di rinunciare al legato sarebbe davvero “frustranea”, cioè improduttiva di effetti giuridici ulteriori e autonomi.

Nel prosieguo si illustrerà come questa soluzione ben s'incastri con la natura processuale di *condizione dell'azione* della *rinuncia* al legato sostitutivo; inoltre, si argomenterà che tale soluzione è preferibile dal punto di vista sistematico – rispetto all'orientamento giurisprudenziale criticato – con specifico riferimento al regime delle altre condizioni dell'azione di *riduzione*.

5. – Che la rinuncia al legato in sostituzione di legittima integri una condizione dell'azione di riduzione – e non un presupposto processuale – è opinione prevalente in dottrina²⁸ e in giurisprudenza²⁹. Indipendentemente da tale qualificazione della rinuncia, tuttavia, permangono alcune incertezze riguardo al *termine* entro cui essa debba intervenire. Nella decisione annotata si afferma che la rinuncia possa intervenire anche a causa iniziata: e nello stesso senso è orientata la giurisprudenza che esclude che la mera proposizione dell'azione di riduzione integri automaticamente rinuncia tacita al legato sostitutivo³⁰, così ammettendo *a contrario* che la rinuncia possa intervenire in corso di causa. Un precedente di legittimità ha richiesto che la rinuncia al legato intervenisse al più tardi al momento della domanda, ma è rimasto isolato³¹.

²⁸ P. RAPONE, *In tema di legato*, cit., 1116 s.; L. MENGONI, *Successioni*, cit., 122 s.; S. PATTI, *La rinuncia*, cit., 65; C. MARINO, *La rinuncia*, 472. *Contra* L. COLLURA, *La rinuncia*, cit., che propone – in base a considerazioni relative all'efficienza dei giudizi – che la rinuncia al legato in sostituzione di legittima vada riqualficata come presupposto processuale dell'azione di riduzione. Pare a chi scrive che una simile riqualficazione sia ultronea rispetto allo scopo (condivisibile) di evitare il rigetto in rito della domanda di riduzione, qualora non si verifichi la condizione dell'azione (la rinuncia al legato), giacché la natura di condizione dell'azione è senz'altro compatibile con il suo necessario verificarsi al più tardi al momento della proposizione della domanda (nella quale si ravvisa la rinuncia tacita al legato: v. *supra* nel testo).

²⁹ Oltre alla pronuncia qui annotata, Cass. civ., 4 agosto 2017, n. 19646, cit.: «Il potere attribuito al legittimario, in favore del quale il testatore abbia disposto un legato tacitativo, di conseguire la parte dei beni ereditari spettantegli *ex lege*, anziché conservare il legato, postula l'assolvimento di un onere, consistente nella rinuncia al legato che, *integrando gli estremi di una condizione dell'azione*, può essere assolto fino al momento della decisione» (corsivo agg.). Inoltre, si v. Cass. sez. II civ. 26 gennaio 1990, n. 459, in *Giur. it.*, 1990, 8, 1116 s., con nota di P. RAPONE, *In tema di legato*, cit.; in *Riv. not.*, 1990, 5, 1125 s., con nota di N. DI MAURO, *In tema di forma della rinuncia al legato avente per oggetto beni immobili*.

³⁰ Cass. civ., 4 agosto 2017, n. 19646, cit.; Cass. civ., 22 giugno 2010, n. 15124, in *OneLegale*; Cass. civ., 11 novembre 2008, n. 26955, cit.; Cass. civ., 15 marzo 2006, n. 5779, in *Riv. not.*, 2007, 1, 200 s., con nota di G. MUSOLINO, *La rinuncia al legato in sostituzione di legittima*; Cass. civ., 22 giugno 2005, n. 13380, in *OneLegale*; Cass. civ., 22 luglio 2004, n. 13785 in *OneLegale*; Cass. civ. 15 maggio 1997, n. 4287, in *Giust. civ.*, 1997, 12, 1099 s., con nota di N. DI MAURO, *Legato di liberazione da un debito e remissione mortis causa: appunti sull'art. 658 c.c.*; Cass. civ., 5 giugno 1971, n. 1683; Cass. civ., 19 settembre 1968, n. 2966. La dottrina segue la giurisprudenza, v. per tutti L. MENGONI, *Successioni*, cit., 119, secondo cui «in difetto d'altro, la domanda non è di per sé in grado di esprimere in modo acconcio la volontà di rinuncia al legato, non trattandosi di atto univoco».

³¹ Cass. civ., 22 giugno 2005, n. 13380, in *OneLegale*, in motivazione: «L'esercizio dell'azione del riservatario diretta al conseguimento della in natura legittima lesa dal conguaglio disposto dal testatore [...] postula, quindi, l'assolvimento da parte del riservatario dell'onere della rinuncia al legato divisorio, *con un atto che deve intervenire previamente o quanto meno contestualmente alla domanda giudiziale*» (corsivo agg.). In s. conforme, V. BARBA, *Legati*, cit., 406: «Soltanto dopo che il legittimario abbia rifiutato il legato tacitativo, può agire con l'azione di riduzione. La rinuncia al legato deve essere manifestata prima dell'inizio del giudizio di riduzione o, al più tardi, con la stessa domanda giudiziale di riduzione».



Si cerca di dimostrare, dunque, che la rinuncia al legato in sostituzione di legittima integra sì una condizione dell'azione di riduzione – che, in quanto tale, può verificarsi fino alla spedizione della causa in decisione – ma, nonostante ciò, che tale rinuncia debba comunque ritenersi implicita nell'atto di citazione, con cui il legittimario propone la domanda in questione³².

A questo proposito, giova ricordare che la natura della rinuncia al legato quale condizione dell'azione di riduzione comporta, in primo luogo, che la sua sussistenza può essere rilevata *ex officio* dal giudice, anche in assenza di eccezione di parte³³; in secondo luogo, che la condizione dell'azione può intervenire in qualsiasi momento prima che la causa sia trattenuta in decisione, ma non oltre quel momento.

La qualificazione della rinuncia in termini di condizione dell'azione, tuttavia, non esclude la possibilità di interferenze della disciplina sostanziale con quella processuale. In particolare – sempre in materia di azione di riduzione – l'art. 564 comma 1 cod. civ. richiede ai legittimari diversi dai coeredi di integrare un'ulteriore condizione dell'azione, vale a dire l'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario, salvo che le disposizioni testamentarie e le donazioni di cui si chiede la riduzione siano state fatte a persone chiamate come coeredi.

Le condizioni dell'azione di riduzione, dunque, sono due: l'accettazione beneficiata dell'eredità, e la rinuncia al legato in sostituzione di legittima. Al contrario, non integra una condizione dell'azione di riduzione l'imputazione *ex se* delle liberalità effettuate in vita dal *de cuius* al legittimario, la quale – nonostante la rubrica dell'art. 564 cod. civ. ("*Condizioni per l'esercizio dell'azione di riduzione*") – si ritiene che si traduca in una mera operazione di calcolo, con la quale – dopo aver considerato come facente parte della sua quota legittima il valore delle donazioni e dei legati fatti al legittimario – si verifica se esiste una differenza tra la misura della quota spettante in astratto al legittimario, e quella in concreto attribuitagli per tal via³⁴.

L'accettazione con beneficio d'inventario è ritenuta una condizione dell'azione, e non un presupposto processuale, di tal che la sua mancanza potrà essere rilevata d'ufficio dal giudice, anche in appello, senza necessità che il convenuto in riduzione sollevi la relativa eccezione³⁵. Tuttavia, nonostante si tratti di condizione dell'azione – che, come tale, può sopravvenire nel corso del processo – si richiede che l'accettazione beneficiata intervenga al tempo in cui l'azione è incardinata, non potendo sopraggiungere in un secondo momento. La ragione è di diritto sostanziale: se l'accettazione beneficiata interviene dopo la proposizione del-

³² Così Cass. civ., 10 giugno 2003, n. 9262, cit. *supra* nota 20.

³³ Cass. civ., 18 aprile 2000, n. 4971, in *Giur. it.*, 2001, I, 30; App. Roma 10 febbraio 1995, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, 381, con nota di G.M. CALISSONI, *Azione di riduzione e rinuncia tacita ad un legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto beni immobili*; T. Monza, 7 marzo 1985, in *Giur. It.*, 1986, I, 104. In dottr., M. FERRARIO, *Il legato*, cit., 67.

³⁴ In questo senso G. CATTANEO, *Imputazione del legittimario*, in *Dig. disc. priv. (civ.)*, IX, UTET, 1998, 356; U. PERFETTI, *Legittimari*, cit., 501, con richiamo a Cass. civ., 28 giugno 1968, n. 2202, in *Giust. civ.*, 1969, I, 90, in cui si affermò che la richiesta di imputazione corrisponde ad un'eccezione del convenuto. *Contra*, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commercial*, Giuffrè, 1962, 9a ed., VI, 335: essendo l'imputazione una condizione dell'azione, il suo difetto darebbe luogo all'inammissibilità dell'azione di riduzione e, conseguentemente, all'impossibilità per il legittimario di effettuare l'imputazione in corso di causa.

Cfr. V. CARBONE, *Riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie lesive della legittima*, in *Dig. disc. priv. (civ.)*, XII, UTET, 1998, 621, che ritiene che «l'imputazione delle liberalità in conto o sostitutive della legittima [sia] prevista come condizione per l'esercizio dell'azione di riduzione dall'art. 564 c.c.». L'opinione non è condivisibile. Infatti, se il legittimario è stato beneficiario con un legato sostitutivo – e vi ha rinunciato, avendo preferito far valere i suoi diritti di legittimario – egli non potrà ritenersi tenuto all'imputazione *ex se* di siffatta liberalità (il legato sostitutivo) quale condizione dell'azione di riduzione. L'imputazione, infatti, presuppone la volontà di conseguire il legato sostitutivo, la quale è evidentemente incompatibile con un'altra condizione dell'azione di riduzione, cioè la rinuncia al legato sostitutivo.

³⁵ V. *giur. cit. supra*, nota 33.



l'azione di riduzione, quest'ultima implica comunque accettazione pura dell'eredità (in forma tacita), così precludendo una successiva accettazione beneficiata³⁶.

Dunque, il regime processuale dell'accettazione beneficiata – una condizione dell'azione di riduzione, che deve però sussistere all'atto in cui l'azione è incardinata – è giustificato da ragioni di ordine sostanziale. Infatti, la proposizione dell'azione di riduzione è un atto che presuppone necessariamente la volontà del chiamato di accettare l'eredità. Ne consegue che l'accettazione beneficiata successiva alla proposizione della domanda sarebbe davvero *inutile*, in quanto la proposizione dell'azione di riduzione avrebbe già prodotto gli effetti di una accettazione tacita (in forma pura, anziché beneficiata).

Lo stesso deve ritenersi, *mutatis mutandis*, per la rinuncia al legato: la proposizione dell'azione di riduzione si configura essa stessa come atto inequivocabilmente incompatibile con l'acquisto del legato in sostituzione (*i.e.* il “conseguimento” del legato per mancato rifiuto). Ne discende che la rinuncia al legato va qualificata come condizione dell'azione, che può intervenire in qualsiasi momento prima che la causa sia trattata in decisione, e tuttavia non potrà darsi il caso di una rinuncia sopravvenuta, posto che – sul piano sostanziale – la stessa notificazione dell'atto di citazione comporta la volontà del legittimario, che agisce in riduzione, di *rinunciare* al legato sostitutivo.

6. – Esaminati i profili di diritto sostanziale, restano da trattare alcune questioni di carattere processuale. Ferma restando la natura della rinuncia al legato di condizione dell'azione di riduzione, va rilevato che la disciplina processuale dell'estinzione del processo per rinuncia agli atti preclude all'attore di disporre unilateralmente del processo, conservando allo stesso tempo il potere di azionare il diritto in un nuovo giudizio³⁷. Che è esattamente quanto accadrebbe se l'attore in riduzione potesse, a sua discrezione, rinunciare al legato sostitutivo successivamente all'introduzione della domanda di riduzione, facendo mancare una condizione dell'azione, e così determinando il rigetto in rito della domanda proposta, con salvezza del diritto sostanziale azionato. Posto che un simile esito non è consentito dall'ordinamento, se ne ricava *a contrario* la necessità che la rinuncia intervenga, al più tardi, al momento dell'introduzione del giudizio. La soluzione proposta – che la rinuncia sia senz'altro implicita nella proposizione della domanda – pare soddisfacente anche sotto questo profilo.

Si è osservato che – se si volesse contrastare l'interpretazione, secondo cui la rinuncia al legato è condizione dell'azione, il cui difetto originario è sanabile in corso di causa – non sarebbe sufficiente il rilievo che, alla stregua della qualificazione così assegnata all'atto di rinuncia, il legittimario che agisce per la riduzione potrebbe approfittare del suo compimento nel corso del giudizio, e così avrebbe modo di valutare le difese avversarie prima di formulare il rifiuto del legato³⁸. Si è affermato che questa non sarebbe una strate-

³⁶ Cass. civ., 19 ottobre 2012, n. 18068, in *CED Cassazione*; App. Roma 14 gennaio 1999, in *Vita not.*, 1999, I, 28, con nota di M. BUTTITA, *Ammissibilità dell'azione di riduzione*; Cass. civ., 9 luglio 1971, n. 2200, in *Giust. civ.*, 1972, I, 164. In dottrina, G. MARINARO, *La successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da G. Perlingieri, Napoli, 2009, 375; U. PERFETTI, *Legittimari*, cit., 493.

³⁷ Per tutti, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Giappichelli, 2017, 11ª ed., II, 260: «l'attore può sempre rinunciare agli atti. Tuttavia talvolta la rinuncia non ha efficacia se non è accettata dal convenuto. E questo è il punto fondamentale: una volta instaurato il rapporto processuale, cioè una volta esercitato il diritto di azione, con la notificazione dell'atto di citazione o con il deposito del ricorso, il diritto alla decisione di merito diviene “bilaterale”, e così ormai spetta tanto all'attore quanto al convenuto, almeno dal momento in cui il convenuto si sia costituito in giudizio».

³⁸ C. MARINO, *La rinuncia*, cit., 473.



gia difensiva utile, considerando che il legatario-legittimario è consapevole della consistenza della massa ereditaria, del valore della propria quota di riserva e delle conseguenze sulla domanda di riduzione della persistente mancata rinuncia al legato³⁹.

A ciò occorre aggiungere l'esame di un ulteriore profilo di diritto processuale. Come si è anticipato, se la rinuncia al legato in sostituzione (condizione dell'azione) potesse concretamente sopraggiungere alla proposizione dell'azione di riduzione – si è cercato di dimostrare che non è così – allora il legatario-legittimario sarebbe arbitro della (in)sussistenza del potere del giudice di decidere la causa nel merito. Infatti, se la condi-

³⁹ C. MARINO, *ibidem*. In contrario, può osservarsi che il legittimario non è sempre ben consapevole della consistenza della massa ereditaria e del valore della propria quota: al contrario, l'azione di riduzione spesso è proposta "al buio", proprio allo scopo di accertare l'ammontare dell'asse (si pensi, ad esempio, al caso in cui il *de cuius* abbia disposto numerose donazioni, in forma diretta o anche indiretta, a favore di soggetti diversi dai legittimari).

L'azione di riduzione, tuttavia, non pare adeguata a tutelare l'interesse del legittimario – che assume di essere stato leso nei suoi diritti – ad ottenere un accertamento dell'ammontare dell'asse ereditario. Infatti, la meritevolezza di un siffatto interesse del legittimario (il quale mira, in sostanza, ad una sorta di C.T.U. esplorativa, richiesta attraverso la proposizione dell'azione di riduzione) dev'essere valutata complessivamente, alla luce dell'intero ordinamento giuridico. La soluzione alla questione dell'ammissibilità di tale azione senza previa rinuncia pare preferibilmente negativa. Infatti, la disciplina sostanziale e processuale vigente prevede, in capo al legittimario beneficiario di un legato sostitutivo, l'onere di una scelta netta se conseguire il legato o proporre l'azione di riduzione. Tale azione, infatti, vale da sola come una rinuncia tacita al legato in sostituzione di legittima, né il legittimario può evitare tale effetto, domandando espressamente che il legato in sostituzione gli sia comunque attribuito. Il giudice semmai dichiarerà la compensazione tra un obbligo del legatario conseguente alla rinuncia tacita al legato sostitutivo (con l'obbligo di restituire alla massa l'oggetto del legato) e il diritto del legittimario conseguente all'accoglimento dell'azione di riduzione. Al contrario, l'oggetto del legato *in sostituzione* – al quale il legittimario ha rinunciato tacitamente – giammai potrà ritenersi attribuito a costui: diversamente, il lasciato a titolo particolare riceverebbe il trattamento giuridico non già di un legato sostitutivo (come invece è già stato qualificato dal giudice), bensì di un legato *in conto* di legittima.

Nella situazione così delineata si verifica perciò un sostanziale diniego di tutela in capo al legittimario che *non intende rinunciare* al legato sostitutivo, che in questo modo si troverà impedito *di fatto* dal proporre l'azione di riduzione, la quale comporta automaticamente rinuncia tacita al legato sostitutivo. Per dare soddisfazione al bisogno di tutela del legittimario (il quale è leso, *forse*, nei suoi diritti) deve comunque ritenersi esperibile da parte di costui un'autonoma azione di accertamento, volta appunto ad accertare l'ammontare dell'asse ereditario.

Deve infatti ritenersi sussistente un interesse giuridicamente tutelato ad ottenere un accertamento giurisdizionale di una situazione giuridica soggettiva di cui il legittimario è titolare. Tale situazione giuridica si sostanzia nel «diritto alla legittima [che] si specifica, nel nostro ordinamento come diritto ad una quota di eredità sufficiente ad assicurare il conseguimento della porzione di beni destinata per legge al legittimario: una quota, vale a dire, il cui contenuto economico dev'essere pari alla parte a questi spettante sulla massa patrimoniale determinata ai sensi dell'art. 556 c.c.» (così S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Giuffrè, 2008, 35, il quale precisa che l'espressione ha un valore ellittico, giacché i beni possono essere ottenuti solo attraverso l'acquisto di una certa quota ereditaria). Il diritto del legittimario, cioè, è commisurato all'asse ereditario; e la determinazione dell'ammontare dell'asse potrà essere oggetto di un'autonoma domanda di accertamento, sussistendo l'interesse ad agire; siffatta domanda tenderà ad un accertamento giurisdizionale con efficacia di giudicato, che farà stato in qualsiasi ulteriore giudizio fra le parti, i loro eredi e aventi causa (art. 2909 cod. civ.).

Dunque, il legittimario che non intenda rinunciare al legato sostitutivo dovrebbe essere ammesso a proporre un'autonoma azione di accertamento dell'asse ereditario, nell'ammontare indicato dallo stesso legittimario nell'atto di citazione. All'esito di tale accertamento – in una misura eventualmente inferiore a quanto indicato dal legittimario – il beneficiario di un legato in sostituzione di legittima potrà (valutare la convenienza se) proporre separata azione di riduzione delle disposizioni testamentarie e/o della disposizione lesive dei suoi diritti sulla quota sull'asse, così com'è stato determinato nel primo giudizio, con un accertamento che «fa stato» anche nel successivo giudizio di riduzione, proposto tra le stesse parti. La proposizione dell'azione di riduzione – come si è detto – comporterà la rinuncia tacita al legato sostitutivo disposto a favore del legittimario; se però la sua quota di legittima dovesse risultare meno consistente del legato sostitutivo, il legittimario potrà semplicemente astenersi dal proporre l'azione di riduzione.

La soluzione indicata comporta senz'altro un aggravio dal punto di vista dell'economia processuale (due giudizi anziché uno solo, ancorché il secondo giudizio non avrà ad oggetto la ricostituzione dell'asse ereditario), e tuttavia pare l'unica in grado di conciliare una corretta interpretazione sistematica dell'art. 551 cod. civ. – così come ricostruita nel presente contributo – con le esigenze di tutela del legatario-legittimario che non intenda proporre l'azione di riduzione "al buio", che importerebbe la perdita del diritto che egli aveva già conseguito in virtù della disposizione a titolo particolare.



zione dell'azione – qual è anche la rinuncia al legato – non interviene prima della rimessione della causa in decisione, allora la domanda dovrà essere rigettata *in rito*⁴⁰.

In astratto, si potrebbe ritenere questa conseguenza si rannodi ad un altro principio, relativo all'irrinunciabilità dell'azione di riduzione solo prima della morte del *de cuius* (art. 557 comma 2 cod. civ.), dal quale potrebbe ricavarsi una conferma del potere del legittimario di condizionare l'andamento del processo. Si potrebbe sostenere che il legittimario – che ha agito in riduzione dopo l'apertura della successione – possa rinunciare all'azione di riduzione, sicché nulla osterebbe a consentirgli di “far cadere” in altro modo la sua iniziativa giudiziale (ad es., facendo mancare la condizione dell'azione).

Ad una simile ricostruzione, tuttavia, possono muoversi alcune obiezioni.

Occorre infatti ricordare che la rinuncia all'azione di riduzione opera sul piano *sostanziale*, e comporta una dismissione – da parte del legittimario – del suo diritto potestativo (sostanziale) di ottenere una pronuncia costitutiva dell'inefficacia relativa delle disposizioni testamentarie o delle donazioni lesive della sua quota di riserva. L'effetto della rinuncia all'azione di riduzione è l'estinzione del relativo diritto sostanziale, dalla quale sorge il dovere del giudice di rigettare *nel merito* la domanda giudiziale – per infondatezza (giacché il diritto azionato non esiste più, sul piano sostanziale) – e cioè la rinuncia spiega effetti sia nel giudizio nel corso del quale è stata posta in essere, sia in eventuali giudizi proposti successivamente. Il rigetto nel merito, infatti, comporta la formazione del giudicato sostanziale in ordine all'inesistenza del diritto azionato.

Al contrario, la mancata rinuncia al legato sostitutivo comporta l'inammissibilità della domanda per difetto di una delle condizioni dell'azione. L'effetto del mancato avverarsi della condizione dell'azione di riduzione (la rinuncia al legato) è il rigetto della domanda *in rito* – per l'inammissibilità della stessa, restando impregiudicata ogni questione in ordine all'esistenza del diritto sul piano sostanziale (giacché manca semplicemente una condizione di decidibilità della causa nel merito) – e ciò vale solo per il giudizio in corso, salva la possibilità per il legatario-legittimario di riproporre utilmente la domanda in un successivo giudizio. Infatti, le pronunce di rito non sono idonee alla formazione del giudicato sostanziale sull'(in)esistenza del diritto azionato.

Questo secondo scenario va raffrontato all'ipotesi della rinuncia agli atti, la quale comporta l'estinzione del processo «quando questa è accettata dalle altre parti costituite che potrebbero aver interesse alla prosecuzione» (art. 306 comma 1 c.p.c.), senza con ciò comportare l'estinzione dell'azione, cioè del diritto sostanziale sottostante (*rectius*, del diritto di azione, cioè il potere di agire in giudizio, onde ottenere una pronuncia nel merito circa l'esistenza e il modo di essere di quel diritto sostanziale) (art. 310 c.p.c.).

Sia la rinuncia agli atti sia la mancata tempestiva rinuncia al legato sono strumenti fruibili all'attore in riduzione, che può valersene a sua discrezione; entrambe precludono la decisione della causa del merito, ma non precludono la riproposizione dell'azione di riduzione in un giudizio successivo; e – tuttavia – solo la rinuncia agli atti richiede l'accettazione delle altre parti costituite, mentre la mancata tempestiva rinuncia al legato si traduce in un'iniziativa unilaterale dell'attore (controparte non ha alcun potere di opporsi alla conseguenza della mancata accettazione, *i.e.* il rigetto *in rito* della domanda).

Ora, il legittimario che agisce in riduzione può senz'altro disporre della sua tutela giurisdizionale, nei modi ed entro i limiti stabiliti dalla legge. Tali limiti si sostanziano nella seguente alternativa: (i) in caso di

⁴⁰ Per tutti, C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., I, 562: «la sentenza che nega una o entrambe fra le condizioni dell'azione [e] le sentenze che negano i presupposti processuali [...] sia le prime che le seconde fanno applicazione solo di norme processuali (e non sostanziali) e dunque sono sentenze di puro rito, che non vincolano in alcun modo il giudice di un secondo processo sulla stessa domanda» (corsivo nel testo).



rinuncia all'azione, si produrrà l'estinzione del diritto sostanziale dell'attore, il quale non potrà nuovamente azionarlo in giudizio (in tal caso non è necessaria l'accettazione di controparte), oppure, (ii) in caso di rinuncia agli atti, si produrrà l'estinzione del processo, salva la possibilità per l'attore di azionare nuovamente in giudizio il medesimo diritto sostanziale (ma in tal caso sarà necessaria l'accettazione di controparte, se si è costituita in giudizio)⁴¹. Gli artt. 306 e 310 c.p.c. non sembrano consentire al legittimario di disporre unilateralmente dell'azione, come invece egli potrebbe fare semplicemente omettendo di rinunciare tempestivamente al legato. Tanto gli è concesso, d'altra parte, dall'orientamento giurisprudenziale ora criticato, secondo cui la condizione dell'azione (la rinuncia al legato sostitutivo) può essere posta in essere dal legittimario (o da lui essere fatta mancare definitivamente) anche *in corso di causa*.

Un'ultima notazione. La ricostruzione proposta potrebbe sembrare eccessivamente severa nei confronti del legittimario-legatario, sostanzialmente costretto a rinunciare al legato già al momento della proposizione dell'azione di riduzione. A quest'obiezione si può replicare, in primo luogo, che rispetto all'orientamento criticato la ricostruzione proposta è più aderente al dato normativo (artt. 551 e 564 cod. civ.; artt. 306 e 310 c.p.c.); in secondo luogo, vi è un'altra soluzione – sebbene incerta e farraginosa – che consente al legittimario-legatario che rinuncia al legato, nel momento in cui propone l'azione di riduzione, di tutelarsi rispetto ad un possibile rigetto della sua domanda, apponendo alla rinuncia la condizione risolutiva del rigetto dell'azione di riduzione⁴²; in terzo luogo, va considerato che il legatario-legittimario – che ritiene di essere stato leso nei suoi diritti, ma non conosce l'esatto ammontare dell'asse ereditario – potrebbe comunque proporre un'azione di mero accertamento del suo diritto alla legittima, senza necessità di proporre la domanda costitutiva in cui si sostanzia l'azione di riduzione (e, con essa, rinunciare al legato sostitutivo)⁴³; infine, sul piano processuale, il giudizio civile è fitto di preclusioni, e ammettere il potere dell'attore di integrare una condizione di decidibilità della causa nel merito fino ad una fase avanzata del giudizio (la rimessione della causa in decisione) pare contrario al principio costituzionale di ragionevole durata del processo⁴⁴.

⁴¹ Con una precisazione. La rinuncia agli atti fatta *in primo grado*, come si è detto, comporta l'estinzione del processo con salvezza del diritto sostanziale. Per la rinuncia *in appello* bisogna invece distinguere tra la rinuncia *agli atti*, soggetta al regime anzidetto, e la rinuncia *all'impugnazione*, fatta dall'appellante, che non necessita dell'accettazione di controparte (Cass. civ., 6 marzo 2018, n. 5250; Cass. civ., 5 aprile 2022, n. 11034; Cass. civ., 24 agosto 2022, n. 25311: «la rinuncia all'impugnazione da parte dell'appellante equivale a rinuncia all'azione e pertanto non necessita, a differenza della rinuncia agli atti, di accettazione da parte dell'appellato»). In questo caso – assimilato dalla giurisprudenza alla rinuncia all'azione, cioè al diritto sostanziale fatto valere – l'effetto della rinuncia è l'estinzione del solo giudizio di impugnazione (anziché dell'intero processo), che comporta il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado. La rinuncia al *ricorso per cassazione* – pur in assenza dei requisiti di cui all'art. 390 u.c. c.p.c. – non è non idonea a determinare l'estinzione del processo, ma denota il definitivo venire meno di ogni interesse alla decisione e comporta, pertanto, l'inammissibilità del ricorso (Cass. civ., 7 giugno 2018, n. 14782).

⁴² G. BONILINI, *Dei legati*, cit., 222, ritiene «Autorevole, ma isolata, ... la tesi che ammette la validità della rinuncia sottoposta a condizione ... dato il silenzio, a codesto riguardo, del Codice civile, e dato il carattere solo patrimoniale del legato» (L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 462), mentre altra parte della dottrina fonda la validità della rinuncia condizionata al legato sull'inapplicabilità dell'art. 520 cod. civ. alla rinuncia al legato (Giu. AZZARITI, *Le successioni*, cit., 525-526; A. TRABUCCHI, *Legato (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, 1962, 616). Un'altra parte della dottrina esclude la validità della rinuncia condizionata in considerazione del principio dell'osservanza della volontà del testatore (A. MASI, *Dei legati*, in *Commentario al codice civile*, diretto da V. Scialoja, G. Branca, Zanichelli, 1979, 16). Si tratta di una via evidentemente incerta.

⁴³ V. *amplius supra*, nota 39.

⁴⁴ Evidenzia l'inevitabile spreco di attività processuale, in caso di rigetto della domanda per difetto della condizione dell'azione (costituita dalla rinuncia al legato sostitutivo), L. COLLURA, *La rinuncia*, cit., 4.



7. – La pronuncia annotata va apprezzata per il rigore nell'applicazione dei principi di diritto già affermati dalla Suprema Corte. Tuttavia, uno di questi principi appare maturo per un ripensamento. Precisamente, si tratta di rivedere la questione – non sottoposta all'attenzione delle Sezioni Unite nel 2011 – se la proposizione dell'azione di riduzione possa qualificarsi alla stregua di una *rinunzia tacita* al legato in sostituzione di legittima, fermo restando che tale rinunzia ha natura di atto dismissivo di un diritto già acquistato al patrimonio del legatario per effetto dell'apertura della successione⁴⁵.

La soluzione positiva è preferibile, sia per ragioni di diritto sostanziale sia per questioni di ordine processuale. Precisamente, il legislatore impone al legittimario di scegliere se conseguire il legato sostitutivo o agire in riduzione, e la volontà di tenere “ferma” l'attribuzione ricevuta di per sé è irrilevante, salvo che l'obbligo restitutorio del legittimario (che ha rinunciato al legato) potrebbe poi compensarsi con il suo diritto sui beni ereditari. Inoltre, la rinunzia al legato sostitutivo è considerata una *condizione dell'azione* di riduzione – la cui mancanza determina il rigetto *in rito* della domanda – sicché pare inaccettabile che l'attore si riservi un potere unilaterale di determinare il mancato verificarsi di tale condizione (omettendo di rinunciare al legato in corso di causa), in modo tale da conseguire in modo *unilaterale* un effetto – quello della rinuncia agli atti con salvezza del diritto sostanziale fatto valere – per cui l'ordinamento in via generale richiede l'accettazione del convenuto.

Tutte queste considerazioni sembrano prestarsi – se condivise – ad essere integrate agevolmente con i principi giurisprudenziali già consolidati, senza necessità di compiere alcun *revirement* di ampia portata, né tantomeno di rimettere la questione alle Sezioni Unite. Al contrario, pare sufficiente riconoscere che la proposizione dell'azione di riduzione costituisce di per sé un *atto inequivocabile di rinuncia al legato in sostituzione di legittima*.

Dal punto di vista applicativo, l'accoglimento di tale soluzione comporterà la fondatezza della domanda del legittimario che agisce in riduzione, qualora sia stato beneficiario con un legato sostitutivo. Ciò anche in mancanza di un'espressa rinunzia da parte del legittimario, e persino in presenza di un'eventuale sua espressa riserva di “mantenere fermo il legato”. Per contro, dovrà essere disattesa ogni eccezione di rito, relativamente al difetto di quella condizione dell'azione (di riduzione) che consiste nella rinunzia al legato sostitutivo, in quanto la proposizione dell'azione di riduzione integra senz'altro tale condizione. Anche dal punto di vista applicativo, dunque, la soluzione proposta sembra preferibile, perché idonea a favorire una più rapida definizione della controversia che origina dall'iniziativa del legittimario beneficiario di un legato sostitutivo.

⁴⁵ In proposito, si rammenta che le Sezioni Unite erano state investite della questione se – al contrario – l'accettazione del legato potesse considerarsi alla stregua di un elemento della fattispecie acquisitiva del legato.