ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA / EDICIÓN SEMESTRAL / FEBRERO 2023 / VALENCIA-ESPAÑA

Publicación de circulación Internacional
Actualidad Jurídica Iberoamericana
https://www.revista-aji.com

Editan:
Instituto de Derecho Iberoamericano.
C/ Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15 Valencia, España. 46023.
Correo Electrónico: contacto@idibe.org
web: www.idibe.org

Tirant lo Blanch.
C/Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia (España).
Telf. +34 963 61 00 48.
Correo electrónico: tlb@tirant.com
web: www.tirant.com

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

Actualidad Jurídica Iberoamericana se encuentra indexada en los siguientes índices de calidad: REDIB, ANVUR, LATINDEX, CIRC, MIAR y SCOPUS.

Así mismo se encuentra incluida en los siguientes catálogos: Dialnet, RODERIC, Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN), Ulrich's, Dulcinea.

Impreso en España
Diagramación: Elias On - elias.on@live.com

SUMARIO

18

LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE ED EXTRACONTRATTUALE NELLE MODERNE SOCIETÀ DEL RISCHIO

Coordinadores: Giovanni Berti de Marinis, Araya Alicia Estancona Pérez, Almudena Gallardo Rodríguez.

PRÓLOGO

01/ "Presupposti e limiti del risarcimento del danno". Eugenio Llamas Pombo (España)..... 16

DOCTRINA

A) ASPETTI EVOLUTIVO DELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE ED EXTRACONTRATTUALE

02/ "Introduzione". Vito Rizzo (Italia)..... 44

03/ "La indemnización de daños y perjuicios por falta de conformidad en la compraventa de bienes de consumo". Gonzalo Muñoz Rodrigo (España)..... 52

04/ "La prevención ante la responsabilidad civil por riesgos del desarrollo". Janet Ghersi Almarales (Cuba)..... 84

05/ "Verso una disciplina consumeristica "sostenibile" del settore automotive?". Emanuele Tuccari (Italia)..... 108

06/ "Repercusiones civiles del ejercicio de las acciones follow on derivadas del cártel de camiones europeos". Alejandro Platero Alcón (España)..... 148

07/ "Los daños por productos defectuosos ante consumidores hipervulnerables por falta de accesibilidad en el derecho español. Valoración de la culpa del consumidor". Luis Andrés Pelegrino Toraño (Cuba). 172

08/ "L'ipotesi di una terza via tra i modelli di responsabilitá civile degli insegnanti". Emanuela Morotti (Italia).....200

09/ "Responsabilità penale e tutela civile in caso di contraffazione di I.G.P. e D.O.P. agroalimentari". Lorenzo Pelli (Italia)..... 218

10/ "Il modello di prevenzione del rischio-reato tra obbligatorietà e libertà autoregolativa". Davide Bianchi (Italia).....240

11/ "Rischio, precauzione e responsabilità per danno ambientale". Nicolò Matta (Italia). 256

12/ "Responsabilità delle strutture sanitarie e mezzi di gestione del rischio". Giovanni Berti de Marinis (Italia)..... 284

13/ "Danno da wrongful life e nuove tecnologie genetiche". Marco Rizzuti (Italia)..... 306

14/ "L'interesse ambientale nella prospettiva civilistica. Riflessi sulla responsabilità civile". Agnese Alamanni (Italia). 318

15/ "L'elemento soggettivo nella responsabilità della pubblica amministrazione per violazione della disciplina europea in materia di contratti pubblici". Gianlorenzo Ioannides (Italia).... 380

16/ "«Chi uccide paga». Modelli di responsabilità internazionale dello Stato e armi autonome". Diego Mauri (Italia). 402

17/ "Sostenibilità e regime rimediale nella vendita dei beni di consumo". Andrea Fantini (Italia). 430

18/ "Armonizzazione massima e minimalismo legislativo nel "nuovo" difetto di conformità dei beni di consumo". Pietro Coppini (Italia). 468

19/ "Il danno punitivo in prospettiva diacronica e sincronica". Serafino Madeo (Italia). 502

20/ "Evolución jurisprudencial sobre responsabilidad médica: comentario a la STS 828/2021, de 30 de noviembre (un caso de cirugía estética)". Javier Badenas Boldó (España)..... 518

21/ "El retorno a la culpa como fundamento de la responsabilidad civil para el Tribunal Supremo y el supuesto de las residencias privadas de mayores en las que hubo brotes de Covid". Pedro Botello Hermosa (España) 536

22/ "Fatti costitutivi e vicinanza della prova". Riccardo Mazzariol (Italia) 578

23/ "Il sistema della responsabilità nei contratti di vendita di pacchetti turistici". Monica Pucci (Italia)..... 614

24/ "Aproximación a los smart contracts desde un punto de vista del derecho internacional privado". Antonio Merchán Murillo (España)..... 634

25/ "Dalla responsabilità civile alla responsabilità sociale d'impresa nella protezione dei dati personali: alla ricerca del rimedio effettivo". Alessandro Bernes (Italia) 658

26/ "La exclusión del daño punitivo en la reparación integral". Gisela María Pérez Fuentes e Karla Cantoral Domínguez (México)..... 686

27/ "La cláusula del buen samaritano y el régimen de puertos seguros: a vueltas con la LSSI y la DSA". Nora Rodríguez García (España. 714

28/ "La responsabilità patrimoniale del debitore tra gestione dell'impresa e stato di crisi". Maria Cristina Cervale (Italia)..... 736

29/ "Sopravvenienze contrattuali nel dinamismo della società globale: dalla crisi pandemica a quella energetica. La normazione internazionale e le diverse soluzioni nazionali". Salvatore Aceto di Capriglia (Italia). 762

30/ "Nuove sfide regolatorie del diritto privato europeo nel prisma della sostenibilità. La proposta di direttiva sulla corporate sustainability due diligence". Francesca Degl'Innocenti (Italia). 812

31/ "La (in)suficiencia del baremo de tráfico en la valoración del daño dental". Luis Corpas Pastor (España). 856

B) LA RESPONSABILITÀ NELLE NUOVE TECNOLOGIE

32/ "Riflessioni su nuove tecnologie, tutele e principio di sostenibilità". Luca Di Nella (Italia). 886

33/ "La responsabilità civile dei motori di ricerca per la violazione del diritto all'oblio nel diritto spagnolo ed europeo". Javier Martínez Calvo (España). 976

34/ "La disciplina del data breach nel GDPR: note su violazione dei dati personali e sicurezza del trattamento". Mario Renna (Italia). 992

35/ "Identidad digital y responsabilidad civil de las plataformas digitales: de las redes sociales al metaverso". Almudena Gallardo Rodríguez (España). 1008

36/ "E-commerce e vendita di prodotti contraffatti: riflessioni sulla responsabilità dell'internet service provider". Cristiana Boiti (Italia). 1034

37/ "Argomentazioni a sostegno della responsabilità civile dei veicoli a guida autonoma". Emanuela Maio (Italia). 1052

38/ "Il motore di ricerca quale hosting provider attivo responsabile civilmente per la lesione del diritto all'oblio". Maria Barnabei (Italia). 1072

39/ "As "grandes irmãs" pós-modernas: reflexões acerca da tutela indenizatória por violação de dados pessoais no Brasil". Zilda Mara Consalter (Brasil). 1100

40/ "Intelligenza artificiale e responsabilitá civile: le nuove sfide in ambito sanitario". Elisa Colletti (Italia). 1124

41/ "Appunti sulla responsabilità da trattamento dei dati". Chiara Iorio (Italia). 1148

42/ "A responsabilidade civil decorrente da utilização de sistemas de IA no desporto". Patrícia Sousa Borges (Portugal). 1172

43/ "La responsabilidad contractual y extracontractual de los NFTS desde la perspectiva europea". Carlos Domínguez Padilla (España). 1198

44/ "La responsabilità civile auto nell'era digitale. Inapplicabilità dell'art. 2054 c.c. e re-interpretazione dell'attuale assetto normativo". Giovanni Russo (Italia) 1218

45/ "Contratos eletrônicos: conceito, momento da formação e direito de arrependimento no direito brasileiro". Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima e Fabiana Apreciada Dos Reis Silva (Brasil). 1242

46/ "Le declinazioni della responsabilità di impresa in situazioni di «ignoto tecnologico»". Isabella Martone (Italia)..... 1266

47/ "El derecho de daños ante la inteligencia artificial: la intervención de la Unión Europea". Manuel Ortiz Fernández (España). 1296

48/ "Blockchain, smart contracts e non fungible token: tutele e responsabilità". Giorgia Vulpiani (Italia)..... 1326

49/ "Sviluppi in tema di soggettività tributaria. Il caso dell'intelligenza artificiale". Daniele Cané (Italia). 1364

50/ "Lo statuto giuridico degli illeciti online tra hate speech e fake news". Angela Mendola (Italia)..... 1392

51/ "La indemnización por daños y perjuicios derivada de una falta de conformidad o falta de suministro de los contenidos y servicios digitales". Álvaro Bueno Biot (España) 1436

52/ "Augmented reality, advertising and consumer protection in the light of European Union law". Cecilia Isola (Italia)..... 1478

C) LA GESTIONE DEI RISCHI IN AMBITO BANCARIO E FINANZIARIO

53/ "Note minime in tema di responsabilità delle agenzie di rating". Gabriele Toscano (Italia)..... 1510

54/ "La responsabilità dell'istituto bancario nel sovraindebitamento del consumatore e nella crisi dell'impresa". Francesco Angeli (Italia) 1528

55/ "La responsabilità delle autorità di vigilanza nazionali ed europee per omessa vigilanza". Valeria Caputo (Italia)..... 1546

56/ "Fideiussioni bancarie e normativa antitrust: tra tutela della concorrenza e tutela del consumatore". Amanda Carotti (Italia) 1566

57/ "Responsabilidad de las entidades financieras ante el hackeo de cuentas bancarias. En particular, casos de "phising"". Araya Alicia Estancona Pérez (España) 1590

58/ "La tutela del cliente de los servicios de pago en el contexto de la PS2D". Francisco Pérez del Amo (España) 1618

59/ "La responsabilidad contractual del sistema financiero: especial estudio al caso del banco popular español SA". Héctor Buenosvinos González (España) 1642

60/ "Los riesgos ESG en el sector bancario y financiero". Francesca Bertelli (Italia). 1680

61/ "Rischio finanziario e cambiamento climatico: nuove frontiere per una vigilanza "sostenibile" e nuove responsabilità degli esponenti bancari". Sofia Sanfilippo (Italia).. 1708

62/ "La responsabilità della banca e dei third party providers (TPPS) per operazioni fraudolente alle soglie della riforma della "PSD2"". Martina Piccinno (Italia) 1738

63/ "I profili di responsabilità degli amministratori nelle società". Giulia Madia (Italia)..... 1766

64/ "La responsabilidad civil de los bancos en los delitos de estafa por "phishing"". María José Calvo San José (España). 1788

D) LA RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE

65/ "La responsabilità professionale del notaio oltre i confini del contratto". Giuliano Mattace (Italia). 1810

66/ "La responsabilidad por funcionamiento normal y anormal del servicio sanitario". María del Rosario Sánchez Valle (España) 1830

67/ "Intelligenza artificiale e responsabilità civile nel settore sanitario". Francesca Ferretti (Italia)..... 1852

68/ "La responsabilidad civil del registrador de la propiedad en los casos de ausencia de inscripción registral de prohibiciones de disponer constituidas válidamente". Jesús Palomares Bravo (España). 1886

69/ "El gestor del canal de denuncias: profesión y naturaleza de la relación contractual". Juan Carlos Velasco Perdigones (España) 1922

70/ "Reflexiones críticas sobre la responsabilidad civil en materia de cirugía estética en España". Federico Arnau Moya (España)..... 1956

E) GLI STRUMENTI GIURIDICI DI GESTIONE E MITIGAZIONE DEI RISCHI

71/ "Assicurazione e responsabilità civile: vecchi e nuovi orizzonti". Alessandra Camedda (Italia)..... 1992

72/ "Il clinical risk management nelle aziende sanitarie quale "chiave di volta" per giungere ad una maggiore efficienza nella qualità dei servizi del sistema sanitario nazionale". Serena Cancellieri (Italia)..... 2008

73/ "Il ruolo dell'assicurazione nella dinamica gestionale del rischio ambientale". Carlo Petta (Italia) 2038

74/ "Strumenti di diritto privato per la sostenibilità ambientale nell'industria automobilistica 4.0: un'analisi giuridico-ecodinamica". Maria Cristina Gaeta (Italia)..... 2076

75/ "Il rischio dell'intelligenza artificiale applicata. Modelli di allocazione a confronto". Marta Mariolina Mollicone (Italia)...2108

76/ "O consumidor de seguros na era do big data: desafios da atual regulamentação europeia frente às técnicas de definição de perfis, aprendizagem de máquina e decisões automatizadas". Glauto Lisboa Melo Junior (Brasil).....2134

RECENSIONES

77/ Ippoliti Martini, C.: *Principio di precauzione e nuove prospettive della responsabilità civile della pubblica amministrazione,* Wolters Kluwer, 2022, 361 pp. Borja del Campo Álvarez.....2166

DIRECTOR

Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SUBDIRECTOR

Dr. Juan Antonio Tamayo Carmona
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Dr. Pedro Chaparro Matamoros
Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Salvatore Aceto di Capriglia
Professore Associato di Diritto Comparato, Universidad de Nápoles Parthenope, Italia

Dra. Esther Algarra Prats
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Enrico Al Mureden
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università di Bologna, Italia

Dr. Marco Angelone
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad "G. di Annunzio" de Chieti-Pescara, Italia

Dr. Vicenzo Barba
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Javier Barceló Doménech
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Cesare Massimo Bianca (†)
Professore Emerito di Diritto Privato, LUMSA, Roma, Italia

Dra. Mirzia Bianca
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Dr. Salvador Carrión Olmos
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Gabriele Carapezza Figlia
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Giovanna Chiappetta
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Calabria, Italia

Dr. André Dias Pereira
Director del Centro Biomédico de la Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Andrea Federico
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giampaolo Frezza
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Stefania Giova
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Molise, Italia

Dr. Pablo Girgado Perandones
Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Cristián Lepin Molina
Profesor Asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile

Dr. Andrea Lepore
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Fabricio Mantilla Espinosa
Catedrático de Contratos Civiles y Mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Fabrizio Marinelli
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Graciela Medina
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Lorenzo Mezzasoma
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Mariel F. Molina de Juan
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Juan Antonio Moreno Martínez
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dra. Gisela María Pérez Fuentes
Catedrática de Derecho Civil, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México

Dr. Giovanni Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dra. Carolina Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad Federico II, Nápoles, Italia

Dra. María José Reyes López
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Raffaele Picaro
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Nelson Rosenvald
Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho Damasio, Sao Paulo, Brasil

Dr. Dario Scarpa
Professore Associato di Diritto Privato, Università degli Studi di Milano-Bicocca

Dra. Adela Serra Rodríguez
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Antonella Tartaglia Polcini
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Sannio, Italia

Dr. Francisco Ternera Barrios
Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. David Vargas Aravena
Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Asunción Colás Turégano
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

Dra. Margarita Castilla Barea
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

Dr. Luis de las Heras Vives
Abogado. Vicepresidente del IDIBE.

Dr. Gorka Galicia Aizpurua
Catedrático Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dr. Emanuele Indracollo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Aurora López Azcona
Profesora Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dra. Pilar Montés Rodríguez
Profesora Titular (Escuela Universitaria) de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Pilar Estellés Peralta
Profesor Agregado de Derecho Civil, Universidad Católica de Valencia
"San Vicente Mártir", España

Dr. Pietro Virdagamo
Professore Ordinario Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia.

Dra. Sonia Rodríguez Llamas
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente: Dr. Gonzalo Muñoz Rodrigo
Profesor Ayudante de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Belén Andrés Segovia
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo, Universitat Jaume I, España

D. Francesco Angeli
Assegnista di ricerca, Università degli studi di Perugia, Italia

Dr. Adrián Arrebola Blanco
Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

Dra. Ana Isabel Berrocal Lanzarot
Profesora Contratada Doctora, Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Giovanni Berti de Marinis
Professore Associato di Diritto dell'Economia, Universidad de Perugia, Italia

D. Álvaro Bueno Biot
Investigador Predoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Borja del Campo Álvarez
Profesor Sustituto de Derecho Civil, Universidad de Oviedo, España

Dra. Ana Isabel Blanco García
Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Cristina Cervale
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Andrea Casanova Asencio
Investigadora Postdoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España.

Dr. Jorge Enriquez Sordo
Abogado

Dra. Elena de Luis García
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Doña Ana Elisabete Ferreira
Professora Investigadora na Facultade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Massimo Foglia
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giuseppe Garofalo
Assegnista di ricerca, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Manuel García Mayo
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Sevilla, España

Dr. Carlos Gómez Asensio
Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

Dr. Manuel Ángel Gómez Valenzuela
Profesor Sustituto Interino de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

Dr. Fernando Hernández Guijarro
Profesor Contratado Doctor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València, España

Dr. Francesco La Fata
Ricercatore di Diritto dell'Economia, Universidad de Florencia, Italia

D. Marco Li Pomi
Assegnista di Ricerca, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Miguel Herrero Medina
Profesor Ayudante Doctor del Departamento de Derecho Romano e Historia del Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Andrés Marín Salmerón
Investigador Postdoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España

Dr. Javier Martínez Calvo
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dr. Manuel Ortiz Fernández
Profesor Ayudante de Derecho Civil, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

Dr. Alfonso Ortega Giménez
Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, Universidad de Elche, España

D. Jesús Palomares Bravo
Investigador Predoctoral en Departamento de Derecho Civil, Universidad de Málaga, España

Dra. Carla Pernice
Ricercatore di Diritto dell'Economia, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", Universidad de Florencia, Italia

Dr. Rosario Petruso
Ricercatore di Diritto Comparato, Universidad de Palermo, Italia

Dra. Monica Pucci
Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Perugia, Italia

Dra. Isabel Rabanete Martínez
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

Dr. Marco Rizzuti
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Florencia, Italia.

D. Juan Carlos Rocha Valle
Notario y Defensor Público en el área del Derecho Civil, Nicaragua

Dr. Valerio Rotondo
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Molise, Italia

Dra. Romina Santillán Santa Cruz
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dr. Eduardo Taléns Visconti
Profesor Contrado Doctor de Derecho del Trabajo,Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Inês Viana de Oliveira Martins
Professora Auxiliar na Facultade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

D. Daniel Vicente Martínez
Profesor Contratado en el Área de Ciencias Jurídicas, Universidad Internacional de Valencia, España

D. Calogero Valenza
Assegnista di Ricerca, Uiversidad Ca' Foscari, Venecia, Italia

Dra. Sara Zubero Quintanilla
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

PRÓLOGO

PRESUPPOSTI E LIMITI DEL RISARCIMENTO DEL DANNO

CONDITIONS AND LIMITS OF COMPENSATION OF DAMAGES

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 16-41

Eugenio
LLAMAS
POMBO

ARTICOLO CONSEGNATO: 13 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il saggio si sofferma sulla spinosa problematica della ricostruzione del concetto di danno nella responsabilità civile e sulla sua corretta riparazione anche alla luce del generale principio di mitigazione del danno nonché dell'accertamento della presenza di un nesso di causalità.

PAROLE CHIAVE: Danno; responsabilità civile; nesso di causalutà; risarcimento integrale; mitigazione del danno

ABSTRACT: *The essay focuses on the thorny problem of reconstructing the concept of damage in civil liability and its correct reparation also in the light of the general principle of mitigation of damage as well as the verification of the presence of a causal link.*

KEY WORDS: *Damage; civil liability; causality; full compensation; damage mitigation.*

SOMMARIO.- I. APPROCCIO. - II. IL VECCHIO PROBLEMA DEL CONCETTO DI DANNO. - III. L'ADEGUATEZZA DELLA RIPARAZIONE AL DANNO. - IV. IL PRINCIPIO DELLA PIENA RIPARAZIONE. - V. IL DOVERE DI MITIGARE IL DANNO. - VI. COMPENSAZIONE DEGLI LUCRI E DEI DANNI. - VII. IL CONCORSO O L'ACCUMULO DI COMPENSI. - VIII. CASI DI CAUSALITÀ ALTERNATIVA IPOTETICA.

I. APPROCCIO.

Da tempo insisto sulla necessità di prestare attenzione a tutto ciò che si riferisce alla conseguenza giuridica di qualsiasi regola di responsabilità: il risarcimento del danno. Per questo motivo ho dedicato certa attenzione alle forme di riparazione del danno[1] e all'analisi dell'obbligo di riparazione, dei suoi contorni, dei suoi limiti e delle sue diverse varianti. Nonostante ciò che sembra, e almeno per quanto riguarda il suo contenuto prestazionale, questo obbligo di riparazione non è esattamente tipico. Al contrario, la riparazione può consistere in un *facere,* un *non facere*[2] nonché in una prestazione di dare, che a sua volta può avere un contenuto pecuniario o non pecuniario. Spesso il tutto viene preso per la parte, e questo generico obbligo di riparazione si identifica con questo specifico obbligo pecuniario, tradizionalmente chiamato *id quod interest*.

Infatti, a differenza di quanto accade per la situazione di fatto (la causalità del danno, l'imputabilità al suo autore), che è stata lungamente studiata dalla dottrina e dalla giurisprudenza (ci sono fiumi di inchiostro sui requisiti della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, cioè su come nasce l'obbligo di riparazione), i contorni giuridici della conseguenza giuridica, cioè in cosa consiste questo obbligo di riparazione, non hanno meritato altrettanta attenzione, ed è per questo che sono spesso diffusi, se non confusi. Mariano Medina Crespo spiega giustamente che per molto tempo la dottrina specializzata in responsabilità civile si è occupata con particolare attenzione della questione relativa alla concretezza e all'operatività dei titoli di attribuzione (l'*an debeatur)*, ma ha trascurato la questione relativa alla determinazione dei danni risarcibili e alla loro valutazione (il *quid* e il *quantum debeatur*), lasciandola al casuismo degli operatori[3] .

1 Mi riferisco in particolare a: "Formas de reparación del daño", in *Sobre la responsabilidad civil y su valoración,* (coord. por J. López García de la Serrana e P. Torrecillas Jiménez), Sepin, Madrid, 2009, pp. 15-82. E, più recentemente, *Las formas de prevenir y de reparar el daño*, Walters Kluwer, Madrid, 2020.

2 Contro questa possibilità, Yzquierdo Tolsada. M.: *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 480, dove "non riesce a comprendere" lo sforzo di immaginazione del legislatore nell'articolo 112 del Codice Penale, quando menziona gli obblighi di non fare come forme di riparazione, sebbene egli stesso offra alcuni buoni esempi.

3 Medina Crespo, M.: *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido. Aplicación del principio* compensatio lucri cum damno *en el Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 2015, p. 45.

• Eugenio Llamas Pombo
Ordinario di diritto civile. Università di Salamanca
ellamas@usal.es

Accennerò qui, e necessariamente in modo breve per ragioni di spazio, solo ai presupposti teorici su cui deve poggiare lo studio della riparazione del danno e ai limiti a cui deve essere sottoposto.

II. IL VECCHIO PROBLEMA DEL CONCETTO DI DANNO.

Naturalmente, un'adeguata delimitazione giuridica del concetto di riparazione richiede innanzitutto di sapere cosa intendiamo per danno. Ed è noto che, per quanto paradossale possa sembrare, questo è uno dei temi in sospeso nella teoria della responsabilità civile. Ci scontriamo con questo problema in ogni occasione.

Il concetto "differenziale" di danno è stato costruito nella Pandettistica, grazie a Friedrich Mommsen, come "la differenza tra l'ammontare del patrimonio di una persona, così come è in un certo momento, e l'ammontare che questo patrimonio avrebbe nel momento in questione senza l'interferenza di un certo evento dannoso"[4] . Questo concetto, che ovviamente ha un impatto anche sulla nozione di "risarcimento", ha preso rapidamente piede[5], ed è tuttora quello utilizzato dalla dottrina maggioritaria[6]. È interessante notare come questo concetto di danno sia molto più ampio di quello utilizzato in tutta la tradizione dello *ius commune*; qualsiasi perdita presente o futura, qualsiasi *differenza* introdotta nel patrimonio della vittima costituisce un danno, e deve essere risarcito, a condizione che esista

4 In effetti, la costruzione del concetto di danno "differenziale" è attribuita a Mommsem, F.: "Zur Lehre vom Interesse", (1855), *Beiträge z. Obligationsrecht*, II, 1885, pagg. 5 e 6. Obligationsrecht, II, 1885, p. 5 e 6. Da non confondere, come spesso è accaduto nella nostra dottrina, con il grande storico di Roma e premio Nobel Theodor Mommsem. Ci riferiamo qui a Friedrich Mommsen, autore della nota opera sull'impossibilità della prestazione, origine di tutte le successive elucubrazioni, intitolata *Die Unmöglichkeit der Leistung,* 1853, inclusa nel T.I. dei suoi Beiträge z. Obligationsrecht. In quest'opera egli formula e sviluppa la "Teoria o ipotesi della differenza" (*Differenztehorie, Differenzhypothese*), che postula la definizione del danno o dell'interesse come la diminuzione patrimoniale data dalla differenza tra il valore attuale dei beni del danneggiato (*Jeztz-Zustand, Is-Zustand*) e quello che questi beni avrebbero avuto (*Ideal-Zustand, Soll-Zustand*), se l'evento dannoso non si fosse verificato.
Questa attribuzione di paternità alla teoria della differenza è certamente vera, ma è anche vero che qualcosa di molto simile si può già leggere in Domingo De Soto, quando nella Domanda VI del Libro IV del *De Iustitia et Iure* (1556) ci dice già che "subire un danno è avere meno di quello che si sarebbe dovuto avere".

5 Windscheid, B.: *Diritto delle Pandette,* trad. it. Fadda-Bensa, vol. II, Torino, 1904,§ 157 e 257, dove si afferma che l'opera principale sulla teoria del danno è quella di Mommsem e si fa riferimento agli antecedenti di questa teoria della Differenza nel diritto comune. Ennecerus-Lehman: *Derecho de Obligaciones*, vol. 1, in Ennecerus-Kipp-Wolf, *Tratado de Derecho Civil*, T.II, trad. e note di Pérez González e Alguer, Bosch, Barcellona, 1933, p. 61; Larenz: *Lehrbuch des Schuldrechts, cit.,* p. 443. In Spagna, soprattutto questa concezione "matematica" dell'illecito è stata analizzata in dettaglio da Pantaleón, nella sua (purtroppo) inedita tesi di dottorato *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, (1981), la cui prima parte espone criticamente la Teoria della Differenza con le sue conseguenze e ramificazioni.

6 Nonostante le critiche ricevute dalla dottrina tedesca all'inizio del secolo, Pantaleón (*Del concepto de daño..., cit.,* p. 6) ammette già che la risposta decisiva offerta loro da Fischer nella sua nota opera *Los daños civiles y su reparación (*1928), tradotta in Spagna da Roces, permette alla Teoria della differenza di continuare a essere preponderante nella dottrina tedesca, e ciò è contemplato in Von Thur, Leonhard, Heck, Medicus, ecc. In Spagna, l'assunzione di questa teoria è quasi generale; ad esempio, Delgado Echeverria, in Lacruz et al.: *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1, 2a ed. Barcellona, 1985, p. 279; Carrasco: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* diretto da M. Albaladejo, T.XV, vol. 1, Edersa, 1989*,* p. 671.

un nesso di causalità tra il danno prodotto e l'evento che obbliga a risarcire[7]. Vengono così abbandonate le vecchie distinzioni medievali sulle conseguenze del danno, così come le considerazioni sulla prevedibilità o sui gradi di colpa[8]. Tali idee porteranno a una sorta di *vis atractiva* nei confronti del risarcimento del danno; qualsiasi modifica ingiusta del patrimonio è considerata un danno e deve essere risolta attraverso un risarcimento. [9]

Si può anche notare che la giurisprudenza ha sempre trattato questo stesso concetto "differenziale" di danno, nel senso di considerare come danno l'esistenza di una differenza, quando si confrontano due stati del patrimonio del creditore: quello che ha effettivamente dopo l'inadempimento e quello che avrebbe ipoteticamente avuto se l'obbligazione fosse stata correttamente eseguita. Per verificarlo, è sufficiente estrarre quattro brevi passaggi da altrettante sentenze dalla Corte Suprema spagnola che, per la generalità dei termini, possono servire da guida:

- La STS 6 ottobre 1962, per la quale la perdita subita dalla vittima consiste nella differenza esistente tra la situazione attuale dei beni che hanno ricevuto l'illecito e la situazione che avrebbero avuto se l'evento dannoso non si fosse verificato.

- La STS 14 dicembre 1950, secondo cui per danno si deve intendere "qualsiasi diminuzione del patrimonio della vittima, sia essa derivante da una perdita - danno emergente - o da una privazione di profitto - mancato guadagno".

- La STS 2 aprile 1997[10] , che offre un quadro del concetto di danno: "...l'ampia formulazione dell'articolo 1106 del CC significa che l'entità del risarcimento.... comprende tutta la perdita economica subita dal creditore, consistente nella differenza esistente tra la situazione attuale dei beni che hanno ricevuto il danno e quella che avrebbero avuto se l'evento dannoso non si fosse verificato, sia a causa della riduzione effettiva dei beni, sia a causa del profitto perduto o vanificato, ma sempre includendo nella sua interezza le conseguenze dell'atto dannoso, in quanto lo scopo del risarcimento è quello di riportare i beni colpiti nello stato in cui si sarebbero trovati se l'inadempimento o l'atto illecito non avessero avuto luogo (*restitutio in integrum*)".

- E la STS 14 aprile 1981: "Il danno risarcibile costituisce, di per sé e in linea di principio, un concetto giuridico unitario, con la conseguente impossibilità

7 Mommsen: *op. cit.*, p. 137.

8 *Idem*, pp. 165 e segg.

9 Llamas Pombo, E.: *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor,* 2a ed., La Ley, Madrid, 2019.

10 In termini identici, SSTS 10 gennaio 1979, 6 ottobre 1982 e 13 aprile 1987.

di scomporlo in settori di riparazione a discrezione e convenienza della parte responsabile...".

Tuttavia, coloro che hanno approfondito la questione hanno giustamente assunto una posizione critica nei confronti di questo concetto differenziale. Così, si afferma che la figura della *compensatio lucri cum damno mette in discussione* la teoria della differenza, che in pratica è molto discutibile perché, per applicarla correttamente, sarebbe necessario stabilire in ogni caso lo stato di tutti i beni dopo aver subito il danno, e quale sarebbe stato se fossero rimasti illesi, in modo che la determinazione del danno non si riduca a vaghe supposizioni, il che implica un procedimento complesso ed inutile[11]. In relazione al danno contrattuale, Díez-Picazo si pronuncia criticamente nei seguenti termini: "Qualsiasi situazione di svantaggio in cui si trovi il creditore in conseguenza della lesione del suo diritto di credito deve essere considerata un danno, che non può essere misurato solo, secondo i postulati della cosiddetta teoria della differenza, dalla differenza tra il valore dei suoi beni prima e dopo la lesione, ma richiede una verifica più ampia dell'intera situazione patrimoniale"[12] .

III. L'ADEGUATEZZA DELLA RIPARAZIONE DEL DANNO.

Se possiamo concludere qualcosa in relazione al tema che ci interessa in questa sede, è che, data la variegata tipologia di danni, ognuno meriterà una forma di riparazione diversa. Esiste un risarcimento *ad hoc* per ogni tipo di danno e ognuna delle diverse forme di riparazione svolge una funzione diversa, cioè opera in modo diverso rispetto al danno, a volte per sostituzione, a volte per compensazione e a volte per mero risarcimento soddisfacente. Così:

1) Nel caso di danno patrimoniale causato a cose, la riparazione dovrà consistere nel ristabilimento dell'equilibrio patrimoniale perduto, che, a sua volta, potrà essere effettuato o con l'incorporazione in natura della cosa perduta-deteriorata o con la sua *aestimatio rei,* o equivalente pecuniario.

2º) Ci sono più problemi nella riparazione dei danni fisici, per non parlare di quelli che colpiscono la dignità, la *psiche*, i diritti della personalità o gli aspetti più profondi della sensibilità dell'essere umano. In breve, un danno alla persona. In questi casi, sembra che l'unico "rimedio" che si possa pensare sia quello di offrire alla parte lesa un risarcimento, una mera soddisfazione, attraverso la consegna di

11 Pantaleón: *Del concepto de daño..., cit., passim*; anche nel suo Comentario al artículo 1902 (epigrafe V.2), in "Comentario al artículo 1902", *Comentarios del Código civil* (dir. Paz-Ares./ Díez Picazo./ Bercovitz y Savaldor Cordech), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991-II, p. 1989. Molto prima, Honsell, H.: "Herkunft und Kritk des Interssebegrifts im Schadensersatzrecht", in *Juristische Ausbildung*, 1973, pp. 69 e segg. Non va trascurato che in quelle critiche si trova il germe della cosiddetta "concezione articolata dell'illecito", formulata da Neuner nel 1931.

12 Díez-Picazo y Ponce de Leon, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* II, 3a edizione, *cit*, p. 683.

una somma di denaro, che darà sempre alla vittima una sensazione piacevole per contrastare, in qualche misura, la sensazione spiacevole causata dalla sofferenza del danno.

Mentre nel danno patrimoniale il risarcimento ha una funzione compensativa, ciò non avviene nel cosiddetto danno non patrimoniale, poiché i criteri utilizzati come base per il calcolo del risarcimento prescindono dalla dimensione della perdita economica del creditore e implicano un arricchimento economico della vittima. Per questo motivo, si parla di una funzione più *soddisfacente* della *compensazione*[13] . Diverso è il discorso se possiamo chiamarla "riparazione", come genere che comprende tutti i rimedi o le risposte legali al danno, ma si tratta più che altro di un mero tentativo di "risarcimento compensativo".

3) Alcuni sosterranno che la cessazione della fonte del danno, al fine di impedirne la ripetizione, l'aggravamento o la reiterazione, costituisce una delle forme di riparazione del danno. In altra sede ho dimostrato che tale attività non è, in senso stretto, una *riparazione,* ma costituisce una forma mascherata di tutela inibitoria del danno, con finalità preventiva, ed estranea all'autentica finalità riparatoria della responsabilità civile. Sono le cosiddette misure di rimozione del danno che hanno molto più a che fare con la prevenzione (di un danno presente e futuro che, proprio a causa dell'esperienza già subita, siamo certi che continuerà a verificarsi) che con la riparazione (di un danno già causato e, quindi, passato).

Si noti, inoltre, che questa varietà di forme di riparazione si traduce, nell'ordinamento tecnico-giuridico, in una chiara molteplicità di oggetti dell'"obbligo" di riparazione, che consisterà a volte nel dare (cose o denaro, a seconda dei casi), a volte nel fare, e a volte persino nel non fare. E non perché sia ovvio, dobbiamo sottolineare che tutte queste forme di riparazione non sono incompatibili né si escludono a vicenda. Al contrario, molto spesso devono operare congiuntamente e in combinazione per ottenere un'adeguata soddisfazione degli interessi del danneggiato.

IV. IL PRINCIPIO DELLA PIENA RIPARAZIONE.

È un noto luogo comune che la teoria della responsabilità civile sia regolata dal cosiddetto principio della riparazione integrale del danno, dalla regola *full damag*es, che, secondo le osservazioni di Ricardo De Angel, preferiamo chiamare "piena riparazione"[14]: il danno deve essere riparato, tutto il danno e niente più

13 Salvi, C.: *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene, Napoli, 1985, pp. 83 ss. e 93 ss. Rodotà, S.: *Il problema de la responsabilitá civile*, Milano, 1964, pp. 144 ss.; Barcellona, M.: *Danno risarcibile e funzione de la responsabilitá,* Milano, 1972; Esser-Schmidt: *Shuldrecht,* I, 2, Heidelberg-Karlsruhe, 1976, p. 114.

14 Anche l'articolo 33 della LRCSCVM opta per questa denominazione.

del danno, secondo la nota formula di Toulemon-Moore[15]: *pas plus, pas moins*. Un principio che è stato spesso travisato, nella vorace aspirazione ad arricchirsi con il pretesto di una malintesa responsabilità civile, e spesso trasformato in una sorta di *mito del risarcimento integrale,* che era già una pretesa inaffrontabile dei giuristi romani (Giuliano: D. 9, 2, 51, 2; Gaio, 3, 122)[16] , che richiede, solo per avvicinarsi, un accurato giudizio di equità (a volte più incline a ridurre, che a realizzare un risarcimento integrale)[17] .

Nel tentativo di concretizzare il principio della piena riparazione, la dottrina ha stabilito che esso richiede il rispetto di quattro regole:

1°) Che il danno sia fissato al momento della decisione[18] .

2) Che il risarcimento non sia inferiore al valore del danno.

3) Che il risarcimento non superi il danno subito.

4) Che l'accertamento giudiziale venga effettuato in concreto[19] .

Contrariamente a quanto talvolta affermato, non ci sembra che la quarta regola sia violata dall'uso, di per sé, di scale o sistemi legali di valutazione del danno; dovremo accontentarci del modo in cui queste scale sono configurate: finché

15 Moore, J.G.-Toulemon, A. : *Le préjudice corporel et moral en Droit commun*. Étude, pratique et théorique. Giurisprudenza e metodi di valutazione, Sirey, Parigi, 1955. Con erudizione, Medina Crespo spiega, seguendo Rodríguez Fernández, che l'espressione "né più né meno" applicata alla riparazione del danno è stata coniata da Tommaso d'Aquino, da cui è stata ripresa da Domingo de Soto, nella Questione VI del Libro 4 del suo famosissimo *De Iustitia et Iure* (1556), dove si legge che "ciascuno è obbligato a restituire il danno che ha causato a un altro, perché subire un danno è avere meno di ciò che si sarebbe dovuto avere"; e chi ha sottratto qualcosa a un altro è tenuto a restituire tanto (*tantumdem*) di ciò che ha preso, né più né meno (*nec plus nec minus*); chi sottrae a un altro ciò che possedeva in atto, è tenuto a risarcirlo con il suo equivalente e chi arreca a un altro un danno in ciò che possiede solo in potenza è tenuto a ripararlo in proporzione a questa potenza, tenendo conto delle condizioni delle persone e degli affari.

16 *Aestimatio autem perempti non eadem in utriusque persona fiet: nam qui prior vulneravit tantum praestabit quanto in ano próximo homo plurimi fuerit repetitis ex die vulneris trecentum sexaginta quinque diebus, posterior in id tenebitur quanti homo plurimi venire poterit in anno proximo quo vita excessit, in quotium quoquis hereditatis erit. eiusdem ergo servi occisi nomine alius maiorem alius minorem aestimationem praestabit, nec mirum, cum uterque eorum ex diversa causa et diversis temporibus occidisse nomine intellegatur. Quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe adsurdius constitui neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia ese oporteat nec facile constitui possit uter potius lege teneatur. Multa autem iure civile contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebús probari potest: unum interim posuisse contentus ero. Cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur, quamvis subtili ratione dici possit neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse.*

17 *Vid.* Aedo Barrena, C.: "Los requisitos de la Lex Aquilia, con particular referencia al daño. Lectura desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero", *Ius et Praxis,* anno 15, n° 1, pp. 311 ss, dove analizza approfonditamente i testi di Giuliano e Gaio.

18 La nostra giurisprudenza è unanime nell'affermare che l'importo del risarcimento deve essere determinato non con riferimento alla data in cui si è verificato l'evento che ha causato il danno, ma alla data in cui viene effettuata la liquidazione dell'importo, anche nei casi in cui tale valutazione avviene nell'esecuzione della sentenza (cosa oggi difficile visto il divieto di sentenze soggette a liquidazione previsto dall'attuale legge di procedura civile spagnola): SSTS 26 ottobre 1987 e 14 luglio 1997.

19 Pizarro, D.: "El principio de la reparación integral del daño. Situación actual. Perspectiva", *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba*, 1997, pag. 111.

possono essere adattate alle circostanze della vittima in ciascun caso, non ci sarà alcun problema. La questione non è "scala sì - scala no", ma trovare un modello tabellare che soddisfi adeguatamente i requisiti del principio di piena riparazione e che, a tal fine, possa essere adattato alle circostanze concrete della parte lesa.

Il risarcimento integrale del danno è infatti un *principio*, un valore giuridico che deve ispirare l'ordinamento giuridico, sia nella sua costruzione che nella sua interpretazione e applicazione. Questa considerazione come principio generale del Diritto non è inficiata dal fatto che (i) la Costituzione non contiene alcuna norma o principio che imponga il risarcimento integrale dei danni, poiché nella legge suprema non tutti i (principi) sono tutti quelli che sono né tutti i (principi) che sono; né (ii) la Costituzione formula espressamente la regola della responsabilità civile (con l'eccezione della cosiddetta responsabilità *patrimoniale* delle amministrazioni pubbliche), poiché questa non è di competenza della Magna Carta.

Al contrario, sono pienamente d'accordo con l'affermazione che, sebbene la norma fondamentale non menzioni il principio dell'*alterum non laedere* (nemmeno a Roma ha mai costituito una norma in senso stretto, ma piuttosto un principio di convivenza), così come non lo menzionano nemmeno i codici civili, il diritto a ottenere la riparazione del danno subito è tutelato dalla Costituzione. Come ha giustamente sottolineato Fernando Reglero, ogni persona ha un diritto costituzionalmente protetto a non subire un danno ingiusto contro un bene o un diritto giuridicamente tutelato, che si manifesta nella protezione, tra gli altri, dei diritti fondamentali alla vita e all'integrità fisica e morale (articolo 15 della CE), all'onore, alla privacy personale e familiare e alla propria immagine (articolo 18 della CE), e nel diritto alla proprietà privata (articolo 33.1 della CE)[20] . Inoltre, a nostro avviso, il diritto della responsabilità civile coinvolge direttamente alcuni dei grandi valori e principi costituzionali, come la libertà, la giustizia (articolo 1 del Trattato CE), la dignità della persona, il libero sviluppo della personalità e i diritti inviolabili che derivano dalla stessa dignità umana (articolo 10 del Trattato CE). Il silenzio della Costituzione spagnola sulla responsabilità si risolve chiaramente se si tiene conto dell'idea che le regole e i principi guida del diritto privato si intendono inclusi nel valore della "giustizia" che, nel caso spagnolo, costituisce,

20 Reglero Campos, F.: "Conceptos generales y elementos de delimitación", in *Tratado de responsabilidad civil* (coord. Reglero Campos), 2ª ed, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 91. 91, dove aggiunge che "è vero che un riconoscimento espresso di questo diritto non si trova nella CE, ma... se si intende la Costituzione come una norma nata al servizio di determinati valori e, quindi, come un prodotto culturalmente e storicamente situato, non si può considerare Costituzione, dal punto di vista della definizione negativa dell'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, quello Stato in cui i rapporti giuridico-privati tra i cittadini non sono informati ai principi della responsabilità per danni e dell'autonomia della volontà". Per una Costituzione liberaldemocratica, la legge, l'autonomia della volontà e la responsabilità per danni sono elementi indispensabili per ordinare e regolare i rapporti tra i cittadini. Si tratta, in ultima analisi, di concetti costituzionalmente resistenti all'azione del legislatore".

insieme alla libertà, all'uguaglianza e al pluralismo politico, uno dei "valori superiori dell'ordinamento giuridico"[21] .

Poco importa a questi fini se questo diritto alla riparazione del danno ingiustamente subito si ottiene attraverso la nascita dell'obbligo di risarcimento che il meccanismo della responsabilità civile comporta, o se si ottiene attraverso altri strumenti o istituzioni (lo Stato, la previdenza sociale, le assicurazioni pubbliche o private, i fondi di garanzia, ecc.). L'importante è che queste leggi siano soggette al mandato costituzionale di rendere possibile il diritto al risarcimento dei danni.

E se ci concentriamo sul danno alla persona, che tra l'altro è quello per il cui pieno risarcimento sorgono di solito le maggiori difficoltà, la famosissima sentenza della Corte Costituzionale spagnola STC 181/2000, del 29 giugno[22] ha esplicitamente e solennemente dichiarato che l'articolo 15 della CE, nella misura in cui sancisce il diritto alla vita e all'integrità fisica e morale, richiede la protezione civile di questi diritti attraverso un sistema di riparazione adeguato e sufficiente per i danni ad essi causati (danni corporali e morali), danni psicofisici), e che tale protezione non si limita al mero riconoscimento di un diritto soggettivo a richiedere il risarcimento dei danni causati a tali beni, ma contiene anche un mandato rivolto al legislatore per articolare una protezione sufficiente per tali beni, che deve presiedere e informare tutte le sue azioni, compreso il regime giuridico del risarcimento dei danni causati a tali beni. E aggiunge che l'articolo 15 del Trattato CE "è un precetto rilevante quando si tratta di esaminare il regime giuridico di protezione attraverso l'istituto della responsabilità civile dei beni personali che questo precetto costituzionale riconosce e garantisce". Cos'altro sono i principi generali del diritto? Un'altra questione è che lo stesso CTS discute, in modo un po' confuso, la costituzionalità del principio di piena riparazione, quando afferma che: "... questo mandato costituzionale di sufficiente protezione della vita e dell'integrità fisica non significa che il principio di piena riparazione per la parte lesa trovi posto nell'articolo 15 della Costituzione. È vero che l'istituto della responsabilità civile richiede ingiustificatamente che venga stabilito un valore *pecuniario* (*pecunia doloris*) per quei beni della personalità, poiché la riparazione civile del danno si basa sul diritto del danneggiato a ricevere un risarcimento. È anche vero che nell'esercizio della pretesa di risarcimento di tali beni si integrano o si uniscono i concetti di riparazione del danno strettamente personale e di reintegrazione del danno patrimoniale causato dalla lesione dei beni personali (vita e integrità fisica e morale). Tuttavia, a livello costituzionale, non è possibile confondere il risarcimento del danno alla vita e all'integrità personale

21 De Ángel Yágüez, R.: "Constitución y Derecho de daños", *Deusto Studies*, vol. 55/1, 2007, p. 134; sui principi costituzionali evidenti nel campo della responsabilità civile, Salvi, *op. cit.*, pp. 30 ss. E, in generale, sull'applicazione immediata dei principi costituzionali ai rapporti tra privati, Perlingieri, *op. cit., passim*, soprattutto, pp. 543 ss.

22 Si tratta, come è noto, della sentenza storica che ha risolto le varie questioni di incostituzionalità sollevate contro la tabella dei risarcimenti della Legge 30/1995, molte delle cui obiezioni sono state sanate nell'attuale tabella introdotta dalla Legge 35/2015.

(articolo 15 del Trattato CE) con il ripristino dell'equilibrio finanziario perso in conseguenza della morte o della lesione personale subita, poiché il mandato di speciale protezione che l'art. 15 CE impone al legislatore si riferisce strettamente ed esclusivamente ai suddetti beni personali (vita, integrità fisica e morale), senza che sia possibile estenderlo impropriamente a una realtà giuridica diversa, che è quella del regime giuridico degli eventuali danni patrimoniali che potrebbero derivare dalla lesione di tali beni".

L'articolo 1106 CC spagnolo stabilisce quali danni sono risarcibili e l'articolo 1107 CC limita tale dichiarazione generale, indicando l'entità del risarcimento in base al grado di causalità che tali danni hanno con l'inadempimento; come afferma la STS 20 marzo 1990, l'articolo 1107 determina *"l'entità del risarcimento, subordinandola alla causa dell'inadempimento dell'obbligazione".* E naturalmente la giurisprudenza ha confermato in innumerevoli occasioni l'esistenza di tale principio generale, anche se non trova alcuna consacrazione legislativa se non la più che discutibile espressione dell'articolo 1106 del CC[23] . La Corte Suprema espagnola afferma con insistenza che il risarcimento deve coprire la totalità dei danni, realizzando un'indennità assoluta, con l'unico limite che i danni siano causalmente imputabili al debitore secondo la regola dell'art. 1.107. E quindi non credo che ci si possa accontentare della qualificazione che "si tratta di un mero *desideratum, di* qualcosa di meramente desiderabile pur sapendo dell'impossibilità di realizzarlo, con piena consapevolezza della sua natura utopica"[24]. Ancora una volta, credo che alla base di questa posizione ci sia una certa confusione tra riparazione e risarcimento. Tutto ciò che viene detto è indubbiamente vero, applicato al *risarcimento* del danno non patrimoniale, quello che abbiamo chiamato sopra *"riparazione compensativa"*. Ma ci sono molti danni che sono perfettamente suscettibili di una riparazione completa.

Ancora una volta, è necessario ricorrere alla giurisprudenza. Le SSTS 13 aprile 1987 e 28 aprile 1992 affermano che "l'inesistenza nel nostro diritto positivo di principi generali che disciplinino il risarcimento dei danni ci autorizza a interpretare il concetto di riparazione, in cui si manifesta la responsabilità dell'autore del fatto illecito, come comprensivo (art. 1.106 e 1.902 CC), sia in ambito contrattuale che extracontrattuale, di sanzioni sufficienti in ogni caso a raggiungere l'indennizzo, che

23 Le SSTS del 10 gennaio 1979, del 6 ottobre 1982 e del 2 aprile 1997 riassumono perfettamente il principio: "... l'ampia formulazione dell'art. 1.106 CC significa che la natura del risarcimento ... copre tutta la perdita economica subita dal creditore, consistente nella differenza tra la situazione attuale dei beni che hanno ricevuto l'illecito e la situazione che avrebbero avuto se l'evento dannoso non si fosse verificato, sia a causa della riduzione effettiva dei beni, sia a causa del profitto perso o vanificato, ma sempre includendo per intero le conseguenze dell'atto dannoso, in quanto lo scopo del risarcimento è quello di riportare i beni colpiti alla situazione in cui si sarebbero trovati se l'inadempimento o l'atto illecito non si fossero verificati (*restitutio in integrum*)". Analoga, STS 13 aprile 1987.

24 Questa è l'opinione espressa nell'opinione dissenziente emessa da Rafael Mendizábal Allende sulla STC 181/2000, del 29 giugno (la famosa sentenza sulla costituzionalità della tabella di risarcimento per morte e lesioni in incidenti stradali). Questo voto esprime la natura utopica del principio di piena riparazione, come "una tendenza weberiana che preme per l'approssimazione del tipo ideale con il sospetto che non sarà mai raggiunto, un esempio tra i tanti dell'eterna aporia di Achille e della tartaruga".

è l'unico scopo della norma". E di conseguenza, la STS 7 maggio 1993 stabilisce che "la finalità del risarcimento, che è *pari a quella della riparazione o dell'indennizzo*, è quella di assicurare che il patrimonio del danneggiato si trovi, per effetto del risarcimento e a spese del responsabile del fatto illecito, in una situazione uguale o equivalente a quella che aveva prima del verificarsi del danno"[25] .

Non bisogna nemmeno dimenticare che l'aspirazione alla piena riparazione non è un principio assoluto, né deve essere un'ossessione del legislatore o dell'interprete[26] , tra l'altro perché ci sono danni che non possono mai essere pienamente risarciti, come in genere accade per i danni morali. Vicente Domingo spiega acutamente che "il risarcimento integrale del danno non è un buon parametro per un danno che ricade su beni impossibili da valutare". Il primo problema che si pone è quello dell'applicazione del principio di piena riparazione ai danni, per il quale esistono due note concordanti. Da un lato, un danno che non è suscettibile di riparazione specifica perché non circola sul mercato e non può essere sostituito. D'altra parte, si tratta di danni la cui natura non consente una valutazione oggettiva"[27] .

Questo vale soprattutto per i cosiddetti danni alla persona, che di solito vengono definiti danni non patrimoniali. Ma non lo fa nel caso di danni patrimoniali sia per i danni conseguenti che per il mancato guadagno (a condizione che quest'ultimo sia certo e accreditato, il che è un'altra questione). Per questo motivo, è stata molto criticata l'esistenza nel nostro ordinamento di una norma che si è deliberatamente e consapevolmente allontanata dal principio del risarcimento integrale, applicando il cosiddetto "baremo" al risarcimento per morte e lesioni personali in incidenti stradali, introdotto dalla legge 30/1995, che ha rinunciato al risarcimento integrale del danno da perdita di guadagno. Anche per questo motivo, va valutata molto positivamente la "nuova" scala introdotta dalla legge 35/2015, del 22 settembre, di riforma del Testo Unico della LRCSCVM, che, in ossequio al cosiddetto "principio di vertebrazione", ha optato per il risarcimento separato del mancato guadagno e del danno alla persona.

Ebbene, questo principio di riparazione integrale implica che le due principali categorie di forme o modalità di riparazione che abbiamo menzionato non si escludono a vicenda, poiché è possibile che vi siano danni in cui esse debbano

25 Analogamente, la STS 28 aprile 1955 stabilisce che "il risarcimento del danno non è una sanzione inflitta all'autore del fatto illecito [...], ma è il compenso economico del danno causato al danneggiato e, pertanto, se l'autore del fatto illecito deve ripararlo, deve farlo integralmente, in modo che, quando il diritto leso viene ristabilito, si ripristini anche l'equilibrio e la situazione economica precedente alla lesione, senza sproporzione tra il danno e la sua riparazione".

26 Vicente Domingo, E.: "El daño", in *Tratado de responsabilidad civil* (coord. Reglero Campos), 2a ed., Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 280-281.

27 *Idem.*

agire contemporaneamente[28], in quanto solo combinando la riparazione integrale con la compensazione ci si può avvicinare a questo ideale riparatorio. Da ciò si può dedurre qualcosa che non sembra essere così scontato per la dottrina, ossia il fatto che non vi è opposizione o antagonismo tra l'una e l'altra forma di riparazione e, soprattutto, tra la riparazione in forma specifica e il risarcimento pecuniario. Tanto più che la prima è spesso verificata anche dalla consegna di una somma di denaro[29]. La questione è ben compresa dalla dottrina tedesca, che distingue tra ripristino *materiale, che si* riferisce alla situazione puramente materiale del danneggiato, e ripristino *finanziario.* Quest'ultimo non è un risarcimento in senso stretto, in quanto non ha uno scopo compensativo ma mira a ripristinare il risarcimento economico della vittima[30]. Pertanto, se dopo il ripristino materiale la vittima non è ancora stata risarcita, sarà necessario "riabilitare economicamente la vittima", senza che ciò implichi il ricorso a un risarcimento monetario.

D'altra parte, quando si parla del principio di riparazione integrale, l'enfasi è spesso posta sulla sua prima parte "risarcire *tutti i* danni" e la necessità di limitarlo a "*nulla più del* danno" è lasciata in secondo piano. Tuttavia, il principio obbliga anche a "limitare" o meglio ad "aggiustare" il risarcimento in modo che non porti a un arricchimento ingiusto della vittima. Ciò significa che dobbiamo prendere in considerazione alcune circostanze importanti, come il dovere della vittima di mitigare il danno, i casi di risarcimento dei profitti e dei danni, i casi in cui più risarcimenti concorrono o si cumulano nella riparazione dello stesso e unico danno, e il problema della cosiddetta causalità alternativa ipotetica. Vediamo ora alcune idee.

V. IL DOVERE DI MITIGARE IL DANNO.

Come è stato giustamente sottolineato[31] , l'intervento della parte lesa avviene durante l'intero corso della responsabilità civile, in quanto deve essere preso in considerazione: (i) prima che il danno si verifichi, nei casi di assunzione volontaria di un rischio o di un pericolo; (ii) contemporaneamente alla causazione del danno, quando la condotta del danneggiato può esonerare l'autore del fatto illecito dalla responsabilità, o attenuarne l'imputazione nella misura in cui la vittima vi abbia casualmente contribuito; e (iii) una volta che il danno si è verificato, attraverso

28 Con riferimento ad un evidente caso di tutela inibitoria del danno, Roca Trías, E., ricorda come "in materia di danni causati da immissioni industriali, la forma di riparazione è generalmente duplice: da un lato, il convenuto viene condannato a riparare i danni causati da questo tipo di attività, ma, inoltre, si ammette che il danneggiato possa chiedere la cessazione dell'attività dannosa realizzando le opere necessarie" (*Derecho de daños. Textos y materiales.* Tirant lo Blanc, Valencia, 2000. p. 182).

29 Von Bar, Cr.: *The Common European Law of Torts*, vol. 2, Clarendon Press, Oxford, 2000, p. 150; Pantaleón, "Comentario al artículo 1902 CC", *cit.*

30 Per tutti, Fischer, H.A.: *Los daños civiles y su reparación,* traduzione e note di Roces, Madrid, 1927, pag. 143.

31 Yzquierdo Tolsada: *Responsabilidad..., cit.*, p. 659.

l'imposizione del dovere di mitigare o alleviare le conseguenze del danno, e di impedirne l'aggravamento.

Infatti, dal principio generale dell'agire in buona fede sancito dall'articolo 7 del CC spagnolo, deriva direttamente il dovere o l'onere della vittima di mitigare il danno e impedirne l'aggravamento (*dovere dell'attore di minimizzare il danno)*[32] . E questo vale sia per la responsabilità extracontrattuale che per quella contrattuale nei confronti del creditore frustrato, come stabilito dall'articolo 77 del CVVIM, quando impone alla parte contraente che invoca l'inadempimento del contratto l'adozione delle misure necessarie per ridurre il danno derivante dall'inadempimento e, in caso di inadempimento, il risarcimento del danno sarà ridotto.

La buona fede, infatti, impone che il danneggiato non possa chiedere il risarcimento di un danno che avrebbe potuto essere eliminato con operazioni o trattamenti che rientrino nei limiti della ragionevolezza[33], ovvero misure che non comportino sacrifici sproporzionati per il danneggiato o che non lo pongano di fronte a nuovi rischi[34] . Come è stato sottolineato, il risarcimento completo della vittima, creditore dell'autore dell'illecito, non è appropriato quando quest'ultimo avrebbe potuto agire nell'ambito di una ragionevolezza e di una correttezza affidabili, ma non l'ha fatto a danno diretto di un altro, confermando che il dovere di risarcimento non è cieco o meccanico, potendo essere limitato, a seconda delle circostanze di tempo, modo e luogo, soprattutto di natura comportamentale, perché la condotta assunta finirà per avere un'incidenza particolare, sia nell'*an respondeatur* che nel *quantum respondeatur*[35] .

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione di tale dovere di mitigazione, le disposizioni variano notevolmente per quanto riguarda le diverse misure che la parte lesa deve adottare e che sono ragionevoli, portando a considerare ciò che una persona nella stessa posizione e in circostanze simili a quelle della persona che ha il dovere di adottare le misure avrebbe fatto o avrebbe fatto in una situazione simile[36] .

32 Per l'argomento, Criscouli: "Il dovere di mitigare il danno subito", *Rivista di Diritto Civile*, 1972, pp. 573 e ss.; Jaramillo Jaramillo, C.I.: *Los deberes de evitar y mitigar el daño,* Themis, Bogotà, 2013.

33 De Ángel: *Tratado de Responsabilidad Civil,* 3a ed., Madrid, 1993, p. 845.

34 Díez-Picazo: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pag. 344.

35 Jaramillo Jaramillo, C.I.: *Los deberes..., cit.* p. 107. In termini analoghi Larroumet, Ch.: "Obligation de moderer le dommage et arbitrage du point de vue du droit français", *Gazette du Palais*, Paris, n. 290, 16 ottobre 2008, p. 6, dove sottolinea che il principio della riparazione integrale non si contrappone all'obbligo di moderare il danno, in quanto si può benissimo ritenere che il debitore debba risarcire integralmente solo il danno imputabile alla sua attività, escludendo quello che trova la sua origine nell'inerzia, nell'azione insufficiente o irragionevole del creditore.

36 Oviedo Albán, J.: "La mitigación del daño en la compraventa internacional de mercaderías ",*Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, La Ley (Arg.), 2012, p. 10.

L'obbligo di mitigazione, più volte ripreso dalla giurisprudenza[37] , trova anche alcune manifestazioni legislative in Spagna, tra cui vale la pena di segnalare:

- L'articolo 1.2 della LRCSCVM, al terzo paragrafo, dopo aver stabilito i casi di riduzione del risarcimento per il contributo della vittima nella causazione dell'incidente stradale, stabilisce che le stesse regole si applicano anche se la vittima non adempie al suo dovere di mitigare il danno. Aggiunge che "la vittima viola questo dovere se non mette in atto un comportamento generalmente richiesto che, senza comportare alcun rischio per la sua salute o integrità fisica, avrebbe impedito l'aggravamento del danno causato e, in particolare, se abbandona ingiustificatamente il processo curativo". E l'articolo 37.2 della stessa legge prescrive che "la persona lesa deve fornire, fin dal momento in cui si verifica la lesione, la collaborazione necessaria affinché i servizi medici designati per conto dell'eventuale responsabile la riconoscano e seguano il decorso evolutivo delle sue lesioni". L'inadempimento di questo dovere costituisce una causa non imputabile all'assicuratore agli effetti della regola 8 dell'articolo 20 della LCS, relativa alla maturazione degli interessi di mora.

- L'articolo 17 della LCS stabilisce inoltre che l'assicurato o il contraente deve utilizzare i mezzi a sua disposizione per ridurre le conseguenze del sinistro e aggiunge che l'inadempimento di tale obbligo darà diritto all'assicuratore di ridurre le prestazioni tenendo conto di quelle derivanti dallo stesso e del grado di colpa dell'assicuratore.

VI. COMPENSAZIONE DEI LUCRI E DEI DANNI.

A volte si verifica una situazione in cui lo stesso atto che causa il danno genera anche un beneficio, un profitto o un vantaggio per la stessa persona, che diventa al contempo vittima e beneficiario della condotta dell'agente. La figura o regola nota come *compensatio lucri cum damno* rende necessario calcolare (piuttosto che "compensare", come spesso si dice sconsideratamente) quei vantaggi che il danneggiato ottiene, per evitare che il risarcimento (totale) dei suoi danni, sommato a quelli, rappresenti un aumento del patrimonio, poiché, come dice Mariano Medina, "si tratta di danni che, in ragione di tali benefici, cessano di essere tali, in tutto o in parte"[38]. Infatti, in senso tecnico, non vi è alcuna "compensazione" tra la richiesta di risarcimento e una presunta (e inesistente) richiesta a favore dell'illecito, ma piuttosto una pura imputazione o considerazione degli effetti vantaggiosi al momento della valutazione del danno, al fine di evitare un indebito

37 Per tutti, STS 15 novembre 1994, acutamente commentato da Soler Presas: "El deber de mitigar el daño", *ADC,* 1995, pp. 951 e segg.

38 Medina Crespo, M.: *La compensación..., cit.*, p. 35. Quest'opera è fondamentale per conoscere lo stato della questione della *compensatio lucri cum damno alla luce della* dottrina, della legislazione e della giurisprudenza.

profitto a favore della vittima a scapito dell'illecito. Pertanto, è stato proposto di chiamarlo piuttosto "imputazione dei benefici o calcolo dei benefici" [39].

La figura non rientra nei precetti della teoria generale delle obbligazioni o della responsabilità civile, né contrattuale né extracontrattuale. Ma è previsto dall'articolo 10:103 del PELT, sotto la voce "benefici ottenuti attraverso l'evento dannoso", nei seguenti termini: "Nel determinare l'ammontare dell'indennizzo, si deve tener conto dei benefici che il danneggiato ha ottenuto attraverso l'evento dannoso, a meno che ciò non sia incompatibile con lo scopo del beneficio". Si noti che "tenere conto" non significa necessariamente "sottrarre" o "dedurre" tali importi dal compenso.

In dottrina c'è un'eterna controversia tra chi sostiene che si debba effettuare questo calcolo, che teoricamente trova il suo perfetto terreno di coltura nella concezione differenziale del danno che, come abbiamo spiegato, obbliga a confrontare la situazione della vittima prima e dopo l'evento dannoso, il che porterebbe a includere nel "conto" i profitti o i vantaggi ottenuti[40] ; e chi lo mette in discussione, considerando che la parte lesa (e beneficiaria) non ha scelto il presunto vantaggio[41] , e che non è previsto dal nostro ordinamento giuridico[42] .

La questione, a mio avviso, non sta tanto nell'affermazione o nella negazione della giustizia-ingiustizia della *compensatio lucri cum damno*, o della sua ammissibilità nel nostro ordinamento, quanto nella determinazione di quali vantaggi o benefici possano o debbano essere presi in considerazione nel difficile compito di valutare il danno[43] .

Quindi, innanzitutto, i profitti oggetto di calcolo devono avere la stessa origine del danno subito, entrambi devono essere l'effetto di uno stesso evento, che di per sé ha la normale idoneità a determinarli o, in altre parole, devono presentarsi come due aspetti opposti dello stesso evento. Così come il danno, per essere risarcibile, deve avere un rapporto di causalità con l'atto imputato al responsabile,

39 Díez Picazo, L.: *Fundamentos... V, cit.* p. 341, seguendo Von Thur.

40 Medina Crespo: *loc. cit., passim.* Egli stesso afferma di adottare "una posizione di ampio respiro che si discosta dal disegno dottrinale originario, che è generalmente seguito dagli autori che se ne occupano (la *compensatio)*, anche se spesso lo fanno in modo incoerente" (p. 53). Moderatamente, anche Díez Picazo, L.: *loc. ult. cit.*: "Ci sono certamente casi in cui un calcolo dei vantaggi sembra presentare un carattere logico".

41 Yquierdo Tolsada: *Sistema..., cit.* p. 498.

42 Pantaleón: *Del concepto de daño..., cit., passim*; anche nel suo Comentario al artículo 1902 (epígrafe V.2), in *Comentario del CC, cit.* Nella prima delle opere citate, egli riprende in particolare i lavori di Walsmann e Oertmann sulla *compensatio lucri cum damno*, e afferma giustamente che l'istituto non è contemplato nel nostro ordinamento e che una concezione reale-concreta del danno esclude di per sé il computo dei vantaggi ottenuti nella determinazione dell'entità dell'indennizzo, poiché l'indennizzo stabilito senza considerarli non produce un arricchimento per il danneggiato, che si verifica solo se viene superato il valore oggettivo del danno subito. Aggiunge che il divieto di cui all'articolo 1686 del Codice civile non si applica solo al partner, ma può essere applicato in generale.

43 Questa è la posizione adottata, con saggezza e moderazione, da Vicente Domingo, E.: *op. cit.*, pp. 282-283.

anche il profitto computabile deve essere una conseguenza diretta dello stesso atto. La *compensatio* di benefici indiretti e, soprattutto, avventizi, privi di un nesso causale, porterebbe al fatto che non verrebbe mai risarcito alcun danno patrimoniale subito da chi è "ricco per la sua casa", o il danno estetico di una persona che (anche con la sua cicatrice) è bella dalla nascita[44] .

Ma all'identità di origine e di causalità si deve aggiungere, come requisito per il calcolo, che i profitti abbiano la stessa natura o appartengano allo stesso genere del danno, come nel caso del risarcimento del credito. Questo perché, come è stato sottolineato[45] , in un altro caso, il giudizio su ciò che rappresenta un vantaggio per la parte lesa può essere soggettivo. Devono quindi essere esclusi i profitti derivanti da titoli diversi dal diritto originato dall'evento dannoso in sé considerato: Díez-Picazo fa l'esempio di eventuali diritti ereditari in caso di morte, o dell'indennizzo da ricevere in virtù di un'assicurazione sulla vita, "perché dalla sua condotta onerosa e previdente non può derivare alcun beneficio per l'autore dell'illecito'[46] .

D'altra parte, non sarà computabile ciò che la vittima riceve direttamente in virtù di un'assicurazione contro i danni, che non può essere considerata, a mio avviso, un "profitto" o un "beneficio", ma la giusta riparazione del danno subito, anche se in conseguenza di un contratto precedentemente sottoscritto dal danneggiato: il suo danno viene riparato con ciò che ha ricevuto dall'assicuratore che, in conformità con le disposizioni dell'articolo 43 della Legge di Contrato di Assicurazione spagnola, sarà surrogato nella posizione di colui che ha subito il danno, per chiedere il risarcimento al responsabile. La vittima avrà diritto all'importo della franchigia (se l'assicuratore l'ha applicata) e, cosa forse più discutibile, al valore attuariale dei premi pagati per l'assicurazione.

Nella nostra giurisprudenza è consuetudine citare la STS 5 dicembre 1981, aspramente criticata, a ragione, da Yzquierdo[47] , che prende in considerazione il caso di un incidente stradale in cui un camion urta una casa privata di valore urbano, che viene lasciata in stato di rovina, costringendola alla demolizione; una situazione che ha generato un significativo profitto per i proprietari dell'immobile, che hanno potuto vendere un appezzamento di terreno altrimenti privo di valore. In breve, secondo questa dottrina, se la vittima vince alla lotteria lo stesso giorno in cui ha subito il danno, deve dividere il premio con l'autore del reato.

44 Medina Crespo sostiene un'applicazione polimorfa ed estensiva del risarcimento, sia dei benefici diretti generati dall'evento dannoso (*damnum non datum, lucrum emergens*), sia dei relativi benefici indiretti o collaterali ottenuti in virtù di un titolo giuridico o commerciale preesistente, sia dei benefici avventizi, occasionali o eventuali ottenuti in virtù di un titolo giuridico o commerciale formatosi dopo l'evento dannoso (*op. cit.*, pp. 54 ss.).

45 Vicente Domingo: *loc. ult. cit.*

46 STS 19 gennaio 1967.

47 Yzquierdo Tolsada: *Responsabilidad..., cit.*, p. 653, che definisce questa soluzione "ridicola".

Più recentemente, la STS 28 giugno 2012, in un caso in cui è stata confermata la negligenza professionale di un avvocato, a causa della vanificazione dell'azione di responsabilità civile intentata contro le società coinvolte nell'incidente sul lavoro in cui sono morti i mariti dei ricorrenti. La sentenza applica la dottrina della perdita di chance e fissa il risarcimento a una percentuale della somma che gli attori avrebbero potuto ottenere secondo le loro aspettative nelle circostanze del caso. La Camera afferma che "è in linea con la giurisprudenza dell'art. 1902 CC la *compensatio lucri cum damno*, per cui il danno morale causato dalla presunta negligenza nell'attività professionale del ricorrente avrebbe dovuto essere risarcito, anche solo in parte, con il beneficio straordinario della non corresponsione degli onorari maturati in suo favore, delle spese del legale e dei periti, anch'essi a carico dell'avvocato".

In ambito contrattuale, la STS 15 marzo 2019, con ampia citazione e riproduzione delle SSTS 16 novembre 2017, 14 febbraio 2018 e 20 settembre 2018 afferma che "la regola della *compensatio lucri cum damno* significava che nella liquidazione dei danni risarcibili, l'eventuale ottenimento dei vantaggi subiti dal creditore deve essere computato, insieme ai danni subiti, tutti a partire dagli stessi fatti che hanno causato l'inadempimento dell'obbligazione". E aggiunge che "in ambito contrattuale, se lo stesso rapporto obbligatorio genera contemporaneamente un danno - in questo caso, dovuto all'inadempimento della controparte - ma anche un vantaggio - la percezione di ritorni economici - l'uno e l'altro devono essere compensati, in modo che il contraente adempiente non si trovi in una situazione patrimoniale più vantaggiosa con l'inadempimento che con l'esecuzione del rapporto obbligatorio". Tuttavia, *affinché la riduzione abbia luogo, solo i vantaggi che l'obbligato ha ottenuto proprio attraverso l'evento che ha dato origine alla responsabilità o in un adeguato rapporto di causalità con esso devono essere valutabili ai* fini della riduzione dell'importo del risarcimento. Sebbene questa regola non sia espressamente prevista dalla disciplina giuridica della responsabilità contrattuale, la sua applicabilità deriva dalla stessa norma che impone al contraente inadempiente il risarcimento del danno prodotto dalla sua azione o omissione, poiché solo ciò che si è effettivamente verificato può essere considerato un danno. Quando l'articolo 1106 del CC spagnolo afferma che "il risarcimento del danno comprende non solo il valore della perdita subita, ma anche quello del guadagno che il creditore ha cessato di ottenere", ne consegue che la determinazione del danno risarcibile deve essere effettuata sulla base del danno effettivamente subito dal creditore, a tal fine devono essere presi in considerazione tutti quei profitti o guadagni derivanti dall'inadempimento, che comportano una riduzione della perdita subita dal creditore. In altre parole, quando un'obbligazione viene violata, non si tratta tanto del danno lordo che ammonta a un certo importo da cui si deve dedurre il vantaggio ottenuto dal creditore per ottenere il danno netto, ma piuttosto che non ci sia più danno di quello effettivamente causato, che è il risultato della reciproca produzione di danno e profitto". E conclude che

"l'obbligo di risarcire il danno causato costituisce la concretizzazione economica delle conseguenze negative che l'inadempimento dell'obbligo ha prodotto per il creditore, cioè compensa economicamente la perdita pecuniaria prodotta per la parte lesa". Da questo punto di vista, non si può trascurare il fatto che l'attore non era economicamente indifferente all'esecuzione del contratto, dal momento che ha ricevuto un ritorno economico come risultato della sua esecuzione. Pertanto, la sua perdita patrimoniale in conseguenza dell'inadempimento contrattuale della controparte assume la forma della perdita dell'investimento, ma compensata dal guadagno ottenuto, che ha avuto la stessa causa contrattuale. In breve, la questione non è se l'attore si arricchisce ingiustificatamente non deducendo i rendimenti ricevuti dall'investimento, ma come si concretizza la perdita economica causata dall'inadempimento della controparte'"[48].

VII. IL CONCORSO O L'ACCUMULO DI COMPENSI.

Strettamente connessi alla *compensatio lucri cum damno*, anche se si tratta di cose diverse, sono quei casi in cui la sofferenza del danno conferisce alla vittima il diritto di ottenere più risarcimenti, in virtù di titoli giuridici diversi o del concorso di norme appartenenti a settori diversi dell'ordinamento giuridico. È il caso degli infortuni sul lavoro, che determinano il diritto a ricevere determinate prestazioni "sociali", soggette al diritto del lavoro e della previdenza sociale e alla giurisdizione dell'ordine sociale; e talvolta, inoltre, danno luogo a un caso di responsabilità civile "ordinaria", soggetta alle regole generali dell'istituto e alla giurisdizione civile. O altri in cui la vittima di una lesione riceve un "risarcimento" dallo Stato o dalle amministrazioni pubbliche per motivi di solidarietà sociale (come nel caso degli aiuti alle vittime del terrorismo o dei crimini contro la libertà sessuale, delle pensioni militari straordinarie), e ha anche diritto a un risarcimento nei confronti della persona che ha causato la lesione.

Si tratta, come si è detto, di una questione diversa dalla *compensatio lucri cum damno* in senso stretto, poiché questo risarcimento concorrente a quello derivante dalla responsabilità civile non deve essere considerato, in realtà, un "profitto" o un "beneficio" derivante dall'evento che ha causato il danno. Si tratta, semplicemente, di due forme di risarcimento del danno che si cumulano (o meno, questo è il punto), che concorrono, sotto titoli giuridici diversi e, pertanto, nessuna delle due può essere considerata un vantaggio o un beneficio *causalmente prodotto*

48 Allo stesso modo, e in conformità con questa dottrina, la STS 2 luglio 2019 studia lo scambio, offerto da Bankia, di azioni privilegiate e debito subordinato con azioni di tale entità, fornendo informazioni gravemente inesatte sulla situazione contabile di Bankia nella determinazione del valore di scambio di alcune per altre, con gravi perdite economiche per le persone interessate. E stabilisce che la perdita finanziaria subita dai querelanti deve essere compensata con i rendimenti ricevuti dall'investimento.

*dall'*evento dannoso. Un'altra cosa è che, nell'ambito dell'ampia concezione di tale regola, essa può essere considerata applicabile alla questione[49] .

C'è qualcosa che, a partire dalla più elementare teoria della responsabilità civile, e in ossequio al principio della riparazione integrale (ricordiamo, "niente di più del danno") non dovrebbe nemmeno essere preso in considerazione, come è ovvio: il concorso del risarcimento non può mai determinare l'ottenimento di una duplicità di risarcimento, come dice giustamente Mariano Yzquierdo[50]. È inammissibile che la vittima riceva in totale più dell'importo corrispondente al danno effettivamente subito perché, anche se la causa che legittima la ricezione di ciascuna somma è diversa, o anche se abbiamo diversi pagatori, il contrario sarebbe un evidente arricchimento ingiustificato.

Ebbene, lasciando da parte le opinioni dottrinali, se c'è una cosa su cui tutti gli autori concordano è il vero e proprio ghiribizzo giurisprudenziale che circonda il problema. Soluzioni diverse a seconda dell'ordine giurisdizionale in cui viene affrontato il problema, e persino criteri diversi all'interno della stessa giurisdizione. Va sottolineato che è la quarta sezione della Corte di giustizia (quella di diritto lavorale) ad aver affrontato la questione nel modo più corretto.

Nell'ambito della giurisdizione civile, è prassi generale proclamare la compatibilità tra risarcimento civile e risarcimento del lavoro nei casi di infortuni sul lavoro. Poiché le sentenze si sono susseguite, e dato che in molte occasioni questa compatibilità porta a una distorsione del sistema di responsabilità civile e alla giustificazione del mancato risarcimento del mancato guadagno[51] , si può dire che lo stato attuale delle cose (chissà per quanto tempo) rientra nella teoria del cosiddetto "sconto condizionato". In altre parole, a partire dalla STS 21 luglio 2000[52] , è stata riconosciuta la compatibilità tra il risarcimento per la morte di un lavoratore nell'ordinamento lavorativo e in quello civile, ma si aggiunge che "trattandosi dello stesso evento che dà luogo all'uno e all'altro risarcimento, e anche dello stesso danno che viene risarcito, nulla impedisce di valutare, come elemento di risarcimento della morte di un lavoratore nell'ordinamento lavorativo e in quello civile, la compatibilità del risarcimento della morte di un lavoratore nell'ordinamento civile", nulla impedisce di valutare, come ulteriore elemento per l'ammontare del risarcimento da fissare nell'ordinanza civile (e sebbene ciò sia in qualche misura messo in discussione dalle SSTS 27 novembre 1993 e 30 novembre 1998), l'importo già concordato dal tribunale sociale in applicazione delle norme

49 Questo è spesso il caso della giurisprudenza e Medina Crespo, M., che ha studiato a fondo la questione, distingue correttamente i diversi casi in cui si verifica tale situazione, alla luce della dottrina e della giurisprudenza (*op. cit.*, soprattutto pp. 147 ss.).

50 Yzquierdo Tolsada, M.: *Responsabilità ...., cit.* p. 655.

51 Vicente Domingo, E.: *op. cit.*, p. 284.

52 C'era già un *obiter dictum* precedente: STS 1 febbraio 1999.

sul lavoro". Tuttavia, la STS 25 ottobre 2011 continua a proclamare la dottrina dell'assoluta compatibilità tra risarcimento civile e risarcimento del lavoro. La STS 23 aprile 2009 dichiara che l'importo della maggiorazione delle prestazioni per la mancanza di misure di sicurezza (puro danno punitivo, a mio avviso) non è computabile ai fini dell'accertamento della responsabilità civile del datore di lavoro.

Nella giurisdizione sociale, la SSTS (4a Sezione) del 17 luglio 2007, nei ricorsi decisi per l'unificazione della dottrina, ha risolto molto correttamente la questione, chiarendo correttamente la teoria della compatibilità, nei seguenti termini: "La compensazione dei diversi importi risarcitori deve essere effettuata tra concetti omogenei per una giusta ed equa riparazione del danno reale". Pertanto, non sarà possibile compensare l'importo del risarcimento riconosciuto per il mancato guadagno o per i danni conseguenti in un'altra istanza con quello riconosciuto per altri concetti, come il danno non patrimoniale, quando si stabilisce l'importo totale del risarcimento, poiché è possibile compensare solo ciò che è stato riconosciuto per il mancato guadagno in un altro processo con ciò che è stato assegnato per questo concetto nel processo in cui viene effettuata la transazione. E così con gli altri concetti, poiché dall'articolo 1172 del CC si evince che il pagamento imputato alla perdita della capacità di guadagno non può essere compensato con il debito derivato da altri concetti, soprattutto quando l'importo e l'imputazione di tale pagamento sono stabiliti dalla legge, poiché non sono debiti dello stesso tipo".

In altre parole, il criterio corretto obbliga a discriminare i diversi concetti (danni conseguenti, perdita di profitto, danni alla persona...) in cui viene percepito il risarcimento. Nella misura in cui sono coinvolte diverse voci di compensazione, la compatibilità deve essere mantenuta. E se il risarcimento è destinato a soddisfare lo stesso interesse, lo sconto sarà applicabile. Questa è, a mio avviso, la chiave della questione: bisogna innanzitutto chiedersi cosa viene risarcito in ciascun caso, e poi decidere se c'è compatibilità (perché si tratta di danni diversi) o se la deduzione è appropriata (perché entrambe le somme si riferiscono allo stesso danno). Se la Previdenza sociale versa durante il periodo di inabilità al lavoro una somma per il mancato guadagno (cioè un'indennità per perdita di guadagno pura e semplice), il successivo risarcimento civile per perdita di guadagno dovrà detrarre tali somme, per evitare una palese sovracompensazione. Non è *compensatio lucri cum damno*, insisto, non è compensare due volte lo stesso mancato guadagno (solo una volta).

Nella giurisdizione contenziosa-amministrativa si segue la posizione del "cumulo relativo"[53], stabilendo che l'indennizzo ricevuto in virtù della (mal denominata) responsabilità patrimoniale delle pubbliche amministrazioni è compatibile con

53 Terminologia di Mariano Medina Crespo: *op. cit.*, p. 166.

l'indennizzo che il danneggiato ottiene in virtù di un altro titolo, fermo restando che tali importi vengono scontati nel fissare l'ammontare del primo[54] .

Nella causa STS 3 settembre 2012, relativa all'incidente aereo dello Yak 42, il Tribunale provinciale ha negato l'applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno* e ha negato l'opportunità di detrarre dal risarcimento del danno non patrimoniale le somme che i parenti delle vittime avevano ricevuto in altro modo. Un criterio approvato e confermato dalla Prima Sezione del Tribunale di primo grado.

VIII. CASI DI CAUSALITÀ ALTERNATIVA IPOTETICA.

Infine, è importante specificare in che misura la circostanza che il danno, derivato da un'azione o un'omissione che dà luogo a responsabilità (causalità effettiva), avrebbe potuto essere prodotto allo stesso modo, ma come conseguenza di un'altra causa diversa, che viene quindi chiamata causa alternativa, ipotetica o di riserva, può avere un impatto sulla valutazione della riparazione. La teoria della causalità alternativa ipotetica ha avuto una particolare incidenza e considerazione in ambito penale dove, logicamente, si proietta direttamente sul problema dell'antigiuridicità e, quindi, sull'esistenza del reato.

Il problema è stato studiato da Díez-Picazo[55] , che, dopo aver analizzato alcuni antecedenti nei testi romani e seguendo Trimarchi e Larenz, propone alcuni esempi, che indubbiamente aiutano a comprendere la situazione: un ladro ruba un'auto che guida in modo spericolato e praticamente la distrugge in un incidente indiscutibilmente colposo; tuttavia, si dimostra che se il furto non fosse avvenuto, l'auto sarebbe rimasta nel garage che è stato distrutto dal fuoco con tutto ciò che conteneva. Un uomo, di ritorno euforico da una serata allegra, rompe la vetrina di un negozio con il suo bastone e si appresta a mettere una nuova lastra di vetro, ma prima che ciò possa avvenire, si verifica un'esplosione che manda in frantumi tutti i vetri della zona.

Il problema non è certo quello dell'interruzione del nesso causale, perché il danno (tutto, diremmo) è stato provocato da un'unica causa, per cui la causa ipotetica è data da un evento successivo al verificarsi del danno. Si tratta piuttosto di una questione di nozione di danno risarcibile e del significato attribuito alla responsabilità civile.

E, da questo punto di vista, sembra che la regola generale debba essere l'irrilevanza delle ipotetiche cause alternative rispetto all'imputazione del danno

54 SSTS (3a Sezione) 5 aprile 1989 e 12 marzo 1991.

55 Díez-Picazo, L.: *Fundamentos..., V, cit.,* pp. 337 e ss.

all'autore dell'illecito, e che l'esistenza di queste non debba incidere sull'entità dell'obbligo di riparazione del danno *causato*. In altre parole, il danno è stato causato e in quel momento è sorto un certo obbligo di riparazione che, in linea di principio, non deve essere modificato dal verificarsi di altre cause successive che, *ipoteticamente*, avrebbero prodotto il danno. Questo è il significato della regola della responsabilità. E, come abbiamo detto, questa è la regola generale da seguire.

Tuttavia, in via del tutto eccezionale[56], in alcuni casi si può prendere in considerazione la circostanza di un'ipotetica causa alternativa. Si deve trattare di casi in cui il danno causato dalla causa reale non si esaurisce al momento della sua causazione (ad esempio, nel caso di perdita di profitto o di danno continuativo), in modo che l'impatto della causa alternativa impedisca di conoscere con la necessaria precisione quale sarebbe l'entità del danno causato e che deve essere riparato. In questi casi, è il danno causato che diventa ipotetico, e questo deve avere una qualche ripercussione nella definizione del risarcimento. O anche in quei casi in cui la causa reale e l'alternativa ipotetica operano quasi simultaneamente, cosicché (senza che vi siano motivi per negare la causalità reale, perché se vi fossero, non saremmo più in presenza di questo problema ma semplicemente in un caso di concausa del danno) non è possibile sapere in che misura la condotta dell'autore del reato abbia *realmente* inciso sulla produzione del danno; o, per meglio dire, quale sia stata l'entità del danno che l'autore del reato è tenuto a riparare. Pertanto, in questi casi (del tutto eccezionali), si dovrebbe operare una moderazione della compensazione; non credo che si possa arrivare all'esonero, perché sarebbe come negare la causalità che è già stata proclamata come premessa.

56 Yzquierdo Tolsada, M., *Responsabilidad..., cit.*, p. 657.

BIBLIOGRAFIA.

Aedo Barrena, C.: "Los requisitos de la lex Aquilia, con particular referencia al daño. Lectura desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero", *Ius et Praxis,* anno 15, nº 1, pp. 311 e segg.

Barcellona, M.: *Danno risarcibile e funzione della responsabilità,* Milano, 1972.

Carrasco: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* a cura di M. Albaladejo, T.XV, vol. 1, Edersa, 1989.

Criscouli: "Il dovere di mitigare il danno subito", *Rivista di Diritto Civile*, 1972, pp. 573 e ss.

De Ángel Yágüez, R.: "Constitución y Derecho de daños", *Deusto Studies*, vol. 55/1, 2007.

- *Tratado de Responsabilidad Civil,* 3a ed., Madrid, 1993, p. 845.

De Soto, D. : *De Iustitia et Iure,* 1556.

Delgado Echeverria: in Lacruz et al.: *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1, 2a edizione, Barcellona, 1985.

Díez-Picazo y Ponce de Leon, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* II, 4a edizione, Cívitas, Madrid, 1993.

- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial V. La responsabilità civile extracontrattuale*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

Ennecerus-Lehman: *Derecho de Obligaciones*, vol. 1, in Ennecerus-Kipp-Wolf, *Tratado de Derecho Civil*, T.II, trad. e note di Pérez González e Alguer, Bosch, Barcellona, 1933.

Esser-Schmidt: *Shuldrecht,* I, 2, Heidelberg-Karlsruhe, 1976, pag. 114.

Fischer, H.A.: *Los daños civiles y su reparación,* traduzione e note di Roces, Madrid, 1927.

Jaramillo Jaramillo, C.I.: *Los deberes de evitar y mitigar el daño,* Themis, Bogotà, 2013.

Larroumet, Ch.: "Obligation de moderer le dommage et arbitrage du point de vue du droit français", *Gazette du Palais*, Parigi, n. 290.

Llamas Pombo, E.: "Formas de reparación del daño", in *Sobre la responsabilidad civil y su valoración* (coord. J. López García de la Serrana e P. Torrecillas Jiménez), Sepin, Madrid, 2009, pp. 15-82.

- *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor,* 2a ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

- *Las formas de prevenir y de reparar el daño*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

Medina Crespo, M.: *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido. Aplicación del principio* compensatio lucri cum damno *en el Derecho de daños*, Bosch, Barcellona, 2015.

Mommsem, F.: *Zur Lehre vom Interesse*, (1855), in Beiträge z. Obligationsrecht, II, 1885. Obligationsrecht, II, 1885.

Moore, J.G.-Toulemon, A. : *Le préjudice corporel et moral en Droit commun. Étude, pratique et théorique*., Sirey, Parigi, 1955.

Oviedo Albán, J.: "La mitigación de los daños en la compraventa internacional de mercaderías », *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, La Ley (Arg.), 2012,

Pantaleón Prieto, F.: *El concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, tesi non pubblicata, 1981.

- "Comentario al artículo 1902", *Comentarios del Código civil* (dir. Paz-Ares/ Díez Picazo/Bercovitz y Savaldor Cordech), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991-II, pp. 1971 ss.

Perlingieri, P.: *El derecho civil en la legalidad constitucional*, trad. esp. dir. Luna-Maluquer, Dykinson, Madrid, 2005.

Pizarro, D.: "El principio de la reparación integral del daño. Situación actual. Perspectiva", *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba*, 1997.

Reglero Campos, F.: "Conceptos generales y elementos de delimitación", in *Tratado de responsabilidad civil* (coord. Reglero Campos), 2a edizione, Aranzadi, Pamplona, 2003.

Roca Trías, E: *Derecho de daños. Textos y materiales.* Tirant lo Blanc, Valencia, 2000.

Rodotà, S.: *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

SALVI, C.: *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene, Napoli, 1985.

SOLER PRESAS: "El deber de mitigar el daño", *ADC,* 1995.

VICENTE DOMINGO, E.: "El daño", in *Tratado de responsabilidad civil* (coord. Reglero Campos), 2a edizione, Aranzadi, Pamplona, 2003.

VON BAR, CR.: *The Common European Law of Torts*, vol. 2, Clarendon Press, Oxford, 2000,

WINDSCHEID, B.: *Diritto delle Pandette,* trad. it. Fadda-Bensa, vol. II, Torino, 1904*,* p. 61.

YZQUIERDO TOLSADA. M.: *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2020.

DOCTRINA

INTRODUZIONE

INTRODUCTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 44-51

Vito RIZZO

ARTICOLO CONSEGNATO: 22 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

I. Dopo i saluti significativamente espressi da coloro che hanno rappresentato gli organi istituzionali che hanno promosso e supportato questo III° Congresso internazionale di giovani civilisti, sono veramente contento ed onorato di essere stato investito del gradito cómpito di avviare la discussione in una della sessioni dedicata a riflettere sugli "aspetti evolutivi della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale". Dico subito che questa mia introduzione sarà la più breve possibile visto il numero dei relatori giovani di cui è previsto l'intervento in questa sessione ed i tempi ristretti che in essa devono essere rispettati e che mi sembra giusto debbano soprattutto da essi essere utilizzati.

Permettetemi, comunque, di esprimere, in primo luogo, la mia soddisfazione nel vedere qui convenuti tanti giovani che, oltre alla possibilità di dare un loro contributo sui temi dibattuti, hanno l'occasione di incontrarsi, di conoscersi, di allacciare relazioni e rapporti sicuramente proficui per il loro futuro su un piano scientifico-culturale ma anche personale ed umano. Grande merito va quindi riconosciuto a chi ha promosso l'iniziativa ed in particolare alla "Sezione dei giovani civilisti" ed all'"Associazione ius civile salmanticense". Va ricordato che si tratta del III° Congresso internazionale dei giovani civilisti.

E la mia soddisfazione è ancora più grande perché tra i promotori organizzatori dell'iniziativa, cui credo debba andare il nostro più caloroso ringraziamento, oltre alla Prof.ssa Araya Estancon Perez dell'Università di Cantabria ed alla Prof.ssa Almudena Gallardo Rodriguez dell'Università di Salamanca, c'è il Prof Giovanni Berti de Marinis che mi compiaccio di annoverare tra i miei allievi e che è andato a costituire, insieme ad altri allievi, quel gruppo civilistico perugino, parte integrante della scuola civilistica perlingeriana, che, in particolare, anche sotto l'impulso e la guida di Lorenzo Mezzasoma, si riconosce, si caratterizza ed opera nell'àmbito delle attività della rivista "Le Corti umbre" e del "Centro Studi giuridici sui diritti dei consumatori". Gruppo che ha saputo allacciare stretti rapporti in particolare con l'ambiente civilistico spagnolo e latino-americano e con illustri giuristi che vi operano che anche oggi sono qui autorevolmente rappresentati e che ci onorano con la loro presenza e che saluto, ancora una volta, con calore ed affetto, tutti, e consentitemi di ricordare, per tutti, in particolare Agustín Luna Serrano, Eugenio Llamas Pombo, e Luis Perez Serrabona Gonzales, con i quali l'attività di collaborazione e di ricerca comune è da tempo particolarmente intensa.

E questo Congresso rappresenta il frutto prezioso di questi rapporti e di questa collaborazione di cui i giovani devono dimostrarsi capaci di sapersi avvalere.

• Vito Rizzo
Professore Ordinario di Diritto civile
Università degli Studi di Perugia
vitorizzo45@libero.it

Ritengo anche meritevole di segnalazione la presenza e la partecipazione, in un Convegno di giovani civilisti, dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato (ADP) e dell'attribuzione della relazione conclusiva al suo Presidente che appare assolutamente emblematica.

II. Detto ciò, e lo ritenevo, in apertura, assolutamente doveroso, per mantenere la promessa fatta, soltanto qualche cenno, un semplice schizzo, qualche sporadico flash, alla tematica da trattare in questa sessione, che sarà poi in essa sviluppata ed anche in altre sessioni. E' un tema oggi, ma non soltanto da oggi, estremamente controverso e dibattuto, che risente anche delle esperienze storiche e dei contesti sistematici di riferimento, Non da ultimo si fanno sentire i riflessi su di esso del diritto europeo e comunitario. Per cui è la stessa rigida e tradizionale distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale che viene rimessa in discussione, quanto meno nei suoi termini e nei suoi confini tradizionali.

Viene, infatti, criticata la stessa terminologia utilizzata nel caratterizzare la distinzione responsabilità contrattuale responsabilità extracontrattuale, in quanto in particolare la locuzione responsabilità contrattuale rappresenterebbe una forma ellittica di espressione, una sorta di sineddoche, che non riesce a ricomprendere tutti i fenomeni da far rientrare in tale disciplina e quindi rappresenterebbe soltanto una parte di un tutto più ampio per cui da più parti si propone di impiegare la dizione di "responsabilità da inadempimento" (di un preesistente rapporto obbligatorio, che si configura sempre più come rapporto complesso che non si esaurisce sempre, necessariamente ed esclusivamente nell'obbligo della prestazione principale ma si può comporre anche di "obblighi altri" tra i quali principalmente gli "obblighi di protezione"), rispetto alla (tradizionale) responsabilità aquiliana, ove non c'è la preesistenza di un rapporto e l'obbligazione risarcitoria sorge contestualmente con essa quasi *ex novo* ed *ex abrupto*. Anche se poi, pur se con queste precisazioni, si preferisce continuare ad utilizzare la usuale e classica distinzione, per rispetto alla tradizione e ad un abituale modo di esprimersi.

III. Sempre più diffusamente, inoltre vengono messi in evidenza fenomeni che sembrano sfuggire alla tradizionale distinzione venendosi a collocare in una sorta di terra di nessuno (una sorta di *Neverland*) venendo ora attratti dall'uno o dall'altro polo, discorrendosi di "mobili confini" tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, o proponendosi addirittura la configurabilità di un "terzo polo" (una *Dritte Spur* come propongono alcuni autori in Germania), o, come detto, nella prospettiva in particolare della negazione e del rifiuto di un terzo polo, con l'attrazione delle figure che in esso si fanno rientrare, ora nell'uno ora nell'altro di uno dei poli tradizionali.

E' dato allora rilevare l'alternarsi, nell'evoluzione storica, talora di fasi di "contrattualizzazione" a fasi di "decontrattualizzazione".

La prima opzione viene in particolare privilegiata da parte di coloro che ritengono che l'estensione del regime della responsabilità contrattuale appare sicuramente più vantaggiosa nei confronti dell'offeso-creditore, in particolare sul piano dei regimi della ripartizione dell'onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione. Si ricorre a tal fine, per giustificare e dare fondamento a tale risultato ed a tale posizione a far emergere, talora, le particolari figure dei "rapporti contrattuali di fatto", e, più di recente, della responsabilità da "contatto sociale" o precisandosi, poi, ulteriormente da "contatto sociale qualificato", che dai primi talora si distingue ma di cui talora vengono ritenuti una filiazione, della "obbligazione senza obbligo primario di prestazione" o, più decisamente, dell'obbligazione senza prestazione, e degli "obblighi" o "doveri" di "protezione" su cui si è molto dibattuto, e la stessa diversa denominazione proposta, ora "obblighi" ora "doveri", ne è testimonianza, e che tendono ad occupare, non senza riserve da parte di taluno, ampi spazi, discorrendosi di un loro uso sì ma anche di un loro possibile abuso, con il rischio di mettere fuori gioco, ritenendosi non sempre a ragione, l'area della responsabilità aquiliana a vantaggio dell'area della responsabilità contrattuale. Essi, per la loro natura di "protezione", si ritengono, da un lato, naturalmente legati al principio del *non laedere* e della responsabilità aquiliana, o, al massimo, da intendere come una sorta di "enclave" della responsabilità extracontrattuale nell'àmbito della responsabilità contrattuale, fino a giungere a ritenerli, da altro lato, in quanto "obblighi", assolutamente idonei, in ipotesi di loro violazione, a dare luogo a forme di vera e propria responsabilità contrattuale, rilevandosi comunque, sovente, il loro possibile intreccio o sovrapposizione o non facile distinzione con i c.dd. obblighi del traffico (*Verkehrspflichten*, come proposti dalla dottrina tedesca) o da qualificare piuttosto come "doveri" da parte di altra dottrina.

IV. Nel privilegiare, invece, la seconda opzione che porta a preferire l'esistenza di forme e di vicende di "decontrattualizzazione", oltre ad esprimersi perplessità sul rigore dogmatico di una categoria "cuscinetto" tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e di altre figure che porterebbero a riconoscere in presenza di taluni fenomeni l'esistenza di forme di responsabilità contrattuale, si contesta la strategia di spostare in àmbito contrattuale "la complessità sociale e le fenomenologie di danneggiamento che sono proprie del campo extracontrattuale", strategia che "troverebbe fondamento in un'anacronistica ricostruzione del nostro sistema di responsabilità delittuale fondata sulla sua «natura rigidamente secondaria e sanzionatoria», sulla tipicità delle sue fattispecie, sulla limitazione della rilevanza aquiliana alla lesione dei soli diritti soggettivi assoluti". Si avanzano inoltre dubbi che una troppo ampia estensione della responsabilità contrattuale, e delle figure sulla base delle quali viene supportata, possa pregiudicare gli sforzi ed i risultati che si sono conseguiti nel pervenire ad ammettere un ampliamento della responsabilità aquiliana con il ricorso a clausole generali rompendo così la gabbia della tipicità delle sue ipotesi e ammettendone l'impiego di là dalla lesione dei diritti assoluti,

muovendo, tra l'altro, dalla concezione che la responsabilità extracontrattuale rappresenta pur sempre il *genus* e quella contrattuale una *species*.

V. Né paiono ininfluenti, comunque, in tale avvicendarsi le scelte storiche compiute da parte del legislatore non soltanto nazionale. Emblematico al riguardo, in Italia, è il caso del medico dipendente da strutture sanitarie nei confronti del quale, sul finire del secolo scorso e sulla base di un'importante sentenza della Suprema Corte del 1999, che ha assunto le vesti di un *leading case*, si è riconosciuto gravare una forma di responsabilità contrattuale nei confronti del paziente, pur non essendo legato direttamente ad esso dalla stipula di alcun contratto, sulla base di un "contatto sociale" che ingenera sul paziente un affidamento. Ebbene, con una sorta di *overrulling*, il legislatore ha ritenuto di intervenire in proposito, in specie con una legge del 2017 (c.d. l. Gelli) rivolta, in particolare, ad evitare gli inconvenienti di una "medicina difensiva", prevedendo che, in questo caso, il medico risponde ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile e quindi sulla base di una responsabilità extracontrattuale.

Anche se poi si deve prendere atto che, nell'àmbito dell'ampia problematica che stiamo dibattendo, tendono sempre più ad emergere forme di "responsabilità sociale" ed un allargarsi del "settore assicurativo", per giungere alla previsione di un ampliamento delle forme di "sicurezza sociale".

VI. Ma veramente devo tacere anche perché, di là da queste considerazioni di carattere generale, ritengo veramente interessante udire quanto ci diranno i singoli relatori, che calandosi nel concreto, oggi qui ma anche nelle altre e nelle prossime sessioni, si occuperanno di specifiche ed interessanti fattispecie anche di estrema attualità, ed in settori che sono i più vari, al fine di rendere più plasticamente visibili le varie forme di evoluzione e di impiego ora della responsabilità contrattuale ora della responsabilità extracontrattuale, anche nelle strategie utilizzate, oltre che a livello legislativo e nelle proposte e nelle interpretazioni dottrinarie, anche nelle applicazioni e nelle decisioni giurisprudenziali, calando il discorso, secondo una ben precisa direttiva che caratterizza la stessa denominazione del Convegno, su come queste tematiche tendono a caratterizzarsi ed a configurarsi nelle moderne società del rischio.

Con le varie forme, in questo contesto ed in questa prospettiva, di distribuzione dei rischi e dell'individuazione dei soggetti chiamati a rispondere, ed a che titolo, di eventuali danni che si verificano nelle catene di produzione, di distribuzione e di commercializzazione dei beni e dei servizi, anche con specifico e particolare riguardo ai settori bancario, finanziario, assicurativo con una sempre più accentuata tutela delle figure del consumatore, dell'utente, del cliente, dell'assicurato, del "contraente debole".

Anche avendo poi specifico riguardo al profilo ecologico e dei danni ambientali e nei confronti dei c.dd. beni comuni. Con la possibile emersione di nuove forme di soggettività, ad es. la "Natura", o, come enfaticamente si è proposto, la "Madre terra", le future generazioni e gli enti rappresentativi di questi interessi, con la possibilità di nuove forme di ristoro anche di carattere collettivo.

Nel campo della salute ove il dibattito tra forme di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale è estremamente vivo sia nelle forme tradizionali dei rapporti che si instaurano sia poi con riferimento agli interessanti e recenti casi di responsabilità da "nascita indesiderata", sia di diritto a nascere sano o a non nascere se non sano e, quindi di possibili danni oltre che da wrongful Birth anche da wrongful Life, in specie in presenza, oggi delle nuove tecnologie biomediche e delle nuove tecnologie genetiche, con il sorgere di particolari problematiche nella stessa individuazione dei soggetti attivi e passivi. Tra i primi in particolare nascituro, madre, padre, altri parenti.

Nel campo del settore turistico e del mondo delle varie professioni. E ci sono relazioni che si riferiscono a forme di responsabilità ad es. del medico, del notaio, dell'avvocato oltre che della P.A.

Nel campo dell'intelligenza artificiale, della robotica e degli smart contracts con le problematiche e le riflessioni legate all'impiego di block-chain anche qui con la possibile individuazione di nuove forme di soggettività cui imputare la responsabilità.

Avrebbero ben trovato posto pure forme di responsabilità anche nei confronti del "mondo animale", che per l'accresciuta sensibilità diffusasi di recente verso lo stesso, con accoglimento e richiami in alcuni testi costituzionali di alcuni paesi e in interessanti decisioni di talune Corti, di là dal riproporre il problema del riconoscimento, non agevole, della soggettività, pone comunque ancora problemi sul piano della individuazione delle tutele e dei soggetti rappresentativi.

VII. Un ampio e ricco quadro, che non descrivo poi nella sua integralità, vista la sua ricchezza, in cui ci addentreremo in queste sicuramente interessanti giornate. Quadro di cui già fin da oggi incominceremo a disegnare alcuni tratti e che continuerà poi ad essere sempre più definito nei suoi contorni e nei suoi particolari. Credo sinceramente che alla fine del Convegno, l'opera completata così come è stata in origine già pensata, riempirà di soddisfazione gli organizzatori, i relatori e tutti coloro che avranno assistito a vario titolo a questo Convegno, oltre che la comunità che saprà apprezzare questo contributo che troverà poi la sua concretizzazione, come è stato già anticipato, in una futura pubblicazione. Un contributo giovane che viene da giovani che vi imprimeranno e riusciranno ad esprimere la loro sensibilità.

LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR FALTA DE CONFORMIDAD EN LA COMPRAVENTA DE BIENES DE CONSUMO

DAMAGES FOR LACK OF CONFORMITY IN THE SALE OF CONSUMER GOODS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 52-83

Gonzalo
MUÑOZ
RODRIGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Dada la ausencia de regulación de la indemnización de daños y perjuicios por la Directiva 2019/771, el reconocimiento de la compatibilidad de la misma junto con el resto de remedios contemplados por falta de conformidad plantea una serie de cuestiones al aplicador del derecho. En este trabajo se abordará qué normativa deberá tener aplicación y si el resultado obtenido es congruente con la naturaleza de la responsabilidad del vendedor en el TRLGDCU.

PALABRAS CLAVE: Falta de conformidad; indemnización de daños y perjuicios; responsabilidad del vendedor; responsabilidad objetiva; responsabilidad subjetiva; consumidores y usuarios; derechos del consumidor; protección del consumidor; compraventa de bines de consumo.

ABSTRACT: *Given the lack of regulation of the compensation for damages by Directive 2019/771, the recognition of the compatibility of the same together with the rest of the remedies contemplated for lack of conformity raises a series of questions for the applicator of the law. This paper will address which regulation should be applied and whether the result obtained is congruent with the nature of the seller's liability in the TRLGDCU.*

KEY WORDS: *Lack of conformity; damages; seller's liability; strict liability; subjective liability; consumers and users; consumer rights; consumer protection; sale and purchase of consumer goods.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LAS GARANTÍAS FRENTE AL ART. 1.101 CC y ss.- III. LA CONFIGURACIÓN DEL RESARCIMIENTO VÍA ART. 117 TRLGDCU.- 1. ¿Incumplimiento culposo o doloso?.- 2. El daño.- 3. La relación de causalidad.- 4. El quantum indemnizatorio.

I. INTRODUCCIÓN.

Tras la trasposición de la Directiva 2019/771, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes de consumo por el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, ha quedado intacta la regulación que el art. 117 Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU) establecía sobre la compatibilidad de la acción de reclamación de daños y perjuicios con el resto de medidas contempladas específicamente en dicho texto en orden a obtener la puesta en conformidad del bien en cuestión o, subsidiariamente, la reducción del precio y la resolución del contrato.

Esto es, ya desde el texto original hasta ahora, se ha permitido que el consumidor que sufriese una falta de conformidad en un bien adquirido, pudiese no solo invocar las medidas correctoras que regula el TRLGDCU, sino también reclamar los daños y perjuicios que le hubiesen irrogado, siempre y cuando existiesen y se pudieran acreditar.

No obstante, el legislador de la Unión Europea no ha impuesto ningún tipo de regulación especial a esta reclamación de daños y perjuicios, pues justamente es uno de los aspectos que no reguló la Directiva 1999/44 y ahora tampoco la Directiva 2019/771. Por consiguiente, queda sometida a las normas de cada Estado. En el caso de España, la acción de responsabilidad civil está contenida en el artículo 1101 CC, por lo que este extremo se seguirá regulando por las reglas generales.

Esta circunstancia puede generar una serie de dudas importantes al aplicador del derecho pues *a priori* conviven en un mismo texto dos modelos de responsabilidad contractual completamente diferentes. Uno con tintes objetivos como es la responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad y otro bien diferente basado en el clásico modelo de responsabilidad subjetiva contenido en el Código Civil. Así lo deberíamos entender si aplicamos la norma nacional ante la falta de regulación de la cuestión por el TRLGDCU. En consecuencia, será necesario aplicar toda la doctrina existente en relación con la indemnización de daños y perjuicios en sentido amplio, y, *a priori*, dar por cumplidos todos los

• Gonzalo Muñoz Rodrigo
Profesor Ayudante de Derecho Civil UV
gonzalo.munoz@uv.es

requisitos que la misma presenta como es la acción/omisión dolosa o culposa, el daño y la relación de causalidad existente en la primera y la segunda.

Pero no solo ello, las dudas también pueden venir por la falta de concreción de qué daños pueden ser indemnizables a raíz de una falta de conformidad, ¿se sigue el principio de reparación integral del daño? Y, si es así, ¿se debe indemnizar tanto los daños morales como los daños patrimoniales? Y, dentro de los daños patrimoniales, ¿se deben indemnizar tanto el daño emergerte como el lucro cesante?

Como se puede observar este asunto puede generar muchos interrogantes. Afortunadamente, dado que el *modus operandi* del legislador de la Unión Europea ha sido el mismo desde la Directiva 1999/44, es posible encontrar diversas resoluciones jurisprudenciales que ya han presentado soluciones al asunto y sobre las cuales centraremos gran parte del trabajo. Igualmente, nos apoyaremos en la doctrina española existente sobre la responsabilidad civil, pero también en otros textos modernos de derecho de contratos que nos pueden orientar en este extremo.

II. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LAS GARANTÍAS FRENTE AL ART. 1.101 CC Y SS.

El régimen de garantías y servicios postventa del TRLGDCU es conocido por optar por un modelo de responsabilidad contractual moderno basado en la idea de conformidad con el contrato, de esta forma prescinde de antiguas concepciones basadas en la culpa, o, dicho de otro modo, en la diligencia desplegada por el deudor en el cumplimiento de la obligación, en la medida que el deudor aquello a lo que se compromete es a responder "ante el consumidor o usuario de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien, contenido o servicio digital, pudiendo el consumidor o usuario, mediante una simple declaración, exigir al empresario la subsanación de dicha falta de conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato. En cualquiera de estos supuestos el consumidor o usuario podrá exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios, si procede." (art. 117 TRLGDCU)

Asimismo, su innovación[1] se encuentra en proporcionar un concepto unitario de incumplimiento contractual[2] u omnicomprensivo[3] como señala otra parte de

1 Verdaderamente la innovación no procede el TRLGDCU, sino que las ideas que lo inspiran tienen su origen en otros textos anteriores al mismo. Concretamente, la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante, CISG).

2 Castilla Barea, M: *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 53. Igualmente, Llamas Pombo, E.: *La compraventa*, La Ley (Wolters Kluwer), Madrid, 2014, p. 890, pone de manifiesto la *reductio a unum* que implica el deber de conformidad. De lo que también se ha hecho eco la doctrina extranjera, Luminoso, A.: *La compravendita*, 7ª ed., Giappicheli, Torino, 2011.

3 Pantaleón Prieto, F.: "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 46, núm. 4, 1993, p. 1720, en la misma línea que otros textos de derecho contractual europeo como pueden

la doctrina, pues este comprende no solo el incumplimiento total, sino también el defectuoso en todas sus formas, violación de derechos accesorios, el impedimento que la otra parte cumpla su obligación, como también incluso que la prestación se realice libre de cargas y gravámenes. En definitiva, salvo la falta de cumplimento que se rige por un mecanismo propio que es el *Nachfrist*[4]. El deudor solo cumplirá si entrega aquello que se ha comprometido contractualmente o el consumidor pueda fundadamente esperar en atención a lo que normalmente se destinen bienes del mismo tipo. Por resumir en pocas palabras aquello que implica la conformidad con el contrato[5].

Esto contrasta con el régimen de responsabilidad existente en los artículos 1101 y ss. CC que siguen un sistema de responsabilidad basado en la culpa, pero que al mismo tiempo se ve intercalado por regímenes especiales de responsabilidad de tintes objetivos como puede ser el saneamiento por evicción. Lo que hace que el resultado sea un sistema fragmentado y desarticulado de remedios[6], que inevitablemente genera una gran insatisfacción al acreedor.

A la hora de configurar un sistema contractual, existen principalmente dos posibilidades. La primera sería establecer un sistema en el cual lo primordial es el deber de conducta que debe desplegar el deudor para entender cumplido el contrato. Esto es, se pone el acento en la figura del deudor. De esta forma, si el deudor no actúa según se ha estipulado en el contrato habrá incumplimiento contractual, en cambio si sigue las obligaciones y deberes que se le han marcado en el mismo este se entenderá cumplido.

No obstante, cabe establecer una segunda posibilidad a la hora de configurar un sistema de responsabilidad contractual que sería poner el foco no en aquello que debe realizar el deudor sino en la satisfacción del interés del acreedor. Así, el contrato no se entenderá cumplido cuando el deudor haya desplegado una determinada conducta independientemente del resultado final. Todo lo contrario, aquí lo que se busca es ciertamente garantizar un determinado resultado, y el contrato solo se entenderá cumplido cuando verdaderamente el acreedor haya visto satisfecho su interés, es decir, haya obtenido aquello que pretendía obtener con la celebración del contrato.

ser los PECL.

4 Mecanismo propio del § 326 BGB (año 1900) que en puridad regula un remedio resolutorio para los casos de falta de entrega de la cosa por parte del vendedor. *Vid*. Carrasco Perera, A.: "Plazo suplementario para la entrega por parte del empresario vendedor (artículo 62 bis TRLGDCU)", en Ortí Vallejo, A. y Jiménez Horwitz, M.: Estudios sobre el contrato de compraventa (coords. I. Sánchez Ruiz de Valdivia y A. Quesada Páez), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

5 Por ser puristas, el deber de conformidad se verá cumplido si se cumplen valga la redundancia tanto los requisitos subjetivos como los requisitos objetivos de conformidad (arts. 115 bis y 115 ter).

6 "Es un rasgo propio de los sistemas continentales la construcción desmembrada o desarticulada del sistema de remedios a través de los cuales se da satisfacción al interés del acreedor", Díez-Picazo, L., Roca Trías, E., Morales, A.M.: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

Visto desde otra perspectiva, estas dos formas de entender la responbilidad contractual lo que hacen es desplazar el riesgo del contrato hacia una de las partes. En el primer caso, es el acreedor el que asume el riesgo de insatisfacción por causas ajenas a la conducta del deudor. Mientras que en el segundo de los casos es el deudor el que soporta el riesgo de que finalmente su conducta no satisfaga los intereses del acreedor.

Como es por todos sabido, y ya se ha indicado antes, la primera de las opciones responde a un sistema de responbilidad basado en la culpa o de carácter subjetivo. Este sistema es el propio de los países continentales del *Civil Law,* y que verdaderamente tiene su origen en una concepción de la economía mucho más rudimentaria en la que no se contemplaba la posibilidad de cargar al deudor con el riesgo de garantizar siempre al acreedor la satisfacción de un determinado resultado. Asimismo, esta concepción tiene unos fundamentos morales especialmente arraigados[7], en la medida que, como ha señalado autorizada doctrina[8], tiene por principio la llamada "tutela satisfactoria". Dicho en otras palabras, el acreedor tiene derecho a "las mismas utilidades derivadas de la ley o del contrato, y no unas utilidades equivalentes", lo que se traduce en que el acreedor puede exigir la prestación debida y no necesariamente conformarse con un equivalente pecuniario[9].

Sin embargo, la segunda de las opciones se corresponde con un sistema basado en la llamada responsabilidad objetiva, propio de los países del *Common Law*. Que a diferencia de los postulados que siguen los países del *Civil Law*, no presenta la misma concepción moral, sino meramente económica. En este sentido, lo que se pretende por encima de cualquier otra consideración es la satisfacción del interés del acreedor que se puede conseguir de diversas formas. Por consiguiente, aquello a lo que tiene derecho el acreedor es a lo voluntariamente pactado en el contrato, pero también a una indemnización pecuniaria. Si por la primera vía no se ha conseguido satisfacer al mismo. Esto se resume en que la tutela que rige a los países del *Common Law* no es una "tutela satisfactoria" sino meramente "resarcitoria"[10]. Pues el acreedor no puede exigir al deudor que realice la prestación específica,

7 Esto se debe a la influencia del principio del *pacta sunt servanda* que actúa como un pilar de los fundamentos de derecho privado propio de los países del Civil Law, *vid.* Tallon, D.: "Les dommages-intèrêts dans les Principes Unidroit relatifs aux contrats du comerse internacional", en AA. VV.: *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit* (a cura di M. J. Bonell e di F. Bonelli), Giuffrè Editore, Milano, 1997.

8 Verdera Server, R.: *El Cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995, p. 45.

9 La marcada priorización de la prestación debida es propia de los sistemas del Civil Law. En derecho español la regla general es que los contratos obligan exactamente al cumplimiento de lo pactado, no a una indemnización de daños y perjuicios, solo cuando no es posible acudir a la tutela satisfactoria es posible subsidiariamente acudir a la tutela resarcitoria. Un claro ejemplo de ello son las prestaciones personalísimas, en la medida que no es posible obligar a su cumplimiento. Por tanto, solo es posible recurrir a una prestación sustitutoria o multas coercitivas en el supuesto de que el deudor no pueda o no quiera llevarla a cabo (*vid.* art. 709 Ley de Enjuiciamiento Civil)

10 Verdera Server, R.: *El Cumplimiento,* cit., 45.

sino que el segundo puede perfectamente cumplir llevando a cabo una prestación equivalente que igualmente satisfaga el interés del primero.

El fundamento de esta tutela se encuentra como ya he indicado en una concepción puramente económica de las relaciones contractuales en la que el valor de la palabra dada poca importancia tiene si es posible obtener un mayor rédito económico compensando simplemente al acreedor por aquello que se le prometió[11]. Nada que ver con lo propugna un sistema contractual como el nuestro, pues para el Derecho español como ya ha manifestado la doctrina: "el acreedor dispone de una acción de cumplimiento del contrato en forma específica. El deudor que incumple no puede pretender que el acreedor se limite a recobrar el daño económico que le resulta del incumplimiento. En consecuencia, el deudor que se encuentra ante un mercado alcista no puede libremente especular con el incumplimiento, en la confianza que el *surplus* obtenido con el nuevo contrato será mayor (y suficiente) que los daños por los que el acreedor tenga derecho a ser indemnizado por el deudor incumplidor. El deudor no puede libremente buscar un nuevo comprador y limitarse a devolver al acreedor antiguo el precio convenido por el contrato."[12]

Dicho esto, se puede extraer que evidentemente el régimen contenido en el art. 1101 CC y ss. CC responde a un esquema basado en la idea de la responsabilidad subjetiva. Sin perjuicio de que como es obvio, este se vea intercalado por reglas que si responden a la idea de culpa objetiva. Véase en el contrato de compraventa la responsabilidad por vicios ocultos. Por el contrario, el régimen de garantías y servicios postventa del TRLGDCU opta por un régimen basado en la satisfacción del acreedor en la medida que la conformidad con el contrato viene a garantizar de alguna forma el resultado que el comprador pretendía obtener con el contrato. Esto se puede ver ciertamente con declaraciones como que los bienes deben: "[…] ser aptos para los fines a los que normalmente se destinen bienes o contenidos o servicios digitales del mismo tipo […]" (art. 115 ter. 1.a)).

No obstante, el TRLGDCU no copia de forma automática o, al menos, no se puede decir que replique un modelo contractual anglosajón. Sino que se podría

11 En ese sentido *vid.* Verdera Server, R.: *El Cumplimiento,* cit., p. 49. Esto se puede ver con un ejemplo, imaginemos que la Aerolínea A pacta con el Proveedor B la entrega de X litros de combustible a un determinado precio relativamente bajo debido a las circunstancias económicas. No obstante, el estallido de una guerra provoca que los precios se disparen haciendo que cumplir el contrato en sus estrictos términos provoque una pérdida de oportunidad importante al proveedor. Si seguimos los postulados del *Civil Law,* la aerolínea podría plantear una acción de cumplimiento específico mediante la cual se exigiría la entrega inmediata de los barriles pactados ante el eventual incumplimiento del proveedor. Por el contrario, si seguimos los postulados del *Common Law*, el proveedor podría desligarse de su obligación contractual indemnizando con una prestación equivalente a la aerolínea, que a la postre podría resultar mucho más beneficiosa para el deudor, pues entregando los barriles a un nuevo comprador al precio actual obtendría una gran ventaja económica.

12 Pérez Velázquez, J.P.: *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, BOE, 2016, p. 59.

decir que opta por una posición intermedia, es decir, por un lado, prescinde del concepto de culpa a la hora de entender cumplido el contrato, pero, por otro lado, acepta que el cumplimiento específico pueda erigirse como mecanismo preferente a la hora de exigir el cumplimiento del contrato. Pues a la hora de configurar el régimen jurídico de la puesta en conformidad establece que: "Si el bien no fuera conforme con el contrato, para ponerlo en conformidad, el consumidor o usuario tendrá derecho a elegir entre la reparación o la sustitución, salvo que una de estas dos opciones resultare imposible o que, en comparación con la otra medida correctora, suponga costes desproporcionados para el empresario […]". (art. 118 TRLGDCU).

Como se puede observar, en el ámbito de los remedios para la puesta en conformidad, se prefiere inicialmente el cumplimiento específico frente a cualquier otro remedio, sin que el consumidor pueda voluntariamente acudir a los remedios subsidiarios de resolución del contrato o reducción del precio. Salvo algunas excepciones como que resulte imposible o desproporcionado acudir a este cumplimiento en específico.

En este sentido, el TRLGDCU (moldeado por las Directivas de la UE) ha seguido un camino que recuerda a otros textos de alcance internacional. En primer lugar, la CISG que en sus artículos 46 y 62 establecen claramente la posibilidad de que el comprador pueda exigir el cumplimiento *in natura*[13]. De hecho, la conservación del contrato es una constante en todo el articulado de la CISG. Eso no quita que al igual que sucede con el TRLGDCU establezca que la pretensión de cumplimiento sea plenamente compatible con la pretensión de solicitar una indemnización de daños y perjuicios que hayan podido acaecer (art. 45.2).

No obstante, la CISG tiene una excepción que la diferencia de la opción escogida por la Regulación Europea de protección al consumidor, y es que se limita el ámbito territorial de aplicación de la exigencia de cumplimiento específico a lo que señale la *lex fori*. En ese sentido, el art. 28 CISG limita la efectividad de la fuerza coactiva de la exigencia de cumplimiento específico a lo que dispongan las reglas de los Derechos nacionales[14]. Por consiguiente, cuando en el país en cuestión se aplique de forma residual la pretensión de cumplimiento, los tribunales no se verán constreñidos a aplicarla, pero, por el contrario, cuando si nos encontremos ante un país que en virtud de su propio derecho debería aplicarla, los tribunales deberán seguir esa postura.

13 "El comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia." Art. 42.1 CISG.

14 Cabanillas Sánchez, A.: "Comentario al artículo 28", en AA.VV.: *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dir. L. Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, p. 223.

La solución que sigue la CISG es un tanto peculiar, y se ha querido ver en ella una opción de "compromiso"[15]. Sin embargo, esta línea no ha estado exenta de críticas, pues según autorizada doctrina hubiera sido más inteligente que la CISG hubiese sido más flexible en el sentido de que los países del *Civil Law* pudiesen limitar la pretensión de cumplimiento específico a las situaciones que fuese necesario en la práctica. En cambio, los países del *Common Law* podrían haber aceptado que en dichas situaciones los tribunales lo otorgasen en la práctica[16].

Otros textos como los PICC y los PECL, sí que mantienen una tendencia similar al TRLGDCU en la medida que, si bien, están fuertemente influenciados por *el Common Law,* siguen la tradición jurídica de los países del *Civil Law* al otorgar al acreedor la facultad de exigir el cumplimiento tanto en las obligaciones pecuniarias como en las no pecuniarias[17]. Por consiguiente, un tribunal de arbitraje que deba aplicar los PICC se verá obligado a ordenar el cumplimiento específico de las obligaciones.

En conclusión, la convivencia de dos regímenes de responsabilidad tan diversos en el TRLGDCU, hace que surjan una serie de preguntas en orden a como operar en el supuesto de un incumplimiento contractual o dicho en los términos del mismo, falta de conformidad. Esto es, en el caso de producirse la falta de conformidad de carácter objetivo, ¿habrá que analizar si ha existido culpa o dolo en el comportamiento del empresario para exigir la indemnización de daños o perjuicios? ¿O directamente habrá que dar por cumplido dicho extremo y simplemente centrarse en acreditar los daños que se pudiesen haber irrogado y su causalidad con la falta de conformidad?

Como se analizará en el siguiente apartado no parece que tenga mucho sentido tener que buscar la imputación de responsabilidad subjetiva en el empresario, cuando seguramente sea muy complicado poder demostrar ese extremo con seguridad. Lo que dificultaría sensiblemente en la práctica que los consumidores pudiesen obtener una indemnización de daños y perjuicios por dicha falta de conformidad. Es más, iría en contra de todas las reglas de relativas a la carga

15 Cabanillas Sánchez, A.: "Comentario", p. 233.

16 Lando, O.: "El derecho contractual europeo en el tercer milenio", *Derecho de los Negocios*, núm. 116, 2000, p. 12.

17 De todos modos, esta exigencia se ve salpicada por evidentes excepciones. Por ejemplo, en los PECL una de ellas sería la imposibilidad material o jurídica de la prestación, la cual puede ser física o, de hecho, que resultare imposible previamente, o que se trate de una imposibilidad sobrevenida con posterioridad y definitiva (*vid.* art. 8:108 PECL sobre la imposibilidad sobrevenida de la prestación). Que, en verdad, contrasta con la opción del Derecho español dónde si cabría la imposibilidad sobrevenida, pero no en cambio, la imposibilidad física producida con anterioridad al contrato, pues el contrato no existió al faltar uno de sus requisitos: el objeto (arts.1272 y 1460.1 CC). En definitiva, si se estudian las restricciones, la conclusión es que solamente se podrá ejercer en la práctica el cumplimiento en específico cuando nos encontremos ante obligaciones de dar cosas específicas o infungibles. Igualmente, al estudiar la ejecución forzosa en nuestro derecho se advierte como solo es posible compeler al deudor a la entrega de cosas determinadas, siempre y cuando se hallen en su patrimonio (art. 1096.1 CC).

de la prueba que fundamentan el régimen de garantías y servicios postventa, en la medida que, por motivos evidentes, estas desplazan la acreditación del cumplimiento del deber de conformidad al empresario.

Al final, la dicotomía que presenta en este aspecto el TRLGDCU no hace sino avivar la discusión doctrinal que tradicionalmente ha existido sobre si en el Derecho español vive un único sistema de responsabilidad o, en realidad, es doble[18]. Es decir, si para el caso del incumplimiento contractual, sobre la reclamación de la prestación objeto del contrato (lo que sería la indemnización de la *aestimatio rei*) en realidad no se exige culpa, y solamente se exigiría para la reclamación de los ulteriores daños y perjuicios también denominado *id quod interest*. O, por el contrario, el sistema de responsabilidad sería único, en la medida que la partida de indemnizatoria que puede exigir el acreedor englobaría tanto la *aestimatio rei* y el *id quod interest,*

La ventaja de considerar que es doble se encuentra en que el acreedor no se vería nunca obligado a demostrar la culpa del deudor para poder reclamar la prestación objeto del contrato en el supuesto que esta fuera incumplida, simplemente se vería constreñido demostrarla para poder reclamar los daños y perjuicios. En cambio, la segunda de las opciones sí que establecería bajo un mismo paraguas de imputación subjetiva todas las partidas indemnizatorias, ya fuera la *aestimatio rei* o el *id quod interest*.[19]

Sin embargo, desde el momento en que se ha iniciado un camino de objetivación de la responsabilidad, no ya solamente en textos internacionales como la Convención de Viena o los PECL, sino también en textos de aplicación nacional como es el TRLGDCU o incluso la propia Propuesta de Modificación del Código Civil (en adelante, PMCC), debería tener mucho más sentido propugnar un único sistema de responsabilidad objetivo. Véanse los arts. 1205 y 1208 PMCC que respectivamente establecen que: "el acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento le cause" (sin hacer ninguna referencia a la culpa) y "el deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido doloso, solo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato".

Dicho lo cual, resulta poco convincente que se haya optado desde las Directivas de la Unión Europea por dejar a la regulación de cada Estado Miembro

18 Sobre esta cuestión, Llamas Pombo, E.: *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño del acreedor*, Trivium, Madrid, 1999.

19 Pérez Velázquez, J.P.: *La indemnización,* cit. p. 174.

una cuestión tan importante como es la indemnización por daños y perjuicios, ya que a la postre puede provocar grandes incoherencias como resulta en el caso español. Pues, teóricamente habría que acudir a un régimen de responsabilidad objetivo para entender cumplido o no el deber de conformidad y, por otro, seguir un régimen de responbilidad subjetiva para determinar si proceden daños y perjuicios por dicha falta de conformidad. Todo lo contrario, se debería haber armado desde el principio un sistema de responsabilidad único que por vía de la falta de conformidad en clave objetiva permitiese reclamar directamente tanto la puesta en conformidad como los daños y perjuicios si procedían.

No obstante, como ahora se expondrá el resultado viene a ser en última instancia el mismo. Esto es, dada la naturaleza del deber de conformidad, acreditada su falta, resulta muy complejo poder determinar si existía culpa del vendedor en la misma. Por lo que, si se prueban los daños que ha podido provocar dicha falta de conformidad, los mismos deberán ser reparados. Así se desprende de la jurisprudencia desde hace un tiempo, habida cuenta que si se analizan los pronunciamientos de los tribunales de justicia, cuando conceden tales indemnizaciones no se detienen a determinar si los daños eran imputables al empresario por vía de la responsabilidad subjetiva, sino simplemente lo que se busca es si la falta de conformidad era imputable al empresario desde un punto de vista objetivo.

III. LA CONFIGURACIÓN DEL RESARCIMIENTO VÍA ART. 117 TRLGDCU

1. ¿Incumplimiento culposo o doloso?

Como venía diciendo del tenor del art. 117 TRLGDCU, cabe preguntarse si la indemnización de daños y perjuicios "si procede" en caso de falta de conformidad será conforme a las reglas generales de Derecho Español. Que teniendo en cuenta que la Directiva 2019/771 nada dice al respecto, de hecho, señala que los Estados tendrán libertad para regular esta cuestión en sus propios ordenamientos nacionales (Considerandos 18 y 61), podríamos concluir que, en defecto de más indicación, así debe ser.

Esto supondría aplicar los arts. 1101 y ss. CC de modo que los criterios de imputación pasarían a ser la culpa y el dolo. Dicho en otras palabras, como indica autorizada doctrina[20], la culpa y el dolo son "criterios de imputación al deudor de la materialidad del daño", no las causas materiales del mismo. Así, las causas

20 Carrasco Perrera, A.: "Comentario a los artículos 1101 a 1107 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo), Tomo XV, Volumen. 1º, Edersa, Madrid, 1989, pp. 377 a 382.

materiales del daño serían la mora y la contravención del tenor de la obligación (falta de conformidad).

Por consiguiente, la falta de conformidad (la contravención) necesitaría de un plus, culpa o dolo para poder desencadenar una eventual indemnización de daños y perjuicios[21]. Por el contrario, si el criterio de imputación fuera objetivo, y, por tanto, prescinde de la culpa, simplemente cabría preguntarse si el incumplimiento es excusable o inexcusable, esto es, el deudor siempre responde salvo que se demuestre que la *non performance* se debe a causas ajenas a su esfera de control, esto es, el deudor siempre responde salvo que se demuestre que la *non performance* se debe a causas ajenas a su esfera de control, pues el deudor puede ser imputado cuando la causa que le impide llevar a término su cumplimiento está dentro de su esfera de control. Para que un incumplimiento sea inexcusable "debe tener por base un impedimento originado dentro de su esfera de control, o que, produciéndose fuera de la misma, resultase previsible o imprevisible pero evitable".[22]

No obstante, aunque se considere que, con carácter general, en defecto de indicación expresa de la ley debe regir un sistema de responsabilidad subjetivo, la mejor doctrina científica ha interpretado el art. 1105 en clave de responsabilidad objetiva, considerando que, en realidad, la culpa no ocuparía un lugar preeminente en nuestro sistema civil de responsabilidad contractual, por lo que para que el deudor pudiese exonerarse de responsabilidad debería acreditar entre otros extremos, como son el acaecimiento de un suceso fuera de su ámbito de control y que el riesgo fuera imprevisible al momento de contratar, que ha seguido la diligencia exigible atendida la naturaleza del contrato y las circunstancias del tiempo y del lugar. Sigue diciendo, que bastaría con leer el art. 1105 CC de la siguiente forma: "fuera de los casos expresamente mencionados por la ley, y de los que así lo declare el contrato, nadie responderá de los *impedimentos ajenos a su ámbito de control* que no hubieran podido preverse al tiempo de contratar [y evitarse, así pues, no contratando], o que [previstos posteriormente] fueran inevitables".[23]

21 Ha seguido tradicionalmente este criterio las SSTS 30 noviembre 1973 (RJ 1973, 4547) y 2 abril 1986, y 10 octubre 1990 (RJ 1990, 7592).

22 Pérez Velázquez, J.P.: *La indemnización,* cit., p. 138, como señala Díez-Picazo, L., Roca Trías, E., Morales, A.M.: *Los Principios*, p. 380, "cada parte asume el riesgo del daño que cause su incumplimiento, preveniente de obstáculos surgidos fuera de su esfera jurídica, que, en el momento de la celebración del contrato, eran razonablemente previsibles. Puesto que tales obstáculos los ha podido prever, asume el riesgo de incumplimiento que los mismo provocan, si contrata sin excluirlos Así se incita a los contratantes a tomar en cuenta los riesgos que afectan a la ejecución de su prestación, para incorporarlos al ajuste económico del contrato".

23 Pantaleón Prieto, F.: "El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 44, núm. 3, 1991, p. 1064 y ss. Concretamente, pone de manifiesto que: "para que el deudor quede exonerado de la obligación de indemnizar los daños objetivamente imputables a una falta de cumplimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1105 CC, han de concurrir estos tres requisitos, definitorios de caso fortuito: 1) La falta de cumplimiento tiene que haber sido provocada por un impedimento ajeno al ámbito de control del deudor […] 2) Tiene que tratarse de un suceso cuyo acaecimiento durante la vida de la relación contractual no fuera razonablemente previsible al tiempo de

En consecuencia, si trasladamos dicho modelo a una obligación de entrega de un bien de consumo podríamos concluir lo siguiente. En primer lugar, dada la naturaleza de resultado de la obligación de "dar", como ya he recogido al inicio de la explicación, el incumplimiento tendría lugar por la mera no entrega de la cosa o entrega distinta de la pactada o presupuesta por las partes (falta de conformidad). Dicho esto, verificado el incumplimiento se desencadenaría el sistema de responsabilidad del vendedor, concretado en las medidas correctoras (primarias y, en su caso, subsidiarias), pero también concretado en la posibilidad de solicitar una indemnización de daños y perjuicios, perfectamente compatible con las medidas correctoras. Sin embargo, para que el deudor (es decir, el empresario) pudiera exonerarse de responsabilidad y teniendo en cuenta que la culpa del deudor se presume, este tendría que demostrar que el hecho estaba fuera de su ámbito de control (algo complicado si se trata de un defecto de fabricación), que no era un riesgo previsible al momento de contratar (también difícil de justificar cuando por estadística hay siempre errores en el montaje de los productos) y que obró con la diligencia exigible según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (desde el análisis económico del derecho se considera que se obra con diligencia cuando se toman medidas de control que no sean superiores al en coste al beneficio que se espera obtener).[24]

Por todo ello, aunque literalmente la ley, por ahora, nos obligaría a seguir un esquema de responsabilidad subjetiva, no parece que razonablemente pueda exigirse al consumidor demostrar la culpa o dolo del empresario en su obligación de entregar un bien conforme para poder exigir los daños y perjuicios que se le hayan irrogado al consumidor. La propia naturaleza de la responsabilidad del vendedor que prescinde de la diligencia que hayan desplegado las partes a la hora

contratar […] 3) Y ha de ser un suceso inevitable, en sí y en sus consecuencias, empleando la diligencia que, atendida la naturaleza del contrato y las circunstancias, del tiempo y del lugar, correspondería a un buen padre de familia."

24 En ese sentido, Pantaleón Prieto, F.: "El sistema", cit., p. 1071, con cita a Stoll, J.: "Art. 74", en AA.VV.: *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, C. H. Beck, Múnich, 2013, apartado 68 y 102, Von Caemmerer, E. y Schlectriem, P .: "Art. 79", en AA.VV.: *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, C. H. Beck, Múnich, 2013, apartados 22, 30 y 46, y Morales Moreno, A.M.: "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa", *Anuario de Derecho Civil,* Vol. 35, núm. 3, 1982, pp. 656 y ss., indica que "el arrendador de obra y el vendedor-fabricante responderán de los defectos de sus obras o productos, incluso de los que provengan de materiales suministrados o partes integrantes fabricadas por terceros (no, si procedentes del dueño de la obra o del comprador) y de los que fueran inevitables con todas la medidas de cuidado económicamente eficientes, a excepción de aquellos defectos cuya existencia no pudiera descubrirse, dado el estado de los conocimientos científicos y técnicos al tiempo de la entrega [los llamados 'riesgos de desarrollo'; cfr. Art. 7.e) de la Directiva CEE de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos], o de los que sean imputables al diseño impuesto o las instrucciones dadas por el dueño de la obra o el comprador, o también, probablemente, de los que sean producto de actos de sabotaje". Mientras que el vendedor-intermediario no se vería tan vinculado, pero "es discutible que baste para exonerarle la demostración de que el proveedor de las cosas defectuosas, libremente elegido por él, es una firma acreditada y, él mismo, por su parte, adoptó las medidas usuales, o razonablemente exigibles en el caso concreto, para la detección de posibles defectos. Cabría sostener que la libertad del vendedor de elección de sus proveedores justifica que soporte, más allá de su culpa, el riesgo de los defectos imputables a aquéllos. No, con certeza, cuando el proveedor de la cosa defectuosa sea un monopolista, o haya sido impuesto por el comprador", Pantaleón Prieto, F.: "El sistema", cit., p. 1071, *vid.* cita núm. 125.

de cumplir sus respectivas obligaciones, pues carece de relevancia el hecho que el empresario conociera o no la falta de conformidad, como también la propia inversión de la carga de la prueba, nos llevaría, desde mi punto de vista, a que no tendría sentido tener posteriormente que demostrar si esos daños son imputables al empresario, si se me permite[25], desde un esquema de imputación subjetiva del daño para poder reclamar una indemnización de daños y perjuicios[26].

De hecho, la jurisprudencia menor en reiterados pronunciamientos prescinde de buscar la imputación subjetiva de los daños al empresario. Todo lo contrario, simplemente se centra en dos aspectos que se analizarán más adelante que son: la acreditación de los daños y la relación de causalidad de los mismos con la falta de conformidad.

La SAP Madrid, 15 septiembre 2017[27], en relación con una serie de defectos que presentaba un vehículo nuevo: "*pues aun cuando los defectos de origen que presenta el vehículo no tuvieran entidad para hacerlo inidóneo para su uso, siendo susceptibles de ser reparados, como efectivamente lo fueron, lo cierto es que el comprador tuvo que acudir desde el primer momento a los talleres de la concesionaria que le vendió el vehículo, se le produjo clara insatisfacción con el bien adquirido, que adolecía de una variedad de problemas aun cuando fueran menores, e inconvenientes y trastornos consiguientes a tener que prescindir del vehículo recién comprado, hasta que se puso a su disposición tras ser reparado, ciertamente en un plazo razonable, pero sin olvidar que quedaban algunas anomalías sin subsanar, y sin que conste que se le facilitara durante ese tiempo un vehículo de sustitución o cortesía." Lo que lleva al tribunal a reconocer el derecho a percibir "una indemnización por los perjuicios sufridos que, ponderadamente, cuantificamos en la suma de 2.000 euros*".

25 Pues ya se ha dicho por doctrina que, en realidad, dado el carácter objetivo del modelo de diligencia, solo se podrá afirmar con no poca seguridad que se responde con culpa/negligencia, cuando sea justamente ella la que permita imputar la responsabilidad entre los otros criterios disponibles. *Vid.* Pantaleón Prieto, F.: "El sistema", cit., p. 1069.

26 La doctrina también se ha pronunciado en términos similares desde hace tiempo cuando señala que: "Debe tenerse en cuenta que si bien a tenor del régimen jurídico de responsabilidad del vendedor por falta de conformidad, éste se concibe como un sistema de responsabilidad de naturaleza objetivo, en el que la culpa o negligencia del vendedor no posee relevancia alguna. Pues bien, si la acción de daños y perjuicios se configura como una de las consecuencias del incumplimiento contractual calificado en virtud del juicio de responsabilidad como idóneo para generarlas, será una más del conjunto de medidas que el acreedor dispone ante el mismo en defensa de su derecho, de manera que este juicio de responsabilidad debe formularse de forma idéntica para todas estas medidas, también para la indemnización de daños y perjuicios. Entonces, en los casos de falta de conformidad, el éxito de la acción acumulada de indemnización de daños y perjuicios experimentados por el consumidor comprador requerirá la prueba de la existencia de los daños y perjuicios (art. 1106 CC) y de la relación causal con el incumplimiento (art. 1101 CC), resultando de aplicación las previsiones de los arts. 1103 y 1107 CC". *Vid.* Busto Lago, J. M.: "Comentario del artículo 21 TRLGDCU", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007*), (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 299-300.

27 SAP Madrid, 15 septiembre 2017 (*Tol 6391268).*

La SAP Tarragona, 20 febrero 2019[28], en relación con una acción de resolución por presentar el vehículo de segunda mano una serie de anomalías de origen que impiden su normal uso: "*por lo que respecta a los daños y perjuicios reclamados en la demanda, se ha de conceder la cantidad solicitada en demanda por corresponderse a daños y perjuicios derivados de esa falta de conformidad, a excepción del coste por la sustitución de la bieleta izquierda, pues esta no estaba dañada. Se admiten, por tanto, los gatos de desmontaje y montaje para la averiguación de la avería, y el coste del traslado del vehículo, y la cantidad abonada por el seguro, cuyo pago únicamente tenía sentido para el demandante si disponía del vehículo, disposición que no tuvo, y ello por causa imputable al demandado. El importe objeto de la condena ha de quedar cifrado en la cantidad de 6.770.60 euros*".

La SAP La Rioja, 5 abril 2019, resuelve un recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirma el pronunciamiento de instancia: "*concluyendo que el vehículo había de entregarse en condiciones aptas para un funcionamiento o uso normal, ya que se vendió y se compró en el entendimiento de que funcionaba correctamente, y que la anomalía que afectó a la transmisión y dirección no permitían ese uso normal y razonable del mismo. En cuanto a la responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor derivados de estas deficiencias recogidos en los arts. 118 y 121 de la LGDCU, entiende procedente la resolución del contrato dada la gravedad de las averías que afectaban a 1/3 parte del precio pagado, sin descartar la existencia de otros posibles defectos que pudieran detectarse al desmontar el vehículo, dado el tiempo transcurrido sin dar al comprador una solución efectiva a sus problemas imputándole, además, un mal uso, y, dado que tales averías impedían la utilización del vehículo con arreglo a su destino. Concluye que la parte demandada debe restituir el precio abonado de 9.150 euros y el coste de revisión en el servicio oficial por importe de 47,04 euros por tener su causa en la avería, desestimando, sin embargo, el coste de la pericial, los gastos de reclamación extrajudicial y los daños y perjuicios que reclamaba por no haber dispuesto del vehículo.*"

Tal y como se puede apreciar, el tribunal no realiza ninguna apreciación sobre la culpa del empresario a la hora de imputar los daños que deriven de dicha falta de conformidad. Simplemente se analiza si los daños son directamente imputables a la existencia de la misma. Asimismo, se puede observar que en la segunda sentencia la audiencia, al aceptar la acción de resolución del contrato, concede una indemnización única que comprende todas las partidas indemnizatorias, esto es, tanto lo que correspondería con la *aestimatio rei,* el valor del vehículo, como los daños y perjuicios irrogados por la falta de conformidad, el *id quod interest*, sin hacer una distinción del criterio de imputación de cada una. En definitiva, la causa que otorga el derecho a ser reparado en todos los sentidos es la misma, la contravención del deber de conformidad con el contrato.

28 SAP Tarragona, 20 febrero 2019 (*Tol 7098952*).

En la tercera sentencia si se puede ver un esfuerzo del tribunal por separar ambas partidas, señalando que el precio de restitución del vehículo son 9.150 € y los gastos por servicio oficial son 47,04 € (que serían los daños y perjuicios irrogados *strictu sensu).* Si bien, al final, el motivo que desencadena toda la reparación del daño es el mismo, como ya hemos indicado antes, sin que pueda apreciarse una divergente imputación del daño. Llama la atención que, en este último pronunciamiento, ni los gastos de la pericial, ni de la reclamación extrajudicial, ni tampoco los daños y perjuicios que se reclamaban por no haber dispuesto el vehículo sean indemnizados. Lo que parece más bien un problema de acreditación de los mismos, pues en otros pronunciamientos si se conceden daños similares.

2. El Daño.

El siguiente punto a analizar son los daños que serían indemnizables por causa de una falta de conformidad. El criterio general de nuestra doctrina es el principio de la *restitutio in integrum,* esto es, la reparación integral del daño, mediante el cual se consigue la función principal del remedio indemnizatorio que no es otro que la de compensar a la otra persona por los menoscabos sufridos y restaurarla en el estado en que se encontraría de no haberse producido el incumplimiento. Como se viene diciendo: "resulta que la parte perjudicada tiene derecho a una suma de dinero que le permita situarse en una posición lo más parecida posible a la que tendría de haberse cumplido en sus exactos términos la prestación pactada, lo que nos conduce ineludiblemente a la comparación de dos estados o situaciones; una, la actual, la que tiene el perjudicado una vez producido el incumplimiento y, otra hipotética, la que disfrutaría de haberse realizado la prestación correctamente".[29]

Asimismo, el daño sería: "cualquier tipo de consecuencia perjudicial, menoscabo o detrimento, ya sea patrimonial o no patrimonial, presente o futuro, directo o indirecto, que sufre una parte contratante derivada de un incumplimiento injustificado del contrato".[30]

Esto nos lleva a considerar la posibilidad de que sean indemnizados todo tipo de daños, ya sean patrimoniales (dentro de los patrimoniales tendríamos tanto el daño emergente como el lucro cesante) y no patrimoniales (esto es, los daños morales)[31].

29 Pérez Velázquez, J.P.: *La indemnización,* cit., p. 193.

30 Pérez Velázquez, J.P.: *La indemnización,* cit., p. 211.

31 El daño podrá ser calificado como patrimonial cuando el interés perjudicado sea de tal naturaleza, por el contrario, el daño será no patrimonial cuando el interés afectado sea inmaterial, con total independencia del objeto que produzca la satisfacción de tal interés, esta idea la sostiene De Cupis, A.: *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil, traducción de la 2.ª edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Carrión*, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 107 a 109.

Esto se puede ver con un ejemplo, aunque no sea propio de derecho de consumo, imaginémonos que una importante cadena de grandes almacenes pone a la venta una serie de productos (ya sean ordenadores, móviles, etc.) que al cabo de un tiempo por ser una partida defectuosa resultan inservibles por tener graves fallos de funcionamiento. Obviamente, estos daños provocados por el proveedor que le ha proporcionado un lote defectuoso, no solo serán las reclamaciones que reciba de sus clientes y la probable bajada de ventas, sino también un daño en su imagen y buen nombre comercial pues había vendido a sus clientes productos no conformes[32].

Por este motivo, "tanto los daños patrimoniales como los extrapatrimoniales pueden estar ligados indistintamente a bienes de una u otra naturaleza porque lo decisivo es el interés afectado, no el bien sobre el que recae directamente el hecho dañoso"[33].

En realidad, la duda que podamos albergar al respecto se disipa desde el momento en que el artículo 128 TRLGDCU, y más concretamente en su segundo párrafo nos indica que: "las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuosos del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar".

Esto se ha visto confirmado jurisprudencialmente desde el momento en que es posible encontrar sentencias que conceden todo tipo de daños derivados de una falta de conformidad. Pero, no es menos cierto, que los tribunales suelen ser bastante restrictivos con las pruebas a la hora de admitir tales daños, pues deben ser acreditados debidamente.

La SAP Granada, 27 enero 2012[34], que resuelve un recurso de apelación frente a la sentencia de instancia que había reconocido todos los daños reclamados por el actor, indica que: "*la sentencia le reconoce al actor, en concreto: 1.370 euros por gastos de taxi, al alegar el Sr. Inocencio que como tiene su domicilio en Huétor Santillán en varias ocasiones se ha visto obligado a trasladarse a Granada; y otros 228, 05 euros por el perjuicio ocasionado a su patrimonio desde que pagó el vehículo hasta el 26*

32 Este planteamiento ya ha sido confirmado por el Supremo en otras ocasiones, véase la STS 3 junio 1991 (RJ 1991, 4407), pues pone de relieve que: "el problema se centra en que, a partir de un mismo hecho, pueden producirse simultáneamente, daños materiales que repercuten en el patrimonio del perjudicado y son susceptibles de evaluación patrimonial y un daño moral, relacionado o derivado de aquél, que alcanza a otras realidades extrapatrimoniales, bien de naturaleza afectiva, como son los sentimientos, bien referida al aspecto social de la repercusión creadora, y también abarca, en proyección de heterogeneidad, otras situaciones motivadoras de efectivos y trascendentales daños morales".

33 Naveira Zara, M.M.: *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil*, Edersa, Madrid, 2004, p. 82.

34 SAP Granada, 27 enero 2012 (*Tol 2665994).*

de marzo de 2009 en que se lo entregaron ya reparado, como intereses dejados de percibir si el dinero lo hubiera tenido invertido en un depósito.

El art. 117 de la Ley de Defensa de los Consumidores le reconoce al actor el derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de los defectos de la cosa vendida. En lo que se refiere a los gastos de taxi, con la demanda se acompañan una serie de recibos desordenados de gastos por la utilización de este medio de transporte en las fechas en las que el vehículo estuvo en los talleres no solo para su reparación, sino también esperando que transcurriera el mes desde de alta en la nueva empresa de garantía, gasto necesario según el actor, pues tiene su domicilio en Huétor Santillán.

Sin embargo, analizando la prueba practicada en el procedimiento esta afirmación consideramos que no es cierta, con independencia del lugar donde esté empadronado que tampoco lo acredita. En primer lugar, en el acta notarial que se aporta con el escrito de demanda de 26 de marzo de 2009 (fol. 44), el actor reconoce y así se lo declaró al notario, que tiene su domicilio en Granada, calle DIRECCION000 nº NUM000, NUM001 y también se deduce de la declaración prestada en el acto del juicio (minuto 18:40) donde el actor relató que como le dijeron que el coche llevaba dos meses parado y los aceites estarían muy densos, fue a probarlo y subió a Huétor Santillán de donde es él, pensando que cuando llegara el ruido se habría acabado, pero 'no fue así, eso esa noche, a la mañana siguiente a las 7 de la mañana me levanté para hacer la misma operación y seguía el coche igual', por lo que decidió irse al concesionario de la marca directamente. Por tanto, si subió a Huétor Santillán, no para ir a su casa si no para probar el coche y al día siguiente se levantó a las 7 de la mañana para repetir la misma operación, era porque cuando se levantó no estaba en Huétor Santillán sino en su casa de Granada en DIRECCION000 nº NUM000, NUM001, lo que nos lleva a estimar en este punto el recurso, al considerar acreditado que el actor no tuvo estos perjuicios por los que reclama.

Igualmente, no puede prosperar la cantidad que reclama por unos supuestos intereses dejados de obtener, puesto que no los hubiera obtenido en ningún caso, es decir, si el coche no hubiera tenido la avería con el que se lo vendieron, tampoco hubiera obtenido esa ganancia.''

El daño emergente sería la pérdida patrimonial que sufre el patrimonio del dañado, es decir, sobre bienes que ya se encontraban en el mismo. En el ejemplo dado, serían los gatos de taxi, si bien no se estimaron, pues se trataría de un menoscabo patrimonial actual ocasionado directamente por quedarse sin el vehículo.

En cambio, el lucro cesante se correspondería con la ganancia frustrada, dicho en otras palabras, con la no obtención de determinados ingresos, de los que se

ve privado por mediar el hecho dañoso. En el ejemplo dado, serían los supuestos intereses que alegaba que había dejado de obtener.

Este tipo de daño presenta más problemas respecto a su cuantificación o prueba porque verdaderamente se está refiriendo a un tipo de daño de carácter futuro, habida cuenta que no necesariamente se está produciendo actualmente. Ese es el motivo por el que la doctrina señala que mientras "el concepto de daño positivo tiene una base firme, pues se refiere a hechos pasados, el del lucro cesante participa de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios"[35]. En ese sentido, "no basta, pues, la simple posibilidad de realizar la ganancia, como no se exige tampoco la absoluta seguridad de que esta se había verificado sin la intromisión del hecho dañoso. Ha de existir una cierta probabilidad objetiva, que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto"[36].

Por consiguiente, la estimación del lucro cesante depende de que, una vez recreada la situación de los hechos, quede suficientemente demostrado que de no haber mediado el incumplimiento habría tenido lugar el aumento patrimonial. Inicialmente, la jurisprudencia se había mostrado reticente a admitirlo[37], si bien poco a poco se ha admitido un criterio menos estricto[38]. Al final, lo que propugna es que no basta "la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva, que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto"[39]. De todos modos, por lo que respecta al derecho de consumo la doctrina tiene dicho que no cabría la reclamación de un *lucrum cesans*, por no tratarse de un actividad profesional o empresarial.

En cuanto al daño no patrimonial, la doctrina lo ha definido como aquellos atentados o lesiones que afectan a la esfera física y psíquica como "el honor, el dolor, la integridad corporal, la tristeza, la muerte de un ser querido, el nacimiento de un hijo no deseado, y un largo catálogo de supuestos que van integrando poco a poco el contenido de un genérico daño moral"[40]. Así, como sucedió con

35 Naveira Zara, M.M.: *El resarcimiento,* cit., pp. 88-89.

36 Fischer, H.A.: "Los daños civiles y su reparación", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1928, p. 45.

37 Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español, común y foral*, ed. 14ª, Tomo III, Reus, Madrid, 1986, p. 244.

38 Naveira Zara, M.M.: *El resarcimiento,* cit., p. 95

39 Pérez Velázquez, J.P.: *La indemnización,* cit., p. 236. Como indica la jurisprudencia "el lucro cesante debe acordarse cuando se haya dejado obtener una ganancia por parte del acreedor y aunque es cierto que la jurisprudencia española ha sido restrictiva al señalar que no debe concederse indemnización en los casos de ganancias dudosas, sí se ha reconocido que, aplicando criterios de probabilidad, debe indemnizarse aquella pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir" (SAP Madrid, 6 abril 2011 (JUR 2011, 186877).

40 Asimismo, se afirma por la doctrina que: "el concepto y contenido del daño moral es marcadamente impreciso, resbaladizo, escurridizo, inasible, dogmáticamente híbrido e impuesto por la práctica y las nuevas valoraciones que la propia evolución social va dictando sobre la indemnización de los perjuicios

el lucro cesante, la jurisprudencia no era inicialmente proclive a su concesión. Especialmente cuando hablamos de daño moral en la esfera de las obligaciones y contratos, esto es, si es posible que se conceda un resarcimiento por daño moral cuando el incumplimiento que ha generado la lesión en el bien jurídico de carácter no patrimonial era tipo contractual[41]. No obstante, la doctrina considera que, "admitido el resarcimiento del daño moral en la esfera de la responsabilidad extracontractual, no existe razón válida y objetiva para su exclusión cuando deriva del incumplimiento de un contrato".[42]

La SAP Navarra, 13 marzo 2021[43], que se pronuncia en un caso en el cual se reclamaban tanto daños patrimoniales como daños morales, manifiesta que: "*procede condenar a la actora al pago de 1.0053,59 € sin que se haya justificado por la parte demandada que alguno/s de los conceptos facturados fueran accesorios o innecesarios en orden a reparar definitivamente la avería padecida, y siendo preciso destacar que dicho importe, de un lado, es inferior al presupuestado por Spanienmotorsport y, de otro, es avalado por el informe del perito Sr. Ezequiel. […], a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil, tendrá derecho a ser indemnizado en el importe de 150 € correspondientes al presupuesto de reparación elaborado por Spanienmotorsport (doc. 17.2). Por el contrario, no procede incluir en el importe de la indemnización la suma abonada al gabinete pericial al considerar conforme al artículo 241.1.4º LEC que integra el concepto de costas del proceso.*

Por lo que respecta al daño emergente derivado del costo de alquiler de un vehículo turismo durante el plazo de un mes, ciertamente el referido perjuicio no se encuentra cumplidamente acreditado dado que a tal efecto tan solo es aportado un presupuesto de la empresa "Bj Rental" pero no ha sido acreditada la existencia de desembolso alguno.

---

en el tráfico jurídico de cada país". Barrientos Zamorano, M.: *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, *Ratio Legis*, Salamanca, 2007, p. 35.

41 La primera sentencia que admitió el daño moral en materia contractual fue la STS 9 mayo 1984 que resolvió un caso por el cual un abogado reclamaba daños morales a una compañía telefónica pues, a pesar de existir una relación contractual entre la misma y él, de hecho, había aparecido en años anteriores con un contrato de suplemento publicitario y abono de cuota independiente, habían omitido todos sus datos (nombre, profesión, dirección y número telefónico). La sentencia concluyó que: "como la fama, el prestigio, la nombradía profesional, la permanencia en el ejercicio de una actividad dependiente de la clientela y anunciada mediante la normal publicidad en los casos en que, como el de autos y recursos, era realizada en la guía telefónica según contrato con el cliente o abonado reclamante, abogado en ejercicio, cutos datos desaparecieron de la Guía durante un año, con la natural repercusión que ello entraña en punto a la incertidumbre de su baja o cesación profesional, traducible lógicamente en minoración de clientela y otros efectos, tales como, 'mutatis mutandis', es corriente en el mundo de la publicidad, en el que la permanencia del anuncio se convierte en necesidad inexcusable para la persistencia del tráfico mercantil, industrial o profesional".

42 En ese sentido, se pronuncia Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil,* cit., p. 245, cuando dice que: "admitido el daño moral como susceptible de indemnización en el campo extracontractual, no se ve razón por la que haya de ser excluido del campo de las obligaciones contractuales".

43 SAP Navarra, 13 marzo 2021 *(Tol 8468251*).

Finalmente, son reclamados 1.042,37 € en concepto de daño moral cuantificando dicho importe conforme al salario base reflejado en su nómina, justificando la petición en el padecimiento y sufrimiento ante la necesidad de programar de forma diferente su vida por encontrarse sin vehículo y tener que acudir a su lugar de trabajo a una distancia de una hora de ida y otra de vuelta en trasporte público. En el acto de la vista depuso en calidad de testigo D.ª Antonia, compañera de trabajo de la actora que relató como a ésta le afectó mucho el problema con el coche, advirtiendo como se encontraba, durante meses irascible, nerviosa, sin dormir, lloraba, estaba enfadada, etc.

[…]

Respecto del daño moral, es también doctrina legal que en términos generales no cabe entenderlo producido cuando el contrato incumplido es de contenido económico y no afecta a bienes de la personalidad como la integridad, la dignidad, la libertad de la persona como bienes básicos de la personalidad o la integridad personal (STS de 8 de octubre de 2013) […], que la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (SSTS de 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996 y 2 de septiembre de 1999 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 02-09-1999 (rec. 216/1995)) […] impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (STS de 6 de julio de 1990), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (STS de 22 de mayo de 1990)

[…]

En el caso de autos, y pese a la declaración testifical, no es posible estimar la pretensión de la actora en este punto, por cuanto, más allá de las lógicas incomodidades y preocupaciones, no es posible vincular en el concreto supuesto de autos, el incumplimiento de la demandada con la situación descrita por la Sra. Antonia."

En cambio, si estima el daño moral reclamado la SAP Navarra, 27 diciembre 2012[44], que resuelve un asunto un asunto en el cual el vehículo había presentado sucesivas averías durante un largo período de tiempo: "*En la demanda, dentro de la petición subsidiaria, se reclamó una indemnización de daños y perjuicios, con base en el art. 1100 y 1106 y concordantes del CC, comprensiva de los gastos soportados por servicios de taxi y alquileres y otros 6.000 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios y daños morales o en la cantidad que el juzgador estime más justa.*

[…]

44 SAP Navarra, 27 diciembre 2012 (*Tol 3916306*).

La sentencia se primera instancia: *"condena a la demandada al resarcimiento de los gastos reclamados por servicios de taxi y alquileres de vehículos de sustitución derivados de la falta de disponibilidad del vehículo vendido por causa imputable a la demandada.*

Sin embargo, rechaza que proceda indemnizar por daños morales por considerar que no fueron acreditados y porque el hecho de que la demandada haya precisado para obtener la reparación llevar su vehículo al taller, no supone que por cada vez deba la vendedora, reparadora hacer efectiva una indemnización.

Alega frente a ello la apelante que el proceso de sucesivas averías y reparaciones producido desde la compra del vehículo le ha ocasionado un impacto perjudicial anímico, padecimientos, contrariedades, etc. que justifican la indemnización por daño moral, sin necesidad de prueba específica por ser circunstancia tan notoria que debe estar exenta de la obligación de prueba."

Así: *"La posibilidad de acordar indemnización por daños morales derivados de incumplimiento contractual ha sido reconocida por la jurisprudencia [...]*

En el caso que nos ocupa, en el que, tras la venta del vehículo nuevo, cuando éste cuenta con poco más de 30.000 km, se suceden toda una serie de numerosas y sucesivas averías en diferentes componentes del motor, desde marzo de 2008 hasta la última en septiembre de 2009, que la sentencia de instancia considera acreditadas, es notorio que dicha circunstancia reiterada es hábil para provocar en cualquiera que se encontrara en el lugar de la demandante, un estado de aflicción o perturbación de alguna entidad (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia no solo de la incomodidad y molestia directamente producidas por la privación del uso del vehículo adquirido sino también por la preocupación y desazón propias de quien compra un vehículo nuevo, del que se espera razonablemente una calidad, unas prestaciones y un disfrute adecuado, y a la postre comprueba que sus expectativas se ven defraudadas.

Por ello se estima adecuado fijar una indemnización en concepto de daños morales de 2.000 euros, atendido el uso realizado del vehículo (85.000 km), su valor, el número de averías consignadas en la información remitida por el fabricante del vehículo y el hecho de que la repercusión en los bienes inmateriales de la actora se aprecia como la media de cualquier consumidor puesto en su situación pues ni se alegó ni se ha probado que tuviera una incidencia de mayor entidad.

Consignar por último que, aunque en el recurso se hace referencia a un gasto menor por reposición de aceite de motor, tal reclamación no aparecía en el suplico de la demanda y, en todo caso, convenimos con la sentencia apelada que no se ha probado su concreta relación causal con los defectos reparados en el vehículo."

Ciertamente, parece ser que la sentencia da importancia al largo período durante el cual se van produciendo las averías, como desencadenante del estado anímico susceptible de provocar tal daño moral. Puesto que, en la sentencia analizada con anterioridad a la presente, el tribunal concluye que tras oír la testifical no se puede vincular la situación descrita a un supuesto de daño moral indemnizable. Seguramente, por el corto período, simplemente de un mes del que se ve privado del vehículo por una avería en concreto, frente al año y medio de sucesivas averías que debe soportar el consumidor en este último caso.

3. La relación de causalidad.

Para cerrar el círculo, toca hablar del último elemento que debe existir para que se pueda estimar la indemnización de daños y perjuicios, esto es, la relación de causalidad, así como del *quantum* indemnizatorio, o, dicho de otro modo, de cómo se determina el monto indemnizatorio que debe abonar el deudor de los daños.

En cuanto al primer elemento, la doctrina progresivamente ha ido elaborando distintas teorías para explicar cómo se puede relacionar causalmente un determinado daño con la conducta u omisión de un agente en concreto. Primeramente, surgió la teoría de la *condictio sine qua non* y la teoría de la equivalencia de condiciones. Por lo que respecta a la primera de las teorías se afirma que cuando un movimiento corporal no puede mentalmente ser eliminado sin que como resultado desaparezca la producción de unos hechos, se puede decir que existe una relación causal entre ambos. Es decir, al final, el juzgador se debe colocar en el escenario y analizar qué hubiera ocurrido si el agente no hubiera actuado.

Como indica la STS 9 octubre 2008[45]: "mediante la aplicación de la regla de la *condictio sine qua non,* conforme a la que toda condición, por ser necesaria o indispensable para el efecto, es causa del resultado; y la de la 'equivalencia de condiciones', según la cual, en el caso de concurrencia de varias, todas han de ser consideradas como iguales en su influencia causal sin suprimidas imaginariamente, la consecuencia desaparece también".

Claramente, esta regla ha resultado muchas veces insuficiente para poder resolver determinados casos, es paradigmático uno en el cual un empleado despedido de una fábrica como represalia decide acudir una noche e incendiarla, sin embargo, la misma noche un trueno cae sobre la fábrica e igualmente provoca un incendio[46]. Es obvio que el incendio se habría provocado de la misma forma, de

45 STS 9 octubre 2008 (RJ 2008, 6042).

46 Infante Ruiz, F.J.: *La responsabilidad por Daños: Nexo de casualidad y "causas hipotéticas"*, Tirant Monografías, Valencia, 2002, p. 148.

todos modos, ¿deberíamos eximir por ese motivo al autor del primero de ellos? La respuesta debe ser negativa.

En ese sentido, de las críticas que recibió por parte de la doctrina la teoría de la *condictio sine qua non,* surgió la de la causalidad próxima[47]. La cual consiste en dar únicamente importancia a la causa más inmediata o cercana en el tiempo, desechando aquellas causas que son demasiado remotas como para ser tenidas en consideración. No es menos cierto que esta teoría también tiene sus defectos, pues, en algunas ocasiones, como apunta autorizada doctrina[48], el hecho de que un determinado suceso sea más próximo en el tiempo no supone que sea más decisivo.

Esto nos conduce a la conclusión de que ni siquiera la teoría de la causalidad próxima se configura como completamente satisfactoria, sino que es la teoría de la causalidad adecuada la que, en definitiva, resulta mucho más adecuada valga la redundancia junto con los criterios de imputación objetiva[49]. Por la cual, habrá que detenerse en la causa que más verosímilmente pueda haber sido la desencadenante del daño atendiendo a criterios científicos y racionales.

Una vez hemos llegado aquí, la doctrina distingue dos planos, uno sería el de la causalidad física y otro sería el de la causalidad jurídica. Esto es, una cosa es que fácticamente un determinado hecho haya sido el causante del daño que se irroga y otra muy diversa que ese daño luego pueda ser imputado al que ha provocado el hecho concreto generador de los perjuicios. Véase, la distinción entre un sistema de imputación objetiva o un sistema de imputación subjetiva. Si seguimos los criterios de la imputación subjetiva, por mucho que un hecho sea el claro generador del daño, si luego resulta que no se puede imputar a título de culpa o dolo al creador de hecho, pues ha sido diligente en su conducta, el daño no se le podrá atribuir. Por el contrario, si seguimos un sistema de imputación objetivo no tendremos que analizar si el daño es imputable a título de dolo o culpa, sino una vez verificado que el hecho (*v. gr.* el incumplimiento) es directamente causante del daño, hay que acudir a los criterios de imputación objetiva y luego finalmente, como se verá, al test de previsibilidad.

Los criterios de imputación objetiva vienen a delimitar hasta qué punto responde el patrimonio del imputado objetivamente por determinados daños y son: el riesgo general de la vida, la prohibición de regreso, la provocación, el incremento del riesgo, el fin de protección de la norma y la adecuación.

---

47 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial V, La responsabilidad Civil Extracontractual*, 1ª edición, Civitas, Navarra, 2011, pp. 362-363.

48 Yzquierdo Tolsada, M.: *Sistema de Responsabilidad Civil. Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 191.

49 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos, cit.*, p. 364-366.

El riesgo general de la vida hace referencia a que determinados daños ocurren de forma natural independientemente de la conducta responsable de los afectados, por estar vinculados a la propia existencia humana. En consecuencia, nadie responderá de estos daños que ocurren por ser debidos a los riesgos inherentes a la vida cotidiana, véase un partido de fútbol en el que los jugadores al pugnar por el balón se lesionan.

La prohibición del regreso tiene lugar cuando el incumplimiento del deudor se ve interrumpido por la acción dolosa o gravemente negligente de un tercero. Este hecho provoca que los daños no se puedan imputar al deudor original habida cuenta que de lo contrario se estaría obviando la segura incidencia decisiva que ha tenido el tercero en la causación de los daños. Por consiguiente, no se podrá retroceder hasta el deudor, impidiendo el regreso.

La provocación por contraposición a la prohibición del regreso supone que se imputen objetivamente los daños al iniciador del curso causal, esto es, el provocador, aunque intervenga la conducta de un tercero, si la conducta de este último ha sido razonable. Dicho de otra forma, "permite imputar los daños sufridos por una persona, o causados por ésta a un tercero, en el intento de salvar su vida, su integridad física o sus bienes, o la vida o integridad física o bienes de un tercero, al que culpablemente creó la situación de peligro cierto sobre los bienes jurídicos mencionados".[50]

El incremento del riesgo implica que no deben imputarse los daños cuando suprimida una determinada conducta el hecho dañoso se hubiera producido igualmente y tampoco la conducta ha incrementado el riesgo de que se produzca. Esto implica que el daño si sería imputable objetivamente cuando la conducta del autor ha sobrepasado los límites del riesgo permitido y ha creado una situación de peligro.

El fin o ámbito de protección de la norma fundamentadora de responsabilidad se corresponde con la idea de que no pueden ser imputables objetivamente aquellos daños que caigan fuera del ámbito de protección de la norma en cuestión, es decir, de los concretos intereses que la norma trata de proteger. La doctrina ha fijado tres requisitos: "a) Que haya sido dañado el bien tutelado por tal norma. b) Que el bien lesionado entre en la esfera patrimonial o personal del sujeto o del ámbito de personas que esta norma intentaba proteger. c) Que la lesión haya sido producida en el modo en que la norma pretendía evitar que sucediese."[51]

50 Díez Picazo Y Ponce de León, L.: *Fundamentos, cit.,* p. 785.

51 Infante Ruiz, F.J.: *La responsabilidad, cit.* p. 185.

Si esto lo trasladamos a materia de responsabilidad contractual, podemos concluir que la norma que fundamenta la responsabilidad del deudor es el propio contrato, de forma que, solo serán indemnizables aquellos daños que afecten a bienes o intereses protegidos por tal contrato. Es decir, como señala autorizada doctrina, en materia contractual el deudor que ha incumplido el contrato responde frente al acreedor de los intereses protegidos por el contrato, pero "no, sin más por todas las consecuencias imaginables de su conducta contraria al contrato, sino sólo por las pérdidas que se irroguen a los intereses del acreedor protegidos por medio del contrato"[52]. Este principio encuentra su aplicación práctica en el llamado test de previsibilidad a la hora de fijar el *quantum* indemnizatorio, pues el deudor solo puede responder de los riesgos que han sido asumidos por las partes a la hora de celebrar el contrato.

Por último, la adecuación no es más que un reflejo de la propia teoría de la causalidad adecuada, que pone de manifiesto que esta en realidad no es más que un criterio de imputación objetiva. En la medida que verdaderamente su función no es resolver problemas relativos a la causalidad, sino determinar si un daño es atribuible a un sujeto concreto. Este criterio se suele explicar de la siguiente forma: "no es objetivamente imputable un concreto evento dañoso a la conducta causante del mismo, cuando la producción del dicho evento hubiera sido descartada, como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado que, contando además en su caso con los especiales conocimientos del dañante, hubiese considerado la cuestión e*x ante*, en el momento que el dañante se dispuso a realizar la conduta, que desembocó en el evento dañoso de cuya imputación se trata".[53]

Si trasladamos esto al TRLGDCU, y concretamente a la falta de conformidad, a mi parecer nos encontramos con que los daños deberán ser una consecuencia razonable de la falta de conformidad atendida su naturaleza, y que afecten o tengan que ver con el bien en concreto y los intereses que se cubrían con dicho contrato.

4. El quantum indemnizatorio.

Expuesto lo anterior, ya hemos delimitado la relación de causalidad en sus dos vertientes, tanto la física como la jurídica, por lo que para terminar toca hablar del *quantum* indemnizatorio. Lo que se traduce en hasta qué punto se puede vincular el patrimonio del responsable a indemnizar por los daños ocasionados. En definitiva, ¿se responde por todos los daños que puedan ser imputados al deudor? Como hemos visto antes, en referencia al criterio de ámbito de protección, la

52 Oliva Blázquez, F.: "Comentario a la Sentencia de 7 de julio de 2008", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 80, Mayo-Agosto 2009, p. 625.

53 Pérez Velázquez, J.P.: *La indemnización,* cit., p. 394.

respuesta debe ser negativa, habida cuenta que, si nos movemos en el ámbito de la responsabilidad contractual, solo son indemnizables los daños que afecten a bienes o intereses protegidos por el contrato, esto es, de alguna forma las partes al celebrar el contrato establecen cuales son los riesgos que están asumiendo respecto del mismo, no cualquier riesgo imaginable.

La concreción legislativa de este criterio se encuentra en el art. 1107 CC, cuando señala que: "los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido preveer al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación".

Por consiguiente, cuando el deudor sea de buena fe, lo que se entiende por no doloso, responderá solamente de los daños previstos o previsibles, pero no de todos los que se puedan derivar del incumplimiento, de los cuales solo responderá el deudor doloso[54]. Si bien, la rigurosidad de esta regla no es tan extrema, no es necesario que para que lo daños sean indemnizables el deudor haya previsto exactamente qué daños es posible que se deriven de su incumplimiento, sino simplemente qué perjuicios se podían producir de forma razonable. "La parte agraviada solo puede pretender el resarcimiento de aquella parte del daño efectivamente sufrido que razonablemente pudiera haberse previsto al tiempo de producirse el contrato"[55].

El TRLGDCU no contiene ninguna norma equivalente al art. 1107 CC, pues en realidad el art. 117, al no especificar nada, nos remite al propio régimen general del Código Civil. A pesar de las grandes diferencias que ya hemos indicado que existen entre ambos textos, no obstante, podemos apoyarnos en un texto más próximo al espíritu del TRLGDCU como es la CISG la cual si contiene una regla de previsibilidad, concretamente el art. 74 que señala que: "la indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato".

54 La interpretación que hacía ya García Goyena de este artículo se basa en la idea que el deudor no doloso solo responda de aquellos daños que son "consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento", por el contrario, con la finalidad de gravar al doloso, se decide que este sea responsable de todos los "daños conocidamente ocasionados por el incumplimiento", Pantaleón Prieto, F.: "El sistema", cit. pp. 1089-1090. Quién señala que Goyena partía de la premisa que el deudor doloso debía ser tratado peor que el no doloso, pues el primero era autor de un *delictum,* en consecuencia, dado que el Proyecto de 1851 no establecía limitación alguna a los daños previstos o previsibles a tiempo de contratar a diferencia del Código Civil Francés, decidió hacer una diferenciación y establecer que el deudor doloso respondería más allá de los que fueran *suite inmédiate* (es decir, consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento).

55 Soler Presas, A: *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi Editorial, Navarra, 1998, p. 47.

Como se puede apreciar la CISG, sigue un esquema bastante similar al art. 1107 CC, independientemente de que su sistema de responsabilidad este basado en fundamentos muy diversos. Y es que el principio de reparación integral de los daños no es absoluto, pues ya hablemos del art. 1107 CC o el art. 74 CISG, se puede ver que solo se indemnizarán aquellos daños y perjuicios que "hubieran sido previstos o previsibles, como consecuencia posible del incumplimiento, en el momento de la perfección del contrato".[56] De todos modos, aquí encontramos una diferencia y es que el art. 1107 CC señala que los daños deben ser "consecuencia necesaria del incumplimiento", no "posible", por lo que, el Código Civil parece mucho más riguroso en este aspecto.

En ese sentido, la regla de previsibilidad tiene como objetivo la distribución de los riesgos del contrato, es decir, hasta qué punto las partes están asumiendo los riesgos que derivan del mismo. De forma que, estas puedan calcular los costes que están asumiendo con la operación[57].

Dicho esto, parece que cuando hablemos de indemnización de daños y perjuicios derivada de falta de conformidad, el deudor (esto es, el empresario), responderá de los daños que fueran previstos o previsibles al momento de contratar. Pero surge la duda de si deberán ser "consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento" (en la línea del art. 1107 CC) o, en cambio, bastaría, en consonancia con los modelos más actuales (véase la CISG), que fueran "consecuencia posible del incumplimiento". Asimismo, nos podemos plantear la pregunta de si en el ámbito del TRLGDCU se puede identificar al deudor doloso y, por consiguiente, imputársele todos los daños que deriven del incumplimiento siguiendo lo marcado por el art. 1107 CC.

Mediante una observación de los pronunciamientos jurisprudenciales anteriores, no parece que sean tan rigurosos en la aplicación de una solución como la contenida en el art. 1107 CC, de hecho, como ya se ha indicado la falta de conformidad se trata en su conjunto desde una perspectiva de imputación objetiva más moderna. A pesar, de que en el concreto ámbito que nos ocupa los textos legislativos nos remitan al régimen general del Código Civil. Mucho más razonable es pensar que los daños se imputen con criterios de razonabilidad y posibilidad de la misma forma que ya lo hace el art. 1208 PMCC cuando indica que: "el deudor responde de los daños y perjuicios que sea objetivamente imputables a su

56 Pérez Velázquez, J.P.: *La indemnización,* cit., p. 439.

57 Desde el punto de vista de la CISG, sobre la información que deben proporcionarse las partes al momento que se celebra el contrato para poder elaborar correctamente el test de previsibilidad, Pantaleón Prieto, F.: "Comentario artículo 78", en AA.VV.: *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirección y coordinado por Luis Díez Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, p. 607 cuando señala que "no solo que la información sobre las circunstancias especiales que configuran aquel riesgo le haya sido proporcionada precisamente por la otra parte; sino que lo haya sido de tal forma, que personas razonables del mismo sector del tráfico, situadas en el lugar de los contratantes , habrían considerado que se asumía, salvo inmediata protesta, el corresponde riesgo de responsabilidad".

incumplimiento; pero si este no hubiera sido doloso, solo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido preveer razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimento en el momento de la celebración del contrato".

En ese sentido, ante una falta de conformidad el deudor no doloso, debería responder de "los daños que se hubiesen previsto o podido preveer razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento", por el contrario, si se consiguiera demostrar el dolo responderá de "los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento". Así lo parece teniendo en cuenta los pronunciamientos judiciales anteriores. Sin embargo, en realidad no existe una diferencia significativa entre ambos textos, pues cuando el Código Civil habla de "consecuencia necesaria" lo que quiere decir es que los daños deben ser imputables desde un punto de vista de la causalidad jurídica al deudor, pero obviamente, estos daños luego han tenido que ser previstos desde criterios de posibilidad y razonabilidad como susceptibles de ser consecuencia de un incumplimiento.

Al final esto nos lleva otra vez al principio, y es la falta de coherencia del legislador comunitario a la hora de diseñar este punto, si verdaderamente buscaba una armonización de la cuestión en la Unión Europea. Puesto que, si deja al arbitrio de los Estados miembros una cuestión tan importante como es la indemnización de daños y perjuicios, pueden surgir divergencias entre los países, como sucede en España, que, sobre el papel, aún conservamos un sistema de responsabilidad subjetiva. Pero no solo eso, es también incoherente desde el propio diseño de la norma, habida cuenta que pueden convivir sobre un mismo incumplimiento dos sistemas de responsabilidad, uno referido al incumplimiento en sentido estricto y otro referido a los daños y perjuicios, que no hace sino avivar la antigua disquisición del *aestimatio rei* y el *id quod interest*. Mucho más inteligente, hubiese sido fijar las reglas de indemnización de daños y perjuicios por falta de conformidad en la propia Directiva inspiradas por los mismos principios que el resto del articulado, pero no ha sido así, abocando al aplicador del derecho a un sinfín de dudas que hemos planteado y tratado de resolver.

BIBLIOGRAFÍA

Barrientos Zamorano, M.: *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, *Ratio Legis*, Salamanca, 2007.

Busto Lago, J. M.: "Comentario del artículo 21 TRLGDCU", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007*), (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

Cabanillas Sánchez, A.: "Comentario al artículo 28", en AA.VV.: *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dir. L. Díez-Picazo y Ponce de León*)*, Civitas, Madrid, 1998.

Carrasco Perrera, A.: "Comentario a los artículos 1101 a 1107 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo), Tomo XV, Volumen. 1º, Edersa, Madrid, 1989.

- "Plazo suplementario para la entrega por parte del empresario vendedor (artículo 62 bis TRLGDCU)", en Ortí Vallejo, A. y Jiménez Horwitz, M.: *Estudios sobre el contrato de compraventa* (coords. I. Sánchez Ruiz de Valdivia y A. Quesada Páez), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español, común y foral*, ed. 14ª, Tomo III, Reus, Madrid, 1986.

Castilla Barea, M: *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Dykinson, Madrid, 2005.

De Cupis, A.: *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, *traducción de la 2.ª edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Carrión*, Bosch, Barcelona, 1975.

Díez-Picazo, L., Roca Trías, E., Morales, A.M.: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

Díez-Picazo Y Ponce de León, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial V, La responsabilidad Civil Extracontractual*, 1ª edición, Civitas, Navarra, 2011.

Fischer, H.A.: "Los daños civiles y su reparación", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1928.

Infante Ruiz, F.J.: *La responsabilidad por Daños: Nexo de casualidad y "causas hipotéticas*", Tirant Monografías, Valencia, 2002.

Lando, O.: "El derecho contractual europeo en el tercer milenio", *Derecho de los Negocios*, núm. 116, 2000

Llamas Pombo, E.: *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño del acreedor*, Trivium, Madrid, 1999.

- *La compraventa*, La Ley (Wolters Kluwer), Madrid, 2014.

Luminoso, A.: *La compravendita*, 7ª ed., Giappicheli, Torino, 2011.

Morales Moreno, A.M.: "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa", *Anuario de Derecho Civil,* Vol. 35, núm. 3, 1982.

Naveira Zara, M.M.: *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil*, Edersa, Madrid, 2004.

Oliva Blázquez, F.: "Comentario a la Sentencia de 7 de julio de 2008", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 80, Mayo-Agosto 2009.

Pantaleón Prieto, F.: "El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 44, núm. 3, 1991,

- "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 46, núm. 4, 1993.

Pérez Velázquez, J.P.: *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, BOE, 2016.

Soler Presas, A: *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi Editorial, Navarra, 1998.

Stoll, J.: "Art. 74", en AA.VV.: *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, C. H. Beck, Múnich, 2013.

Tallon, D.: "Les dommages-intèrêts dans les Principes Unidroit relatifs aux contrats du comerse internacional", AA. VV.: *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit* (a cura di M. J. Bonell e di F. Bonelli), Giuffrè Editore, Milano, 1997.

Verdera Server, R.: *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995.

Von Caemmerer, E. y Schlectriem, P.: "Art. 79", en AA.VV.: *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, C. H. Beck, Múnich, 2013.

Yzquierdo Tolsada, M.: *Sistema de responsabilidad civil. Contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.

LA PREVENCIÓN ANTE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR RIESGOS DEL DESARROLLO

PREVENTING CIVIL LIABILITY FOR DEVELOPMENT RISKS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 84-107

Janet GHERSI ALMARALES

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Los riesgos del desarrollo han enfrentado diferentes aproximaciones respecto a la exigibilidad o no de responsabilidad civil desde un enfoque fáctico y teórico-legal. Diversas son las posturas que han adoptado los ordenamientos jurídicos sobre la colocación de los riesgos del desarrollo como causal de eximente de responsabilidad, mientras otros han preponderado a determinados bienes jurídicos sobre la idea de contemplarlos como excepción a la responsabilidad. La prevención en sentido lato, se integra en la constitución y ejecución de la relación jurídica, ostentando un rol determinarte en la consideración de la garantía de conformidad y la responsabilidad civil que pueda derivarse. De modo tal que, la prevención matiza los elementos de imputabilidad al momento de aplicar o desaplicar la excepción por riesgos del progreso científico contemplada como eximente de responsabilidad, en tanto la inobservancia de la obligación de prevenir y/o precaver puede conducir al régimen general de responsabilidad civil.

PALABRAS CLAVE: Los riesgos del desarrollo. Responsabilidad civil. Eximente de responsabilidad. Función preventiva. Función precautoria.

ABSTRACT: *Development risks have faced different approaches with regard to the enforceability or not of civil liability from a factual and theoretical-legal approach. Different legal systems have adopted different positions on the placement of development risks as a cause of exemption from liability, while others have given preference to certain legal assets over the idea of considering it as an exception to liability. Prevention in the broad sense is integrated in the constitution and execution of the legal relationship, playing a determining role in the consideration of the guarantee of conformity and the civil liability that may arise. In such a way that prevention qualifies the elements of imputability at the moment of applying or not applying the exception for risks of scientific progress contemplated as an exemption from liability, insofar as the non-observance of the obligation to prevent and/or take precautions can lead to the general civil liability regime.*

KEY WORDS: *Development risks. Civil liability. Exemption from liability. Preventive function. Precautionary function.*

SUMARIO.- I. A MODO DE INTRODUCCIÓN.- II. LOS RIESGOS DEL DESARROLLO ANTE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. UN BOSQUEJO AL PANORAMA ACTUAL.- III. LA PREVENCIÓN ANTE LOS RIESGOS DEL DESARROLLO.- III.1 LA OBLIGATORIA OBSERVANCIA DE LA FUNCIÓN PREVENTIVA ANTE LA APARICIÓN DE LOS RIESGOS DEL DESARROLLO.- III.2 EL ROL DE LA FUNCION PRECAUTORIA ANTE LOS RIESGOS DEL DESARROLLO.- IV. CONCLUSIONES.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN.

La sociedad de riesgo es definida por la sociología como aquella preocupada por el futuro que sistematiza un modo de lidiar con peligros e inseguridades inducidos e introducidos por la propia modernización, al mismo tiempo que se autoexamina y se cambia a sí misma en el proceso, todo lo cual lleva irremediablemente a la aparición de los riesgos en el desarrollo[1].

Los riesgos en el desarrollo como fenómeno jurídico, se refieren a determinados productos que al momento de lanzarse al mercado son subjetivamente inocuos acorde al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes, pero objetivamente nocivos, aunque dicha nocividad sea solo detectable en un escenario de estado del arte científico y técnico superior y posterior a su lanzamiento.

Sostiene Coderch[2] que la referencia legal al estado de los conocimientos supone que el defecto no es cognoscible, pero no simplemente que el fabricante del producto que resultó defectuoso no podía conocerlo. De esta manera afirma que el criterio es objetivo y consecuentemente, no depende ni del conocimiento actual de ningún fabricante en concreto, ni de su dimensión cuantitativa (facturación beneficios obtenidos) o cualitativa (posición relativa en el mercado, tipo de industria a la que pertenece de alta o mediana tecnología o grado de especialización) la imposibilidad de descubrir el defecto es un elemento del supuesto de hecho de la excepción.

De modo tal que, deben cumplirse tres requisitos: a) El defecto debe existir en el momento en el que el producto fue puesto en circulación. b) Que el defecto no fuera conocido ni susceptible de ser conocido por el productor. c) Posteriormente

1 *Vid.* Beck, U.: *Risikogesellschaft Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Editorial Suhrkamp, Frankfurt, 1986.

2 Coderch, P. S. y Rubí Puig, A.: "Excepción por riesgos de desarrollo" en Coderch, P. S. y Gómez Pomar, F. (editores), *Tratado de Responsabilidad Civil del Fabricante*, Editorial Aranzandi S.A, Navarra, 2008, pp.604 y 605.

• Janet Ghersi Almarales
Doctoranda en Derecho de Consumo por la Universidad de Perugia y en Derecho Privado por la Universidad de Salamanca. janet.ghersi@gmail.com y janet.ghersialmarales@studenti.unipg.it

a la puesta en circulación del producto tiene lugar el descubrimiento científico que lo revela como causa del daño[3].

De esta forma, el fenómeno recrea la paradoja del Gato de Schrödinger, en tanto un producto puede ser inocuo y nocivo al mismo tiempo, dependiendo del desarrollo científico y técnico existente en un momento respecto a otro, conviviendo así en un estado de superposición cuántica.

El ejemplo más paradigmático de riesgos en el desarrollo lo es quizás, el conflicto que se produjo por la utilización del thalidomide como tratamiento para contrarrestar los síntomas producidos durante el embarazo. Luego de la retirada del fármaco del mercado, comenzaron las demandas ante los tribunales y surge por primera vez la interrogante de si se podría atribuir responsabilidad por un defecto imposible de descubrir según los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación del producto[4].

Al respecto, diversos son los criterios facticos[5] que se han manejado a favor y en contra de imputar responsabilidad ante los riesgos del desarrollo.

Entre los criterios en contra se pueden referenciar los siguientes: a) Afirman que no puede obtenerse mayor seguridad por un producto que aquella proporcionada de acuerdo con los conocimientos científicos y técnicos existentes. b) La imposición de responsabilidad aumentaría la carga del productor pudiendo incluso detenerse las investigaciones científicas, lo que perjudicaría a productores y consumidores al bloquearse la accesibilidad de productos para evitar una posible responsabilidad. c) La concurrencia se pudiera ver afectada en tanto la exigibilidad de responsabilidad alcance a algunas empresas y a otras no del mismo sector. d) Representa una contradicción pretender que desde el pasado se pueda conocer lo que acaecerá. e) La relación causal entre el hecho y el daño no existe al momento del lanzamiento del producto sino con posterioridad. f) Ante la incertidumbre que soporta la exigibilidad de responsabilidad por los riesgos del desarrollo las compañías de seguro pondrían pólizas muy elevadas o algunas podrían mostrarse reintente a asegurar estos riesgos. g) La responsabilidad provocaría precios desproporcionados ante productos transformadores o su desaparición del

3 Sobre los requisitos *vid.* Coderch, P. S. y Solé Feliu, J.: *Brujos y Aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1999, 29-80.

4 *Vid.* Vadillo Robredo, G.: "Notas a los riesgos del desarrollo o el estado de la ciencia en la responsabilidad civil por productos defectuosos", en *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, Volumen 46 No.1 https://doi.org/10.18543/ed-46(1)-1998pp227-283, consultado en fecha 7 de septiembre del 2022, pp. 228 y 229.

5 *Vid. ídem*, pp. 231 y 232; Rodríguez Alfaro, C. P.: Análisis Económico de los Riesgos del Desarrollo. Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía 21ª Conferencia Anual sobre Derecho y Economía en https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alacde2017/papers/27-Analisis-Economico-Riesgos-Desarrollo.pdf, consultado 25 de agosto del 2022, pp.6 y 7. Goldenberg, I. H. y López Cabana, R. M.: "Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos", *JA* 1990-I, 917, pp. 918-919.

mercado por falta de incentivos económicos. h) La responsabilidad no constituye un incentivo a la investigación, dado que si un fabricante sabe que responderá en cualquier caso reduciría los costos en innovación y seguridad sin embargo será diferente si el fabricante sabe que no responderá de daños imprevisibles y bastara con acreditar que ha llevado a cabo todas las medidas de seguridad a su alcance. i) La excepción redundaría a incentivar la prevención.

Entre los criterios a favor se encuentran los siguientes: a) La garantía de inocuidad de todos los productos que se lanzan al mercado. b) La colocación del acento en la víctima del daño y no en el productor. Los fabricantes deben responder de los riesgos de desarrollo, toda vez que en caso contrario todos los riesgos recaerían sobre los consumidores y son precisamente los fabricantes quienes han obtenido los beneficios por la venta de los productos. c) La exigibilidad de responsabilidad conseguiría incentivar el desarrollo de los conocimientos de la ciencia y de la técnica de las investigaciones y se fabricarían productos mejor diseñados, con mayor información y de más alta calidad. d) Los riesgos del desarrollo son asegurables y los productores o fabricantes se encuentran en una mejor posición para contratar un seguro y en el caso de que el daño se produzca pueden distribuir el coste socializando los riesgos adecuadamente. e) La atribución de responsabilidad enriquece la función preventiva. f) Además, añaden que la introducción de una defensa de estas características dará lugar a que las víctimas no reciban compensación y volverá a plantear muchos de los problemas que se intentaron resolver con la implantación de un sistema no basado en la culpa.

Sobre este último argumento agrega Reich[6] que en un sistema de responsabilidad que prescinde de la culpa es inadmisible la defensa de los riesgos de desarrollo. Tal y como se observa por ejemplo en la Directiva 85/374 CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos que da preponderancia a la responsabilidad objetiva, aunque sobre este caso en concreto mantenga una posición flexible entre exigir o no responsabilidad.

El principal argumento que se repite en ambas posturas y posiblemente el que encabeza la lista de preocupaciones en la sociedad de riesgo es el destino de la investigación e innovación científica ante uno u otra posición.

De este modo, quienes se pronuncian a favor de la responsabilidad por riesgos del desarrollo, lo han fundamentado en que la misma resulta un estímulo para la investigación e innovación científica. No obstante, quienes se oponen a la

6 *Vid.* Reich, N.: "Product Safety and Product Liability - An Analysis of the EEC Council Directive of 25 July 1985 on the Approximation provisions of the Member States Concerning Liability for Defective Products", en *Journal of Consumer Policy*, 1986, No. 9, pp. 143-144.

responsabilidad, han esbozado este mismo argumento para defender la solución contraria, al sostener que lo que conlleva un incentivo para la investigación en los casos de riesgos del desarrollo, no es la responsabilidad, sino su ausencia.

La cuestión pasa, inicialmente por abordar el diseño legislativo empleado para la regulación de la institución objeto de análisis, de modo tal que cada ordenamiento jurídico responde de manera distinta ante la aparición de los riesgos del desarrollo.

En tal sentido sostiene Díez Picazo que el tema de los denominados riesgos del desarrollo no puede resolverse con criterios de técnica jurídica y exige decisiones políticas, pues sostiene que si se otorga prioridad a la reparación de los daños, pueden producirse consecuencias desfavorables y frenar un desarrollo que para la sociedad en general puede resultar conveniente[7]. Cuestión esta última con la que no nos encontramos completamente conformes, en tanto la prevención ofrece una aproximación más coherente con la actual sociedad de riesgo, argumento al que regresaremos en los epígrafes sucesivos.

II. LOS RIESGOS DEL DESARROLLO ANTE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. UN BOSQUEJO AL PANORAMA ACTUAL.

Los riesgos en el desarrollo trascienden al derecho de la responsabilidad, de esta manera pendulean varias posturas en torno a la imputación o no de esta según se han abordado en los diferentes diseños legislativos.

Al respecto asumen los ordenamientos jurídicos dos grandes posturas: la primera es cuando reaccionan mediante alguna solución específica ante la aparición de los riesgos del desarrollo y la segunda es la ausencia de alguna previsión específica ante el fenómeno objeto de análisis, posturas estas que van a generar consecuencias y perspectivas distintas en sede de exigibilidad de la responsabilidad.

Ahora bien, dentro de aquellos ordenamientos jurídicos que hacen alusión expresa a los riesgos del desarrollo, podemos encontrar tres criterios:

El primer criterio que adoptan los ordenamientos jurídicos es el de imputar responsabilidad. Estos se sustentan fundamentalmente en la garantía de inocuidad de todos los productos que se lanzan al mercado y en la necesaria focalización en la victima más que en los productores o fabricantes de los productos.[8]

7 Diez Picazo, L.: *Derecho de Daños*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, pp. 154 y 155.

8 Ejemplos de instrumentos legales que imputan responsabilidad ante los riesgos del desarrollo:
-La Convención de Estrasburgo de 1977establece que: Artículo 1.1: El fabricante de una cosa mueble es responsable del perjuicio causado por un defecto de este, que él lo haya conocido, o haya podido conocer ese defecto. Articulo1.2: El fabricante es igualmente responsable aun si la cosa, en función del

El segundo criterio adoptado por los ordenamientos jurídicos es el de no imputar responsabilidad ante los riesgos del progreso científico en tanto arguyen que se trata de un riesgo atípico e imprevisible y que no existe un defecto propiamente dicho porque no se puede conocer la existencia del mismo. No incentivan la prevención y además sostienen que esta encarece los costos de producción, postura que acogen la mayoría de los ordenamientos de los estados miembros[9].

desarrollo científico o tecnológico prevaleciente en el momento que la puesta en circulación, no ha podido ser considerada como defectuosa.

-El ordenamiento jurídico de Luxemburgo al momento de trasponer la Directiva 85/374 con la *Loi relative à la responsabilité civile du fait des produits défectueux* de 21 de abril de 1989, no se incorpora en su artículo 4 la excepción de los riesgos del desarrollo como causal eximente de la responsabilidad, por tanto deviene exigible en virtud del propio articulo 4 en un sentido inverso.

Articulo 4. El productor no será responsable en virtud de esta ley si demuestra: a) no había puesto el producto en circulación. b) que, habida cuenta de las circunstancias, el defecto que causó el daño aún no estaba presente en el momento en que el producto fue puesto en circulación por él o que el defecto surgió posteriormente; c) el producto no fue fabricado para la venta o para cualquier otra forma de distribución para los fines económicos del productor, ni fue fabricado o distribuido en el curso de su negocio; d) el defecto se debe a la conformidad del producto con las normas obligatorias dictadas por las autoridades públicas; e) en el caso del fabricante de un componente, que el defecto es atribuible al diseño del producto al que se ha incorporado el componente o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto.

9 Ejemplos de ordenamientos jurídicos que contemplan la eximente de responsabilidad ante la aparición de los riesgos del desarrollo:

-Bélgica mediante la ley por responsabilidad de productos defectuosos del 25 de febrero de 1991 dispone en su artículo 8 que el productor será responsable a menos que pueda probar que el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que puso en circulación el producto en cuestión no podía haber detectado la existencia del defecto.

Artikel 8 : Der Hersteller haftet nicht aufgrund des vorliegenden Gesetzes, wenn er beweist: a) dass er das Produkt nicht in den Verkehr gebracht hat, b) dass unter Berücksichtigung der Umstände davon auszugehen ist, dass der Fehler, der den Schaden verursacht hat, nicht vorlag, als das Produkt von ihm in den Verkehr gebracht wurde, oder dass dieser Fehler später entstanden ist, c) dass er das Produkt weder für den Verkauf oder eine andere Form des Vertriebs mit wirtschaftlichem Zweck hergestellt noch im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit hergestellt oder vertrieben hat, d) dass der Fehler darauf zurückzuführen ist, dass das Produkt verbindlichen hoheitlich erlassenen Normen entspricht, e) dass der vorhandene Fehler nach dem Stand der Wissenschaft und Technik zu dem Zeitpunkt, zu dem er das betreffende Produkt in den Verkehr brachte, nicht erkannt werden konnte, f) sofern es sich um den Hersteller eines Teilprodukts oder eines Grundstoffs handelt, dass der Fehler durch die Konstruktion des Produkts, in welches das Teilprodukt beziehungsweise der Grundstoff eingearbeitet wurde, oder durch die Anleitungen des Herstellers des Produkts verursacht worden ist.

-Dinamarca mediante la Ley de responsabilidad por productos defectuosos No. 371 del 6 de junio de 1989, establece en su capítulo 3 apartado 4 que el fabricante no será responsable si prueba que con el conocimiento científico y técnico disponible en el tiempo en que el producto fue puesto en el mercado, no era posible descubrir el defecto.

Kapitel 3. Ansvaret og erstatningen: § *7. Producenten er ikke ansvarlig, hvis denne beviser: 1) at denne ikke har bragt produktet i omsætning, 2) at produktet af denne hverken er fremstillet, frembragt, indsamlet eller bragt i omsætning som led i erhvervsvirksomhed, 3) at defekten skyldes, at produktet skal være i overensstemmelse med ufravigelige forskrifter udstedt af offentlig myndighed, eller, 4) at det på grundlag af den videnskabelige og tekniske viden på det tidspunkt, da produktet blev bragt i omsætning, ikke var muligt at opdage defekten.*

Stk. 2. Producenten er endvidere ikke ansvarlig, hvis det må antages, at den defekt, der har forvoldt skaden, ikke var til stede på det tidspunkt, da denne bragte produktet i omsætning.

-Italia mediante el Decreto Presidencial 224 del 24 de mayo de 1988 excluye en su artículo 6 la responsabilidad del productor si el estado de los conocimientos científicos y técnicos, al momento de la puesta en circulación del producto no permitía todavía considerarlo como defectuoso.

Articolo 6 Esclusione della responsabilità. 1. La responsabilità è esclusa: e) se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche , al momento in cui il produttore ha meso in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso.

-Portugal mediante el Decreto Ley N.o 383/89 de 6 de noviembre de 1989 en su artículo 5 excluye la responsabilidad del productor si demuestra que el estado del conocimiento técnicos y científicos, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, no hacía posible detectar la existencia de los defectos.

Artigo 5. Exclusão de responsabilidade. O produtor não é responsável se provar: e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito.

El tercer criterio que pudiéramos aludir es el intermedio, adoptado por aquellos ordenamientos jurídicos que exigen responsabilidad por los riesgos del desarrollo solo ante determinados sectores y/o productos del ámbito farmacéutico o alimenticio[10] que ponen en peligro el bien jurídico de la salud[11], no así para los restantes.

La Directiva 85/374/CEE, introdujo en la Unión Europea el principio de responsabilidad sin culpa, como fue esbozado supra, consagrando así la responsabilidad del productor, independientemente de que haya habido o no dolo o culpa. De esta manera la responsabilidad surge por el mero hecho objetivo de haber puesto en circulación un producto que ha producido un daño por su estado defectuoso.

10 Sobre este particular *vid.* Giardina, F.: "La responsabilità civile del produttore di alimenti", in AA. VV.: *Regole dell'agricoltura regole del cibo* (a cura di M. Goldoni e E. Sirsi), Il Campano, Pisa, 2005.

11 Ejemplos de instrumentos legales que adoptan el criterio intermedio:
-La postura de las comunidades europeas mediante Directiva 85/374 que contemplaba en su artículo 7 que establece que el productor no será responsable si prueba que el defecto del producto se debe a que en el momento en que fue puesto en circulación , el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitían descubrir la existencia del defecto. Empero en su artículo 15 autoriza no obstante lo previsto en el artículo 7 inciso e) a disponer en cada legislación que el productor sea responsable incluso si demostrara que, en el momento en que el puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitían detectar la existencia del defecto.
-Francia
Recoge en el artículo 1386-11 del código civil la excepción a la exigibilidad de responsabilidad si se demuestra que el estado de los conocimientos científicos y técnicos, en el momento en que puso en circulación el producto, no permitía detectar la existencia del defecto.
Artículo 1386-11: El productor se responsabilizará de pleno derecho a menos que demuestre: 4. Que, en el momento en que puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnico no permitía la detección del defecto.
Artículo 1386-12: El productor no podrá invocar la causa de exoneración prevista en el punto cuarto del artículo 1386-11 cuando el daño hubiese sido causado por un elemento del cuerpo humano o por los productos derivados de este.
-Alemania.
La ley de medicamentos (*Arzneimittelgesetz)* de 1976 excluyó limitadamente la posibilidad de que un laboratorio farmacéutico pudiera oponer la excepción de riesgos de desarrollo ante un defecto de producto.
Articulo 84. Responsabilidad por riesgo
1.Los laboratorios farmacéuticos que fabrican o comercializan un medicamento sujeto al procedimiento general de autorización previsto en la ley y cuyo uso causa la muerte, daños corporales o a la salud de una persona responden si:
i) el consumo del medicamento conforme a las instrucciones para su uso produce efectos perjudiciales que van mas allá de lo que, según los conocimientos de la ciencia médica , resulta tolerable y que se originan en el ámbito de su desarrollo o fabricación, o
ii) el daño se ha producido como consecuencia de un saber, una información especializada o de una instrucción para el uso que se corresponde con los conocimientos de la ciencia médica.
-España
Regula en la Ley No. 22 del 6 de julio de 1994 de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos en su artículo 6 como causales de exoneración de la responsabilidad que el fabricante o el importador no serán responsables si prueban: que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitiría apreciar la existencia del defecto. Sin embargo en su aparatado tercero establece que la eximente no aplica apara el caso de medicamentos, alimentos o productos alimenticios destinado al consumo humano.

En tan sentido sostiene Navarro Mendizabal[12] que la imputación objetiva no se trata tanto de ver si el sujeto forma pate del nexo de causalidad, sino de cuánto daño o que daño le es atribuible a su concreta actuación.

En lo que respecta a los riesgos del desarrollo, sin embargo, la Unión Europea a través de su citada Directiva 85/374 mantuvo una posición intermedia en cuanto a la exigibilidad de responsabilidad. Por una parte establece en su artículo 7 e) que el productor no será responsable si prueba que en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto. Empero, en su artículo 15 autoriza a los estados miembros a imputar responsabilidad incluso si se demostrara que, en el momento en que el producto se puso en circulación, el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto.

De esta manera, la directiva si bien se inclina por la ausencia de responsabilidad, deja abierta a los estados miembros la posibilidad de tomar una postura diferente en sus legislaciones internas incluso matizando una u otra posibilidad.

Así se observan posturas intermedias que imputan responsabilidad por los riesgos del desarrollo solo en determinados sectores como los relativos a productos farmacéuticos y alimenticios. Tal es el caso del ordenamiento jurídico alemán y español, no corriendo la misma suerte los restantes sectores, toda vez que la regla que prevalece en la Unión Europea es hacia la no imputación de responsabilidad ante la aparición de los riesgos del desarrollo.

La cuestión pudiera parecer más o menos despejada en aquellos ordenamientos que algo dicen sobre la exigibilidad o no de la responsabilidad civil ante los riesgos del desarrollo al encontrarse *ex lege* una solución, pero en aquellos que nada dicen presentan la ocasión para examinar los elementos de la responsabilidad civil.

¿Son los riesgos del desarrollo una verdadera excepción a la exigibilidad de la responsabilidad civil?

Si analizamos los presupuestos de la obligación indemnizatoria[13], a saber: la acción u omisión, el daño y el nexo de causalidad entre dicha acción u omisión y el daño producido, podemos identificar la presencia de cada uno de ellos en el supuesto de los riesgos en el desarrollo.

12 Navarro Mendizábal, I. A. y Veiga Copo, A. B.: *Derecho de Daños*, Editorial Thomson Reuters, Navarra, 2013, p. 200.

13 Roselló Manzano, R.: "Responsabilidad Contractual "en Derecho de Contratos. Tomo II Contratos en especie y responsabilidad contractual Parte 2, Ojeda Rodríguez, N. de la C. (coordinadora), Editorial Félix Varela, La Habana, 2016, pp.245-290.

El nexo de causalidad, constituye quizás, el criterio que pudiera ofrecer mayores interrogantes en tanto existe un distanciamiento de tiempo y espacio entre la acción que produce el daño y el momento en que esta se identifica por la ciencia como la causante del mismo, que puede tener lugar inmediatamente o en un momento posterior. Empero, en ningún caso podrá hablarse de un supuesto que genere la ruptura del nexo de causalidad.

Al respecto señala Rümelin[14] que es dable establecer la relación causal entre el hecho y el daño, incluso ante aquellas circunstancias de hecho sabidas *a posteirori.*

Por lo que pudiéramos decir que no nos encontramos ante un verdadero supuesto que pudiéramos enmarcar dentro de las causales de exención de responsabilidad, a menos que así lo disponga taxativamente el legislador, que en todo caso obedecerá a una lógica de política-legislativa, como ya veníamos sosteniendo.

En tal línea de análisis, sostiene Diez Picazo[15] que el principio de *favor victima*e o principio *pro dammnato*, encierra una regla general por la que todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona deben dar lugar al resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño.

De esta manera, somos del criterio de que la excepción de riesgos del desarrollo no constituye una verdadera causal de exención de responsabilidad. Lo cual permite su atribución en aquellos ordenamientos jurídicos que no tienen un pronunciamiento expreso sobre la excepción por riesgos del desarrollo, al estar presentes todos los elementos que configuran la responsabilidad civil.

En este sentido habrá que observar el régimen general de responsabilidad y los criterios de imputación que acogen los ordenamientos jurídicos al amparo de los cuales se ha producido la aparición de los efectos de los riesgos del desarrollo.

No obstante, en cualquier caso, la posible falta de diligencia de los productores o fabricantes antes de lanzar los productos al mercado, conducirá directamente a la aplicación del régimen general de responsabilidad y escapa por tanto del análisis de los elementos que configuran los riesgos en el progreso científico objeto de estudio, al haberse producido en un momento anterior a la accesibilidad de los productos por los consumidores.

14 *Vid.* Fuentes Guiñez, R.: "Las teorías tradicionales sobre la causalidad" en *Revista de Derecho y Ciencias Penales No. 14*, Universidad de San Sebastián, Chile, 2010, pp. 27-29 y Beltrán Pacheco, J.A.: "Estudios de la relación causal en la responsabilidad civil" en *Asociación Civil Derecho y Sociedad* https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16891, No.23, 2004, pp.262 y 263.

15 Diez Picazo, L.: "La responsabilidad civil de hoy" *op. cit.* Llamas Pombo, E.: *Las formas de prevenir y reparar el daño*, Wolter Kluwer, Madrid, julio del 2020, p.41.

Así es que, conforme a la doctrina del riesgo de actividad[16] la consecuencia lógica de producir un daño asociado a los riesgos del desarrollo es responder por ello y la diligencia mantenida no libera de responsabilidad en tanto excede la soportabilidad de los riesgos humanos.

De esta manera, se excepciona únicamente con un criterio de voluntad política-legislativa, al considerar entonces como límite de diligencia el resultado que haya previsto o que haya podido prever con arreglo al nivel de conocimientos existente, de otra manera será observable el régimen general de atribución de responsabilidad.

Ahora bien, no todas las cuestiones que atañen a los riesgos del desarrollo pueden ser pensadas desde un criterio de imputación objetivo, toda vez que la aptitud asumida de cara a la prevención deberá ser necesariamente evaluada desde criterios subjetivos.

III. EL ROL DE LA PREVENCIÓN ANTE LOS RIESGOS DEL DESARROLLO.

El fenómeno de la aparición de los riesgos del desarrollo debe ser afrontado desde la prevención, la cual se bifurca y realiza en la función preventiva y la función precautoria, cada una de las cuales aborda diferentes ángulos.

Desde un perfil práctico, la función preventiva se distingue de la función precautoria en cuanto la prevención parte de la existencia de una certeza respecto de los riesgos o su probabilidad de ocurrencia, actúa para impedir el curso causal que llevaría a la consumación del daño, mientras que la precaución busca impedir potenciales riesgos cuando existe cierta duda sobre los mismos.

Señala en tal sentido Kemelmajer[17], que la prevención y la precaución son principios diferentes, tienen un denominador común que no es otro que la necesidad de actuar antes de la producción de un daño, es decir, ambos atienen a hechos futuros para exigir una eventual prudencia. Ellas actúan sobre distintos tipos de riesgos: la prevención responde al riesgo verificado, al riesgo presente y real de un daño futuro; la precaución atiende al riesgo potencial.

La prevención ha cobrado mayor relevancia dentro de los cambios de paradigmas que enfrenta hoy el derecho civil con su cada vez más proclamada

16 *Cfr.* Uribe García, S.: "La responsabilidad por riesgo". *Ratio Juris UNAULA*, *1*(1) en https://doi.org/10.24142/raju.v1n1a2 , 2017, pp. 29–50 y Concepción Rodríguez, J.L.: *Derecho de Daños*, 3era Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2009, pp.19 y 20.

17 Kemelmajer de Carlucci, A.: "El derecho de la responsabilidad civil y los nuevos paradigmas en el Código Civil y Comercial argentino: prevención, precaución y represión" en *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, Año 21, N°. Extra 3, 2019, p. 167.

constitucionalización. El enfoque cada vez más marcado de la socialización del derecho y la colocación de la víctima del daño en un primer plano colocan a la función preventiva como finalidad primaria del derecho de la responsabilidad civil que recrea la máxima de "prevenir antes que curar".

III.1 LA OBLIGATORIA OBSERVANCIA DE LA FUNCIÓN PREVENTIVA ANTE LA APARICIÓN DE LOS RIESGOS DEL DESARROLLO.

La función preventiva en el derecho de la responsabilidad civil se puede asociar a la imposición por el ordenamiento jurídico de la observancia de determinadas obligaciones y deberes de cuidado ante la realización de una actividad determinada. Obedece a la idea de incentivar unos com portamientos y desincentivar otros.

Al respecto sostiene Llamas Pombo[18] que la función preventiva va dirigida a evitar o minimizar los costes de los accidentes mediante el incentivo de comportamientos eficientes precavidos. Así se dice que deberá compensar quien no fue precavido (o sea, una suerte de prevención general) y que por ello decidirá serlo en el futuro (es decir la prevención especial), la disuasión de los comportamientos viene del establecimiento de una indemnización tal que a la víctima le hubiera resultado indiferente sufrir el daño y cobrar la indemnización que no sufrir aquel ni cobrara esta (compensación perfecta).

Tal es así que, el carácter multifuncional del derecho de la responsabilidad civil reserva a la función preventiva el catalizador ante la tensión existente entre los costos de precaución frente a los costos de indemnización perfilados en la formula de Hand o el conocido concepto económico de la negligencia. Y es precisamente desde la función económica del derecho de daños que muchas veces ha sido explicada la función preventiva del derecho de la responsabilidad civil.

En tal sentido afirma el citado autor Llamas Pombo[19] que el principio de *alterum non laedere* preside el derecho de daños pero no necesariamente debe traducirse solo como el que causa un daño debe repararlo, sino también como el que teme un daño tiene derecho a exigir la adopción de medidas que lo eviten.

Es así que la prevención debe ser apoyada de normas de primer orden que potencien e internalicen la función preventiva en equilibrio con la función resarcitoria, porque sin el deber de reparar nadie encontrara necesario prevenir. Similar destino le aguarda a la prevención, si el costo de prevenir fuera mayor que el costo de indemnizar.

18 Llamas Pombo, E.: *Las formas de prevenir… op.cit.*, pp.57 y 58.

19 Ídem., p. 28.

El razonamiento de la prevención es adecuar medios y fines lo que se deba prevenir debe ser con el fin de evitar un daño, por lo que no deberá resultar oneroso ni dañar ni prevenir.

Ahora bien, ¿cómo se comporta la función preventiva en los llamados riesgos del desarrollo?

La prevención debe observarse como un principio-función integrado a los elementos de la responsabilidad civil, en modo tal que no puede analizarse un fenómeno jurídico como los riesgos del desarrollo sin entrar a considerar el rol de la función preventiva y precautoria en la consecución del daño concreto.

Si bien la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la unión europea tienen un sistema de responsabilidad cerrado contemplándolos como causal de exoneración de responsabilidad, con determinadas excepciones[20], esto no es óbice para inobservar el deber de prevención[21]. En tanto la no prevención del daño cuando dependa del causante hacerlo, configura la antijuricidad del hecho causante del daño, porque él no prevenir vulnera el deber de no dañar.

La exoneración de responsabilidad lleva aparejado necesariamente la obligación de prevenir por quien se encuentra en mejor posición de hacerlo y el incumplimiento de esta obligación pone en jaque la superabilidad del estado de los conocimientos científicos y técnicos y por tanto puede excluir la exoneración de responsabilidad *ex lege*. Dado que no se entenderá cumplido el requisito relativo a que el defecto no fuera conocido ni susceptible de ser conocido por el productor, en tanto para invocar la excepción no puede ser aplicado el criterio de la cognoscibilidad del defecto. Considerarlo de otro modo, sería promover una conducta anti-prevención, en tanto si no existe el deber de reparar de manera incólume, no tendrá sentido prevenir en ningún caso.

En tal sentido la Directiva 2001/95 CE del Parlamento Europeo relativa a la seguridad general de los productos, resalta el rol de la prevención y la precaución

20 *Vid. Supra.* II. Los riesgos del desarrollo ante la responsabilidad civil. un bosquejo al panorama actual.

21 Al respecto el Código Civil y Comercial argentino estipula en su sección 2da. Función preventiva y punición excesiva.
Artículo 1710. Deber de prevención del daño.
Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:
a) evitar causar un daño no justificado;
b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
c) no agravar el daño, si ya se produjo.
Artículo 1711. Acción preventiva
La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

al despuntar en su considerando dieciocho y diecinueve [22] la necesidad de imponer además de la obligación general de seguridad la necesaria prevención de los riesgos que puede amenazar a los consumidores. Cuestión esta, que a nuestro juicio, debiera entenderse implícita en la obligación general de seguridad en tanto la prevención constituye un principio - función integrativo.

La directiva, quizás no le otorga el papel preponderante y presente que tiene la prevención toda vez que en su anexo I se limita a exigir taxativamente los requisitos relativos a la información sobre productos no conformes y a la obligación general de seguridad que han de proporcionar los productores y los distribuidores a las autoridades competentes , de tal modo que hace un análisis de las conductas ante la no conformidad de los productos que pueden o no generar un daño y no se ocupa de observar e atribuir una conducta preventiva que necesariamente deben seguir los productores o fabricantes[23].

Tampoco parece ofrecer gran importancia a la inclusión de la prevención dentro de la consideración de productos seguros [24] , más allá del seguimiento de

22 Directiva 2001/95 CE del Parlamento Europeo relativa a la seguridad general de los productos.
Considerando 18: Es conveniente imponer a los operadores económicos otras obligaciones además de la obligación general de seguridad, pues es necesario que intervengan para prevenir los riesgos que puedan amenazar a los consumidores en determinadas circunstancias.
Considerando 19: Entre las obligaciones adicionales de los productores, debe figurar la de adoptar medidas que, proporcionalmente a las características de los productos, les permitan obtener información sobre los riesgos que pueden presentar; suministrar a los consumidores una información que les permita evaluar y prevenir los riesgos; avisarles de los riesgos que presentan los productos peligrosos que ya les hayan sido suministrados; retirarlos del mercado y, como último recurso, recuperar estos productos en caso necesario, lo que puede acarrear, según las disposiciones aplicables en los Estados miembros, una forma adecuada de compensación, por ejemplo, el cambio de los mismos o el reembolso.

23 Anexo I de la Directiva 2001/95 CE del Parlamento Europeo relativa a la seguridad general de los productos.
Requisitos relativos a la información sobre productos no conformes a la obligación general de seguridad que han de proporcionar los productores y los distribuidores a las autoridades competentes:
1. La información prevista en el apartado 3 del artículo 5 o, en su caso, en disposiciones específicas de la normativa comunitaria relativa al producto de que se trate, se proporcionará a las autoridades competentes designadas a tal efecto en los Estados miembros en cuyo mercado estén o hayan sido puestos los productos o se hayan suministrado a los consumidores de cualquier otra forma.
2. La Comisión, asistida por el Comité previsto en el artículo 15, definirá el contenido y el formulario tipo de las notificaciones previstas en el presente anexo procurando garantizar la eficacia y el buen funcionamiento del sistema. Propondrá, en particular, si procede en forma de guía, criterios simples y claros para determinar las condiciones concretas, como las relativas a productos o circunstancias aislados, en las que no proceda la notificación en virtud del presente anexo.
3. En caso de riesgos graves, dicha información deberá contener, al menos:
a) detalles que permitan identificar con precisión el producto o lote de productos;
b) una descripción completa del riesgo que presentan los productos;
c) toda la información disponible que sea útil para localizar el producto;
d) una descripción de la actuación emprendida con el fin de prevenir los riesgos para los consumidores.

24 El Articulo 3 de la directiva 2001/95 CE del Parlamento Europeo relativa a la seguridad general de los productos.
Los productores tienen la obligación de poner en el mercado únicamente productos seguros:
3. En circunstancias distintas de las mencionadas en el apartado 2, se evaluará la conformidad de un producto con la obligación general de seguridad teniendo especialmente en cuenta los elementos siguientes, cuando existan:
a) las normas nacionales no obligatorias que sean transposición de las normas europeas pertinentes distintas de las mencionadas en el apartado 2;
b) las normas establecidas en el Estado miembro en el que el producto se comercialice;
c) las recomendaciones de la Comisión que establezcan directrices sobre la evaluación de la seguridad de los productos;

determinadas normativas de sectores que en no pocos casos terminan autorizando la exención de la responsabilidad ante la aparición de los riesgos del desarrollo.

La prevención es un punto preponderante y así debe ser considerado en tanto no existe el derecho a dañar, ni es legítima la figura del dañador pagador[25] que si existía en el derecho romano[26], lo que si existe es la obligación de no causar daño a otro y en sentido inverso, ese derecho del otro a no ser perjudicado.

El desplazamiento que se ha producido en los últimos tiempos ha redireccionado el enfoque del derecho de la responsabilidad en la victima que avala antes a la prevención que al resarcimiento que en si mismo implica el fracaso de la función preventiva.

La ausencia de prevención además atenta contra la garantía de conformidad de los productos lanzados al mercado que debe garantizar el productor, porque como afirma determinado sector de la doctrina[27] el empresario no puede desentenderse de la evolución posterior del estado de los conocimientos: tiene deberes objetivos de vigilancia y, consecuentemente, ha de invertir en investigación y desarrollo lo suficiente para que su comportamiento no pueda ser considerado, en sede de responsabilidad por culpa, como una infracción de sus deberes de cuidado y prevención del daño.

Cuestión a la que remite la aplicación del régimen de responsabilidad general, en tanto la no prevención supera la aplicabilidad de la excepción y por consiguiente cae el régimen especial de exención de responsabilidad *ex lege*, por entrar dentro del rango del concomimiento que el productor no tenía pero hubiese podido tener de haber adoptado medidas preventivas.

d) los códigos de buena conducta en materia de seguridad de los productos que estén en vigor en el sector;
e) el estado actual de los conocimientos y de la técnica;
f) la seguridad que pueden esperar razonablemente los consumidores.
4. La conformidad de un producto con los criterios destinados a garantizar la obligación general de seguridad, en particular con las normas mencionadas en los apartados 2 y 3, no impedirá que las autoridades competentes de los Estados miembros puedan adoptar las medidas oportunas para restringir la puesta en el mercado de un producto o exigir su retirada del mercado o su recuperación si, a pesar de dicha conformidad, resultara peligroso.

25 Al respecto *vid.* Mezzetti, L., Martelli A.: "L'applicazione del principio "chi inquina paga" alla luce della normativa e della giurisprudenza in materia di bonifica di siti contaminati", in AA. VV.: *Tutela dell'Ambiente e principio "chi inquina paga"* (a cura di G. Moschella e A. M. Citrigno), Giuffrè, Milano, 2014, p. 369.

26 *Cfr.* Ihering, R. V.: El *espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Versión española con la traducción de Príncipe y Satorres, E., 2da edición, Editorial Comares, Granada, 2011.

27 AA.VV, "Los riesgos de desarrollo". Ministerio de Sanidad y Consumo. Consejo General del Poder Judicial, *InDret 1/2001* en www.indret.com, Madrid, 2001, pp.26-28.

IV. EL ROL DE LA FUNCIÓN PRECAUTORIA ANTE LOS RIESGOS DEL DESARROLLO.

El principio de precaución se recoge en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[28] el cual resulta un enfoque sobre la gestión del riesgo, según el cual en caso de que una acción o una política pudiera causar daño a las personas o al medio ambiente y no existiera consenso científico al respecto dicha política u acción debería abandonarse.

Ahora bien, ante la falta de definición del principio precautorio en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que solo lo menciona con un enfoque dirigido exclusivamente al medio ambiente, nace en febrero del 2000 una Comunicación de la Comisión[29], en lo adelante la Comunicación, que define los contornos y aplicación del principio, y reconoce que su ámbito de aplicación es mucho más vasto, especialmente cuando la evaluación científica preliminar objetiva indica que hay motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal puedan ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido para la Comunidad Europea.

Sobre el principio de precaución sostiene Llamas Pombo[30] que en los supuestos de peligro de daño grave e irreversibles , la ausencia de información o certeza científica no puede utilizarse como excusa o fundamento para posponer la

28 Artículo 191 (antiguo artículo 174 TCE) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
1. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos:
— la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente,
—la protección de la salud de las personas,
— la utilización prudente y racional de los recursos naturales,
— el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente. y en particular a luchar contra el cambio climático.
2. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga.
En este contexto, las medidas de armonización necesarias para responder a exigencias de la protección del medio ambiente incluirán, en los casos apropiados, una cláusula de salvaguardia que autorice a los Estados miembros a adoptar, por motivos medioambientales no económicos, medidas provisionales sometidas a un procedimiento de control de la Unión
3. En la elaboración de su política en el área del medio ambiente, la Unión tendrá en cuenta:
— los datos científicos y técnicos disponibles,
— las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Unión,
— las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción,
— el desarrollo económico y social de la Unión en su conjunto y el desarrollo equilibrado de sus regiones.
4. En el marco de sus respectivas competencias, la Unión y los Estados miembros cooperarán con los terceros países y las organizaciones internacionales competentes. Las modalidades de la cooperación de la Unión podrán ser objeto de acuerdos entre ésta y las terceras partes interesadas. El párrafo precedente se entenderá sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para negociar en las instituciones internacionales y para concluir acuerdos internacionales.

29 Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución del 2 de febrero del 2000 en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52000DC0001.

30 Ídem., p. 89.

adopción de medidas eficaces, trasparentes y proporcionadas a un coste razonable para impedir la degradación del medio ambiente.

Ahora bien, qué requisitos deben cumplirse para invocar el recurso al principio de precaución.

Ante la búsqueda adecuada de un equilibrio entre la libertad y los derechos de los individuos, de la industria y de las empresas, y la necesidad de reducir el riesgo de efectos adversos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal, la comisión identifica 3 factores que desencadenan el recurso al principio precautorio, a saber: La identificación de los efectos potencialmente peligrosos que se derivan de un fenómeno, de un producto o de un proceso; Una evaluación científica de los riesgos que, debido a la insuficiencia de los datos, a su carácter no concluyente o a su imprecisión, no permite determinar con una certeza suficiente el riesgo en cuestión (incertidumbre científica[31]).

De esta forma ante la existencia de tales requisitos, prevé la comunicación el desencadenamiento de diversas medidas derivadas del recurso al principio que se concretan en la decisión de actuar o de no actuar.

La elección de la respuesta que debe darse en determinada situación es una decisión política, que está en función del nivel de riesgo "aceptable" para la sociedad que debe soportarlo. Las medidas que se adopten en cualquier caso deben estar sometidas a un control jurisdiccional toda vez que solo podrá invocarse en caso de riesgo potencial y en ningún caso podrá utilizarse como resorte para justificar la toma de una decisión arbitraria.

Ahora bien, al no existir un listado números clausus sobre las posibles medidas a adoptar la comunicación si establece taxativamente una serie de principios que deben observar esas medidas y son:

La Proporcionalidad, en tanto las medidas deberán ser ajustadas al nivel de protección elegido.

La no discriminación en la adopción de las medidas.

La coherencia, dado que deben ser medidas similares ya adoptadas en circunstancias parecidas o utilizando planteamientos similares.

Las medidas adoptadas presuponen el análisis de las ventajas y los inconvenientes que se derivan de la acción o la falta de acción. Análisis que debería incluir un

31 Sobre el tema *vid.* Vivani, C.: "Principio di precauzione e conoscenza scientifica", *Giurisprudenza italiana*, 2015, 11, p. 2474.

enfoque económico de coste/beneficios cuando sea conveniente y realizable. No obstante, pueden tenerse en cuenta otros métodos de análisis, como los que se refieren a la eficacia y al impacto socioeconómico de las opciones posibles. Sin perjuicio que, en algunas circunstancias, el responsable de las decisiones puede guiarse por consideraciones no económicas, como la protección de la salud y estudio de la evolución científica.

Sin embargo, las medidas que puedan ser adoptadas aunque tengan un carácter provisional, deben mantenerse mientras los datos científicos sigan siendo incompletos, imprecisos o no concluyentes, y se considere que el riesgo es lo suficientemente importante para no aceptar que la sociedad lo asuma. Su mantenimiento depende de la evolución de los conocimientos científicos, a cuya luz deben volver a evaluarse, lo que implica que las investigaciones científicas deberán proseguir para obtener datos más completos. Por lo que deben estar sometidas a constantes revisiones y, si fuere necesario, modificadas en función de los resultados de la investigación científica y del seguimiento de su impacto.

Ahora bien, respecto a la probanza de los requisitos para invocar el recurso al principio precautorio se invierte la carga de la prueba, en tanto se puede exigir que sea el productor, el fabricante o el importador quienes demuestren la ausencia del peligro[32], lo cual alivia la posibilidad real de requerir la adopción de determinadas medidas con sustento en la función precautoria.

Ahora bien, qué impacto tiene el principio-función precautorio del derecho de la responsabilidad civil en las cuestiones derivadas de los riesgos del desarrollo.

En las cuestiones de los riesgos del desarrollo la función precautoria, a juicio de la autora, conlleva a que se pueda exigir la responsabilidad civil e incluso penal ante

32 Algunos ejemplos en los que la Unión Europea (UE) ha aplicado el principio de precaución:
-Reglamento (CE) No. 1907/2006 relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos; denominado REACH y la legislación alimentaria general
Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación
3. El presente Reglamento se basa en el principio de que corresponde a los fabricantes, importadores y usuarios intermedios garantizar que solo fabrican, comercializan o usan sustancias que no afectan negativamente a la salud humana o al medio ambiente. Lo dispuesto en él se basa en el principio de precaución.
-Reglamento (CE) No. 178/2002 del 28 de enero de 2002 por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria.
Artículo 7 Principio de cautela
1. En circunstancias específicas, cuando, tras haber evaluado la información disponible, se observe la posibilidad de que haya efectos nocivos para la salud, pero siga existiendo incertidumbre científica, podrán adoptarse medidas provisionales de gestión del riesgo para asegurar el nivel elevado de protección de la salud por el que ha optado la Comunidad, en espera de disponer de información científica adicional que permita una determinación del riesgo más exhaustiva.
2. Las medidas adoptadas con arreglo al apartado 1 serán proporcionadas y no restringirán el comercio más de lo requerido para alcanzar el nivel elevado de protección de la salud por el que ha optado la Comunidad, teniendo en cuenta la viabilidad técnica y económica y otros factores considerados legítimos para el problema en cuestión. Estas medidas serán revisadas en un plazo de tiempo razonable, en función de la naturaleza del riesgo observado para la vida o la salud y del tipo de información científica necesaria para aclarar la incertidumbre y llevar a cabo una determinación del riesgo más exhaustiva.

la inobservancia de la existencia de los presupuestos que establece la Comunicación para instar el recurso al principio precautorio o ante la indebida postergación en la adopción de medidas eficaces para evitar la producción del daño que siempre será deficitario para todos. De manera tal que la acción omitida de precaver a tono con la letra de la Comunicación desaplica *ipso facto* la excepción por riesgos del desarrollo adoptada en la mayoría de las legislaciones de los estados miembros.

Este análisis pasa necesariamente por la responsabilidad subjetiva para aplicar o desaplicar la excepción de los riesgos del desarrollo, en modo tal que se vuelve vital la observancia de la conducta asumida por el productor a tono con el deber de precaver.

La función precautoria también tiene un carácter integrativo y deviene en expresión del concepto de diligencia, donde la falta de observancia configura la exigibilidad de responsabilidad civil a la vez que expande su ámbito de operatividad[33].

La posición de una legislación que tiene la eximente de responsabilidad frente a otra que no la tenga puede incentivar en mayor medida a la inobservancia del principio precautorio sobre todo en materia de costos, por lo cual la función precautoria y preventiva tienen un fin en sí mismo y es evitar el daño a tono con la letra del artículo 169 del TFUE.

Téngase en cuenta además que quien se puede dar cuenta de los errores futuros son las propias empresas productoras que luego serán eximidas de responsabilidad si no se logra demostrar que conocían de este nuevo riesgo.

De otro modo, los ordenamientos jurídicos que tiene contemplada la eximente de responsabilidad ante los riesgos del desarrollo no les resultara atractivo precaver e incluso sus costos de producción serán menores que en aquellos que si prevén la responsabilidad. Por tanto aun en los supuestos en que los ordenamientos efectivamente contemplen la excepción por riesgos en el desarrollo deberá resultar exigible la responsabilidad penal y/o civil ante la inobservancia de los deberes de prevención o precaución.

Análisis que se evaluara desde el grado de diligencia empleado que a su vez responderá a los criterios de imputabilidad que establezca el régimen general de responsabilidad y permitirá acreditar o no si realmente era superable el estado de los conocimientos científicos existentes.

33 Al respecto *cfr.* Ippoliti Martin, C.: "Il principio di precauzione come strumento di attuazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'agenda ONU 2030" en Actualidad Jurídica Iberoamericana N° *17, 2022, pp. 912-933.*

Comprensiblemente en un sistema donde no existe la excepción por riesgos en el desarrollo, al menos en lo que respecta al medio ambiente, la salud humana, animal o vegetal, invertirán más en prevención las empresas que aquellos sistemas que quedan eximidos. Es por eso que el diseño normativo debe promover la observancia al deber de reparar, donde los resultados expresados en costos de la inacción por no prevenir deben ser siempre inferiores a los costos de reparación.

Necesariamente para aplicar o desaplicar la excepción habrá que observar la conducta seguida por el causante del daño, y es muy difícil afrontarlo desde criterios estrictamente objetivos porque esencialmente se necesita evaluar la conducta asumida y mantenida por los productores una vez que son lanzazos los productos al mercado.

Por lo que para la sociedad de riesgo, tanto en una legislación que contenga la excepción como en otra que no la contenga, de frente a la función preventiva o precautoria no debería influir la magnitud de las inversiones realizadas en el intento de evitar la producción del daño, pero la exigibilidad de responsabilidad puede estimular, en mayor medida, a llevar a cabo mayores inversiones en investigación y desarrollo[34], independientemente del rol que indiscutiblemente juega la prevención de frente a la garantía de inocuidad.

V. CONCLUSIONES.

Primera: Los riesgos del desarrollo no constituyen una verdadera causal de exención de responsabilidad, lo cual permite la atribución de esta en aquellos ordenamientos jurídicos que no tienen un pronunciamiento expreso sobre esta excepción, al estar presentes todos los elementos que configuran la responsabilidad civil. Igualmente, se trata de una institución que constituye una cuestión de política-legislativa más que de técnica jurídica propiamente, por lo que cada ordenamiento jurídico puede responder de manera distinta ante la aparición de estos riesgos.

Segunda: La prevención debe ser considerada desde su perfil necesariamente integrativo, donde su inobservancia va en detrimento de la garantía de conformidad e inocuidad de los productos que se lanzan al mercado.

Tercera: La configuración de los riesgos del desarrollo como eximente de responsabilidad no autoriza a inobservar el deber de prevención. La exoneración de responsabilidad lleva aparejado necesariamente la obligación de prevenir cuando dependa y se encuentre el causante del daño en mejor posición de hacerlo dado que el incumplimiento de esta obligación pone en jaque la superabilidad del estado de los conocimientos científicos y técnicos y puede excluir la exoneración

34 Coderch, P.S. y Solé Feliu, J.: *Brujos y Aprendices… op. cit.,* pp.67 y 68.

de responsabilidad *ex lege*, al no cumplirse el requisito relativo a que el defecto no fuera conocido ni susceptible de ser conocido por el productor.

Cuarta: La función precautoria de frente a las cuestiones de los riesgos del desarrollo podrá conducir a la exigibilidad de responsabilidad civil e incluso penal ante la inobservancia de la existencia de los presupuestos que establece la Comunicación para instar el recurso al principio precautorio o ante la indebida postergación en la adopción de medidas eficaces para evitar la producción del daño. De manera tal que, la omisión de precaver desaplica *ipso facto* la excepción por riesgos del desarrollo, a tono con la letra de la Comunicación.

Quinta: La inobservancia de la función preventiva y/o precautoria debe ser evaluada desde el actuar diligente de quien se encontraba en mejor posición de hacerlo y los criterios de imputabilidad aplicables serán los que dicte el régimen de responsabilidad general del ordenamiento jurídico que conozca del conflicto.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes Doctrinales:

AA.VV, "Los riesgos de desarrollo". Ministerio de Sanidad y Consumo. Consejo General del Poder Judicial, *InDret 1/2001* en www.indret.com, Madrid, 2001.

Beck, U.: *Risikogesellschaft Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Editorial Suhrkamp, Frankfurt, 1986.

Beltrán Pacheco, J.A.: "Estudios de la relación causal en la responsabilidad civil" en *Asociación Civil Derecho y Sociedad*, https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16891, No.23, 2004.

Coderch, P. S. y Rubí Puig, A.: "Excepción por riesgos de desarrollo" en Coderch, P. S. y Gómez Pomar, F. (editores), *Tratado de Responsabilidad Civil del Fabricante*, Editorial Aranzandi S.A, Navarra, 2008.

Concepción Rodríguez, J.L.: *Derecho de Daños*, 3era Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.

Diez Picazo, L.: *Derecho de Daños*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

Fuentes Guiñez, R.: "Las teorías tradicionales sobre la causalidad" en *Revista de Derecho y Ciencias Penales No. 14*, Universidad de San Sebastián, Chile, 2010.

Giardina, F.: "La responsabilità civile del produttore di alimenti", in AA. VV.: *Regole dell'agricoltura regole del cibo* (a cura di M. Goldoni e E. Sirsi), Il Campano, Pisa, 2005.

Goldenberg, I. H. y López Cabana, R. M.: "Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos", *JA* 1990-I.

Ihering, R. V.: El e*spíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Versión española con la traducción de Príncipe y Satorres, E., 2da edición, Editorial Comares, Granada, 2011.

Ippoliti Martin, C.: "Il principio di precauzione come strumento di attuazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'agenda ONU 2030" en Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17, 2022.

Kemelmajer de Carlucci, A.: "El derecho de la responsabilidad civil y los nuevos paradigmas en el Código Civil y Comercial argentino: prevención, precaución

y represión" en *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, Año 21, Nº. Extra 3, 2019.

Llamas Pombo, E.: *Las formas de prevenir y reparar el daño*, Wolter Kluwer, Madrid, julio del 2020.

Mezzetti, L., Martelli A.: "L'applicazione del principio "chi inquina paga" alla luce della normativa e della giurisprudenza in materia di bonifica di siti contaminati", in AA. VV.: *Tutela dell'Ambiente e principio "chi inquina paga"* (a cura di G. Moschella e A. M. Citrigno), Giuffrè, Milano, 2014.

Navarro Mendizábal, I. A. y Veiga Copo, A. B.: *Derecho de Daños*, Editorial Thomson Reuters, Navarra, 2013, p. 200.

Reich, N.: "Product Safety and Product Liability - An Analysis of the EEC Council Directive of 25 July 1985 on the Approximation provisions of the Member States Concerning Liability for Defective Products", en *Journal of Consumer Policy*, 1986, No. 9.

Rodríguez Alfaro, C. P.: Análisis Económico de los Riesgos del Desarrollo. Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía 21ª Conferencia Anual sobre Derecho y Economía en https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alacde2017/papers/27-Analisis-Economico-Riesgos-Desarrollo.pdf, consultado 25 de agosto del 2022.

Roselló Manzano, R.: "Responsabilidad Contractual "en Derecho de Contratos. Tomo II Contratos en especie y responsabilidad contractual Parte 2, Ojeda Rodríguez, N. de la C. (coordinadora), Editorial Félix Varela, La Habana, 2016.

Solé Feliu, J.: *Brujos y Aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1999.

Uribe García, S.: "La responsabilidad por riesgo". *Ratio Juris UNAULA*, *1*(1) en https://doi.org/10.24142/raju.v1n1a2 , 2017.

Vadillo Robredo, G.: "Notas a los riesgos del desarrollo o el estado de la ciencia en la responsabilidad civil por productos defectuosos", en *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, Volumen 46 No.1 https://doi.org/10.18543/ed-46(1)-1998pp227-283, consultado 7 de septiembre del 2022.

Vivani, C.: "Principio di precauzione e conoscenza scientifica", *Giurisprudenza italiana*, 2015.

VERSO UNA DISCIPLINA CONSUMERISTICA "SOSTENIBILE" DEL SETTORE AUTOMOTIVE?

TOWARDS A "SUSTAINABLE" CONSUMER REGULATION OF THE AUTOMOTIVE SECTOR?

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 108-147

Emanuele
TUCCARI

ARTICOLO CONSEGNATO: 11 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Lo studio delle dichiarazioni di sostenibilità nel settore automotive e dell'esemplare vicenda del "Dieselgate" induce a prender in considerazione, dapprima, le diverse soluzioni prospettate dalla giurisprudenza nell'ordinamento statunitense, tedesco ed italiano e, successivamente, l'evoluzione della disciplina consumeristica di matrice eurounitaria. Si rintracciano così dei margini – nonostante diversi profili rimediali ancor oggi incerti e parzialmente da rivedere – per una rilettura della normativa del settore automotive nel prisma della "sostenibilità".

PAROLE CHIAVE: Diritto dei consumatori, sostenibilità, Dieselgate, automotive, pratiche commerciali sleali, direttiva sulla vendita dei beni di consumo.

ABSTRACT: *The study of sustainability declarations in the automotive sector and of the exemplary case of "Dieselgate" suggests to consider, firstly, the different solutions put forward by case law in the US, German and Italian legal systems and, subsequently, the evolution of the European consumer law. In this way, it is possible to propose – notwithstanding various remedies that are still uncertain and partially to be reviewed – a new interpretation of the automotive sector regulations in the prism of "sustainability".*

KEY WORDS: *Consumer law, sustainability, Dieselgate, automotive, unfair business-to-consumer commercial practices, directive on sale of goods.*

SOMMARIO.- I. DAL PROBLEMA PIÙ GENERALE…- II. …ALL'ESEMPLARE VICENDA DEL "DIESELGATE".- 1. Le stesse fattispecie.- 2. Le diverse soluzioni nazionali.- A) *La soluzione statunitense.- B) La soluzione tedesca.- C) La soluzione italiana*.- III. LA DISCIPLINA "LINEARMENTE PROBLEMATICA" DELLE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI.- 1. Una "lineare" qualificazione.- 2. Un apparato rimediale "problematico".- IV. OLTRE LA DISCIPLINA DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE: VERSO UNA RILETTURA "SOSTENIBILE" DELLA NORMATIVA DELLA FORNITURA DI BENI DI CONSUMO.- V. POSSIBILI PROSPETTIVE E NOTAZIONI CONCLUSIVE.

I. DAL PROBLEMA PIÙ GENERALE…

L'odierna evoluzione verso un ordinamento "multilivello" diretto a promuovere uno "sviluppo sostenibile" è generalmente dimostrata da una serie d'importanti testi di "soft law" sovranazionale (si pensi, *inter alios*, alla c.d. "Stockholm declaration"[1], al c.d. "Rapporto Brundtland"[2], alla c.d. "Rio Declaration"[3] e alla c.d. "Agenda

1 La Conferenza di Stoccolma (16 giugno 1972) – che sancisce un vero e proprio obbligo in capo agli Stati d'intraprendere ogni azione possibile per la protezione dell'ambiente e per la prevenzione dell'inquinamento – si conclude con la redazione di un "Piano d'azione" (costituito da 109 raccomandazioni) e, per l'appunto, di una "Dichiarazione di principi". Tale Dichiarazione delle Nazioni Unite, recante 26 principi su diritti e responsabilità dell'uomo in relazione all'ambiente, individua l'obiettivo fondamentale del genere umano, a fronte della limitatezza delle risorse naturali, nella conservazione durevole degli equilibri ambientali, anche nell'interesse delle generazioni future. Per la prima volta, seppur in un documento di "soft law" (e, come tale, privo di efficacia vincolante), la tutela dell'ambiente diviene così parte integrante (e, in un certo senso, limite) del nuovo modo di intendere lo sviluppo.
I testi della *Stockholm Declaration on the Human Environment* e dell'*Action Plan* (nonché di tutti gli altri documenti relativi alla Conferenza di Stoccolma) sono liberamente disponibili *online* sul sito ufficiale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite: *https://www.un.org/en/conferences/environment/stockholm1972*. Per un primo commento della *Stockholm Declaration*, cfr. Sohn, L.B.: "The Stockholm Declaration on the the Human Environment", *Harvard Intern. Law*, 1973, p. 423. Nella nostra letteratura, cfr. Pineschi, L.: "Tutela dell'ambiente e assistenza allo sviluppo: dalla Conferenza di Stoccolma (1972) alla Conferenza di Rio (1992)", *Riv. giur. amb.*, 1994, pp. 493 ss.; Cataldi, G.: voce "Ambiente (tutela dell'), II) Diritto della Comunità Europea", in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 2002, pp. 1 ss.

2 Il c.d. "Rapporto Brundtland", dal nome della presidente (Gro Harlem Brundtland) della *World Commission on Environment and Development* (WCED), è stato trasfuso nel documento "Our common future" (elaborato sempre dalla Commissione Mondiale dell'ONU su Ambiente e Sviluppo; v. WCED: *Our Common Future*, Oxford University Press, Oxford, 1987). Il Rapporto contiene la prima (e forse più nota) definizione di "sviluppo sostenibile": "Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs". Nell'ambito del "Rapporto Brundtland", la protezione dell'ambiente non viene più considerata un vincolo allo sviluppo, ma una condizione necessaria nell'ottica di una crescita duratura: lo sviluppo sostenibile – di cui vengono fornite, in verità, non soltanto una ma diverse definizioni – assume così, per la prima volta, una dimensione realmente poliedrica.

3 La c.d. "Rio Declaration" (cioè la "Rio Declaration on Environment and Development") è adottata, per l'appunto, in occasione della Conferenza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo, svoltasi a Rio de Janeiro nel giugno del 1992. Questa Dichiarazione, a differenza del c.d. "Rapporto Brundtland", non contiene nessuna definizione dello sviluppo sostenibile, ma tratteggia un articolato quadro di principi che devono guidare l'azione futura: lo sviluppo sostenibile deve, in particolare, mantenere costante il patrimonio naturale rinnovabile ed utilizzare in modo prudente quello non rinnovabile. Nell'ambito della medesima Conferenza di Rio, si approva anche il documento per la sostenibilità a livello locale (c.d. "Agenda 21"), che, annesso alla suddetta Dichiarazione, si propone di operare verso lo sviluppo sostenibile attraverso un nuovo approccio che suggerisce di affrontare i problemi ambientali non più soltanto in una dimensione globale e planetaria, ma anche in ambito locale e territoriale (avvalendosi, fra l'altro, della partecipazione e della cooperazione delle autorità e delle comunità locali;

• Emanuele Tuccari
Ricercatore presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali. dell'Università di Pavia
emanuele.tuccari@unipv.it

2030'"[4]), di diritto internazionale (come accordi e convenzioni)[5] ed eurounitario (a partire dall'art. 3, paragrafi 3 e 5, e dall'art. 21, lett. d) e f), del Trattato dell'Unione Europea[6] e dall'art. 11 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea)[7]

c.d. "sviluppo partecipato e condiviso"). Tutti i documenti approvati nell'ambito della Conferenza di Rio (compresi chiaramente, fra gli altri, la "Rio Declaration" e la "Agenda 21") sono reperibili *online* sul sito ufficiale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite: *https://www.un.org/en/conferences/environment/rio1992*. Per un primo commento della Conferenza di Rio, cfr., *ex multis*, Lanzinger, G.: "Rio de Janeiro: per un nuovo diritto dell'ambiente", *Democrazia e diritto*, 1992, pp. 207 ss.; Marchisio, S.: "Gli atti di Rio de Janeiro nel diritto internazionale", *Riv. dir. int.*, 1992, pp. 581 ss.; Treves, T.: "Il diritto dell'ambiente a Rio e dopo Rio", *Riv. giur. amb.*, 1993, pp. 577 ss.; Chiummariello, M.: "L'Europa e Rio. Riflessi della Conferenza di Rio sull'Europa", *Dir. ec.*, 1993, pp. 83 ss.; Politi, M.: "Tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile: profili e prospettive di evoluzione del diritto internazionale alla luce della Conferenza di Rio del Janeiro", in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Cedam, Padova, 1995, pp. 449 ss.

4 La c.d. "Agenda 2030" ("Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development") – adottata con una risoluzione dell'Assemblea Generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015 a New York – individua diciassette obiettivi di sostenibilità (Sustainable Development Goals, SDG) che gli Stati s'impegnano a raggiungere nei quindici anni successivi (2015-2030). Il testo del documento ufficiale è anch'esso reperibile *online* sul sito dell'ONU: *https://sdgs.un.org/2030agenda*. Per un primo commento, cfr., *ex multis*, Lenzi, I. - Pais, I. - Zucca, A.: *Un patto globale per lo sviluppo sostenibile: processi e attori nell'agenda 2030*, FEEM Press, Milano, 2015, pp. 67 ss.; Chiussi, L.: "The UN 2030 Agenda on Sustainable Development: Talking the Talk, Walking the Walk?", *Com. int.*, 2016, pp. 49 ss.; Memoli, R.: "Cultura, Mutamento e Sviluppo nell'Agenda ONU 2030 per lo sviluppo sostenibile", *Culture e Studi del Sociale*, 2020, pp. 7 ss.; Aa.Vv., *The Palgrave Handbook of Development Cooperation for Achieving the 2030 Agenda* (a cura di S. Chaturvedi, H. Janus, S. Klingebiel, L. Xiaoyun, A. de Mello e Souza, E. Sidiropoulos, D. Wehrmann), Palgrave Macmillan, Cham, 2021; per una recente raccolta di scritti anche sull'argomento (specie di diritto comparato) cfr. Aa.Vv., *Sostenibilità globale e cultura giuridiche comparate* (a cura di S. Lanni), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 3 ss., spec. 193 ss. Può risultar interessante pure la consultazione del *report* "Financing the Joint Implementation of Agenda 2030 and the European Green Deal" (2022), elaborato dal Sustainable Development Solutions Network e oggi reperibile *online*: *https://egd-report.unsdsn.org/?_gl=1*1btinlw*_ga*MTI4NzM2MTc3LjE2NzU3MDE1OTk.*_ga_S0FTLYCY58*MTY3NTcwMTU5OC4xLjAuMTY3NTcwMTU5OC4wLjAuMA*.

5 Per alcuni riferimenti allo "sviluppo sostenibile" nell'ambito di accordi e convenzioni e per una sintesi del diritto internazionale dell'ambiente, cfr., *ex multis*, Voigt, C.: *Sustainable Development as a Principle of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2008, pp. 11 ss.; Pozzo, B.: voce "Tutela dell'ambiente (diritto internazionale)", in *Enc. dir.*, *Ann.*, III, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 1158 ss.; Marchisio, S.: "Il diritto internazionale dell'ambiente", in Cordini, G. - Fois, P.E.M. - Marchisio, S.: *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, 3ª ed., Giappichelli, Torino, 2017, pp. 1 ss.

6 Si riporta l'attuale testo (con i riferimenti allo "sviluppo sostenibile" in corsivo) dell'art. 3, paragrafi 3 e 5, e poi dell'art. 21, paragrafo 2, lett. d) e f) del Trattato sull'Unione Europea (TUE): "(3) L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo *sviluppo sostenibile dell'Europa*, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico. L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri. Essa rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo"; "(5) Nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo *sviluppo sostenibile della Terra*, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite"; "(2) L'Unione definisce e attua politiche comuni e azioni e opera per assicurare un elevato livello di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali al fine di: […] d) *favorire lo sviluppo sostenibile* dei paesi in via di sviluppo sul piano economico, sociale e ambientale, con l'obiettivo primo di eliminare la povertà; […] f) contribuire all'elaborazione di misure internazionali volte a preservare e migliorare la qualità dell'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali, al fine di *assicurare lo sviluppo sostenibile* […]".

7 Sembra opportuno richiamare (con il riferimento allo "sviluppo sostenibile" sempre in corsivo) anche l'art. 11 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europa (TFUE): "Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di *promuovere lo sviluppo sostenibile*". Per una panoramica, v., per tutti, Caterini, E.: "Sustainability and civil law", *Italian Law Journal*, 2018, pp. 289 ss., spec. 295. Le suddette disposizioni, contenute nei Trattati istitutivi dell'Unione Europea, sembrano rivolgersi al legislatore più che

nonché da rilevanti (e recenti) novità costituzionali nazionali (contenute, dopo l'approvazione della l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, rispettivamente nell'art. 9 e nell'art. 41 Cost.)[8]. Quest'evoluzione – rivolta ad assicurare, secondo la definizione forse più nota di "sviluppo sostenibile", il soddisfacimento dei bisogni del presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri[9] – sottolinea (a prescindere dalle diverse sfumature giustamente rilevate nel corso del tempo) l'esigenza di rendere compatibile sviluppo delle attività economiche e salvaguardia dell'ambiente, trovando un'interessante prospettiva di riflessione nell'analisi della disciplina (perfino contrattuale) del settore *automotiv*e.

L'analisi non può che muovere da una sintetica ricostruzione delle fondamentali problematiche derivanti dal ricorso ad attestazioni relative alla sostenibilità ambientale del bene compravenduto (solitamente documentate proprio

ai tribunali. Com'è stato giustamente rilevato, "le disposizioni ora richiamate, dunque, hanno il significato di orientare le azioni e le politiche dell'Unione, così da rilevare ed essere definibili, almeno in prima battuta, quali obblighi che i trattati impongono all'Unione Europea" (Imbruglia, D.: "Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori", *Pers. merc*., 2021, p. 500).

8 Dopo l'approvazione della legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, l'art. 9, c. 3 ("[…] *Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali*"), e l'art. 41, c. 2 e 3 ("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. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e *ambientali*"), della Costituzione fanno, come noto, espressamente riferimento alla tutela dell'ambiente nell'interesse delle future generazioni, all'impossibilità di svolgere l'iniziativa economica privata in modo da recare danno all'ambiente e alla necessità d'indirizzare e coordinare l'attività economica pubblica e privata a fini sociali e ambientali.
L'argomento è stato chiaramente molto trattato dalla dottrina giuspubblicistica (già prima della revisione costituzionale); cfr., *ex multis*, Rossi, G.: "L'evoluzione del diritto all'ambiente", *Riv. quadr. dir. amb*., 2015, pp. 75 ss.; Savioli, B.: "Ambiente e sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e ricadute interne", *Percorsi cost*., 2016, pp. 589 ss.; Grassi, S.: "Ambiente e Costituzione", *Riv. quadr. dir. amb*., 2017, pp. 4 ss.; De Leonardis, F.: "Ambiente e Costituzione economica", *Dir. ec*., 2019, III, p. 1 ss.; Esposito, G.M.: "Note minime sulla nozione giuridica di ambiente. Diritti soggettivi e poteri pubblici", *Teoria st. dir. priv*., 2019, p. 1 ss.; Colasante, P.: "La ricerca di una nozione giuridica di ambiente e la complessa individuazione del legislatore competente", *federalismi.it*, 2020, XX, pp. 123 ss.; Fracchia, F.: "Il principio dello sviluppo sostenibile", in Aa.Vv.: *Diritto dell'ambiente,* 5ª ed. (a cura di G. Rossi, aggiornamento a cura di A. Fari), Giappichelli, Torino, 2021, pp. 181 e ss.; e, più di recente, Cecchetti, M.: "La revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune", *Forum quad. cost.,* 2021, pp. 285 e ss.; Fracchia, F.: "L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in 'negativo'", *Dir. ec*., 2022, pp. 15 ss.; De Leonardis, F.: "La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma 'programma' dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura", *ApertaContrada,* 2022. Nella letteratura giusprivatistica, cfr., *ex multis*, Aa.Vv.: *Contratto e ambiente. L'analisi «ecologica» del diritto contrattuale* (a cura di M. Pennasilico), Esi, Napoli, 2016, pp. 7 ss.; Pennasilico, M.: "Contratto, ambiente e giustizia dello scambio nell'officina dell'interprete", *Pol. dir*., 2018, pp. 3 ss.; Alpa, G.: "Note sulla riforma della Costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali", *Contr. impr*., 2022, pp. 361 ss.; Sanfilippo, P.M.: "Tutela dell'ambiente e "assetti adeguati" dell'impresa: compliance, autonomia ed *enforcement*", *Riv. dir. civ*., 2022, pp. 993 ss.; Renna, Mar.: "Attività d'impresa, sostenibilità ambientale e bilanciamento tra diritto alla salute e iniziativa economica privata", *Contr. impr*., 2022, pp. 537 ss. Infine, per una riflessione di stampo sociologico, v. Altopiedi, R.: "Ambiente, giustizia e diritto", *Soc. dir*., 2020, pp. 95 ss.

9 Si tratta della definizione di "sviluppo sostenibile" contenuta nel suddetto "Rapporto Brundtland" (cfr., *supra*, nt. 2). In realtà, com'è già stato sottolineato, "la nozione di sviluppo sostenibile risultante dal Rapporto – ancorché indubbiamente innovativa – non era esente da critiche in quanto risentiva ancora di una visione antropocentrica" (Pellegrino, F.: *Sviluppo sostenibile dei trasporti marittimi comunitari*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 45). Si tratta però, ancor oggi, della formulazione forse più nota (seppur ormai affiancata anche da numerose altre) della nozione di "sviluppo sostenibile".

nell'ambito del "certificato di conformità" del veicolo)[10]. Se, per un verso, risulta ormai ampiamente dimostrato che ciascun consumatore è condizionato nella sua determinazione negoziale finale dal grado di responsabilità sociale ed ambientale dell'operatore professionale con cui interagisce, per un altro, emerge, infatti, altrettanto chiaramente l'ampio divario informativo fra gli operatori sulle reali caratteristiche del veicolo ed il ricorso, spesso soltanto strumentale, alle dichiarazioni relative alla sostenibilità[11]. Si tratta pertanto di vigilare sull'uso corretto delle suddette dichiarazioni così da stimolare, seppur indirettamente, la competitività tra le imprese anche sul fronte della sostenibilità senza permettere a nessuno, magari approfittando dell'asimmetria informativa fra gli operatori, di diffondere false attestazioni che finiscano per provocare, dapprima, una sfiducia generalizzata nell'attendibilità delle dichiarazioni stesse e, successivamente, una significativa diminuzione della propensione all'acquisto di veicoli ecosostenibili. Il rischio è che la diffusione di tali pratiche di c.d. "greenwashing" (che, presentando come ecosostenibili prodotti e attività, cercano di occultarne l'impatto ambientale negativo) – oltre a pregiudicare ogni aspirazione ad uno sviluppo sostenibile – finisca, a livello macroeconomico, per alterare anche il corretto funzionamento delle dinamiche concorrenziali[12].

10 Il c.d. "certificato di conformità auto" attesta la conformità di un veicolo comprato nell'Unione europea alle disposizioni dettate in materia di omologazione dei veicoli nell'ambito della direttiva 2007/46/CE (che istituisce un quadro generale per l'omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché dei sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli). Si mira così ad assicurare nell'intera Unione Europea il rispetto delle medesime regole ambientali, tecniche e di sicurezza.

11 Sul punto, cfr. Bertelli, F.: "«Dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore», conformità oggettiva e ed economia circolare", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, spec. pp. 226 ss. Per alcuni contributi che dimostrano la percezione da parte del consumatore del grado di responsabilità sociale e ambientale dell'operatore professionale, cfr., *ex multis*, Aa.Vv.: *Comunicazione, marketing* e *sostenibilità ambientale* (a cura di M. Tavella), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 1 ss.; Sethna, Z. - Blythe, J.: *Consumer behaviour*, 4ª ed., SAGE Publications, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, Melbourne, 2019, pp. 516 ss.; nonché "Behavioural Study on Consumers' Engagement in the Circular Economy" (redatto su incarico della Commissione Europea da LE Europe, VVA Europe, Ipsos, ConPolicy eTrinomics, 2018 e oggi facilmente reperibile *online*: *https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0779f275-f9d6-11e8-a96d-01aa75ed71a1/language-en*).
Si tratta di prospettive d'indagine in enorme espansione (alla luce proprio della volontà di approfondire gli attuali rapporti fra psicologia, sociologia, economia comportamentale e diritto dei consumatori). Per una prima analisi generale, v. Ahmetoglu, G. - Fried, S. - Dawes, J. - Furnham, A.: *Pricing Practices: Their Effects on Consumer Behaviour and Welfare*, Mountainview Learning, London, 2010 (reperibile sul sito *www.oft.gov.uk*); Zurawicki, L: *Neuromarketing: Exploring the Brain of the Consumer*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2010; Caterina, R.: "Modelli di razionalità e incompletezza del regolamento contrattuale", in Aa.Vv.: *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato* (a cura di G. Rojas Elgueta e N. Vardi), RomaTre-Press, Roma, 2014, pp. 47 ss.; Gueguen, N.: *Psicologia del consumatore*, Il Mulino, Bologna, 2016; Seminara, A.P.: "Libertà del consumatore e psicologia della pubblicità", *Contr. impr.*, 2020, pp. 493 ss.

12 Di recente, il fenomeno è stato così sinteticamente (ed efficacemente) tratteggiato: "La comunicazione aziendale sulla sostenibilità dei prodotti si pone al centro di un processo, per così dire, circolare: per un verso i consumatori si aspettano che le aziende producano beni compatibili con la tutela dell'ambiente così come dalle stesse dichiarato nella pubblicità commerciale e, per altro verso, le aziende spingono i consumatori verso l'acquisto di prodotti c.d. green servendosi, nel reclamizzare i loro beni, di asserzioni ambientali finalizzate alla creazione di un'immagine verde che, molto spesso, non corrisponde alla realtà. Da qui l'esigenza di tutelare i consumatori da claim green scorretti, generatori del c.d. greenwashing (letteralmente tinteggiatura verde), cioè asserzioni ambientali non veritiere o comunque non scientificamente verificabili, che implicano un'appropriazione indebita di virtù ambientaliste finalizzata alla creazione di una falsa 'immagine verde'" (Rumi, T.: "La tutela del consumatore dalle asserzioni ambientali ingannevoli", *Jus civile*, 2022, pp. 1408 ss., spec. 1410). Per alcune affascinanti riflessioni sui rapporti fra

Nell'intento d'iniziar a riflettere sulle problematiche – ricostruttive e rimediali – delle dichiarazioni di sostenibilità nel settore *automotiv*e sembra necessario considerare preliminarmente l'esemplare vicenda – divenuta ormai celebre (tanto presso gli studiosi quanto presso il grande pubblico) – del c.d. "Dieselgate"[13].

II. …ALL'ESEMPLARE VICENDA DEL "DIESELGATE".

Nell'ottica di considerare le principali problematiche relative alle dichiarazioni della sostenibilità nel settore *automotiv*e, sembra necessario pertanto richiamare le caratteristiche fondamentali (di fatto e di diritto) dello scandalo del c.d. "Dieselgate" (v., *infra*, §§ II, 1, 2, *A)*, *B)*, *C)*) prima di passare ad un'opportuna (ri) lettura sistematica della normativa consumeristica di matrice eurounitaria (v., *infra*, §§ III, 1, 2, IV, V).

Tale scandalo costituisce, infatti, una vicenda esemplare – seppure, com'è ovvio, non esaustiva[14] – delle suddette problematiche e fornisce, al contempo, una prospettiva d'indagine privilegiata per almeno due ordini di ragioni.

Il primo è dato dall'assoluta centralità del "Dieselgate" nel dibattito giuridico del settore *automotiv*e. Ciò deriva non soltanto dall'impatto, più che significativo, della vicenda sul mercato automobilistico (con il coinvolgimento di numerosissimi contratti di compravendita di autoveicoli), ma anche dall'apparente portata pressocché inesauribile dello scandalo – tale da configurarlo come una sorta di

produzione, consumo e sostenibilità nella prospettiva del diritto privato europeo (e non solo), cfr., *ex multis*, Micklitz, H. W.: "Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy", in *EuCML*, 2019, pp. 229 ss.; Hesselink, M.: "European Contract Law: A Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?", in *Eur. rev. priv. law*, 2007, pp. 323 ss. Per un inquadramento complessivo delle caratteristiche e delle problematiche delle dichiarazioni di sostenibilità e delle certificazioni ambientali, cfr. Bertelli, F.: *Le dichiarazioni di sostenibilità nella fornitura di beni di consumo*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 1 ss.; Benedetti, A.: "Le certificazioni ambientali", in Aa.Vv.: *Diritto dell'ambiente* (a cura di G. Rossi, aggiornamento a cura di A. Fari), Giappichelli, Torino, 2021, pp. 207 ss.

13 Per i principali profili problematici della vicenda si rinvia ai contributi (rivolti ad approfondire, da prospettive diverse, le differenti soluzioni nazionali allo scandalo e) contenuti in Aa.Vv.: *The Dieselgate. A Legal Perspective* (a cura di M. Frigessi di Rattalma), Springer, Berlin, 2017, pp. 3 ss. e in Aa.Vv.: *Enforcing Consumer and Capital Markets Law. The Diesel Emissions Scandal* (a cura di B. Gsell e M.J. Möllers), Intersentia, Cambridge, 2020, pp. 1 ss.

14 L'esemplarità della vicenda non esaurisce però il novero dei casi potenzialmente rilevanti. Anzi, le fattispecie di c.d. "greenwashing" sono, mai come adesso, diffuse e sollevano sempre più problemi (anche alla luce di un'opinione pubblica finalmente molto più sensibile all'argomento). Senza trascurare pertanto molte altre vicende significative può richiamarsi qui, ancor una volta a mero scopo esemplificativo, il caso c.d. "ENI Diesel+": la recente sentenza del Tar del Lazio 8 novembre 2021, n. 11419 ha confermato il provvedimento dell'AGCM (15 gennaio 2020, n. 28060), che aveva condannato l'ENI per "greenwashing" e pubblicità ingannevole in riferimento al *biodiesel* "Eni Diesel+", prescrivendo una sanzione pecuniaria pari a 5 milioni di euro. Per una ricostruzione della vicenda, cfr., per tutti, Rumi, T.: "La tutela del consumatore dalle asserzioni ambientali ingannevoli", cit., spec. pp. 1412-1413. Ancora, per un'interessante e recentissima indagine di carattere stavolta giornalistico (con riferimento ad un'importante truffa climatica internazionale), cfr. Fischer, T. - Knuth, H.: "Grün getarnt", *Die Zeit*, 18 Januar 2023 (reperibile *online* su *https://www.zeit.de/2023/04/co2-zertifikate-betrug-emissionshandel-klimaschutz?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F* e poi tradotto in italiano con il titolo *La truffa delle emissioni*, in *Internazionale*, 27 gen/2 feb, 2023, 39 ss.).

"neverending case" della materia – dimostrata dalla continua decisione (dal 2016 ad oggi) di casi riconducibili a fattispecie sostanzialmente simili.

Il secondo (e forse persino più decisivo) ordine di ragioni, che permette d'intravedere una prospettiva d'indagine privilegiata nella ricostruzione dei profili giuridici del "Dieselgate", riguarda, invece, un'opzione di metodo: l'analisi dello scandalo – e, in particolare, delle caratteristiche del caso e delle soluzioni – consente, infatti, di sottolineare come – a fronte delle medesime fattispecie concrete (che si ripetono, sostanzialmente uguali a se stesse, nel tempo e nello spazio) e della disciplina di matrice eurounitaria (applicabile, seppur all'esito spesso di atti nazionali distinti di recepimento, nei diversi Stati membri dell'Unione) – le soluzioni fornite, di volta in volta, dagli interpreti (e, *in primis*, dai giudici) nazionali nel corso del tempo divergano anche significativamente fra loro. Questa marcata disomogeneità delle soluzioni induce sicuramente ad un inevitabile *surplus* di riflessione sull'intera disciplina e, in particolare, su quella consumeristica di matrice eurounitaria.

1. Le stesse fattispecie.

La ricostruzione della vicenda del "Dieselgate" – e pertanto del caso (destinato a ripetersi poi, nel corso del tempo, in diversi Paesi ma con caratteristiche largamente, se non del tutto, sovrapponibili) – risulta, perlomeno nei suoi tratti fondamentali, piuttosto semplice[15].

A seguito di un'indagine diretta a valutar emissioni e consumi di carburante su strada dei motori *diesel*, alcuni studiosi del *Center for Alternative Fuels Engines and Emissions* (CAFEE) della West Virginia University[16], supportati dall'agenzia governativa della *California Air Resource Board* (CARB)[17], notavano che diverse autovetture *Volkswagen* con alimentazione a gasolio producevano emissioni di gas di scarico inquinanti di gran lunga superiori (*i*) ai dati risultanti dalle rilevazioni effettuate durante i *test* di omologazione nonché (*ii*) ai valori soglia di ossido di azoto consentiti dalla legge. La fase investigativa portava ad accertare che, tra il 2009 e il 2015, su circa 11 milioni di veicoli *diesel* TDI a livello globale e su circa 500.000 a livello federale, era stato installato un dispositivo – e, in particolare,

15 Per un'analisi approfondita, tanto del caso quanto delle diverse soluzioni rimediali emerse nei diversi Paesi, del c.d. "Dieselgate", cfr., per tutti, Bertelli, F.: *Profili civilistici del «Dieselgate». Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, Esi, Napoli, 2021, pp. 5 ss.

16 Per eventuali approfondimenti sulla composizione, sull'organizzazione, sulle pubblicazioni, sui progetti e, più in generale, sulle attività del centro di ricerca, si può accedere al sito*: https://www.cafee.wvu.edu/.*

17 Si tratta di un'agenzia governativa che opera, a sua volta, nell'alveo della "California Environmental Protection Agency" (CalEPA). Quest'ultima organizzazione dipende direttamente dall'Ufficio del Governatore nell'*Executive Branch* del Governo statale della California. Per ulteriori notizie sull'organizzazione, sulle funzioni e sull'attività della *California Air Resource Board* si rinvia al sito ufficiale dell'agenzia: *https://ww2.arb.ca.gov/*

un componente aggiuntivo – finalizzato ad eludere il sistema di rilevazione dei controlli relativi alle emissioni inquinanti ai fini dell'omologazione.

Tale dispositivo era capace di rilevare le sequenze di guida e di attivarsi autonomamente una volta riconosciuta l'esecuzione di un controllo di omologazione, così da rendere i livelli di gas nocivi prodotti (ed una serie di altri parametri) conformi alle prescrizioni di legge, salvo poi disattivarsi in condizioni normali di guida su strada, quando le emissioni diventavano decisamente (fino a 40 volte) superiori.

Lo scandalo del c.d. "Dieselgate" si è prontamente diffuso dagli Stati Uniti d'America in Europa. Qui sono emerse delle nuove questioni di fatto – derivanti tanto dalla scoperta di ulteriori impianti di manipolazione quanto dalle problematiche relative a riparazioni e sostituzioni realizzate, nel corso del tempo, dalla *Volkswagen* (spesso poi rivelatesi, almeno in parte, inefficaci)[18] – senza però stravolgere le coordinate fondamentali dell'originaria fattispecie[19].

2. Le diverse soluzioni nazionali.

Se le caratteristiche fondamentali dello scandalo risultano ormai piuttosto chiare (e destinate a riproporsi, sostanzialmente uguali a se stesse, nei diversi Paesi), le soluzioni fornite, nel corso del tempo, dai giudici nazionali sono state, invece, molto diverse fra loro.

Ciò risulta sicuramente più comprensibile nel raffronto delle controversie europee con l'esito della vicenda nell'ambito del sistema statunitense – caratterizzato, come noto, da differenze significative (a partire dalla funzione sanzionatoria, difficilmente estendibile senza limiti agli ordinamenti giuridici europei, del sistema di *tort law*) – ma solleva inevitabilmente maggiore curiosità nel confronto fra le diverse soluzioni fornite nell'ambito dei singoli Stati membri dell'Unione Europea – contraddistinti da una disciplina (tanto del settore *automotive* quanto dei consumatori) di matrice, per l'appunto, eurounitaria.

Non è possibile prescindere pertanto dall'analisi delle controversie relative al c.d. "Dieselgate" negli Stati membri dell'Unione Europea e, in particolare, nell'ambito dell'ordinamento tedesco[20].

18 Per un'accurata ricostruzione del caso anche nel contesto europeo – con un'adeguata sottolineatura anche delle problematiche emerse in un secondo tempo – v. Bertelli, F.: *Profili civilistici del «Dieselgate». Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, cit., 47 ss.

19 Per un'analisi delle diverse soluzioni prospettate, con riferimento al c.d. "Dieselgate", negli Stati Uniti d'America e in Europa, cfr. Bertelli, F.: "Dealing with the Dieselgate scandal in the US and EU", *Italian Law Journal*, 2021, pp. 619 ss.

20 Non sono mancate chiaramente diverse pronunce e decisioni interessanti in altri Paesi europei. Per esempio, in Spagna, cfr. Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Madrid, n. 36/2021, in *https://elpais.com/economia/2021-01-25/un-juez-condena-a-volkswagen-a-pagar-3000-euros-a-afectados-espanoles-por-el-escandalo-de-emisiones*.

Militano in tal senso, oltre agli argomenti già richiamati, altri ordini di ragioni più specifici.

Innanzitutto, la centralità del settore *automotive* nel sistema produttivo ed economico a lungo considerato "la locomotiva d'Europa" – peraltro comprovata dalla presenza ancor oggi di significativi gruppi industriali come *Volkswagen* (che, proprio in Germania, ha notoriamente la sua sede legale) – suggerisce di guardare con particolar attenzione all'evoluzione del dibattito giuridico tedesco sulla vicenda.

Inoltre, l'ordinamento tedesco – oltre a costituire da sempre, come noto, un imprescindibile modello per i sistemi giuridici dei Paesi dell'Europa continentale – richiede un *surplus* di riflessione poiché, ormai da tempo (perlomeno dalla *Schuldrechtsmodernisierung* del 2002), ha intrapreso un'interessante (e peculiare) via per il recepimento, direttamente nel corpo del Codice civile (e non di codici di settore e/o di leggi speciali), di talune novità della disciplina consumeristica di matrice eurounitaria – a partire dalla normativa sul difetto di conformità nella fornitura di beni di consumo (contenuta dapprima nella direttiva 1999/44/CE e poi nella successiva 2019/771/UE) – potenzialmente rilevanti nell'affrontare non soltanto la generale questione della disciplina delle dichiarazioni di sostenibilità, ma anche l'esemplare vicenda del c.d. "Dieselgate"[21].

S'impone pertanto all'interprete – dopo avere sinteticamente tratteggiato l'esito del c.d. "Dieselgate" Oltreoceano (laddove, come si è visto, lo scandalo è dapprima emerso) (§ *A)*) – di prender in considerazione l'evoluzione del dibattito nell'ordinamento tedesco (§ *B)*) prima di passare, rilevate le principali differenze con il *decisum* delle nostre pronunce di merito e di legittimità (§ *C)*), ad un'analisi critica, più generale, della disciplina consumeristica di matrice eurounitaria (§§ III ss.).

A) La soluzione statunitense.

Se è vero, come si è visto, che lo scandalo "Dieselgate" è scoppiato negli Stati Uniti d'America, non è meno vero che proprio l'ordinamento nordamericano ha

html (e richiamata anche dalla pronuncia del Tribunale di Venezia, v., *infra*, § II, 2, *C)*, nt. 34); Tribunal de Valladolid, n. 291/2016, in *https://www.tuabogadodefensor.com/wp-content/uploads/2015/09/Sentencia-Volkswagen-25-oct-2016.pdf.* Le pronunce spagnole riconducono la fattispecie alla disciplina delle pratiche commerciali sleali (e, in particolare, delle pratiche ingannevoli), condannando la casa automobilistica tedesca al risarcimento del danno (talvolta anche morale).

21 Per una riflessione generale sulla costante riforma della disciplina tedesca del contratto di compravendita (e sulla sua influenza sullo sviluppo del diritto privato europeo), si rinvia a De Franceschi, A.: "Una proficua *Wahlverwandtschaft: Schuldrechtsmodernisierung* e diritto privato europeo", in AA.VV.: *Dal 'Fitness check' alla riforma del codice civile. Profili metodologici della ricodificazione* (a cura di P. Sirena), Jovene, Napoli, 2019, pp. 351ss., spec. 356 ss.; e, a seguito della più recente riforma, a Azzarri, F.: "Obbligazione di consegna, passaggio del rischio e trasferimento della proprietà nelle vendite *B-to-C*: il coordinamento delle nuove regole con le norme di attuazione della direttiva 2011/83/UE", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 175 ss., spec. 210 ss.

fornito per primo una soluzione chiara, seppure necessariamente articolata, alla vicenda.

Tale soluzione merita di essere presa in considerazione sviluppando, seppur in modo estremamente sintetico, perlomeno due distinti ordini di riflessioni.

Il primo riguarda la natura stragiudiziale della soluzione della controversia. È stata, infatti, la sottoscrizione di 3 accordi – approvati dalla *US District Court for the Northern District of California* tra il 2016 e il 2017 – che sanciscono gli obblighi della casa automobilistica rispetto al Governo federale e agli acquirenti dei veicoli sui quali era installato il *software* di manipolazione a costituire lo strumento fondamentale della soluzione statunitense dello scandalo "Dieselgate"[22]. Peraltro, *a latere* della definizione relativa ai veicoli *diesel* 2.0 e 3.0 (oggetto dei primi due accordi, in ordine di tempo, approvati dalla *US District Court for the Northern District of California*), la *Federal Trade Commission* (*FTC*) ha concluso due ulteriori accordi transattivi, a composizione di un'azione collettiva[23], con i quali *Volkswagen* ha accettato di versare a beneficio della *FTC* una somma di circa 14 miliardi di dollari, destinata a risarcire il pregiudizio subito dagli appartenenti alle categorie di ricorrenti ammessi all'azione, per i comportamenti riconducibili allo scandalo delle emissioni. Non c'è dubbio pertanto che l'ampio ricorso ad accordi transattivi abbia consentito una soluzione rapida ed efficace della controversia, laddove un ruolo centrale (come di consueto nella tradizione di diritto processuale d'Oltreoceano) è stato giocato anche dallo strumento della c.d. "class action".

Il secondo ordine di riflessioni non può che riguardare l'articolato contenuto della soluzione prospettata nell'ambito dei suddetti accordi stragiudiziali. Emerge così una "combinazione rimediale" frutto di una visione che – sebbene non pienamente replicabile nell'ambito europeo (si pensi, ancor una volta, al ruolo significativo riconosciuto all'aspetto sanzionatorio del sistema statunitense di *tort law*) – mira ad assicurare un'effettiva tutela nei confronti del pregiudizio subito non soltanto dagli acquirenti dei autoveicoli, ma anche, più genericamente, dall'ambiente. Questa "combinazione rimediale" si compone, a sua volta, di almeno cinque *species* d'interventi.

22 Tutta la documentazione – necessaria per una completa ricostruzione della soluzione statunitense al c.d. "Dieselgate" (a partire, com'è ovvio, dal testo dei tre accordi transattivi approvati dalla *Northern District of California*) – è rinvenibile sul sito ufficiale dell'*Environmental Protection Agency* (EPA): *www.epa.gov/enforcement/volkswagen-clean-air-act-civil-settlement#elements*.

23 Non sono mancate le azioni individuali promosse da investitori e azionisti (dato che l'omessa informazione circa l'installazione del *software* ha chiaramente alterato le decisioni di investimento) nonché da consumatori (anche se queste ultime si sono poi consolidate al fine di evitare duplicazioni delle cause pendenti). La somma riconosciuta a ciascun ricorrente per il pregiudizio subito varia tra i 12.500 e i 44.000 dollari. Sul punto, cfr. Schmitz, A.J.: "Enforcing Consumer and Capital Markets Law in the United States", in Aa.Vv.: *Enforcing Consumer and Capital Markets Law. The Diesel Emissions Scandal*, cit., p. 347.

La prima è data dall'irrogazione – a seguito dell'accertata e ripetuta violazione da parte del gruppo *Volkswagen* della normativa federale in materia di emissioni inquinanti contenuta nel c.d. "Clean Air Act" – di un'ingente pena pecuniaria, con evidente carattere sanzionatorio, pari a 1.45 miliardi di dollari.

La seconda *species* d'interventi riguarda, invece, specificamente il rapporto sinallagmatico, delineando strumenti rimediali – tanto di tipo manutentivo (modificazione, approvata dall'autorità competente, del *software* di manipolazione delle emissioni ed estensione della garanzia), quanto di tipo perentorio (operazione di c.d. "buyback", cioè di riacquisto del veicolo da parte della casa automobilistica, e risoluzione anticipata dei contratti di *leasing*) – a seconda della scelta discrezionale dell'acquirente[24].

La terza *species* d'interventi è costituita dai risarcimenti, di carattere compensativo (diretti a riparare il pregiudizio sofferto a seguito della scelta d'acquisto indotta dalla pratica commerciale sleale del gruppo *Volkswagen*), al fine d'integrare l'effetto del c.d. "buyback", della risoluzione del contratto e/o dell'adeguamento del *software*.

La quarta *species* d'interventi si compone poi di misure dirette a prevenire il verificarsi futuro di episodi analoghi al c.d. "Dieselgate" a partire dall'adozione, dalla revisione e dal rafforzamento di processi organizzativi e di controllo interni (si pensi, in particolare, all'imposizione di una ristrutturazione del *management*).

Infine, la quinta (ed ultima) *species* d'interventi riguarda azioni di ripristino e riparazione del danno ambientale prodottosi a causa dell'installazione del dispositivo così da imporre a *Volkswagen* l'obbligo di investire 2 miliardi di dollari nella ricerca e nello sviluppo di veicoli «a impatto zero» e nelle infrastrutture necessarie a tal fine, nonché la costituzione di due *Mitigation trust* finalizzati a consentire, attraverso l'attività del *trustee* incaricato, l'adempimento dell'obbligo di riparazione del danno ambientale[25].

La logica della soluzione statunitense, vista nel suo complesso, sembra muovere pertanto dall'ormai tradizionale "Polluter Pays Principle" ("principio del chi inquina paga")[26], espressione del c.d. "principio di precauzione" e riconducibile ad una

24 Si mira così a tutelare l'interesse del contraente danneggiato dalla condotta illecita della casa automobilistica all'ottenimento di un veicolo avente qualità, prestazioni e funzionalità corrispondenti, anche da un punto di vista di impatto inquinante, a quelle che era legittimo attendersi sulla base della normativa vigente e delle dichiarazioni rese dal produttore.

25 Si tratta rispettivamente del c.d. "State Trust" – che ha come beneficiari tutti gli Stati federati, il Porto Rico e la Colombia – e dell'*Environmental Mitigation Trust Agreement for Indian Tribe Beneficiaries* (c.d. "Indian Tribe Trust") – che ha come beneficiari le tribù indigene riconosciute a livello federale.

26 Il principio "chi inquina paga" si è consolidato, nell'ambito della tutela ambientale, già a partire dalla Conferenza di Rio del 1992. Nel caso di specie, sebbene all'interno degli accordi stragiudiziali conclusi da Volkswagen il principio "chi inquina paga" non sia mai espressamente richiamato, le soluzioni raggiunte

funzione preventiva della responsabilità civile, verso un approdo sistematico ispirato addirittura alla c.d. "Environmental Restorative Justice" (che, valorizzando le caratteristiche peculiari del bene-ambiente e la dimensione curativa e relazionale della giustizia, attiva processi di risposta all'illecito diretti a riparare le risorse naturali danneggiate attraverso una serie di misure di attenuazione e prevenzione poste a carico del danneggiante)[27].

B) La soluzione tedesca.

In Europa, a differenza degli Stati Uniti, non soltanto le indagini partono in ritardo, ma soprattutto le vicende processuali non hanno generalmente tempistiche brevi né conclusioni prevedibili e condivise.

Innanzitutto, la mancanza di un unico soggetto, deputato ad affrontare a livello europeo situazioni come lo scandalo "Dieselgate", costringe i consumatori dei singoli Stati membri ad agire in modo autonomo davanti ai diversi giudici nazionali.

Inoltre, la condotta della casa automobilistica appare decisamente meno collaborativa nei confronti dei clienti europei senza che sia stata predisposta nessuna proposta risarcitoria a beneficio dei soggetti coinvolti. Quest'atteggiamento viene giustificato dalla casa tedesca sulla base di due principali argomentazioni: per un verso, il dispositivo di manipolazione sarebbe da considerarsi fondamentalmente legale al di fuori del Nord America, giacché, alla luce della meno stringente normativa eurounitaria di settore (contenuta prevalentemente, ma non solo, nella direttiva 2007/46/CE, che istituisce un quadro per l'omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché dei sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli, e soprattutto nel regolamento 715/2007, relativo all'omologazione dei veicoli a motore riguardo alle emissioni dai veicoli passeggeri e commerciali leggeri e all'ottenimento di informazioni sulla riparazione e la manutenzione del veicolo) sarebbe sufficiente una semplice modifica del *software* per rispettare gli *standard* di legge (senza dover apportare modifiche anche all'*hardware* come negli Stati Uniti); per un altro, i clienti europei, sempre secondo *Volkswagen*, non avrebbero subito alcun pregiudizio, poiché l'impianto di manipolazione non avrebbe influenzato la scelta d'acquisto compiuta dal consumatore, e non avrebbero pertanto diritto ad

sembrano sottolineare, seppur in via indiretta, l'inadeguatezza di rimedi che si limitino ad imporre il risarcimento di un danno ambientale preventivamente ed analiticamente quantificato (specie laddove incentrato sulla sostanziale prevalenza della modalità per equivalente su attuazioni in forma specifica). Sul principio "chi inquina paga", cfr., *ex multis*, Meli, M.: *Il principio comunitario «chi inquina paga»*, Giuffrè, Milano, 1996.

27 In particolare, secondo Bertelli, F.: (*Profili civilistici del «Dieselgate». Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, cit., pp. 21 ss., spec. 40), "la necessità di rispondere a fattispecie di danneggiamento dell'ecosistema in modo effettivo e la pluralità di soggetti e di interessi che sono inficiati dalle conseguenze dell'illecito ambientale rendono l'*environmental restorative justice* un sentiero percorribile per verificare se anche i settori della responsabilità civile e amministrativa – ad ora in buona misura estranei a pratiche di giustizia riparativa – possano accoglierne la metodologia".

alcun risarcimento[28]. Contrapposizioni e dispute giudiziali, derivanti dal medesimo scandalo "Dieselgate", si rivelano così mediamente più numerose, aspre e protratte nel tempo in Europa che negli Stati Uniti d'America.

Non stupisce pertanto – nonostante un accordo transattivo, siglato nel febbraio 2020, che ha coinvolto 430.000 acquirenti, sancendo l'obbligo a carico di *Volkswagen* di versare a ciascun aderente una somma compresa tra 1.350 e 6.257 euro, a seconda del modello e dell'anno d'immatricolazione dei rispettivi veicoli – l'elevato numero di domande giudiziali individuali presentate davanti ai giudici di merito anche in Germania così come non stupisce l'affermarsi – anche a seguito dell'elevato numero di singole controversie – di ricostruzioni e posizioni piuttosto diverse nel diritto vivente tedesco[29].

A provar a fare chiarezza – oltre ad alcuni interventi di stampo pubblicistico[30] – giunge, nella primavera del 2020, un'importante sentenza del *Bundesgerichtshof* chiamata a decidere una controversia derivante dalla compravendita fra privati cittadini di un'auto dotata di un dispositivo di manipolazione delle proprie prestazioni ambientali[31].

Secondo la Corte di giustizia federale, ciascun proprietario può chiedere il risarcimento del danno, ai sensi dei §§ 823 e 826 BGB, per il comportamento doloso posto in essere dalla casa automobilistica – in evidente violazione della normativa eurounitaria di settore (e, in particolare, del regolamento 715/2007) – in occasione dell'installazione di un impianto di manipolazione delle emissioni. Il giudice di legittimità concentra l'attenzione soprattutto sul § 826 BGB, sottolineando il carattere «oggettivamente immorale» del comportamento tenuto

28 Sul punto, cfr., per tutti, Santoro, P.: "*Dieselgate* italiano: *(e)mission impossible*. Il Tribunale di Venezia accoglie la *class action* e, in sintonia con i Tribunali di Avellino e Genova, riconosce il risarcimento dei danni da illecito antitrust e da pratiche commerciali scorrette", *Danno e responsabilità*, 2022, spec. p. 248.

29 Per un'analisi più completa della giurisprudenza tedesca sull'argomento, v. Bertelli, F.: *Profili civilistici del «Dieselgate». Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, cit., pp. 67 ss.

30 Si può richiamare, a titolo meramente esemplificativo, una pronuncia della Procura tedesca di Braunschwieg (nella forma di una "ordinanza-ingiunzione" non appellata), con cui è stata irrogata alla Volkswagen, sulla base di una previsione nazionale sulla "responsabilità amministrativa" delle persone giuridiche, un'ingente sanzione pecuniaria per negligente violazione dei propri obblighi di supervisione e controllo in relazione allo sviluppo e installazione di impianti di manipolazione delle emissioni. La vicenda – riportata, come si vedrà, anche nell'ambito di talune pronunce della giurisprudenza amministrativa italiana (v., in particolare, Tar Lazio, sede di Roma, Sez. I, sent. 31 maggio 2019, n. 6920) – può essere qui utilmente richiamata (e assume particolare rilievo) poiché è stata fatta oggetto di un rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato (per valutare, fra l'altro, possibili interferenze fra le decisioni di carattere pubblicistico dei diversi Paesi, in materia di pratiche commerciali sleali, con il principio del "ne bis in idem"). Sul punto cfr., *infra*, § II, 2, *C)*, nt. 32.

31 La pronuncia, oltre ad essere presente nei repertori delle decisioni del *Bundesgerichtshof*, è stata chiaramente pubblicata (e annotata) in alcune fra le maggiori riviste giuridiche di lingua tedesca. Cfr. BGH, 25 maggio 2020, n. VI ZR 252/19, in *BGHZ*, 2020, 225, pp. 316 ss.; in *NJW*, 2020, pp. 1962 ss.; in *WM*, 2020, pp. 1078 s.; in *ZIP*, 2020, pp. 1179 s.; in *MDR*, 2020, p. 790; in *VersR*, 2020, pp. 988 ss., con nota di Ahrens, H.J.: "Erstes Dieselskandal - Urteil des BGH - Schadensersatz als Privatstrafe fur sittenwidriges Handeln?"; in *BB*, 2020, pp. 1869 ss.; in *DB*, 2020, p. 1232; e in *JR*, 2021, pp. 154 ss. Per una traduzione in italiano del testo della pronuncia, cfr. Bertelli, F.: *Profili civilistici del «Dieselgate». Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, cit., 233 ss.

dalla casa automobilistica poiché in assoluto contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento. La riconduzione della fattispecie nell'ambito dell'illecito extracontrattuale permette all'interprete di superare l'obiezione riconducibile all'assenza di una relazione qualificata tra casa produttrice e acquirente finale e legittima un'azione diretta nei confronti del produttore. Quest'ultimo risulta imputabile per l'installazione dell'impianto di manipolazione senza che rilevino la qualifica, professionale o consumeristica, dell'utente finale o le finalità sottostanti l'acquisto del veicolo.

Attraverso il richiamo del § 826 BGB il *Bundesgerichtshof* – dopo avere constatato l'oggettiva difficoltà di verificare l'esattezza di informazioni tecniche che condizionano in modo apprezzabile la decisione finale di acquistare il bene – mira ad offrire una tutela effettiva al diritto dell'individuo all'autodeterminazione economica, rimarcando implicitamente, al contempo, l'oggettiva inidoneità dei mezzi di protezione (di matrice eurounitaria) riconosciuti al consumatore a garantire una risposta parametrata alla gravità della specifica lesione. Non è difficile comprendere la *ratio* ispiratrice dell'individuazione del *quantum debeatur*: si mira a riportare la consistenza della sfera giuridica dell'acquirente, la cui libertà negoziale si ritiene lesa dalla condotta sleale della casa automobilistica, allo *status quo ante*. Ciò che non convince pienamente, sotto un profilo più strettamente tecnico, è l'*iter* argomentativo che – dopo avere ricondotto la fattispecie nell'alveo dell'illecito extracontrattuale – porta alla (confusa) combinazione della restituzione del veicolo al produttore (con il contestuale ritrasferimento della proprietà seppur al netto del valore di stima dei benefici derivanti dall'utilizzo del bene) e del risarcimento del danno, finendo per ammettere surrettiziamente un esito pratico molto simile peraltro all'operazione di *buyback* imposta a *Volkswagen* negli Stati Uniti d'America.

C) La soluzione italiana.

In Italia la prima risposta allo scandalo "Dieselgate" deve sicuramente riscontrarsi nell'importante decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) del 4 agosto 2016, n. 26137. Tale provvedimento condanna in solido le società *Volkswagen Group* Italia S.p.A. e *Volkswagen AG* al pagamento di una sanzione pecuniaria di Euro 5 milioni per aver posto in essere una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2, 21, comma 1, lettera b), e 23, comma 1, lettera d) del d.lgs. 206/2005 (c.d. "Codice del Consumo") cosi come, nel corso del tempo, modificato (per aggiornare l'ordinamento italiano a tutte le novità della normativa consumeristica di matrice eurounitaria)[32].

32 Il provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) del 4 agosto 2016, n. 26137, oltre ad intimare a Volkswagen AG e a Volkswagen Italia di interrompere le condotte contestate, delibera, ai sensi dell'art. 27, commi 9 e 13, cod. cons., l'applicazione della sanzione amministrativa massima pari a 5 milioni di euro. Il Tar Lazio respinge, dapprima, la domanda cautelare (sede di Roma, sez. I, ord., 7 dicembre 2016, n. 7872) e, poi, il gravame (sede di Roma, sez. I, 31 maggio 2019, n. 6920). Di recente, però, un'ordinanza del Consiglio di Stato (sez. VI, 7 gennaio 2022, n. 68) ritiene di procedere con un

Si tratta di una presa di posizione fisiologicamente non esaustiva nell'affrontare le conseguenze dello scandalo "Dieselgate" nel nostro Paese giacché si caratterizza, per un lato, per esser espressione soltanto del c.d. "public enforcement" senza preoccuparsi pertanto delle problematiche riguardanti le relazioni fra privati e, per un altro, per avere comminato una sanzione pecuniaria dall'importo (5 milioni di euro) decisamente limitato (se confrontato con l'entità delle sanzioni comminate in altri Paesi come gli Stati Uniti d'America)[33].

Questa prima decisione dell'AGCM – seppure non integralmente risolutiva di tutte le problematiche sottese alla vicenda del "Dieselgate" – risulta però senza dubbio tempestiva (giungendo già nell'estate del 2016) e capace d'influenzare (non poco) le successive ricostruzioni, specie giudiziali, dei profili più strettamente civilistici del fenomeno.

Anche secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente – formatosi grazie soprattutto ad una serie di pronunce (derivanti perlopiù da una serie di ricorsi individuali, ma anche da una "class action")[34] dei giudici di merito – l'installazione dell'impianto di manipolazione delle emissioni inquinanti integra, infatti, una pratica commerciale scorretta (in quanto ingannevole, ai sensi dell'art. 21, comma 1, lett.

rinvio pregiudiziale alla CGUE, formulando i seguenti quesiti: "a) se le sanzioni irrogate in tema di pratiche commerciali scorrette, ai sensi della normativa interna attuativa della direttiva 2005/29/Ce, siano qualificabili alla stregua di sanzioni amministrative di natura penale; b) se l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vada interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale che consente di confermare in sede processuale e rendere definitiva una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona giuridica per condotte illecite che integrano pratiche commerciali scorrette, per le quali nel frattempo è stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico in uno stato membro diverso, laddove la seconda condanna sia divenuta definitiva anteriormente al passaggio in giudicato dell'impugnativa giurisdizionale della prima sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale; c) se la disciplina di cui alla Direttiva 2005/29, con particolare riferimento agli articoli 3 paragrafo 4 e 13 paragrafo 2 lett. e), possa giustificare una deroga al divieto di "ne bis in idem" stabilito dall'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (successivamente incorporata nel Trattato sull'Unione Europea dall'art. 6 TUE) e dell'art. 54 della convenzione di Schengen". La proposizione del suddetto rinvio pregiudiziale, su cui ad oggi non pare si sia ancora espressa la CGUE, pone l'accento sull'esigenza di chiarire il rapporto fra le sanzioni irrogate in uno Stato europeo in tema di pratiche commerciali scorrette con eventuali ulteriori sanzioni comminate da un altro Stato europeo per i medesimi fatti.

33 Ai sensi dell'art. 27, c. 9, cod. cons. (in attesa del definitivo, ma finalmente prossimo, recepimento anche in Italia della direttiva 2019/2161/UE): "Con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000,00 euro a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione. Nel caso di pratiche commerciali scorrette ai sensi dell'art. 21, commi 3 e 4, la sanzione non può essere inferiore a 50.000,00". La sanzione configura(va) l'importo massimo consentito dalla cornice edittale previsto dall'art. 27, c. 9, cod. cons., ma risulta(va) piuttosto limitata se confrontata con l'entità delle sanzioni pecuniarie comminate in altri Paesi come gli Stati Uniti d'America. Secondo quanto statuito dalla medesima AGCM, infatti, "l'importo della sanzione sopra indicata rappresenta una percentuale ampiamente inferiore all'1% dei rispettivi fatturati complessivi (per VW AG rappresenta lo 0,0068% del fatturato e per VW Italia lo 0,12%)".

34 Cfr., *ex multis*, Trib. Avellino, 10 dicembre 2020, in *Foro it.*, 2021, I, 1482 (e in *ForoNews*, 4 marzo 2021, con nota di Bertelli, F.: "Dieselgate e tutela risarcitoria del consumatore"); Trib. Genova, 5 ottobre 2021, reperibile nella banca dati *One Legale*. Per la pronuncia chiamata a decidere sull'azione di classe (presentata da Altroconsumo), v. Trib. Venezia, 7 luglio 2021, in *Foro it.*, 2021, I, c. 4023, con note di De Santis, A.D. e Palmieri, A.; in *Danno e responsabilità*, 2022, pp. 243 ss., con nota di Santoro, P.

b), e comma 2, lett. b), in quanto omissiva ai sensi dell'art. 22 e in quanto, in ogni caso, ingannevole ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. d) del cod. cons.)[35].

Come nell'ordinamento tedesco[36], si evita così di ricostruire l'intera vicenda alla luce della disciplina sul difetto di conformità contenuta nell'ambito della normativa, di matrice eurounitaria, sulla fornitura dei beni di consumo (a sua volta recepita in Italia nell'ambito del codice del consumo)[37], prevedendo l'obbligo a carico del gruppo *Volkswagen* di risarcire, a titolo di responsabilità extracontrattuale, il danno patrimoniale derivante dalla lesione della libertà negoziale dei consumatori.

Tale presunta lesione della libertà negoziale comporta però un esito significativamente diverso della vicenda in Italia e in Germania. In Italia, a differenza che in Germania, ai consumatori che hanno acquistato veicoli dotati di un dispositivo di manipolazione delle emissioni inquinanti è riconosciuta soltanto, a titolo di risarcimento del danno patrimoniale, una somma (destinata finora a variare da Tribunale a Tribunale)[38] pari al quindici o al venti per cento del prezzo (medio) di tali veicoli (da dimezzare per chi abbia acquistato un veicolo usato oppure l'abbia rivenduto nel periodo in cui si è protratta la pratica) e, a titolo di risarcimento dell'eventuale danno non patrimoniale, un eventuale importo pari al dieci per cento di quanto ottenuto a titolo di ristoro del danno patrimoniale. Questo danno non patrimoniale da violazione del diritto all'autodeterminazione è peraltro ammesso soltanto laddove la pratica commerciale scorretta finisca per integrare gli estremi del reato di frode in commercio (art. 515 c.p.)[39].

Il diritto vivente italiano prova così a coordinare diversamente gli strumenti di *public* e *private enforcement* nella prospettiva della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette: si affianca alla sanzione pecuniaria di matrice pubblicistica soltanto il risarcimento diretto a compensare, avvalendosi anche di criteri di

35 Questa posizione è sostenuta, in particolare, dalle pronunce del Trib. Avellino, 10 dicembre 2020, cit.; Trib. Genova, 5 ottobre 2021, cit.; Trib. Venezia, 7 luglio 2021, cit. Sembra sostanzialmente in linea con l'astratta riconduzione della fattispecie alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette pure la Corte di Cassazione (Cass., 14 ottobre 2021, n. 28037, reperibile nelle banche dati *De Jure* e *One Legale*), che, però, rigetta la richiesta di risarcimento perché non risultano provati, nel caso di specie, gli altri elementi dell'illecito (a partire dal danno).

36 V., *supra*, § II, 2, *B)*.

37 Escludono la riconducibilità delle fattispecie del c.d. "Dieselgate" alla disciplina sul difetto di conformità nella fornitura di beni consumo, per come recepita nel nostro codice di consumo (seppure con argomenti, spesso processuali, leggermente diversi fra loro): Trib. Genova, 5 ottobre 2021, cit.; Trib. Monza, 28 gennaio 2020, n. 135, App. Bari, 4 febbraio 2021, n. 222, Trib. Trieste, 7 ottobre 2022, n. 490, tutte reperibili nella banca dati *One Legale*. Sulla disciplina del difetto di conformità nella fornitura dei beni di consumo (contenuta nella direttiva 771/2019/UE e recepita in Italia nel codice del consumo), v., *infra*, § IV.

38 In particolare, il Tribunale di Avellino stima il pregiudizio risarcibile nella misura del 20% del prezzo del veicolo (ovvero nel minor valore dell'autovettura in termini percentuali rispetto al prezzo sostenuto per l'acquisto; v. Trib. Avellino, 10 dicembre 2020, cit.), mentre il Tribunale di Venezia e il Tribunale di Genova stimano la percentuale nella misura del 15% (v. Trib. Venezia, 7 luglio 2021, cit.; Trib. Genova, 5 ottobre 2021, cit.).

39 Nel testo si riporta prevalentemente l'*iter* argomentativo (ed il criterio equitativo) del Tribunale di Venezia (sostanzialmente condiviso, almeno per il momento, dalla giurisprudenza di merito). La pronuncia sembra costituire, infatti, una sorta di "leading case" della materia, cfr. Trib. Venezia, 7 luglio 2021, cit.

valutazione equitativa del danno, la riduzione del valore dell'autovettura rispetto al prezzo sostenuto per l'acquisto senza nessuna conseguenza sul piano del rapporto contrattuale.

III. LA DISCIPLINA "LINEARMENTE PROBLEMATICA" DELLE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI.

Nell'ottica di riflettere sul ruolo delle dichiarazioni di sostenibilità nel settore *automotive* nonché, più specificamente, sulle problematiche sottese al c.d. "Dieselgate", sembra ormai necessario – dopo avere sinteticamente ricostruito alcune significative esperienze nazionali – sviluppare un'analisi critica della disciplina consumeristica di matrice eurounitaria.

Si tratta di prender in considerazione, innanzitutto, la disciplina sulle pratiche commerciali "sleali" (definite poi, all'esito del recepimento nell'ambito dell'ordinamento italiano, "scorrette" nel codice del consumo)[40] che sembra poter costituire la soluzione, per così dire, più «immediata», suscitando però, al contempo, significative riflessioni circa i rapporti fra normativa nazionale ed eurounitaria nonché fra strumenti di *public* e *private enforcement*.

1. Una "lineare" qualificazione.

Scorrendo la normativa, di matrice eurounitaria, sulle pratiche commerciali sleali – contenuta, come noto, prevalentemente nell'ambito della direttiva 2005/29/CE (peraltro, di recente, modificata ed integrata dalla direttiva 2019/2161/UE)[41]

40 Sul punto, cfr., per tutti, De Cristofaro, G.: voce "Pratiche commerciali scorrette", in *Enc. dir.*, *Ann.*, V, Giuffrè Milano, 2012, pp. 1079 ss., spec. 1086. Secondo l'Autore, "*non è chiaro per quale ragione il legislatore abbia preferito l'aggettivo «scorrette» all'aggettivo «sleali», che compariva invece nella versione italiana del testo della direttiva*. È possibile che tale opzione sia stata ispirata dall'intento di evidenziare anche a livello lessicale la diversità di *ratio*, obiettivi di tutela e ambito di applicazione delle nuove disposizioni attuative della direttiva, rispetto alla disciplina generale della concorrenza sleale contenuta negli art. 2598 ss. c.c. Non si può dire tuttavia che la scelta sia caduta sul termine più idoneo ad assicurarne la piena realizzazione. Non soltanto perché, a norma dell'art. 2598 n. 3 c.c., compie atti di concorrenza «sleale» chiunque si avvalga di mezzi non conformi ai principi della «correttezza» professionale e idonei a danneggiare l'altrui azienda, ma anche e soprattutto perché, all'interno del codice del consumo, i termini «lealtà» e «correttezza» vengono utilizzati entrambi – ora isolatamente (art. 52 comma 2 c. cons.: lealtà; art. 18 lett. *d* e art. 67-*quater* comma 2 c. cons.: correttezza), ora congiuntamente (art. 1 lett. c-*bis* e art. 39 c. cons.) – sempre in combinazione con la nozione di «buona fede» (oggettiva), senza che appaia possibile e ragionevole attribuire all'uno un significato e una portata non pienamente corrispondenti a quelli propri dell'atto. Anche in considerazione di ciò, *deve escludersi che la scelta di ricorrere all'aggettivo «scorrette» anziché all'aggettivo «sleali» possa avere ripercussioni di sorta*, sia ai fini della ricostruzione e dell'inquadramento sistematico del nuovo *corpus* normativo, sia ai fini dell'interpretazione delle singole disposizioni che lo compongono" (corsivo aggiunto).

41 Per una panoramica recente sulla disciplina delle pratiche commerciali sleali/scorrette, si rinvia, senza nessuna pretesa di completezza, agli studi monografici di Fachechi, A.: *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Esi, Napoli, 2012, pp. 11 ss., 31 ss.; Bertani, M.: *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 79 ss.; Labella, E.: *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 21 ss., 93 ss.; Febbrajo, T.: *Il* private enforcement *del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Esi, Napoli, 2018, pp. 7 ss., 95 ss.; Leonardi, F.: *Comportamento omissivo dell'impresa e pratiche commerciali scorrette*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2019, pp. 47 ss.; Guffanti Pesenti, L.: *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporto di consumo*, Jovene, Napoli, 2020, pp. 1 ss., 191 ss.; nonché ai più recenti contributi di Granelli, C.: voce "Pratiche commerciali scorrette: le tutele", in *Enc. dir.*, *I Tematici*, I (diretto da G.

– emerge, fin da subito, l'ampiezza della definizione di «pratica commerciale» ("qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori"; art. 2, sub d) direttiva 2005/29/CE).

Il divieto generale è riferito a tutte le condotte contrarie alla diligenza professionale e idonee a «falsare in misura rilevante il comportamento economico», in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiungono o al quale sono dirette (art. 5). Sono poi specificamente considerate "sleali" (e, quindi, vietate) – laddove non fosse ritenuta già risolutiva la previsione del suddetto divieto generale – le pratiche commerciali "ingannevoli" (artt. 6 e 7; e "aggressive", artt. 8 e 9) tali da ricomprendere tutti quei comportamenti del professionista capaci di determinare scelte d'acquisto difformi da quelle che si sarebbero potute configurare liberamente in loro assenza[42].

Lo scandalo "Dieselgate" – derivante, come si è visto, dall'abuso delle dichiarazioni di sostenibilità (contenute, a loro volta, nei "certificati di conformità" dei veicoli *Volkswagen* e capaci d'influenzare la scelta d'acquisto dei consumatori)[43] – sembra pertanto linearmente riconducibile, senza particolari difficoltà, nell'ambito applicativo della disciplina – così come poi recepita nei diversi Stati membri – sulle pratiche commerciali "sleali".

2. Un apparato rimediale "problematico".

Ciò che desta maggiori perplessità è, invece, l'apparato rimediale a fronte della riconduzione del problema dell'abuso delle dichiarazioni di sostenibilità – e, in particolare, dello scandalo "Dieselgate" – alla normativa delle pratiche commerciali sleali.

D'Amico), Giuffrè, Milano, 2021, pp. 825 ss.; Id.: "L'art.11-*bis* della direttiva 2005/29/CE: *ratio*, problemi interpretativi e margini di discrezionalità concessi agli Stati membri ai fini del recepimento", *Jus civile*, 2022, pp. 256 ss.; Pagliantini, S.: "I rimedi non risarcitori: esatto adempimento, riduzione del prezzo e risoluzione del contratto", *Jus civile*, 2022, pp. 304 ss.; Maugeri, M.: "Invalidità del contratto stipulato a seguito di pratica commerciale sleale?", *Jus civile*, 2022, pp. 316 ss.

42 Peraltro, la direttiva 2019/2161/UE ha integrato l'elenco delle "azioni ingannevoli", di cui all'art. 6 (così risulta "ingannevole", ai sensi del nuovo paragrafo 2, lett. c, "una qualsivoglia attività di marketing che promuova un bene, in uno Stato membro, come identico a un bene commercializzato in altri Stati membri, mentre questo bene ha una composizione o caratteristiche significativamente diverse, salvo laddove ciò sia giustificato da fattori legittimi e oggettivi") e arricchito il novero delle informazioni precontrattuali da considerarsi "rilevanti" in sede di formulazione di un "invito all'acquisto" ai fini della valutazione di una pratica commerciale come "omissione ingannevole", ai sensi dell'art. 7 (v. spec. attuali paragrafi 4, 4-*bis*, 6). Anche l'Allegato I alla direttiva 2005/29/CE – che riporta l'elenco delle pratiche commerciali considerate *in ogni caso* sleali – è stato recentemente integrato sempre dalla direttiva 2019/2161/UE (v. n. 11-*bis*, n. 23-*bis*, n. 23-*ter*, n. 24-*quater*). Sul punto, v., per tutti, De Cristofaro, G.: "Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?", *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, pp. 40-41.

43 Cfr., *supra*, §§ I e II.

Se, infatti, la formulazione potenzialmente "onnicomprensiva" della nozione di pratica commerciale sleale (e del relativo divieto) non pone particolari problemi ricostruttivi, decisamente più complessa risulta, invece, la c.d. "questione rimediale".

Qui si devono considerare necessariamente le fondamentali interferenze fra strumenti di *public* e *private enforcement*[44].

Nell'ambito del c.d. "public enforcement", emerge l'assoluta centralità delle (complesse) combinazioni di interventi volti all'inibizione della condotta qualificata come pratica commerciale sleale e di misure sanzionatorie (seppur a volte, come si è visto, non adeguate) di carattere pecuniario[45].

Nell'ambito del c.d. "private enforcement" sorgono, però, problemi forse perfino più complessi a fronte della mancanza, ancor oggi, di una puntuale definizione normativa – di carattere eurounitario – dei rimedi privatistici esperibili. Si rischiano così pericolose aporìe derivanti dall'introduzione di strumenti di tutela non uniformi per i consumatori dell'Unione danneggiati dalla medesima condotta illecita perpetrata da operatori professionali che operano in più Paesi membri.

Tali considerazioni hanno purtroppo trovato puntuale riscontro nell'analisi delle soluzioni prospettate dalla giurisprudenza nazionale degli Stati membri dell'Unione Europea a proposito della vicenda "Dieselgate". Tralasciando (solo per il momento) i rimedi propriamente sinallagmatici, non poche problematiche, come si sarà intuito, sono emerse soprattutto nella determinazione del risarcimento del danno dovuto ai consumatori. Come si è visto, la soluzione della giurisprudenza tedesca diverge parecchio sul punto da quella italiana: il *Bundesgerichtshof* non ha esitato, infatti, a configurare una sorta di operazione di "buyback" (con il contestuale ritrasferimento della proprietà del bene alla casa automobilistica) e a quantificare l'entità del danno – derivante dalla significativa lesione del diritto all'autodeterminazione negoziale – in una somma sostanzialmente coincidente con il prezzo d'acquisto dei veicolo (al netto del valore di stima dei benefici derivanti dall'utilizzo del bene); la giurisprudenza italiana, lasciando la proprietà del veicolo in capo all'acquirente, riconosce, invece, la risarcibilità del danno patrimoniale (per un importo pari alla riduzione del valore dell'autovettura rispetto al prezzo sostenuto per l'acquisto) e solo eccezionalmente del danno non patrimoniale (laddove la condotta della casa automobilistica configuri anche gli estremi del reato di frode in

44 Secondo un'autorevole (e condivisibile) dottrina, infatti, è giunto a "definitivo compimento il processo, avviato agli inizi del secondo millennio, di 'pubblicizzazione' del diritto dei rapporti contrattuali dei consumatori, del quale ormai sono parte integrante, accanto alle disposizioni squisitamente privatistiche concernenti la formazione, il contenuto e gli effetti privatistici dei contratti dei consumatori, anche le disposizioni concernenti le «pratiche commerciali» (artt. 18 ss. cod. cons.)" (De Cristofaro, G.: "Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?", cit., p. 4).

45 Cfr., *supra*, § II, 2, *C)*.

commercio). Ne derivano, com'è chiaro ed evidente, significative differenze (non soltanto teoriche ma anche) pratiche.

Se però l'evoluzione giurisprudenziale nell'ambito dei singoli Stati membri dell'Unione Europea non appare univoca (specie, ma non solo, nell'identificare criteri risarcitori chiari e condivisi), l'evoluzione normativa non sembra, almeno finora, rasserenare maggiormente.

Dev'essere salutata con favore la recente valorizzazione – grazie soprattutto all'emanazione della direttiva 2019/2161/UE – della tutela pubblicistica (tramite un inasprimento generale delle sanzioni pecuniarie), mentre decisamente minore apprezzamento meritano le novità di stampo privatistico. Come noto, infatti, la direttiva 2019/2161/UE ha introdotto nell'originario testo della direttiva 2005/29/CE anche un nuovo art. 11-*bis*: «[i] consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi, *compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni per l'applicazione e gli effetti di tali rimedi*. Gli Stati membri possono tener conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito dal consumatore e di altre circostanze pertinenti. 2. *Detti rimedi non pregiudicano l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale*»[46]. Purtroppo però l'ampia formulazione della norma, che lascia significativi margini di discrezionalità (da esercitarsi in sede di recepimento) ai singoli legislatori nazionali, e le rilevanti differenze di *modus operandi* dei diversi Stati membri non sembrano lasciare molte speranze circa l'applicazione di regole uniformi ad eventuali casi futuri[47]. Si tratta di comprendere pertanto se la disciplina nazionale dei singoli Paesi dell'UE sarà capace di fornire risposte adeguate soprattutto sul fronte privatistico. Nell'ordinamento italiano (che, seppure tardivamente, ha ormai praticamente recepito la direttiva 2019/2161/UE)[48], la via intrapresa dal legislatore nazionale – a

46 Già diversi anni fa un autorevole studioso rilevava: "Tra le numerose innovazioni contemplate, la più importante e "rivoluzionaria", sul piano sistematico, è certamente rappresentata dall'introduzione, nella dir. 2005/29/CE, di una nuova disposizione (art. 11 bis) che impone agli Stati membri di mettere a disposizione dei consumatori, nei confronti dei quali vengano poste in essere pratiche commerciali sleali, rimedi contrattuali ed extracontrattuali idonei ad eliminare gli effetti pregiudizievoli prodotti dalla pratica sleale, rimedi che debbono (quantomeno) consistere nel diritto di porre fine unilateralmente al rapporto contrattuale instaurato dal consumatore destinatario di pratiche commerciali sleali e nel diritto di pretendere il risarcimento dei danni che ne siano derivati" (De Cristofaro, G.: "40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future", *Contr.*, 2019, pp. 177 ss., spec. 189).

47 Può risultar utile, al riguardo, riflettere criticamente sul differente recepimento della normativa eurounitaria sulle pratiche commerciali sleali nei diversi Stati membri dell'Unione Europea; v., per tutti, De Cristofaro, G.: "Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE", *Rass. dir. civ.*, 2010, pp. 880 ss. L'Autore è tornato sull'argomento – sempre con un approccio molto completo e puntuale – in occasione dell'esigenza sopravvenuta di recepire la direttiva 2019/2161/UE: Id.: "Rimedi privatistici "individuali" dei consumatori e pratiche commerciali scorrette: l'art. 11-bis dir. 2005/29/UE e la perdurante (e aggravata) frammentazione dei diritti nazionali dei Paesi UE", *Jus civile*, 2022, pp. 269 ss.

48 Il Governo italiano non fa mistero del ritardo nel recepire la direttiva 2019/2161/UE nella relazione illustrativa finalmente trasmessa nel dicembre 2022, assieme allo schema di decreto legislativo, al Parlamento (per il

fronte dell'ampio margine discrezionale lasciato dalla formulazione dell'art. 11-*bis* – risulta, per usare un eufemismo, "minimalista"[49], limitandosi sostanzialmente a riportare, nell'ambito del nuovo art. 27, c. 15-*bis* del codice del consumo, le stesse parole dell'art. 11-*bis* della direttiva 2005/29/CE senza sciogliere nessuno dei nodi gordiani relativi ai presupposti e ai reciproci rapporti dei diversi rimedi prospettati dall'originaria formulazione eurounitaria[50].

L'esigenza di un coordinamento più efficace fra i diversi rimedi della disciplina – dapprima, a livello eurounitario e, poi, nazionale – sulle pratiche commerciali sleali sembra pertanto non solo opportuno, ma perfino doveroso: solo così sarà possibile affiancare alla lineare riconduzione dell'abuso delle dichiarazioni di sostenibilità e, in particolare, della vicenda del c.d. "Dieselgate" nell'ambito applicativo della disciplina un apparato rimediale finalmente meno problematico e più condiviso dell'attuale.

IV. OLTRE LA DISCIPLINA DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE: VERSO UNA RILETTURA "SOSTENIBILE" DELLA NORMATIVA DELLA FORNITURA DI BENI DI CONSUMO

Queste problematiche rimediali della disciplina sulle pratiche commerciali sleali hanno sicuramente contribuito ad agevolare l'ascesa – anche grazie alla più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea[51] – di un'ipotesi ricostruttiva (compatibile ma) diversa.

rilascio del suo parere finale): "L'attuazione della direttiva in questione riveste carattere di urgenza, in ragione della procedura di infrazione avviata da parte della Commissione europea (n. 2022/0107) per ritardo nel recepimento, giunta alla fase di parere motivato" (tutti i documenti richiamati sono facilmente reperibili *online*; per esempio, sul sito ufficiale del Senato della Repubblica: *www.senato.it*).

49 Sul "minimalismo legislativo" dell'Italia, recentemente emerso in sede di recepimento delle direttive comunitarie, si rinvia, da ultimo, all'analisi (sviluppata soprattutto a partire dalla disciplina sulla fornitura dei beni di consumo) di Coppini, P.: "Armonizzazione massima e minimalismo legislativo nel "nuovo" difetto di conformità dei beni di consumo", in corso di pubblicazione in questo stesso fascicolo della Rivista (e consultato in anteprima grazie alla cortesia dell'Autore).

50 Lascia letteralmente senza parole il raffronto del testo dell'art. 11-*bis* della direttiva 2005/29/CE (come introdotto dalla direttiva 2019/2161/UE) con quello (futuro) dell'art. 27, c. 15-*bis* del codice del consumo (frutto dell'attività di recepimento, a dir poco "minimalista", del Governo italiano a seguito dell'approvazione della legge di delegazione europea (2021) del 4 agosto 2022, n. 127): "Articolo 11-*bis*. (1) I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni per l'applicazione e gli effetti di tali rimedi. Gli Stati membri possono tener conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito dal consumatore e di altre circostanze pertinenti. (2) Detti rimedi non pregiudicano l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale"; "Articolo 27, c. 15-*bis*. I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali possono altresì adire il giudice ordinario al fine di ottenere rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito e, ove applicabile, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, tenuto conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito e di altre circostanze pertinenti. Sono fatti salvi ulteriori rimedi a disposizione dei consumatori".

51 La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) svolge, come noto, un ruolo decisivo nell'interpretazione generale della disciplina eurounitaria (e, in particolare sono davvero numerose le pronunce aventi ad oggetti singole previsioni della normativa sulle pratiche commerciali sleali e sul difetto di conformità nella fornitura di beni di consumo). Se già la pronuncia del 17 dicembre

L'intento è di riportare la questione nell'ambito della disciplina, sempre di matrice consumeristica ed eurounitaria, del difetto di conformità nella vendita (o, meglio, nella fornitura) dei beni di consumo[52].

Tale disciplina – contenuta dapprima nella direttiva 1999/44/CE e poi nella più recente 2019/771/UE (stavolta peraltro dichiaratamente, ai sensi dell'art. 4, di "armonizzazione massima")[53] – è stata differentemente recepita nei diversi Stati membri dell'Unione Europea: mentre la Germania, per esempio, ha scelto d'inserire le novità nel codice civile (di fatto riformulando per intero la disciplina nazionale della vendita ed estendendo le soluzioni rimediali della normativa eurounitaria, a prescindere dalla presenza o meno di un professionista e di un consumatore, alla

2020, C-693/18 – vertente "sull'interpretazione dell'articolo 3, punto 10, e dell'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 715/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2007, relativo all'omologazione dei veicoli a motore riguardo alle emissioni dai veicoli passeggeri e commerciali leggeri (Euro 5 ed Euro 6) e all'ottenimento di informazioni sulla riparazione e la manutenzione del veicolo" – aveva riscontrato la natura illecita dei dispositivi di manipolazione delle emissioni installati da *Volkswagen*, le pronunce più recenti – oltre a confermare un'interpretazione estensiva delle disposizioni di settore (contenute prevalentemente, com si è visto, nel regolamento regolamento n. 715/2007) – sembrano avallare una rilettura "sostenibile" della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo (in vigore all'epoca dei fatti e successivamente abrogata dalla direttiva 771/2019/UE; cfr. CGUE 14 luglio 2022, C-128/20; 134/20; 145/20; CGUE 8.11.2022, C-874/19). Si dichiara, in altri termini, che i veicoli dotati di dispositivi di manipolazione vietati non presentano la qualità abituale dei beni dello stesso tipo che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi e quindi non sono conformi al contratto. Si tratta peraltro, sempre secondo la CGUE, di un difetto di conformità che non può essere qualificato come «minore» e pertanto la risoluzione del contratto non può essere per principio esclusa (v. spec. CGUE 14 luglio 2022, C-145/20).

52 Così, a margine dell'art. 3 della direttiva 771/2019/UE, Addis, F. ("Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova nuova direttiva (UE) 2019/771", in *Nuov. dir. civ.*, 2019, p. 12): "Oltre che della vendita, questa è infatti disciplina anche di altri contratti, che il legislatore «equipara» alla prima dandosi cura di nominarne quattro singolarmente (permuta, somministrazione, appalto e contratto d'opera) e di consentire di individuarne altri non espressamente menzionati, concretamente determinabili sulla base del criterio inclusivo dell'appartenenza alla categoria dei contratti – per riportare l'espressione testuale – «finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre» […] anche con la direttiva (UE) 19/771 è offerta una disciplina generale delle garanzie relative a tutti i contratti a prestazioni corrispettive traslativi di un bene di consumo o che ne possono determinare il trasferimento". Questa ricostruzione è stata poi confermata dal recepimento della direttiva nell'ambito dell'art. 128, c. 1, dell'odierno decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. "codice del consumo"): "Il presente capo disciplina taluni aspetti dei contratti di vendita conclusi tra consumatore e venditore fra i quali la conformità dei beni al contratto, i rimedi in caso di difetto di conformità, le modalità di esercizio di tali rimedi e le garanzie convenzionali. A tali fini, ai contratti di vendita sono equiparati i contratti di permuta e di somministrazione nonché quelli di appalto, d'opera e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni da fabbricare o produrre".

53 Secondo l'art. 4 della direttiva 771/2019/UE, "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 le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso" (livello di c.d. "armonizzazione massima"). Tuttavia, "in concreto appare impressionante (e significativo, mi pare, delle difficoltà in cui si dibatte oggi il processo legislativo europeo), trattandosi di una direttiva che cerca nell'armonizzazione massima il suo profilo qualificante, la quantità di deroghe che vengono introdotte al principio" (Barenghi, A.: "Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo", in *Contr. impr.*, 2020, p. 808). Si è così rinvenuta piuttosto una "armonizzazione massima parziale e temperata" (Pagliantini, S.: "Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771", cit., p. 220) oppure una "armonizzazione massima selettiva" (Addis, F.: "Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771", cit., p. 7). Per una ricostruzione più articolata e complessa rispetto all'apparente semplice formulazione dell'art. 4 della direttiva 771/2019/UE, cfr. Bertelli, F.: "L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771 UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore", in *Eur. dir. priv.*, 2019, pp. 953 ss., pp. 957 ss., pp. 971 ss.

generalità dei contratti di compravendita)[54], l'Italia ha preferito non intervenire sul codice civile (se non in una prima e temporanea fase)[55], limitandosi a novellare il Capo I, del Titolo III, della Parte IV del codice di consumo[56].

Non v'è dubbio, in effetti, che la disciplina eurounitaria sulla fornitura dei beni di consumo possa fornire – perlomeno in alcuni casi – nuovi ed interessanti spunti di riflessione sulla vicenda "Dieselgate" nonché sull'abuso delle dichiarazioni di sostenibilità. A tal fine, sarà sufficiente soffermarsi – seppure sinteticamente – sulla nozione di conformità e sul sistema rimediale nel caso di difetto di conformità del bene venduto[57].

Già nell'ambito della direttiva 1999/44/CE (astrattamente applicabile, seppur all'esito dei diversi atti di recepimento da parte dei singoli Stati membri, al tempo dei fatti del c.d. "Dieselgate")[58] "si presume che i beni di consumo siano conformi al contratto se [...] presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso

54 Cfr., *supra*, § II, 2.

55 In origine, il decreto legislativo 2 febbraio 2002, n. 24 ("Attuazione della direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie di consumo") aveva inserito le previsioni, di matrice eurounitaria, direttamente nel codice civile (cfr. Zaccaria, A. - De Cristofaro, G.: *La vendita di beni di consumo. Commento agli artt. 1519*-bis – *1519*-nonies *del codice civile*, Cedam, Padova, 2002). Tali norme sono state poi abrogate dall'art. 143, lett. s), del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. "codice del consumo") ed il loro contenuto è stato trasfuso nel Capo I del Titolo III della Parte IV del medesimo "codice del consumo" (artt. 128-135).

56 Il decreto legislativo 4 novembre 2021, n. 170 ("Attuazione della direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE") ha recepito le nuove previsioni nell'ordinamento italiano sostituendo il precedente Capo I del Titolo III della Parte IV del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. "codice del consumo").

57 Senza nessuna pretesa (né di completezza né) di prendere posizione su una disputa dottrinale, che, com'è già stato rilevato, ha assunto (già all'indomani dell'emanazione della direttiva 44/1999/CE) i toni di una vera e propria "guerra di religione" (Addis, F.: "Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771", cit., p. 15), si vuole qui soltanto ricordare l'acceso dibattito fra chi riconduce la disciplina della vendita dei beni di consumo al sistema delle garanzie della vendita (v. Nicolussi, A.: "Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche", in *Eur. dir. priv.*, 2003, pp. 525 ss.; Castronovo, C.: "Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore", in *Eur. dir. priv.*, 2004, pp. 957 ss.; Nivarra, L.: "I rimedi specifici", in *Eur. dir. priv.*, 2011, pp. 157 ss.) e chi, invece, ricorre al concetto di obbligazione per spiegare la responsabilità del venditore in caso di difetto di conformità del bene di consumo (Amadio, G.: "La «conformità al contratto» tra garanzia e responsabilità", in *Contr. impr. Eur.*, 2001, pp. 2 ss., 10 ss.; Schlesinger, P.: "Le garanzie nella vendita di beni di consumo", in *Corr. giur.*, 2002, pp. 561 s.; Fadda, R.: "Il contenuto della Direttiva 1999/44/CE: una panoramica", in *Contr. impr. Eur.*, 2000, pp. 410 ss., pp. 418 ss.; Ead.: *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita (dal codice civile al codice del consumo)*, Jovene, Napoli, 2007, pp. 216 ss.). Per una panoramica, v. Addis, F.: "Potere di disposizione e regole di disposizione dei beni", in *Studi in onore di Giovanni Gabrielli* (a cura di L. Pellegrini), I, Esi, Napoli, 2018, pp. 1 ss., pp. 10 ss., spec. p. 15, nt. 26 e 27. Tale contrapposizione si è sostanzialmente riproposta, seppure con alcune differenze argomentative (derivanti dalla nuova formulazione normativa), pure nell'analisi della direttiva 771/2019/UE (schierato, per esempio, per la tesi della garanzia, c.d. "garanzia pura", è Piraino, F.: "La violazione della vendita di beni al consumatore per difetto di conformità: i presupposti della c.d. responsabilità del venditore e la distribuzione degli oneri probatori", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 125 ss., spec. 136 ss.; predilige, invece, la tesi dell'obbligazione Fadda, R.: "Il diritto al ripristino della conformità negli artt. 135-*bis* e 135-*ter* cod. cons.: tendenze conservatrici e profili innovativi", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 281 ss., pp. 286 ss.).

58 Per una riflessione completa già sulla direttiva 99/44/CE, v., per tutti, De Cristofaro, G.: *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Cedam, Padova, 2000.

tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura" (art. 2, par. 2, lett. d). Tale presunzione, specie nell'ambito *automotiv*e, sembra(va) poter operare, infatti, con riferimento ad ipotesi di prodotto non conforme rispetto a parametri ambientali specificamente convenuti nella normativa di settore nonché attesi all'esito di processi omologazione e di certificazioni rilasciate da soggetti terzi. Difficile, pertanto, dubitare dell'applicabilità nel caso di autoveicoli dotati di un impianto di manipolazione delle emissioni già dell'originaria disciplina di matrice eurounitaria – per come poi recepita nella normativa dei diversi Stati membri – sulla difformità nella vendita dei beni di consumo[59]. Ancora più difficile sembra, però, sfuggire all'applicazione della nuova disciplina eurounitaria derivante dal recepimento nei diversi Stati membri della direttiva 771/2019/UE[60]. Quest'ultima riformula, infatti, la nozione stessa di "conformità" (dei beni al contratto), delineando, in luogo dell'articolato sistema delle presunzioni di cui all'art. 2 della direttiva 1999/44/CE, precisi requisiti soggettivi (art. 6) e oggettivi (art. 7). E, proprio nell'ambito dei requisiti oggettivi, si legge testualmente che il bene è conforme laddove "è della quantità e possiede le qualità e altre caratteristiche, anche in termini di durabilità, funzionalità, compatibilità e sicurezza, normali in un bene del medesimo tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e *delle dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore, o da altre persone nell'ambito dei passaggi precedenti della catena di transazioni commerciali, compreso il produttore, in particolare nella pubblicità o nell'etichetta*" (art. 7, par. 1, lett. d)). Tale riconoscimento normativo della centralità sistematica delle dichiarazioni pubbliche (e, quindi, delle dichiarazioni di sostenibilità) consente di apprezzare, ancora più facilmente ed immediatamente, l'eventuale distanza tra le caratteristiche del bene compravenduto rispetto alle dichiarazioni sostenibili rese prima dell'acquisto. Se tale distanza può rilevare come violazione – oltre che del suddetto divieto di pratiche commerciali sleali – dell'obbligo di fornire al consumatore beni conformi, le conseguenze pratiche più significative non possono che riguardare, ancor una volta, l'apparato rimediale. Il consumatore, in caso di difetto di conformità del bene, ha diritto al ripristino (mediante riparazione o sostituzione) oppure, in subordine, alla riduzione proporzionale del prezzo o alla risoluzione del contratto (come previsto oggi dall'art. 13 della direttiva 2019/771/

59 Decisamente più facile, secondo la giurisprudenza, è semmai escludere l'applicazione della disciplina sul difetto di conformità perché, per esempio, il contratto di compravendita non è direttamente stipulato dal produttore o non coinvolge, in uno dei Paesi dove la normativa è stata recepita soltanto con riferimento ai contratti *business-to-consumer*, un professionista e un consumatore (cfr., *supra*, § II, 2, *C)*, nt. 37 e, *infra*, § IV).

60 Per alcuni studi sulla direttiva, v., *ex multis*, De Cristofaro, G.: "Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari *B-To-C*: l'attuazione della dir. UE 2019/771", *Riv. dir. civ.*, 2021, pp. 205 ss.; Aa.Vv., *La vendita di beni mobili* (a cura di T. dalla Massara), Pacini Editore, Pisa, 2020, pp. 171 ss.; e, nella letteratura straniera, Vanherpe, J.: "White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale Goods and Supply of Digital Content", in *Eur. rev. priv. law*, 2020, pp. 251 ss.

UE e, in passato, dall'art. 3 della direttiva 1999/44/CE)[61]: s'individuano così rimedi individuali che – compatibilmente con il dettato del nuovo art. 11-*bis* della direttiva 2005/29/CE – consentono di ovviare, almeno in parte, ai limiti di tutela sottesi alla disciplina delle pratiche commerciali sleali[62].

Nemmeno l'ipotesi ricostruttiva dell'abuso delle dichiarazioni di sostenibilità e, in particolare, del c.d. "Dieselgate" nella prospettiva della disciplina del difetto di conformità del bene compravenduto manca però di criticità.

Innanzitutto, la mancata gerarchizzazione delle tutele idonee a ripristinare la conformità del bene non convince del tutto: non c'è dubbio, infatti, che in una prospettiva rimediale pienamente "sostenibile" la preferenza legislativa (pur accennata) per la riparazione (a discapito della sostituzione del bene) sarebbe potuta risultare più marcata[63]. Peraltro, la recente previsione di ulteriori fattispecie, ai sensi dell'art. 13, par. 4, dir. 2019/771/UE, in cui il difetto di conformità fa sorgere per il consumatore il diritto di chiedere direttamente la riduzione proporzionale del prezzo in conformità o la risoluzione del contratto di vendita ha finito per

61 Tralasciando le (pur esistenti) differenze fra le discipline rimediali delle due direttive (nonché i problemi legati al loro recepimento nei diversi Stati membri dell'Unione Europea; v., per tutti, Fadda, R.: "Il diritto al ripristino della conformità negli artt. 135-*bis* e 135-*ter* cod. cons.: tendenze conservatrici e profili innovativi", cit., pp. 281 ss.; Oliviero, F.: "La nuova disciplina dei c.d. rimedi "secondari": riduzione del prezzo e risoluzione del contratto", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 313 ss.; Venturelli, A.: "I rimedi esperibili dal consumatore: il risarcimento del danno e l'*exceptio inadimpleti contractus*", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 357 ss.), si rileva qui soltanto come la disciplina italiana dei rimedi, in caso di difetto di conformità, sia attualmente contenuta – a seguito dell'emanazione del decreto legislativo 4 novembre 2021, n. 170 – nell'ambito degli artt. 135-*bis* ss. del codice del consumo.

62 Sul punto, cfr. Imbruglia, D.: "Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori", cit., pp. 504-505. Nell'ipotesi di pratiche commerciali sleali – secondo lo stesso art. 11-*bis*, paragrafo 2, della direttiva 2019/2161/UE – i rimedi individuali "non pregiudicano l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale".

63 Criticano decisamente l'assenza di un'espressa gerarchia interna ai rimedi di primo grado (diretti a conseguire il ripristino del bene) Terryn, E.: "A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law", in *Eur. rev. priv. law*, 2019, p. 857; Möllers, T. M. J.: "The Weaknesses of the Sale of Goods Directive – Dealing with Legislative Deficits", in *Jus civile*, 2020, pp. 1165 ss., 1186; e, nella letteratura italiana, Imbruglia, D.: "Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori", cit., p. 505. Tuttavia, com'è stato rilevato (v. Bertelli, F.: "«Dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore», conformità oggettiva e ed economia circolare", cit., spec. p. 244), non mancano elementi (seppur impliciti) da cui intuire una preferenza normativa per la riparazione (a svantaggio della sostituzione) del bene. Si sottolinea soprattutto l'enfasi posta dalla disciplina eurounitaria sulla durabilità del bene quale requisito oggettivo di conformità (v. artt. 5 e 7, par. 1, lett. d) della direttiva 771/2019/UE), riprendendo e valorizzando, al contempo, la lettera del Considerando 48 (che, non a caso, gli studiosi più critici ritengono stridere con la formulazione dell'art. 13 della medesima direttiva): "[…] consentire al consumatore di chiedere la riparazione dovrebbe incoraggiare un consumo sostenibile e contribuire a una maggiore durabilità dei prodotti. La scelta del consumatore tra riparazione e sostituzione dovrebbe essere limitata solo nei casi in cui l'opzione scelta sia impossibile dal punto di vista giuridico o pratico o imponga al venditore costi che sarebbero sproporzionati, rispetto all'altra opzione disponibile". Sull'apparato rimediale delineato dalla direttiva 2019/771/UE, v., *ex multis*, De Cristofaro, G.: "Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari *B-To-C*: l'attuazione della dir. UE 2019/771", cit., pp. 228 ss.; Pagliantini, S.: "Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771", in *Giur. it.*, 2020, pp. 230 ss.; Addis, F.: "Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova nuova direttiva (UE) 2019/771", cit., pp. 20 ss.

ridurre l'ambito applicativo proprio dei rimedi diretti ad assicurare il ripristino della conformità[64].

Emergono però – nonostante gli indubbi passi in avanti fatti sul fronte dei rimedi sinallagmatici individuali (nonché l'apparente volontà delle istituzioni dell'Unione Europea di puntare sullo sviluppo di un diritto dei consumatori sempre più sostenibile)[65] – altre criticità, di carattere tecnico e sistematico, nell'ottica di provar a delineare finalmente un'adeguata tutela eurounitaria del fenomeno.

Continua a risultare di difficile soluzione, in particolare, la questione relativa alla determinazione del danno risarcibile: se l'individuazione del *quantum* risarcibile risulta complesso (e foriero, come si è visto, di conseguenze pratiche molto diverse fra loro nei diversi Stati membri dell'UE) all'esito della qualificazione della fattispecie come pratica commerciale sleale (e/o, più genericamente, come illecito), la situazione non sembra destinata, infatti, ad essere risolta definitivamente dalla riconduzione, laddove possibile, dell'abuso di dichiarazioni sostenibili – e, in particolare, dell'esemplare vicenda del "Dieselgate" – alla disciplina del difetto di conformità nella fornitura di beni di consumo. Si tratta piuttosto di comprendere se, nell'attuale contesto europeo, si è pronti (o meno) per adottare una nuova e

64 Risulta pertanto tutt'altro che azzerato l'ambito applicativo della risoluzione del contratto. Sul punto, cfr. Sartoris, C.: "La risoluzione della vendita di beni di consumo nella dir. n. 771/2019 UE", in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2020, pp. 702 ss.; e, nell'ambito (più specifico) dell'ordinamento italiano, dalla Massara, T.: "Art. 135 *septies* cod. cons.: il coordinamento tra codice del consumo e codice civile in tempi di armonizzazione massima", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 485 ss., spec. 496 ss.

65 In tal senso, sull'apparente volontà politica europea (in particolare, della Commissione), cfr. Möllers, T. M. J.: "The Weaknesses of the Sale of Goods Directive – Dealing with Legislative Deficits", cit., 1186 ("With the start of the Commission under President von der Leyen, the European Union has now committed itself to sustainability. This covers not only climate change, but also the life cycle of goods. The destruction of returned goods is also to be avoided"). Questa volontà sembra potersi rintracciare, per esempio, nella Risoluzione del Parlamento europeo del 25 novembre 2020 sul tema "Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori" (2020/2021(INI) (reperibile *online* sul sito ufficiale del Parlamento europeo: *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0318_IT.html*). Qui si tratta di richiamare soprattutto gli artt. 30 e 31 della Risoluzione, laddove il Parlamento europeo: "(30). sottolinea che i consumatori ricevono dichiarazioni fuorvianti sulle caratteristiche ambientali dei prodotti e dei servizi, sia online che offline; raccomanda pertanto che prima dell'immissione sul mercato di un prodotto o servizio sia effettuato un monitoraggio efficace delle dichiarazioni ambientali presentate dai produttori e dai distributori e che la direttiva 2005/29/CE, recentemente modificata, sia applicata mediante misure proattive per contrastare le pratiche ingannevoli; invita la Commissione a elaborare orientamenti aggiornati per l'attuazione omogenea di detta direttiva a riguardo delle dichiarazioni ambientali e a fornire orientamenti per le attività di sorveglianza del mercato; (31). chiede l'elaborazione di orientamenti e norme chiari per le dichiarazioni e gli impegni verdi che si traducano in un rafforzamento delle certificazioni del marchio di qualità ecologica e si compiace dell'annunciata proposta legislativa sulla giustificazione delle dichiarazioni ecologiche; raccomanda di vagliare l'eventuale necessità di istituire un registro pubblico europeo che elenchi le dichiarazioni ambientali autorizzate e vietate, nonché le condizioni e le misure da adottare per valutare una dichiarazione; aggiunge che offrendo informazioni trasparenti, affidabili e accurate i consumatori avranno più fiducia nei prodotti e nei mercati, il che condurrà infine a un consumo più sostenibile". Sul punto, cfr. Imbruglia, D.: "Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori", cit., pp. 506 ss.; Bertelli, F.: "«Dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore», conformità oggettiva e ed economia circolare", cit., pp. 242 ss.

condivisa visione del risarcimento del danno nell'ipotesi di abuso di dichiarazioni di sostenibilità ambientale[66].

Anche l'ambito di applicazione della disciplina sul difetto di conformità solleva poi perplessità giacché, per un verso, non è lo stesso nei diversi Stati membri dell'Unione Europea (con alcuni Paesi, come l'Italia, che ne limitano l'applicazione soltanto ai contratti dei consumatori ed altri, come la Germania, che finiscono per estenderne l'applicazione anche ad altri contratti di compravendita) e, per un altro, non assicura sempre (perlomeno secondo la giurisprudenza) un'efficace tutela nel caso di produttore non coinvolto direttamente nella (controversia sulla) compravendita del veicolo[67].

V. NOTAZIONI CONCLUSIVE

All'esito dell'analisi delle principali problematiche delle dichiarazioni della sostenibilità nel settore *automotive* – e, più specificamente, delle caratteristiche fondamentali (di fatto e di diritto) dell'esemplare vicenda del c.d. "Dieselgate" – poste dalla dalla giurisprudenza dei diversi Stati membri dell'Unione Europea sembra ormai possibile, muovendo proprio dalla (ri)lettura critica della normativa consumeristica di matrice eurounitaria, formulare delle notazioni conclusive.

Nell'ambito del settore *automotive*, risulta ormai chiaro, più che altrove, l'odierna duplice tendenza normativa, sottesa alla disciplina eurounitaria, derivante dall'aspirazione di coltivare, assieme alla libera concorrenza, l'ideale della sostenibilità.

Decisamente più confuse risultano, invece, le modalità concrete per assicurare un efficace (e coerente) perseguimento dell'*intentio legis* tramite la combinazione, a livello nazionale ed eurounitario, di strumenti di *public* e *private enforcement*.

66 A tal fine, suggeriscono un *surplus* di riflessione anche le numerose considerazioni dottrinali svolte con riferimento alle peculiari caratteristiche del c.d. "danno ambientale" (con interessanti spunti di diritto sostanziale e processuale): Leccese, E.: *Danno all'ambiente e danno alla persona*, Franco Angeli, Milano, 2011, pp. 58 ss., 63 ss.; Pozzo, B.: "Modelli notevoli e circolazione dei modelli giuridici in campo ambientale: tra imitazione e innovazione", in *Un giurista di successo - Studi in onore di Antonio Gambaro* (a cura di U. Mattei, A. Candian, B. Pozzo, A. Monti e C. Marchetti), Giuffrè, Milano, 2017, pp. 335 ss.; Ead.: "La tutela dell'ambiente tra strumenti di diritto privato e strumenti di diritto pubblico: le grandi epoche del diritto all'ambiente", in *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, *Atti del IV Congresso nazionale SIRD, Trento 24-26 settembre 2015* (a cura di G.A. Benacchio e M. Graziadei), Esi, Napoli, 2016, pp. 291 ss., spec. 318 ss.; Salanitro, U.: "Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali", *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 246 ss.; Ceccherini, G.: "Danno all'ambiente e garanzia dell'accesso alla giustizia: una questione aperta", *Riv. dir. civ.*, 2021, pp. 347 ss. Per un esercizio interessante (seppur ormai risalente) di riflessione (anche comparata) sulle diverse possibili tecniche rimediali a fronte di un danno ambientale, si rinvia anche ai diversi contributi raccolti in Aa.Vv.: *Principi europei e illecito ambientale* (a cura di A. D'Adda, I. Nicotra e U. Salanitro), Giappichelli, Torino, 2013, pp. 1 ss., spec. 39 ss., 81 ss., 102 ss., 196 ss., 246 ss.

67 Cfr., *supra*, § II, 2, *C)*, nt. 37.

Sembra necessario, a tal fine, segnalare perlomeno tre ordini di notazioni conclusive.

Il primo riguarda poteri e ruolo delle autorità amministrative indipendenti nei diversi Stati membri dell'Unione. Sembrano emergere tanto problemi di coordinamento dei vari poteri esercitati dalle diverse autorità nazionali, quanto problemi derivanti dall'esigenza di riconoscere spesso poteri maggiori alle singole *authorities* già esistenti (come dimostrato, per esempio, dall'AGCM che ha dovuto sottostare, anche nel caso "Dieselgate", ad una cornice edittale che prevedeva come sanzione pecuniaria massima 5 milioni di euro). Con la direttiva (UE) 2019/2161 sono state rimodulate a livello europeo, come si è visto, le sanzioni pecuniarie nel caso di pratiche commerciali sleali. Tali novità provano ad agire tanto sul fronte del necessario coordinamento fra i poteri pubblicistici esercitati dalle diverse autorità nazionali quanto sul fronte dell'innalzamento complessivo delle cornici edittali nel caso di accertamento di pratiche commerciali sleali: si tratterà adesso di veder alla prova tali novità normative (riflettendo magari, al contempo, sull'opportunità di esercitare tali poteri con una maggior attenzione ai principi non soltanto della concorrenza, ma anche della sostenibilità nonché sull'opportunità d'istituire una specifica autorità, magari sovranazionale, diretta a promuovere e ad assicurare uno sviluppo sostenibile anche tramite la tutela dell'ambiente)[68].

Il secondo ordine di notazioni attiene, invece, alle problematiche legate al recepimento della rinnovata disciplina eurounitaria sulle pratiche commerciali sleali (rappresentata, come si è visto dalla direttiva 2005/29/CE così come successivamente modificata, fra l'altro, dalla direttiva (UE) 2019/2161). Non è detto che che la normativa nazionale dei diversi Stati membri – anche a prescindere dall'auspicata maggior armonizzazione – sarà capace di fornire risposte adeguate tanto sul fronte pubblicistico (ove sono state finalmente apportate significative modifiche ed integrazioni all'originaria disciplina sanzionatoria) quanto soprattutto (all'esito delle più recenti modifiche riguardanti proprio l'introduzione, compatibilmente con gli altri strumenti a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale, dei rimedi individuali nei confronti delle pratiche commerciali sleali) sul fronte privatistico. La prima impressione – tra formulazioni generiche eurounitarie e "minimalismo" legislativo nazionale – non è delle migliori[69].

Un terzo ed ultimo ordine di notazioni riguarda la ricostruzione "sostenibile" della normativa sul difetto di conformità nella fornitura di beni di consumo.

68 Si tratta soltanto di un invito alla riflessione: non è detto, infatti, che il conseguimento di un'efficace tutela pubblicistica dell'ambiente, fermo restando la necessaria espressione di una (ad oggi non evidente) *voluntas legis* al riguardo, debba necessariamente passare per l'istituzione (a livello nazionale e sovranazionale) di una nuova autorità amministrativa indipendente.

69 Cfr., *supra*, § III, spec. 2.

Quest'interpretazione – almeno in parte avallata dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea – continua però a porre criticità riconducibili, come si è visto, soprattutto all'incerta determinazione del danno risarcibile e all'ambito di applicazione della disciplina[70]. Tanto la normativa sulle pratiche commerciali sleali quanto quella sul difetto di conformità nella fornitura dei beni di consumo devono poi essere coordinate non soltanto con le diverse discipline (anche processuali) nazionali, ma anche con il recepimento della direttiva (UE) 2020/1828 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori (che abroga la precedente direttiva 2009/22/CE)[71].

Alle notazioni critiche dev'essere affiancata, però, un'incoraggiante chiosa in ottica futura: lo sforzo ricostruttivo della normativa del settore *automotive* nel prisma della "sostenibilità" – nonostante alcuni profili rimediali ancor oggi incerti e parzialmente da rivedere – appare finalmente avviato. Tale prospettiva "sostenibile" risulta, infatti, rintracciabile, al fianco dell'originaria matrice (ed ispirazione) concorrenziale, nell'ordito normativo eurounitario seppur all'esito d'ipotesi ricostruttive (e di "strade" argomentative) diverse – ma convergenti – fra loro.

70 Cfr., *supra*, § IV.

71 Sono dedicati specificamente al ruolo della "class action" nella vicenda del c.d. "Dieselgate" in Italia e negli Stati Uniti gli studi di Caponi, R.: "Ultime dall'Europa sull'azione di classe (con sguardo finale sugli Stati Uniti e il "Dieselgate")", *Foro it.*, 2019, pp. 332 ss.; Selini, V.: "Emissioni di ossido d'azoto della Volkswagen e vaglio di ammissibilità della "class action" in Italia", *Danno e responsabilità*, 2018, pp. 219 ss. L'aspetto del necessario coordinamento con la nuova disciplina di matrice eurounitaria è stato poi giustamente sottolineato, di recente, da De Pamphilis, M.: "Dalla *Class Action* alla *Multidistrict Litigation*: il caso "Dieselgate" tra U.S.A. e Italia", *Jus civile*, 2022, pp. 1174 ss., spec. 1193: "è doveroso dar conto del prossimo recepimento (entro la fine del 2022) della direttiva 2020/1828/UE relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori. Sebbene tale disciplina concerna le azioni collettive inibitorie e risarcitorie relative al rapporto tra consumatori e professionisti (mentre, come si è detto, la riforma della Class Action italiana le ha conferito natura di rimedio generale), il suo recepimento richiederà di apportare alcuni correttivi alla disciplina vigente soprattutto con riguardo alle azioni collettive transfrontaliere, ai requisiti di competenza e indipendenza degli enti rappresentativi legittimati a proporle e alla trasparenza delle fonti di finanziamento delle azioni, in prevenzione dei conflitti di interessi". Nella stessa direzione delle considerazioni svolte nel testo sembrano muoversi anche le notazioni di De Cristofaro, G.: "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", *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, pp. 1010 ss., spec. 1033-1034; Id.: "Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?", cit., spec. pp. 44-45 (laddove sottolinea, a proposito della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, "l'importanza e la delicatezza di questi nuovi rimedi, che saranno inevitabilmente esperibili non soltanto nell'ambito di giudizi instaurati da un singolo consumatore nei confronti del professionista responsabile della pratica commerciale scorretta, ma anche (e verosimilmente soprattutto) nell'ambito dei giudizi 'di classe' inibitori e risarcitori che verranno disciplinati dalle disposizioni di attuazione della dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori").

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Sostenibilità globale e cultura giuridiche comparate* (a cura di S. LANNI), Giappichelli, Torino, 2022.

AA.VV.: *Comunicazione, marketing e sostenibilità ambientale* (a cura di M. TAVELLA), Giappichelli, Torino, 2022.

AA.VV., *La vendita di beni mobili* (a cura di T. DALLA MASSARA), Pacini Editore, Pisa, 2020.

AA.VV., *The Palgrave Handbook of Development Cooperation for Achieving the 2030 Agenda* (a cura di S. CHATURVEDI, H. JANUS, S. KLINGEBIEL, L. XIAOYUN, A. DE MELLO E SOUZA, E. SIDIROPOULOS, D. WEHRMANN), Palgrave Macmillan, Cham, 2021.

AA.VV.: *Enforcing Consumer and Capital Markets Law. The Diesel Emissions Scandal* (a cura di B. GSELL e M.J. MÖLLERS), Intersentia, Cambridge, 2020.

AA.VV.: *The Dieselgate. A Legal Perspective* (a cura di M. FRIGESSI DI RATTALMA), Springer, Berlin, 2017.

AA.VV.: *Contratto e ambiente. L'analisi «ecologica» del diritto contrattuale* (a cura di M. PENNASILICO), Esi, Napoli, 2016.

AA.VV.: *Principi europei e illecito ambientale* (a cura di A. D'ADDA, I. NICOTRA e U. SALANITRO), Giappichelli, Torino, 2013.

ADDIS, F.: "Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova nuova direttiva (UE) 2019/771", in *Nuov. dir. civ.*, 2019, pp. 5 ss.

ADDIS, F.: "Potere di disposizione e regole di disposizione dei beni", in *Studi in onore di Giovanni Gabrielli* (a cura di L. PELLEGRINI), I, Esi, Napoli, 2018, pp. 1 ss.

AHMETOGLU, G. - FRIED, S. - DAWES, J. - FURNHAM, A.: *Pricing Practices: Their Effects on Consumer Behaviour and Welfare*, Mountainview Learning, London, 2010.

ALPA, G.: "Note sulla riforma della Costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali", *Contr. impr.*, 2022, pp. 361 ss.

ALTOPIEDI, R.: "Ambiente, giustizia e diritto", *Soc. dir.*, 2020, pp. 95 ss.

AMADIO, G.: "La «conformità al contratto» tra garanzia e responsabilità", in *Contr. impr. Eur.*, 2001, pp. 3 ss.

Azzarri, F.: "Obbligazione di consegna, passaggio del rischio e trasferimento della proprietà nelle vendite B-to-C: il coordinamento delle nuove regole con le norme di attuazione della direttiva 2011/83/UE", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 175 ss.

Barenghi, A.: "Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo", in *Contr. impr.*, 2020, pp. 806 ss.;

Benedetti, A.: "Le certificazioni ambientali", in Aa.Vv.: *Diritto dell'ambiente* (a cura di G. Rossi, aggiornamento a cura di A. Fari), Giappichelli, Torino, 2021, pp. 207 ss.

Bertani, M.: *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Giuffrè, Milano, 2016.

Bertelli, F.: *Le dichiarazioni di sostenibilità nella fornitura di beni di consumo*, Giappichelli, Torino, 2022.

Bertelli, F.: "«Dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore», conformità oggettiva e ed economia circolare", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 219 ss.

Bertelli, F.: "Dealing with the Dieselgate scandal in the US and EU", *Italian Law Journal*, 2021, pp. 619 ss.

Bertelli, F.: *Profili civilistici del «Dieselgate». Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, Esi, Napoli, 2021.

Bertelli, F.: "L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771 UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore", in *Eur. dir. priv.*, 2019, pp. 953 ss.

Caponi, R.: "Ultime dall'Europa sull'azione di classe (con sguardo finale sugli Stati Uniti e il "Dieselgate")", *Foro it.*, 2019, pp. 332 ss.

Castronovo, C.: "Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore", in *Eur. dir. priv.*, 2004, pp. 957 ss.

Cataldi, G.: voce "Ambiente (tutela dell'), II) Diritto della Comunità Europea", in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 2002, pp. 1 ss.

Caterina, R.: "Modelli di razionalità e incompletezza del regolamento contrattuale", in Aa.Vv.: *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità*

limitata nel diritto privato (a cura di G. Rojas Elgueta e N. Vardi), RomaTre-Press, Roma, 2014, pp. 47 ss.

Caterini, E.: "Sustainability and civil law", *Italian Law Journal*, 2018, pp. 289 ss.

Ceccherini, G.: "Danno all'ambiente e garanzia dell'accesso alla giustizia: una questione aperta", *Riv. dir. civ.*, 2021, pp. 347 ss.

Cecchetti, M.: "La revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune", *Forum quad. cost.,* 2021, pp. 285 e ss.

Chiummariello, M.: "L'Europa e Rio. Riflessi della Conferenza di Rio sull'Europa", *Dir. ec.*, 1993, pp. 83 ss.

Chiussi, L.: "The UN 2030 Agenda on Sustainable Development: Talking the Talk, Walking the Walk?", *Com. int.*, 2016, pp. 49 ss.

Colasante, P.: "La ricerca di una nozione giuridica di ambiente e la complessa individuazione del legislatore competente", *federalismi.it*, 2020, XX, pp. 123 ss.

Coppini, P.: "Armonizzazione massima e minimalismo legislativo nel "nuovo" difetto di conformità dei beni di consumo", in corso di pubblicazione in questo stesso fascicolo della Rivista.

dalla Massara, T.: "Art. 135 *septies* cod. cons.: il coordinamento tra codice del consumo e codice civile in tempi di armonizzazione massima", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 485 ss.

De Cristofaro, G.: "Rimedi privatistici "individuali" dei consumatori e pratiche commerciali scorrette: l'art. 11-bis dir. 2005/29/UE e la perdurante (e aggravata) frammentazione dei diritti nazionali dei Paesi UE", *Jus civile*, 2022, pp. 269 ss.

De Cristofaro, G.: "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", *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, pp. 1010 ss.

De Cristofaro, G.: "Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?", *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, pp. 1 ss.

De Cristofaro, G.: "Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari *B-To-C*: l'attuazione della dir. UE 2019/771", *Riv. dir. civ.*, 2021, pp. 205 ss.

De Cristofaro, G.: "40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future", *Contr.*, 2019, pp. 177 ss.

De Cristofaro, G.: voce "Pratiche commerciali scorrette", in *Enc. dir.*, *Ann.*, V, Giuffrè Milano, 2012, pp. 1079 ss.

De Cristofaro, G.: "Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE", *Rass. dir. civ.*, 2010, pp. 880 ss.

De Cristofaro, G.: *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Cedam, Padova, 2000.

De Franceschi, A.: "Una proficua Wahlverwandtschaft: Schuldrechtsmodernisierung e diritto privato europeo", in AA.VV.: *Dal 'Fitness check' alla riforma del codice civile. Profili metodologici della ricodificazione* (a cura di P. Sirena), Jovene, Napoli, 2019, pp. 351ss.

De Leonardis, F.: "La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma 'programma' dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura", *ApertaContrada,* 2022.

De Leonardis, F.: "Ambiente e Costituzione economica", *Dir. ec.*, 2019, III, p. 1 ss.

De Pamphilis, M.: "Dalla *Class Action* alla *Multidistrict Litigation*: il caso "Dieselgate" tra U.S.A. e Italia", *Jus civile*, 2022, pp. 1174 ss.

Esposito, G.M.: "Note minime sulla nozione giuridica di ambiente. Diritti soggettivi e poteri pubblici", *Teoria st. dir. priv.*, 2019, p. 1 ss.

Fachechi, A.: *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Esi, Napoli, 2012.

Fadda, R.: "Il diritto al ripristino della conformità negli artt. 135-*bis* e 135-*ter* cod. cons.: tendenze conservatrici e profili innovativi", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 281 ss.

Fadda, R.: *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita (dal codice civile al codice del consumo)*, Jovene, Napoli, 2007.

FADDA, R.: "Il contenuto della Direttiva 1999/44/CE: una panoramica", in *Contr. impr. Eur.*, 2000, pp. 410 ss.

FEBBRAJO, T.: *Il* private enforcement *del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Esi, Napoli, 2018.

FISCHER, T. - KNUTH, H.: "Grün getarnt", *Die Zeit*, 18 Januar 2023.

FRACCHIA, F.: "L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in 'negativo'", *Dir. ec.*, 2022, pp. 15 ss.

FRACCHIA, F.: "Il principio dello sviluppo sostenibile", in AA.VV.: *Diritto dell'ambiente,* 5ª ed. (a cura di G. ROSSI, aggiornamento a cura di A. FARI), Giappichelli, Torino, 2021, pp. 181 e ss.

GRANELLI, C.: voce "Pratiche commerciali scorrette: le tutele", in *Enc. dir., I Tematici*, I (diretto da G. D'AMICO), Giuffrè, Milano, 2021, pp. 825 ss.

GRANELLI, C.: "L'art.11-bis della direttiva 2005/29/CE: ratio, problemi interpretativi e margini di discrezionalità concessi agli Stati membri ai fini del recepimento", *Jus civile*, 2022, pp. 256 ss.

GRASSI, S.: "Ambiente e Costituzione", *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017, pp. 4 ss.

GUEGUEN, N.: *Psicologia del consumatore*, Il Mulino, Bologna, 2016.

GUFFANTI PESENTI, L.: *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporto di consumo*, Jovene, Napoli, 2020.

HESSELINK, M.: "European Contract Law: A Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?", in *Eur. rev. priv. law*, 2007, pp. 323 ss

IMBRUGLIA, D.: "Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori", *Pers. merc.*, 2021, pp. 495 ss.

LABELLA, E.: *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2018.

LANZINGER, G.: "Rio de Janeiro: per un nuovo diritto dell'ambiente", *Democrazia e diritto*, 1992, pp. 207 ss.

LECCESE, E.: *Danno all'ambiente e danno alla persona*, Franco Angeli, Milano, 2011.

Lenzi, I. - Pais, I. - Zucca, A.: *Un patto globale per lo sviluppo sostenibile: processi e attori nell'agenda 2030*, FEEM Press, Milano, 2015.

Leonardi, F.: *Comportamento omissivo dell'impresa e pratiche commerciali scorrette*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2019.

Marchisio, S.: "Il diritto internazionale dell'ambiente", in Cordini, G. - Fois, P.E.M. - Marchisio, S.: *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, 3ª ed., Giappichelli, Torino, 2017, pp. 1 ss.

Marchisio, S.: "Gli atti di Rio de Janeiro nel diritto internazionale", *Riv. dir. int.*, 1992, pp. 581 ss.

Maugeri, M.: "Invalidità del contratto stipulato a seguito di pratica commerciale sleale?", *Jus civile*, 2022, pp. 316 ss.

Meli, M.: *Il principio comunitario «chi inquina paga»*, Giuffrè, Milano, 1996.

Memoli, R.: "Cultura, Mutamento e Sviluppo nell'Agenda ONU 2030 per lo sviluppo sostenibile", *Culture e Studi del Sociale*, 2020, pp. 7 ss.

Micklitz, H. W.: "Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy", in *EuCML*, 2019, pp. 229 ss.

Möllers, T. M. J.: "The Weaknesses of the Sale of Goods Directive – Dealing with Legislative Deficits", in *Jus civile*, 2020, pp. 1165 ss.

Nicolussi, A.: "Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche", in *Eur. dir. priv.*, 2003, pp. 525 ss.

Oliviero, F.: "La nuova disciplina dei c.d. rimedi "secondari": riduzione del prezzo e risoluzione del contratto", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 313 ss.

Pagliantini, S.: "Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771", in *Giur. it.*, 2020, pp. 217 ss.

Pagliantini, S.: "I rimedi non risarcitori: esatto adempimento, riduzione del prezzo e risoluzione del contratto", *Jus civile*, 2022, pp. 304 ss.

Pellegrino, F.: *Sviluppo sostenibile dei trasporti marittimi comunitari*, Giuffrè, Milano, 2009.

Pennasilico, M.: "Contratto, ambiente e giustizia dello scambio nell'officina dell'interprete", *Pol. dir.*, 2018, pp. 3 ss.

Pineschi, L.: "Tutela dell'ambiente e assistenza allo sviluppo: dalla Conferenza di Stoccolma (1972) alla Conferenza di Rio (1992)", *Riv. giur. amb.*, 1994, pp. 493 ss.

Piraino, F.: "La violazione della vendita di beni al consumatore per difetto di conformità: i presupposti della c.d. responsabilità del venditore e la distribuzione degli oneri probatori", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 125 ss.

Politi, M.: "Tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile: profili e prospettive di evoluzione del diritto internazionale alla luce della Conferenza di Rio del Janeiro", in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Cedam, Padova, 1995, pp. 449 ss.

Pozzo, B.: "Modelli notevoli e circolazione dei modelli giuridici in campo ambientale: tra imitazione e innovazione", in *Un giurista di successo - Studi in onore di Antonio Gambaro* (a cura di U. Mattei, A. Candian, B. Pozzo, A. Monti e C. Marchetti), Giuffrè, Milano, 2017, pp. 335 ss.

Pozzo, B.: "La tutela dell'ambiente tra strumenti di diritto privato e strumenti di diritto pubblico: le grandi epoche del diritto all'ambiente", in *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, Atti del IV Congresso nazionale SIRD, Trento 24-26 settembre 2015* (a cura di G. A. Benacchio e M. Graziadei), Esi, Napoli, 2016, pp. 291 ss.

Pozzo, B.: voce "Tutela dell'ambiente (diritto internazionale)", in *Enc. dir., Ann.*, III, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 1158 ss.

Renna, Mar.: "Attività d'impresa, sostenibilità ambientale e bilanciamento tra diritto alla salute e iniziativa economica privata", *Contr. impr.*, 2022, pp. 537 ss.

Rossi, G.: "L'evoluzione del diritto all'ambiente", *Riv. quadr. dir. amb.*, 2015, pp. 75 ss.

Rumi, T.: "La tutela del consumatore dalle asserzioni ambientali ingannevoli", *Jus civile*, 2022, pp. 1408 ss.

Salanitro, U.: "Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali", *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 246 ss.

Sanfilippo, P.M.: "Tutela dell'ambiente e "assetti adeguati" dell'impresa: compliance, autonomia ed *enforcement*", *Riv. dir. civ.*, 2022, pp. 993 ss.

Santoro, P.: "*Dieselgate* italiano: *(e)mission impossible*. Il Tribunale di Venezia accoglie la *class action* e, in sintonia con i Tribunali di Avellino e Genova, riconosce il risarcimento dei danni da illecito antitrust e da pratiche commerciali scorrette", *Danno e responsabilità*, 2022, pp. 243 ss.

Sartoris, C.: "La risoluzione della vendita di beni di consumo nella dir. n. 771/2019 UE", in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2020, pp. 702 ss.

Savioli, B.: "Ambiente e sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e ricadute interne", *Percorsi cost.*, 2016, pp. 589 ss.

Schlesinger, P.: "Le garanzie nella vendita di beni di consumo", in *Corr. giur.*, 2002, pp. 561 s.

Schmitz, A.J.: "Enforcing Consumer and Capital Markets Law in the United States", in Aa.Vv.: *Enforcing Consumer and Capital Markets Law. The Diesel Emissions Scandal*, (a cura di B. Gsell e M.J. Möllers), Intersentia, Cambridge, 2020, pp. 339 ss.

Selini, V.: "Emissioni di ossido d'azoto della *Volkswagen* e vaglio di ammissibilità della "class action" in Italia", *Danno e responsabilità*, 2018, pp. 219 ss.

Seminara, A.P.: "Libertà del consumatore e psicologia della pubblicità", *Contr. impr.*, 2020, pp. 493 ss.

Sethna, Z. - Blythe, J.: *Consumer behaviour*, 4ª ed., SAGE Publications, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, Melbourne, 2019.

Sohn, L.B.: "The Stockholm Declaration on the the Human Environment", *Harvard Intern. Law*, 1973, pp. 423 ss.

Terryn, E.: "A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law", in *Eur. rev. priv. law*, 2019, pp. 851 ss.

Treves, T.: "Il diritto dell'ambiente a Rio e dopo Rio", *Riv. giur. amb.*, 1993, pp. 577 ss.

Vanherpe, J.: "White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale Goods and Supply of Digital Content", in *Eur. rev. priv. law*, 2020, pp. 251 ss.

Venturelli, A.: "I rimedi esperibili dal consumatore: il risarcimento del danno e l'*exceptio inadimpleti contractus*", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 357 ss.

VOIGT, C.: *Sustainable Development as a Principle of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2008.

ZACCARIA, A. - DE CRISTOFARO, G.: *La vendita di beni di consumo. Commento agli artt. 1519*-bis – *1519*-nonies *del codice civile*, Cedam, Padova, 2002.

ZURAWICKI, L: *Neuromarketing: Exploring the Brain of the Consumer*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2010.

REPERCUSIONES CIVILES DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES FOLLOW ON DERIVADAS DEL CÁRTEL DE CAMIONES EUROPEOS

CIVIL REPERCUSSIONS OF THE EXERCISE OF FOLLOW-ON ACTIONS DERIVED FROM THE EUROPEAN TRUCK CARTE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 148-171

Alejandro
PLATERO
ALCÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 20222
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: En el presente trabajo se intentará dar respuesta a una serie de interrogantes que se plantean en relación a la interposición de acciones de responsabilidad civil extracontractual, derivadas del cartel entre fabricantes de camiones europeos que afectó entre los años 1997 y 2011 a 10 millones de camiones. Para ello, se prestará especial atención a dos aspectos claves para el ejercicio de las mismas, como son, el de la determinación del plazo de prescripción de la acción y, el relativo a la difícil tarea de cuantificar el posible daño sufrido por el consumidor.

PALABRAS CLAVE: Cártel; camiones; responsabilidad civil; acciones follow on.

ABSTRACT: *This paper will try to answer a series of questions that arise in relation to the filing of extra-contractual civil liability actions, derived from the cartel between European truck manufacturers that affected 10 million trucks between 1997 and 2011. For this, special attention will be paid to two key aspects for the exercise of the same, such as the determination of the limitation period of the action and the one related to the difficult task of quantifying the possible damage suffered by the consumer.*

KEY WORDS: *Sign; trucks; civil liability; follow-on actions.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.- II. LA SANCIÓN A LAS CONDUCTAS COLUSORIAS DE LOS FABRICANTES DE CAMIONES EUROPEOS.- III. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA RECLAMAR LOS DAÑOS DERIVADOS DEL CÁRTEL DE LOS CAMIONES.- IV. LA COMPLEJA PRUEBA DEL DAÑO INDEMNIZABLE.- V. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

A lo largo de las siguientes páginas se va a proceder a analizar la problemática relativa de la interposición de acciones de responsabilidad civil extracontractual, derivadas del conocido como cártel de los camiones europeos.

Para ello, resultará necesario abordar en primer lugar, la sucesión de acontecimientos previos a la interposición actual de las citadas demandas. De hecho, como es sabido, las mismas pueden hoy plantearse en Europa porque la Comisión Europea sancionó a los principales fabricantes de camiones medios y pesados europeos por realizar entre ellos durante casi 12 años, una serie de acuerdos prohibidos, dirigidos a incrementar el precio de venta de los citados camiones, provocando un perjuicio en el consumidor de los mismos, debido a la falta de lucha comercial entre las citadas entidades

Debe precisarse que el estudio realizado no se centra en la situación actual de la Compañía Scania que, como posteriormente se expondrá, tiene por parte de los organismos europeos un tratamiento diferenciado, ya que, nunca ha aceptado su participación en los hechos sancionados que, en cambio, sus competidoras si han aceptado.

A raíz de la sanción europea, y en medio de un cambio legislativo en relación a las conocidas acciones *follow on*, resultará necesario describir con detalle los diferentes acontecimientos acaecidos, ya que entre otras cuestiones, afectarán profundamente para la fijación del *dies a quo* para el establecimiento de las acciones y, el relativo al plazo de prescripción de las mismas.

También, resulta cuanto menos contradictoria, la situación actual en relación a la prueba del daño indemnizable, ya que, como se analizará posteriormente, para el dañado resulta extremadamente difícil concretar el sobrecoste que ha sufrido con exactitud en la compra del camión. De hecho, se analizarán diferentes pronunciamientos donde se acogen disparidad de criterios en relación a la estimación del daño sufrido por el consumidor, resultando mayoritaria la opinión

• Alejandro Platero Alcón
Profesor Contratado Doctor
Derecho Civil, UEX
platero@unex.es

de los juzgadores de realizar una valoración del sobrecoste en un 5 por ciento del valor de venta bruto del camión.

Se analizará también la importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de junio de 2022, que analiza aspectos claves para la interposición de las demandas de responsabilidad civil derivadas del cártel de los camiones, aunque como se verá con detalle, deja escapar la oportunidad de fijar decisiones claves en determinados aspectos, como el relativo al plazo de prescripción de las acciones.

II. LA SANCIÓN A LAS CONDUCTAS COLUSORIAS DE LOS FABRICANTES DE CAMIONES EUROPEOS.

Como se ha expuesto con anterioridad, en el presente trabajo se va a proceder a analizar las repercusiones de carácter civil que se derivan del conocido como cártel de los camiones, donde como ha quedado acreditado, las entidades Man, Daimier, Iveco, Volvo, Renault y Daf, decidieron ponerse de acuerdo para elevar los precios de venta de los camiones pesados y medios en Europa, situación que, tras reconocerse por parte de los organismos competentes, ha dado lugar a una problemática indemnizatoria que se intentará describir con precisión[1].

En concreto, fue la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016 dictada en el procedimiento "Asunto AT.39824- Camiones", la que declaró tras llegar a un acuerdo de transacción con las compañías descritas con anterioridad que, las citadas habían realizado una infracción del derecho de la competencia de una duración superior a 14 años, en concreto desde el 17-1-1997 al 18-1-2011[2], consistiendo la misma fijación de común acuerdo, de unos precios brutos de venta de los camiones medios y pesados superiores en todo Europa[3]. Debe advertirse que la citada decisión, fue objeto de comunicación el 19 de julio de 2016, aunque no fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea hasta el 6 de abril del año siguiente, situación que como después se expondrá, provoca enormes

1 López y García De La Serrana, J.: "La responsabilidad civil en el conocido como cártel de los camiones", *Responsabilidad civil, seguro y trafico: cuaderno jurídico*, núm. 60, 2017, p. 20 y ss.

2 A excepción de la compañía Man donde solo consta su participación en las prácticas colusorias hasta el 20 de septiembre de 2010.

3 Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto AT.39824 — Camiones), publicada el 6 de abril de 2017. Algunas de las prácticas colusorias que se obtienen de la citada Decisión son:
- Consistió en prácticas colusorias en materia de fijación de precios brutos e incremento de los mismos respecto de camiones pesados y medios en todo el EEE. Así como prácticas colusorias en relación al calendario y repercusión de costes de introducción de las tecnologías de emisiones para camiones medios y pesados, exigidas por las normas EURO III a EURO VI.
- Conductas de intercambio de listas de precios y programas informáticos; comparación de ofertas propias y de competidores, incluso de los extras; para lograr el alineamiento de precios en el EEE; tratándose, en ocasiones, los precios netos para determinados países; acuerdos sobre calendario y recargos en relación a nuevas tecnologías de emisiones.

controversias en el cálculo de la prescripción en la interposición de la acción por daños[4].

Debe precisarse que otra compañía ha sido objeto de sanción por parte de la Unión Europea por su participación en las prácticas colusorias, en concreto fue la compañía Scania que, al no aceptar los acuerdos de transacción que se firmaron con las entidades citadas anteriormente, es sancionada en fecha posterior, en concreto el 27 de septiembre de 2017[5]. Ese pronunciamiento posterior, también puede ser importante en materia de prescripción, ya que, al existir como después se expondrá una responsabilidad solidaria entre los intervinientes del cartel, se podrá producir (o no) una ampliación de los plazos para reclamar posibles indemnización de carácter civil.

De hecho, debe notarse también que, Scania decidió recurrir la decisión sancionadora y, el Tribunal General de la Unión Europea en su sentencia de 2 de febrero del año 2022, desestima cada uno de los nuevos motivos del recurso alegados por la compañía, confirmando así su participación en el cartel de los camiones y, por tanto, imponiéndole una importante sanción de carácter económico al respecto, situación que ya era atisbada por parte de la doctrina[6].

La complejidad jurídica desde una óptica civil que se deriva de las sanciones establecidas por la Unión Europea, vienen determinadas por el ejercicio de la acción de responsabilidad civil derivada de los daños que han podido sufrir los consumidores de camiones que los adquirieron durante el citado periodo de tiempo[7], acciones que se denominan tradicionalmente cuando se derivan de la existencia de un cártel, como acciones *follow on*, pero que como se expondrá posteriormente, carecían de regulación específica en España hasta el año 2017[8].

Esa complejidad en la interposición y posible éxito en el triunfo de las acciones indemnizatorias civiles, se analizará teniendo en cuenta dos aspectos fundamentales: el de la prescripción y, el de la valoración del daño causado al afectado, exponiéndose los mismos en dos apartados distintos, al objeto de facilitar la comprensión de los mismos.

4 Risueño Caballero, J.A.: "Primeras señales del cambio de rumbo en las sentencias españolas del Cártel de fabricantes de camiones en Europa", *Diario la Ley*, núm. 9394, 2019, p. 3 y ss.

5 Marcos Fernández, F.: "La Decisión Scania sobre el cártel de los fabricantes de camiones", *Diario la Ley*, núm. 9714, 2020, p. 8 y ss.

6 Ruíz Peris, J.I.: *Derecho europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 122 y ss.

7 Gómez Asensio, C.: "Las acciones de regreso entre los infractores por daños en el Derecho de la competencia", *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 27, 2020, p. 4 y ss.

8 Pastor Martínez, E.: "Acciones «follow on»: la estimación judicial del daño en la práctica reciente de la jurisprudencia española", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 317, 2020, p. 5 y ss.

Ahora bien, antes de hacer referencia en profundidad en los mismos, debe precisarse que sobre el ejercicio de estas acciones, se están produciendo en la práctica numerosas circunstancias dignas de reseñar que, darían para un análisis superior al requerido en la presente obra, pero que aun así, deben de destacarse dos de ellas. En concreto, resulta interesante la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en acrónimo STJUE) de 1 de agosto de 2022, donde el distrito alemán de *Northeim* solicitaba que se le indemnizara debido a que había adquirido dos camiones de recogida de residuos urbanos durante los años 2006 y 2007, a una de las compañías objeto de sanción por parte de la Unión Europea. Pues bien, se planteó la duda si los camiones de la tipología citada, se encontraban incluidos dentro de los que habían sido objeto de un acuerdo ilegal por parte de las entidades sancionadas, recuérdese, camiones medianos y pesados. En este caso, el Tribunal si consideró a los citados camiones como incluidos dentro del cártel declarado, aunque a modo de curiosidad, aprovechó la ocasión para considerar a otro tipo de camiones como los de bomberos o los utilizados en prácticas militares, como excluidos expresamente de posibles reclamaciones indemnizatorias[9].

También debe destacarse otro aspecto interesante, como es el relativo a la determinación de la responsabilidad de las filiales de las entidades que han participado en las prácticas colusorias. Sobre este extremo, se ha pronunciado la STJUE de 6 de octubre de 2021, donde se analizaba la legitimación pasiva que ostentaba la entidad Mercedes Benz España, como filial de la compañía objeto de sanción Daimier[10]. En este caso en concreto, el Tribunal consideró que el perjudicado por una práctica colusoria vería restringido casi al exceso en su posibilidad de ejercitar una acción de resarcimiento, si no pudiera interponer la misma contra una filial perteneciente al mismo grupo cuya actividad empresarial resultara coincidente y, avaló la interposición de acciones contra las filiales de las entidades sancionadas, siempre y cuando, constituyan una única unidad económica[11].

Sobre este pronunciamiento, debe advertirse que no sienta una afirmación categórica respecto a la responsabilidad de las filiales en este tipo de acción[12], sino que recuerda los pronunciamientos habido hasta la fecha, donde se remarca la necesidad de que se den una serie de requisitos que demuestren inequívocamente

9 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de agosto de 2022. Asunto C-588/20: *Landkreis Northeim* vs. *Daimler AG*.

10 Un análisis en profundidad de la misma, puede encontrarse entre otras, en la obra de Díez Estella, F.: "En búsqueda de un concepto de "empresa" en el Derecho de la competencia la STJUE Sumal c. Mercedes Benz", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, p. 319 y ss.

11 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2021. Asunto C-882/19: *Sumal*, S. L., vs. Mercedes Benz Trucks España, S. L.

12 Beltrán Ruiz, S., y Fernández Valero, F.: "Competencia judicial internacional y el cártel de camiones. Análisis de las conclusiones del Abogado General Sr. Jean Richard de la Tour, Asunto C-30/20 de 22 de abril de 2021", *Diario la Ley*, núm. 9869, 2021, p. 7 y ss.

la unión entre la filial y la entidad objeto de la sanción[13]. Por ello, se puede encontrar, por ejemplo, un reciente pronunciamiento por parte de la Audiencia Provincial de Valencia de 29 de junio del año 2022, donde a pesar de hacerse referencia expresa al pronunciamiento del SJUE de 1 de octubre de 2021, se considera que las reclamaciones extrajudicial realizadas a la entidad Volvo España, no eran válidas para interrumpir la prescripción, ya que, la entidad sancionada por la Comisión era la sociedad AB Volvo. Evidentemente, el hecho de tener que acreditar los vínculos entre las entidades del grupo empresarial, puede complicar en exceso el ejercicio de estas acciones de responsabilidad civil, aunque, como se verá posteriormente, en la práctica casi la totalidad de las mismas son objeto de pronunciamiento favorable a los intereses del demandante, en mayor o menor medida.

III. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA RECLAMAR LOS DAÑOS DERIVADOS DEL CÁRTEL DE LOS CAMIONES.

Evidentemente uno de los primeros aspectos que deben tenerse en cuenta para la interposición de cualquier acción jurídica, será la determinación exacta del plazo de prescripción de la misma, ya que cualquier error en su fijación, provocaría el fracaso de las pretensiones indemnizatorias del dañado, en este caso en concreto, las de los clientes de las compañías de camiones que compraron un camión medio o pesado durante los años que duró la infracción competencial.

Pero como se va a exponer, la determinación exacta del momento en que empieza a correr el plazo para interponer acciones por daños en el cartel de camiones y, lo que es mejor, la duración del mismo, constituyen dos elementos complejos de determinar y, como se expondrá, aunque existe un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en acrónimo TJUE) al respecto, todavía una de las dos cuestiones citadas, no resulta pacífica[14].

En efecto, debe recordarse que la sanción anterior afirma que las conductas colusorias finalizaron en enero de 2011, anunciándose la Decisión de la Comisión un 19 de julio del año 2016, pero como se apuntó anteriormente, la misma no fue objeto de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea hasta el 6 de abril del año 2017[15]. Si no se añadiera ningún otro elemento a la ecuación jurídica que

13 Armils Arnals, R.: "La legitimación pasiva en el cártel de los camiones: ¿debe responder la filial por los daños generados por su matriz como consecuencia de una infracción del derecho de la competencia?", *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 88, 2019, p.137 y ss.

14 El análisis relativo a la determinación de los aspectos relativos con la prescripción de las acciones por daños derivados del cártel de los camiones, se realizará en relación con las entidades que aceptaron la transacción por su participación en las conductas colusorias, ya que en las fechas de redacción de las presentes líneas, Scania ha recurrido en casación la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 2 de febrero de 2022.

15 Gilo Gómez, C.: "La recuperación del sobrecoste abonado en la adquisición de camiones", *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 25, 2020, p. 355 y ss.

se plantea, resultaría que el principal problema relativo a la cuestión prescriptiva, consistiría en resolver el momento exacto a partir del cual, empieza a correr el cómputo prescriptivo, pudiendo distinguirse tres escenarios distintos:

- En el primero de ellos, el *dies a quo* sería el momento en el que finalizan las prácticas colusorias, es decir, el 18 de enero de 2011, con carácter general.

- La segunda posibilidad radicaría en considerar que el plazo de prescripción comenzaría a correr desde el momento en que se anuncia la Decisión de la Comisión, es decir, a partir del 19 de julio del año 2016.

- Y, en último lugar, cabría considerar la fecha de la publicación de la Decisión en el Diario Oficial de la Unión Europea, es decir, el 6 de abril del año 2017, como el momento a partir del cual, debe empezar a contarse la prescripción de la acción por daños.

Ahora bien, la citada ecuación jurídica se completa en el momento en que se plantea la siguiente pregunta, ¿Y, qué plazo de prescripción hay que aplicar? Leída de pasada, la pregunta puede parecer nimia, pero en realidad, todavía no se encuentra clarificada del todo la respuesta, ya que, parece que habrá supuestos donde habrá que aplicar un plazo y, otros en cambio donde habrá que aplicar otro plazo, encontrando enormes discrepancias en los pronunciamientos de las audiencias provinciales que han estudiado esta cuestión, como se expondrá con posterioridad.

La citada complejidad en la determinación del plazo, radica en que desde el año 2011 que finalizaron las prácticas colusorias, hasta la fecha de la comunicación y posterior publicación de las sanciones administrativas, se produjo un importante cambio legislativo al respecto, introducido por la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

En concreto, la citada Directiva, introdujo un verdadero marco jurídico para las acciones de responsabilidad civil extracontractual derivadas de un cártel, apostando claramente, entre otras cuestiones, por un sistema de responsabilidad civil solidaria entre los partícipes del mismo, donde no se complique en exceso por parte los estados nacionales la carga de la prueba del afectado, ya que, como se puede imaginar, requerirá de la tenencia de una serie de conocimientos avanzados que el consumidor medio no detentará fácilmente y, además, en relación al objeto

concreto del presente apartado, el artículo décimo de la misma[16], establece un plazo de prescripción para las citadas acciones de 5 años desde que el demandante tuviera conocimiento de las prácticas anticompetitivas[17].

Además, para añadir un mayor grado de complicación a la aludida ecuación jurídica de la prescripción[18], debe notarse que, los estados miembros tenían la obligación de transponer el instrumento comunitario con anterioridad al 27 de diciembre de 2016, pero en concreto, España no transpuso la misma hasta el día 27 de mayo del año 2017, es decir, con posterioridad tanto a la comunicación de la Decisión, como en relación a la fecha de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, por lo que, podría realizarse una interpretación consistente en considerar que el plazo de prescripción mínimo de 5 años introducido por la Directiva comunitaria, no debe regir para el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil extracontractual por los posibles daños acaecidos a los consumidores de camiones medios y pesados.

En efecto, en España la citada transposición se realizó a través del Real Decreto-Ley 9/2017 de 26 de mayo, donde se impone un plazo de prescripción de las acciones por daños derivadas por infracciones de la competencia de 5 años, aunque que, como es sabido, con carácter general, el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad civil extracontractual es de 1 año, en virtud de lo establecido en el artículo 1902 del Código Civil español. Es por ello, que en la interposición de las citadas acciones, existen muchas dudas acerca de si el plazo de prescripción que debe aplicarse en España, será el tradicional de 1

16 Artículo 10 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, «DOUE» núm. 349, de 5 de diciembre de 2014:
1. Los Estados miembros establecerán, de conformidad con el presente artículo, las normas aplicables a los plazos para ejercitar acciones por daños. Tales normas determinarán cuándo empieza a correr el plazo, su duración y las circunstancias en las que se interrumpe o suspende.
2. Los plazos no empezarán a correr antes de que haya cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento, o haya podido razonablemente tener conocimiento de: a) la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; b) que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio, y c) la identidad del infractor.
3. Los Estados miembros velarán por que el plazo para el ejercicio de una acción por daños sea de al menos cinco años.
4. Los Estados miembros velarán por que se suspenda o, en función del Derecho nacional, se interrumpa el plazo si una autoridad de la competencia actúa a efectos de la investigación o el procedimiento en relación con una infracción del Derecho de la competencia con la que esté relacionada la acción por daños. La suspensión terminará, como mínimo, un año después de que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma.

17 Casado Navarro, A.: "La Directiva 2014/104/UE sobre acciones por daños en materia de competencia: una apuesta por las *follow-on* actions", en AA.VV: *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la directiva 2014/104/ UE. Directiva y propuesta de transposición*, (coord. J.I., Ruíz Perís), Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 430 y siguientes.

18 El problema de prescripción no es exclusivo del cártel de los camiones, sino que aunque todavía se encuentra en su fase inicial, también pueden encontrarse ya en las acciones judiciales interpuestas por los consumidores afectados por el denominado cártel de coches. Véase al respecto, la obra de Marcos Fernández, F.: "El régimen de prescripción de las acciones de daños por el «cártel de coches»", *Diario la Ley*, núm. 9975, 2021, p. 3 y siguientes.

año o, en cambio, se aplicaría el plazo de 5 años, aunque eso supusiera aplicar retroactivamente una norma.

Por tanto, como puede observarse, aparte de los posibles problemas de falta de legitimación pasiva o de competencia territorial que se apuntaron con anterioridad[19], resultará necesario conocer cuál de los 3 escenarios descritos con anterioridad es el elegido para el cómputo de la prescripción y, una vez realizada la anterior determinación, determinar el plazo de prescripción a aplicar a las citadas acciones *follow on* objeto de análisis, es decir, 1 o 5 años.

Las dos dudas descritas fueron elevadas como cuestión prejudicial por parte de la audiencia provincial de León el 12 de junio del año 2020, dictándose sentencia por parte del TJUE, el 22 de junio del año 2022, aunque como expondrá con detalle, a pesar de que queda resuelta la cuestión acerca de la fijación del *dies a quo* en el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil extracontractual contra los fabricantes sancionados, no se muestra igual de tajante en la determinación del plazo concreto de prescripción[20].

En efecto, entrando ya en el contenido de la sentencia citada, el TJUE comienza a razonas en relación al momento exacto en que debe considerarse que se inicia la prescripción, ya que, como se adujo con anterioridad, pueden diferenciarse hasta 3 escenarios distintos, a saber: la fecha de terminación del cártel; la fecha de comunicación de la Decisión o, la fecha en que la Decisión se publicó en el Diario Oficial de la Unión. Pues bien, para el Tribunal no cabe duda de que la fecha que debe tenerse en cuenta para el inicio del cómputo es el día 6 de abril de 2017, es decir, el momento exacto cuando se produce la publicación oficial de la Decisión, ya que, acogiendo la tesis del Abogado General en sus conclusiones, no puede considerarse que una comunicación en prensa de la Decisión, donde ni siquiera se produjo en todos los idiomas de la Unión, constituya un medio eficaz para que el posible perjudicado del cártel conozca el alcance del mismo[21].

19 Para profundizar más sobre las citadas notas, puede observarse, entre otras, la obra de Jímenez Cardona, N.: "Legitimación pasiva y competencia territorial en las acciones antitrust derivadas del cártel de los camiones", *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2021, p. 281 y ss.

20 Marcos Fernández, F.: "Prescripción y daño en las reclamaciones de daños por conductas anticompetitivas: Luces y sombras de la sentencia del Tribunal de Justicia UE de 22/6/22 (C-267/20 DAF Trucks NV & AB Volvo/RM)", *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 30, 2022, p. 5 y ss.

21 Conclusiones 67 a 71 de la STJUE de 22 de junio de 2022. Asunto C- 267/20: Volvo AB (publ.), *DAF Trucks* NV, vs.*RM:* "67. Como ha señalado el Abogado General, en esencia, en los puntos 125 a 127 de sus conclusiones, primero, los comunicados de prensa contienen, en principio, información menos detallada sobre las circunstancias del asunto de que se trate y sobre las razones por las que un comportamiento restrictivo de la competencia puede calificarse de infracción que los resúmenes de las decisiones de la Comisión, publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea, que, según el artículo 30 del Reglamento n.º 1/2003, deben mencionar los nombres de las partes y el contenido principal de la decisión en cuestión, incluidas las sanciones impuestas. 68 Además, los comunicados de prensa no están destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros, en particular las personas perjudicadas. Constituyen, en cambio, documentos breves destinados, en principio, a la prensa y a los medios de comunicación. Por lo tanto, no puede considerarse que exista, por parte de las personas perjudicadas por una infracción del Derecho de la competencia, un deber general de diligencia que los obligue a llevar un seguimiento de la publicación

Ahora bien, debe recordarse que España no transpuso la Directiva relativa las acciones de daños por cárteles hasta el 27 de mayo del año 2017, es decir en fecha posterior al comienzo del plazo de prescripción, por lo que, de no aplicarse retroactivamente la misma, resultaría de aplicación el plazo general de prescripción de acciones de responsabilidad civil extracontractual de 1 año, tesis defendida por el Abogado General de la UE en sus conclusiones emitidas el 28 de octubre del año 2021[22].

Para poder aplicar retroactivamente el artículo 10 de la Directiva comunitaria donde se establecía un plazo de prescripción mínimo de 5 años para las acciones por daños derivados de los cárteles, el TJUE comienza debatiendo en relación a la naturaleza jurídica del citado precepto, ya que, el artículo 22 del citado texto legal, regula una serie de precisiones en relación a la aplicación retroactiva de los preceptos de carácter sustantivos y procesales. Así, llega a la consideración en su conclusión número 46 que el citado artículo 10 ostenta carácter sustantivo, ya que: "a diferencia de los plazos procesales, el plazo de prescripción, al conllevar la extinción de la acción judicial, se refiere al Derecho material, ya que afecta al ejercicio de un derecho subjetivo que la persona afectada ya no podrá invocar de manera efectiva ante un tribunal".

En principio, de acuerdo con lo detallado en el citado artículo 22 de la Directiva analizada en la sentencia, no podría aplicarse retroactivamente el plazo de 5 años para el ejercicio de las acciones. Ahora bien, el TJUE analiza las fechas descritas con detalle en las anteriores páginas del presente trabajo y, para el supuesto que se encontraba enjuiciando, donde la demanda se interpuso por parte del potencial afectado el día 1 de abril de 2018, comienza a razonar en relación al lapso temporal que ha transcurrido desde el 6 de abril del año 2017, es decir, desde el momento en que se produjo la publicación de la Decisión en el Diario Oficial de la Unión Europea.

de tales comunicados de prensa. 69 Por último, contrariamente a los resúmenes de las decisiones de la Comisión, que, según el punto 148 de la Comunicación de la Comisión sobre buenas prácticas para el desarrollo de los procedimientos de aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, se publican en el Diario Oficial de la Unión Europea en todas las lenguas oficiales de la Unión poco después de la adopción de la decisión de que se trate, los comunicados de prensa no se publican necesariamente en todas las lenguas oficiales de la Unión. 70 En el caso de autos, como el Abogado General ha indicado, en esencia, en los puntos 129 a 131 de sus conclusiones, el comunicado de prensa no parece identificar con la precisión del resumen de la Decisión C(2016) 4673 final la identidad de los autores de la infracción de que se trata, su duración exacta y los productos a los que afecta dicha infracción. 71 En estas circunstancias, no puede considerarse razonablemente que, en el caso de autos, en la fecha de publicación del comunicado de prensa relativo a la Decisión C(2016) 4673 final, a saber, el 19 de julio de 2016, RM tuviera conocimiento de la información indispensable que le habría permitido ejercitar su acción por daños. En cambio, sí puede considerarse razonablemente que RM tuvo tal conocimiento en la fecha de la publicación del resumen de la Decisión C(2016) 4673 final en el Diario Oficial de la Unión Europea, a saber, el 6 de abril de 2017".

22 Un interesante análisis de las citadas conclusiones, puede encontrarse, entre otras, en la obra de Ferreiro Rubiano, B.: "Cártel de camiones: abogado general rechaza la retroactividad de las disposiciones sustantivas de la directiva de daños", *Economist & Jurist*, vol. 30, núm. 257, 2022, p. 37 y siguientes.

De este modo, para el TJUE, en el momento de la publicación, ya tendría que encontrarse transpuesto en el ordenamiento comunitario español el plazo de prescripción de 5 años, ya que el plazo finalizaba el 27 de diciembre de 2016, por lo que, el plazo de prescripción a aplicar sería efectivamente el previsto en el instrumento comunitario. Ahora bien, en realidad, no afirma con rotundidad en su pronunciamiento que deba aplicarse el plazo de 5 años en todos los supuestos, hecho que se demuestra en el sentido que finalizando sus razonamientos, aduce que aunque el plazo de prescripción fuera el general de 1 año contenido en el artículo 1902 del Código Civil, para el caso concreto que estaba analizando, tampoco se entendería expirado el plazo para presentar la acción, ya que se interpuso la demanda el 1 de abril de 2018 y el plazo comenzó a correr el 6 de abril del año 2017.

Pudiera parecer al respecto que, se estuviera realizando una interpretación del Derecho comunitario que favoreciera el acceso a la indemnización de los perjudicados por el cártel de camiones[23], pero en puridad, el TJUE no se atreve a declarar de manera expresa la aplicabilidad del plazo de los 5 años, hasta el punto que, como se expondrá a continuación, las audiencias provinciales y los juzgados de primera instancia en España, discuten entre ellas en relación al plazo de prescripción a aplicar, ya que, a fecha de redacción de las presentes líneas, no existen ningún pronunciamiento del Tribunal Supremo español al respecto.

Antes de la publicación de la sentencia del TJUE el 22 de junio de 2022 parecía un criterio cuasi-unánime la preferencia de los tribunales españoles por la aplicación de un plazo de prescripción de 1 año, en concreto destacando la Audiencia Provincial de Valencia que, además ha sido tradicionalmente una de las más restrictivas en la estimación de las demandas por daños, incluso desestimando las mismas por cuestiones de falta de legitimación pasiva de las filiales, como fue su sentencia de 29 de junio de 2022, donde por cierto, también se acogió un plazo de prescripción de 1 año.

De hecho, hasta casi 1 mes después del pronunciamiento del TJUE, todavía se siguen encontrando pronunciamientos que acogen la tesis de la aplicación del plazo de prescripción de 1 año, como es el caso de la Audiencia Provincial de Girona en su sentencia de 18 de julio del año 2022 que, además de rectificar el plazo de 3 años aplicado por parte del juzgador de primera instancia, invocando los plazos establecidos en el Código Civil catalán, considera aplicable el: "art. 1902 CCivil a estos supuestos de acciones de daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia revista caracteres propios (diferentes a otros casos de responsabilidad extracontractual), específicamente en cuanto a la apreciación

23 Feschuk, D.: "El avance industrial modela el derecho de la competencia. Las acciones *follow-on* y el cártel europeo de los fabricantes de camiones", *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 246, 2021, p. 12 y ss.

de los requisitos del nexo causal entre la conducta contraria a la libre competencia y el perjuicio efectivamente producido, y del decuantificación o determinación de los daños, que están muy próximos a los recogidos en la actual normativa de la Directiva de daños o de la LDC".

Ahora bien, parece que ya las Audiencias Provinciales han decidido en sus últimos pronunciamientos acogerse con carácter general al plazo de prescripción de 5 años, giro que puede apreciarse entre otras, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de julio del año 2022, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de julio también del año 2022 y, resulta ilustrativo el razonamiento esgrimido por la Audiencia Provincial de Valladolid en su sentencia de 11 de octubre del 2022, donde expresa a lo largo de su fundamento jurídico segundo, los motivos que han provocado el cambio de parecer en relación a la duración del plazo de prescripción de las acciones objeto de análisis[24].

Sorprende eso sí, ya para dar por concluso el análisis de la problemática de la prescripción en las acciones de responsabilidad civil derivadas del cártel de los camiones europeos, encontrarse todavía con sentencias por parte de algunos tribunales que, parecen contravenir el sentir general sobre la cuestión. Así, se puede citar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona del 2 de septiembre de 2022, donde se realiza una interpretación del artículo 1939 del Código Civil español, para considerar vigente el plazo de prescripción de 1 año durante el periodo que la Directiva española no había sido objeto de transposición[25].

24 Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia de la AP de Valladolid de 11 de octubre de 2022: "Atendiendo a las comunicaciones remitidas a la demandada previamente a la presentación de la demanda, y la fecha de ésta, se ha considerado por el juzgador " a quo" trascurrido el plazo de prescripción de un año, previsto en el artº 1902 CC de la normativa nacional, criterio que venía siendo aplicado por esta Sala, al igual que por la jurisprudencia provincial mayoritaria (en este sentido, por citar algunas, SAP Valencia 9 de febrero de 2021, SAP Barcelona de 17 de abril de 2020, SAP Zamora de 16 de octubre de 2020 ó SAP Cáceres de 12 de noviembre de 2020, y las que se citan en las mismas). La Audiencia Provincial de León elevó cuestión prejudicial ante el TJUE, que fue resuelta mediante sentencia de fecha 22 de junio de 2022 (asunto C- 267/20) interpretando el alcance del artículo 10 de la Directiva 2014/104/ UE y el artículo 74.1 LDC (…) De este modo, el plazo de prescripción aplicable ha de ser el previsto en el artículo 74.1 LDC de cinco años, por lo que no puede considerarse prescrita la acción, atendiendo a la fecha de intimación extrajudicial (marzo de 2018) y de presentación de la demanda (noviembre de 2019) pues en ningún caso se habría agotado el plazo para reclamar desde la fecha de la publicación del resumen de la Decisión, criterio que expresa la sentencia de las Audiencia Provincial de León de fecha 19 de septiembre de 2022 dictada a raíz de la resolución de la cuestión perjudicial elevada por ese mismo tribunal, por lo que debe accederse a la impugnación formulada, revocando la sentencia de instancia y entrando a conocer del fondo del asunto".

25 Fundamento jurídico segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de septiembre de 2022: "En consecuencia, debemos tener presente lo dispuesto en el art. 1939 del CC en la medida que constituye la norma de regulación del régimen transitorio en nuestro ordenamiento, que dispone: La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo. La cuestión crucial pasa por resolver si cabe una interpretación de la normativa nacional que permita la aplicación del plazo de 5 años sin contravenir lo dispuesto en el art. 1939 del CC y sin caer en una prohibida aplicación de un efecto directo horizontal de una Directiva no transpuesta. Desde mi punto de vista, y teniendo en cuenta que el criterio debe ser común para los diferentes cárteles que se pueden ir planteando, en la sucesión temporal del artículo 1968 del Código Civil por el artículo 74.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, el tránsito de prescripciones de uno a cinco años se debe gobernar por el artículo 1939 del Código Civil; es decir, no hay plazos de prescripción de cinco años para acciones

IV. LA COMPLEJA PRUEBA DEL DAÑO INDEMNIZABLE.

El segundo escollo y, se podría afirmar que principal en la práctica judicial que se está produciendo ante los tribunales españoles encargados de resolver demandas de responsabilidad civil derivadas del cártel de los camiones europeos, se centra fundamentalmente en la prueba del daño sufrido[26] o, como después se expondrá, en la difícil cuantificación del mismo[27].

En concreto, al igual que ocurría en el análisis de la cuestión prescriptiva, se debe traer a colación de nuevo los efectos de la publicación de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, ya que, en su articulado se introdujo a través del artículo 17 del citado texto legal, una nueva regulación en materia probatoria de los daños sufridos por los consumidores afectados por las prácticas colusorias sancionadas[28]. Así, el citado precepto establece, entre otras cuestiones, una presunción iuris tantum, de que se ha producido un daño, una vez, claro está, que se ha constatado la existencia de un cártel y, se establece también la obligación para los estados miembros de no dificultar en exceso la actividad probatoria del afectado, de cara a realizar la difícil tarea de cuantificar el daño sufrido[29].

Pues bien, debe precisarse que la STJUE de 22 de junio de 2022, también tuvo que realizar un estudio acerca de la aplicación en las demandas de responsabilidad

de daños cuya prescripción empezó a correr antes del 28 de mayo del 2017. Así pues, descendiendo a este caso, habiéndose iniciado el *dies a quo* del plazo de prescripción el 6 de abril de 2017, siendo el plazo de prescripción de 1 año, habiéndose interpuesto la demanda el 7 de julio de 2020, y habiéndose interrumpido la prescripción del 5 de abril de 2018 a 22 de julio de 2019, procede declarar no prescrita la acción ejercitada".

26 Vilatas Menadas, S.: "La compensación de daños. El cartel de camiones y el acceso a la fuente de prueba", *Actualidad Civil*, núm. 1, 2018, p. 3 y ss.

27 Fernández Marcos, F.: "Identificación del perjuicio indemnizable en acciones consecutivas (*follow-on*) en caso de cárteles. De la infracción (y sanción) a la compensación del daño", en AA.VV: Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial III, (coord. por A., Tato Plaza), Comares, Granada, 2022, p.43 y ss.

28 Olmedo Peralta, E.: "El valor probatorio de las resoluciones de terminación convencional en procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia", *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 24, 2019, p. 3 y ss.

29 Artículo 17 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea: 1. Los Estados miembros velarán por que ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, con arreglo a los procedimientos nacionales, para estimar el importe de los daños y perjuicios si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles. 2. Se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios. Al infractor le asistirá el derecho a rebatir esa presunción. 3. Los Estados miembros velarán por que, en los procedimientos relativos a reclamaciones de daños y perjuicios, una autoridad nacional de la competencia pueda ofrecer, previa petición de un órgano jurisdiccional nacional, asesoramiento a este en el tema de la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios, si dicha autoridad nacional de la competencia considera adecuado tal asesoramiento.

civil interpuestas por los daños sufridos del cártel de camiones en España, de la nueva norma probatoria introducida por el instrumento comunitario, teniendo de nuevo en cuenta la sucesión temporal de acontecimientos descritos con anterioridad. Es decir, debe recordarse en este momento que, España realizó de manera tardía la transposición la Directiva comunitaria y, que debido a eso, en el momento según el cual para el TJUE comienza a correr el plazo de prescripción, es decir, el día 6 de abril de 2017, coincidiendo con la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la sanción a los fabricantes de camiones mencionados, ya debía de haber estado vigente el nuevo marco jurídico de las acciones *follow on* en el sistema español, situación que como es sabido, no se produjo.

Por ello, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea vuelve a comenzar su razonamiento en la tarea consistente en calificar al citado artículo 17 de la Directiva comunitaria, como una norma de carácter procesal o sustantiva, de cara a poder aplicar (o no) la misma con carácter retroactivo. Recuerda el TJUE que el citado precepto establece una presunción del daño con carácter iuris tantum, debido sobre todo a la naturaleza secreta de los cárteles, lo que provoca un aumento importante en la asimetría de la información entre los intervinientes del cártel y los perjudicados por el mismo.

Además, y en este sentido, coincidiendo con las conclusiones del Abogado General de la Unión Europea mencionadas con anterioridad, el TJUE analiza el artículo 17, concretamente en su apartado segundo, es decir, el que introduce la presunción del daño mencionada y, termina considerando que el mismo, introduce una serie de elementos necesarios para el ejercicio de una acción de responsabilidad civil extracontractual, por lo que, no considera a la misma como una norma de carácter procesal, como pudiera pensarse a priori, sino que la considera de carácter sustantiva.

Por tanto, una vez calificada la norma como sustantiva, para poder determinar su aplicación retroactiva, vuelve de nuevo el Tribunal a realizar el análisis consistente en esclarecer si antes de que expirara el plazo de transposición de dicha Directiva, es decir, finales de diciembre del año 2016, se había consolidado el daño a los potenciales consumidores de los productos afectados por el cártel o, por el contrario, se siguieron produciendo efectos después de que expirara ese plazo. En este sentido, el TJUE teniendo en cuenta el contenido del artículo 22.1 de la Directiva comunitaria que impide la aplicación retroactiva de las normas de carácter sustantivo, llega a la conclusión que no puede aplicarse a las demandas de responsabilidad civil extracontractual analizadas, la presunción iuris tamtum de que se ha producido un daño, ya que, el daño efectivo finalizó el 18 de enero de

2011, es decir, la fecha en que la sanción de la Unión Europea, fija como finalizadora de las prácticas colusorias[30].

Resulta interesante observar como el Tribunal realiza hasta el momento dos aplicaciones distintas de dos preceptos a los que considera de carácter sustantivo, es decir, el relativo al plazo de prescripción de las acciones por los daños producidos y, el apartado segundo del artículo 17, donde se establecía la presunción del daño. Quizás, se trate una vez más de una manifestación de un principio general de la vida, denominado, una de cal y otra de arena. Debe precisarse que de hecho, la doctrina especializada en la actividad jurídica derivada de las decisiones de las autoridades de competencia, también advierten importantes sombras en el pronunciamiento objeto de análisis[31].

Distinto pronunciamiento, ya para acabar con las principales reseñas del pronunciamiento judicial, realiza el TJUE sobre el primer apartado del artículo 17 de la Directiva comunitaria, donde se establecía la necesidad de que los estados miembros velaran por no dificultar en exceso la actividad probatoria de los dañados por la existencia de un cártel, al considerar el citado precepto, como de carácter procesal y, por tanto, de acuerdo con ese artículo 22 de la Directiva comunitaria, si será posible su aplicación retroactiva a las demandas por responsabilidad derivadas del cártel de camiones europeas. De hecho, el citado 17.1 del instrumento legal objeto de debate, faculta a los tribunales nacionales a realizar por si mismos una estimación del daño sufrido, en los casos donde resulte imposible o excesivamente difícil cuantificar el mismo por parte del agente dañado.

Pues bien, como se realizó con anterioridad, es el momento de exponer el estado de la cuestión en los tribunales españoles, en relación con la actividad probatoria de los agentes dañados por el cártel de camiones en Europa. Así, se podrá observar que de hecho, en la práctica judicial, se encuentra una importante contradicción constante entre los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, ya que, existen algunas sedes donde se produce una estimación del porcentaje del daño sufrido por los compradores de los camiones, muy superior al que

30 Conclusiones 102 a 104 de la STJUE 22 de junio de 2022: "Dado que la existencia de un cártel es el hecho identificado por el legislador de la Unión como el que permite presumir la existencia de un perjuicio, habrá de verificarse si la fecha en la que finalizó el cártel en cuestión precede a la fecha en la que expiró el plazo de transposición de la Directiva 2014/104, al no haber sido esta última transpuesta al Derecho español dentro de ese plazo (…) En el caso de autos, el cártel duró desde el 17 de enero de 1997 hasta el 18 de enero de 2011. Así pues, dicha infracción finalizó antes de que expirara el plazo de transposición de la Directiva 2014/104 (…) En estas circunstancias, teniendo en cuenta el artículo 22, apartado 1, de la Directiva 2014/104, procede considerar que la presunción iuris tantum establecida en el artículo 17, apartado 2, de esta Directiva no puede aplicarse *ratione temporis* a una acción por daños que, aunque fue ejercitada con posterioridad a la entrada en vigor de las disposiciones nacionales que transpusieron tardíamente dicha Directiva al Derecho nacional, se refiere a una infracción del Derecho de la competencia que finalizó antes de que expirara el plazo de transposición de tal Directiva".

31 Marcos Fernández, F.: "Transparencia y publicidad de la declaración de infracciones antitrust y de las resoluciones en los procesos de indemnización por daños", *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 42, 2022, p. 131 y ss.

puede encontrarse en otras, por lo que se crea en el fondo, un componente de desigualdad impropio de un sistema judicial justo[32].

En efecto, debe precisarse que en la fecha de redacción de las presentes líneas, se han planteado 16 recursos ante el Tribunal Supremo sobre sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, donde concretamente en 14 de ellas se produjo el mismo pronunciamiento, es decir, el tribunal consideró que la actividad probatoria del dañado era insuficiente, consistiendo la misma normalmente en un informe pericial donde se introducía un porcentaje del daño en relación al precio de venta bruta del camión, normalmente cercano al 20% y, por ello, el mismo se veía obligado para asegurar una reparación al dañado, a estimar judicialmente el daño en un porcentaje distinto, concretamente, como se ha introducido, 14 de las 16 sentencias de las Audiencias Provinciales recurridas, han moderado judicialmente el importe del daño a un 5% del precio de venta del camión[33].

Muy recientemente, de cara a ilustrar el razonamiento seguido en la actualidad por parte de las Audiencias Provinciales de cara a cuantificar el daño del daño[34] en el porcentaje del 5% sobre el coste de venta, destaca los razonamientos que se pueden encontrar en la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 19 de octubre de 2022, donde en su quinto fundamento jurídico se extrae que: "es un hecho probado que existe un daño real y efectivo en forma de sobrecoste que ha ser indemnizado, generado por la conducta anticompetitiva de la fabricante demandada, que los medios de cuantificación al uso no permiten determinar con precisión el perjuicio, que la demandante ha justificado de modo suficiente la probabilidad del perjuicio y que la parte demandada no ha ofrecido una cuantificación alternativa sólida (…)Ello justifica la entrada del criterio de la estimación judicial del daño y la determinación de un porcentaje mínimo de perjuicio sufrido en igualdad de circunstancias. La determinación de la indemnización justa es competencia judicial, en función de las concretas peculiaridades de cada caso concreto, como sucede en todos los ámbitos del Derecho de daños, mediante la atribución a la parte demandante de una suma alzada que compense el sobrecoste sufrido. Por lo expuesto, en este punto procederemos a estimar el recurso de apelación, pues, en efecto, la cuantía indemnizatoria que acríticamente fue concedida por el juez de primera instancia debe ser sustancialmente reducida".

32 Carraco Perera, Á.: "El cártel de los camiones: presunción y prueba del daño", *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 25, 2019, p. 10 y siguientes.

33 Información recogida con precisión y detalle en el blog jurídico: https://almacendederecho.org/sobre-la-necesidad-de-precision-en-la-estimacion-judicial-del-dano-indemnizable, (consultado el 28 de noviembre de 2022).

34 Sobre la citada complejidad también se recomienda la lectura de Martín Martín, G.A.: "Cuantificando daños por ilícitos antitrust, *¿quo vadimus?*", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 1, 2022, p. 387 y siguientes.

Debe precisarse que como se introdujo anteriormente no todas los tribunales están estimando el mismo porcentaje del daño, de hecho y a modo simplemente de ejemplo, puede citarse la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 19 de septiembre de 2022, donde se produce una estimación del daño del 15% del precio de venta, extrayéndose de su fundamento jurídico noveno que: "La utilización de la facultad judicial de estimación del daño está prevista en la ley aplicable al caso (…) Se vincula así la estimación de la demanda con la valoración de los informes periciales y la imposibilidad probatoria que conduce a la apreciación de un sobrecoste del 15% (...) No se está reemplazando la actividad probatoria de las partes sino precisamente aplicando una facultad legal expresamente prevista para este supuesto en el que se constata la excesiva dificultad para cuantificar con precisión el daño. En este contexto resulta razonable que el Juez de instancia considere las conclusiones del informe OXERA sobre cuantificación de daños elaborado para la Comisión Europea en 2009 como fundamento del cálculo del 15% de perjuicio soportado. Ante la imposibilidad de alcanzar una conclusión con las pruebas aportadas, el órgano judicial debe realizar una estimación alzada de carácter discrecional, pero no arbitrario".

De hecho, también pueden encontrarse Audiencias Provinciales que en todos sus pronunciamientos han estimado el porcentaje total de perjuicio solicitado por las partes, como por ejemplo la de Cáceres e, incluso, como no, sentencias donde no se producido estimaciones de ningún tipo, ya que, se ha procedido a desestimarse íntegramente las demandas presentadas, como puede ser, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de octubre de 2020, recurrida a día de hoy ante el Tribunal Supremo, donde se desestima la demanda por supuesta prescripción de la acción.

V. CONCLUSIONES.

Llegados a este punto, resulta necesario presentar una serie de interrogantes finales en relación a la situación actual derivada del ejercicio de acciones de responsabilidad civil extracontractual derivadas de los daños producidos como consecuencia del cártel de camiones europeos medios y pesados.

Como ha quedado acreditado, existen multitud de interrogantes por resolver en relación al ejercicio de las citadas acciones, debido quizás, a que no se ha producido un pronunciamiento al respecto por parte del Tribunal Supremo en España. Y eso, a pesar de que se ha analizado en el presente trabajo la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de junio de 2022, donde precisamente se analizaban dos aspectos fundamentales del ejercicio de las citadas acciones, como son los asuntos relativos a la prescripción y, el complejo aspecto de la prueba del daño causado.

Pues aún con la existencia del pronunciamiento del TJUE recientemente mencionado, todavía existen muchas dudas interpretativas en relación con los principios aspectos que se derivan de la interposición de las citadas acciones. Como se ha expuesto, el Tribunal de Justicia Europeo no terminó de afirmar tajantemente que el plazo de prescripción de las acciones por los daños derivados del cártel de camiones fuera de 5 años, aunque de una lectura y posterior comprensión positiva de sus razonamientos, parece que aunque no lo afirma con rotundidad, insta a los estados miembros a interpretar el Derecho Nacional en tal sentido.

De hecho, aunque se han expuesto en la presente obra, sentencias posteriores al pronunciamiento europeo donde se sigue declarando la preferencia del plazo general de 1 año consagrado en el artículo 1902 del Código Civil español, el empeño tanto anterior como posterior en la determinación de ese plazo, demuestra una aplicación del Derecho poco sensible a perseguir una idea general y básica de cualquier sistema de Derecho, como debe ser el resarcimiento del daño al agente que lo ha sufrido.

Lo anterior, se pone en consonancia además, con la importante corriente doctrinal actual que aboga por un aumento del plazo general para reclamar una indemnización por los daños sufridos de carácter extracontractual. Razonamiento más si cabe necesario, cuando se traen a colación escenarios denominados como grises, donde se desconoce realmente el correcto fundamento de las demandas de responsabilidad, es decir, si utilizar los propios del estatuto contractual, o los derivados de un daño que el dañado no tenía deber de soportar, es decir, los de carácter extracontractual.

A juicio del presente autor, parece claro que el plazo de prescripción a aplicar debe ser el de los 5 años, favoreciendo así, el resarcimiento de los daños sufridos por los compradores de camiones medios o pesados durante el periodo de tiempo que duraron las prácticas colusorias.

Mayor complicación acontece en la difícil encomienda de otorgar una opinión jurídica certera resulta acontece en la problemática relativa a la prueba del daño indemnizable. Parece evidente y plausible que, los tribunales españoles, a la espera de que se pronuncie el Tribunal Supremo al respecto, han asumido el papel de participar activamente en la cuantificación del daño sufrido, ya que, resulta extremadamente complejo, determinar con exactitud el porcentaje de sobrecoste que han experimentado los camiones que fueron vendidos en el período comprendido en el cartel.

Pero, ahora bien, resulta de nuevo contradictorio en relación con la intención de conseguir una correcta reparación del daño de la víctima, considerar un porcentaje mínimo del 5 por ciento del sobrecoste sobre el precio de venta bruto

del camión. De hecho, como se ha expuesto, están empezando a encontrarse pronunciamientos que aducen que el citado porcentaje mínimo de indemnización, es bastante inferior al beneficio ilícito que han obtenido en ese periodo las compañías sancionadas, por lo que el mantenimiento del citado criterio, no produciría un efecto disuasorio entre los partícipes del cártel.

Además, tampoco resulta comprensible la disparidad absoluta de criterios entre las distintas Audiencias Provinciales, hasta el punto de encontrarse ejemplos, donde se produce una estimación integra de las demandas, otras en cambio, donde se estima un porcentaje del 15 por ciento, otras del 10 y, como no, destacan las sentencias que fijan un sobrecoste del 5 por ciento sobre el precio de venta, representando en la actualidad, el sentir mayoritario de los fallos judiciales. Y ante esta exposición, el perjudicado se podrá preguntar, ¿ Pero la justicia no era igual para todos? Difícil respuesta tendría la misma, no cabe duda.

Sea como fuere y, dejando apartados los problemas de legitimación de las filiales cuya matriz se encuentra sancionada por su participación en el cártel de los camiones, resulta urgente un pronunciamiento tajante del Tribunal Supremo en los dos aspectos analizados en la presente obra, es decir, en relación con el plazo de prescripción de las acciones y, como no, sobre la interpretación de la difícil actividad probatoria del sobrecoste de los camiones comprados durante la vigencia del cártel europeo.

BIBLIOGRAFÍA

Armils Arnals, R.: "La legitimación pasiva en el cártel de los camiones: ¿debe responder la filial por los daños generados por su matriz como consecuencia de una infracción del derecho de la competencia?", *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 88, 2019, pp. 137-156.

Beltrán Ruiz, S., y Fernández Valero, F.: "Competencia judicial internacional y el cártel de camiones. Análisis de las conclusiones del Abogado General Sr. Jean Richard de la Tour, Asunto C-30/20 de 22 de abril de 2021", *Diario la Ley*, núm. 9869, 2021, pp. 1-18.

Carraco Perera, Á.: "El cártel de los camiones: presunción y prueba del daño", *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 25, 2019, pp. 1-15.

Casado Navarro, A.: "La Directiva 2014/104/UE sobre acciones por daños en materia de competencia: una apuesta por las *follow-on* actions", en AA.VV: *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la directiva 2014/104/ UE. Directiva y propuesta de transposición*, (coord. J.I., Ruíz Perís), Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 427-450.

Díez Estella, F.: "En búsqueda de un concepto de "empresa" en el Derecho de la competencia la STJUE Sumal c. Mercedes Benz", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 319-347.

Fernández Marcos, F.: "Identificación del perjuicio indemnizable en acciones consecutivas (*follow-on*) en caso de cárteles. De la infracción (y sanción) a la compensación del daño", en AA.VV: Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial III, (coord. por A., Tato Plaza), Comares, Granada, 2022, pp. 39-65.

Ferreiro Rubiano, B.: "Cártel de camiones: abogado general rechaza la retroactividad de las disposiciones sustantivas de la directiva de daños", *Economist & Jurist*, vol. 30, núm. 257, 2022, pp. 36-43.

Feschuk, D.: "El avance industrial modela el derecho de la competencia. Las acciones *follow-on* y el cártel europeo de los fabricantes de camiones", en *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 246, 2021, pp. 10-35.

Gilo Gómez, C.: "La recuperación del sobrecoste abonado en la adquisición de camiones", *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 25, 2020, pp. 351-369.

Gómez Asensio, C.: "Las acciones de regreso entre los infractores por daños en el Derecho de la competencia", *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 27, 2020, pp.1-12.

Jiménez Cardona, N.: "Legitimación pasiva y competencia territorial en las acciones antitrust derivadas del cártel de los camiones", *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2021, pp. 281-314.

López y García De La Serrana, J.: "La responsabilidad civil en el conocido como cártel de los camiones", *Responsabilidad civil, seguro y trafico: cuaderno jurídico*, núm. 60, 2017, pp. 19-24.

Marcos Fernández, F.: "El régimen de prescripción de las acciones de daños por el «cártel de coches»", *Diario la Ley*, núm. 9975, 2021, p. 1-15.

- "Prescripción y daño en las reclamaciones de daños por conductas anticompetitivas: Luces y sombras de la sentencia del Tribunal de Justicia UE de 22/6/22 (C-267/20 DAF Trucks NV & AB Volvo/RM)", *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 30, 2022, pp. 1-30.

- "Transparencia y publicidad de la declaración de infracciones antitrust y de las resoluciones en los procesos de indemnización por daños", *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 42, 2022, pp. 131-148.

- La Decisión Scania sobre el cártel de los fabricantes de camiones, *Diario la Ley*, núm. 9714, 2020, p. 1-20.

Martín Martín, G.A.: "Cuantificando daños por ilícitos antitrust, ¿quo vadimus?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 1, 2022, pp. 387-404.

Olmedo Peralta, E.: "El valor probatorio de las resoluciones de terminación convencional en procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia", *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 24, 2019, pp. 1-20.

Pastor Martínez, E.: "Acciones «follow on»: la estimación judicial del daño en la práctica reciente de la jurisprudencia española", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 317, 2020, pp. 7-20.

Risueño Caballero, J.A.: "Primeras señales del cambio de rumbo en las sentencias españolas del Cártel de fabricantes de camiones en Europa", *Diario la Ley*, núm. 9394, 2019, pp.1-14.

Ruíz Peris, J.I.: Derecho *europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Vilatas Menadas, S.: "La compensación de daños. El cartel de camiones y el acceso a la fuente de prueba", *Actualidad Civil*, núm. 1, 2018, pp. 1-12.

LOS DAÑOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS ANTE CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES POR FALTA DE ACCESIBILIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL. VALORACIÓN DE LA CULPA DEL CONSUMIDOR

DAMAGES FOR DEFECTIVE PRODUCTS TO HYPERVULNERABLE CONSUMERS DUE TO LACK OF ACCESSIBILITY IN SPANISH LAW. ASSESSMENT OF THE CONSUMER'S FAULT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 172-199

Luis Andrés
PELEGRINO
TORAÑO

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La responsabilidad por productos defectuosos constituye uno de los ejes fundamentales sobre los que gira la protección de los consumidores. En este ámbito la diligencia del consumidor al momento de usar el bien o producto constituye uno de los elementos a tomar en cuenta al evaluar la existencia de un defecto en el mismo y, en consecuencia, la responsabilidad del productor ante un daño o perjuicio sufrido como consecuencia de este. La cuestión estriba que al valorar ello, se suele hacer desde la perspectiva del estándar del consumidor medio, y no desde un análisis individual de caso. En el presente trabajo se realiza un estudio de este tema en el Derecho español bajo el prisma del cuestionamiento del estándar del consumidor medio ante supuestos de consumidores con especiales vulnerabilidades ante la falta de accesibilidad de los bienes y productos como consecuencia de una situación de discapacidad o de cualquier otra situación de diversidad funcional. Se propone en tal caso la configuración de la accesibilidad universal al producto como un presupuesto para valorar la previsibilidad del uso diligente del mismo por el consumidor, así como, ante su carencia, una valoración restrictiva de la culpa de este ante un uso inadecuado del mismo.

PALABRAS CLAVE: Producto defectuoso; uso previsible; consumidor medio; consumidor hipervulnerable; accesibilidad universal; culpa del perjudicado.

ABSTRACT: *Liability for defective products is one of the fundamental axes on which consumer protection revolves. In this area, the diligence of the consumer when using the good or product is one of the elements to be taken into account when assessing the existence of a defect in it and, consequently, the liability of the producer for the damages suffered as a result of it. The issue is that, its assessment is usually done from the perspective of the average consumer standard, and not from the analysis of an individual case. This paper studies this issue in Spanish law from the perspective of questioning the standard of the average consumer in the case of consumers with special vulnerability due to the lack of accessibility of products as a consequence of a disability or any other situation of functional diverity. It is proposed in such a case the configuration of universal accessibility to the product as a requirement to assess the foreseeability of the diligent use of the product by the consumer and, in the absence thereof, a restrictive assessment of the consumer's fault in case of improper use of it.*

KEY WORDS: *Defective product; foreseeable use; average consumer; hypervulnerable consumer; universal accessibility; fault of the injured party.*

SUMARIO.- I. LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.- II. EL USO RAZONABLEMENTE PREVISIBLE DEL PRODUCTO.- III. EL CONSUMIDOR HIPERVULNERABLE.- IV. VALORACIÓN RESTRICTIVA DE LA CULPA DEL PERJUDICADO ANTE LA FALTA DE ACCESIBILIDAD.

I. LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.

La responsabilidad por productos defectuosos constituye uno de los pilares del sistema de protección de los consumidores. Otorga al consumidor de un determinado bien o producto defectuoso la facultad de exigir la correspondiente reparación al fabricante, importador o proveedor[1] del mismo como consecuencia de sufrir algún daño o perjuicio derivado del defecto existente[2].

La necesidad de establecer un sistema diferenciado de responsabilidad en materia de daños por productos en el campo consumerístico responde a la esencia asimétrica de las relaciones de consumo, que aconseja un tratamiento diverso en el campo de la responsabilidad civil, como en muchos otros, de aquel que deriva de la responsabilidad en la llamada contratación entre iguales, y donde suele ser aplicada la disciplina general de los códigos civiles[3]. La relación asimétrica responde, en esencia, al rol de subordinación estructural que ocupan todas las personas en la sociedad de consumo y no solo en el campo de los vínculos comerciales o contractuales[4]; donde, mientras el consumidor suele ignorar, como clara consecuencia de su papel final en la escala de la relación productiva, las calidades, formas de producción, composición de materiales, modos de uso,

1 La cuestión del sujeto pasivo de esta relación obligatoria es variable en las legislaciones. En el caso español, según el artículo 138 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) se entenderá por productor tanto al fabricante propiamente dicho como a su importador en la Unión Europea, y, a falta de poderse identificar estos, al proveedor.

2 Sobre la conceptualización de la responsabilidad por productos defectuosos *vid*. Ovalle Piedra, J.: *La responsabilidad civil por productos en México, Canadá y Estados Unidos*, Universidad Autónoma de México, México, 2001, p. 25; Corral Talciani, H.: "El papel del nexo causal en la responsabilidad por producto", *Revista Chilena de Derecho Privado. Fernando Fueyo Laneri,* 2004, núm. 2, p. 72.

3 En relación a la ruptura que ha representado el Derecho de los consumidores en la teoría clásica de las obligaciones y contratos *vid*. Llamas Pombo, E.: "De la noción consumidor a la del contratante débil", *Teoria e prassi del Diritto*, 2022, núm. 1, pp. 22 y 23.

4 Sobre la cuestión *vid*. Rusconi, D.: "Consumidores hipervulnerables, claroscuros de una regulación redundante", *Revista de Derecho Administrativo*, 2020, núm. 131, p. 316; Morea, A.: "Derecho del consumidor. Principios jurídicos vigentes", *Al Dìa | Argentina,* disponible en https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/08/09/derecho-del-consumidor-principios-juridicos-vigentes/, consultado el 3 de noviembre de 2022; Barocelli, S. S.: "Los principios del Derecho del Consumidor como orientadores de la interpretación y aplicación en el diálogo de fuentes", en AA.VV.: *Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios* (coordinado por S.S. Barocelli), Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016, p. 23.

• Luis Andrés Pelegrino Toraño
Doctorando Università degli Studi di Perugia y Universidad de Salamanca
luisapt1991@gmail.com

cuidados, efectos, vida útil, etc., de los bienes y servicios a que accede en el mercado, el proveedor resulta ser un especialista en la materia.

De esta forma, un sistema de responsabilidad en este campo debe buscar influir en el comportamiento de los profesionales, quienes, ante la masificación de la producción, deben ser conducidos por el ordenamiento jurídico a establecer controles y mecanismos que garanticen o conduzcan a que los productos lleguen sin defectos al mercado. A ello se suma una cuestión de justicia elemental, que encierra el deber del empresario de indemnizar por los daños que cause ante la puesta en circulación de productos que le reportan beneficios económicos, reflejo del principio *pro damnato*; debiendo asumir los riesgos propios que tal actividad entraña, máxime ante una producción en serie, donde es inevitable que algún producto sufra un defecto de fabricación[56].

En consecuencia, se hace necesario un sistema de responsabilidad específico, diferenciado de los mecanismos tradicionales de responsabilidad contractual o por acto ilícito[7]. En el primero de los casos dada la falta de tiempo y de posibilidad real del consumidor para detectar los defectos de los productos, incluso cuando estos no sean propiamente ocultos, y porque, en adición, el principio de relatividad de los contratos impone que el perjudicado solo pueda accionar en la medida en que sea parte del contrato, pudiendo no coincidir el consumidor jurídico con el material[8], y en consecuencia con el perjudicado[9], y únicamente contra su vendedor directo, pero no contra un tercero a la relación contractual como el fabricante. En segundo lugar, tampoco se aviene totalmente el sistema de responsabilidad extracontractual, tradicionalmente subordinado a la culpa como factor de atribución[10], dada la distancia que puede existir entre el hecho de introducir un bien en el mercado y el daño producido, con cadenas intermedias de distribuidores

5 Para más de estos fundamentos *vid.* Ovalle Piedra, J.: *La responsabilidad,* cit., pp. 27 y 28.

6 Ya la National Commission on Product Safety estimaba en 1984 que, en Estados Unidos, cada año ocurrían más de 20 millones de lesiones como consecuencia del uso de productos, y de estos se producían 30 mil muertes y 110 mil incapacidades permanentes. Sobre estos datos *vid.* Ovalle Piedra, J.: *La responsabilidad,* cit., p. 28. En España, por ejemplo, según datos del Ministerio de Consumo, solo en 2021 hubo notificación de 2754 productos defectuosos en circulación. *Vid. Estadística de Productos no Alimenticios Notificados en la Red de Alerta (SIRI)-2021*, Dirección General de Consumo y Juego, Ministerio de Consumo, disponible en https://consumo.gob.es/sites/consumo.gob.es/files/consumo_masinfo/ACTIVIDAD_DE_LA_RED_DE_ALERTA_2021.pdf

7 Sobre la inadaptabilidad de los sistemas de responsabilidad jurídica civil en su forma clásica a la responsabilidad por productos en el ámbito consumerístico *vid.* Corral Talciani, H.:"El papel", cit., p. 72.

8 En relación a la distinción entre consumidor jurídico y consumidor material *vid.* Acedo Penco, A.: *Derecho de consumo. Análisis jurídico-privado de la Ley para la Defensa de los Consumidores de 2007*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 28.

9 Así el Código Civil francés, al regular este tema, establece en su artículo 1386-1 que el fabricante es responsable del daño causado por un defecto de su producto, "… esté o no ligado por un contrato con la víctima".

10 Para más sobre la calificación de la culpa en el Derecho civil clásico y en la codificación decimonónica como rasgo distintivo de atribución de responsabilidad en el ámbito extracontractual *vid.* Diez-Picazo, L. y Gullón, L.: *Sistema de Derecho civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractua*l, sexta edición, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 591 y ss.

y proveedores, y dada la dificultad o inviabilidad de acreditar que hubo culpa individual en el proceso de fabricación o de control de calidad de los bienes.

De todo ello derivó la necesidad de un sistema de responsabilidad específico en este campo, de carácter objetivo. Este fue originalmente desarrollado por los tribunales estadounidenses, de donde emigró a Europa y fue adoptado por la Directiva del Consejo 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad de hecho de los productos defectuosos[11]. Su basamento está precisamente en un sistema que no busca atribuir responsabilidad al productor en base a una culpa o negligencia que sería imposible probar o determinar en una sociedad de producción en masa, sino en el riesgo propio de la actividad que asume el productor al introducir bienes al mercado, y por el que deberá responder si causa daños a los consumidores, quienes, ajenos totalmente del sistema productivo, adquieren confiados de la seguridad que el mismo ofrece, al poseer ciertas expectativas en tal orden.

Este sistema de responsabilidad ha sido acogido en España, primero mediante la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos y, con posterioridad, el TRLGDCU; donde se regula de forma general un sistema de responsabilidad civil objetivo en el ámbito de los productos defectuosos, aunque si bien esta objetivización posee algunas moderaciones[12].

II. EL USO RAZONABLEMENTE PREVISIBLE DEL PRODUCTO.

La ley española, al definir en su artículo 137 lo que se entenderá legalmente por producto defectuoso, usa como presupuesto básico la seguridad que el mismo debe ofrecer. O sea, no es trascendente a los efectos de la responsabilidad el mero hecho de que este posea un defecto de idoneidad o que sea en sí peligroso, sino que no ofrezca la seguridad a las personas o bienes de los que lo usan o toman contacto con él durante su uso[13]. Para arribar a la determinación de la falta de seguridad el proprio artículo establece varios criterios, de los que derivan las distintas clasificaciones que la jurisprudencia y la doctrina ha dado ya de los posibles defectos[14]; entre estos fija que la seguridad se evaluará tomando en consideración "el uso razonablemente previsible" del bien.

11 Sobre esta evolución *vid*. Corral Talciani, H.:"El papel", cit., pp. 72 y 73.

12 Es el caso, por ejemplo, de la carga que, *ex* artículo 139, pesa sobre el perjudicado de demostrar el defecto presente en el producto que causa el daño.

13 En este hilo *vid*. Corral Talciani, H.:"El papel", cit., p. 74.

14 Se hace referencia, en este orden, a tres tipos de defectos: de información, de fabricación y de diseño. Tal clasificación nace en sede jurisprudencial, en Estados Unidos y Alemania, bajo un sistema aún de responsabilidad por culpa; siendo de suponer que la objetivización de este tipo de responsabilidad haría

De manera general, la previsibilidad de los riesgos es presupuesto esencial de los regímenes de responsabilidad objetiva; precisamente porque exige al empresario contemplar y asegurar los perjuicios que razonablemente fueran consecuencia de los riesgos propios de su actividad, la producción y distribución de bienes en este caso. De forma tal que es responsable el empresario cuando el daño sea consecuencia de lo que sería un riesgo típico o genérico de la actividad, pero no cuando derive de circunstancias especiales o particulares que debió prever; pues se entiende que el empresario no tiene que hacerse cargo de todos los usos imaginables de que pudiese ser objeto un producto, y debe aplicar un filtro de razonabilidad a tales usos que, en consecuencia, deben ser los observados por la ley al momento de aplicar las reglas de la responsabilidad[15]. Tal previsibilidad se analiza también en relación a una conducta que omitió el productor, al haber dejado de tomar en cuenta un elemento que sirviera para prevenir el daño, cuando debió hacerlo.

En este aspecto, el uso que se le dé al bien por su destinatario, el consumidor, adquiere relevante trascendencia. Pues en caso de sufrir un daño como consecuencia de tal utilización, la responsabilidad del productor sería evaluada en atención a si tal uso fue dado en el ámbito de aquel que fue previsto para ese tipo de producto y, en consecuencia, de los riesgos que tal uso entraña; y, por tanto, en base a aquellos elementos de seguridad que previsiblemente debió tomar en cuenta el productor para evitarlos. Lo previsible pasa en tal orden no solo por los usos correctos, sino también por aquellos que, no siéndolo, deben ser razonablemente previsibles para el productor. De tal forma, este puede cubrir determinados usos incorrectos, o incluso algunos negligentes, pero no aquellos abusivos, disparatados o socialmente inadecuados, por más que los mismos pudiesen preverse[16]. A tal punto, que viene tipificada en el artículo 145 del TRLGDCU la culpa del perjudicado como una eximente de responsabilidad para el productor, o un criterio a tener en cuenta al momento de fijar el *quantum* indemnizatorio.

La cuestión se complejiza al intentar vincular tal previsibilidad de uso con las características personales de la víctima; surgiendo la interrogante de si el productor debe tomar en cuenta estas al momento de evaluar los posibles riesgos de uso;

innecesario mantener tal clasificación en el orden positivo, pues lo único trascendente sería probar el daño. No obstante, no ha ocurrido así, máxime cuando en la ley española continúa siendo una carga del perjudicado probar el defecto. Sobre estas ideas y la clasificación *in commento vid*. Parra Lucán, M. A.: *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Madrid, 2011, pp. 135-142; Parra Lucán, M. A.: "Comentario artículo 137: concepto legal de producto defectuoso", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzandi, 2015, p. 1978 y ss.

15 Salvador Coderch, P. y Ramos González, S.: "Capítulo IV: Defectos de productos", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil del fabricante* (editado por P. Salvador Coderch y F. Gómez-Pomar), Aranzandi, Navarra, 2008, p. 159.

16 *Cfr.* Salvador Coderch, P. y Ramos González, S.: "Capítulo IV", cit., p. 159.

a lo que la respuesta suele ser negativa[17]. En este ámbito se utiliza el estándar del adquirente o consumidor medio, como aquel con que evaluar las legítimas expectativas y la previsibilidad del uso del bien. O sea, la falta de seguridad del producto viene analizada desde la óptica de un consumidor "normal", no desde la perspectiva de quien ha sufrido el daño y sus circunstancias subjetivas concretas, pues se entiende que ello obligaría al fabricante a una previsión infinitamente amplia de riesgos, dada la igualmente indeterminable variedad de posibles consumidores y de individualidades.

1. El estándar del consumidor medio.

La cuestión anterior responde a que el ámbito del Derecho de los consumidores se ha desarrollado el estándar del consumidor medio, entendido como aquel normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz[18]; construcción que en el ámbito europeo es de orden jurisprudencial, tras ser desarrollada y consolidada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para apreciar si se engañaba a los consumidores o se inducía a error al público[19]. El desarrollo de esta figura ha buscado precisamente no obstaculizar, o al menos solo hacerlo en la menor medida posible, la libre circulación de mercancías[20][21], al limitar las cargas u obligaciones de los empresarios, circunscribiéndolas a las necesidades tuitivas de un consumidor "prototipo". Por lo que, siguiendo esta línea, el concepto

17 *Vid*. Corral Talciani, H.: "El papel", cit., p. 74.

18 Sobre los elementos que integran el concepto, no tratados aquí dada la extensión del trabajo, *vid*. González Vaqué, L.: "La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2004,* núm. 17, pp. 63-73; Hernández Díaz-Ambrona, M. D.: *Consumidor Vulnerable*, Reus, Madrid, 2015, p. 17.

19 Sobre la evolución y construcción jurisprudencial del consumidor medio *vid*. González Vaqué, L.: "La noción", cit., p. 49; Villalba Cuéllar, J. C.: "La noción de consumidor en el Derecho comparado y en el Derecho colombiano", *Vniversitas,* 2009, núm. 119, p. 317; Mazzasette, F.: "La nozione di consumatore del Codice del Consumo: una questione ancòra aperta", en AA.VV: *Il Diritto del Consumi. Realità e prospettive* (coordinado por G. Cavazzoni *et al*), Edizione Scienfifiche Italiane, Napoli, 2008, p. 90; Constanza Garzino, M.: *Definición legal y supuestos controvertidos de la condición de consumidor. Análisis comparado de los derechos español y argentino*, tesis doctoral Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, bajo dirección de C. I. Gómez Ligüere, 2020, p. 155; Peña López, F.: "El consumidor vulnerable en el mercado financiero", en AA.VV: *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros* (editado por F. Peña López y N. Alvarez Lata), Aranzandi, Navarra, 2021, p. 25; Hualde Manso, T.: *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de Consumo europeo*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 15.

20 Cfr. Gradoni, L.: "Libera circolazione delle merci, denominazioni ingannevoli e tutela della salute. Alcune osservazioni sul diritto dei consumatori in margine al caso Darbo", *Il Diritto dell'Unione europea*, 2000, fasc. 4, pp. 851 y s.

21 En relación al papel regulador del mercado que se ha dado al Derecho de los consumidores, dada su funcionalidad al mismo, y, por ende, del concepto de consumidor imperante, marcado por tal tendencia economicista, *vid*. Llamas Pombo, E.: "De la" cit., pp. 22 y 23. En este aspecto se ha señalado de forma crítica por Alpa, quien sigue las ideas de Micklits, que el Derecho de consumo en su conjunto continúa siendo un Derecho "económico", cuando las políticas de los consumidores tienen, o deberían tener, una naturaleza social. *Vid.* Alpa, G.: "Art. 1, Finalità ed oggeto", en AA.VV.: *Codice del consumo. Commentario* (coordinado por G. Alpa y L. Rossi Calero), Edizione Scientifiche Italiane, s.l., 2005, p. 29.

de consumidor medio busca mantener un equilibrio entre el principio de libre mercado, tratando de no limitarlo, y la protección de los consumidores[22][23].

Sin lugar a dudas se trata de un concepto al que se le evoca utilidad, en adición de otros ámbitos, al juzgar la procedencia de las pretensiones resarcitorias hechas valer en ocasión de una infracción por parte de un empresario de los deberes y obligaciones dispuestos en la ley; particularmente en el caso de la responsabilidad civil por productos defectuosos.

Se señala a dicho respecto por quienes ven necesario contar con un elemento moderador de responsabilidad en sede de consumo, que las normas de protección requieren del consumidor un comportamiento acorde con una diligencia media u ordinaria y, en consecuencia, no amparan el uso irresponsable, impropio o inadecuado que se dé a los bienes adquiridos; asumiendo que a quien el Derecho debe proteger es al consumidor que cuenta con un determinado nivel de habilidades y competencias, que le permiten participar activamente en la economía[24].

III. EL CONSUMIDOR HIPERVULNERABLE.

A la par que el concepto de consumidor medio se fue desarrollando y afianzando, la propia legislación[25] y jurisprudencia[26] comunitaria fueron estableciendo algunas graduaciones al mismo, y se inició a evidenciar la existencia de determinados tipos de consumidores que quedaban fuera de tal arquetipo.

22 En este aspecto *vid*. Hualde Manso, T.: *Del consumidor,* cit., p. 20; Pennisi, R.: "Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli", *Giurisprudenza commerciale*, 2012, fasc. 5, pp. 653 y ss; y Bertani, M.: *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, p. 29.

23 Ello en el ámbito de los productos defectuosos se coordina con la cuestión de los costos de producción, pues responsabilizar al productor de todos los posibles daños que causen los productos se entendería excesivamente oneroso y desestimulante para la producción. Cfr. Adamo, G.: "Capitolo 13: La responsabilità per danno da prodotti defettosi", en AA.VV.: *Il diritto dei consumi* (coordinado por G. Cassano, M. Dona y R. Torino), Giuffrè, Milano, 2021, p. 548.

24 Viene, de esta forma, a ser una extrapolación al ámbito consumerístico de uno de los patrones abstractos que en otras ramas del Derecho se vienen utilizando para asignar derechos o cargar responsabilidades; tales como el de "hombre razonable", el "buen padre de familia" o el de "negociante diligente". Crf. Isler Soto, E.: "La relatividad de los derechos subjetivos de los consumidores", *Rev. derecho Valdivia*, 2011, vol. 24, núm.2, pp. 65-89. Mientras que Llamas Pombo advierte que el criterio alude, en definitiva, a un consumidor razonablemente diligente, lo que no se aleja del concepto tradicional de la buena fe contractual. *Vid*. Llamas Pombo, E.: "De la", cit, p. 38.

25 La propria Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, primer instrumento legal comunitario en positivar el concepto del consumidor medio, hizo notar que para determinados casos, este estándar, basado en el criterio de la equidad, resultaba insuficiente. De esta forma, en su considerando número 18 hace referencia, por primera vez, a la importancia de disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales.

26 Así por ejemplo la sentencia del TJUE de 16 de mayo de 1989, asunto C-382/87. Sobre esta *vid*. Waddington, L.: "Vulnerable and Confused: The Proteccion of "Vulnerable" Consumer under the EU Law", *European Law Review*, 2013, vol. 38, núm. 6, p. 764.

Este análisis ha sido acompañado e impulsado por una parte de la doctrina, cada vez más crítica con el concepto de consumidor medio[27], que entiende que este no constituye un molde justo con que evaluar los niveles de protección de los consumidores y, por ende, de actuación diligente de los empresarios o profesionales. En primer orden, por no corresponderse con la realidad, pues su base está en un consumidor informado sobre el acto que lleva a cabo, atento a la información que brinda el profesional y que, por demás, goza de perspicacia; características todas que, según estudios inspirados en la economía comportamental, se alejan de las verdaderas características de los consumidores, quienes suelen actuar de forma confiada, con inexperiencia y de manera apresurada en el mercado. A esta cuestión de base se agrega la problemática y la necesidad de brindar acceso y protección en el consumo a los sectores con necesidades especiales o características diferentes, como ancianos, niños, personas en situación de discapacidad, personas de bajo nivel cultural, etcétera; sujetos que, bajo el estándar del consumidor medio, quedan también en muchos casos injustamente fuera de la óptica de protección.

Se puede afirmar que si bien resulta defendible buscar un estándar de protección del que pudiese excluirse al consumidor que actúa con indiferencia, falta de diligencia o de forma irresponsable, dejar carente de protección a sujetos que no por su voluntad, sino por condiciones que le son ajenas a esta, se convierte en discriminatorio y atentatorio al principio *pro consumatore*[28], que tiene su base

27 En este hilo Peña López, F.: "El consumidor", cit.; Hualde Manso, T.:, *Del consumidor,* cit., p. 22; Hernández, C. A. y Frustagli, S. A.: "El reciente Código del Consumo Italiano. Aportes para reflexionar sobre el derecho del consumidor en Argentina", *La Ley*, 2006, pp. 4 y 5; Barocelli, S. S.: *La problemática de los consumidores hipervulnerables en Derecho del Consumidor argentino*, Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires, 2020, p. 26; Barocelli, S. S.: "Los consumidores hipervulnerables en el Anteproyecto de Ley de Defensa de los Consumidores", en AA.VV.: *Comentarios al anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Homenaje a Ruben S. Stiglitz* (dirigido por F. G. Santarelli y D. A. Chamatropulos), Thomson Reus, Buenos Aires, 2019, p. 52.

28 Sobre este principio y su regulación constitucional en España, *vid.* Acedo Penco, A.: *Derecho de*, cit., pp. 41 y 42; Gómez-Ferrer Sapiña, R.: "El Derecho del consumidor. Contratación y sistema de responsabilidad.", *Revista Jurídica del Notariado*, 1994, p. 336; De León Arce, A., "La protección de los consumidores y usuarios en España", en AA.VV.: *Derechos de los consumidores y usuarios (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)* (dirigido por A. de León Arce), Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 62; Guillén Caramés, J., *El estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración*, Civitas, Madrid, 2002, p. 54; Veiga Copo, A. B.: *Consumidor vulnerable*, Thomson Reuters, Navarra, 2021, p. 25; Quintela Gonzalves, M. T.: *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española de 1978*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1986, p. 50.

en una protección universal de los consumidores[29], dada su mera condición de persona humana, y debilidad innata en las relaciones jurídicas con los empresarios[30].

En definitiva, estos análisis han llevado a evaluar que existen consumidores más débiles que otros[31], lo que viene fundamentado sobre la base de "... diferentes problemáticas, personales o estructurales, que agravan la vulnerabilidad de determinadas personas, grupos, o sectores de la población, tradicionalmente relegados al enfrentar ciertos obstáculos o padecer limitaciones que impiden o dificultan el acceso o el goce con plenitud de sus derechos"[32], como consumidores en este caso. Se trata de los llamados consumidores vulnerables o hipervulnerables[33], que son "…aquellos consumidores a los que su vulnerabilidad estructural de ser condición de tales se suma otra, vinculada a su edad, condición psicofísica, de género, socioeconómica o cultural o a otras circunstancias permanentes o transitorias"[34], y que provoca que, en relaciones de consumo concretas, estos posean, en adición a su habitual situación de desventaja, una que agrave su vulnerabilidad en relación al resto de los consumidores y de frente al empresario[35].

29 Ello deriva propiamente de la accesibilidad al consumo, y de la protección jurídica que tal acceso entraña, como derecho humano universal en la sociedad moderna, lo que en definitiva se encuentra en la esencia misma del nacimiento esta rama jurídica, en la famosa frase del ex-presidente de los Estados Unidos de América, John Fitzgerald Kennedy: "Todos somos consumidores". Sobre la accesibilidad al consumo como derecho humano *vid*. Rosales Castro, J. y Arce Valverde, L: *Derechos del Consumidor como Derecho Humano de Tercera Generación, su Protección y Defensa en la Legislación Contenciosa Administrativa Costarricense*, tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, dirigida por J. Córdoba Ortega, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Sede de Occidente, 2012; Tambussi, C. E., "Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos*, Lex,* 2014, núm. 13, pp. 95-98; de Lungo, Davide,"Capitolo 3: La tutela del consumatore: profili costituzionali", en *Il Diritto dei consumi* (coordinado por G. Cassano, M. Dona y R. Torino) Giuffrè, Milano, 2021, p. 59. Sobre la frase en cuestión como motor impulsor de la protección de los consumidores *vid*. Acedo Penco, A.: *Derecho de*, cit., p. 59.; De Castro, Federico, "Notas intrínsecas sobre la autonomía de la voluntad´´, *Anuario de Derecho Civil*, 1982, tom. XXXV, fasc. IV, p. 1068; Alpa, G.: *Diritto privato dei consumi*, il Mulino, Bologna, 1986, pp. 28 y 29.

30 En relación a la esencia de la protección del consumidor en el hecho de la existencia de una asimétrica relación contractual, y no sobre el basamento de un *status* subjetivo o en el acto de consumo, u otros criterios económicos que no atiendan a la debilidad contractual, *vid.* conclusiones de Llamas Pombo, E., "De la", cit., pp. 44 - 46.

31 Cfr. Méndez Acosta, S. J., "Consumidores hipervulnerables. A propósito de la resolución 139/2020", *La Ley*, 2020, p.8.

32 Rusconi, D.: "Consumidores hipervulnerables", cit., p. 2.

33 Se ha nominado a esta figura de diversas formas: "consumidor vulnerable", "subconsumidor", "infraconsumidor", "consumidor con vulnerabilidad agravada" o "consumidor hipervulnerable". Sin embargo, entendemos estas dos últimas como más acertadas por resaltar que se trata de una vulnerabilidad adicional a aquella que ya es innata al consumidor, y que además se despoja de cierto matiz discriminatorio como puede derivarse del término "infraconsumidor", o de la confusión a que puede llevar el término "subconsumidor". No obstante, en el ámbito europeo y español, la jurisprudencia, doctrina y legislación usan el término de consumidor vulnerable. Sobre la cuestión terminológica *vid.* Barocelli, S. S., "Comentarios a la res. 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior", *Revista Anales de Legislación Argentina,* 2020, p. 1

34 Barocelli, S. S., *La problemática,* cit., p. 21. Sobre concepto casi idéntico *vid*. Méndez Acosta, S. J., "Orden público de protección e hipervulnerabilidad del consumidor", en *Comentarios al anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Homenaje a Ruben S. Stiglitz* (dirigido por F. G. Santarelli y D. A. Chamatropulos), Thomson Reus La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 127.

35 Sobre igual idea *vid*. Beatriz Urrutia, L. A., "Consumidores hipervulnerables", cit., p. 26.

A nivel europeo ha ido *in crescendo* la preocupación sobre la hipervulnerabilidad de determinados consumidores. Marca un hito en tal sentido la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables, que cuestionó la falta de flexibilidad del concepto de consumidor medio para adaptarse a muchos casos concretos, así como su no correspondencia con situaciones de la vida real (artículo 3); trazando, por primera vez, las pautas para un enfoque tuitivo transversal de la materia de los consumidores vulnerables a nivel comunitario. A esta siguieron algunas iniciativas como el Reglamento UE No. 254/2014 del Parlamento Europeo "Programa Plurianual de Consumidores para el período 2014-2020", donde se fija, entre otras directrices, la atención a los consumidores vulnerables para tener en cuenta sus necesidades específicas y reforzar sus capacidades; si bien se critica que, en realidad, no se señalan medidas concretas que revelen una política legislativa clara en la materia[36].

En España, si bien existía alguna regulación autonómica[37] en materia de vulnerabilidad agravada de los consumidores, no ocurría lo mismo a nivel de la legislación general, lo que hacía opinar a una doctrina muy autorizada[38] que en la legislación general de consumo española la cuestión relativa a las competencias y conocimientos técnicos personales del consumidor era una materia extraña. La cuestión sufrió un cambio legislativo con las modificaciones introducidas al TRLGDCU por el Real Decreto Legislativo 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica y la posterior Ley 4 de 2022, de 25 de febrero; normativas que introdujeron elementos de protección de los llamados consumidores vulnerables en la legislación consumerìstica[39].

36 Cfr. Hualde Manso, T.: *Del consumidor,* cit., p. 98.

37 Para una relación detallada de las regulaciones autonómicas en la materia *vid.* Hernández Díaz-Ambrona, M. D.: *Consumidor Vulnerable,* cit., pp. 69-86; Veiga Copo, A. B.: *Consumidor vulnerable, cit*., pp. 49-51.

38 *Vid*. Cámara Lapuente, S., "El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* 2011, vol. 3, núm. 1, pp. 108 y 109; Cámara Lapuente, S.: "Comentario artículo 3", en AA.VV: *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europ*ea (dirigido por S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011, pp. 141-143.

39 Se ha señalado, no obstante, que estas modificaciones se concretaron, en definitiva, en pocos derechos para los consumidores vulnerables, *vid*. Llamas Pombo, E., "De la", cit, p. 40; y Mellado Ruiz, L.:, "La protección de los consumidores vulnerables en tiempos de covid-19", *Ars Iuris Salmanticensis,* 2021, *vol*. 9, p. 18. Por lo que también se afirma que posee la normativa de marras un carácter más programático que normativo, cfr. Lasarte, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 12 edición revisada y actualizada, Dykinson, Madrid, 2021, p. 71. No obstante, se reconoce como mérito de la modificación, en adición a la configuración de un concepto general de consumidor vulnerable en el ordenamiento español, el hecho de establecer las bases necesarias para desarrollos reglamentarios posteriores. Cfr. Martínez Espín, P.:"La protección del consumidor vulnerable (y de los okupas) en tiempos de pandemia (a propósito del RD Ley 1/2021 de 19 de enero)", *La Ley Mercantil,* 2021, núm. 77, pp. 1 y 2.

1. La hipervulnerabilidad a consecuencia de falta de accesibilidad al consumo por situación de discapacidad u otras diversidades funcionales.

El tratamiento jurídico de la discapacidad ha sufrido de una notable evolución en la historia de la humanidad[40] hasta arribar al actual "modelo social" con que se analiza y trata el tema. Bajo este, se enfoca el llamado problema de la discapacidad fuera de la persona, del determinismo biológico, y se hace en la sociedad, entendiendo que ha sido esta la incapaz de adaptarse a las necesidades de todas las personas que viven en ella. Son, en consecuencia, las decisiones tomadas por las mayorías, las leyes incluidas, las que establecen cuáles serán las condiciones que deberá cumplir el cuerpo humano en cada sociedad; por ende, son factores externos a la persona, y producto de una construcción social, los que determinarán el paradigma de la capacidad[41]. Por ello el fin primordial de este modelo es lograr la inclusión social de las personas con discapacidad en la sociedad, buscando una colectividad inclusiva, que logre incorporar a todos sus integrantes, valorando las diferencias entre los mismos; no basándose en una rehabilitación del discapacitado, sino en la creación de capacidades para su eficaz desenvolvimiento social, en condición de igualdad al resto de las personas, y con el establecimiento de garantías y mecanismos para hacerlo efectivo. Aboga por la rehabilitación o normalización de una sociedad, que ha de ser pensada y diseñada para hacer frente a las necesidades de todos.

La concreción de este modelo se encuentra en la aprobación de la Convención de New York de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, que

40 Sobre esta evolución y los modelos precedentes con que se enfocaba el tema, a saber: el modelo de la prescindencia y el modelo de rehabilitación o médico, *vid.* De Asís Roig, R. *et al:* "Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho Español", en AA.VV.: *Estudios sobre el impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español* (coordinado por P. Cuenca Gómez), Dykinson S.L., Madrid, 2010, p. 13; Palacios, A.: "Una Introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", en *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (editado por E. Salmón y R. Bregaglio), Pontifica Universidad Católica de Perú, Lima, 2015, pp. 10 y 11; González Ramos, A. K.: *Personas con Discapacidad*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2010, pp.13-15; Bariffi, F. J.: *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Ediciones Cinca, 2014, pp. 42-46; Campoy Cervera, I.: *La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre Los derechos de las personas con discapacidad*, Ediciones Laborum S.L., Murcia, 2017, pp. 19 y 20; Tantaleán Odar, R. M.: "La discapacidad. Anotaciones al decreto legislativo 1384", *Derecho y cambio social*, 2019, núm. 56, pp. 201 y 202; Palacios, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, Madrid, 2008, pp. 37-90.

41 Cfr. Bariffi, F. J.: *El régimen,* cit., p. 47; García Garnica, M. C.: "Capítulo 1: Consideraciones generales. La eficacia transversal del modelo social del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia.", en AA.VV.: *Estudios sobre dependencia y discapacidad* (dirigido por M. C. García Garnica), Editorial Aranzandi, Navarra, 2011, p. 34; Campoy Cervera, I.: *La recepción*, cit., pp. 25 y 26; Palacios, A.: "Una Introducción", cit., pp. 14 y 15.

España firmó y ratifico[42], y de la que además se ha hecho eco en su legislación interna[43].

Igual orden de análisis cabe en relación a otros colectivos que pueden quedar fuera de los estándares fijados por la sociedad a causa de sus diferencias funcionales, como pueden ser las personas ancianas. Los adultos mayores son en este orden un sector vulnerable de la sociedad, lo que hace que requieran de especiales atenciones y cuidados, aunque ello no conduce necesariamente a una modificación de su estado civil personal, por lo que, como regla, no suele afectarse el reconocimiento de su plena capacidad jurídica. En este sentido, el respeto a la autonomía de las personas ancianas es una cuestión a defender, pues el arribo a la tercera edad no equivale a una minusvalía y, por tanto, la sociedad debe ponderar que las personas de la tercera edad, y apreciando sus especiales vulnerabilidades, puedan disfrutar de una vida plena, y con la mayor independencia posible, creándose las facilidades para ellos. A esto se le debe agregar los altos índices de longevidad de la sociedad actual, lo que unido a los decrecimientos de nacimientos, hacen que este sector sea cada vez más significativo a nivel poblacional.

El orden de la capacidad jurídica civil de estos colectivos es, sin dudas, de los más tratados y regulados, sobre todo a causa del contenido del polémico artículo 12 de la Convención de New York. Pero en el ámbito que nos ocupa, no es el único a resaltar, sino también aquel de la accesibilidad.

La accesibilidad universal[44] es un requisito para el ejercicio de los derechos de todas las personas[45]; solo que es claro que las personas en situación de discapacidad, y aquellas que, en general, poseen alguna diversidad funcional, constituyen un sector de mayor vulnerabilidad, por lo que afrontan más dificultades

42 La Convención y su Protocolo Facultativo entraron a formar parte del ordenamiento español el 3 de mayo de 2008.

43 La legislación española, por tradición, ha estado muy sensibilizada con el tema. Mucho antes incluso de la existencia de la Convención, ya el ordenamiento interno español había regulado sobre la materia, dado el mandato además del artículo 49 del texto constitucional de 1978. Desde entonces se han aprobado una gran variedad de disposiciones normativas ocupadas del tema, estando vigente hoy el Real Decreto Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social; y, muy de reciente, además, ha estada aprobada la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Para una relación detallada de esta evolución normativa *vid.* Campoy Cervera, I.: *La recepción*, cit., p. 76.

44 Se trata de un principio y derecho regulado en los artículos 3- f) y 9 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, así como en los artículos 2-k) y 22 del ya citado Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

45 La accesibilidad no solo incumbe a la persona que presenta alguna discapacidad, existen otros colectivos que se encuentran fuera de lo que se denomina "persona estándar", que igualmente encuentran barreras en su derecho al acceso por no estar comprendido en los diseños. Por consiguiente la accesibilidad debe tomar en cuenta también a los niños, a las personas ancianas, las personas con sobrepeso, las personas de muy alta o baja altura, e incluso las supuestas personas "estándar" que se encuentran temporalmente fuera de esa categoría por encontrarse en una situación particular (como por ejemplo la fractura de una pierna o un embarazo). De ahí que nos refiramos a diversidades funcionales.

y de forma permanente. De ahí que este principio se encuentre indisolublemente ligado al de diseño universal, también denominado diseño para todos y todas; apuntando ambos, de conjunto, a lograr que estas personas gocen de una vida independiente[46], con las mismas oportunidades que el resto, sin necesidad de requerir para ello mecanismos de acceso o diseños particulares o específicos. Ello responde claramente al principio de igualdad y de no discriminación, pues la accesibilidad trata de eliminar las barreras que impiden el acceso de los derechos de las personas como consecuencia del diseño de una sociedad pensada solamente para el modelo de hombre estándar, que, naturalmente, no suele ser una persona en situación de discapacidad[47]. Por ello la accesibilidad se conecta y justifica con otros tres grandes derechos: vida independiente, participación en la vida social e igualdad de oportunidades[48].

La accesibilidad universal entraña básicamente que todos los entornos, bienes y servicios deben poder ser entendidos y utilizados por todas las personas, con independencia de sus características funcionales (de cualquier naturaleza, sea física, cognitiva o sensorial); cuestión que debe conducir a un uso seguro y cómodo por todas las personas, buscando potenciar la autonomía e independencia individual[49][50]. Constituye, por ende, un derecho de la persona, pero además, y en consecuencia, un deber del Estado garantizarla[51].

Lo diseños universales deben conducir a que todas las esferas físicas donde interactúen las personas en sociedad sean diseñadas tomando en cuenta las diversidades propias de las personas, de forma tal que sean accesibles a todas, intentando no dejar fuera de ello a ninguna, evitándose crear diferencias y, por ende, discriminando, al dejar fuera del acceso a personas que por presentar alguna condición distinta no se encuentre comprendida en el diseño de determinado

46 Cfr. Bariffi, F. J.: *El régimen,* cit., p. 56.

47 Cfr. Palacios, A.: "Una Introducción", cit., p. 20.

48 De Asís, R.: "El encaje", cit., p. 79.

49 Sobre el concepto *vid*. Casado, L.: *Guía: Cómo mejorar la Accesibilidad Universal en el Gran Consumo: Una herramienta de mejora competitiva y social*, Marketing inclusivo, 2016, p. 12; Torres López, M. A., "Capítulo II: Derecho a la igualdad de oportunidades y no discriminación. Derechos civiles y políticos de las personas discapacitadas (Accesibilidad universal, educación inclusiva, empleo público, contratación pública), en AA.VV.: *Atención y protección jurídica de la discapacidad* (dirigido por J.L. Beltrán Aguirre y A. Ezquerra Huerva), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 79.

50 Se debe señalar, por su trascendencia en el caso que nos ocupa, que la legislación española posee un marco más amplio de la accesibilidad universal, que aquel ofrecido incluso por la Convención. El Real Decreto Legislativo 1/2013 establece que los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, también deberán ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible; lo que sin dudas fija una obligación de accesibilidad de los bienes y productos. Ello amplía el marco previsto en la Convención, que solo establece la obligatoriedad de la accesibilidad de los bienes o productos, cuando sean indispensables para lograr la accesibilidad a un servicio o entorno, o se trate de un bien con elementos digitales; pero no para la generalidad de los mismos.

51 Cfr. Morcillo Moreno, J.: "La accesibilidad de productos y servicios en la Unión Europea: luces y sombras de una esperada regulación que deja la última palabra a los Estados", *Revista de Administración Pública*, 2020, núm. 213, p. 408.

entorno, servicio, producto o programa; o haciéndole requerir para ello de un diseño especial o distinto. La elaboración de estos diseños constituye, por tanto, una obligación no solo del Estado o los entes públicos en general, sino también de todo aquel que participe en la elaboración de bienes, productos, en la realización de un servicio o en la satisfacción de un derecho[52].

La persona en situación de discapacidad o con cualquier otra diversidad funcional que la coloca en estado de vulnerabilidad, es un potencial consumidor hipervulnerable. Como consecuencia precisamente de la falta de accesibilidad encontrará barreras de acceso en las diversas aristas de consumo, lo que puede conducir desde un total inacceso hasta hacerlo en situaciones de no comodidad o inseguridad. Situación que, lógicamente, requiere ser corregida. No obstante, y dada la variedad de tipologías de situaciones que pueden generar discapacidades, ya sea física, sensorial o intelectual, existirán diferentes dificultades para los consumidores en cuanto a la accesibilidad y, en consecuencia, en función de este tipo de discapacidad y de las dificultades que genera, deberá ser abordado el tratamiento del tema de la accesibilidad. Un enfoque generalizado del mismo no pareciera correcto[53].

En este aspecto es de comprender que el concepto de consumidor medio, analizado *supra*, es claramente una construcción jurídica discriminatoria desde la óptica de la discapacidad. La conclusión de que existe un estándar de consumidor, al que van dirigidas las prácticas comerciales, los estándares informativos, los diseños de productos o servicios, o sencillamente los parámetros tuitivos, en base a su capacidad cognitiva, sensorial o de conocimientos, es contrario absolutamente a la accesibilidad universal. La accesibilidad, en su desdoblamiento mediante los diseños universales o, en su defecto, mediante los ajustes razonables[54], es la antítesis del estándar del consumidor tipo o medio al analizarse desde la perspectiva de las personas con discapacidad.

La protección de los consumidores, de mano del concepto de accesibilidad universal, ha de constituir una herramienta para vaciar de contenido al prototipo de consumidor, y lo que este entraña, o, al menos, concluir que bajo su regulación y utilización, no puede excluirse la protección de la persona en situación de discapacidad o cualquier otra condición funcional que lo limite en el contexto social.

52 Cfr. De Asís, R.: "El encaje", cit., p. 80.

53 Sobre esta idea *vid.* Santillán Santa Cruz, R.: "Las personas con discapacidad como consumidores vulnerables en el comercio electrónico: el problema de la accesibilidad digital", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 16, p. 1417.

54 Sobre esta cuestión *vid.* De Asís, R.: "El encaje de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad en el texto refundido", en AA.VV.: *Comentarios al texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* (coordinado por F. Arenas Escribano y M. A. Cabra de Luna), La Ley, Madrid, 2015., p. 82 y 83.

Precisamente en este hilo de análisis, aunque sin hacer referencia expresa al concepto de consumidor medio, se ha pronunciado el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, en el numeral 14 de la Observación general No. 2 de 2014. Según este, "La aplicación estricta del diseño universal a todos los nuevos bienes, productos, instalaciones, tecnologías y servicios debe garantizar un acceso pleno, en pie de igualdad y sin restricciones a todos los consumidores potenciales, incluidas las personas con discapacidad, de una manera que tenga plenamente en cuenta su dignidad y diversidad intrínsecas". Si bien debe agregarse la necesidad de adaptar aquellos bienes, productos, instalaciones o servicios que no sean nuevos, y que por ende no fueron concebidos originalmente bajo el criterio del diseño universal, a las necesidades de estos consumidores, como forma de garantizar su acceso en plenitud de condiciones, y en plano de igualdad, al consumo.

Por tanto, la falta de accesibilidad constituye una importante causa de vulnerabilidad agravada que como consumidores poseen las personas con discapacidad o con cualquier otra situación de diversidad funcional. La accesibilidad entraña una forma de protección e*x ante* de los consumidores, pues garantiza en primer lugar la posibilidad de consumir y que, a su vez, este acto de consumo se lleve a cabo con comodidad y seguridad.

2. La accesibilidad como presupuesto del uso previsible del producto.

La accesibilidad y los diseños universales en sede de productos de consumo deben conducir a evaluar baremos diversos con que medir tanto la diligencia y actuación del profesional como del consumidor. Debería constituir la accesibilidad al producto una exigencia adicional de lo que debe ser previsible por el productor al concebir y colocar un bien en el mercado y, en consecuencia, servir para evaluar el uso diligente, y previsible, que pueda dar el consumidor a este.

Ello entraña una cuestión de coherencia, pues si se reconoce por la Convención en su artículo 12 y por el art. 246 del Código Civil español, la capacidad de obrar de la persona mayor de edad, y de ello deriva también su plena responsabilidad civil, prevista ahora en el art. 299, ambos en su actual redacción tras la modificación

introducida por la Ley 8 de 2021[55][56], ello también debe tener una contrapartida en el ámbito de la accesibilidad. O sea, no puede exigirse diligencia al consumidor si este no comprende o no puede utilizar el bien que adquiere, por no serle accesible. La persona con discapacidad deviene ahora totalmente responsable de sus actos dada su plena capacidad, pero ello debe ir aparejado de una exigencia de accesibilidad, que permita a esta poder ser responsable de sus actos, a consecuencia de haberlos realizado a conciencia.

De tal suerte, cuando un consumidor hipervulnerable por la condiciones en análisis, sufriere daños como consecuencia de un uso inadecuado de un bien adquirido en el mercado, al momento de valorarse su uso diligente, y en consecuencia la responsabilidad, se debería hacer sobre la base de la accesibilidad del bien en correspondencia con su discapacidad[57]. A tal conclusión coadyuva no solo el Real Decreto Legislativo 1/2013, que como se señaló antes regula la accesibilidad y el diseño universal de los bienes y servicios, sino también que es una exigencia a la que apuntan las ya referidas modificaciones al TRLGDCU, introducidas el Real Decreto Legislativo 1/2021, y la posterior Ley 4 de 2022.

Esta normativa realiza especiales modificaciones principalmente en el ámbito de accesibilidad de información, al regularse en el artículo 18, en referencia a los productos, la accesibilidad de los etiquetados, estableciéndose que "...todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán ser de fácil acceso y comprensión, ofrecidos en formatos que garanticen su accesibilidad y, en todo caso, incorporar, acompañar o, en último caso, permitir obtener, de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz, suficiente y accesible...". En similares términos se establece la accesibilidad de la información contractual en los artículos 20 y 60, o en la Disposición Adicional primera que

55 Cuestión que, a su vez, también se señala responde a una coherencia, pues es natural que si se reconoce que la persona con discapacidad posee plena capacidad, ello se haga extensivo a la asunción de responsabilidad civil por lo daños causados, y, por ende, se centre esta en una forma de responsabilidad por hecho proprio, en detrimento de los postulados de una responsabilidad subjetiva por hecho ajeno (culpa *in vigilando, in educnado o in eligendo*), ante supuestos de daños causados por inimputables civilmente. Se entiende así que la persona con discapacidad no puede ser discriminada en sus derechos, pero tampoco en sus obligaciones. No obstante, es de señalar que pese el supuesto cambio de paradigma que en este campo se ha llevado a cabo, ya alguna jurisprudencia y, sobre todo, la doctrina venían distanciándose del sistema de imputación que vetaba la responsabilidad del inimputable por hecho propio; así como se venía también objetivizando la denominada culpa por hecho ajeno. Sobre la cuestión *vid*. Llamas Pombo, E.: "Discapacidad y responsabilidad civil", en AA.VV.: *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno derecho* (dirigido por E. Llamas Pombo, N. Martínez Rodríguez y E. Toral Lara), Wolters Kluwer, Madrid, 2022, pp. 274-282.

56 No obstante, continúa existiendo responsabilidad por hecho ajeno, en el caso de los curadores con facultades de representación plena, por los daños causados por aquellas personas a quien presten apoyo, si conviven juntos (artículo 1903.4 del Código Civil).

57 El análisis del caso concreto parecería el adecuado en tal supuesto, valorando el tipo de discapacidad o dificultad funcional que afronte la persona, y en base a ello si las medidas de accesibilidad tomadas fueron suficientes para segurar tal uso diligente. Es propuesto similar, solo que a la inversa, de aquella que se hace para atribuir responsabilidad a la persona con discapacidad, donde se aconseja evaluar su grado de discapacidad, su posibilidad real de entender, querer y actuar, y las circunstancias de tiempo y lugar. En relación a esta última cuestión *vid*. Llamas Pombo, E.: "Discapacidad y", cit., p. 285.

obliga en el plazo de un año a establecer una legislación que regule un etiquetado inclusivo, en alfabeto braille.

Se trata de medidas muy plausibles y útiles, pero ha de tomarse en consideración que hay dos tipos de defectos de los bienes y productos, de los tres que suele identificar la doctrina y la ley, ya enumerados *supra*, que tienen repercusión en el ámbito de la accesibilidad: el defecto de información y el defecto de diseño.

El primero de ellos impide la comprensibilidad y, con ello, un uso seguro y acorde con el fin del producto; mientras que el otro impide el uso del bien o producto en sí, o que el mismo sea seguro, como consecuencia de un diseño o concepción original defectuosos. Pero, en ambos casos, ello ha de analizarse en relación al ámbito de lo accesible a las personas con discapacidad o bajo cualquier otra situación de diversidad funcional. En un plano teórico general, garantizada la accesibilidad en sendos órdenes, se podría exigir un uso diligente por el consumidor en correspondencia con el destino del bien, y con ello poderse exonerar de responsabilidad al productor en caso de culpa del consumidor, pues esta sí obedecería a un actuar negligente o abusivo del perjudicado.

La gran problemática de la cuestión radica en la exigencia de accesibilidad, que aún bajo estas normativas relacionadas, no es absoluta.

A) Limitaciones a la exigibilidad de accesibilidad de los productos.

Partamos del contexto comunitario. En este la preocupación sobre el tema ha sido sostenida, pues la propia Unión Europea es parte de la Convención desde el año 2011. Ello llevó a que en 2019, y ante la necesidad de homogenizar la cuestión diversamente tratada por los Estados[58], se adoptara la Directiva 2019/882, sobre requisitos de accesibilidad de productos o servicios; no transpuesta aún por España, si bien el plazo para ello expiró el 28 de junio de este año.

Este instrumento al referirse a la accesibilidad de los productos, lo hace sobre la base precisamente de la accesibilidad de diseño y fabricación, para optimizar el uso previsible, y de información sobre las características y funcionamiento del bien (previendo para ello una variada modalidad de medios, como los formatos táctiles, sonoros, instrucciones orales, de imágenes, etc., y siempre previendo más de una de estas formas en alternativa). No obstante, posee una gran limitación en cuanto al reducido número de bienes sobre los que recae la obligación de accesibilidad, circunscritos a aquellos de carácter digital, dejando fuera de regulación al resto. Al punto que de 87 productos y servicios que en la primera propuesta de directiva se habían estudiado, la versión definitiva los redujo a 11. De ahí la

58 Cfr. Morcillo Moreno, J.: "La accesibilidad", cit. pp. 413 y ss.

notable disconformidad de muchas asociaciones de personas con discapacidad con la directiva, pues se cuestionan, por ejemplo, por qué sí debe ser accesible una máquina dispensadoras de billetes y no todos los productos de consumo, o de, al menos, aquellos que pueden causar perjuicios a la salud por cuestiones de peligrosidad, intolerancias o alérgenos[59]; máxime ante la amplitud del concepto de "producto" previsto en el artículo 136 del TRLGDCU.

A esta cuestión debe sumarse otra complejidad, la relativa a la limitación en el orden de la relación entre la accesibilidad y los costos de producción, que deriva del propio art. 9 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, al referir que la toma de medidas para lograr tal objetivo será de forma proporcionada a los medios y recursos disponibles; lo que equivale a que se trata de un fenómeno progresivo, proporcional a las dificultades y cargas que implique. Cuestión que introduce un ámbito de discrecionalidad en el tema, en proporción a los recursos de que se dispone, y a las estrategias de desarrollo sostenible. En tal orden, el artículo 14 de la directiva *in commento* establece que las obligaciones de accesibilidad no se pueden aplicar cuando supongan cargas desproporcionadas para los agentes económicos que deben llevarlas a cabo[60], así como tampoco serán aplicadas a las microempresas, ni cuando supongan una modificación sustancial de los productos.

En adición a ello la propia directiva establece plazos laxos para llevar a cabo las obligaciones de accesibilidad, que inician en junio de 2025 para los nuevos productos introducidos al mercado, o a partir de junio de 2030 para los casos de los productos que fuesen introducidos en el mercado antes de junio de 2025 y que necesiten ser modificados, y siempre que ello -como se refirió antes- no represente costos desproporcionados.

En igual orden, el Real Decreto Legislativo 1/2013 establece en su artículo 23 que la regulación de la accesibilidad universal será "gradual en el tiempo" y en el alcance y contenido de las obligaciones impuestas, si bien establece que esta abarcará todos los ámbitos y áreas de las fijados en el artículo 5 de la propia normativa, donde vienen incluidos los bienes y productos. Esos términos fueron fijados en su disposición adicional tercera apartados 1 y 2, pero la realidad práctica demuestra que no han sido cumplidos. De reciente, también se establece, con la introducción del artículo 29 *bis*[61], que en temas de accesibilidad cognitiva será una legislación reglamentaria la encargada de fijar los plazos.

59 Sobre tal inconformidad *vid.* Martínez Calvo, F. J.: "Nueva directiva europea sobre requisitos de accesibilidad de algunos productos y servicios", *Integración: Revista digital sobre discapacidad visual*, 2019, núm. 75, p. 205; y Cfr. Morcillo Moreno, J.: "La accesibilidad", cit. pp. 420.

60 Para ello el anexo VI de la directiva establece una serie de criterios de naturaleza económica, basados en presupuestos de costo-beneficio.

61 Introducida por la Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto

De lo anterior puede afirmarse que pese al desarrollo del tema de la accesibilidad, en materia de productos y bienes, no existe una exigibilidad absoluta de la misma y, por tanto, una obligación en igual orden para los productores.

IV. VALORACIÓN RESTRICTIVA DE LA CULPA DEL PERJUDICADO ANTE LA FALTA DE ACCESIBILIDAD.

La culpa[62] o el hecho de la víctima[63] es descrito por la doctrina y por las legislaciones como un hecho que interrumpe el nexo de causalidad y que, por ende, constituye una causal de exoneración de responsabilidad civil o de mitigación de la cuantía a indemnizar sobre la base de la llamada compensación de culpas[64]. Se trata de una actuación activa del sujeto paciente del daño en la provocación del mismo, en el sentido de que debe ser la causa adecuada de este, sea a consecuencia de una actuación exclusiva o concurrente con la del agente dañoso; y que hace, por tanto, que el daño deba ser soportado por su autor, dado que, en buena técnica, y en caso de culpa exclusiva de la víctima, se trata de un daño aparente[65].

Ya habíamos advertido la reglamentación de tal cuestión en la legislación consumerística española, así como el papel de la culpa, y diligencia del consumidor al usar el bien o producto, en su relación con la accesibilidad de estos para los consumidores con vulnerabilidades agravadas a consecuencia de situaciones de discapacidad u otras dificultades funcionales.

Tal relación puede tornarse más estrecha ante la ausencia de una obligación absoluta *ex ante*, y por las razones *supra* expuestas, de accesibilidad universal de los bienes y productos. De tal forma, en el ámbito de responsabilidad civil, y en la medida en que la accesibilidad universal no se logre, es de proponer, como medida de protección de estos consumidores, un análisis diferenciado de caso.

Legislativo 1/2013, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación.

62 Esta suele ser la expresión con que se nomina esta cuestión, pero se sostiene por la doctrina moderna que el término culpa debe ser entendido en un sentido no técnico-jurídico, pues en este último esta responde a una conducta reprochable, a la infracción de un deber jurídico frente a un tercero, y que, en el ámbito de la responsabilidad, responde al principio de *alterum non laedere*. Cfr. Medina Alcoz, M.: *La culpa de la víctima en la provocación del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 128 y ss.

63 Esta pareciera una denominación más feliz de la cuestión, pues responde a lo que es trascendente para exonerar de responsabilidad al sujeto agente, que el hecho sea ajeno a su esfera de actuación e imputable a aquella de la víctima; ya la actuación culpable o no de esta es intrascendente para el agente, a quien solo importa la ajenidad de tal hecho, y por ende su imprevisibilidad e inevitabilidad. No importa la culpabilidad de la víctima, basta que sea la causante de su propio daño. *Vid.* Medina Alcoz, M.: *La culpa*, cit., pp. 156 y ss.

64 Si bien se señala por parte de la doctrina que resulta más acertada la denominación de "concurrencia de culpas", pues realmente las culpas o hechos no se compensan, o más concretamente las causas del hecho dañoso, sino que concurren, y ello lleva a adecuar la cuantía a indemnizar, que sí resulta compensable en todo caso. Sobre la cuestión terminológica *vid.* Reglero Campos, F.: "Capítulo IV: El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas.", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil* (coordinado F. Reglero Campos), Aranzandi, Navarra, 2003, p. 401; Medina Alcoz, M.: *La culpa*, cit., pp. 253 y ss.

65 Cfr. Medina Alcoz, M.: *La culpa*, cit., pp. 123 y ss.

Se plantea que la culpa o el hecho del consumidor o víctima, como elemento que rompe el nexo de causalidad, debe ser valorado de forma restrictiva ante daños sufridos por falta de accesibilidad. La conducta culposa de quien sufre el daño por falta de accesibilidad no debería entenderse como imprevisible, o si bien predecible, inevitable para el productor, pues no es un acto extraño a su esfera de actuación prever la accesibilidad, y las consecuencias de la falta de esta, dado que deviene requisito sabido para el acceso al consumo de estos consumidores, y constituye para ellos un derecho de orden constitucional. O sea, si bien no puede ser exigible al productor la accesibilidad absoluta de todos los bienes que coloca en el mercado, dada la legislación vigente, ante el caso concreto de un daño sufrido como consecuencia de la falta de esta, sí puede servir para un análisis, y moderación, del hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad; en definitiva los derechos de igualdad, a la no discriminación, a gozar de una vida plena, así como a la dignidad, sí gozan de regulación de máxima jerarquía normativa, y no pueden disminuirse.

Los análisis de cierta doctrina argentina en este orden[66], reforzados sobre todo tras el contenido del Proyecto de Ley de Código de Defensa de los Consumidores, que preconiza los principio de protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad, y de acceso y accesibilidad al consumo, se encaminan a valorar, en casos de consumidores con especiales vulnerabilidades, una apreciación aún más restrictiva de la culpa o hecho de la víctima como elemento de interrupción o de interferencia en el nexo de causalidad, que aquella que por sí ya propone un sistema de responsabilidad de naturaleza objetiva. Pues ha de interpretarse que el hecho del consumidor en estos casos no es ajeno a la actividad del productor, a quien sigue siendo imputable la falta de accesibilidad y se amplía el estándar de previsibilidad que el mismo debe guardar en relación con el riesgo propio de su actividad.

A esta posición que sostenemos, quizás en el caso español pudiese coadyuvar la interpretación que el TJUE ha dado al tema de la hermenéutica de las causas de exoneración de responsabilidad civil previstas en el art. 7 de la Directiva 85/374, donde en trascendentes sentencias de 10 de mayo de 2001, asunto C-203/99 y de 9 de febrero de 2006, asunto C-127/04[67], defiende la necesidad de una interpretación restrictiva de las causas de exoneración de responsabilidad de los empresarios, reflejo claro, en definitiva, de una interpretación *pro consumatore*, tal y como obliga el principio protectorio, previsto en el artículo 51 del texto constitucional español.

66 *Vid.* Trivisnonno, J.B.: "Daños al consumidor: valoración restrictiva de su culpa como eximente de responsabilidad del proveedor", disponible en https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/4113-danos-consumidor-valoracion-restrictiva-su-culpa-como-eximente, y consultado el 17 de noviembre de 2022.

67 Ambas disponibles en *EUR-Lex*.

La cuestión -si bien compleja-, dadas las problemáticas y dificultades que entraña, al no existir una exigencia legal absoluta, lo que puede hacer objetable la exigencia de responsabilidad en tales casos, y por las cargas económicas que puede imponer a los empresarios, merece un tratamiento legislativo aún más profundo y vinculante, pues están en juego los derechos fundamentales de un amplio segmento de la sociedad que viene siendo discriminado, en atentado del principio de igualdad, y que no deben ser limitados por criterios meramente económicos.

El mercado, si bien es un ámbito de protección y salvaguarda en la sociedad moderna, no constituye un fin en sí mismo, este debe ser funcional a la realización de la jerarquía axiológica del ordenamiento jurídico y ello equivale a ser funcional a la persona, y a sus derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

Acedo Penco, A.: *Derecho de consumo. Análisis jurídico-privado de la Ley para la Defensa de los Consumidores de 2007*, Dykinson, Madrid, 2012.

Adamo, G.: "Capitolo 13: La responsabilità per danno da prodotti defettosi", en AA.VV.: *Il diritto dei consumi* (coordinado por G. Cassano, M. Dona y R. Torino), Giuffrè, Milano, 2021

Alpa, G.: "Art. 1, Finalità ed oggeto", en AA.VV.: *Codice del consumo. Commentario* (coordinado por G. Alpa y L. Rossi Calero), Edizione Scientifiche Italiane, s.l., 2005.

- *Diritto privato dei consumi*, il Mulino, Bologna, 1986.

Bariffi, F. J.: *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Ediciones Cinca, s.l., 2014.

Barocelli, S. S., "Comentarios a la res. 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior", *Revista Anales de Legislación Argentina,* 2020.

- *La problemática de los consumidores hipervulnerables en Derecho del Consumidor argentino*, Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires, 2020.

- "Los consumidores hipervulnerables en el Anteproyecto de Ley de Defensa de los Consumidores", en AA.VV.: *Comentarios al anteproyecto de Ley de Densa del Consumidor. Homenaje a Ruben S. Stiglitz* (dirigido por F. G. Santarelli y D. A. Chamatropulos), Thomson Reus, Buenos Aires, 2019

- "Los principios del Derecho del Consumidor como orientadores de la interpretación y aplicación en el diálogo de fuentes", en AA.VV.: *Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios* (coordinado por S.S. Barocelli), Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016.

Beatriz Urrutia, L. A., "Consumidores hipervulnerables: a propósito del proyecto de Código de defensa del Consumidor argentino", en AA.VV.: *Direitos humanos e democracia. Desafíos jurídicos em tempos de pandemia* (organizado por D. Rubens Cenci, *et al*), vol. II, 1ra edición, Essere nel Mondo, Santa Cruz do Sul, 2020.

Bertani, M.: *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Giuffrè Editore, Milano, 2016.

Cámara Lapuente, S.: "Comentario artículo 3", en AA.VV.: *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (dirigido por S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011.

- "El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, vol. 3, núm. 1.

Campoy Cervera, I., *La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre Los derechos de las personas con discapacidad*, Ediciones Laborum S.L., Murcia, 2017.

Casado, L.: *Guía: Cómo mejorar la Accesibilidad Universal en el Gran Consumo: Una herramienta de mejora competitiva y social*, Marketing inclusivo, 2016.

Constanza Garzino, M.: *Definición legal y supuestos controvertidos de la condición de consumidor. Análisis comparado de los derechos español y argentino*, tesis doctoral Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, bajo dirección de C. I. Gómez Ligüere, 2020.

Corral Talciani, H.: "El papel del nexo causal en la responsabilidad por producto", *Revista Chilena de Derecho Privado. Fernando Fueyo Laneri,* 2004, núm. 2.

De Asís Roig, R. *et al:* "Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho Español", en AA.VV.: *Estudios sobre el impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español* (coordinado por P. Cuenca Gómez), Dykinson S.L., Madrid, 2010.

- "El encaje de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad en el texto refundido", en AA.VV.: *Comentarios al texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* (coordinado por F. Arenas Escribano y M. A. Cabra de Luna), La Ley, Madrid, 2015.

De Castro, F.: "Notas intrínsecas sobre la autonomía de la voluntad´´, *Anuario de Derecho Civil*, 1982, tom. XXXV, fasc. IV.

De León Arce, A., "La protección de los consumidores y usuarios en España", en AA.VV.: *Derechos de los consumidores y usuarios (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)* (dirigido por A. De León Arce), Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

De Lungo, D.: "Capitolo 3: La tutela del consumatore: profili costituzionali", en AA.VV.: *Il Diritto dei consumi* (coordinado por G. Cassano, M. Dona y R. Torino) Giuffrè, Milano, 2021

Diez-Picazo, L. y Gullón, L.: *Sistema de Derecho civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, sexta edición, Tecnos, Madrid, 1992.

García Garnica, M. C.: "Capítulo 1: Consideraciones generales. La eficacia transversal del modelo social del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia.", en AA.VV.: *Estudios sobre dependencia y discapacidad* (dirigido por M. C. García Garnica), Editorial Aranzandi, Navarra, 2011.

Gómez-Ferrer Sapiña, R.: "El Derecho del consumidor. Contratación y sistema de responsabilidad.", *Revista Jurídica del Notariado*, 1994.

González Ramos, A. K.: *Personas con Discapacidad*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2010.

González Vaqué, L.: *La noción de consumidor en el Derecho comunitario del Consumo,* p. 32 disponible en https://www.researchgate.net/publication/28243630_La_nocion_de_consumidor_en_el_Derecho_comunitario_del_Consumo.

- "La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2004,* núm. 17.

Gradoni, L.: "Libera circolazione delle merci, denominazioni ingannevoli e tutela della salute. Alcune osservazioni sul diritto dei consumatori in margine al caso Darbo", *Il Diritto dell'Unione europea*, 2000, fasc. 4.

Guillén Caramés, J.: *El estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración*, Civitas, Madrid, 2002.

Hernández, C. A. y Frustagli, S. A.: "El reciente Código del Consumo Italiano. Aportes para reflexionar sobre el derecho del consumidor en Argentina", *La Ley*, 2006.

Hernández Díaz-Ambrona, M. D.: *Consumidor Vulnerable*, Reus, Madrid, 2015.

Hualde Manso, T.: *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de Consumo europeo*, Dykinson, Madrid, 2016.

Isler Soto, E.: "La relatividad de los derechos subjetivos de los consumidores", *Rev. derecho Valdivia*, 2011, vol. 24, núm.2.

Lasarte, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 12 edición revisada y actualizada, Dykinson, Madrid, 2021.

Llamas Pombo, E.: "De la noción consumidor a la del contratante débil", *Teoria e prassi del Diritto*, 2022, núm. 1.

- "Discapacidad y responsabilidad civil", en AA.VV.: *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno derecho* (dirigido por E. Llamas Pombo, N. Martínez Rodríguez y E. Toral Lara), Wolters Kluwer, Madrid, 2022.

Martínez Calvo, F. J.: "Nueva directiva europea sobre requisitos de accesibilidad de algunos productos y servicios", *Integración: Revista digital sobre discapacidad visual*, 2019, núm. 75.

Mazzasette, F.: "La nozione di consumatore del Codice del Consumo: una questione ancòra aperta", en AA.VV: *Il Diritto del Consumi. Realità e prospettive* (coordinado por G. Cavazzoni *et al*), Edizione Scienfifiche Italiane, Napoli, 2008.

Medina Alcoz, M.: *La culpa de la víctima en la provocación del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003.

Mellado Ruiz, L.:, "La protección de los consumidores vulnerables en tiempos de covid-19", *Ars Iuris Salmanticensis,* 2021, vol. 9.

Méndez Acosta, S. J., "Consumidores hipervulnerables. A propósito de la resolución 139/2020", *La Ley*, 2020.

- "Orden público de protección e hipervulnerabilidad del consumidor", en AA.VV.: *Comentarios al anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Homenaje a Ruben S. Stiglitz* (dirigido por F. G. Santarelli y D. A. Chamatropulos), Thomson Reus La Ley, Buenos Aires, 2019.

Mezzasoma, L.: "Disciplina del contrato, tutela del contratante más débil y valor constitucional", *Derecho Privado y Constitución,* 2015, núm. 29.

- *Il percorso della meritevolezza nel sovraindebitamento del consumatore (dalla l. n. 3 del 2012 alla l. l. 137 del 2020)*, Edizione Scientifiche italiane, Napoli, 2021.

Morcillo Moreno, J.: "La accesibilidad de productos y servicios en la Unión Europea: luces y sombras de una esperada regulación que deja la última palabra a los Estados", *Revista de Administración Pública*, 2020, núm. 213.

Morea, A.: "Derecho del consumidor. Principios jurídicos vigentes", *Al Dìa | Argentina,* disponible en https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/08/09/derecho-del-consumidor-principios-juridicos-vigentes/.

Ovalle Piedra, J.: *La responsabilidad civil por productos en México, Canadá y Estados Unidos*, Universidad Autónoma de México, México, 2001.

Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, Madrid, 2008.

- "Una Introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", en AA.VV.: *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (editado por E. Salmón y R. Bregaglio), Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 2015.

Parra Lucán, M. A.: "Comentario artículo 137: concepto legal de producto defectuoso", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzandi, 2015.

- *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Madrid, 2011.

Pennisi, R.: "Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli", *Giurisprudenza commerciale*, 2012, fasc. 5.

Peña López, F.: "El consumidor vulnerable en el mercado financiero", en AA.VV: *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros* (editado por F. Peña López y N. Alvarez Lata), Aranzandi, Navarra, 2021.

Quintela Gonzalves, M. T.: *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española de 1978*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1986.

Rosales Castro, J. y Arce Valverde, L: *Derechos del Consumidor como Derecho Humano de Tercera Generación, su Protección y Defensa en la Legislación Contenciosa Administrativa Costarricense*, tesis para optar por el grado de Licenciatura en

Derecho, dirigida por J. Córdoba Ortega, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Sede de Occidente, 2012

Rusconi, D.: "Consumidores hipervulnerables, claroscuros de una regulación redundante", *Revista de Derecho Administrativo*, 2020, núm. 131.

Salvador Coderch, P. y Ramos González, S.: "Capítulo IV: Defectos de productos", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil del fabricante* (editado por P. Salvador Coderch y F. Gómez-Pomar), Aranzandi, Navarra, 2008.

Santillán Santa Cruz, R.: "Las personas con discapacidad como consumidores vulnerables en el comercio electrónico: el problema de la accesibilidad digital", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, núm. 16.

Tambussi, C. E.: "Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos, *Lex,* 2014, núm. 13.

Tantaleán Odar, R. M.: "La discapacidad. Anotaciones al decreto legislativo 1384", *Derecho y cambio social*, 2019, núm. 56.

Torres López, M. A.: "Capítulo II: Derecho a la igualdad de oportunidades y no discriminación. Derechos civiles y políticos de las personas discapacitadas (Accesibilidad universal, educación inclusiva, empleo público, contratación pública), en *Atención y protección jurídica de la discapacidad* (dirigido por J. L. Beltrán Aguirre y A. Ezquerra Huerva), Editorial Aranzadi, Pamplona.

Veiga Copo, A. B.: *Consumidor vulnerable*, Thomson Reuters, Navarra, 2021.

Villalba Cuéllar, J. C.: "La noción de consumidor en el Derecho comparado y en el Derecho colombiano", *Vniversitas,* 2009, núm. 119.

Waddington, L.: "Vulnerable and Confused: The Proteccion of "Vulnerable" Consumer under the EU Law", *European Law Review*, vol. 38, núm. 6, 2013.

L'IPOTESI DI UNA TERZA VIA TRA I MODELLI DI RESPONSABILITÁ CIVILE DEGLI INSEGNANTI

THE HYPOTHESIS OF A THIRD WAY BETWEEN THE MODELS OF CIVIL LIABILITY OF TEACHERS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 200-217

Emanuela
MOROTTI

ARTICOLO CONSEGNATO: 12 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: La responsabilità civile degli insegnanti conosce un doppio regime di responsabilità, a titolo extracontrattuale per i danni cagionati da un allievo a terzi, contrattuale da inadempimento per i danni che l'allievo cagiona a se stesso. Nonostante tale diversità, i due titoli di responsabilità richiedono una prova liberatoria estremamente rigorosa, che svaluta l'effettivo grado di colpevolezza dell'insegnante. È lecito, quindi, domandarsi se abbia ancora senso prevedere un regime di responsabilità degli insegnanti così stringente, ai limiti della responsabilità oggettiva, se poi, nei fatti, è la Pubblica Amministrazione che interviene nel processo a riparare i danni, surrogandosi nel processo al posto dell'insegnante. La logica di trovare in ogni caso un soggetto responsabile potrebbe lasciare il posto a strumenti alternativi, come, ad esempio, l'attivazione di assicurazioni per i danni prodotti nel contesto scolastico.

PAROLE CHIAVE: Responsabilità civile; insegnanti; danno; danno prodotto dal minore; danno autoinferto; scuola; istituti scolastici.

ABSTRACT: *The civil liability of teachers has a double liability regime, on a non-contractual basis for damages caused by a student to third parties, contractual for non-fulfillment for damages that the student causes to himself. Despite this diversity, the two titles of responsibility require an extremely rigorous release test, which devalues the actual degree of guilt of the teacher. It is therefore legitimate to ask whether it still makes sense to provide for such a stringent liability regime for teachers, bordering on strict liability, if then, in fact, it is the Public Administration that intervenes in the process to repair the damages, substituting itself in the process instead of the teacher. The logic of finding a responsible subject in any case could give way to alternative instruments, such as the activation of insurance for damages caused in the school context.*

KEY WORDS: *Civil liability; teachers; damage; damage produced by the minor; self-produced damage; school; educational institutions.*

SOMMARIO.- I. LA RESPONSABILITA' INDIRETTA DEGLI INSEGNANTI.- II. LA RESPONSABILITA' A TITOLO EXTRACONTRATTUALE PER I DANNI CAGIONATI DA UN ALLIEVO A TERZI.- III. LA RESPONSABILITA' A TITOLO CONTRATTUALE PER I DANNI CHE L'ALLIEVO CAGIONA A SE STESSO.- IV. LA SURROGA DEL MINISTERO.- V. L'IPOTESI DI UNA TERZA VIA.

I. LA RESPONSABILITA' INDIRETTA DEGLI INSEGNANTI.

La responsabilità civile degli insegnanti presenta molteplici profili di interesse, trattandosi di una responsabilità indiretta o vicaria, in base alla quale l'insegnante è chiamato a rispondere non per il fatto illecito proprio, ma per il fatto dannoso commesso dall'allievo[1].

Tale responsabilità, al pari di quella dei genitori[2], costituisce un'eccezione al principio della responsabilità personale, in base al quale il medesimo soggetto, che produce un danno ingiusto, è chiamato anche a risarcirlo[3].

1 Come spiega Iannone, R. F.: "La responsabilità della scuola e dell'insegnante", *Danno e Responsabilità*, 2017, n. 2, p. 245, "anche se la norma (art. 2048 c.c.) ha mantenuto l'impostazione originaria richiamando il termine precettore, già presente nell' art. 1153 del codice civile del 1865, con riferimento al maestro assunto nelle famiglie nobiliari per educare i figli, possiamo oggi affermare che è prevalsa nel tempo un'interpretazione estensiva che ha reso la disposizione applicabile a tutti gli insegnanti, di scuola pubblica o privata. L'istituzione scolastica determina il superamento della concezione individuale della responsabilità dell'insegnante per passare ad una gestione complessa organizzata a cui si affiancano ruoli amministrativi apicali. La scuola oggi identifica non solo un luogo in cui gli insegnanti prestano la propria attività di educatori e devono vigilare sugli alunni. Oltre, ovviamente, agli educatori dipendenti di scuole, pubbliche o private, di ogni ordine e grado, vengono ricompresi nella nozione attuale di "precettore" (tra i tanti) anche gli istruttori di guida, i catechisti, gli insegnanti di doposcuola, gli istruttori di attività sportive (Cass. 27 marzo 1984, n. 2027, in Mass. Foro. it., 1984, 401; Cass. 27 febbraio 1979, n. 1293, in Resp. civ. prev., 1979, 593). Al contrario, altre figure quali i bidelli, il personale tecnico-amministrativo, custodi, bibliotecari, infermieri che non svolgano attività di sorveglianza non possono essere assoggettati alla responsabilità degli insegnanti ma possono essere sempre indice di responsabilità della scuola che risponde indirettamente per il danno cagionato dai propri dipendenti". Si veda anche Ferrari, M.: "La responsabilità civile di scuola e insegnanti in Italia e Francia: un'analisi comparata", *Resp. civ. prev.*, 2014, n. 4, p. 137.

2 Si veda Di Ciommo, F.: "Figli, discepoli e discoli in una giurisprudenza 'bacchettona'?", *Danno e responsabilità*, 2001, n. 3, p. 257, dove afferma che la responsabilità del genitore e dell'insegnante sono concorrenti, di natura solidale e non tra loro alternative poiché "l'affidamento del minore alla custodia di terzi (insegnanti) solleva il genitore dalla presunzione di *colpa in vigilando* (dal momento che dell'adeguatezza della vigilanza esercitata sul minore risponde il precettore cui lo stesso è affidato), ma non anche da quella di *colpa in educando*, i genitori rimanendo comunque tenuti a dimostrare, per liberarsi da responsabilità per il fatto compiuto dal minore in un momento in cui lo stesso si trovava soggetto alla vigilanza di terzi, di avere impartito al figlio un'educazione normalmente idonea, in relazione al suo ambiente, alle sue attitudini ed alla sua personalità, ad avviarlo ad una corretta vita di relazione e, quindi, a prevenire un suo comportamento illecito, nonché, in particolare, a correggere quei difetti (come l'imprudenza e la leggerezza) che il minore ha rivelato". Sulla presunzione di *culpa in educando* nella giurisprudenza, si veda Cass. 22.4.2009, n. 9556, *Foro it.*, 2010, I, c. 1563.

3 Cfr. Scognamiglio, R.: "Responsabilità per fatto altrui", *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1966, p. 697.

• Emanuela Morotti
Assegnista di Ricerca presso Università di Padova
emanuela.morotti@unipd.it

Secondo una tesi minoritaria, sorgerebbe in capo all'insegnante una responsabilità indiretta per colpa propria, dal momento che quest'ultimo risponde per un fatto altrui (l'illecito commesso dall'allievo), sulla base della presunzione di colpa di non aver adempiuto all'obbligo di sorveglianza[4].

La dottrina maggioritaria, invece, ritiene che la responsabilità si fondi sulla particolare relazione che si instaura tra insegnante e allievo - danneggiante[5], valorizzando la qualifica di insegnate, che costituirebbe il titolo in virtù del quale sorgono specifici poteri-doveri di sorveglianza ed educazione nei confronti dell'allievo.

Si distingue, in proposito, un doppio regime di responsabilità: a titolo extracontrattuale per i danni cagionati da un allievo a terzi; contrattuale da inadempimento per i danni che l'allievo cagiona a se stesso.

II. LA RESPONSABILITA' A TITOLO EXTRACONTRATTUALE PER I DANNI CAGIONATI DA UN ALLIEVO A TERZI.

Secondo l'art. 2048 c.c., l'insegnante risponde sulla base della presunzione di colpa di non aver adempiuto all'obbligo di sorveglianza[6]. In particolare, secondo la

4 Si veda Facci, G.: *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Ipsoa, Torino 2009, p. 359 ss.

5 Un profilo interessante riguarda l'età dell'allievo: si veda, in giurisprudenza, la recente Cass. 31.1.2018, n. 2334, *CED Cassazione*, 2018, dove, in una fattispecie relativa al danno provocato ad una compagna di scuola dall'accalcamento e dalle spinte verificatesi all'uscita della palestra al termine della lezione di educazione fisica tra gli allievi frequentanti l'ultimo anno di scuola superiore, si è affermato che "In tema di responsabilità civile dei maestri e dei precettori per fatto illecito dell'allievo, il raggiungimento della maggiore età (o di un'età ad essa prossima) da parte di quest'ultimo, seppure di per sé inidoneo a rendere inapplicabile la responsabilità ex art. 2048, comma 2, c.c., incide sul contenuto della prova liberatoria a carico dell'insegnante, nel senso che l'età maggiorenne deve ritenersi ordinariamente sufficiente ad integrare il caso fortuito, per essere stato l'evento posto in essere da persona che non necessita - quantomeno per attività materiali non specificamente correlate ad un insegnamento tecnico - di vigilanza alcuna poiché munita di completa capacità di discernimento tale da far presumere la non prevedibilità della condotta dannosa posta in essere, salva prova contraria da fornirsi da parte del soggetto danneggiato".
Si veda, in dottrina, Molinari, L., Fargione, V.: "La responsabilità dei genitori, degli insegnanti e dei tutori", *Danno e Responsabilità*, 2019, n. 2, p. 182 "Per quanto riconducibile al piano oggettivo, i doveri che caratterizzano l'attività di vigilanza si specificano in considerazione di alcuni fattori, che consentono d'inquadrare la fattispecie: l'età degli allievi coinvolti, i luoghi che costituiscono il teatro dell'esercizio della vigilanza e il tempo in cui si è prodotta la vicenda dannosa. La differente modulazione della responsabilità legata all'età del danneggiante si ricava, *in primis* dalle norme che, in ambito extracontrattuale, disciplinano la responsabilità di coloro ai quali è affidata la cura di un soggetto incapace d'intendere e di volere, *ex* art. 2047 c.c., e la corrispondente condizione di responsabilità di genitori, insegnanti e maestri d'arte ai quali spettano funzioni di vigilanza in relazione a soggetti dotati della capacità naturale, *ex* art. 2048 c.c. L'età dei soggetti a beneficio dei quali si svolge la sorveglianza/vigilanza incide in maniera sensibile sul contenuto delle funzioni esercitate e sulla diligenza richiesta nella prestazione. Nel caso in cui si tratti di minori prossimi al compimento della maggiore età, l'esercizio della vigilanza deve coniugarsi con le spinte all'autonomia degli allievi in funzione responsabilizzatrice. Contrariamente alla disciplina del primo comma, la maggiore età del soggetto direttamente non priva il soggetto stesso della vigilanza da parte dell'insegnante, ma ciò non toglie che la presunzione di capacità di autogestione propria della maggiore età, quantomeno per le attività che non sono attività materiali oggetto di insegnamento quali ad esempio le attività sportive o tecniche, incida così da rendere a questo punto imprevedibile ed eccezionale, e quindi ordinariamente inevitabile, una condotta da parte dell'allievo maggiorenne che sia dannosa alle persone a lui prossime".

6 Secondo Iannone, R. F.: "La responsabilità", cit., p. 248, "L'obbligo imposto all'insegnate di vigilare sull'alunno non è disciplinato in via esclusiva dall' art. 2048 c.c. Un riferimento alla vigilanza è presente

giurisprudenza, la prova liberatoria per superare la presunzione di responsabilità si articola in una dimostrazione complessa, che richiede, innanzitutto, di provare che l'illecito è stato causato da un caso fortuito[7], ossia da un evento straordinario non prevedibile o superabile con la diligenza richiesta in riferimento al caso concreto.

È necessario, inoltre, dimostrare "in positivo" che nella fase precedente il verificarsi dell'evento dannoso si siano adottate tutte le misure (didattiche, disciplinari e organizzative) idonee a prevenire il sorgere di una situazione di pericolo[8].

Infine, bisogna provare di essere intervenuti adeguatamente e tempestivamente al fine di impedire la produzione del danno.

La prova di non aver impedito il fatto **è** intesa in maniera rigorosa, trattandosi, di fatto, di una responsabilità per colpa presunta: non basta la semplice dimostrazione di aver agito con la dovuta diligenza, ma si deve dimostrate la concreta impossibilità di impedire il fatto[9].

anche nell'art. 10, lett. a) del Testo Unico delle disposizioni vigenti in materia di istruzione n. 297/94 in cui si prevede che il Consiglio di circolo o di istituto delibera sull'adozione del regolamento interno che 'deve stabilire le modalità ... per la vigilanza degli alunni durante l'ingresso e la permanenza nella scuola, nonché durante l'uscita dalla medesima'. Le disposizioni previste dall' art. 350 del R.D. n. 1297 del 1928 relativo a specifici doveri di sorveglianza in capo agli insegnanti elementari e dall' art. 39 del R.D. n. 965 del 1924 concernente i compiti di vigilanza negli istituti di istruzione media non sono più applicabili ai sensi dell'art. 82 del CCNL del 1995 in attuazione di quanto disposto dall' art. 72 del D.Lgs. n. 29/1993".

7 Per la giurisprudenza la responsabilità è esclusa laddove ricorrano gli estremi del caso fortuito, ossia tutte le volte in cui il danno si è verificato in conseguenza di un'azione non prevedibile e repentina, nonostante il dovere di vigilanza sia stato assolto nella misura dovuta e siano state adottate tutte le misure organizzative idonee ad evitare eventuali situazioni di pericolo. Cfr. Cass. 18.4. 2001, n. 5668, *Foro it*., 2001, n.1, p. 3099; Cass. 24.2.1997, n. 1683, *Foro it. Rep*., 1997, voce *Responsabilità civile*, n. 152.

8 Si veda, di recente Cass. 10.4.2019, n. 9983, *CED Cassazione*, 2019, che, in tema di danni conseguenti ad un infortunio sportivo subito da uno studente durante una gara svoltasi all'interno della struttura scolastica nell'ora di educazione fisica, afferma che, ai fini della configurabilità della responsabilità della scuola ai sensi dell'art. 2048 c.c., è necessario: a) che il danno sia conseguenza del fatto illecito di un altro studente partecipante alla gara, il quale sussiste se l'atto dannoso sia posto in essere con un grado di violenza incompatibile con le caratteristiche dello sport praticato o con il contesto ambientale nel quale l'attività sportiva si svolge o con la qualità delle persone che vi partecipano, ovvero allo specifico scopo di ledere, anche se non in violazione delle regole dell'attività svolta, e non anche quando l'atto sia compiuto senza la volontà di ledere e senza la violazione delle regole della disciplina sportiva, né se, pur in presenza di una violazione delle regole dell'attività sportiva specificamente svolta, l'atto lesivo sia a questa funzionalmente connesso; b) che la scuola non abbia predisposto tutte le misure idonee ad evitare il fatto. Ne consegue che grava sullo studente l'onere di provare l'illecito commesso da un altro studente, mentre spetta alla scuola dimostrare l'inevitabilità del danno, nonostante la predisposizione di tutte le cautele idonee ad evitare il fatto. Nella specie, la Cassazione ha ritenuto immune da censure la sentenza che aveva escluso la responsabilità della scuola rispetto all'infortunio, verificatosi durante una partita di pallamano svoltasi nella palestra scolastica sotto il controllo dell'insegnante, ai danni di un alunno il quale, mentre rincorreva un avversario che gli aveva sottratto il possesso della palla senza toccarlo, era caduto scivolando all'esterno del campo da gioco ed urtando contro una panchina la quale, essendo destinata ai giocatori di riserva, era stata ritenuta dal giudice di merito un ordinario completamento dello stesso campo da gioco.

9 Carbone, V. : "Responsabilità della scuola per il danno cagionato da un allievo ad un altro durante una gara sportiva", *Danno e Responsabilità*, 2013, n. 1, p. 23, sottolinea che "La responsabilità indiretta dell'insegnante, e quindi della scuola e dello Stato, per il fatto illecito commesso da uno studente a carico di un altro, si fonda sulla mancata o adeguata sorveglianza dei minori loro affidati dai genitori durante l'orario scolastico, ma soprattutto sulla mancata adozione di tutte le misure opportune ed adeguate in relazione all'età allo sviluppo degli allievi. Responsabilità indiretta, ma anche aggravata, perché il responsabile per essere liberato dalla predetta responsabilità deve provare di aver fatto tutto il possibile per impedire il verificarsi del fatto dannoso, ma di non avere potuto impedire il fatto".

In un'ottica difensiva, la presunzione di *culpa in vigilando* si ritiene superata laddove l'insegnante dimostri di aver adeguatamente adempiuto all'obbligo di sorveglianza, che costituisce il fondamento della responsabilità degli insegnanti, e che comporta un potere di prevenzione, indirizzo, vigilanza, direzione e controllo sull'allievo[10]. Se, nonostante la messa in pratica di tutte queste misure, anche preventive, il danno si sia verificato in maniera tale da non poter essere evitato, nemmeno con un intervento tempestivo dell'insegnante, allora quest'ultimo sarà esente da colpa.

Per questi motivi, si svuota del tutto il ragionamento sulla colpa e, secondo alcuni studiosi, si configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva.

Da quanto visto, non si mira a ricostruire un quadro equilibrato e fedele del concreto livello di colpevolezza e di responsabilità che un soggetto assume in relazione al danno causato da un altro diverso soggetto, ma prevale una logica che mira valorizzare, in via esclusiva, la funzione di garanzia che gli insegnanti ricoprono nei confronti dei terzi danneggiati dall'illecito compiuto dal minore[11].

III. LA RESPONSABILITA' A TITOLO CONTRATTUALE PER I DANNI CHE L'ALLIEVO CAGIONA A SE STESSO.

Il secondo modello di responsabilità riguarda il cosiddetto danno "autocagionato" o "autoinferto" dall'allievo a se stesso[12].

10 Secondo Cass. 13.11.2015, n. 23202, *CED Cassazione*, 2015, "In tema di responsabilità civile dei maestri e dei precettori, non è sufficiente, per superare la presunzione di responsabilità a loro carico ex art. 2048 c.c., la dimostrazione di aver esercitato la vigilanza sugli alunni nella misura dovuta ed il carattere imprevedibile e repentino dell'azione dannosa ove sia mancata l'adozione delle più elementari misure organizzative per mantenere la disciplina tra gli allievi". Nella specie, la Cassazione ha ritenuto che la Corte d'Appello - in relazione al danno determinato dalla caduta a terra di uno studente di una scuola media inferiore, in conseguenza della contesa di una sedia con un compagno - avesse omesso di verificare l'approntamento, in via preventiva, di cautele idonee a scongiurare situazioni di pericolo in un caso nel quale gli alunni erano stati affidati al personale ausiliario nello svolgimento di attività extracurricolare.

11 Si veda, ad esempio, Cass. 9.5.2016, n. 9337, *CED Cassazione*, 2016, in base alla quale "In tema di responsabilità civile dei maestri e dei precettori, il superamento della presunzione di responsabilità gravante, ex art. 2048 c.c., sull'insegnante per il fatto illecito dell'allievo, postula la dimostrazione di non essere stato in grado di spiegare un intervento correttivo o repressivo dopo l'inizio della serie causale sfociante nella produzione del danno, e di aver adottato, in via preventiva, tutte le misure disciplinari o organizzative idonee ad evitare il sorgere di una situazione di pericolo favorevole al determinarsi di quella serie, commisurate all'età ed al grado di maturazione raggiunto dagli allievi in relazione alle circostanze del caso concreto, dovendo la sorveglianza dei minori essere tanto più efficace e continuativa in quanto si tratti di fanciulli in tenera età, sicché, con riguardo ad uno stato dei luoghi connotato dalla presenza di un manufatto in grado di ostacolare la piena e totale visibilità dello spazio da controllare, non costituiscono idonee misure organizzative la mera presenza delle insegnanti *in loco*, se non disposte in prossimità del manufatto stesso, e l'avere le medesime impartito agli alunni la generica raccomandazione 'di non correre troppo durante la ricreazione' senza l'adozione di interventi correttivi immediati, diretti a prevenire e ad evitare il verificarsi di eventi dannosi".

12 In dottrina Foglia, M.: "Duty to prevent the suicide?: i confini dell'obbligo di protezione in capo all'insegnante", *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 150; Campione, R.: "Condotta autolesiva dell'allievo e regole di responsabilità nella giurisprudenza di merito: spunti per una ricostruzione alternativa", *Fam. Dir.*, 2009, p. 1163; Venturelli, M.: " Sulla responsabilità del precettore ex art. 2048, secondo comma, c.c.", *Danno* e *Resp.*, 2004, p. 94; Lamorgese, M.: "La responsabilità civile negli incidenti scolastici", *Giur. di Merito*, 2007, p. 1879;

Tale situazione non risulta contemplata dall'art. 2048 c.c., il quale si riferisce al fatto illecito prodotto a un terzo: trattandosi di danno provocato dal minore a se stesso mancherebbe, dunque, sia la condotta antigiuridica, sia il terzo danneggiato[13].

Di conseguenza, la fattispecie sarebbe attratta nell'orbita della disciplina generale della responsabilità extracontrattuale prevista all'art. 2043 c.c., la cui applicazione comporterebbe l'esito di gravare i genitori del minore (auto) danneggiato dell'onere di provare la colpa dell'insegnante.

Per evitare un simile risultato, la dottrina e la giurisprudenza ormai consolidate affermano che in tale situazione la responsabilità dell'insegnante non abbia natura extracontrattuale, ma contrattuale da inadempimento, ritenendo che, pur non essendoci un precedente vincolo negoziale, si realizza un rapporto giuridico per "contatto sociale".

Una famosa pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite[14] spiegò che, a seguito dell'accoglimento della domanda di iscrizione e la conseguente ammissione dello stesso alla scuola, tra l'istituto scolastico e l'allievo si determina l'instaurazione di un vincolo contrattuale[15], dal quale sorge a carico dell'istituto scolastico, accanto alla prestazione scolastica principale di istruire e di educare, anche l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza dell'allievo e proteggerne l'incolumità nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica, in tutte le sue forme, ivi compresa l'adozione delle misure idonee ad impedire che procuri danno a se stesso[16].

Gallo, P.: "La responsabilità degli insegnanti e il diritto al risarcimento degli alunni per danni procurati a se stessi e ad altri durante l'orario scolastico", *Nuovo Dir.*, 2007, p. 224; Scocuzza, A.: "Responsabilità degli insegnanti - La responsabilità civile dell'insegnante e i limiti della prova liberatoria", *Giurisprudenza Italiana*, 2016, n. 5, p. 1087; Pandolfini, V.: "Sulla responsabilità dei precettori e dell'ente scolastico per il danno cagionato dall'allievo a sé medesimo", *Giur. It.*, 2000, p. 507; La Battaglia, L.: "Fondamento e limiti della responsabilità dell'insegnante per l'infortunio dell'alunno in gita scolastica", *Famiglia e Diritto*, 2015, n. 2, p. 111.

13 Né possono essere considerati soggetti terzi i genitori che agiscono nell'esercizio della potestà genitoriale, come spiega Pastore, M.: "Responsabilità da contatto sociale dell'insegnante: cui prodest?", *Danno e Responsabilità*, 2011, n. 4, p. 392, "Tuttavia, la necessità di offrire una più adeguata tutela anche nei casi in cui l'allievo si procuri da sé un danno fu discussa già nel 1958 quando in una prima pronunzia la Suprema Corte si espresse sulla non applicabilità dell'art. 2048 c.c. al di fuori delle ipotesi in cui il fatto illecito del minore cagioni danno ad un terzo. L'interrogativo circa l'applicabilità dell' art. 2048 c.c. all'ipotesi di danno auto-procuratosi dall'alunno risale al 1958, anno in cui la Suprema Corte si è occupata del caso di un allievo che si era auto-procurato alcune ferite durante l'orario scolastico". Cfr. Cass., 10.7.1958, n. 2485, *Rep. Foro It.*, 1958.

14 Si vedano, sul punto, Cass., 27.6.2002, n. 9346, *Foro it.*, 2002, I, 2636, con nota di Di Ciommo, F. :"La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.", *Danno e Responsabilità*, 2003, n.1, p. 46; Lanotte, A.: "Condotta autolesiva dell'allievo: non risponde l'insegnante", *Corr. giur.*, 2002, p. 1287; Morozzo della Rocca, P.: "Le Sezioni Unite sul danno cagionato al minore da se stesso", *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 1012; Facci, G.: "Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, n.1, p. 264; con nota di Perna, T.: "Il debole confine tra la responsabilità contrattuale e la responsabilità extracontrattuale: il contatto sociale in ambito scolastico", *Danno e Responsabilità*, 2006, p. 1081.

15 Ne tratta Cass., 4.2.2014, n. 2413; Cass., 29.5.2013, n. 13457; Cass., 24.11.2011, n. 24835; Cass., 26.4.2010, n. 9906; Cass., 3.3.2010, n. 5067; Cass., 11.5.2007, n. 10830; Cass., 31.3.2007, n. 8067; Cass., 18.11.2005, n. 24456; Cass., 16.6.2005, n. 12966; Cass., 11.11.2003, n. 16947; Cass., 27.10.2003, n. 16090.

16 Ad esempio, Cass. 25.2.2016, n. 3695, *CED Cassazione 2016*, in un caso di danno cagionato dall'alunno a se stesso, ha affermato che la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante ha natura contrattuale,

Tra l'insegnante, dipendente dell'istituto scolastico, e l'allievo sorge un rapporto giuridico non per contratto, ma per contatto sociale, in base al quale si genera un affidamento che comporta per l'insegnante non solo di istruire ed educare, ma anche di proteggere il minore per il tempo in cui è affidato alla sua sorveglianza[17].

La teoria del contatto sociale[18] ha consentito di applicare la categoria degli obblighi di protezione alle situazioni in cui, nonostante la mancanza di un obbligo di prestazione, si ritengono ugualmente presenti obblighi di protezione, posto che tra danneggiante e danneggiato «si è previamente instaurata una situazione relazionale nella quale questi stanno l'uno di fronte all'altro alla maniera del debitore e creditore, uscendo dall'estraneità che è e rimane il fondamento della responsabilità aquiliana»[19]. Ciò permette di sottoporre alle regole dei rapporti contrattuali quelle fattispecie in cui il danno non dipende da «una casuale o non desiderata collisione di soggetti terzi»[20].

Inoltre, la giurisprudenza individua l'esistenza di rapporti obbligatori basati sul contatto sociale, laddove l'affidamento sia giustificato dalla presenza di un preciso *status* professionale o dalla particolare specializzazione di uno dei due soggetti.

atteso che, quanto all'istituto, l'instaurazione del vincolo negoziale consegue all'accoglimento della domanda di iscrizione, e, quanto al precettore, il rapporto giuridico con l'allievo sorge per contatto sociale, sicché si applica il regime probatorio di cui all'art. 1218 c.c., in virtù del quale il danneggiato deve provare esclusivamente che l'evento dannoso si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, mentre la scuola ha l'onere di dimostrare che l'evento è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante. Nella specie, la Cassazione ha ritenuto onere dell'Istituto scolastico, convenuto per il risarcimento dei danni subiti da un'alunna scivolata negli spogliatoi della palestra a causa del pavimento bagnato, provare di aver adottato le cautele necessarie a salvaguardare la incolumità degli allievi prevenendo lo stato pericoloso dei locali.

17 Castronovo, C.: "Obblighi di protezione e tutela del terzo", *Jus*, 1976, p. 123; Moscati, E.: "I rimedi contrattuali a favore dei terzi", *Riv. dir. civ.*, 2003, n.1, p. 357; Breccia, U., "Le obbligazioni", in AA.VV.: "*Trattato di diritto privato"* (a cura di G. Iudica, P. Zatti), Milano, 1991, 358-359; Di Majo, A.: "La protezione del terzo tra contratto e torto", *Europa e dir. priv.*, 2000, n.1, p. 1; Roppo, V.: "Il contatto sociale ed i rapporti contrattuali di fatto", in AA.VV.: *Casi e questioni di diritto privato* (a cura di M. Bessone), Giuffré, Milano, 1993, p. 22 ss.; Scognamiglio, R.: "Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio *status*", *Giur. it.*, 1995, n. 4, p. 356; Busnelli, F.D.: "Itinerari europei nella 'terra di nessuno' tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte", *Cont. impr.*, 1991, p. 546.

18 Come spiega Pastore, M.: "Responsabilità da contatto sociale dell'insegnante", p. 396 "Dapprima sorto in ambiente tedesco al fine di allargare le maglie del danno risarcibile alle perdite meramente economiche, il dialogo teorico tra formanti circa la sussistenza di un'area di tutela interstiziale tra contatto e torto si è via via ampliato sino a ricomprendere tutte quelle situazioni per loro natura irriducibili al semplice rapporto obbligatorio di risarcimento del danno, né inquadrabili nelle più complesse relazioni negoziali incentrate sulla prestazione. Un fenomeno di tal fatta è tipico dell'esperienza giuridica tedesca ove il sistema strutturalmente chiuso della responsabilità extracontrattuale ha determinato, ad opera della giurisprudenza, la fuga di talune fattispecie verso l'area contrattuale, dando origine al c.d. fenomeno della contrattualizzazione della responsabilità civile mediante lo schema concettuale del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi. Diversamente, in un ordinamento quale quello italiano in cui la funzione di tutela della persona e/o dei beni del terzo si è imposta come esclusiva del sistema della responsabilità civile, lo spazio per un'espansione del modello di tutela contrattuale appare alquanto marginale nella misura in cui esso è ancorato alla prerogativa di creare e disciplinare rapporti economici produttivi. In tal modo si spiega la scarsa permeabilità del diritto italiano alla figura del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi".

19 Si veda Castronovo, C.: *La nuova responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 2006, p. 443.

20 Castronovo, C.: "(voce) Obblighi di protezione", *Enc. giur.*, XX, 1991, p. 7.

In tali situazioni, si configura un rapporto obbligatorio, che non si fonda su un obbligo di prestazione primario cui si aggiungono obblighi di protezione accessori, ma resta limitato, fin da subito, al solo profilo della protezione e della sicurezza del terzo, facendo sorgere una responsabilità di natura contrattuale nei confronti del terzo danneggiato[21].

Esempi classici ricorrono in campo sanitario: mentre tra il paziente e la struttura ospedaliera si stipula un contratto con effetti protettivi, tra il medico professionista e il paziente sorge un affidamento basato sullo *status* professionale, che determina un rapporto di prestazione, anche in mancanza di un contratto[22].

Il medesimo percorso logico e argomentativo si è seguito anche nell'ambito dei rapporti scolastici, spiegandosi il sorgere di un rapporto negoziale tra l'allievo e l'insegnante, in ragione dell'affidamento che genera lo *status* professionale di quest'ultimo.

Da qui allora sorge l'obbligo di vigilare sull'integrità fisica dell'allievo e di adottare tutte le misure idonee ad impedire che quest'ultimo si procuri dei danni[23].

Dal punto di vista probatorio, tale ipotesi segue il regime normalmente previsto in caso di responsabilità contrattuale in base all'art. 1218 c.c., che comporta un'inversione dell'onere della prova, per cui in concreto il danneggiato potrà limitarsi a provare solo che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto scolastico, mentre sull'insegnante grava l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa a lui non imputabile, nonostante l'adozione di tutte le misure necessarie per evitarlo. Inoltre, trattandosi di responsabilità da inadempimento, la prescrizione sarà decennale e non quinquennale.

21 Si veda Barela, M.: "Responsabilità dei genitori e dell'insegnante", *Responsabilità extracontrattuale*, Tratt. Stanzione, II, Padova, 2012, p. 657.

22 Come sottolinea Carbone, V. : "Responsabilità", cit., p. 26, parte della giurisprudenza "esclude la responsabilità aquiliana ex art. 2048, comma 2 e 3, e ricostruisce la responsabilità della scuola nelle fattispecie in cui l'allievo si è fatto male da solo, come responsabilità da inadempimento all'obbligazione di sorveglianza sorta con l'iscrizione a scuola, con la precisazione che anche in questo caso non risponde direttamente l'insegnante, ma la scuola pubblica. In altri termini, occorre tener ben distinti l'azione per danni arrecati da un alunno ad altro alunno nella quale si invoca, nell'ambito di un'azione di responsabilità extracontrattuale, la presunzione di responsabilità prevista dall'art. 2048, comma 2, c.c., dalla richiesta di risarcimento per omessa sorveglianza nel caso di danni arrecati dall'allievo a se stesso, azione da far valere secondo i principi della responsabilità contrattuale *ex* art. 1218 c.c., fermo restando che in entrambi i casi, qualora l'amministrazione sia condannata a risarcire il danno subito dall'allievo ad opera di un terzo o all'alunno che si è da solo danneggiato, l'insegnante è successivamente obbligato in via di rivalsa, soltanto ove sia dimostrata la sussistenza del dolo o della colpa grave, limite, quest'ultimo, operante verso l'amministrazione, ma non verso i terzi".
Sul punto, si veda anche Perna, T.: "Il debole confine tra la responsabilità contrattuale e la responsabilità extracontrattuale", cit., p. 1084; Querci, F.: "Responsabilità dell'insegnante e del ministero della pubblica istruzione per i danni cagionati dall'allievo a se stesso: l'estensione del dovere di vigilanza", *Nuova giur. civ.*, 2010, n. 1, p.1162.

23 Cfr. Cass., 24. 11. 2011, n. 24835, *CED Cassazione* 2011; Cass., 11.11.2003, n. 16947, *CED Cassazione* 2003; Cass., 27.5.2003, n. 8397, *CED Cassazione* 2003.

Ne deriva che i genitori, legittimati attivi in quanto esercenti la potestà sul minore, otterranno un riparto degli oneri probatori più favorevole rispetto all'applicazione della disciplina della responsabilità aquiliana[24].

IV. LA SURROGA DEL MINISTERO.

Tale sistema è stato attenuato notevolmente dall'introduzione dell'art. 61, L. 11.7.1980, n. 312, in base al quale nelle azioni giudiziarie promosse da terzi, sia a titolo di responsabilità contrattuale sia extracontrattuale, il danneggiato non ha più azione diretta contro l'insegnante della scuola pubblica statale, ma è tenuto a convocare in giudizio il Ministero dell'Istruzione, quale soggetto passivo dell'azione di danno.

Con tale surrogazione il Ministero dell'Istruzione si sostituisce all'insegnante, che non può essere direttamente convenuto da terzi nelle azioni di risarcimento danni da *culpa in vigilando*.

Con successiva sentenza, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno stabilito che l'insegnante di scuola pubblica è privo di legittimazione passiva anche nei casi di condotta autolesiva dell'allievo, per evitare di creare un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto al caso del danno commesso dall'allievo a terzi[25].

In seguito, hanno precisato che l' art. 61, L. n. 312/1980[26] non opera sul piano sostanziale, ossia eliminando la presunzione di cui all' art. 2048 c.c., ma

24 Si veda Cass., 31.3.2021, n. 8849, *CED Cassazione*, 2021, che, in un caso di responsabilità contrattuale dell'istituto scolastico per il danno cagionato dall'alunno a sé stesso, afferma che il regime di distribuzione dell'onere probatorio di cui all'art. 1218 c.c. faccia gravare sulla parte che si assume inadempiente (o non esattamente adempiente) l'onere di fornire la prova positiva dell'avvenuto adempimento (o dell'esattezza dello stesso), mentre il principio generale espresso dall'art. 2697 c.c. faccia gravare sull'attore la prova del nesso causale fra la condotta dell'obbligato inadempiente e il pregiudizio di cui si chiede il risarcimento.
Spiega il medesimo concetto Sanna, P.: "Autolesione dell'allievo: la responsabilità contrattuale dell'insegnante e dell'istituto scolastico alla «prova» dell'onere della prova", *La Responsabilità Civile*, 2012, n. 12, p. 894, dove afferma "Restando al raffronto con l'art. 2043 c.c., il vantaggio per la parte lesa che agisca ex art. 1218 c.c. in astratto si accresce là dove si considerino, da un lato, il recente abbandono da parte della giurisprudenza della bipartizione, già da tempo criticata dalla dottrina maggioritaria, tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato e, dall'altro lato, i principi da ultimo enunciati dalle curie in tema di distribuzione dell'*onus probandi* nel caso di responsabilità da inadempimento dell'obbligazione. A quest'ultimo proposito, la valorizzazione del principio di vicinanza alla prova ha fatto dire alla Suprema Corte che, in caso di risoluzione contrattuale, risarcimento del danno ovvero di azione per l'adempimento, il creditore potrà limitarsi a provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto sarà gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa (ossia dell'avvenuto adempimento); allo stesso modo, nel caso di inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto (esatto) adempimento".

25 Cfr. Cass., 11.8.1997, n. 7454, Cass., 27.6.2002, n. 9346; Cass., 4.12.2002, n. 17195; Cass., 20.3.2005, n. 6723; Cass., 11.2.2005, n. 2839.

26 Si veda l'art. 61 della L. n. 312/1980, rubricato "Disciplina della responsabilità patrimoniale del personale direttivo, docente, educativo e non docente", in base al quale "La responsabilità patrimoniale di personale

esclusivamente sul piano processuale[27]. Questa norma non comporta un esonero degli insegnanti dalla responsabilità diretta, ma è volta a limitarne la responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, dato che l'amministrazione, che ha risarcito il terzo, potrà agire in rivalsa nei confronti dell'insegnante solo se quest'ultimo risulta responsabile per dolo o colpa grave[28].

V. L'IPOTESI DI UNA TERZA VIA.

Da quanto visto, il regime di responsabilità civile degli insegnanti presenta, principalmente, due aspetti critici.

direttivo, docente, educativo e non docente della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica dello Stato e delle istituzioni educative statali per danni arrecati direttamente all'Amministrazione in connessione a comportamenti degli alunni è limitata ai soli casi di dolo o colpa grave nell'esercizio della vigilanza sugli alunni stessi.
La limitazione di cui al comma precedente si applica anche alla responsabilità del predetto personale verso l'Amministrazione che risarcisca il terzo dei danni subiti per comportamenti degli alunni sottoposti alla vigilanza. Salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, la Amministrazione si surroga al personale medesimo nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi."

27 Secondo Bonamini, T.: "Art. 2048 c.c. -Responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte - La responsabilità del personale docente e non docente delle scuole statali", *Comm. cod. civ. online Onelegale*, 2022, p. 1 ss., "La limitazione della responsabilità degli insegnanti ai soli casi di dolo o colpa grave ha, poi, dato adito ad un contrasto giurisprudenziale sul problema della eventuale portata, sul piano sostanziale, o esclusivamente processuale, della regola in esame. Alcune pronunzie hanno concluso nel senso che la regola della limitazione di responsabilità operi anche sul piano sostanziale, determinando i presupposti per l'affermazione della responsabilità, nei casi in esame, nei confronti della Pubblica Amministrazione. Seguendo questa impostazione, quindi, coloro i quali agiscano per ottenere il risarcimento dei danni subiti nei confronti del Ministero non potrebbero invocare la disciplina di cui all'art. 2048 c.c., dovendo, al contrario, fornire la prova dell'elemento soggettivo dell'illecito. Quindi eliminazione della presunzione di cui all' art. 2048 c.c. e inversione, a carico del danneggiato, dell'onere della prova del dolo o colpa grave dell'insegnante (Cass., 11.8.1997, n. 7454; Cass., 30.3.2005, n. 6723; Cass., 3.3.1995, n. 2463; T. Bologna, 24.4.2001. V., anche, Cass. 9.5.2016, n. 9337). I limiti di tale interpretazione hanno indotto la giurisprudenza ad orientarsi diversamente, nel senso che l' art. 61, L. n. 312/1980 non operi sul piano sostanziale, eliminando la presunzione di cui all' art. 2048 c.c., ma esclusivamente sul piano processuale".
In giurisprudenza, questo punto è stato ribadito da Cass. civ., 11.2.2005, n. 2839, secondo la quale "In tema di responsabilità civile degli insegnanti per omessa vigilanza, la sottrazione degli insegnanti statali alle conseguenze dell'applicabilità nei loro confronti della presunzione di cui all'art. 2048 c.c., secondo comma, nei giudizi di danno per 'culpa in vigilando' è attuata dall'art. 61 della legge 11 luglio 1980, n. 312, non sul piano sostanziale, ovvero incidendo sulla operatività dell'art. 2048 c.c., secondo comma, nei detti giudizi, ma esclusivamente sul piano processuale, mediante l'esonero dell'insegnante statale dal processo, nel quale l'unico legittimato passivo è il Ministero dell'Istruzione, nei cui confronti continuerà ad applicarsi, nei casi (come quello di specie) di danno provocato da un alunno ad un altro alunno, la presunzione di responsabilità prevista dalla norma citata, mentre la prova del dolo o della colpa grave dell'insegnante rileva soltanto ove l'amministrazione eserciti, successivamente alla sua condanna, l'azione di rivalsa nei confronti del medesimo".

28 Come spiega Bonamini, T.: "Art. 2048", cit., "La diversità di trattamento così introdotta, e il particolare regime di surrogazione ha fatto sorgere alcuni dubbi circa la legittimità costituzionale della norma in esame con quanto previsto dall' art. 28 Cost. in materia di responsabilità dei dipendenti e dei funzionari pubblici. Tuttavia la Corte Costituzionale (C. Cost., 24.2.1992, n. 64) ha rigettato la questione di legittimità costituzionale, in base al rilievo che l' art. 28 Cost. non impedisce al legislatore di emanare norme che limitano, o, escludono, la responsabilità diretta dei pubblici dipendenti. Il peculiare regime di cui all' art. 61, L. n. 312/1980, secondo la Corte, non comporta un esonero degli insegnanti dalla responsabilità diretta, ma è volto a limitare la responsabilità di questi ultimi, in relazione alle gravose conseguenze poste dall'art. 2048 c.c. Si ritiene che l' art. 61, L. n. 312/1980 non importi modifiche alla competenza giurisdizionale; la Corte dei Conti sarà competente sulle azioni di rivalsa, riferite al rapporto tra Stato e insegnante, restando estraneo a tale giurisdizione il rapporto tra danneggiato e demandante".

Il primo riguarda la stessa esistenza di un doppio regime di responsabilità, in base al quale, se l'allievo si procura un danno da solo, si applica la disciplina della responsabilità contrattuale, mentre se è un altro compagno a procurargli un danno, si adotta la responsabilità extracontrattuale[29].

La scelta di ricondurre sotto il regime della responsabilità contrattuale l'ipotesi del danno "auto cagionato" è frutto di una precisa politica del diritto[30], che ha voluto promuovere un'ottica di generale favore per il danneggiato.

Non è convincente ritenere che la riconduzione del rapporto allievo-insegnante allo schema concettuale del contatto sociale possa essere proficuo al fine di individuare i confini della *culpa in vigilando* e della diligenza esigibile in capo all'insegnante[31].

Basterebbe, infatti, osservare che la giurisprudenza, anche in tal caso, svuota, di fatto, il ragionamento sull'effettivo grado di colpevolezza dell'insegnante, il quale è chiamato a provare di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno, usando un livello altissimo di diligenza e potendosi liberare solo in caso di eventi straordinari, fortuiti e imprevedibili.

Il risultato è che le due ipotesi considerate, pur poggiando su titoli di responsabilità differenti, presentano il medesimo criterio di ripartizione dell'onere della prova, che in entrambi i casi impone all'insegnante una dimostrazione estremamente gravosa, in base alla quale prevale chiaramente la funzione di garanzia che questi ricopre nei confronti dei minori affidati alla sua sorveglianza.

Il secondo profilo riguarda la giustificazione di un tale rigore a livello probatorio, se poi, nei fatti, è la Pubblica Amministrazione, in nome del Ministero, a rispondere dei danni.

Anche in tal caso, l'introduzione di un'azione diretta nei confronti della Pubblica Amministrazione può essere letta in un'ottica di maggior favore per il

29 Facci, G.: "La responsabilità dei genitori", in AA.VV.: *Le obbligazioni* (a cura di M. Franzoni), II, Utet, Torino, 2004, p. 235.

30 Pastore, M.: "Responsabilità da contatto sociale dell'insegnante", p. 396, dove si afferma che la qualificazione come contratto con obblighi di protezione del vincolo che si instaura tra istituto scolastico e allievo al momento dell'accoglimento della domanda di iscrizione appare precipuamente giustificato da ragioni di politica del diritto, attinenti l'effettività della tutela nella direzione di colmare le "debolezze" del regime della responsabilità extracontrattuale. Quanto dire che l'individuazione nella fattispecie della categoria degli obblighi di protezione è orientata allo scopo di estendere il regime di maggior favore della tutela contrattuale ad interessi che per loro natura dovrebbero essere tutelati per via aquiliana.

31 Pastore, M.: "Responsabilità da contatto sociale dell'insegnante", p. 396, dove sostiene che "L'individuazione di un rapporto giuridico diretto tra insegnante e allievo in termini di contatto sociale assume, quindi, rilevanza nella misura in cui contribuisce a determinare in concreto la prevedibilità o imprevedibilità del danno, atteso che è con riferimento alla posizione di coloro sui quali incombono effettivamente specifici obblighi di protezione e di vigilanza a tutela degli alunni che va accertata la sussistenza o meno di una causa (di inadempimento) non imputabile (ex art. 1218 c.c.) e, dunque, l'intensità del dolo o il grado della colpa".

danneggiato, il quale può giovarsi della maggiore solvibilità della P.A, rispetto al singolo insegnante.

D'altra parte, come abbiamo visto, questa norma non esonera gli insegnanti dalla responsabilità diretta, ma ne limita la responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, dato che l'amministrazione che ha risarcito il terzo, potrà agire in rivalsa nei confronti dell'insegnante solo se quest'ultimo risulta responsabile per dolo o colpa grave. Negli altri casi, viene il sospetto che mantenere un doppio regime di responsabilità così stringente risponda solamente alla logica di trovare in ogni caso un soggetto responsabile.

Sarebbe più coerente, allora, lasciare il posto a strumenti alternativi, come ad esempio l'attivazione di assicurazioni per i danni prodotti nel contesto scolastico.

Ad oggi la normativa scolastica ha reso obbligatoria una polizza assicurativa che ogni Istituto è tenuto a sottoscrivere con l'Inail a copertura dei danni che il personale docente e ATA subisce durante l'attività lavorativa e, per quanto riguarda gli alunni, i sinistri eventualmente accorsi all'interno della scuola durante l'attività scolastica, ma restano esclusi i danni derivanti da *colpa in vigilando* dell'insegnante.

Introdurre l'obbligo di assicurare anche tali danni consentirebbe, in analogia con quanto avviene in altri settori, come ad esempio in materia di responsabilità civile automobilistica[32], di attribuire ai danneggiati azione diretta nei confronti dell'assicuratore, evitando di chiamare in causa il Ministero.

Gli insegnanti non sarebbero, in ogni caso, esonerati dalla responsabilità, ma si creerebbe una situazione, anche processuale, più collaborativa con i genitori del minore, evitando rimbalzi di responsabilità tra *culpa in vigilando* dell'insegnante e *culpa in educando* dei genitori[33].

32 Ponzanelli, G.: "Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto", *Dir. economia assicurazioni*, 2011, n. 2, p. 571; Peccenini, F.: "Assicurazione per la responsabilità civile automobilistica e dei natanti", *Enciclopedia del diritto, Annali,* III, 2010, p. 35 ss.; Candian, A.D.: *Responsabilità civile e assicurazione*, Egea, Milano, 1993, p. 51; Landini, S.: *Assicurazione e responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 2004, p. 120; Donati, A.:*Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Giuffré, Milano, 1956, p. 329.

33 L'intreccio tra *culpa in vigilando* degli insegnanti e *culpa in educando* dei genitori emerge spesso in giurisprudenza. Si pensi, ad esempio, a quanto affermato dalla Corte d'Appello Roma, 27.11.2006, n. 5183, *Onelegale* 2022: "*Ex* art. 2048 c.c., la vigilanza sulla scolaresca presente in aula, ancorché non ancora iniziate le lezioni, spetta all'insegnante, la quale è responsabile dell'infortunio (unitamente al Ministero dell'istruzione per il rapporto di immedesimazione organica) per *culpa in vigilando* ed in forza della presunzione di legge quando non fornisce prova di non avere potuto impedire il fatto per la sua repentinità e, quindi, per l'impossibilità di un tempestivo ed efficace intervento di contrasto. Deve escludersi che l'evento sia imputabile per *culpa in educando* anche ai genitori del minore quando il comportamento del bambino (nella specie, il lancio di un oggetto di plastica all'indirizzo di altro ragazzo della scolaresca) costituisce un gioco, ovvero uno svago normale per ragazzi di giovanissima età, privo di connotazioni violente e, quindi, privo normalmente, salvo qualche accidente, di rischi per l'incolumità altrui. In tal caso, infatti, rientra in quella naturale e normale vivacità propria dell'età, che è solita esprimersi durante le pause delle lezioni, quando l'impegno scolastico non impone assoluta compostezza. Un tale tipo di gioco, rispondendo al naturale temperamento dei ragazzi e rientrando in comportamenti usuali, non può essere influenzato significativamente dalla educazione impartita dai genitori, a differenza dei comportamenti violenti ed irresponsabili non rispettosi

Si otterrebbe, inoltre, il vantaggio di allocare diversamente i rischi connessi ai danni provocati dagli allievi, facendoli gravare non più sugli insegnanti o sul Ministero, ma direttamente sull'assicurazione.

In tal modo, è possibile riequilibrare – e ristabilire– i compiti spettanti ai diversi ruoli ricoperti, lasciando all'insegnante quello di istruire, educare gli allievi e sorvegliare sulla loro incolumità, al Ministero quello di dirigere e organizzare le risorse, mentre all'assicurazione quello di rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno prodotto da un sinistro.

Inoltre, anche il danneggiato trarrebbe giovamento, chiamando in giudizio un soggetto sicuramente solvibile.

È interessante osservare che esistono, tutt'oggi, delle assicurazioni private che offrono "pacchetti" specificamente pensati per gli insegnanti. In essi si trova genericamente indicato che tali assicurazioni tengono indenne l'Assicurato di quanto questi sia tenuto a pagare quale civilmente responsabile ai sensi di legge a titolo di risarcimento (capitale, interessi e spese) per danni involontariamente cagionati a terzi per morte e lesioni personali, distruzione o deterioramento di cose, in conseguenza di un fatto accidentale verificatosi in relazione all'attività professionale dichiarata in polizza.

Salvo, poi, trovare spesso specificata la clausola, in base alla quale non sono risarciti i danni provocati da persone diverse dall'assicurato, lasciando, dunque, intendere che sono esclusi i danni provocati da un allievo a terzi o direttamente a se stesso.

La difficoltà, nella prassi, di trovare coperture assicurative per tali danni dimostra, anche dal punto di vista meramente economico, che è eccessivo farli gravare sulla posizione dell'insegnante, sollecitando, dunque, l'adozione di soluzioni alternative che ridistribuiscano in maniera più equilibrata tali rischi.

---

dei valori altrui e delle regole del vivere civile che, invece, possono essere controllati dai genitori ed opportunamente corretti con idonea educazione."

Si veda, invece, quanto sostiene il Tribunale di Torino, 29.1.2001, *Riv. giur. Polizia*, 2002, dove ribadisce che "In difetto della necessaria vigilanza da parte degli insegnanti, non può essere attribuita alla *culpa in educando* dei genitori una efficacia causale rispetto all'evento di danno verificatosi nei confronti dell'alunno minorenne. Va infatti considerata l'età degli alunni coinvolti nel fatto e la conseguente necessità che essi fossero sottoposti a continua vigilanza da parte di soggetto adulto al fine di scongiurare il possibile insorgere di situazioni di pericolo."

Ancora, si rinvia alla Cass. civ., 21.9.2000, n. 12501, *Resp. Civ. e Prev.*, 2001 : "Nel procedimento di responsabilità civile promosso per il risarcimento dei danni cagionati dall'allievo minorenne ad un compagno nel corso di una lezione, possono essere convenuti in giudizio sia i genitori dell'autore del danno, a titolo di *culpa in educando* ex art. 2048 comma 1 c.c., sia il Ministero della pubblica istruzione per il fatto dannoso del dipendente responsabile a titolo di *culpa in vigilando*. È esclusa la legittimazione passiva degli insegnanti statali *ex* art. 61 l. 11 luglio 1980 n. 312. I convenuti rispondono in via solidale *ex* art. 2055 c.c. del fatto illecito del minore di talché, accertata la responsabilità dei genitori, si prescinde dall'eventuale responsabilità dell'insegnante (e quindi del Ministero p.i.), che rileva esclusivamente nei rapporti interni, ai fini dell'azione di regresso."

BIBLIOGRAFIA

Barela, M.: "Responsabilità dei genitori e dell'insegnante", *Responsabilità extracontrattuale*, *Tratt.* Stanzione, II, Padova, 2012, p. 657.

Bonamini, T.: "Art. 2048 c.c. -Responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte - La responsabilità del personale docente e non docente delle scuole statali", *Comm. cod. civ. online Onelegale*, 2022, p. 1 ss.

Breccia, U.: "Le obbligazioni", in AA.VV.: "*Trattato di diritto privato"* (a cura di G. Iudica, P. Zatti), Milano, 1991, p. 358-359.

Busnelli, F.D.: "Itinerari europei nella 'terra di nessuno' tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte", *Cont. impr.*, 1991, p. 546.

Campione, R.: "Condotta autolesiva dell'allievo e regole di responsabilità nella giurisprudenza di merito: spunti per una ricostruzione alternativa", *Fam. Dir.*, 2009, p. 1163.

Candian, A.D.: *Responsabilità civile e assicurazione*, Egea, Milano, 1993, p. 51.

Carbone, V. : "Responsabilità della scuola per il danno cagionato da un allievo ad un altro durante una gara sportiva", *Danno e Responsabilità*, 2013, n. 1, p. 23.

Castronovo, C.: "Obblighi di protezione e tutela del terzo", *Jus*, 1976, p. 123; Moscati, E.: "I rimedi contrattuali a favore dei terzi", *Riv. dir. civ.*, 2003, n.1, p. 357.

Castronovo, C.: "(voce) Obblighi di protezione", *Enc. giur.*, XX, 1991, p. 7.

Castronovo, C.: *La nuova responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 2006, p. 443.

Di Ciommo, F.: "Figli, discepoli e discoli in una giurisprudenza 'bacchettona'?", *Danno e responsabilità*, 2001, n. 3, p. 257.

Di Ciommo, F.: "La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.", *Danno e Responsabilità*, 2003, n. 1, p. 46.

Di Majo, A.: "La protezione del terzo tra contratto e torto", *Europa e dir. priv.*, 2000, n.1, p. 1.

Donati, A.: *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Giuffré, Milano, 1956, p. 329.

Facci, G.: "Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, n.1, p. 264.

Facci, G.: "La responsabilità dei genitori", in AA.VV.: *Le obbligazioni* (a cura di M. Franzoni), II, Utet, Torino, 2004, p. 235.

Facci, G.: *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Ipsoa, Torino 2009, 359 ss.

Ferrari, M.: "La responsabilità civile di scuola e insegnanti in Italia e Francia: un'analisi comparata", *Resp. civ. prev.*, 2014, n. 4, p. 137.

Foglia, M.: "Duty to prevent the suicide?: i confini dell'obbligo di protezione in capo all'insegnante", *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 150.

Gallo, P.: "La responsabilità degli insegnanti e il diritto al risarcimento degli alunni per danni procurati a se stessi e ad altri durante l'orario scolastico", *Nuovo Dir.*, 2007, p. 224.

Iannone, R. F.: "La responsabilità della scuola e dell'insegnante", *Danno e Responsabilità*, 2017, n. 2, p. 245.

La Battaglia, L.: "Fondamento e limiti della responsabilità dell'insegnante per l'infortunio dell'alunno in gita scolastica", *Famiglia e Diritto*, 2015, n. 2, p. 111.

Lamorgese, M.: "La responsabilità civile negli incidenti scolastici", *Giur. di Merito*, 2007, p. 1879.

Landini, S.: *Assicurazione e responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 2004, p. 120.

Lanotte, A.: "Condotta autolesiva dell'allievo: non risponde l'insegnante", *Corr. giur.*, 2002, p. 1287.

Molinari, L., Fargione, V.: "La responsabilità dei genitori, degli insegnanti e dei tutori", *Danno e Responsabilità*, 2019, n. 2, p. 182.

Morozzo della Rocca, P.: "Le Sezioni Unite sul danno cagionato al minore da se stesso", *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 1012.

Pandolfini, V.: "Sulla responsabilità dei precettori e dell'ente scolastico per il danno cagionato dall'allievo a sé medesimo", *Giur. It.*, 2000, p. 507.

Pastore, M.: "Responsabilità da contatto sociale dell'insegnante: cui prodest?", *Danno e Responsabilità*, 2011, n. 4, p. 392.

PECCENINI, F.: "Assicurazione per la responsabilità civile automobilistica e dei natanti", *Enciclopedia del diritto, Annali,* III, 2010, p. 35 ss.

PERNA, T.: "Il debole confine tra la responsabilità contrattuale e la responsabilità extracontrattuale: il contatto sociale in ambito scolastico", *Danno e Responsabilità*, 2006, p. 1081.

PONZANELLI, G.: "Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto", *Dir. economia assicur*, 2011, n.2, p. 571.

QUERCI, F.: "Responsabilità dell'insegnante e del ministero della pubblica istruzione per i danni cagionati dall'allievo a se stesso: l'estensione del dovere di vigilanza", *Nuova giur. civ*., 2010, n.1, p.1162.

ROPPO, V.: "Il contatto sociale ed i rapporti contrattuali di fatto", in AA.VV.: *Casi e questioni di diritto privato* (a cura di M. BESSONE), Giuffré, Milano, 1993, p. 22 ss.

SANNA, P.: "Autolesione dell'allievo: la responsabilità contrattuale dell'insegnante e dell'istituto scolastico alla «prova» dell'onere della prova", *La Responsabilità Civil*e, 2012, n. 12, p. 894.

SCOCUZZA, A.: "Responsabilità degli insegnanti - La responsabilità civile dell'insegnante e i limiti della prova liberatoria", *Giurisprudenza Italiana*, 2016, n. 5, p. 1087.

SCOGNAMIGLIO, R.: "Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio *status*", *Giur. it*., 1995, n. 4, p. 356.

SCOGNAMIGLIO, R.: "Responsabilità per fatto altrui", *Noviss. Dig. It*., Torino, 1966, p. 697.

VENTURELLI, M.: "Sulla responsabilità del precettore ex art. 2048, secondo comma, c.c.", *Danno e Resp*., 2004, p. 94.

RESPONSABILITÀ PENALE E TUTELA CIVILE IN CASO DI CONTRAFFAZIONE DI I.G.P. E D.O.P. AGROALIMENTARI

CRIMINAL LIABILITY AND CIVIL PROTECTION IN THE CASE OF COUNTERFEITING OF AGRI-FOOD I.G.P. AND D.O.P.

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 218-239

Lorenzo PELLI

ARTICOLO CONSEGNATO: 4 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il presente lavoro è volto all'analisi della fattispecie criminosa della contraffazione di prodotti alimentari registrati come D.O.P. e I.G.P. prevista dall'art. 517-*quater* c.p. nelle sue varie declinazioni e applicazioni pratiche da parte della giurisprudenza, partendo da un quadro generale che abbraccia come punto di osservazione le istanze del consumatore in tema di correttezza delle informazioni dei prodotti alimentari, e che adotta come oggetto di analisi le normative comunitarie concernenti le D.O.P. I.G.P. ed il concetto di *Made in Italy* agroalimentare. Infine, sono state oggetto di attenzione le conseguenze di natura civilistica per condotte di questo tipo, con particolare riferimento alla disciplina di tutela del c.d. codice della proprietà industriale.

PAROLE CHIAVE: Art. 517-*quater* c.p.; D.O.P.; I.G.P.; contraffazione; falso *Made in Italy*; agroalimentare; responsabilità penale; tutela civile.

ABSTRACT: *The aim of this paper is to analyse the criminal case of counterfeiting of food products registered as D.O.P. and I.G.P. provided by Article 517-quater of the Italian Criminal Code in its various declinations and practical applications by the jurisprudence, starting from a general framework that embraces as a point of observation the consumer's instances on the subject of correctness of food product information, and adopting as an object of analysis the EU regulations concerning D.O.P. and I.G.P. and the concept of Made in Italy agri-food products. Finally, the civil law consequences for conduct of this kind have been the subject of attention, in particular regarding the protection regulations of the so-called Industrial Property Code.*

KEY WORDS: *Art. 517-quater c.p.; D.O.P.; I.G.P.; counterfeiting; fake Made in Italy; agri-food; criminal liability; civil protection.*

SOMMARIO.- I. L'IMPORTANZA DELLA CORRETTEZZA INFORMATIVA NELLE DENOMINAZIONI DI ORIGINE: DALLA PROSPETTIVA COMUNITARIA AL CONCETTO DI MADE IN ITALY AGROALIMENTARE.- II. LA FATTISPECIE ASTRATTA PREVISTA DALL'ART. 517-QUATER C.P.- III. CENNI ALLE CONSEGUENZE CIVILISTICHE IN CASO DI CONTRAFFAZIONE DI PRODOTTI D.O.P. E I.G.P.: IL SISTEMA DI TUTELE FORNITO DAL D.LGS. 10 FEBBRAIO 2005, N. 30 (C.D. CODICE DELLA PROPRIETÀ INDUSTRIALE).- IV. CONCLUSIONES.

I. L'IMPORTANZA DELLA CORRETTEZZA INFORMATIVA NELLE DENOMINAZIONI DI ORIGINE: DALLA PROSPETTIVA COMUNITARIA AL CONCETTO DI *MADE IN ITALY* AGROALIMENTARE.

A livello comunitario la correttezza dell'informazione nel settore alimentare costituisce uno dei più importanti tasselli dell'ordito normativo posto a tutela della sicurezza e della qualità dell'alimento[1] e se tale principio costituisce uno dei principali obiettivi già a livello generale per quanto riguarda la produzione, distribuzione e commercializzazione dei prodotti alimentari, ciò risulta ancor più significativo in tema di indicazioni geografiche o denominazioni di origine.

Pertanto, all'interno della compagine europea[2] si rinviene una molteplicità di regole che afferiscono alla tutela del consumatore di alimenti per quanto concerne

1 In tema, si veda ampiamente, Aversano, F.: "Alimentazione e linguaggio: nozioni, termini e fattispecie", in Aa. Vv.: *Regole alimentari* e made in Italy, Edagricole, Milano, 2012, pp. 24 ss. Piuttosto interessante risulta, inoltre, l'ampia opera di raccordo e sintesi sulle contraffazioni alimentari e le frodi agroalimentari a livello globale esperita da Spink, J.W.: *Food Fraud Prevention Introduction, Implementation, and Management*, Springer, New York, 2019, *passim*, ove ci si sofferma sugli aspetti non solo giuridici, ma anche economici, sociali e politici del fenomeno nella sua dimensione internazionale.

2 Invero, il riconoscimento di un alimento fra le D.O.P. o I.G.P. pur avendo un dettagliato *corpus* normativo di protezione e valorizzazione a livello comunitario, non sempre trova un analogo riscontro a livello internazionale. Anzi, al di fuori del territorio Ue, tale tipo di riconoscimento può acquisire una valenza, e dunque gli si può apprestare la relativa tutela, unicamente in quei Paesi con cui l'Ue è riuscita ad intavolare e firmare degli specifici accordi di carattere internazionale. Ciò è stato ad esempio effettuato di recente con la Cina assieme alla quale l'Unione europea ha stipulato in data 14 settembre 2020 e approvato con Decisone Ue n. 1832/2020 del Consiglio del 23 novembre 2020 (G.U.U.e. L 408 I) un accorso bilaterale mediante il quale vengono espressamente riconosciuti, a partire dal 1° marzo 2021, 100 prodotti (di cui 26 italiani) D.O.P. o I.G.P. Per contro, in altre realtà, ove comunque vi è un ampio intrecciarsi di relazioni commerciali con l'Europa (e, quindi, anche con l'Italia), non sono stati varati accordi di questo tipo. È questo il caso per esempio degli USA, che sono uno dei maggiori Paesi importatori di prodotti italiani e dove però i fenomeni del falso *Made in Italy* e dell'*Italian sounding* trovano un'ampia diffusione, stimata per un totale di 40 miliardi di euro nel 2022, secondo i dati resi recentemente noti nel sito ufficiale della Coldiretti, e disponibili in www.coldiretti.it. Invero, negli USA i D.O.P. e I.G.P. non hanno alcuna disciplina giuridica, come denunciato, fra i molti, da Germanò, A.: "Sulla titolarità dei segni DOP e IGP", *Dir. agr.*, 2017, núm. 2°, pp. 287 ss.; Petralia, S.: "La difesa del *Made in Italy* nel settore agroalimentare fra spinte protezionistiche e crisi pandemica: il senso di una iniziativa", *La difesa del* made in Italy *nel settore agroalimentare fra spinte protezionistiche e crisi pandemica* (a cura di F. Romeo), I, in *Il patrimonio agroalimentare italiano: tutele civilistiche e penalistiche*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 3 ss., spec. pp. 6 ss. In particolare, il menzionato fenomeno dell'*Italian sounding* descrive quella condotta caratterizzata dall'utilizzo sulle

• Lorenzo Pelli
Abogado e investigador predoctoral
Universidad de Perugia y Salamanca
lorenzo.pelli@virgilio.it

le informazioni da esso ricevute sull'origine del prodotto[3], specialmente qualora esso corrisponda a particolari regimi di produzione come avviene ad esempio nel caso delle D.O.P., I.G.P.[4], di cui preme segnalare come l'Italia detenga fra i Paesi europei il maggior numero vantando un totale di 318 prodotti alimentari riconosciuti sotto tali categorie di eccellenza culinaria da parte dell'Ue[5].

Più precisamente, giova rammentare il Reg. Cee n. 2081/1992 il quale disciplinava in modo piuttosto analitico e dettagliato le regole comunitarie di riconoscimento e tutela delle indicazioni di origine protetta e che è stato abrogato e sostituito dal Reg. Ce n. 510/2006 il quale all'art. 13, par. 1, lett. *a)*, delineava la protezione delle denominazioni registrate contro qualsiasi impiego commerciale diretto o indiretto per mezzo di prodotti che non sono oggetto di registrazione, nella misura in cui

confezioni di alimenti di parole italiane, richiami, immagini, nomi, colori, slogan ed espressioni fuorvianti che richiamano, in modo palese e talvolta enfatico, la provenienza di un prodotto da una determinata regione geografica italiana o comunque dal territorio nazionale. *Funditus*, sul tema, si veda Gambaro, E. e Missanelli, P.: "La tutela dei prodotti agroalimentari tra disciplina italiana ed europea: pratiche commerciali sleali e concorrenza estera", *Dir. agr.*, 2019, núm. 2°, pp. 167-195, spec. p. 169. Con specifico riguardo a tale ultimo fenomeno, i dati diffusi sono ancor più preoccupanti. Si pensi che, in base a quanto diffuso da Coldiretti l'ammontare del giro d'affari relativo a tale fenomeno si aggirava a 100 miliardi di euro nel 2021, disponibili in www.coldiretti.it. Per quanto riguarda il 2022, invece, l'*Italian sounding* ha avuto una portata misurabile in 79,2 miliardi di euro, secondo il rapporto dell'Associazione delle Camere di Commercio Italiane all'Estero*, Italian sounding: quanto vale e quali opportunità per le aziende agroalimentari italiane*, 2022, p. 15, disponibile in https://trueitaliantaste.com/studi-e-indagini/. Inoltre, secondo alcune previsioni fatte su scala globale si potrebbero raggiungere i 160 miliardi di euro nel 2026, cfr. www.statista.com.

3 Com'è stato correttamente rappresentato da certa dottrina, "L'intervento istituzionale serve in genere per correggere distorsioni di mercato più o meno evidenti e per evitare il fallimento, ovvero la scomparsa, dei mercati stessi. Nel caso dei prodotti alimentari di qualità, in particolare di quelli che devono la loro differenziazione all'origine geografica, il pericolo di un eventuale fallimento di mercato nasce dall'asimmetria dell'informazione sulla qualità che li contraddistingue". Così, Boccaletti, S.: "Indicazioni geografiche, reputazione collettiva e competizione di mercato", *https://agriregionieuropa.univpm.it/it*, dicembre 2008, núm. 15°, pp. 15 ss.

4 Le quali, infatti, sono sintomatiche della promozione dell'associazione al prodotto della bellezza e della rinomanza che un particolare luogo suggerisce al consumatore. Per tale espressione, Germanò, A.: "Sulla titolarità", cit., p. 289. *Vid*., ancora, sul tema, Francazi, S.: "DOP e IGP. Tra divieto di evocazione alla luce del caso *Queso Manchego*, presidi penali attuali e prospettive di riforma nel Progetto Caselli", *www.rivistadga.it*, luglio/agosto 2019, p. 12, secondo cui viene in rilievo un profilo di intrinseca connessione con il territorio, che è tale da rendere di nevralgica importanza l'identificazione dell'origine del prodotto quale espressione della qualità del medesimo, in modo evidentemente pregnante rispetto a quanto accade con i prodotti industriali in senso stretto.

5 Non solo. Infatti, vengono annoverati, inoltre, 526 vini riconosciuti a D.O.C.G., D.O.C. o I.G.T., secondo i dati ufficiali pubblicati dal Mipaaf e reperibili in https://www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/309. Ciò risulta particolarmente significativo se si rappresentano, a fini di confronto, altre realtà europee della regione mediterranea che vantano da sempre una riconosciuta e affermata tradizione ed un certo prestigio internazionale nel comparto alimentare. In particolare, si possono menzionare i casi della Spagna e della Francia. Per quanto concerne la Spagna, tale Stato membro vanta un totale di 192 alimenti e 139 vini D.O.P. e I.G.P., come si evince dai dati ufficiali disponibili in https://www.mapa.gob.es/es/alimentacion/temas/calidad-diferenciada/dop-igp/. Invece, in Francia, altro Paese notoriamente sempre attento ed attivo nell'agroalimentare, vi sono 432 vini D.O.P. e I.G.P. e 249 alimenti, come riscontrabile nei dati pubblicati dall'Inao, l'Istituto governativo deputato alla regolamentazione ed al controllo delle denominazioni di origine controllate, in https://www.inao.gouv.fr/Publications/Donnees-et-cartes/Informations-geographiques. Di tutta evidenza risulta, pertanto, l'estremo rilievo delle eccellenze agroalimentari italiane nonché, conseguentemente, l'irrinunciabilità di un piano strategico di tutela e valorizzazione di tale settore a livello politico, giuridico, economico, sociale e culturale.

questi ultimi siano comparabili ai prodotti registrati con questa denominazione o nella misura in cui l'uso di tale denominazione consenta di sfruttare la reputazione della denominazione protetta. Ancora, non può non menzionarsi il Reg. Ue n. 1151/2012[6] che, all'art. 13, par. 3, ha introdotto un principio di non poco momento laddove impone agli Stati membri l'obbligo di adottare misure amministrative e giudiziarie adeguate al fine di prevenire o far cessare l'uso illecito delle D.O.P. e delle I.G.P., prodotte o commercializzate all'interno dello Stato. Pertanto, il summenzionato regolamento comunitario pone proprio in capo ai Paesi europei il preciso obbligo di approntare le adeguate misure di prevenzione ed inibizione di qualsiasi condotta che possa distorcere il normale gioco della concorrenza all'interno del mercato unico ai danni di prodotti registrati.

Ulteriormente, entra in gioco anche il Reg. Ue n. 1169/2011 (il c.d. *Food Information Regulation*, FIR[7]) il quale disciplina la materia nella misura in cui prevede espressamente all'art. 38, par. 2 che, fatto salvo l'articolo 39 (che disciplina le disposizioni nazionali sulle indicazioni obbligatorie complementari, fra cui anche quelle concernenti il luogo d'origine ed il Paese di provenienza), «gli Stati membri possono adottare disposizioni nazionali concernenti materie non specificamente armonizzate dal presente Regolamento purché non vietino, ostacolino o limitino la libera circolazione delle merci conformi al presente regolamento»[8].

6 Che, a sua volta, ha abrogato e sostituito il menzionato regolamento in materia del 2006. Per un'attenta ricostruzione dell'intero contesto normativo avendo riguardo a D.O.P. e I.G.P. in senso all'Unione europea, si veda, Aversano, F.: "Legislazione alimentare e approccio «glocale»", in Aa. Vv.: *Alimentazione 3.0. La nuova frontiera fra salute e sicurezza*, Edagricole, Milano, 2015, pp. 3 ss.; Condorelli, R.: "La funzione dei marchi di qualità quale strumento di tutela delle eccellenze agroalimentari", in *La difesa del* made in Italy *nel settore agroalimentare fra spinte protezionistiche e crisi pandemica*, I, *Il patrimonio agroalimentare italiano: tutele civilistiche e penalistiche*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 37 ss., spec. pp. 38 ss.; Francazi, S.: "DOP e IGP.", cit., pp. 8 ss. Con particolare riguardo al Reg. Ue n. 1151/2012 si può osservare come lo stesso abbia edificato un sistema di *governance* multilivello i cui *players* sono costituiti dalle associazioni dei produttori, dalle Regioni ed infine dalle istituzioni dell'Unione europea, su sollecitazione dei vari Stati membri.

7 Tale regolamento individua, infatti, gli obblighi informativi quale profilo determinante ed essenziale in tutta l'architettura normativa volta a proteggere il consumatore nel settore alimentare. A riscontro di tanto, si possono rammentare i dettami contenuti nei *Considerando* 3° e 4° del Regolamento 1169/2011 secondo cui «Per ottenere un elevato livello di tutela della salute dei consumatori e assicurare il loro diritto all'informazione, è opportuno garantire che i consumatori siano adeguatamente informati sugli alimenti che consumano. Le scelte dei consumatori possono essere influenzate, tra l'altro, da considerazioni di natura sanitaria, economica, ambientale, sociale ed etica» (3°); «la legislazione alimentare si prefigge, quale principio generale, di costituire una base per consentire ai consumatori di compiere scelte consapevoli in relazione agli alimenti che consumano e di prevenire qualunque pratica in grado di indurre in errore il consumatore» (4°). Invero, l'impianto normativo concernente le informazioni nel settore agroalimentare costituiscono il fulcro della disciplina di tutela tanto della salute quanto dei profili più prettamente economici del consumatore. Ancora, il 2° *Considerando* enuncia un vero e proprio diritto all'informazione alimentare, su cui Aversano, F.: "Alimentazione e linguaggio", cit., pp. 24 ss.

8 Rispondendo così alle logiche di una prospettiva di armonizzazione minima su questo punto. L'Italia ha, infatti, adottato dei decreti attuativi dell'art. 39, par. 2, Reg. Ue n. 1169/2011 (nel rispetto dell'art. 26, par. 8, di detto Regolamento) andando a prevedere come obbligatoria l'indicazione di origine per alcuni prodotti ed in particolare con il d.m. 09 febbraio 2016 quanto al latte ed ai prodotti caseari, il d.m. 26 luglio 2017 per quanto concerne la pasta ed il riso e mediante il d.m. 16 novembre 2017 sul pomodoro e sui prodotti a base di pomodoro. Tali quattro decreti richiamati hanno un'applicazione sperimentale inizialmente prevista fino al 31 dicembre 2020 (mentre per il latte fino al 31 marzo 2019) che è stata prorogata fino al 31 dicembre 2022 con decreto interministeriale Mipaaf, Mise e Ms e, segnatamente, d.m. 28 dicembre 2021 (GU n. 32 del 08-02-2022). Nello sesso senso, è stato promulgato il D.Lgs. 15 settembre 2017, n. 145 in tema di stabilimento di produzione o di confezionamento dei prodotti alimentari preimballati destinati

Sempre nella stessa direzione, si muovono tutte quelle previsioni normative contenute nello stesso Regolamento del 2011 che esprimono un corollario del principio generale della materia secondo cui le informazioni circa la provenienza e l'origine dell'alimento, ma in realtà tutte le informazioni in generale[9], devono essere redatte in modo tale da non indurre in errore il consumatore così come previsto al 29° *Considerando* e all'art. 7, par. 1, lett. *a)*, e all'art. 26, par. 2, lett. *a)*[10], Reg. Ue n. 1169/2011.

Tuttavia, tale prospettiva va coordinata con quella che è volta a tutelare una pacifica e corretta concorrenza oltre alla libera circolazione delle merci nel mercato interno. Infatti, l'art. 38, par. 1, Reg. Ue n. 1169/2011 prevede, a livello generale, che le disposizioni nazionali in materie espressamente armonizzate dal Regolamento n. 1169/2011 non possono costituire «ostacoli alla libera circolazione delle merci, ivi compresa la discriminazione nei confronti degli alimenti provenienti da altri Stati membri», in un'evidente ottica di armonizzazione massima[11].

A livello definitorio, le D.O.P. possono essere identificate, in base a quanto disposto dall'art. art. 5, par. 1, lett. *a)*, Reg. Ue n. 1151/2012, in nomi che individuano un prodotto originario di un luogo, di una regione o, eccezionalmente, di un Paese determinati, la cui qualità o le cui caratteristiche sono dovute essenzialmente o esclusivamente ad un particolare ambiente geografico ed ai suoi intrinseci fattori naturali e umani, e le cui fasi di produzione si svolgono tutte nella "zona geografica delimitata".

al consumatore, di cui deve essere data contezza sia in etichetta sia nelle documentazioni fiscali per la tracciabilità (art. 3, comma 2°).

9 *Vid*., ad esempio al 4°, al 20° *Considerando* di portata generale, e all'art 36, par. 2, lett. *a)*, Reg. Ue n. 1169/2011 con riguardo alle indicazioni volontarie.

10 Al quale verrà data piena esecuzione per mezzo del Regolamento di attuazione Reg. Ue n. 775/2018 il quale, pur entrato in vigore del 1° aprile 2020, troverà applicazione solo a partire dal 1° gennaio 2023 con riguardo ad alcuni tipi di alimenti (pasta, riso, latte e pomodoro) in quanto, come già menzionato, si sono succedute varie proroghe da parte del Mipaaf in virtù delle quali il periodo sperimentale per le etichette concernenti tali prodotti è stato esteso fino 31 dicembre 2022 per mezzo dell'art. 2 d.m. 28 dicembre 2021, (GU n. 32 del 08-02-2022). In particolare, con tale Regolamento di attuazione, diventerà obbligatoria l'indicazione in etichetta dell'origine e provenienza dell'ingrediente principale del prodotto alimentare (che ne costituisce cioè oltre il 50% della composizione) ove questa sia differente dall'origine o provenienza del prodotto intero e in quanto potenzialmente idonea ad indurre in errore il consumatore.

11 Infatti, soprattutto in tempo risalente, ma comunque ancora nell'attualità, il riconoscimento di certificazioni di qualità legate all'origine di un alimento ha spesso incontrato uno sguardo piuttosto circospetto da parte delle istituzioni europee. Si pensi ad esempio alla Commissione Ue la quale, esprimendosi su di una normativa italiana che prevedeva la creazione di un marchio identificativo della produzione nazionale, inviò una comunicazione nel settembre del 1998 il cui destinatario era il governo italiano all'interno della quale si manifestavano *expressis verbis* numerose preoccupazioni in tal senso, evidenziando che l'eventuale riconoscimento di tale marchio sarebbe risultato irrimediabilmente incompatibile con il diritto comunitario atteso che avrebbe comportato una vera e propria violazione delle norme comuni in tema di concorrenza nella misura in cui avrebbe potuto favorire i prodotti nazionali a scapito dei prodotti provenienti da altri Stati membri. Più approfonditamente su queste tematiche si rinvia a Albissini, F.: "La Corte di giustizia e l'origine dei prodotti alimentari: un'irrisolta incertezza", *Riv. dir. al.*, 2020, núm. 3°, pp. 53 ss., il quale analizza le varie oscillazioni interpretative da parte della Corte di Giustizia Ue sul punto.

Invece, per I.G.P. bisogna intendere *ex* art. 5, par. 2, Reg. Ue n. 1151/2012 quel nome che identifica un prodotto "originario" di un determinato luogo, regione o Paese, alla cui origine geografica sono "essenzialmente attribuibili" una data qualità, la reputazione o altre caratteristiche, e la cui produzione si svolge per almeno una delle sue fasi nella "zona geografica delimitata".

Pertanto, la differenziazione fra i due concetti è costituita principalmente da una diversa intensità del legame del processo produttivo al territorio di origine[12], e per una conseguentemente diversa quantità di caratteristiche ad esso collegate: innanzitutto, come si desume dal dato normativo, nel caso di D.O.P. tutte le fasi (produzione, trasformazione ed elaborazione) devono interamente svolgersi nella zona geografica di riferimento, mentre nel caso di I.G.P. è sufficiente che una sola di tali fasi venga realizzata entro detta zona, così da conferire qualcuna delle caratteristiche o da far comunque guadagnare al prodotto la sua specifica reputazione. Pertanto, mentre per le D.O.P. le caratteristiche fondamentali del prodotto devono essere attribuibili "essenzialmente od esclusivamente" all'ambiente geografico, per l'I.G.P. è sufficiente anche soltanto una delle varie caratteristiche collegate all'origine geografica. Inoltre, mentre per le D.O.P. le proprietà del prodotto derivanti direttamente dall'ambiente geografico (come ad esempio il *know-how*, le condizioni climatiche, le materie prime, etc.) devono essere caratteristiche immanenti a tale zona, nel caso di I.G.P. può essere legata al territorio anche solo la "reputazione", che, quindi, viene riconosciuta e protetta dal diritto europeo per il suo valore economico come fonte di reddito per il produttore[13].

Per quanto concerne più direttamente la realtà italiana, bisogna rilevare che fin da sempre il comparto agroalimentare ha assunto un'importanza strategica di grande rilievo all'interno dell'economia italiana[14].

12 Infatti, l'origine esprime quei riferimenti geografici o territoriali i quali consentono sia l'identificazione dell'alimento sia la conoscenza della sua specifica qualità, essenzialmente correlata all'ambiente naturale e umano in cui il prodotto è coltivato, trasformato e prodotto, il che assume una valenza ancor più pregnante in presenza di disposizioni concernenti la tutela del prodotto alimentare a caratterizzazione geografica. In tal senso, Montagna, A.: "La tutela penale del *made in Italy* fra origine e qualità del prodotto", *Cass. pen.*, 2009, núm. 9°, pp. 1014 ss.

13 Su tale tassonomia, si rimanda a Borghi, P.: "Sovrapposizioni fra ordinamenti e «fantasia» del legislatore in tema di segni di qualità dei prodotti alimentari: entropia e *storytelling*", *Riv. dir. al.*, 2015, núm. 4°, pp. 4 ss., spec. p. 10.

14 Giova rammentare, in tal senso, che il "vero" *Made in Italy* agroalimentare ha raggiunto un giro d'affari economico di 12 miliardi di euro nel 2021, come si evince dalla relazione della Farnesina e dell'Associazione delle Camere di Commercio Italiane all'Estero, *La mappatura dell'agroalimentare* Italian sounding *in Australia, Brasile, Polonia e Russia*, 2022, disponibile in https://trueitaliantaste.com/studi-e-indagini/. Volendo prendere in considerazione i dati relativi alle esportazioni, si può riportare che nel 2021 il *Made in Italy* agroalimentare ha vantato grazie al proprio *appeal* nei mercati esteri una *performance* totale pari a 50,1 miliardi di euro, cfr. rapporto dell'Associazione delle Camere di Commercio Italiane all'Estero*, Italian sounding*, cit., p. 12. Infatti, attenta dottrina ha definito la tutela del *Made in Italy* agroalimentare come uno degli strumenti a garanzia del vantaggio competitivo per le imprese e per i prodotti italiani percepiti dai mercati in termini di qualità. In questi precisi termini, Condorelli, R.: "La funzione dei marchi", cit., p. 37.

Sennonchè, elaborare un concetto di *Made in Italy* italiano non è affatto operazione semplice in quanto molteplici sono i parametri da dover tenere in considerazione. In primo luogo, bisogna rimarcare che, generalmente, per origine di un prodotto si intende il luogo ove la materia prima è nata o è stata allevata, coltivava o pescata *ex* art. 23 Reg. CEe n. 2913/1992 (c.d. Codice Doganale Comunitario), mentre per provenienza si intende il luogo ove si trova l'ultimo stabilimento in cui il prodotto è stato manipolato o sottoposto a stoccaggio *ex* artt. 24 e ss. Reg. CEe n. 2913/1992 (c.d. Codice Doganale Comunitario). Ancora, si parla di origine doganale preferenziale *ex* art. 27 Reg. CEe n. 2913/1992 (c.d. Codice Doganale Comunitario) per i prodotti che soddisfano determinati requisiti e che vengono importati da alcuni Paesi in virtù della concessione di benefici daziari all'importazione (riduzione di dazi o loro esenzione, abolizione di divieti quantitativi o di contingentamenti). Alla base vi è generalmente un accordo siglato dall'Unione Europea con i vari Paesi esteri (c.d. "Paesi Associati") attraverso il quale, per lo scambio di determinati prodotti riconosciuti come "originari" di uno dei Paesi contraenti, viene riservato, appunto, un "trattamento preferenziale". A completare il cerchio, si inserisce la c.d. origine doganale non preferenziale la quale indica il luogo ove il bene finale è stato prodotto o il Paese in cui esso ha subito l'ultima trasformazione sostanzioale, ovvero rappresentando la provenienva nella sua classificazione commerciale, secondo quanto disosto dagli artt. 22 e ss. Reg. CEe n. 2913/1992 (c.d. Codice Doganale Comunitario)[15].

Pertanto, alla luce di questi concetti generali, gli interpreti sono soliti distinguere due differenti tipi di *Made in Italy* e, segnatamente, il "100% *Made in Italy*", cioè la sua caratterizzazione in senso stretto, richiede che i prodotti siano interamente realizzati all'interno del territorio nazionale ed è divenuto un vero e proprio marchio[16]. Pertanto, in tal caso, devono rientrare all'interno dei confini nazionali sia l'origine sia la provenienza del prodotto. In secondo luogo, si rineviene il *Made in Italy* basato sull'origine doganale non preferenziale il quale richiede che almeno il 51% della produzione e l'ultima lavorazione del prodotto avvengano in Italia. In tale ultimo caso, l'alimento è, dunque, ascrivibile ai prodotti *Made in Italy* in quanto la sua origine, dal punto di vista doganale non preferenziale, è italiana, anche se all'interno del ciclo produttivo si è inserito uno o più segmenti non allocati geograficamente in Italia[17].

15 Inoltre, tali concetti vanno parametrati con quelli previsti dal Reg. Ue n. 1169/2011 in materia di etichette ed etichettature alimentari. Infatti, in base all'art. 2, par. 2, *g)*, di tale Regolamento, mentre quanto al luogo di provenienza questi viene identificato in qualunque luogo indicato come quello da cui proviene l'alimento, ma che non è il "paese d'origine" come individuato ai sensi degli artt. da 23 a 26 Reg. CEe n. 2913/92; per quanto concerne il luogo di origine, l'appena richiamato rimando agli artt. da 23 a 26 Reg. CEe n. 2913/92 sta ad indicare una diversa prospettiva in quanto per luogo di origine deve intendersi quello ove è avvenuta «l'ultima trasformazione o lavorazione sostanziale» (*ex* art. 24), legata quindi più al contesto imprenditoriale che non geografico.

16 Più precisamente, si parla di marchio collettivo.

17 Per un interessante approfondimento sul tema, cfr. rapporto dell'Associazione delle Camere di Commercio Italiane all'Estero, *Italian sounding*, cit., pp. 37 ss.

Volendo comunque cercare di fornire una definizione generale del *Made in Italy* agroalimentare si può asserire come questo si identifica con beni della dieta mediterranea e che si richiamano direttamente ad alcune produzioni alimentari tipiche del nostro Paese, o che perlomeno abbiano un'ampia riconoscibilità all'estero come prodotti del sistema agroalimentare italiano[18].

II. LA FATTISPECIE ASTRATTA PREVISTA DALL'ART. 517-*QUATER* C.P.

Introdotto mediante la legge 23 luglio 2009, n. 99, l'art. 517-*quater* c.p. ha purtroppo avuto una ben scarsa applicazione sul piano pratico[19]. Tuttavia, tale fattispecie criminosa offre l'occasione per una serie di considerazioni concernenti i profili di responsabilità di natura penale e di conseguenze civilistiche in tema di falso *Made in Italy* all'interno della filiera alimentare [20].

In primis, non può non evidenziarsi come, sul piano sistematico, l'art. 517-*quater* c.p. rappresenta l'unica fattispecie criminosa esplicitamente volta alla tutela del *Made in Italy* agroalimentare rinvenibile all'interno del tessuto codicistico[21] e che

18 Ciò secondo la definizione fornita da Antimiani, A. e Henke, R.: "Struttura e specializzazione degli scambi agro-alimentari tra Italia e Cina", *Riv. econ. agr.*, 2005, núm. 4°. Diffusamente circa le problematiche connesse ad una definizione univoca di *Made in Italy* agroalimentare, *vid.* Carbone, A., *et al.*: "Il *made in Italy* nel commercio agroalimentare", in Aa. Vv.: *L'agroalimentare italiano nel commercio mondiale. Specializzazione, competitività e dinamiche* (a cura di F. de Filippis), pp. 127 ss. Degna di nota è la definizione di *Made in Italy* quale vero e proprio bene immateriale atipico la cui tutela si associa allo sfruttamento economico della notorietà coincidente con lo spazio delimitato del territorio nazionale. Per tale ultima enunciazione, Masini, S.: "*Made in Italy* agroalimentare: atti di concorrenza sleale e modalità di tutela", in Aa. Vv.: *Frodi agroalimentari: profili giuridici e prospettive di tutela, (Quaderno dei Corsi del 3-5 maggio 2017 e del 9-11 aprile 2018 organizzati dalla Scuola Superiore della Magistratura e dall'Osservatorio sulla criminalità nell'agricoltura e sul tema agroalimentare)* (a cura di A. Natalini), Giuffrè, Milano, 2018, pp. 83 ss., spec. p. 101.

19 Com'è stato egregiamente evidenziato dalla dottrina e, segnatamente, cfr. Natalini, A.: "Primo collaudo in Cassazione del delitto di contraffazione di DOP e IGP agroalimentari: una norma-simbolo rimasta in *stand-by*", *Dir. agr.*, 2016, núm. 3°, pp. 525 ss.; il quale ne evidenzia una pressoché totale mancanza di applicazione durante i primi anni di entrata in vigore in seno alla giurisprudenza di legittimità, eccezion fatta per una pronuncia concernente però degli aspetti di carattere prettamente procedurale afferenti all'istanza di restituzione effettuata per mezzo di richiesta di riesame *ex* art. 324, comma 7°, c.p.p., di prodotti alimentari confezionati con etichette mendaci sottoposti sequestro, *id est* Cass., 28 febbraio 2012, n. 7673, in *Ced Cass.*, núm. 252093.

20 Infatti, sono sempre maggiormente diffuse prassi di falso *Made in Italy* agroalimentare le quali assumono varie forme e fra le quali spiccano le frodi agroalimentari legate all'origine del prodotto. In particolare, le frodi in tale ambito possono riguardare, in primo luogo, la contraffazione del marchio di fabbrica che ha la funzione di identificare la provenienza del prodotto da determinati imprenditori e distinguerlo da quello di altri produttori e, pertanto, rappresenta un legame fra il prodotto ed il produttore. Inoltre, la contraffazione può andare ad incidere sull'indicazione di provenienza geografica (IGP) e della denominazione di origine controllata (DOC) o protetta (DOP). Orbene, tali ultime indicazioni non hanno, a differenza del marchio, la funzione di distinguere il prodotto di una impresa da quello di un'altra, ma piuttosto identificano una Regione o comunque una località qualora vengano comunemente utilizzate per individuare un prodotto che ne sia originario e le cui caratteristiche dipendano prevalentemente dall'ambiente geografico di riferimento o da un determinato tipo di procedimento che viene cristallizzato in un disciplinare di produzione. In argomento, Petralia, S.: "La difesa", cit., p. 5. Ne deriva che la fattispecie di cui all'art. 517-*quater* c.p. va ad incidere unicamente su queste ultime contraffazioni menzionate e non anche sulle prime.

21 Sul punto, Natalini, A.: "Primo collaudo", cit., p. 529. Infatti, prima di tale innesto normativo, gli interpreti escludevano, per non giungere ad una violazione del principio di divieto di analogia *in malam partem*, l'estensione anche alle denominazioni di origine e alle indicazioni geografiche dell'arco punitivo degli artt. 473 e 474 c.p. sulla contraffazione e alterazione di marchi e segni distintivi. Sul punto, per tutti, D'Andrea, A.: "Contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari", in *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la fede e l'economia pubblica* (a cura di A. Cadoppi, S.

ha avuto il pregio di elevare a specifico oggetto della tutela penale direttamente il prodotto agroalimentare[22].

Infatti, prima dell'intervento del 2009 ad opera del legislatore, il *Made in Italy* e le denominazioni di origine erano tutelate, all'interno della disciplina codicistica[23], a livello di mera circostanza aggravante secondo quanto previsto dall'art. 517-*bis* c.p., introdotto dall'art. 5 D.Lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, in attuazione della l. 25 giugno 1999, n. 205.

Dalla collocazione topografica di detto reato al Capo II del Citolo VIII del codice penale, e cioè fra i delitti contro l'industria ed il commercio, risulta piuttosto evidente che il bene giuridico protetto ha una natura pubblicistica[24], andando a stigmatizzare le condotte che ledono l'interesse pubblico alla salvaguardia della correttezza e dell'efficienza del mercato nel suo complesso. Infatti, condotte

Canestrari, A. Manna e M. Papa), V, Utet, Torino, 2010, pp. 930 ss., spec. p. 934; Madeo A.: "Lotta alla contraffazione: modifiche agli artt. 473-474 c.p. e nuovi delitti", *Dir. pen. proc.*, 2010, núm. 1°, pp. 10 ss. analogamente, più di recente, si veda Cingari, F.: "La tutela penale dei marchi alimentari e la contraffazione di DOP e IGP agroalimentari (artt. 473, 474 e 517 *quater* c.p.)", in Aa. Vv.: *Frodi agroalimentari: profili giuridici e prospettive di tutela, (Quaderno dei Corsi del 3-5 maggio 2017 e del 9-11 aprile 2018 organizzati dalla Scuola Superiore della Magistratura e dall'Osservatorio sulla criminalità nell'agricoltura e sul tema agroalimentare)* (a cura di A. Natalini), Giuffrè, Milano, 2018, pp. 135 ss., spec. p. 142.

22 Così, Natalini, A.: "La responsabilità dell'ente da «reato agroalimentare»: i delitti contro l'industria ed il commercio", in Id., *231 e industria agroalimentare*, Pacini Giuridica, Pisa, 2017, pp. 76 ss., spec. p. 77.

23 Mentre nella dimensione *extra codicem* si rinvengono diverse fattispecie criminose ed illeciti amministrativi a tal precipuo fine. In particolare, il riferimento è a quanto previsto dall'art. 4, commi 49° e 49-*bis*°, l. 24 dicembre 2003, n. 350 (la legge finanziaria per il 2004) e dall'art. 16, comma 4°, d.l. 25 settembre 2009, n. 135. Nello specifico, In base all'art. 49 della legge n. 350 del 2003 viene punita, a titolo del reato di cui all'art. 517 c.p., l'importazione e l'esportazione a fini di commercializzazione di prodotti recanti false o fallaci indicazioni di provenienza o di origine. Più precisamente, ai sensi di detta norma, costituisce falsa indicazione la stampigliatura "*made in Italy*" su prodotti e merci non originari dall'Italia ai sensi della normativa europea sull'origine, anche tra l'altro qualora sia indicata l'origine e la provenienza estera dei prodotti o delle merci, l'uso di segni, figure, o quant'altro possa indurre il consumatore a ritenere che il prodotto o la merce siano di origine italiana incluso l'uso fallace o fuorviante di marchi aziendali ai sensi della disciplina sulle pratiche commerciali ingannevoli. Invece, l'art. 49-*bis* della legge n. 350 del 2003 contempla la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 ad euro 250.000 per chi utilizza marchi con fallace indicazione, con modalità tali da indurre il consumatore a ritenere che il prodotto o la merce sia di origine italiana ai sensi della normativa europea sull'origine, senza che gli stessi siano accompagnati da indicazioni precise ed evidenti sull'origine o provenienza estera. Ed in tal senso, per i prodotti alimentari, si intende per effettiva origine il luogo di coltivazione o di allevamento della materia prima agricola utilizzata nella produzione e nella preparazione dei prodotti e il luogo in cui è avvenuta la trasformazione sostanziale. Inoltre, ai sensi dell'art. 16, comma 4°, del d.l. n. 135 del 2009 viene punito con le pene previste dall'art. 517 c.p., aumentate di un terzo, chiunque faccia uso di un'indicazione di vendita che presenti il prodotto come interamente realizzato in Italia, quale "100% *made in Italy*", "100% Italia", "tutto italiano", in qualunque lingua espressa, o altra che sia analogamente idonea ad ingenerare nel consumatore la convinzione della realizzazione interamente in Italia del prodotto, è punito, ferme restando le diverse sanzioni applicabili sulla base della normativa vigente. Per un'attenta analisi di questi istituti si rinvia a Cingari, F.: "La tutela penale", cit., pp. 140 ss.; Masini, S.: "*Made in Italy*", cit., pp. 92 ss.; Rubino, V.: "Il «*Made in*» fra strumenti di valorizzazione della qualità e contrasto alle pratiche commerciali sleali", in Id., *I limiti alla tutela del* "Made in" *fra integrazione europea e ordinamenti nazionali*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 125 ss., spec. pp. 144 ss.

24 Il che trova un coerente riscontro con la procedibilità d'ufficio prevista in ordine a tale reato e nell'irrilevanza dell'induzione in errore del consumatore della condotta tipica. Da tale ultimo assunto parte della dottrina fa discendere che l'interesse protetto da tale reato è la tutela verso gli interessi economici dei soli produttori ad utilizzare le indicazioni geografiche o le denominazioni d'origine. Così, Stea, G.: "Elementi per un'analisi del reato alimentare tra rischio, pericolo e necessità di prevenzione", *Dir. agr.*, 2018, núm. 2°, pp. 42 ss., spec. p. 57.

penalmente rilevanti di questo tipo possono influenzare negativamente l'intero assetto della concorrenza all'interno della filiera agroalimentare.

In altri termini, il delitto in oggetto lede il c.d. ordine pubblico economico[25].

Sennonchè, parte della dottrina tende ad individuare nel reato in esame una fattispecie criminosa plurioffensiva e cioè lesiva non solo delle già indicate istanze di natura pubblicistica afferenti alla correttezza del mercato considerato nella sua interezza, ma anche della fiducia risposta dai consumatori nella genuinità, provenienza dei prodotti agroalimentari qualificati, perché sottoposti ad una specifica disciplina in ordine alla loro origine geografica svolgendo la precipua funzione di indicare la derivazione da un determinato luogo[26].

Pertanto, secondo tale ricostruzione, abbracciata maggiormente a livello di dottrina, l'art. 517-*quater* c.p. non tutela esclusivamente l'ordine pubblico economico, bensì anche i diritti del consumatore[27].

Quanto alla condotta tipica, il delitto contemplato dall'art. 517-*quater* c.p. prevede due distinte fattispecie al comma 1° e al comma 2°. Quella di cui al 1° comma punisce la contraffazione, l'alterazione e la messa in circolazione di indicazioni geografiche e denominazioni di origine. Per contraffazione deve intendersi l'abusiva riproduzione delle D.O.P. e I.G.P. che deve essere integrale e cioè effettuata in modo tale da determinare una confondibilità totale del prodotto contraffatto con quello genuino[28]. Si ha, invece, alterazione[29] laddove si rinvenga

25 Cfr., in giurisprudenza, per tale filone interpretativo, Cass., 08 luglio 2016, n. 28354, in *Ced Cass*., n. 267455. In dottrina, *vid*. Bricchetti, R. e Pistorelli, L.: "Sui prodotti agroalimentari garanzia più ampia", in *Gli speciali (Il collegato Sviluppo/1)*, *Guida dir.*, 2009, núm. 37°, pp. XXXV-XXXVI.

26 A tal proposito, si veda Madeo A.: "Lotta alla contraffazione", cit., p. 15; Natalini, A.: "Primo collaudo", cit., pp. 532 ss.

27 Il che risulterebbe coerente con l'interpretazione, oramai comunemente accettata, di altre fattispecie di reato vicine per collocazione sistematica ed interesse protetto al reato in esame. È ad esempio il caso della frode in commercio prevista all'art. 515 c.p. la quale è pacificamente riconosciuta come fattispecie plurioffensiva di reato che tutela e protegge non solo l'interesse pubblico alla correttezza negli scambi commerciali, ma anche le istanze legate all'informazione indirizzata al consumatore. A tal proposito, Caselli, G.C.: "Prefazione", in Aa. Vv.: *Frodi agroalimentari: profili giuridici e prospettive di tutela*, *(Quaderno dei Corsi del 3-5 maggio 2017 e del 9-11 aprile 2018 organizzati dalla Scuola Superiore della Magistratura e dall'Osservatorio sulla criminalità nell'agricoltura e sul tema agroalimentare)* (a cura di A. Natalini), Giuffrè, Milano, 2018, pp. V ss., spec. p. VIII; Dona, M.: "L'interesse protetto nel reato di frode in commercio: una rilettura alla luce delle istanze di tutela del consumatore, soggetto acquirente di beni per uso privato", in *www.consumerlaw.it*, 2017; Menghini, A.: "Commento all'art. 515 c.p.", in *Diritto penale. Omnia Trattati giuridici* (diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, e A. Manna), II (a cura di M. Papa), UTET, Milano, 2022, pp. 4216 ss., spec. p. 4217; Toscano, G.: "Bene giuridico e modelli di tutela nella disciplina degli illeciti alimentari: riflessioni de iure condendo (anche) nella prospettiva della riserva di codice", in *Legisl. pen.*, 4 febbraio 2019.

28 Cfr., sul punto, Cass., 10 ottobre 2019, n. 49889, in *Guida al dir.*, 2020, 9, p. 84; nonché in dottrina, Natalini, A.: "La circostanza aggravante per frodi concernenti alimenti o bevande con denominazione o specificità protetta (art. 517-*bis* c.p.). Contraffazione IGP o DOP agro-alimentari (artt. 517-*quater* e 517-*quinquies* c.p.)", in *Illeciti punitivi in materia agro-alimentare* (a cura di A. Gargani), in *Trattato teorico pratico di diritto penale* (diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero e M. Pelissero), Giappichelli, Torino, 2021, pp. 247 ss., spec. p. 248.

29 La dottrina si è espressa in senso critico sull'irragionevolezza dell'asimmetria fra la fattispecie contemplata nel secondo comma dell'art. 517-*quater* c.p. e quella di cui al primo, nella misura in cui per il secondo comma

una modificazione del segno, come l'imitazione fraudolenta anche solo parziale, che riesca ad ingenerare fra l'alimento contraffatto e quello veritiero mediante l'apposizione o l'eliminzione di elementi di carattere marginale. In entrambi i casi, è necessario che si venga a creare la c.d. "controfigura" del prodotto autentico e cioè una somiglianza di grado piuttosto elevato[30].

Per quanto concerne la fattispecie di reato prevista al 2° comma dell'articolo in commento, questa riguarda le condotte alternative della commercializzazione del prodotto contraffatto e cioè l'introduzione nel territorio dello Stato, la detenzione per la vendita, la messa in vendita con offerta diretta ai consumatori o, infine, la previsione generale della messa in circolazione.

Pertanto, l'oggetto materiale della condotta delittuosa in esame è costitutito proprio dalle D.O.P. e I.G.P. dei prodotti alimentari[31]. Proprio in ragione di ciò, i giudici di legittimità hanno chiarito che il delitto in esame risulta configurato non solo in caso di vera e propria condotta di contraffazione *srticto sensu*, ma anche, più semplicemente, nel caso di mancato rispetto del disciplinare di produzione[32], che dunque assume rango di fonte extragiuridica idonea però a costituire parte integrare del fatto tipico descritto nel precetto per mezzo dell'operazione ermeneutica. Difatti, sempre secondo tale impostazione, la condotta tipica deve concernere condotte di contraffazione di indicazioni geografiche e denominazioni di origine purché però queste siano registrate (così come si desume dal disposto di cui al comma 4°) essendo, a tal fine, necessario fare riferimento a quanto disposto dall'art. 7 del Reg. Ue n. 1151/2012, in forza del quale una denominazione di origine protetta o un'indicazione geografica protetta deve rispettare un "disciplinare" il cui contenuto minimo indefettibile deve comprendere la descrizione del prodotto, comprese se del caso le materie prime, nonché le principali caratteristiche fisiche, chimiche, microbiologiche od organolettiche del prodotto stesso.

Andando ancor più nel dettaglio, per quanto concerne la componente oggettiva del reato e la condotta tipica, secondo l'opinione maggiormente diffusa[33], non è necessario al fine dell'integrazione del delitto in esame che la condotta posta in essere sia concretamente idonea ad ingannare i consumatori circa l'origine

il legislatore, a differenza di quanto avvenuto per il primo comma, non ha ripreso anche il concetto di alterazione, limitandosi invece a richiamare la sola contraffazione. In tema, D'Andrea, A.: "Contraffazione di indicazioni", cit., p. 932.

30 Cfr., sul punto, Cass., 10 ottobre 2019, n. 49889, cit.; nonché in dottrina, Natalini, A.: "La circostanza", cit. p. 249.

31 Come chiarito da Natalini, A.: "La responsabilità", cit., p. 77.

32 Sulla *quaestio iuris*, cfr. Cass., 10 ottobre 2019, n. 49889, cit. La fattispecie concreta riguardava l'impiego della dicitura "mosto idoneo aceto balsamico di Modena" nella vendita di un mosto da tavola che nonostante fosse stata presentato ai consumatori come ammesso nella filiera produttiva della I.G.P. aceto balsamico di Modena e, dunque, legittimato a fregiarsi della relativa I.G.P., avente in realtà una diversa origine geografica.

33 Bricchetti, R. e Pistorelli, L.: "Sui prodotti", cit., pp. XXXV ss.; Natalini, A.: "Primo collaudo", cit., p. 529. Analogamente, in giurisprudenza, Cass., 08 luglio 2016, n. 28354, cit.

del prodotto non costituendo l'inganno un elemento strutturale della ocndotta tipica[34]. Infatti, l'art. 517-*quater* c.p. descrive un reato di pericolo[35].

Inoltre, per la sussistenza del reato non è necessario che l'origine dell'alimento sia tutelata e registrata quale marchio collettivo *ex* art. 11 D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (c.d. codice della proprietà industriale), atteso che, in tal caso, si rinetrarebbe nello spettro applicativo dei delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p.[36].

Ulteriormente, preme rimarcare come all'ultimo comma, a tutela delle esigenze di correttazza ed efficienza del mercato unico, è espressamente previsto che la punibilità per tale reato è subordinata alla condizione che siano state osservate le norme delle leggi interne, dei regolamenti comunitari[37] e delle convenzioni internazionali in materia di tutela delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari[38].

Infine, sul solco tracciato da un'attenta dottrina[39], la giurisprudenza di legittimità ha posto lo steccato interpretativo all'interno del quale bisogna assestarsi nell'operazione di applicazione del reato in esame, differenziandolo da alcune altre fattispecie criminose confinanti.

A tal proposito, è stato evidenziato che l'art. 517-*quater* c.p. appresta un intervento penale maggiormente efficace rispetto a quella previsto ad esempio per il reato *ex* art. 517 c.p. Infatti, a differenza di quest'utlimo caso, alla fattispecie di contraffazione di denominazioni di origine e di indicazioni geografiche si applicano, innanzitutto, le forme di confisca obbligatoria di cui all'art. 12-*sexies*, comma 1°, d.l. 08 giugno 1992, n. 306 e le circostanze speciali *ex* art. 517-*quinquies* c.p. ove vengono previste delle attentuanti in caso di ravvedimento operoso dell'autore del reato in modo da agevolare la ricostruzione dei fatti, per l'individuazione o la cattura dei concorrenti negli stessi, o per l'individuazione degli strumenti occorrenti per la commissione di tale delitto e dei profitti da esso derivanti[40]. A

34 Piuttosto concorde la dottrina su tale questione. Si vedano, a titolo di esempio, Natalini, A.: "Primo collaudo", cit., p.533, Stea, G.: "Elementi per", cit., p. 57.

35 In proposito, *ex plurimis*, Natalini, A.: "La responsabilità", cit., p. 77.

36 Come segnalato da Ferrara, V.: "Le frodi commerciali alimentari", in Aa. Vv.: *Regole alimentari* e made in Italy, Edagricole, Milano, 2012, pp. 101 ss., spec. p. 116.

37 A ulteriore specificazione di tale concetto, mette conto richiamare quanto affermato da Aversano, F.: "Tutela del *Made in Italy* e disciplina europea per l'individuazione di condotte penalmente rilevanti in tema di prodotti alimentari", *Riv. dir. al.*, 2015, núm. 2°, pp. 68 ss., spec. p. 84, secondo il quale il Reg. Ue n. 1151/2012 rappresenta il riferimento naturale anche per integrare condotte criminose previste nei delitti di frode, in ispecie quella di recente introduzione e di cui all'art. 517-*quater* c.p.

38 Su tale concetto, si veda Natalini, A.: "La responsabilità", cit., p. 79. Infatti, come già evidenziato, la giurisprudenza ritiene configurato detto reato non solo nel caso di vera e propria falsificazione delle I.G.P. e D.O.P., ma anche nel caso di mancato rispetto del relativo disciplinare di produzione, richiamato sempre dal Reg. Ue n. 1151/2012. Cfr. Cass., 10 ottobre 2019, n. 49889, cit.

39 In tema, Bricchetti, R. e Pistorelli, L.: "Sui prodotti", cit., pp. XXXV ss.

40 Come correttamente segnalato da Cingari, F.: "La tutela penale", cit., p. 142.

ulteriore conferma di ciò, va menzionata la ricomprensione del delitto in esame fra i reati presupposto della responsabilità amministratiiva derivante da reato delle persone giuridiche. A tal precipuo fine, l'art. 25-*bis*. 1 D.Lgs. 08 giugno 2001, n. 231, elenca espressamente il reato descritto dall'art. 517-*quater* c.p.

In punto di oggetto materiale del reato, nonostanze la notevole esiguità di pronunce giurisprudenziali sul reato esaminato, la Suprema Corte ha precisato che l'art. 517-*quater* c.p., in quanto norma speciale rispetto agli artt. 517 e 517-*bis*, comma 1°, c.p., non riguarda gli alimenti generici del tutto sprovvisti di privativa oppure quei prodotti agroalimentari le cui specificità sono protette dalle norme vigenti, ma a diverso titolo rispetto alle D.O.P. e I.G.P.: si pensi ad esempio alle S.T.G.[41]. Ciò in quanto il legislatore nel plasmare l'art. 517-*quater* c.p. ha appreso solo alcune parti dell'oggetto materiale che già rientrava nel fatto tipico descritto dall'art. 517-*bis*, comma 1°, c.p. e cioè il riferimento alle denominazioni di origine o geografica che sono protette dalle norme vigenti e non quello «le cui specificità sono protette dalle norme vigenti». Da tanto si desume l'enunciato appena espresso e cioè che l'art. 517-*quater* c.p. non trova applicazione in caso di alimenti generici o tutelati nelle proprie specialità, ma non quale D.O.P. I.G.P.[42].

A ulteriore conforto, si può asserire che, sempre secondo l'impostazione giurisprudenziale, qualora l'alimento falsificato o contraffato non sia protetto da alcuna privativa e non rechi comunque la menzione di prodotti con denominazione di origine o indicazione geografica protetta è da ritenersi configurabile il delitto di frode in commercio *ex* art. 515 c.p. e non quello di contraffazione di cui all'art. 517-*quater* c.p.[43].

Inoltre, secondo alcuni interpreti, l'art. 517-*quater* c.p. si distingue quanto ad oggetto materiale dall'art. 517-*bis* c.p. atteso che mentre il primo riguarda i prodotti agroalimentari, il secondo è applicabile ai soli prodotti industriali[44].

III. CENNI ALLE CONSEGUENZE CIVILISTICHE IN CASO DI CONTRAFFAZIONE DI PRODOTTI D.O.P. E I.G.P.: IL SISTEMA DI TUTELE FORNITO DAL D.LGS. 10 FEBBRAIO 2005, N. 30 (C.D. CODICE DELLA PROPRIETÀ INDUSTRIALE).

Passando alla disanima delle problematiche civilistiche connesse alla contraffazione delle D.O.P. e delle I.G.P., è necessario chiarire che si tratta

41 Su tale specifica questione, Natalini, A.: "La responsabilità", cit., p. 77. Cfr., in giurisprudenza, più in generale sull'individuazione della linea di demarcazione tra queste fattispecie di reato, Cass., 08 luglio 2016, n. 28354, cit.

42 In dottrina, Natalini, A.: "Primo collaudo", cit., pp. 534 ss.

43 Il riferimento è, ancora, a Cass., 08 luglio 2016, n. 28354, cit.

44 E, segnatamente, Natalini, A.: "Primo collaudo", cit., p. 535.

di una disciplina piuttosto variegata. A tal fine, l'ordinamento giuridico offre numerosi strumenti volti a contrastare tali fenomeni: il riferimento è alle regole sull'etichettatura, alle norme sulla concorrenza sleale, sulla pubblicità ingannevole e sulle pratiche commerciali scorrette, nonchè, alla normativa prevista dal D.Lgs. n. 30 del 2005 (c.d. codice della proprietà industriale).

Nel corso del presente lavoro ci si soffermerà in particolare sull'ultima delle forme di tutela appena elencate. Ciò sul rilievo che parte della dottrina non ha mancato di notare che il delitto di cui all'art. 517-*quater* c.p. assimila sul versante penale il portato degli artt. 29 e 30 del Codice della Proprietà Industriale sulle indicazioni geografiche[45], sottolineando, dunque, l'esistenza di un legame di particolare prossimità fra tali due differenti fattispecie che toccano la stessa materia da diversi punti divista del disvalore penale e della tutela civile.

Orbene, l'art. 30 D.Lgs. n. 30 del 2005 (c.d. del codice di proprietà industriale) appresta una tutela diretta alle D.O.P. e I.G.P., menzionate dall'art. 29 del medesimo decreto legislativo, il quale vieta un qualunque uso di indicazioni geografiche o di denominazioni di origine o presentazione del prodotto che indichino o suggeriscano che il prodotto provenga da un luogo diverso da quello di provenienza[46].

Giova rammentare che il menzionato decreto legislativo all'art. 30, comma 1° è stato modificato da parte dell'art. 16 D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 131, e dal d.l. 29 dicembre 2011, n. 216, convertito con modificazioni in l. 24 febbraio 2012, n. 14, in modo tale da consentire la tutela prevista per violazioni di denominazioni

45 In tal senso, Aversano, F.: "Tutela del *Made in Italy*", cit. p. 84. Della medesima opinione, Natalini, A.: "Primo collaudo", cit., p. 544. *Contra*, Bricchetti, R. e Pistorelli, L.: "Sui prodotti", cit., pp. XXXV ss., i quali fanno leva sul fatto dell'irrilevanza dell'induzione in inganno dei consumatori da parte del soggetto agente del reato.

46 In ordine al sistema così delineato dal legislatore, si veda Giuffrida, M.: "Segni degli alimenti: DOP, IGP e STG", in *Il Digesto delle discipline privatistiche* (a cura di R. Sacco), Sez. civ., aggiornamento XI, 2018, pp. 435 ss., spec. pp. Vi è stato in dottrina un dibattitto sulla sfera applicativa della disciplina contenuta negli artt. 29 e 30 D.Lgs. n. 20 del 2005 e cioè se tale regime trovi applicazione al solo settore agroalimentare o se, invece, costituisca regola generale e perciò applicabile ad ogni settore merceologico in cui assuma un valore significativo agli occhi del consumatore l'origine del prodotto. L'opinione dominante tende ad aderire al secondo filone interpretativo. Ciò sul rilievo che non può escludersi l'esistenza di prodotti che, pur non appartenendo al comparto agroalimentare, siano caratterizzati da una forte visibilità dovuta a fattori umani e locali legati appunto all'origine e, inoltre, il voler negare tale attribuzione ai beni diversi dagli alimenti non trova alcun fondamento normativo, neanche internazionale, infatti, né nella Convenzione di Parigi (ove si richiamano meramente le indicazioni false relative alla provenienza geografica del prodotto, senza distinguere fra prodotti agro-alimentari e prodotti di altra natura), né a livello di accordi TRIPs, i quali vincolano il nostro Paese al loro rispetto, sono rinvenibili indicazioni in tal senso. Cfr., sul punto, Sarti, D.: "Le indicazioni d'origine geografica: storia, questioni terminologiche e proposte interpretative", in Aa. Vv.: *Studi in memoria di* Paola A. E. Frassi (a cura di G. Silvia), Giuffrè, Milano, 2010, pp. 619 ss.; Galli, C.: "Globalizzazione dell'economia e tutela delle denominazioni di origine dei prodotti agro-alimentari", *Riv. dir. ind*., 2004, núm. 1°, pp. 60 ss. In più si può richiamare anche un altro argomento a favore di tale tesi e cioè il fatto che risultano oramai riconosciute le cc.dd. indicazioni geografiche semplici. Per un'ampia disanima delle stesse e della giurisprudenza europea in argomento, Falconi, F.: "La tutela delle indicazioni geografiche qualificate dei prodotti agroalimentari non registrate in sede europea: note a Corte di Giustizia Ue (IX Sezione), 8 maggio 2014, causa C-35/13", *Cuad. de derecho trans*., 2014, VI, núm. 2°, pp. 330 ss., nota a CGUe, Sez. IX, 08 maggio 2014, in causa C-35/13, *Assica – Associazione Industriali delle Carni e dei Salumi e Kraft Foods Italia S.p.a. c. Associazioni fra produttori per la tutela del «Salame Felino» e altri*.

di origine e indicazioni geografiche anche in casi di sfruttamento indebito della reputazione dell'indicazione protetta. Pertanto, la tutela non presuppone più necessariamente che si configurino situazioni di inganno degli avventori, ma abbriaccia anche condotte di tipo parassitario e cioè quelle che si estrinsecano in qualsiasi forma di evocazione dell'origine geografica mediante l'uso di indicazioni indirette che riescono comunque a far percepire agli occhi del consumatore un collegamento fra l'alimento ed un determinato territorio[47].

Al Capo III del codice della proprietà industriale sono poi elencate le sanzioni in caso di violazione di tali precetti volte ad accertare condotte violative della proprietà industriale. Ad esempio, fra le più rilevanti merita essere citata quella in ragione della quale potrà essere richiesta la declaratoria di nullità nelel forme previste *ex* artt. 122 e ss. del dereto di diritti industriali di proprietà in ragione della sussistenza di D.O.P. o I.G.P. analoghe già registrate e, dunque, incompatibili con altre indicazioni con la medesima denominazione.

Inoltre, potranno essere oggetto di domanda sia la tutela inibitoria *ex* art. 124 del decreto (concernente la produzione e l'uso del prodotto) con richiesta, dunque, dell'ordine di cessazione della condotta non rispettosa del diritto tutelato, sia quella del ritiro del bene dal mercato e perfino l'ordine di distruzione delle cose che sono state utilizzate al fine di porre in essere la violazione.

Qualora, invece, non sia possibile la distruzione, sarà percorribile la sola via del risarcimento del danno comprendente tanto la componente del danno emergente quanto quella del lucro cessante secondo lo schema generale delineato dall'art. 1223 c.c., in base ai principi generali della valutazione equitativa *ex* art. 1226 c.c. e del concorso colposo del creditore contemplata dall'art. 1227 c.c.

Ancora, può essere disposta la pubblicazione della sentenza ai sensi dell'art. 126 del decreto integralmente o in sunto o nella sola parte dispositiva, tenuto conto della gravità dei fatti o richieste le misure cautelari previste dagli artt. 129 e ss. D.Lgs. n. 30 del 2005.

Di tutta evidenza come si tratti di un sistema ben articolato di protezione delle indicazioni geografiche o di denominazioni di origine.

47 Così, Prete, F.: "La protezione nazionale delle indicazioni geografiche semplici. La saga del Salame Felino: ultimo atto", *Riv. dir. al.*, 2014, núm. 2°, pp. 30 ss., spec. p. 39; Sironi, M.: "La modifica della disciplina delle indicazioni geografiche", *Dir. ind.*, 2010, núm. 6°, pp. 536 ss. Ad esempio, l'*Italian sounding* costituisce un classico esempio di evocazione parassitaria e cioè quel tipo di condotta che pur non richiamando esplicitamente un altro marchio in modo diretto riesce comunque a risultare evocativa mediante l'utilizzo di elementi istintivi di contorno, come la bandiera italiana, l'immagine di monumenti italiani o comunque di immagini che, in base al senso comune, richiamano in qualche modo l'italianità. In tali termini, Galli, C.: "Rinomanza del marchio e tutela oltre il limite del pericolo di confusione", *Dir. ind.*, 2007, núm. 1°, pp. 83 ss. Il quale definisce tali tipi di pratiche come le "nuove" contraffazioni. Più in generale, sul concetto di evocazione, *vid.*, Gualtieri, F., Vaccari, S., e Catizzone, B.: "La protezione delle indicazioni geografiche: a nozione di evocazione", *Riv. dir. al.*, 2017, núm. 2°, pp. 15 ss.

IV. CONCLUSIONES.

Alla luce di quanto analizzato durante il presente lavoro si può affermare come la tutela del *Made in Italy* agroalimentare è piuttosto complessa ed articolata. Non solo per l'ingente stratificazione normativa che la riguarda, tra l'altro di carattere multilivello fra normative sovranazionali, comunitarie, nazionali e locali, ma anche per le difficoltà che implicano l'estremo tecnicismo della materia agroalimentare nel suo complesso.

Inoltre, giova rammentare che, più in generale, il carattere particolarmente esteso e variegato della disciplina di tutela del contraente debole consente, com'è emerso piuttosto chiaramente anche nel corso della presente disamina, di chiarire come non possano affrontarsi gli istituti giuridici per compartimenti stagni, ma è necessario, anche e soprattutto nel settore agroalimentare[48], studiare le varie questioni giuridiche anche al di là dei confini definitori del diritto penale, da un lato, e del diritto civile, dall'altro, al fine di comprendere effettivamente il fenomeno esaminato. Occorre, dunque, abbandonare aprioristiche schematizzazioni ed "etichettature" delle fattispecie astratte ed inidviduare delle linee di tangenza non solo fra diverse normative, ma anche tra differenti branche del diritto in una visione unitaria e sistematica dell'ordinamento giuridico il quale, mediante la diretta applicazione al caso concreto dei precetti e valori costituzionali, si erge a meccanismo di tutela della persona umana, *in primis*, e della parte contrattualmente debole nel settore agroalimentare, in seconda battuta[49].

A tal proposito, si auspica una maggior applicazione da parte della giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, dell'istituto in parola ed una maggiore contestazione dello stesso da parte della magistratura inquirente. Diversamente, risulterà vanificata l'intenzione del legislatore di dare una più completa ed efficace tutela, anche dal punto di vista penalistico, del *Made in Italy* agroalimentare.

48 Ma tale prospettiva ha una più che evidente valenza trasversale.

49 Così, Perlingieri, P.: *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L' interpretazione c.d. adeguatrice*, in Aa. Vv.: *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale* (a cura di P. Femia), ESI, Napoli, 2006, pp. 1 ss. Analogamente, Id.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, ESI, Napoli, 1972, pp. 189 ss.

BIBLIOGRAFIA

Albissini, F.: "La Corte di giustizia e l'origine dei prodotti alimentari: un'irrisolta incertezza", *Riv. dir. al.*, 2020, núm. 3°.

Antimiani, A. e Henke, R.: "Struttura e specializzazione degli scambi agro-alimentari tra Italia e Cina", *Riv. econ. agr.*, 2005, núm. 4°.

Aversano, F.: "Alimentazione e linguaggio: nozioni, termini e fattispecie", in Aa. Vv.: *Regole alimentari* e made in Italy, Edagricole, Milano, 2012.

Aversano, F.: "Legislazione alimentare e approccio «glocale»", in Aa. Vv.: *Alimentazione 3.0. La nuova frontiera fra salute e sicurezza*, Edagricole, Milano, 2015.

Aversano, F.: "Tutela del *Made in Italy* e disciplina europea per l'individuazione di condotte penalmente rilevanti in tema di prodotti alimentari", *Riv. dir. al.*, 2015, núm. 2°.

Boccaletti, S.: "Indicazioni geografiche, reputazione collettiva e competizione di mercato", *https://agriregionieuropa.univpm.it/it*, dicembre 2008, núm. 15°.

Borghi, P.: "Sovrapposizioni fra ordinamenti e «fantasia» del legislatore in tema di segni di qualità dei prodotti alimentari: entropia e *storytelling*", *Riv. dir. al.*, 2015, núm. 4°.

Bricchetti, R. e Pistorelli, L.: "Sui prodotti agroalimentari garanzia più ampia", in *Gli speciali (Il collegato Sviluppo/1)*, *Guida dir.*, 2009, núm. 37°.

Carbone, A., *et al.*: "Il *made in Italy* nel commercio agroalimentare", in Aa. Vv.: *L'agroalimentare italiano nel commercio mondiale. Specializzazione, competitività e dinamiche* (a cura di F. de Filippis).

Caselli, G.C.: "Prefazione", in Aa. Vv.: *Frodi agroalimentari: profili giuridici e prospettive di tutela, (Quaderno dei Corsi del 3-5 maggio 2017 e del 9-11 aprile 2018 organizzati dalla Scuola Superiore della Magistratura e dall'Osservatorio sulla criminalità nell'agricoltura e sul tema agroalimentare)* (a cura di A. Natalini), Giuffrè, Milano, 2018.

Cingari, F.: "La tutela penale dei marchi alimentari e la contraffazione di DOP e IGP agroalimentari (artt. 473, 474 e 517 *quater* c.p.)", in Aa. Vv.: *Frodi agroalimentari: profili giuridici e prospettive di tutela, (Quaderno dei Corsi del 3-5 maggio 2017 e del 9-11 aprile 2018 organizzati dalla Scuola Superiore della Magistratura e dall'Osservatorio sulla criminalità nell'agricoltura e sul tema agroalimentare)* (a cura di A. Natalini), Giuffrè, Milano, 2018.

Condorelli, R.: "La funzione dei marchi di qualità quale strumento di tutela delle eccellenze agroalimentari", in *La difesa del* made in Italy *nel settore agroalimentare fra spinte protezionistiche e crisi pandemica*, I, *Il patrimonio agroalimentare italiano: tutele civilistiche e penalistiche*, Giappichelli, Torino, 2021.

D'Andrea, A.: "Contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari", in *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la fede e l'economia pubblica* (a cura di A. Cadoppi, S. Canestrati, A. Manna e M. Papa), V, Utet, Torino, 2010.

Dona, M.: "L'interesse protetto nel reato di frode in commercio: una rilettura alla luce delle istanze di tutela del consumatore, soggetto acquirente di beni per uso privato", in *www.consumerlaw.it*, 2017.

Falconi, F.: "La tutela delle indicazioni geografiche qualificate dei prodotti agroalimentari non registrate in sede europea: note a Corte di Giustizia Ue (IX Sezione), 8 maggio 2014, causa C-35/13", *Cuad. de derecho trans.*, 2014, VI, núm. 2°.

Ferrara, V.: "Le frodi commerciali alimentari", in Aa. Vv.: *Regole alimentari* e made in Italy, Edagricole, Milano, 2012.

Francazi, S.: "DOP e IGP. Tra divieto di evocazione alla luce del caso Queso Manchego, presidi penali attuali e prospettive di riforma nel Progetto Caselli", *www.rivistadga.it*, luglio/agosto 2019.

Galli, C.: "Globalizzazione dell'economia e tutela delle denominazioni di origine dei prodotti agro-alimentari", *Riv. dir. ind.*, 2004, núm. 1°.

Galli, C.: "Rinomanza del marchio e tutela oltre il limite del pericolo di confusione", *Dir. ind.*, 2007, núm. 1°.

Gambaro, E. e Missanelli, P.: "La tutela dei prodotti agroalimentari tra disciplina italiana ed europea: pratiche commerciali sleali e concorrenza estera", *Dir. agr.*, 2019, núm 2°.

Germanò, A.: "Sulla titolarità dei segni DOP e IGP", *Dir. agr.*, 2017, núm. 2°.

Giuffrida, M.: "Segni degli alimenti: DOP, IGP e STG", in *Il Digesto delle discipline privatistiche* (a cura di R. Sacco), Sez. civ., aggiornamento XI, 2018.

Gualtieri, F., Vaccari, S. e Catizzone, B.: "La protezione delle indicazioni geografiche: a nozione di evocazione", *Riv. dir. al.*, 2017, núm. 2°.

Madeo A.: "Lotta alla contraffazione: modifiche agli artt. 473-474 c.p. e nuovi delitti", *Dir. pen. proc.*, 2010, núm. 1°.

Masini, S.: "*Made in Italy* agroalimentare: atti di concorrenza sleale e modalità di tutela", in Aa. Vv.: *Frodi agroalimentari: profili giuridici e prospettive di tutela, (Quaderno dei Corsi del 3-5 maggio 2017 e del 9-11 aprile 2018 organizzati dalla Scuola Superiore della Magistratura e dall'Osservatorio sulla criminalità nell'agricoltura e sul tema agroalimentare)* (a cura di A. Natalini), Giuffrè, Milano, 2018.

Menghini, A.: "Commento all'art. 515 c.p.", *Diritto penale. Omnia Trattati giuridici* (diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari e A. Manna), II (a cura di M. Papa), UTET, Milano, 2022.

Montagna, A.: "La tutela penale del *made in Italy* fra origine e qualità del prodotto", *Cass. pen.*, 2009, núm. 9°.

Natalini, A.: "La circostanza aggravante per frodi concernenti alimenti o bevande con denominazione o specificità protetta (art. 517-*bis* c.p.). Contraffazione IGP o DOP agro-alimentari (artt. 517-*quater* e 517-*quinquies* c.p.)", in *Illeciti punitivi in materia agro-alimentare* (a cura di A. Gargani), in *Trattato teorico pratico di diritto penale* (diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero e M. Pelissero), Giappichelli, Torino, 2021.

Natalini, A.: "La responsabilità dell'ente da «reato agroalimentare»: i delitti contro l'industria ed il commercio", in Id., *231 e industria agroalimentare*, Pacini Giuridica, Pisa, 2017.

Natalini, A.: "Primo collaudo in Cassazione del delitto di contraffazione di DOP e IGP agroalimentari: una norma-simbolo rimasta in stand-by", *Dir. agr.*, 2016, núm. 3°.

Perlingieri, P.: *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L' interpretazione c.d. adeguatrice*, in Aa. Vv.: *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale* (a cura di P. Femia), ESI, Napoli, 2006.

Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, ESI, Napoli, 1972.

Petralia, S.: "La difesa del *Made in Italy* nel settore agroalimentare fra spinte protezionistiche e crisi pandemica: il senso di una iniziativa", in *La difesa del* made in Italy *nel settore agroalimentare fra spinte protezionistiche e crisi pandemica* (a cura di F. Romeo), I, in *Il patrimonio agroalimentare italiano: tutele civilistiche e penalistiche*, Giappichelli, Torino, 2021.

PRETE, F.: "La protezione nazionale delle indicazioni geografiche semplici. La saga del Salame Felino: ultimo atto", *Riv. dir. al.*, 2014, núm. 2°.

RUBINO, V.: "Il «*Made in*» fra strumenti di valorizzazione della qualità e contrasto alle pratiche commerciali sleali", in ID., *I limiti alla tutela del* "Made in" *fra integrazione europea e ordinamenti nazionali*, Giappichelli, Torino, 2017.

SARTI, D.: "Le indicazioni d'origine geografica: storia, questioni terminologiche e proposte interpretative", in AA. VV.: *Studi in memoria di* Paola A. E. Frassi (a cura di G. SILVIA), Giuffrè, Milano, 2010.

SIRONI, M.: "La modifica della disciplina delle indicazioni geografiche", *Dir. ind.*, 2010, núm. 6°.

SPINK, J.W.: *Fraud Prevention Introduction, Implementation, and Management*, Springer, New York, 2019.

STEA, G.: "Elementi per un'analisi del reato alimentare tra rischio, pericolo e necessità di prevenzione", *Dir. agr.*, 2018, núm. 2°.

TOSCANO, G.: "Bene giuridico e modelli di tutela nella disciplina degli illeciti alimentari: riflessioni de iure condendo (anche) nella prospettiva della riserva di codice", in *Legisl. pen.*, 4 febbraio 2019.

IL MODELLO DI PREVENZIONE DEL RISCHIO-REATO TRA OBBLIGATORIETÀ E LIBERTÀ AUTOREGOLATIVA

COMPLIANCE PROGRAM BETWEEN MANDATORY NATURE AND SELF-REGULATORY FREEDOM

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 240-255

Davide
BIANCHI

ARTICOLO CONSEGNATO: 13 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il contributo si occupa di un duplice interrogativo: il Modello organizzativo di contrasto al rischio-reato previsto dalle norme fondative della responsabilità penale degli enti collettivi (D.lgs. n. 231/2001 in Italia; art. 31 bis Código Penal in Spagna) è obbligatorio per l'ente stesso e per i suoi amministratori? Sebbene la normativa penale appaia configurare il Modello organizzativo come un onere e non come un obbligo, sembra difficile negare l'esistenza di un dovere di autoregolazione involgente anche il rischio-reato e gravante sia sulla persona giuridica nel suo complesso sia sugli organi gestori di quest'ultima. Riconosciuto tale (duplice) dovere autoregolativo, bisogna però riconoscere anche che esso implica un significato spazio di discrezionalità per l'ente – responsabile anzitutto sul piano penalistico – e per i suoi amministratori – responsabili sul piano privatistico: sia la fase di (crime) risk assessment sia – soprattutto – quella di (crime) risk management comportano scelte discrezionali che non sono estranee alla dimensione economica e che devono ritenersi intangibili nel loro nucleo, salvi gli obblighi modali di informazione, coerenza e razionalità.

PAROLE CHIAVE: Modello organizzativo; Responsabilità da reato degli enti collettivi; Doveri e responsabilità degli amministratori societari; Autonormazione; Discrezionalità imprenditoriale.

ABSTRACT: *The paper deals with a twofold question: is the Criminal Compliance Program provided for by corporate criminal law (Legislative Decree no. 231/2001 in Italy, Article 31 bis Código Penal in Spain) mandatory for the corporation itself and its directors? Although the criminal legislation appears to configure the Compliance program as not mandatory, it seems difficult to deny the existence of a duty of self-regulation on both the legal person as a whole and on its management also covering crime risks. Acknowledging this (dual) self-regulatory duty, it must however be recognised that it implies a significant discretion for the corporation – primarily responsible under criminal law – and for its directors – responsible under private law: both the (crime) risk assessment phase and – above all – the (crime) risk management phase involve discretionary choices that are not extraneous to the economic dimension and that must be considered intangible at their core, subject to the modal obligations of information, consistency and rationality.*

KEY WORDS: *Compliance program; Corporate criminal liability; Directors' duties and responsibilities; Self-regulation; Business Judgment Rule.*

SOMMARIO.- I. CONTESTO E INQUADRAMENTO DELLA PROBLEMATICA.- II. IL MODELLO ORGANIZZATIVO ANTI-REATO: OBBLIGO OD ONERE PER L'ENTE COLLETTIVO?.- III. SEGUE: OBBLIGO OD ONERE PER GLI ORGANI GESTORI?.- IV. CONCLUSIONI: DOVERE AUTOREGOLATIVO E (TENDENZIALE) LIBERTÀ DELLE FORME.

I. CONTESTO E INQUADRAMENTO DELLA PROBLEMATICA.

Pur nella sua banalità, la seguente premessa appare necessaria: il legislatore della post-modernità si è viepiù interessato all'organizzazione interna dell'impresa, erodendo via via gli spazi di autoregolazione spontanea (sub specie d'autonomia privata) ed espandendo, in vari settori e varie branche, il dovere di adeguatezza degli assetti organizzativi, ormai assurto a canone generale per ogni realtà aziendale non puramente individuale.

Nell'ordinamento italiano, una tappa fondamentale di tale tendenza legislativa è rappresentata dal D.lgs. n. 231/2001, il quale, incentrando la responsabilità punitiva (ancorché formalmente amministrativa) *ex crimine* degli enti collettivi sulla presenza o meno dei "modelli di organizzazione e di gestione" (in ordine sia all'*an* sia al *quantum* della responsabilità), ha fomentato e guidato processi autoregolativi del rischio-reato promanante dai soggetti meta-individuali, *in primis* da quelli a carattere societario. Poco più tardi, un'altra riforma storica, portata dal D.lgs. n. 6/2003, ha consacrato il dovere di adeguatezza organizzativa delle società per azioni, ponendo a carico degli amministratori delegati la cura dell'idoneità dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile in rapporto "alla natura e alle dimensioni dell'impresa" e a carico del consiglio d'amministrazione e del collegio sindacale, ciascuno nella loro sfera di competenza, la valutazione delle scelte degli organi delegati in punto d'organizzazione aziendale (artt. 2381 e 2403 c.c. per come riformati). Nel 2019, con l'interpolazione dell'art. 2086 c.c. da parte del D.lgs. n. 14/2019, il "dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa" è stato esteso alla totalità degli imprenditori operanti in forma societaria o collettiva[1].

1 Cfr., *ex plurimis*, Battelli, E.: "Art. 2086", in *Codice civile* (a cura di P. Rescigno), tomo II, Giuffrè, Milano, 2022, p. 4318 s.; Di Ciommo, F.: "La responsabilità civile di inizio millennio. Il caso del nuovo art. 2086 c.c. in tema di responsabilità di imprenditore e amministratori", *Danno e resp.*, 2022, p. 413 ss.; De Simone, Gian.: "L'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa nel nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: il ruolo dei modelli organizzativi 231", *La resp. amm. soc. enti*, 2019, p. 141 ss.; per taluni, però, il nuovo comma secondo dell'art. 2086 c.c. non costituirebbe una vera e propria innovazione normativa ma piuttosto una esplicitazione del generale "dovere di cautela e prudenza", confermativa delle altre disposizioni in materia di adeguatezza degli assetti organizzativi dell'impresa: v. del Pra, A: "Art. 2086", in *Commentario breve al codice civile* (a cura di G. Cian – A. Trabucchi), Cedam, Padova, 2020, p. 2302. In generale, tra i molti contributi in tema di dovere d'adeguatezza dell'organizzazione dell'impresa:

• Davide Bianchi
Assegnista di ricerca in Diritto penale nell'Università di Firenze
davide.bianchi@unifi.it

Un percorso non dissimile pare essersi verificato in Spagna, dove, per un verso, vige una responsabilità penale delle persone giuridiche largamente ispirata al sistema italiano (la Ley Orgánica n. 1/2015 ha incisivamente rimodellato l'art. 31 *bis* del Código Penal sulla falsariga degli artt. 6 e 7 D.lgs. n. 231/2001)[2] e, per altro verso, il "deber general de diligencia", incombente sugli amministratori societari ai sensi dell'art. 225 Ley de Sociedades de Capital, si declina anche come dovere di adozione delle "medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad", ossia come dovere di adeguatezza organizzativa in correlazione con le dimensioni, complessità e tipologia di attività dell'impresa[3].

Si può dire che tale evoluzione delle normative nazionali si collochi in una tendenza 'globale' alla co-regolazione pubblica-privata dei rischi: sin dalle "*OECD Guidelines for Multinational Entrerprises*" del 1976 i decisori pubblici, a livello internazionale e sovranazionale, hanno esortato gli enti privati economici a introiettare principi di buona organizzazione che li portassero a minimizzare le esternalità negative della loro attività e li supportassero nell'adempimento dei loro obblighi legali, alla luce del *risk-based approach*. Dagli atti di *soft law* si è progressivamente passati all'imposizione, a livello eurounitario e domestico, di veri e propri doveri autonormativi in funzione dell'analisi e gestione dei rischi più disparati: da quelli gravitanti su interessi economico-finanziari diffusi (*rectius* sistemici), come quelli derivanti dall'attività di banche e imprese assicurative, a quelli direttamente incombenti sul patrimonio sociale e dunque sulla continuità dell'attività d'impresa e sulla garanzia dei creditori sociali; da quelli connessi a determinate *species* d'illecito, come in materia di antiriciclaggio o di trattamento dei dati personali, a quelli legati alla prevenzione criminale *tout court*. In tal modo, i *public regulators*, preso atto della loro insufficienza nella decrittazione e gestione di una costellazione di rischi sempre più opachi e ramificati, hanno coinvolto le organizzazioni private nella regolazione dei rischi loro 'prossimi' (perché da esse

Abriani, N.: "Organizzazione dell'impresa societaria e modello di prevenzione dei reati: recenti linee evolutive", *Riv. dir. impresa*, 2018, p. 543 ss.; Barachini, F.: "Art. 2381", in *Le Società per azioni* (a cura di P. Abbadessa – G.B. Portale), Giuffrè, Milano, 2016, p. 1181 ss.; Buonocore, V.: "Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile", *Giuris. comm.*, 2006, p. 5 ss.; Cerrato, S.A. – Peira, G.: "*Risikogesellschaft* e *corporate governance*: prolegomeni sulla costruzione degli assetti organizzativi per la prevenzione dei rischi", *Riv. soc.*, 2019, p. 79 ss.; Maugeri, M.: "Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)", *Orizzonti del diritto commerciale*, 2014, p. 1 ss. (scritto destinato agli *Studi in onore di Mario Libertini*).

2 V. tra gli altri Cugat Mauri, M.: "La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las compliance", *Estudios Penales y Criminologicos*, 2015, p. 919 ss.; Dopico Gómez-Aller, J.; "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", in *Derecho penal economico y de la empresa* (a cura di N.J. de la Mata Barranco – J. Dopico Gómez-Aller – J.A. Lascuraín Sánchez – A. Nieto Martín), Dykinson, Madrid, 2018, p. 129 ss.; Rayón Ballesteros, M.C.: "Cuestiones controvertidas sobre la responsabilidad de las persona jurídicas en el proceso penal y la eficacia de los programas de cumplimiento", *Foro, Nueva época*, 2019, p. 233 ss.

3 V. per tutti Alfaro, J.: "Artículo 225. Deber general de diligencia", in *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 313 ss.; Flores Segura, M.: "Cumplimiento normativo, deber de diligencia y responsabilidad de administradores", *Almacén de Derecho*, 19 luglio 2018.

stesse prodotti o perché da esse più facilmente dominabili): così facendo, sono stati sì riconosciuti i "poteri privati" (normativi e più ampiamente regolativi) ma questi sono stati indirizzati anche alla tutela di interessi pubblici o comunque extra-societari[4] e, in quest'opera di indirizzo, sono stati anche (parzialmente) conformati e collegati a precise responsabilità giuridiche per le ipotesi di loro deficitario svolgimento[5].

Ciò premesso, ci si vuol concentrare su di un duplice interrogativo, a cavallo tra "penale" e "civile" (*rectius* "privato", abbracciando sia aspetti civilistici che giuscommercialistici): il Modello organizzativo di prevenzione del rischio-reato, prefigurato quale frutto dell'ora richiamata logica co-regolativa sia dal legislatore italiano che da quello spagnolo (rispettivamente, artt. 6, 7, 12 e 17 D.lgs. n. 231/2001; artt. 31 *bis* e 31 *quater* C.P.E.), ha carattere di obbligatorietà? La sua adozione e implementazione è oggetto di un obbligo per l'ente societario e per i soggetti che la rappresentano e amministrano? In altri termini, l'omissione del Modello organizzativo delineato dal legislatore penale costituisce di per sé fonte di responsabilità per la *societas* – in primo luogo sul piano punitivo – e per i suoi amministratori – sul piano privatistico?

L'interrogativo, a differenza della premessa, non sembra così banale: se l'approntamento del Modello di gestione e controllo del rischio-reato assurgesse ad obbligo c.d. specifico per gli organi gestori dell'impresa, la sua integrale omissione od anche la sua configurazione in dissonanza dalle forme legalmente precostituite aprirebbe non solo ad una responsabilità risarcitoria sostanzialmente 'automatica' in caso di danni derivati alla società in conseguenza della realizzazione di un reato-presupposto nel suo interesse da parte di uno dei suoi membri o collaboratori (quali quelli consistenti negli esborsi monetari dovuti in forza dell'irrogazione di sanzioni punitive corporative o dei risarcimenti per i danni *ex crimine* provocati a terzi)[6] ma anche – *ex ante* – all'attivazione di rimedi preventivi, quali la revoca degli amministratori per giusta causa (art. 2383 c.c.), la denuncia al Collegio sindacale (art. 2408 c.c.) o la denuncia al Tribunale (art. 2409 c.c.). Per rispondere all'interrogativo sul piano privatistico, però, pare necessario partire dal "penale", che, una volta tanto, sembra dover 'condurre le danze'. Infatti, se l'adozione del

4 Indirizzo 'pubblicistico' palese nel D.lgs. n. 231/2001 (come nell'art. 31 *bis* C.P.E.) ma emergente pure nella normativa extra-penale: appare a tal proposito esplicativa Cass. civ., Sez. I, 29 dicembre 2017, n. 31204, secondo cui l'ordinamento impone alle imprese societarie un "sistema di controllo policentrico" il cui "fine è quello di ottenere, grazie all'eterogeneità dei controlli, una garanzia rafforzata dell'osservanza delle regole di corretta amministrazione; e lo scopo ultimo potrebbe ritenersi quello della diffusione di una cultura della legalità imprenditoriale".

5 Sia consentito il rinvio a Bianchi, D., *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Giappichelli, Torino, 2021, *passim*.

6 Sulla presunzione di colpa degli amministratori in caso di violazione di un obbligo legalmente positivizzato, v. Briolini, F.: "Art. 2392", in *Le Società per azioni* (a cura di P. Abbadessa – G.B. Portale), Giuffrè, Milano, 2016 p. 1390 ss.; Tamborlini, E.: "Art. 2392", in *Codice civile* (a cura di P. Rescigno), Giuffrè, Milano, 2022, p. 5137 ss.; v. anche Flores Segura, M., *op. cit.*, par. III.

Modello 'tipizzato' nel D.lgs. n. 231/2001 e nel C.P.E. costituisse oggetto di un obbligo giuridico-penale per l'ente collettivo, difficilmente si potrebbe escludere la sua stretta obbligatorietà – a livello civilistico – anche per gli amministratori della *societas*; se, viceversa, esso fosse facoltativo già per il legislatore penale, si potrebbe sostenere che la decisione sul suo apprestamento rientri nella discrezionalità imprenditoriale e dunque risponda ai generali criteri di diligenza *ex* art. 2392 c.c. e artt. 225, 226 L.S.C.

II. IL MODELLO ORGANIZZATIVO ANTI-REATO: OBBLIGO OD ONERE PER L'ENTE COLLETTIVO?

All'interno del campo penalistico persiste la disputa tra quanti ritengono che il Modello organizzativo sia oggetto di un onere e quanti ne affermano invece l'obbligatorietà[7]. Ora, la questione non sembra risolvibile in base al mero dato letterale e all'*intentio legislatoris*, i quali indicherebbero la facoltatività del Modello[8], apparendo necessario un approfondimento della struttura dell'illecito corporativo dipendente da reato. A tal proposito si registra una perdurante divaricazione tra concezioni di fondo della responsabilità punitiva delle persone giuridiche: da un lato, si perpetua la tradizionale visione "antropocentrica", che tende ad identificare l'illecito dell'organo-persona fisica con l'illecito dell'ente collettivo, per cui, una volta integrato il reato-presupposto da parte di un 'agente' dell'ente nell'interesse di quest'ultimo (hecho de conexión), si dà per integrato pure l'illecito corporativo (modelo de heterorresponsabilidad)[9]; dall'altro lato, si punta ad individuare un fatto

7 Si esprime per la qualificazione come "onere" della "posizione dell'ente collettivo di fronte all'adozione dei modelli organizzativi" De Vero, G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 177; v. anche Muscatiello, V.B., *Il ruolo della autonormazione nel diritto penale della società del rischio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2020, p. 340 s., il quale riporta il Modello *ex* D.lgs. n. 231/2001 ad un'autonormazione di tipo facoltativo. Propendono invece per l'obbligatorietà del Modello organizzativo, tra gli altri, Giunta, F.: "Il reato come rischio d'impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo", *Analisi giur. ec.*, 2009, p. 247 ss.; Pulitanò, D.: "La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 431 ss. (limitando però l'obbligatorietà alla prevenzione dei reati dei sottoposti); Salcuni, G.D.: "La valutazione di idoneità dei modelli ed il requisito dell'elusione fraudolenta", in *Responsabilità da reato degli enti, Un consuntivo critico* (a cura di R. Borsari), Padova University Press, Padova, 2016, p. 113 s. Secondo Turienzo Fernández, A., "Una aproximación heterodoxa al fenómeno del compliance. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2018", *www.criminaljusticenetwork.eu*, 28 settembre 2018, l'approntamento di un "programa de cumplimiento" non si articola come "deber jurídico-penal" ma come "incumbencia".

8 Nessuna sanzione consegue al mero fatto dell'omissione del Modello organizzativo e la Relazione illustrativa del D.lgs. n. 231/2001, al par. 3.5 ("I criteri di imputazione soggettiva nel caso di reato commesso dai sottoposti"), qualifica espressamente l'adozione del Modello come "onere" per l'ente.

9 Questo paradigma organicistico è sostenuto soprattutto in riferimento all'ipotesi di reato realizzato da un soggetto apicale ma, facendo riferimento ad un difetto di sorveglianza direttamente imputabile sempre ai soggetti apicali in carne ed ossa, viene esteso pure alla differente ipotesi di reato commesso da un dipendente: v., per tutti, Bassi, A. – Epidendio. T.E., *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, Milano, 2006, *passim*; Gonzalez Cussac, J.L.: "La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos", *Estudios Penales y Criminologicos*, 2019, p. 593 ss.; per una panoramica delle posizioni dottrinali spagnole in tema di struttura dell'illecito corporativo: Moreno-Piedrahita, C.: "El ocaso del los modelos de responsabilidad penal de las personas juridicas en la jurisprudencia y doctrina españolas", *Politica Criminal*, 2019, p. 323 ss. Sui diversi paradigmi ricostruttivi della responsabilità penale degli enti collettivi, v. per tutti Mongillo, V., *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*; Paliero, C.E.: "La colpa

effettivamente "proprio" della *societas*, richiedendosi una condotta corporativa distinta ed ulteriore rispetto al reato individuale, condotta corporativa solitamente individuata in una lacuna organizzativa agevolatrice (se non addirittura causativa) del fatto criminoso materialmente commesso dalla persona fisica (modelo de autorresponsabilidad)[10].

Orbene, se si aderisce alla prima concezione (teoria dell'immedesimazione organica, modelo de heterorresponsabilidad, *identification doctrine*), il Modello organizzativo appare in effetti riconducibile alla categoria dell'onere: la sua presenza non vale ad escludere l'illecito punitivo corporativo, già sussistente in virtù della realizzazione del "fatto di connessione", ma incide sulla sola punibilità dell'ente collettivo o al più sulla sua rimproverabilità 'soggettiva'; di conseguenza, non vi sarebbe alcun obbligo di adozione e attuazione del *Compliance program* e quest'ultimo giocherebbe come mero fattore d'esonero dalla responsabilità *ex crimine*, rimesso alla discrezionalità dell'ente collettivo (*id est* del suo organo amministrativo). Se la *societas* vuol beneficiare di un elemento "impeditivo" della sua responsabilità punitiva, dovrà dotarsi dello 'scudo' offerto dal Modello organizzativo[11], altrimenti starà al rischio d'incorrere in siffatta forma di responsabilità per il caso che un suo membro o incaricato commetta un reato-presupposto per suo conto. Sembra affiorare lo schema dell'onere bobbiano: la persona giuridica resta libera nel fine, ossia nella decisione se approntare o meno il Modello anti-reato; se però decide di usufruire del fattore esimente previsto dalla legge, dovrà seguire i modi e le formalità prescritti da quest'ultima, non potendosi altrimenti ottenere l'effetto d'esonero dalla responsabilità penale[12].

Se, al contrario, si muove dalla seconda concezione (olistica, coerente con un modello di autoresponsabilità), l'omissione del Modello organizzativo assume tratti d'antidoverosità, poiché il precetto rivolto alla persona giuridica non coincide col precetto penale destinato alla persona fisica ma è autonomo e, inevitabilmente, va a caratterizzarsi per un comando di tipo autoregolativo: l'adempimento specifico richiesto all'organizzazione pluripersonale non può che consistere nella valutazione e minimizzazione del rischio-reato, ossia nell'elaborazione e implementazione proprio di un Modello di organizzazione, gestione e controllo. In tale prospettiva il

di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale", *Riv. trim. dir. pen. ec.*, p. 175 ss., in particolare p. 185 ss.

10 Cfr., *ex multis*, Manes, V.: "Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo", *Giuris. comm.*, 2021, p. 633 ss.; Nieto Martín, A.: "Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa", *Politica Criminal*, 2008, p. 9 ss.; Paliero, C.E., *op. cit.*, p. 206 ss.; Piergallini, C.: "Aspettative e realtà della (ancor breve) storia del d.lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità da reato degli enti", *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 862 s.

11 Peraltro di per sé solo insufficiente in caso di reato commesso da soggetti apicali, stando al disposto dell'art. 6 D.lgs. n. 231/2001 e dell'art. 31 bis C.P.E., i quali sembrerebbero prevedere una fattispecie esimente complessa.

12 Cfr. Bobbio, N., *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958, p. 162 ss. Non è certo l'unica definizione di "onere": per una ricostruzione completamente diversa Scozzafava, O.T., voce *Onere (nozione)*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, p. 104 ss.

Modello acquista un ruolo "tipizzante" (in negativo), nel senso che la sua presenza segna addirittura l'assenza del fatto tipico corporativo: l'adozione ed efficace attuazione d'idoneo *Compliance program* rappresenta l'adempimento del precetto autonormativo indirizzato all'ente collettivo, sicché l'eventuale reato che venisse a verificarsi nel *milieu* organizzativo dovrebbe considerarsi del tutto irrilevante ai fini dell'innesco di una responsabilità punitiva corporativa. Qui però occorre fare una precisazione, poiché il fronte 'organizzativistico', accomunato dall'intento di rintracciare un illecito corporativo autenticamente personale, presenta delle significative spaccature: per un verso, v'è una diversa ricostruzione del nesso tra il fatto-reato individuale e la carenza autoregolativa, contrapponendosi chi richiede un legame propriamente causalistico (omissivo)[13] e chi invece ritiene sufficiente una correlazione di rischio tra il tipo di reato concretatosi e la funzione della misura organizzativa omessa[14]; per altro verso (di più diretto interesse in questa sede), non v'è comunanza di vedute sulla esigenza o meno di adottare un Modello di organizzazione, gestione e controllo 'nominato', dotato cioè di tutti i crismi legali (quelli posti agli artt. 6 e 7 D.lgs. n. 231/2001 e 31 *bis* C.P.E.), al fine di adempiere al comando autonormativo, sostenendo taluni la necessità di un Modello perfettamente corrispondente alla – pur 'ariosa' – fattispecie legale[15] e aprendo invece talaltri a sistemi autoregolativi 'innominati' ma funzionalmente equivalenti[16]. Quest'ultimo distinguo non è di poco conto: data la base comune di un dovere per l'ente collettivo di autonormarsi in funzione della prevenzione dei reati-presupposto, se si propende per la necessità di un Modello 'tipico', quest'ultimo diviene sostanzialmente obbligatorio, anche se formalmente non

13 In tal senso pare ad esempio orientata l'importante pronunzia Cass. pen., Sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, Impregilo, in *www.sistemapenale.it*, con commenti di C. Piergallini, E. Fusco – C.E. Paliero, D. Bianchi.

14 Con esclusione del nesso laddove manchi tale corrispondenza funzionale, sia nel senso 'tipologico' (il presidio autonormativo omesso risulta funzionale a contrastare un tipo di reato diverso da quello perpetrato in concreto) sia nel senso di una oggettiva esorbitanza del concreto fatto criminoso dalla sfera d'influenza della misura cautelativa omessa (il reato *è stato* eseguito con modalità tali che sicuramente non poteva esser intercettato ed ostacolato mediante la misura cautelativa omessa): sia consentito il rinvio a Bianchi, D.: "Verso un illecito corporativo personale. Osservazioni 'umbratili' a margine d'una sentenza 'adamantina' nel 'magma 231'", ora in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2022, p. 87 ss., in particolare p. 101 ss.

15 Sembrerebbe orientata in tal senso autorevole dottrina, nel rimarcare il ruolo "tipizzante" del M.O.G. e nel ritenere *ipso facto* integrata la responsabilità da reato dell'ente in caso di "totale assenza […] di un Modello Organizzativo, quale previsto dagli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001": Paliero, C.E., *op. cit.*, p. 208 ss., che pure non tratta esplicitamente lo specifico punto.

16 Cfr. Bedecarratz, F.: "La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad", *Politica Criminal*, 2018, p. 214, nonché, volendo, Bianchi, D.: "Verso un illecito corporativo personale", cit., p. 96. Il Tribunal Supremo spagnolo, con la fondamentale sentenza n. 154/2016, sembra propendere per questa seconda opzione interpretativa maggiormente 'elastica', affermando che "Núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que […] no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas "compliances" o "modelos de cumplimiento", exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar".
V'è anche chi distingue tra soggetti apicali e soggetti subordinati, richiedendo il Modello organizzativo 'tipico' per l'esclusione della responsabilità derivante da reato commesso da un apicale e ammettendo quello 'atipico' in ipotesi di reato di un dipendente: v. Benvenuto, L.: "Organi sociali e responsabilità amministrativa da reato degli enti", *Le Società*, 2009, p. 673 ss., par. VII, che pure inquadra il Modello quale onere per la *societas*.

scatta nessuna sanzione punitiva per il semplice fatto dell'assenza del Modello (richiedendosi la verificazione di un fatto criminoso individuale 'connesso' alla carenza organizzativa); se, viceversa, si ammette la libertà autoregolativa della persona giuridica, non nel fine (l'ente, come detto, *deve* cimentarsi nel contrasto ai reati commettibili dai propri partecipi nel proprio interesse) ma nel modo (la concreta configurazione del sistema di rilevazione, valutazione e gestione del rischio-reato), sfuma l'obbligatorietà del Modello organizzativo 'nominato', fermo restando il dovere autonormativo.

III. *SEGUE:* OBBLIGO OD ONERE PER GLI ORGANI GESTORI?

L'opinione che reputa di per sé facoltativo il Modello organizzativo anti-reato trova eco anche nel campo privatistico, anche se qui appare nettamente prevalente la tesi contraria. Non sembra casuale che una chiara riconduzione allo schema dell'onere sia stata avallata da una sentenza (di merito) intervenuta a seguito non di un'azione di responsabilità (a danno avvenuto) bensì di una denunzia al Tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c.: l'esclusione dell'obbligatorietà del Modello '231' è risultata funzionale all'esclusione di quella "grave irregolarità" che sola giustifica l'intromissione preventiva dell'Autorità Giudiziaria nei gangli dell'organizzazione societaria[17]. Mentre una nitida affermazione dell'obbligo degli amministratori di dotare la società di un Modello organizzativo *ex* D.lgs. n. 231/2001 è contenuta in una pronuncia (anch'essa di merito) concernente la responsabilità risarcitoria degli organi gestori ai sensi degli artt. 2381 e 2392 c.c., in un caso di generalizzato 'discontrollo'[18].

In dottrina è frequente il disconoscimento della facoltatività del Modello organizzativo anti-reato[19] ma, tanto in Italia quanto in Spagna, l'orientamento dominante sembrerebbe escludere la vigenza di un obbligo c.d. specifico all'apprestamento del *Compliance program* tratteggiato dal legislatore penale. Infatti, se la scelta di dotare o meno l'ente amministrato di un "sistema de cumplimiento normativo" pare fuoriuscire dall'ambito della pura discrezionalità economico-negoziale di cui godono gli amministratori[20], nessuno nega però che l'adempimento

17 Trib. Roma, 15 dicembre 2017. In dottrina v. Galletti, D.: "I modelli organizzativi nel d.lgs. 231 del 2001: le implicazioni per la *corporate governance*", *Giuris. comm*., 2006, p. 126 ss., che sottolinea come il Modello organizzativo sia configurato quale "onere" ai sensi del D.lgs. n. 231/2001 (p. 131), rilevando però che la mancata adozione del *Compliance program* in organizzazioni particolarmente esposte a rischio possa dar luogo a responsabilità sul piano privatistico sia degli organi gestori (p. 126 s.) sia, eventualmente, della società capo-gruppo per "abuso «omissivo» dell'attività di direzione e coordinamento" (p. 139 s.).

18 Trib. Milano, 13 dicembre 2008, n. 1774. V. anche Trib. Cosenza, 23 dicembre 2019, n. 2624, che riporta tra gli obblighi "a contenuto c.d. specifico" quelli "previsti dal d.lgs. 231 del 2001".

19 V. per tutti Abriani, N., *op. cit*., p. 562 ss.

20 Che poi 'pura' non è mai in realtà: sui limiti della discrezionalità imprenditoriale, v. per tutti Alfaro, J.: "Art. 226. Protección de la discrecionalidad empresarial", in *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 330 ss.;

del dovere autoregolativo implichi scelte necessariamente discrezionali in punto di *risk management* e di *risk assessment*.

Più precisamente, da un lato, si riconosce diffusamente che sugli amministratori grava un "deber de legalidad", ossia un duplice obbligo di agire 'in prima persona' in conformità alla legge e di garantire, tramite un adeguato (sistema di) controllo, l'osservanza della legge da parte di tutti coloro che operano per conto della società ma, dall'altro lato, molti osservano che ciò non implica ineluttabilmente la costruzione e messa in marcia di un sistema formalizzato di prevenzione del rischio-reato. Se ogni violazione *diretta* del dovere di legalità da parte dell'amministratore costituisce immancabilmente la violazione di un obbligo specifico (si pensi ad una offerta corruttiva personalmente eseguita o istigata dallo stesso vertice aziendale), il quadro si complica di fronte al versante *organizzativo* del dovere di legalità, ossia nello svolgimento da parte dell'amministratore del suo compito di controllare la correttezza di tutta l'attività corporativa mediante gli opportuni presidi organizzativi e procedurali. Una volta chiarito che i vertici dell'ente non possono (non hanno la facoltà di) disinteressarsi della *compliance* societaria, v'è la tendenza ad aprire ad una significativa discrezionalità anche in quest'ambito: gli amministratori devono prendere in considerazione i *legal risks* incombenti sull'impresa e, in particolare, i *crime risks* (le possibilità che un membro o incaricato dell'ente compia un reato generativo della responsabilità penale corporativa), dovendo anzitutto condurre – col necessario supporto tecnico – una analisi dei rischi specifici allignanti nel contesto della singola organizzazione, tuttavia ciò non toglie che la valutazione di tali rischi presenti spazi incomprimibili di discrezionalità, così come l'elaborazione e messa in atto degli strumenti autoregolativi volti al loro contenimento[21].

Insomma, esclusa una stretta obbligatorietà discendente dalle norme fondative della responsabilità corporativa *ex crimine*, non vi sarebbe per gli amministratori un obbligo specifico di applicazione del Modello organizzativo previsto da quelle norme, poiché il dovere degli organi gestori di assicurare la *compliance* societaria sarebbe invero inquadrabile quale declinazione del generale dovere di diligenza e, almeno per quanto attiene alla specifica conformazione e concreta attuazione del "programa de cumplimiento normativo", dovrebbe esser riconosciuto loro un ineliminabile tasso di autonomia, non conculcabile dall'Autorità Giudiziaria né in sede di rimedi preventivi né *ex post*, in sede di accertamento di responsabilità risarcitorie. Non manca chi, a tal proposito, richiama i criteri applicativi della *Business Judgment Rule* (regla de juicio empresarial): l'amministratore ha il dovere

Maugeri, M., *op. cit*., loc. cit.; nonché Rodriguez Celada, E.: "La criminalización del fracaso empresarial", *InDret*, 2017, p. 29 ss.

21 Cfr. Abriani, N., *op. cit*., p. 565 ss.; Alfaro, J.: "Art. 226", cit., p. 343 ss.; Flores Segura, M., *op. cit*., par. IV; Maugeri, M., *op. cit*., specialmente p. 8 ss. V. anche Turienzo Fernández, A., *op. cit*., che riporta l'assenza del Modello organizzativo in società di certe dimensioni e struttura all'infrazione del "deber de diligencia de un ordenado empresario exigible a los administradores ex artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital".

di attenzionare il tema del rischio-reato e di "agire informato", ossia deve farsi supportare da personale e consulenti adeguatamente selezionati nell'analisi dei rischi connessi all'attività societaria e nella elaborazione e implementazione delle misure organizzative e procedurali atte a minimizzare i rischi rilevati, tuttavia egli non solo ha il potere-dovere di valutare criticamente l'operato dello *staff* ma ha anche una certa libertà nella prioritizzazione e nel trattamento dei rischi, essendogli radicalmente precluse solo scelte manifestamente irrazionali o immotivatamente contrastanti con i pareri tecnici raccolti. Infatti, se certamente il rischio-reato non è riducibile ad una *species* di rischio puramente economico, pare difficile negare che il rischio-reato quale "rischio organizzativo", ossia quale possibilità di responsabilità *ex crimine* della società non adeguatamente mitigata da meccanismi autoregolativi, sia un rischio giuridico solo in senso lato: la preparazione, configurazione e attuazione del *Compliance program* comportano decisioni complesse, nelle quali non possono mancare analisi e ragionamenti costi-benefici che necessariamente sono rimessi alla discrezionalità degli organi gestori, fermi i paletti costituiti dagli obblighi 'modali' di informazione, coerenza e razionalità[22].

Anche accogliendo la prospettiva da ultimo esposta, resta viva la questione sulla necessità o meno di rispettare tutti i requisiti che tipizzano il Modello organizzativo anti-reato ai sensi della legge penale, resta cioè dubbio se tali requisiti rappresentino un limite, un vincolo ineludibile alla discrezionalità "imprenditoriale" autonormativa o se invece questa possa trascenderli, dando luogo a sistemi di *compliance* atipici ma egualmente legittimi (sia sul piano penalistico della responsabilità da reato dell'ente sia su quello privatistico della responsabilità dei suoi amministratori). Va comunque considerato che molti dei ridetti requisiti legali del Modello sono piuttosto vaghi – si pensi all'esigenza di "prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire" (art. 6, comma 2, lett. b, D.lgs. n. 231/2001)[23] – e quindi di per sé lasciano ampio margine alla 'creatività autopoietica', anche se non mancano previsioni più puntuali, come l'obbligo di istituzione di un Organismo di Vigilanza *ad hoc* negli enti di dimensioni non piccole (combinato disposto dei commi 1, lett. b, e 4 dell'art. 6 D.lgs. n. 231/2001)[24] o l'obbligo di allestire canali di *whistleblowing* plurimi (art. 6, comma 2 *bis*, D.lgs. n. 231/2001).

22 Cfr. Alfaro, J.: "Art. 226", cit., p. 347 ss.; Maugeri, M., *op. cit.*, p. 11 s.; v. anche Benvenuto, L., *op. cit.*, par. VIII, il quale, dopo aver chiarito che l'obbligo di adozione del Modello organizzativo sussiste solo per gli amministratori di società per le quali esso si rivela un plesso necessario di una più comprensiva organizzazione adeguata, distingue nettamente il caso dell'omissione *tout court* del *Compliance program* da quello di sua adozione: mentre nel primo caso vi sarebbe "un inadempimento di un obbligo specifico" (a meno che non si tratti di società che non richieda proprio l'istituzione di un Modello anti-reato), la seconda ipotesi sarebbe coperta dalle regole della discrezionalità imprenditoriale, per cui "si può considerare responsabile l'amministratore non per le scelte concretamente effettuate ma solo perché esse sono state assunte senza un idoneo procedimento valutativo".

23 Cfr. art. 31 *bis* C.P.E., apartado 5, n. 2.

24 Cfr. art. 31 *bis* C.P.E., apartado 2, n. 2, e apartado 3.

IV. CONCLUSIONI: DOVERE AUTOREGOLATIVO E (TENDENZIALE) LIBERTÀ DELLE FORME.

Non sembra, in conclusione, dubitabile che le imprese, tramite i loro amministratori, siano chiamate a dotarsi di una organizzazione adeguata anche sul piano della prevenzione dei reati commettibili al loro interno e a loro beneficio: alla luce delle norme che prevedono la responsabilità e*x crimine* degli enti collettivi, lette in combinazione col generale dovere di adeguatezza degli assetti organizzativi, pare doversi riconoscere un dovere di autonormazione a carico della *societas* e dunque dei suoi organi amministrativi, che si specifica nel dovere di mitigazione del rischio-reato tramite strumenti autoregolativi. Appare quindi arduo affermare la perfetta facoltatività del Modello organizzativo anti-reato ma, d'altro canto, sembra che la discrezionalità imprenditoriale connaturata a scelte complesse e intrinsecamente valutative come sono quelle in materia di autoregolazione del rischio-reato (scelte non preconfezionate né dalla legge né da stringenti norme tecniche universalmente riconosciute) debba essere ammessa e tutelata da indebite ingerenze (tra cui quelle giudiziali, sia in sede civile che in sede penale); ciò impregiudicato il dovere 'primario' di farsi carico dell'esigenza di comprendere i tipi e livelli di rischio presenti nel contesto aziendale e di approntare le relative misure di *risk management* secondo razionalità e con un supporto tecnico idoneo (seppur di per sé quest'ultimo non possa esser esaustivo e sostituirsi alle scelte – complesse e intrinsecamente valutative – dei vertici dell'ente).

L'ammissione di un rilevante spazio di discrezionalità autopoietica, d'altronde, è intrinseca alla stessa logica co-regolativa: se le istituzioni statuali, riconoscendo le loro carenze nella chiarificazione e nel contenimento di certi rischi che risultano esser maggiormente 'prossimi' alle organizzazioni private, reclamano l'ausilio di quest'ultime nella loro regolazione, è inevitabile che ai *particulares* venga lasciata una certa libertà nella elaborazione e applicazione dei meccanismi autoregolativi, sia per un'esigenza – per così dire utilitaristica – di sfruttamento delle capacità d'analisi e gestione dei rischi che le stesse istituzioni statuali riconoscono agli enti privati sia per la concorrente esigenza – per così dire politica – di non soffocare l'autonomia di questi ultimi, riducendoli a *longa manus* del *public regulator* in un'ottica di totalizzante funzionalizzazione all'interesse generale.

Quest'ultima riflessione potrebbe corroborare l'opinione per cui non vi sia un obbligo di adozione del Modello organizzativo 'tipizzato' dal legislatore: posto il dovere autoregolativo, l'ente privato dovrebbe esser libero di osservarlo anche senza aderire compiutamente alla 'fattispecie' legale astratta. Il Modello delineato agli artt. 6 e 7 D.lgs. n. 231/2001 e 31 *bis* C.P.E., allora, ricadrebbe alla fin fine nella categoria dell'onere: se l'ente collettivo vuol avere una qualche 'garanzia' sull'adeguatezza del *Compliance program* che va ad approntare dovrà integrare

tutti i requisiti previsti dalla legge per il Modello per così dire *standard*; se invece vuole maggiore libertà discostandosi dallo schema predisposto dal legislatore dovrà anche accettare un rischio maggiore di valutazione negativa del suo sistema di *compliance* da parte delle autorità statali, *in primis* quella giudiziaria, che certamente, in difetto di una piena rispondenza ai requisiti legali, condurrà un esame più approfondito e appunto meno vincolato (fermo restando che la mera difformità dallo schema legale non basterà a bollare il Modello organizzativo come inidoneo). Comunque, per un verso, va ricordato che – in sintonia con la più volte richiamata istanza co-regolativa – molti dei suddetti requisiti legali sono scarsamente determinati e di per sé aprono ad una notevole discrezionalità e dell'ente autonormativo e – correlativamente – di chi dovrà giudicarlo, anche se, come cennato, il "merito" delle scelte autoregolative dovrebbe esser nel suo nucleo intangibile, laddove rispettoso della logica, delle evidenze empiriche e delle conoscenze tecno-scientifiche consolidate; per altro verso, va notato come buona parte di quei requisiti legali indichino dei metodi e degli elementi di costruzione del Modello talmente essenziali da non poter esser misconosciuti da nessun *Compliance program*, per quanto peculiare ed atipico (basti pensare all'esigenza di "individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi i reati" *ex* art. 6, comma 2, lett. a, D.lgs. n. 231/2001)[25].

In definitiva, nessun amministratore è facoltizzato a disinteressarsi della regolazione del rischio-reato all'interno dell'impresa, tuttavia il dovere autonormativo – per sua natura – richiede un articolato esercizio di discrezionalità solo parzialmente vincolata da norme tecniche e giuridiche (eteronome); agli organi gestori il complesso compito di scrutare i *crime risks* e di mitigarli con idonee misure organizzative e procedurali, alle istituzioni statuali, organi giurisdizionali in testa, il compito altrettanto complesso di valutare gli sforzi autoregolativi degli enti privati e dei suoi vertici con equilibrio e "prudenza", senza indulgere di fronte a sistemi di *compliance* gravemente lacunosi, disfunzionali se non addirittura inesistenti ma avendo cura al contempo di non cadere nell'eccesso opposto di valutazioni viziate dall'*hindsight bias* o prevaricatrici dell'autonomia privata coessenziale ad ogni strategia co-regolativa.

25 Cfr. art. 31 *bis* C.P.E., apartado 5, n. 1.

BIBLIOGRAFIA

Abriani, N.: "Organizzazione dell'impresa societaria e modello di prevenzione dei reati: recenti linee evolutive", *Riv. dir. impresa*, 2018, pp. 543 ss.

Alfaro, J.: "Artículo 225. Deber general de diligencia", in *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 313 ss.

Alfaro, J.: "Art. 226. Protección de la discrecionalidad empresarial", in *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 325 ss.

Barachini, F.: "Art. 2381", in *Le Società per azioni* (a cura di P. Abbadessa – G.B. Portale), Giuffrè, Milano, 2016, pp. 1181 ss.

Bassi, A. – Epidendio. T.E., *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, Milano, 2006

Battelli, E.: "Art. 2086", in *Codice civile* (a cura di P. Rescigno), tomo II, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 4318 s.

Benvenuto, L.: "Organi sociali e responsabilità amministrativa da reato degli enti", *Le Società*, 2009, pp. 673 ss.

Bedecarratz, F.: "La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad", *Politica Criminal*, 2018, pp. 208 ss.

Bianchi, D., *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Giappichelli, Torino, 2021

Bianchi, D.: "Verso un illecito corporativo personale. Osservazioni 'umbratili' a margine d'una sentenza 'adamantina' nel 'magma 231'", *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2022, pp. 87 ss.

Bobbio, N., *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958

Briolini, F.: "Art. 2392", in *Le Società per azioni* (a cura di P. Abbadessa – G.B. Portale), Giuffrè, Milano, 2016 pp. 1383 ss.

Buonocore, V.: "Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile", *Giuris. comm.*, 2006, pp. 5 ss.

Cerrato, S.A. – Peira, G.: "*Risikogesellschaft* e *corporate governance*: prolegomeni sulla costruzione degli assetti organizzativi per la prevenzione dei rischi", *Riv. soc.*, 2019, pp. 79 ss.

Cugat Mauri, M.: "La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las compliance", *Estudios Penales y Criminologicos*, 2015, pp. 919 ss.

De Simone, Gian.: "L'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa nel nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: il ruolo dei modelli organizzativi 231", *La resp. amm. soc. enti*, 2019, pp. 141 ss.

De Vero, G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008

del Pra, A: "Art. 2086", in *Commentario breve al codice civile* (a cura di G. Cian – A. Trabucchi), Cedam, Padova, 2020, p. 2302

Di Ciommo, F.: "La responsabilità civile di inizio millennio. Il caso del nuovo art. 2086 c.c. in tema di responsabilità di imprenditore e amministratori", *Danno e resp.*, 2022, pp. 413 ss.

Dopico Gómez-Aller, J.; "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", in *Derecho penal economico y de la empresa* (a cura di N.J. de la Mata Barranco – J. Dopico Gómez-Aller – J.A. Lascuraín Sánchez – A. Nieto Martín), Dykinson, Madrid, 2018, pp. 129 ss.

Flores Segura, M.: "Cumplimiento normativo, deber de diligencia y responsabilidad de administradores", *Almacén de Derecho*, 19 luglio 2018

Galletti, D.: "I modelli organizzativi nel d.lgs. 231 del 2001: le implicazioni per la *corporate governance*", *Giuris. comm.*, 2006, pp. 126 ss.

Giunta, F.: "Il reato come rischio d'impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo", *Analisi giur. ec.*, 2009, pp. 243 ss.

Gonzalez Cussac, J.L.: "La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos", *Estudios Penales y Criminologicos*, 2019, pp. 593 ss.

Manes, V.: "Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo", *Giuris. comm.*, 2021, pp. 633 ss.

Maugeri, M.: "Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)", *Orizzonti del diritto commerciale*, 2014, pp. 1 ss.

Mongillo, V., *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018

Moreno-Piedrahita, C.: "El ocaso del los modelos de responsabilidad penal de las personas juridicas en la jurisprudencia y doctrina españolas", *Politica Criminal*, 2019, pp. 323 ss.

Muscatiello, V.B., *Il ruolo della autonormazione nel diritto penale della società del rischio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2020, pp. 311 ss.

Nieto Martín, A.: "Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa", *Politica Criminal*, 2008, pp. 1 ss.;

Paliero, C.E.: "La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale", *Riv. trim. dir. pen. ec.*, pp. 175 ss.

Piergallini, C.: "Aspettative e realtà della (ancor breve) storia del d.lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità da reato degli enti", *Dir. pen. proc.*, 2022, pp. 861 ss.

Pulitanò, D.: "La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 415 ss.

Rayón Ballesteros, M.C.: "Cuestiones controvertidas sobre la responsabilidad de las persona jurídicas en el proceso penal y la eficacia de los programas de cumplimiento", *Foro, Nueva* época, 2019, pp. 233 ss.

Rodriguez Celada, E.: "La criminalización del fracaso empresarial", *InDret*, 2017, pp. 1 ss.

Salcuni, G.D.: "La valutazione di idoneità dei modelli ed il requisito dell'elusione fraudolenta", in *Responsabilità da reato degli enti, Un consuntivo critico* (a cura di R. Borsari), Padova University Press, Padova, 2016, pp. 111 ss.

Scozzafava, O.T., voce *Onere (nozione)*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, pp. 99 ss.

Tamborlini, E.: "Art. 2392", in *Codice civile* (a cura di P. Rescigno), Giuffrè, Milano, 2022, pp. 5135 ss.

Turienzo Fernández, A., "Una aproximación heterodoxa al fenómeno del compliance. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2018", *www.criminaljusticenetwork.eu*, 28 settembre 2018

RISCHIO, PRECAUZIONE E RESPONSABILITÀ PER DANNO AMBIENTALE

RISK, PRECAUTION AND ENVIRONMENTAL LIABILITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 256-283

Nicolò MATTA

ARTICOLO CONSEGNATO: 2 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il saggio intende esaminare gli strumenti di prevenzione e riparazione del danno ambientale vigenti nell'ordinamento italo-europeo, al fine di verificare se gli stessi costituiscano dei rimedi adeguati al fine di realizzare un elevato livello di tutela dell'ambiente e della persona umana, nonché se le regole sulla responsabilità ambientale siano o meno coerenti con i princípi di cui sono espressione. L'esigenza di assicurare la protezione anche dei diritti delle generazioni future e la preminenza degli interessi esistenziali rispetto a quelli inerenti all'esercizio delle attività economiche sollecitano una rilettura della disciplina del danno ambientale alla luce del principio di sostenibilità e secondo un approccio precauzionale, inducendo a valutare l'applicazione del criterio della colpa ai fini dell'imputazione della responsabilità dell'impresa in contesti di incertezza scientifica.

PAROLE CHIAVE: Responsabilità per danno ambientale; rischio d'impresa; precauzione; rimedi.

ABSTRACT: *The essay aims to examine the instruments of prevention and reparation of environmental damage in force in the Italian-European legal system, in order to verify whether they constitute adequate remedies to achieve a high level of protection of the environment and the human person, and whether or not the rules on environmental liability are consistent with the principles of which they are an expression. The need to ensure the protection also of the rights of future generations and the pre-eminence of existential interests over those inherent in the exercise of economic activities call for a reinterpretation of the rules on environmental damage in the light of the principle of sustainability and according to a precautionary approach, leading to an assessment of the application of the criterion of fault for the purposes of imputing corporate liability in contexts of scientific uncertainty.*

KEY WORDS: *Environmental liability; business risk; precaution; remedies.*

SOMMARIO.- I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.- II. DANNO AMBIENTALE, RISCHIO D'IMPRESA E RESPONSABILITÀ OGGETTIVA.- III. PRINCIPIO DI PRECAUZIONE E RESPONSABILITÀ PER COLPA.- IV. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.

L'incertezza che caratterizza l'odierna "società del rischio"[1], l'acquisita consapevolezza dell'impatto delle attività d'impresa e dello sviluppo tecnologico sull'*habitat* naturale nel quale si sviluppa la personalità umana[2], l'emergenza ecologica e climatica[3] in atto, sollecitano da tempo la riflessione del giurista, e, in particolare, dello studioso del diritto civile[4], inducendolo a confrontarsi con situazioni di incertezza scientifica e con occasioni di danno, che, oltre a manifestare le loro conseguenze a distanza di tempo e a produrre effetti talvolta irreversibili,

1 Secondo la nota espressione di Beck, U.: *La società del rischio. Verso una seconda modernità* (1986) (trad. it. a cura di W. Privitera e C. Sandrelli), rist., Carocci, Roma, 2021.

2 Sul nesso inscindibile tra valore ambientale e tutela della persona, Perlingieri, P.: "Spunti in tema di tutela dell'ambiente", *Legalità e giustizia*, 1989, pp. 136 s., il quale precisa che "la scelta personalistica [...] configura l'ambiente come strumento privilegiato della persona umana. La tutela dell'ambiente non può non essere in funzione del pieno sviluppo dell'uomo"; Id.: "Persona, ambiente e sviluppo", in Aa.Vv.: *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale* (a cura di M. Pennasilico), Atti del Convegno di Bari, 22-23 ottobre 2015, Esi, Napoli, 2016, p. 323; Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, 4ª ed., Esi, Napoli, 2020, pp. 334 s. V. pure Flamini, A.: "Danno ambientale", in Aa.Vv.: *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile* (a cura di P. Perlingieri), Atti del Convegno di Telese Terme (BN), 16-18 dicembre 2004, Esi, Napoli, 2005, p. 442, il quale rileva che "l'ambiente, come la salute, è un valore da attuare nel massimo grado possibile, che non dà vita soltanto ad una situazione soggettiva atipica qual è l'interesse diffuso, ma si individualizza anche nella situazione soggettiva tipica del diritto soggettivo e come tale deve avere la necessaria tutela"; Malomo, A.: "Ambiente e pluralità di interessi coinvolti", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2014, pp. 361 ss.; Pennasilico, M.: "La nozione giuridica di ambiente nella prospettiva sistematica e assiologica", in Aa.Vv.: *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di M. Pennasilico), Esi, Napoli, 2014, p. 16.

3 In generale, per tutti, v. Carducci, M.: "Cambiamento climatico (dir. cost.)", *Dig. disc. pubbl.*, VIII Agg., Utet, Torino, 2021, pp. 51 ss. Sul problema della responsabilità civile per danno da cambiamento climatico, v. Zarro, M.: *Danno da cambiamento climatico e funzione sociale della responsabilità civile*, in corso di pubblicazione, letto per la gentile cortesia dell'autrice.

4 Se la dottrina piú attenta pone da tempo in evidenza la necessità che anche il civilista si occupi delle problematiche ambientali (P. Perlingieri, "Persona, ambiente e sviluppo", cit., pp. 321 ss.; ma v. le considerazioni già svolte in Id.: "Spunti in tema di tutela dell'ambiente", cit., pp. 136 ss.), la sensibilità della letteratura civilistica verso il tema dell'ambiente e della sua tutela è testimoniata, in particolare, dall'acquisita consapevolezza dell'incidenza del principio di sostenibilità nell'àmbito dei rapporti tra privati (in tema, significative le riflessioni di Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Esi, Napoli, 2018, *passim*, il quale sostiene che il principio di sostenibilità assurge a principio generale dell'ordinamento italo-europeo, precisando che "[a]ggettivare il contratto, la responsabilità, la proprietà e gli altri istituti del diritto civile europeo con la qualificazione "sostenibile" ha la funzione di introiettare la intergenerazionalità nel rapporto che scaturisce dai fatti giuridici su menzionati, in modo da considerarne come costante lo scopo sociale di essi" (*ivi*, p. 86); Perlingieri, G.: "«Sostenibilità», ordinamento giuridico e «retorica dei diritti». A margine di un recente libro", *Foro nap.*, 2020, pp. 101 ss.), nonché dal tentativo di costruzione di un "diritto dello sviluppo umano ed ecologico" (Pennasilico, M.: "La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"", *Riv. quad. dir. amb.*, 2020, pp. 4 ss.; Id.: "Emergenza e ambiente nell'epoca pandemica. Verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico", *Giust. civ.*, 2021, pp. 495 ss.).

• Nicolò Matta
Dottorando di ricerca in "Diritto dell'economia", Università Politecnica delle Marche
n.matta@pm.univpm.it

finiscono per ledere interessi che trascendono la sfera individuale, coinvolgendo anche le istanze di tutela dei diritti delle generazioni future[5] (art. 9 cost.[6], come modificato dalla l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1).

In questo contesto, e con il presente lavoro, si intende incentrare la riflessione sulla disciplina della responsabilità per danno ambientale di cui al d.lg. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. codice dell'ambiente; d'ora innanzi, per brevità, anche "c.a.")[7]; e ciò, con l'intendimento sia di verificare l'adeguatezza, o meno, della stessa rispetto al perseguimento di un elevato livello di tutela dell'ambiente, quale valore

5 "Diritti trans-soggettivi", nella proposta ricostruttiva di Femia, P.: "Il civile senso dell'autonomia", *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2019, pp. 8 ss., il quale discorre di "valenze collettive che ciascuno può attivare, ma delle quali nessuno può diventare il signore" (*ivi*, p. 9). In merito, v. anche Zarro, M.: *Danno da cambiamento climatico*, cit., per la quale "è soltanto mediante il riconoscimento dell'esistenza, e della conseguente protezione, di «diritti trans-soggettivi», che la problematica delle generazioni future può, e deve, rinvenire adeguati strumenti di tutela nell'àmbito dei rapporti civili".

6 L'art. 9 cost., nel testo introdotto con la l. cost. n. 1 del 2022, stabilisce al terzo comma che la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni». Quanto al riferimento all'ambiente, menzionato anche dal nuovo testo dell'art. 41, comma 2, cost., rileva Perlingieri, G.: "Criticità della presunta categoria dei beni c.dd. «comuni». Per una «funzione» e una «utilità sociale» prese sul serio", *Rass. dir. civ.*, 2022, p. 156, che tali disposizioni "invero già contemplavano, nell'ottica sistematica del personalismo e del solidarismo costituzionali, nonché della funzione e dell'utilità sociale, la tutela della salute e dell'ambiente". Con riguardo alla tutela intergenerazionale, v. Montaldo, R.: "La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?", *Federalismi.it*, 2022, pp. 201 ss., il quale argomenta dal princípi costituzionali di solidarietà (art. 2 cost.) ed eguaglianza (art. 3 cost.) per osservare, in termini condivisibili, come il riferimento alle generazioni future operato dal nuovo art. 9 cost. "non possa rappresentare una significativa innovazione rispetto a quanto già chiaramente sviluppato [...] nell'elaborazione del valore costituzionale dell'ambiente" (*ivi*, p. 205); nonché Porena, D.: "«Anche nell'interesse delle future generazioni». Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione", *ivi*, pp. 128 ss., il quale osserva come, alla luce del principio di sostenibilità, "la logica intergenerazionale non costituisca, in sé, una novità assoluta rispetto al lessico impiegato dalla nostra Costituzione" (*ivi*, p. 131). Cfr., inoltre, Cabazzi, R.: "Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale", *ivi*, 2022, pp. 31 ss., spec. 56 ss.; Marcatajo, G.: "La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente", *AmbienteDiritto.it*, 2022, pp. 1 ss.; Poto, M. P.: "La tutela costituzionale dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni", *Resp. civ. prev.*, 2022, pp. 1057 ss.

7 Con la Parte Sesta (artt. 298 *bis* ss.) del c.a., recante "Norme in materia ambientale", è stata recepita dal legislatore nazionale la Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, il cui testo integrale è consultabile in *eur-lex.europa.eu*. In argomento, v. almeno, oltre agli scritti già citati, Franzoni, M.: "Il nuovo danno all'ambiente", *Resp. civ.*, 2009, pp. 785 ss.; Id.: *Dei fatti illeciti*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja, Branca e Galgano (a cura di G. De Nova), 2ª ed., Zanichelli, Bologna, 2020, pp. 166 ss.; Salanitro, U.: *Il danno ambientale*, Aracne, Roma, 2009; Id.: "Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato", *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 1 ss.; Id.: "L'evoluzione dei modelli di tutela dell'ambiente alla luce dei principi europei: profili sistematici della responsabilità per danno ambientale", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, pp. 795 ss.; Id.: "Responsabilità ambientale: questioni di confine, questioni di sistema", *Jus civile*, 2019, pp. 504 ss.; Castronovo, C.: "La natura del danno all'ambiente e i criteri di imputazione della responsabilità", in Aa.Vv.: *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione* (a cura di I. Nicotra e U. Salanitro), Giappichelli, Torino, 2010, pp. 121 ss.; Comporti, G. D.: "La responsabilità per danno ambientale", *Riv. quad. dir. amb.*, 2010, pp. 2 ss.; Leccese, E.: *Danno all'ambiente e danno alla persona*, FrancoAngeli, Milano, 2011, pp. 117 ss.; Degl'Innocenti, F.: "I criteri di imputazione della responsabilità per danno ambientale", *Contr. impr.*, 2013, pp. 741 ss.; Ead.: *Rischio di impresa e responsabilità civile. La tutela dell'ambiente tra prevenzione e riparazione dei danni*, Firenze University Press, Firenze, 2013, pp. 71 ss.; Scognamiglio, C.: "Danno ambientale e funzioni della responsabilità civile", in Aa.Vv.: *Principi europei e illecito ambientale* (a cura di A. D'Adda, I. Nicotra e U. Salanitro), Giappichelli, Torino, 2013, pp. 102 ss., e in *Resp. civ. prev.*, 2013, pp. 1063 ss., da cui sono tratte le citazioni successive; Trimarchi, P.: *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, 3ª ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, pp. 294 ss.; Bianca, C. M.: *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 3ª ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, pp. 568 ss.

inscindibilmente legato alla persona umana e al suo sviluppo[8]; sia per comprendere se le regole di responsabilità siano, o meno, coerenti con i princípi di cui sono espressione.

II. DANNO AMBIENTALE, RISCHIO D'IMPRESA E RESPONSABILITÀ OGGETTIVA.

La normativa in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale mira ad anticipare la protezione delle risorse naturali prima del verificarsi di un danno[9] e a ridurre l'impatto negativo dei pregiudizi che si siano già verificati[10], traslando i costi delle misure di prevenzione e riparazione delle risorse lese dalla collettività al soggetto responsabile (c.d. "operatore")[11].

In questa direzione, l'imputazione della responsabilità ambientale è fondata su di un duplice criterio[12] (art. 298 *ter* c.a.). Il primo, di applicazione residuale ed analogo a quello già previsto nella legge 8 luglio 1986, n. 349[13], addossa l'obbligo di riparazione delle risorse lese a "chiunque", con dolo o colpa, abbia causato un

8 Perlingieri, P.: "Spunti in tema di tutela dell'ambiente", cit., pp. 136 s.; Id.: "Persona, ambiente e sviluppo", cit., p. 323; Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, 4ª ed., Esi, Napoli, 2020, pp. 334 s.; Flamini, A.: "Danno ambientale", cit., pp. 441 s.

9 Per l'art. 300 c.a., è danno ambientale "qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima". Sulla nozione di danno ambientale, cfr., in diversa posizione, Franzoni, M.: "Il nuovo danno all'ambiente", cit., pp. 786 s., per il quale "il danno all'ambiente si presenta come prototipo di danno collettivo, poiché riflette la lesione di un interesse diffuso del quale solo l'ente pubblico può farsi portatore"; Salanitro, U.: "Tutela dell'ambiente", cit., p. 6, il quale distingue tra danno ambientale, la cui risarcibilità è riconosciuta in capo allo Stato, e danno all'ambiente, intendendo con quest'ultima espressione il "danno ad interessi privati derivante dall'ambiente (ovverosia dall'alterazione dell'ambiente)"; Flamini, A.: "Danno ambientale", cit., pp. 441 s., il quale discorre dell'ambiente anche come diritto fondamentale della persona, che rinviene il suo fondamento costituzionale negli artt. 2, 3, 9, 32, 41 e 42 cost.; Leccese, E.: *Danno all'ambiente*, cit., pp. 171 ss., 238 ss., 255 ss., la quale sostiene che il danno all'ambiente presenta pure una dimensione individuale ed è, pertanto, risarcibile (*ex* art. 2059 c.c.) quale danno alla persona lesivo di un interesse costituzionalmente protetto.

10 Degl'Innocenti, F.: "I criteri di imputazione", cit., p. 744.

11 Definito nei seguenti termini dall'art. 302, comma 4, c.a.: "qualsiasi persona, fisica o giuridica, pubblica o privata, che esercita o controlla un'attività professionale avente rilevanza ambientale oppure chi comunque eserciti potere decisionale sugli aspetti tecnici e finanziari di tale attività, compresi il titolare del permesso o dell'autorizzazione a svolgere detta attività".

12 Salanitro, U.: "Responsabilità ambientale", cit., p. 510; Comporti, G. D.: "La responsabilità", cit., p. 11.

13 L'art. 18, comma 1, l. n. 349 del 1986, abrogato dal c.a., prevedeva che "Qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato". Sulla responsabilità per danno ambientale nel contesto previgente, cfr. almeno Comporti, M.: "La responsabilità per danno ambientale", *Foro it.*, 1987, cc. 266 ss.; Luminoso, A.: "Sulla natura della responsabilità per danno ambientale", *Riv. giur. sarda*, 1989, pp. 837 ss.; Perlingieri, P.: "Spunti in tema di tutela dell'ambiente", cit., pp. 136 ss.; Alpa, G.: "La natura giuridica del danno ambientale", in Aa.Vv.: *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile* (a cura di P. Perlingieri), Esi, Napoli, 1991, pp. 91 ss.; Barbiera, L.: "Qualificazione del danno ambientale nella sistematica generale del danno", *ivi*, pp. 111 ss.; Bigliazzi Geri, L.: "L'art. 18 della legge n. 349 del 1986 in relazione all'art. 2043 ss. c.c.", *ivi*, pp. 75 ss.; piú di recente, Tenella Sillani, C.: "Responsabilità per danno ambientale", *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, XVII, Utet, Torino, 1998, pp. 359 ss.; Flamini, A.: "Danno ambientale", cit., pp. 438 ss. Per un accurato confronto tra la nuova e la previgente normativa sul danno ambientale, v., per tutti, Pozzo, B.: "La responsabilità civile per danni all'ambiente tra vecchia e nuova disciplina", *Riv. giur. amb.*, 2007, pp. 3 ss.; Leccese, E.: *Danno all'ambiente e danno alla persona*, cit., pp. 111 ss., spec. 122 ss.

danno ambientale o una "minaccia imminente di tale danno". Il secondo criterio, invece, opera con riferimento ai danni cagionati in occasione dell'esercizio delle attività professionali specificamente individuate dal legislatore[14] in ragione della pericolosità delle stesse (cosí, ad esempio, per la gestione dei rifiuti[15]) ed è fondato sul rischio d'impresa[16], dacché ascrive la responsabilità a prescindere da una valutazione in termini di negligenza dell'operatore[17], introducendo, dunque, un regime di responsabilità oggettiva[18] che, almeno *prima facie*, parrebbe piú rigoroso rispetto a quello basato sulla colpa.

Quest'ultimo modello presenta, tuttavia, dei significativi limiti. In primo luogo, esso consente all'imprenditore di inserire il rischio ambientale nel gioco dei profitti e delle perdite[19], anche ricorrendo all'assicurazione[20], sí che – come è agevole intendere – egli potrà valutare piú conveniente, dal punto di vista economico, l'eventualità di essere chiamato a rispondere dei pregiudizi all'ambiente, piuttosto

14 Si tratta delle attività indicate puntualmente dall'Allegato V alla Parte Sesta del c.a.

15 In argomento, si rinvia, anche per i riferimenti bibliografici, ai contributi èditi in Aa.Vv.: *Waste Life, Law and Management* (a cura di E. Giorgini e M. Giuliani), Esi, Napoli, 2021.

16 In questi termini, Comporti, G. D.: *o.c.*, p. 13, discorre di "responsabilità che è collegata al rischio d'impresa e si configura, dunque, come responsabilità da posizione o imprenditoriale". Cfr. anche Leccese, E.: *o.c.*, p. 108, la quale rileva che "il danno all'ambiente viene in rilievo anche come risultato della lesione di determinati beni nello svolgimento di un certo tipo di attività che il Codice dell'ambiente definisce "professionale" (art. 302) e che coincide nella sostanza con l'attività d'impresa".

17 Secondo l'opinione prevalente in dottrina, la responsabilità per danno ambientale degli esercenti le attività professionali elencate dall'Allegato V al codice dell'ambiente ha natura oggettiva: cosí, Castronovo, C.: "La natura del danno all'ambiente", cit., pp. 125 s.; Salanitro, U.: "Responsabilità ambientale", cit., p. 510; Leccese, E.: *o.c.*, p. 117; Degl'Innocenti, F.: *o.u.c.*, p. 753. Cfr., altresí e sia pure con riferimento alla Direttiva 2004/35/CE, Comporti, G. D.: *o.c.*, pp. 12 s., il quale rileva che in quella sede la "prima forma di responsabilità, in quanto riferita ad attività assoggettate a stringenti controlli preventivi e standards di emissione impositivi di valori di qualità del corpo recettore che già contemplano il livello ottimale di inquinamento, ritenuto compatibile con la salubrità ambientale, pare avvicinarsi notevolmente al modello della responsabilità oggettiva o presunta di cui all'art. 2050 c.c., posto che gli obblighi di prevenzione e di ripristino scattano per il mero verificarsi del danno e la sua ascrivibilità all'operatore, mentre lo stesso è esonerato dai relativi costi solo se è in grado di fornire le prove liberatorie indicate".

18 Il riferimento è, ovviamente, a Trimarchi, P.: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 213, secondo il quale la "funzione della responsabilità oggettiva non è [...] quella di punire, bensí di attribuire a chiunque il rischio oggettivamente creato dalla sua attività, nella misura in cui esso sia traducibile in costo ed economicamente amministrabile con le conoscenze e con i mezzi di previdenza che un buon amministratore ha a propria disposizione"; v. pure Id.: *La responsabilità civile*, cit., pp. 301 ss. (e sul pensiero dell'autore, v., di recente, Roppo, V.: "La responsabilità civile di Pietro Trimarchi", *Jus civile*, 2017, pp. 696 ss.). In posizione diversa, cfr. almeno Rodotà, S.: *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 168 ss., ad avviso del quale il concetto di "rischio" non avrebbe un valore pratico-applicativo ai fini dell'imputazione di obblighi risarcitori, bensí meramente descrittivo e riassuntivo di ipotesi diverse; Comporti, M.: *Esposizione al pericolo e responsabilità civile* (Morano, Napoli, 1965), rist., Esi, Napoli, 2014, *passim*, ma spec. pp. 175 ss. e 178, per il quale le ipotesi di responsabilità senza colpa rinvengono la loro giustificazione in base al rilievo che chi esercita attività pericolose, o comunque tali da determinare un'elevata probabilità di causare un danno a terzi, si espone ad un pericolo e, pertanto, dovrebbe rispondere dei relativi danni.

19 Cfr. Trimarchi, P.: *Rischio e responsabilità*, cit., p. 41.

20 Sul rapporto tra assicurazione e responsabilità civile, per tutti, Landini, S.: *Assicurazione e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2004; Busnelli, F. D.: "Le nuove frontiere dell'assicurazione e il principio di precauzione", in Aa.Vv.: *Gli strumenti di precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità* (a cura di G. Comandè), Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1 ss.; Comandé, G.: "L'assicurazione e la responsabilità civile come strumenti e veicoli del principio di precauzione", *ivi*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 23 ss.; Corrias, P.: "Responsabilità civile e contratto di assicurazione", *Riv. dir. civ.*, 2011, pp. 245 ss.; nonché, con specifico riferimento al danno ambientale, Landini, S.: "L'assicurazione del danno ambientale", in Aa.Vv.: *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., pp. 340 ss.

che quella di sostenere i costi necessari all'adozione di adeguate misure preventive e precauzionali[21].

Inoltre, in quanto la logica che ispira la disciplina in esame, oltre ad essere improntata ad una concezione patrimonialistica della riparazione e del risarcimento del danno[22], sembra privilegiare la sola funzione riparatoria della responsabilità ambientale, che, per converso, se letta in una prospettiva polifunzionale[23], potrebbe assumere su di sé anche importanti finalità sanzionatorie[24] e deterrenti, divenendo un importante strumento di controllo[25] delle attività biologiche ed economiche[26],

21 In questa direzione, Degl'Innocenti, F.: *Rischio di impresa*, cit., p. 37, la quale, inoltre, nota come un sistema di responsabilità oggettiva presenta l'ulteriore inconveniente che "l'onere economico imposto all'imprenditore [...] gli è solo provvisoriamente addossato", in quanto lo stesso, "in ultima via, viene a gravare sull'intera collettività come costo aggiuntivo dell'attività produttiva che l'imprenditore tende a trasferire sugli utenti, mediante un aumento del prezzo dei beni e servizi". Rileva, in modo condivisibile, Paradiso, M.: "Illecito, risarcimento e (nuove) funzioni della responsabilità civile", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, p. 2482, che un sistema di responsabilità oggettiva "rischia di avere effetti di deresponsabilizzazione, in particolare per gli operatori professionali che troveranno magari piú conveniente assicurarsi, o includere i danni tra i costi di esercizio, piuttosto che adottare condotte e prassi rispettose delle sfere giuridiche altrui".

22 Cfr. Perlingieri, P.: "Spunti in tema di tutela dell'ambiente", cit., p. 138, il quale, in riferimento all'impostazione patrimonialistica del danno ambientale accolta dal legislatore nazionale già con la l. n. 139 del 1986, precisa che "[i]l patrimonio dello Stato, del quale l'ambiente rappresenta un aspetto importante, non esaurisce la problematica giuridica dell'ambiente". Invero, il c.d. danno all'ambiente, inteso quale danno evento (cfr. art. 300 c.a.), è suscettibile di ledere tanto interessi economici, quanto interessi che non hanno tale natura in quanto inscindibilmente legati al valore della personalità umana, sí che anche con riferimento alla responsabilità ambientale si pone la necessità di distogliere l'attenzione "dalla patrimonialità o non patrimonialità del danno per riporla piú correttamente sull'interesse leso": cosí, Perlingieri, P.: "La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento", *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1064, in critica alla concezione bipolare della responsabilità, in base alla quale mentre il danno c.d. patrimoniale sarebbe caratterizzato nel senso dell'atipicità *ex* art. 2043 c.c., il danno c.d. non patrimoniale sarebbe, invece, risarcibile soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge (art. 2059 c.c.).

23 Nel senso che la responsabilità civile presenta "non un'unica funzione, ma una pluralità di funzioni (preventiva, compensativa, sanzionatoria, punitiva) che possono anche coesistere", Perlingieri, P.: "Le funzioni della responsabilità civile", *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 119; Id.: "Produzione, beni e benessere", in Aa.Vv.: *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C. in ricordo di Giovanni Gabrielli, Napoli, 8-9-10 maggio 2014, Esi, Napoli, 2015, p. 511, ove si precisa che la polifunzionalità "corrisponde all'ampliamento dell'oggetto della responsabilità civile, riferita alla lesione oltre che di beni patrimoniali anche, e soprattutto, di beni che patrimoniali non sono"; Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, IV, cit., pp. 324 s. *Contra*, Bianca, C. M.: *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., p. 530, a parere del quale "la responsabilità extracontrattuale non è né strumento di punizione né tecnica di allocazione dei danni ma tutela civile contro l'illecito. Unica funzione della responsabilità civile è quella di sanzionare in via risarcitoria la violazione del precetto di rispetto degli interessi giuridicamente tutelati nella vita di relazione". Esclude che la responsabilità civile possa assolvere ad una finalità punitiva anche Trimarchi, P.: *La responsabilità civile*, cit., pp. 9, 682 ss., secondo il quale "nel diritto italiano la responsabilità civile da fatto illecito non prevede l'imposizione di pagare alla vittima somme di denaro in mancanza di danno, o oltre la misura del danno, in funzione puramente punitiva" (*ivi*, p. 9), considerato anche che "il risarcimento punitivo attribuisce all'attore un guadagno immeritato, il che è contrario a un principio fondamentale dell'organizzazione sociale ed economica" (*ivi*, p. 682).

24 Invero, nel codice dell'ambiente non mancano indici normativi che consentono di individuare anche una funzione sanzionatoria della responsabilità ambientale. Sul punto, cfr. Leccese, E.: *o.c.*, pp. 126 s.; Scognamiglio, C.: "Danno ambientale", cit., pp. 1071 e 1073. In senso diverso, Salanitro, U.: "Tutela dell'ambiente", cit., p. 6, per il quale "la responsabilità ambientale assolve invece una funzione riparatoria".

25 Osserva, di recente, come la responsabilità civile abbia "assunto un ruolo di controllo delle attività economiche dei privati", Franzoni, M.: "La responsabilità civile fra sostenibilità e controllo delle attività umane", *Danno resp.*, 2022, p. 8.

26 Persino superfluo ricordare come la distinzione tra attività c.dd. "biologiche" ed "economiche" ("prezioso retaggio di una filiera scientifica che parte da Venezian, passa per Pacchioni e si perfeziona nel pensiero di Trimarchi", come ricorda, di recente, Roppo, V.: "La responsabilità civile di Pietro Trimarchi", cit., p. 698) venga ripresa da Trimarchi, P.: *Rischio e responsabilità*, cit., p. 43, per sostenere come la responsabilità

tale da costituire un valido ausilio agli strumenti di *command and control* propri del diritto "pubblico".

Infine, e soprattutto, in quanto, ai fini dell'attribuzione della responsabilità, il criterio del rischio incontra un limite nella calcolabilità dello stesso e, dunque, nella prevedibilità dell'evento di danno, con la conseguente esclusione della possibilità di riversare i costi delle misure di prevenzione e riparazione del danno ambientale sull'imprenditore in situazioni di incertezza scientifica. Invero, affinché la responsabilità oggettiva possa trovare applicazione, presupposto necessario "è che il rischio sia calcolabile dal responsabile, il che non può dirsi [...] dove manca qualsiasi indicazione dell'esperienza, cosí che non ci si trova di fronte a rischi calcolabili, bensí a pure situazioni di incertezza"[27].

Lo conferma la previsione dell'art. 308, comma 5, c.a.[28], che consente all'operatore di andare esente dall'obbligo di sostenere i costi delle misure di prevenzione e ripristino (o, in alternativa, dei costi del risarcimento per equivalente) qualora riesca a dimostrare, oltre alla sua assenza di colpa, che l'intervento preventivo a tutela dell'ambiente è stato determinato da "un'emissione o un'attività o qualsiasi altro modo di utilizzazione di un prodotto nel corso di un'attività", i quali non erano "considerati probabile causa di danno ambientale secondo lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento del rilascio dell'emissione o dell'esecuzione dell'attività"[29].

In definitiva, in situazioni di incertezza scientifica e nelle quali i rischi di danno ambientale sono, per definizione, connotati dall'incalcolabilità *ex ante*, il modello di responsabilità senza colpa delineato dal legislatore per le attività professionali reputate piú pericolose per l'ambiente, anziché aggravare la posizione dell'impresa, finisce per agevolarla. Sí che il criterio oggettivo, in sé considerato, costituisce

oggettiva debba trovare applicazione, tendenzialmente, soltanto con riferimento ai danni cagionati nello svolgimento delle attività *lato sensu* economiche.

27 Cosí, testualmente, Trimarchi, P.: *La responsabilità civile*, cit., p. 88.

28 Sulla quale cfr. Salanitro, U.: *Il danno ambientale*, cit., p. 125, secondo cui a tale previsione è "assegnato il compito di circoscrivere l'applicazione della disciplina delle attività pericolose per la salute e per l'ambiente, [...] escludendone la rilevanza ogni qualvolta si dimostri che, sulla base di un giudizio *a priori*, non sussistevano ragioni peculiari di rischio con riferimento al danno all'ambiente che si è in concreto verificato".

29 Sul piano sistematico, la disciplina in esame può essere posta a confronto con quella prevista in tema di responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso di cui agli artt. 114 ss., d.lg. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo), in quanto anche quest'ultima – del pari riconducibile, in base all'opinione prevalente, al sistema della responsabilità oggettiva (Trimarchi, P.: *o.u.c.*, pp. 435 s.) – esclude la responsabilità nel caso in cui "lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso" (art. 118, lett. e, d.lg. n. 206 del 2005). Sul punto, cfr., tra i tanti, Stanzione, M. G.: "Principio di precauzione e diritto alla salute. Profili di diritto comparato", *Comparazione e diritto civile*, 2010, p. 12; Montinaro, R.: *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 109 ss.; Mormile, L.: "Il principio di precauzione tra gestione del rischio e interessi privati", in Aa.Vv.: *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso* (a cura di R. Alessi, S. Mazzarese e S. Mazzamuto), Giuffrè, Milano, 2013, pp. 296 s.; Trimarchi, P.: *o.u.c.*, pp. 442 ss.

uno strumento rimediale inappagante sia rispetto all'esigenza di realizzare una funzione deterrente nei confronti delle attività imprenditoriali che, piú di altre, risultano particolarmente lesive sia della salubrità dell'*habitat* naturale, sia delle istanze sottese alla tutela della persona.

III. PRINCIPIO DI PRECAUZIONE E RESPONSABILITÀ PER COLPA.

La teoria del rischio d'impresa induce ad operare una lettura della disciplina della responsabilità per i danni all'ambiente che, se per un verso appare ancorata ai princípi di prevenzione (o di "azione preventiva"), di "correzione alla fonte" e "chi inquina paga", per altro verso non sembra, invece, coerente con il principio di precauzione[30], che, pur non essendo espressamente menzionato dalla Direttiva

30 In argomento, senza pretesa di esaustività, v. Nanna, C. M.: *Principio di precauzione e lesioni da radiazioni non ionizzanti*, Esi, Napoli, 2003, pp. 14 ss.; Ead.: "Onde elettromagnetiche (dir. priv.)", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., II, Utet, Torino, 2007, pp. 808 ss.; Ead.: "Causalità, precauzione e prevenzione nella responsabilità per inquinamento elettromagnetico", in Aa.Vv.: *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., pp. 327 ss., spec. 329 ss.; Izzo, U.: *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale*, (Cedam, Padova, 2004), rist., UNITN e-prints, Trento, 2007; Busnelli, F. D.: "Le nuove frontiere dell'assicurazione", cit., pp. 1 ss.; Comandé, G.: "L'assicurazione e la responsabilità", cit., pp. 23 ss.; del Prato, E.: "Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti", *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 634 ss., e in Aa.Vv.: Liber amicorum *per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 545 ss., spec. 550 ss., da cui si cita; Id.: "Precauzione e obbligazione", *Riv. dir. comm.*, 2012, pp. 1 ss.; Stanzione, M. G.: "Principio di precauzione", cit., pp. 1 ss.; Ead.: "L'incidenza del principio di precauzione sulla responsabilità civile negli ordinamenti francese e italiano", *ivi*, 2016, pp. 1 ss.; Salanitro, U.: "Tutela dell'ambiente", cit., pp. 23 s.; Savona, P.: "Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico", *Dir. amm.*, 2010, pp. 355 ss.; Montinaro, R.: *Dubbio scientifico*, cit., *passim* ma spec. pp. 1 ss., 85 ss.; Degl'Innocenti, F.: *Rischio di impresa*, cit., pp. 78 ss.; Ead.: "La gestione del rischio alla luce del principio di precauzione e nella responsabilità per danno ambientale", in Aa.Vv.: *Società del rischio e gestione del territorio* (a cura di G. Silei), Pacini, Pisa, 2020, pp. 159 ss., spec. 166 ss.; Mormile, L.: "Il principio di precauzione", cit., pp. 273 ss.; Nivarra, L.: "Azione inibitoria e principio di precauzione", in Aa.Vv.: *Principi europei e illecito ambientale*, cit., pp. 196 ss.; Scognamiglio, C.: "Danno ambientale", cit., pp. 1068 s.; Landini, S.: "Principio di precauzione, responsabilità civile e danni da eventi catastrofali", *Contr. impr./Europa*, 2014, pp. 14 ss.; De Leonardis, F.: *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2015; Puddu, S.: "Amministrazione precauzionale e principio di proporzionalità", *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 1155 ss.; Al Mureden, E.: "Danno da cellulare e doveri di informazione tra precauzione e responsabilità", nota a App. Torino, 14 gennaio 2020, *Corr. giur.*, 2020, pp. 365 ss.; Bocchini, S.: "Rischio di danno ambientale e principio di precauzione", *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 465 ss.; Natoli, R.: "Attualità del binomio "reintegrazione del diritto - risarcimento del danno": il principio di precauzione nel diritto privato", *Riv. dir. banc.*, 2020, pp. 63 ss.; Scalia, F.: "Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza", *Federalismi.it*, 2020, pp. 183 ss.; Ippoliti Martini, C.: "Il principio di precauzione come strumento di attuazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'Agenda ONU 2030", in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, pp. 912 ss.

2004/35/CE, è invece contemplato da numerose fonti internazionali[31], europee[32] e nazionali[33], nonché, proprio con specifico riferimento alla tutela ambientale, dal c.a.

L'art. 3 *ter* c.a., infatti, annovera il principio di precauzione tra i princípi cardine della protezione dell'ambiente, degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale, mentre l'art. 301 c.a., nel richiamare l'art. 174, par. 2, Tratt. CE (ora 191, par. 2, Tratt. FUE), dispone che "in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione", pur precisando che l'operatività del principio è limitata al "rischio che comunque possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva".

Sulla base delle disposizioni testé richiamate, è ormai acquisito che il principio in esame, ispirato alla finalità di "garantire un alto livello di protezione dell'ambiente grazie a delle prese di posizione preventive in caso di rischio"[34], ha assunto il rango di principio generale dell'ordinamento italo-europeo[35], che "orienta la scelta di

31 Sul versante del diritto internazionale, il principio di precauzione è stato affermato nel principio 15 della Dichiarazione della *United Nation Conference on Environment and Development*, approvata a Rio de Janeiro il 14 giugno 1992, secondo il quale "in caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di una piena certezza scientifica non deve costituire motivo per differire l'adozione di misure adeguate per prevenire il degrado ambientale". Ancòra, il principio è previsto dalla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (*United Nations Framework Convention on Climate Chang*e, anche nota con gli acronimi "*UNFCCC*" e "*FCCC*") dello stesso anno, il cui art. 3, intitolato "Princípi", stabilisce che "Le parti devono adottare misure precauzionali per prevedere, prevenire o attenuare le cause dei cambiamenti climatici e limitarne gli effetti nocivi. Quando si è di fronte a un rischio di perturbazioni gravi o irreversibili, la mancanza di certezze scientifiche assolute non deve costituire un pretesto per rimandare l'adozione di tali misure, tenendo conto che le politiche e le misure rese necessarie dai cambiamenti climatici richiedono un buon rapporto costo-efficacia, in modo tale da garantire vantaggi globali al costo piú basso possibile".

32 Nel diritto di matrice europea, riferimenti al principio in esame, introdotto per la prima volta nel 1992 con il Trattato di Maastricht (art. 130R, poi art. 174 dopo il Trattato di Amsterdam), sono ora contenuti, a séguito del Trattato di Lisbona del 2007, nell'art. 191, par. 2, Tratt. FUE, con specifico riferimento alla tutela dell'ambiente, e nell'art. 7 del Regolamento 2002/178/CE in materia di sicurezza alimentare.

33 A titolo esemplificativo, si vedano, oltre alle disposizioni del c.a. richiamate nel testo, la l. 22 febbraio 2001, n. 36, in materia di inquinamento elettromagnetico, la l. 5 marzo 2001, n. 57, in tema di apertura e regolazione dei mercati, e il d.lg. 6 settembre 2005, n. 206, cit., con riferimento alla responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso.

34 Cosí, Commissione europea, Comunicazione sul principio di precauzione, COM(00)1 final, Bruxelles, 2 febbraio 2000, *eur-lex.europa.eu*.

35 Cfr. Stanzione, M. G.: "Principio di precauzione", cit., p. 3. Nel senso che "l'applicazione del principio di precauzione non è limitata al solo diritto ambientale, ma si estende fino a consentire la reinterpretazione del nostro sistema codicistico e delle forme di tutela riparatorie ed inibitorie in tema di diritto alla salute", Nanna, C. M.: "Principio di precauzione", cit., p. 18. La rilevanza di principio generale del principio di precauzione, riconosciuta dalla Commissione europea, Comunicazione, cit., trova conferma nella giurisprudenza della Corte di giustizia: cfr., da ultimo, Corte giust., Grande sez., 1° ottobre 2019, c. 616/17, Blaise e a., in *eur-lex.europa.eu*, secondo la quale, "sebbene l'articolo 191, paragrafo 2, TFUE preveda che la politica in materia ambientale è fondata, in particolare, sul principio di precauzione, tale principio è applicabile anche nel contesto di altre politiche dell'Unione, segnatamente della politica di protezione della salute pubblica nonché quando le istituzioni dell'Unione europea adottano, nell'ambito della politica agricola comune o della politica del mercato interno, misure di protezione per la salute umana"; v. già Trib. di primo grado, 26 settembre 2002, Rica Foods c. Commissione delle comunità europee, *ivi*; Trib. di primo grado, 26 novembre 2002, Artegodan GmbH e a. c. Commissione delle Comunità europee, *ivi*, ove, piú esplicitamente, si afferma che "[n]onostante sia menzionato nel Trattato solamente in relazione alla politica ambientale, il principio di precauzione ha [...] un ambito di applicazione piú ampio. Esso è destinato ad applicarsi, al fine di assicurare un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza dei consumatori e dell'ambiente, in tutti gli ambiti di azione della Comunità. [...] Il principio di precauzione costituisce un principio generale del diritto comunitario che obbliga le autorità competenti ad adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza

cautele adeguate a garantire la sicurezza qualora le conoscenze scientifiche non escludano, ma nemmeno provino, la pericolosità, per l'ambiente o per la salute, di un'attività, per altri versi vantaggiosa"[36].

Inoltre, non si dubita che il principio precauzionale sia chiamato ad operare non soltanto in situazioni di emergenza[37], bensí, e piú ampiamente, ogni qualvolta si sia in presenza di un rischio che, sebbene meramente potenziale o possibile, sia però avvalorato da conoscenze scientifiche, ancorché non univoche o consolidate[38].

Tuttavia, parte della dottrina, confortata dalla giurisprudenza[39], afferma che il principio di cui si discorre costituirebbe un canone volto unicamente ad orientare

e per l'ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici". In senso conforme, nella giurisprudenza nazionale, v. Cons. Stato, 11 maggio 2020, n. 2964, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo la quale "[i]l "principio di precauzione", che è principio generale di diritto comunitario, fa obbligo alle autorità competenti di adottare tutti i provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la salute pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali valori sugli altri interessi concorrenti"; nonché, da ultimo, Cons. Stato, 6 dicembre 2021, n. 8126, *ivi*.

36 Cosí, testualmente, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, IV, cit., pp. 327 s., il quale precisa inoltre come la funzione del principio in esame sia quella di "reagire efficacemente ad un possibile rischio, agendo anticipatamente allo scopo di impedire il sorgere di una situazione potenzialmente dannosa".

37 È diffusa l'idea che il principio di precauzione costituisca, in uno all'esigenza di assicurare la prevalenza della tutela della salute – nella sua duplice dimensione individuale e collettiva – sulle libertà fondamentali dei cittadini, il fondamento dei provvedimenti e degli atti normativi adottati a livello nazionale e locale nel contesto dell'emergenza pandemica da Sars-Cov-2. In merito, cfr., tra i tanti, Pennasilico, M.: "Emergenza e ambiente", cit., p. 497, il quale nota, inoltre, che "in tempi di emergenza da pandemia, bisogna porre tra parentesi il valore della certezza del diritto e la conseguente prevedibilità delle regole e calcolabilità delle decisioni, per affidarsi al principio di precauzione"; Scalia, F.: "Principio di precauzione", cit., p. 186, il quale rileva che "l'approccio precauzionale dovrebbe essere un imperativo per il decisore pubblico non solo per far fronte allo stato emergenziale, quanto – e soprattutto – nella stessa pianificazione della risposta all'emergenza e nell'adozione delle misure atte ad evitare che questa insorga o a limitarne i danni"; Ippoliti Martini, C.: "Il principio di precauzione", cit., pp. 918 s. In giurisprudenza, Cons. Stato, 20 ottobre 2021, n. 7045, in *giustizia-amministrativa.it*, la quale, nel pronunciarsi in merito alla previsione dell'obbligo di vaccinazione contro il Sars Cov-2, disposta dall'art. 4, d.l. 1 aprile 2021 n. 44 (conv. con mod. in l. 28 maggio 2021, n. 76) per il personale sanitario, ha rilevato che nella "fase emergenziale, di fronte al bisogno pressante, drammatico, indifferibile di tutelare la salute pubblica contro il dilagare del contagio, il principio di precauzione [...] richiede al decisore pubblico di consentire o, addirittura, imporre l'utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi [...], assicurino piú benefici che rischi".

38 Cosí, Stanzione, M. G.: *o.u.c.*, p. 2, la quale rileva che la precauzione "interviene quando la scienza non è in grado di dare risposte certe su rischi inaccettabili per la collettività. Essa serve per gestire rischi potenziali ma non ancora individuati oppure non del tutto dimostrabili per insufficienza o inadeguatezza dei dati scientifici". Ad avviso di Comandé, G.: *o.c.*, p. 26, il principio in esame "raccomanda un'azione di prevenzione precoce che non attende che il progresso delle conoscenze scientifiche trasformi un rischio potenziale in un rischio avverato o sconfessi definitivamente l'esistenza di tale rischio". Secondo Degl'Innocenti, F.: *Rischio di impresa*, cit., p. 84, il principio precauzionale individua "quell'insieme di regole che mirano ad evitare, o quanto meno a ridurre, un possibile danno futuro legato a rischi che non sono integralmente accettabili".

39 La prevalente giurisprudenza è costante nell'escludere – sia pure implicitamente – i privati dal novero dei destinatari del principio di precauzione: v. Cons. Stato, 11 novembre 2014, n. 5525, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, 18 maggio 2015, n. 2495, *ivi*; Cons. Stato, 28 giugno 2016, n. 2921, *ivi*; Cons. Stato, 11 maggio 2020, n. 2964, cit.; Cons. Stato, 26 marzo 2021, n. 2561, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, 6 dicembre 2021, n. 8126, cit.; Cons. Stato, 11 maggio 2020, n. 2964, cit.; TAR Puglia, 13 marzo 2021, n. 462, in *giustizia-amministrativa.it*. In senso diverso, v. però Cass., 10 maggio 2021, n. 12225, in *dejure.it*, la quale, in tema di responsabilità del produttore di farmaci, ha rilevato come dal principio di precauzione derivi in capo al produttore il dovere di prevenire i rischi anche eventuali e potenziali che possano derivare dall'uso del prodotto e, finanche, là ove necessario, di sospenderne la commercializzazione.

l'attività dei pubblici poteri, mentre lo stesso, per contro, non potrebbe trovare applicazione nell'àmbito dei rapporti tra privati[40].

Sennonché, un tale assunto, oltre ad essere fondato sull'anacronistica, e ormai superata, dicotomia tra diritto "pubblico" e "privato"[41], omette di considerare che l'approccio precauzionale non soltanto è funzionale ad un elevato livello di tutela dell'ambiente, quale valore inscindibilmente legato alla persona umana, ma è, altresí, strumentale alla protezione degli interessi delle generazioni future, in uno al principio di sostenibilità[42], il quale è chiamato "ad assistere l'operatività di tutti gli istituti giuridici, al fine di assicurare il rispetto della gerarchia delle fonti e dei valori"[43].

Pertanto, ed una volta costatato come il principio di cui si discorre sia inscindibilmente legato ai princípi fondamentali[44] dell'ordinamento italo-europeo, come la tutela dell'ambiente e della persona, pare alquanto discutibile affermare che la precauzione costituirebbe una misura dell'agire pubblico[45], mentre, al contempo, non avrebbe alcuna rilevanza con riferimento alle attività dei privati e delle imprese.

Anche questa asserzione sembra il frutto di un vero e proprio pregiudizio e, del resto, contrasta con il dettato normativo, ed in particolare con la previsione dell'art. 3 *ter* c.a., la quale, oltre a contemplare – come si è visto – il principio

40 In termini, Scognamiglio, C.: "Danno ambientale", cit., p. 1069, a parere del quale "risulta giustificata la collocazione del principio sul solo versante del diritto pubblico"; Al Mureden, E.: "Danno da cellulare", cit., p. 387.

41 Nel senso che le problematiche ambientali debbono essere considerate non "per settori", ma "per problemi", Perlingieri, P.: "Produzione, beni e benessere", cit., p. 509; v. anche Id.: "Persona, ambiente e sviluppo", cit., p. 322, ove si precisa che il tema dell'"ambiente" investe l'ordinamento giuridico nel suo insieme. Sostiene la necessità di superare la dicotomia diritto pubblico-privato anche Pennasilico, M.: "La "sostenibilità ambientale"", cit., p. 5, il quale sottolinea che un approccio unitario di studio, in uno alla "valorizzazione dei principi costituzionali ed europei di sussidiarietà "orizzontale", solidarietà e sostenibilità", implicano "un autentico mutamento di paradigma, che consente di attrarre alla ricerca e alla didattica del diritto privato materie un tempo riservate alle competenze del pubblicista".

42 Pone in evidenza "l'inclinazione del principio precauzionale alla tutela dei diritti delle generazioni future nell'accesso alle risorse naturali e il suo ruolo di autentico criterio guida dello sviluppo sostenibile", Pennasilico, M.: "La "sostenibilità ambientale"", cit., pp. 15 s.

43 In termini, testualmente, Perlingieri, G.: "«Sostenibilità»", cit., p. 102.

44 Sui princípi fondamentali e sulla loro rilevanza normativa, per tutti, Perlingieri, P., Femia, P.: *Nozioni introduttive e princípi fondamentali del diritto civile*, 2ª ed., Esi, Napoli, 2004, pp. 170 s.; Perlingieri, P.: "I princípi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo", *Annali S.I.S.Di.C.*, 2017, pp. 9, 20 e 22; Perlingieri, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, p. 36, il quale osserva che "i principi e i valori normativi non sono fuori dal sistema ma sono la piú alta manifestazione di diritto positivo e in quanto tali fanno parte del "vincolo" di "positività"".

45 Né ci si può limitare a rilevare l'incidenza del principio di precauzione sulla responsabilità della (sola) pubblica amministrazione. Cfr., tuttavia, Ippoliti Martini, C.: *o.c.*, pp. 923 s., secondo cui "[l]a presenza del principio di precauzione e di discipline di settore che ne costituiscono il "precipitato" introducendo una molteplicità di doveri di vigilanza e controllo determina, altresí, un significativo ampliamento dell'ambito di rilevanza della condotta omissiva della Pubblica Amministrazione, la quale può essere chiamata a rispondere di tutte le conseguenze dannose causalmente riconducibili alla mancata attuazione di plurime attività funzionali alla tutela dei consociati".

di precauzione tra i princípi cardine della disciplina ambientale, dispone che "[l] a tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private", senza distinguere, dunque, la natura – privata o pubblica – del soggetto destinatario. Sí che non può revocarsi in dubbio come il principio in esame, in quanto avente portata generale, sia suscettibile di trovare applicazione – di là di un suo esplicito richiamo da parte del legislatore – anche nei rapporti civili[46].

Né, in contrario, potrebbe obiettarsi che, a legislazione invariata, i còmpiti di tutela e salvaguardia dell'ambiente sono per lo piú affidati dalla disciplina vigente a strumenti di diritto "pubblico", posto che la tutela delle risorse ambientali non può essere demandata, soltanto, all'iniziativa dello Stato e del suo apparato, essendo invece necessario il concorso dei soggetti privati, in ossequio ai doveri intergenerazionali di solidarietà costituzionale[47] (art. 2 cost.) e ai princípi di sostenibilità (artt. 3 e 21 Tratt. UE; art. 11 Tratt. FUE; art. 37 Carta dei diritti fondamentali; art. 3 *quater* c.a.) e di sussidiarietà orizzontale[48] (art. 118 cost.).

Tuttavia, da parte di alcuni si dubita fortemente che la precauzione sia chiamata ad assolvere una propria funzione con riguardo sia alla responsabilità per danno ambientale[49], sia, piú in generale, nell'àmbito della disciplina generale del danno ingiusto (artt. 2043 ss. c.c.), in quanto la stessa non sarebbe "capace di risultati nuovi rispetto a quelli conseguibili mediante i criteri tradizionali di imputazione"[50].

46 Cfr., con riguardo al problema dei danni da inquinamento elettromagnetico, Nanna, C. M.: *Principio di precauzione*, cit., pp. 12 ss.; Id.: "Onde elettromagnetiche", cit., p. 809, ove si precisa che il principio in esame consente la "reinterpretazione del nostro sistema codicistico e delle forme di tutela riparatorie ed inibitorie"; con specifico riferimento alla tutela dei dati personali, D'Ambrosio, M.: *Progresso tecnologico, «responsabilizzazione» dell'impresa ed educazione dell'utente*, Esi, Napoli, 2017, pp. 111 s. e nota 266, il quale osserva che il principio in esame, "sebbene concepito per le autorità pubbliche, in una prospettiva sistematica, sotto la guida della solidarietà costituzionale, può e deve guidare anche la condotta dei privati", nonché Gambini, M.: *Principio di responsabilità e tutela aquiliana dei dati personali*, Esi, Napoli, 2018, pp. 81 s., secondo cui il "principio di responsabilità su cui si fonda la nuova tutela aquiliana dei dati personali [...] impone di incentivare il titolare non soltanto ad astenersi da attività di trattamento lesive dei diritti degli interessati, ma ad assumere iniziative di prevenzione (quando non di) precauzione volte ad evitare i pericoli e i pregiudizi che possono derivare dall'attività stessa di trattamento dei dati"; in tema di responsabilità del produttore di alimenti, Perriello, L. E.: *La responsabilità del produttore alimentare per danni da obesità*, Esi, Napoli, 2021, pp. 86 s., ad avviso del quale la precauzione "non si rivolge soltanto ai pubblici poteri richiedendo l'adozione di misure preventive in assenza di dati scientifici certi, ma plasma altresí l'interpretazione degli istituti della responsabilità civile in una logica deterrente e non già meramente compensativa".

47 Nello stesso senso, Míguez Núñez, R.: "Brevi osservazioni sui doveri intergenerazionali a tutela dell'ambiente", *Dir. econ.*, 2022, p. 87, il quale pone in evidenza che "la tutela dell'ambiente si svolge attraverso i doveri di natura intergenerazionale e la tutela delle generazioni – presenti e future – si svolge attraverso il dovere ambientale".

48 Secondo Pennasilico, M.: "La "sostenibilità ambientale"", cit., p. 26, "[i]l coinvolgimento dei privati nella realizzazione dell'interesse ambientale trova [...] il proprio fondamento nel principio di sussidarietà orizzontale".

49 Cfr., in merito, Nivarra, L.: "Azione inibitoria", cit., p. 200, a parere del quale l'art. 301 c.a., "nonostante richiami le norme del TFUE sulla precauzione, ha come termine di riferimento una situazione di pericolo o di rischio "accertata"".

50 Cosí, testualmente, Castronovo, C.: "La natura del danno all'ambiente", cit., p. 129; nello stesso senso, Scognamiglio, C.: "Danno ambientale", cit., pp. 1068 s. Cfr. anche Franzoni, M.: *Dei fatti illeciti*, cit., p. 25.

Ad avviso di altri[51], invece, il principio di precauzione consentirebbe di operare una rilettura dell'art. 2050 c.c., volta ad ampliare l'àmbito di applicazione di tale disposizione anche alle attività che soltanto potenzialmente presentano il connotato della pericolosità e, dunque, la probabilità di causare un danno a terzi, con l'importante conseguenza per cui tale previsione "dovrebbe trovare prevalente applicazione quando il danno sia espressione di un pericolo legato all'ignoto scientifico-tecnologico"[52].

Di là del problema della natura (oggettiva o soggettiva) della responsabilità per esercizio di attività pericolose[53], sembra che la disciplina recata dall'art. 2050 c.c. – cosí come, piú in generale, le previsioni di responsabilità che, in dottrina, si assumono fondate talora sul rischio connaturato all'esercizio delle attività economiche[54], talaltra sull'esposizione al pericolo[55] – non possa operare in situazioni di incertezza, e in particolare là ove la probabilità di causare danni, insita nell'esercizio dell'attività pericolosa, non sia suscettibile di una valutazione preventiva secondo lo stato delle conoscenze scientifiche disponibili[56].

51 In termini, Izzo, U.: *La precauzione*, cit., pp. 639 ss., il quale, escluso che l'art. 2050 c.c. preveda un'ipotesi di responsabilità oggettiva, sostiene che tale disposizione "prende in prestito un concetto, quello della precauzione, che da sempre aleggia – indistinto e generico – nell'infinito spettro dei campi applicativi della colpa, e lo mette in primo piano, eleggendolo a struttura portante della sua struttura di giudizio, e cosí diversificando radicalmente il modo in cui questo concetto di norma opera all'interno di un giudizio fondato sulla clausola generale dell'illecito aquiliano" (*ivi*, p. 639), nonché che "l'art. 2050 c.c. è ossessionato dalla precauzione, incarna fino in fondo questa paranoia della società del rischio contemporanea" (*ivi*, p. 642). Secondo Mormile, L.: "Il principio di precauzione", cit., p. 293, là ove si ritenga che la responsabilità per esercizio di attività pericolose sia fondata sulla colpa, "nel caso di rischio da ignoto tecnologico, questo potrà essere imputato all'impresa solo se la condotta che ha cagionato il danno non era conforme agli *standars* tecnici e di diligenza richiesti dallo stato delle conoscenze in quel preciso momento storico". In senso contrario, del Prato, E.: "Precauzione e obbligazione", cit., p. 4, per il quale "la norma in tema di attività pericolose non fornisce un serio appiglio per imprimere alla precauzione un ruolo autonomo".

52 Ancòra, testualmente, Izzo, U.: *o.c.*, p. 644.

53 Ritengono che la responsabilità per esercizio di attività pericolose abbia natura oggettiva, Trimarchi, P.: *Rischio e responsabilità*, cit., p. 48, il quale discorre di "responsabilità oggettiva per rischio evitabile", e Comporti, M.: *Esposizione al pericolo*, cit., p. 262, per il quale la responsabilità in esame si fonda sul "fatto oggettivo che il danno sia stato arrecato nell'esercizio di un'attività pericolosa". In senso contrario, Bianca, C. M.: *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., p. 683, il quale trae argomento dal contenuto della prova liberatoria rimessa all'esercente per affermare che l'art. 2050 c.c. prevede un'ipotesi di responsabilità aggravata per colpa presunta.

54 Trimarchi, P.: *o.u.c.*, p. 213.

55 Comporti, M.: *o.u.c.*, pp. 175 ss. Sul concetto di pericolo, cfr. anche le considerazioni di Mormile, L.: "Il principio di precauzione", cit., p. 278.

56 In proposito, rileva Busnelli, F. D.: "Le nuove frontiere", cit., p. 5, che mentre l'operatività dell'art. 2050 c.c. presuppone la presenza di un "pericolo che può essere previsto, valutato, stimato, e che si ricollega a determinate attività sulla base di esperienze del passato", viceversa "[n]el caso del principio di precauzione [...] ci troviamo di fronte ad un rischio non prevedibile, rispetto al quale mancano quindi questi elementi". Piú di recente, nello stesso senso, v. anche Natoli, R.: "Attualità del binomio", cit., p. 69, secondo cui la responsabilità in esame consegue a "rischi noti, come tali prevedibili e calcolabili: e, pertanto, evitabili, sebbene aumentando le cautele e per conseguenza i costi dell'attività. Declinato sul piano dell'attività d'impresa, l'art. 2050 c.c. assolve alla funzione preventiva di conformarne l'organizzazione interna in modo da internalizzare i costi sociali che l'attività economica altrimenti traslerebbe all'esterno".

Se il principio di precauzione non consente, allora, di addossare la responsabilità sulla base del criterio del rischio d'impresa[57], non altrettanto potrebbe ritenersi, invece, con riferimento al criterio della colpa[58]. Con la precisazione che non si intende rievocare in alcun modo l'anacronistico assioma per cui "nessuna responsabilità senza colpa"[59], bensí accedere ad una nozione di colpa in termini oggettivi e, dunque, intendere la stessa alla stregua di un difetto di diligenza[60].

In questa prospettiva, la violazione del principio di precauzione potrebbe fondare un giudizio di responsabilità ambientale per colpa nel caso in cui il rischio, inizialmente non conoscibile secondo le acquisizioni della scienza e della tecnica, divenga tale in un momento successivo e, comunque, prodromico al verificarsi del danno. Ciò imporrebbe all'imprenditore, in primo luogo, di attivarsi, informando tempestivamente le autorità e – deve ritenersi – anche i singoli potenzialmente danneggiati da una minaccia di danno ambientale, con la conseguenza che già

57 Cosí, Trimarchi, P.: *o.u.c.*, p. 49, nonché, piú di recente, Nanna, C. M.: "Onde elettromagnetiche", cit., p. 825, la quale, premesso che "la teoria del rischio d'impresa prende in considerazione soltanto i rischi "tipici", mentre trascura quelli cosiddetti atipici", rileva come sia "ben arduo poter valutare con precisione ed in via preventiva quali siano gli effetti tipici di un'attività, dal momento che nella materia vi è grande incertezza", cosí che "ci si chiede come si possa ritenere che un imprenditore sia in grado di "calcolare" questi rischi e assumerli su di sé".

58 In questa direzione, cfr. Stanzione, M. G.: "Principio di precauzione", cit., p. 14, per la quale "[s]embra da accogliere una visione mediana della rilevanza del principio di precauzione, volta al rafforzamento delle condizioni della responsabilità civile, [...] nel senso [...] di ammettere una sorta di "colpa da precauzione"", sí che l'incidenza del principio in esame "si traduce, da un lato, nel rafforzamento del dovere di diligenza attraverso l'introduzione di regole specifiche fondate su un'ottica precauzionale e dall'altro nell'inclusione nel dovere di informazione dei rischi ritenuti probabili in base a una seria valutazione scientifica"; Degl'Innocenti, F.: "La gestione del rischio", cit., p. 169, secondo la quale il principio in esame consente la "ricostruzione, in base ad una valutazione *ex ante*, dei doveri gravanti sul soggetto agente (che potranno poi rilevare al fine di decretarne una colpa omissiva o attiva)". Cfr. anche Landini, S.: "Principio di precauzione", cit., p. 29, secondo la quale i princípi di prevenzione e precauzione "devono essere impiegati per delineare profili soggettivi di colpa ai fini di un eventuale addebito di responsabilità a carico di quanti sarebbero potuti/dovuti intervenire in via preventiva"; nonché del Prato E.: "Il principio di precauzione", cit., p. 550, il quale reputa che il principio di precauzione costituisca specificazione del criterio della colpa. Diversamente, Nanna, C. M.: *o.u.c.*, p. 826, la quale, muovendo – se si è ben inteso il pensiero dell'autrice – da una nozione soggettiva di colpa, rileva che "la sussistenza di una responsabilità civile derivante dalla violazione del principio di precauzione comporta, per sua stessa natura, come conseguenza, il superamento della responsabilità soggettiva e l'impiego di quella oggettiva".

59 Sul quale, per tutti, v. De Cupis, A.: *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Giuffrè, Milano, 1979, p. 12.

60 In giurisprudenza, cfr., per tutte, Cass., 8 ottobre 2009, n. 21389, *dejure.it*, che qualifica la colpa in termini di "comportamento non improntato ai canoni oggettivi della perizia e della diligenza". Sulle nozioni di diligenza, negligenza e colpa, v. Bianca, C. M.: "Negligenza (dir. priv.)", *Noviss. dig. it.*, XI, Utet, Torino, 1965, pp. 191 e 196, per il quale, mentre la diligenza individua "l'adeguato impiego delle energie e dei mezzi utili alla realizzazione di un determinato fine" e la negligenza rileva in particolar modo quale "violazione di un altrui interesse tutelato e come causa di responsabilità, qualificandosi allora direttamente in termini di colpa", quest'ultima, infine, consiste in un'"omissione di diligenza che pregiudica un altrui interesse giuridicamente tutelato" e, al contempo, nel criterio causale che consente di imputare il danno al responsabile; Id.: *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., p. 552, ove si precisa che "[l]a colpa indica l'inosservanza della diligenza dovuta secondo adeguati parametri sociali o professionali di condotta" e costituisce, dunque, "una nozione obiettiva che prescinde dalla cattiva volontà del soggetto e dalla sua attitudine ad emettere lo sforzo diligente dovuto". Cfr., altresí, Rodotà, S.: "Diligenza (diritto civile)", *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 540 s., ad avviso del quale la diligenza costituisce un "criterio elastico" che va inteso sia come "criterio per valutare la conformità del comportamento del debitore a quello dovuto, [sia] come criterio alla stregua del quale apprezzare la violazione del limite individuato dalle norme sulla correttezza: e, dunque, come un tipico criterio di responsabilità". Per una puntuale ricostruzione delle principali tesi dottrinali sul tema, v. Montinaro, R.: *Dubbio scientifico*, cit., pp. 12 ss.

il mancato assolvimento dell'obbligo informativo potrebbe costituire fonte di responsabilità anche per il danno subíto dai privati[61].

Sebbene, infatti, il codice dell'ambiente imponga all'operatore l'obbligo di avviso soltanto nei confronti dei pubblici poteri, la previsione deve essere letta in una prospettiva sistematica, al fine di ricomprendere tra i destinatari dell'informazione anche i *cives* che potrebbero risultare danneggiati dall'esercizio dell'attività d'impresa[62]. L'informazione[63] è, infatti, strumentale non soltanto alla successiva iniziativa in giudizio dello Stato, quale soggetto legittimato all'azione di responsabilità per danno ambientale nei confronti dell'operatore (art. 311 c.a.), ma anche dei singoli lesi nel loro interesse all'ambiente salubre[64] (cfr. art. 313, comma 7, c.a.).

Inoltre, una valutazione della colpa dell'impresa ancorata al principio di precauzione consentirebbe di affermarne la responsabilità anche qualora l'impresa, a fronte di un rischio inizialmente ignoto e che sia divenuto noto successivamente, non abbia adottato le cautele idonee quanto meno a ridurne le conseguenze lesive[65].

A ben vedere, infatti, e di là dall'esimente da responsabilità prevista dall'art. 305, comma 5, c.a., non può essere esclusa la possibilità di operare una valutazione in termini di colpa dell'operatore – ancorché soggetto ad un regime di responsabilità

61 Né andrebbe esclusa, in caso di omessa informazione, la possibilità di configurare una responsabilità a carico della Stato, tale da legittimare i cittadini ad adire la Corte di Strasburgo. Cfr., in merito, Corte eur. dir. uomo, 19 febbraio 1998, Guerra e a. c. Italia, *www.hudoc.echr.coe.int*, la quale ha condannato l'Italia per la violazione dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare), in quanto lo Stato non aveva fornito agli abitanti le zone limitrofe ad uno stabilimento chimico le informazioni necessarie a consentire loro di valutare i rischi per la salute e la salubrità dell'ambiente che sarebbero loro potuti derivare dal fatto di continuare a risiedere nei pressi dello stabilimento. Piú di recente, i giudici di Strasburgo, nel pronunciarsi sul ricorso promosso da un gruppo di cittadini romeni che, a séguito di un grave disastro ambientale verificatosi presso una miniera d'oro in prossimità della propria abitazione, avevano lamentato di soffrire di affezioni ad esso riconducibili, hanno accertato il mancato rispetto dell'art. 8 CEDU da parte della Romania, posto che le autorità pubbliche si erano astenute dal compiere inchieste e studi tali da consentire la prevenzione degli effetti pregiudizievoli derivanti dalla predetta attività di estrazione dell'oro, rivelatasi poi lesiva della salute dei ricorrenti: Corte eur. dir. uomo, 27 gennaio 2009, Tătar c. Romania, *www.hudoc.echr.coe.int*, nella quale i giudici di Strasburgo hanno sottolineato proprio come la necessità di garantire l'applicazione, nel caso di specie, del principio precauzionale fosse strumentale all'obiettivo di perseguire un elevato livello di protezione della salute e dell'ambiente.

62 Cosí, Bocchini, S.: "Rischio di danno ambientale", cit., pp. 480 s.

63 In proposito, Manfredonia, B.: "Diritto all'informazione ambientale e bilanciamento degli interessi", in Aa.Vv.: *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., pp. 66 ss.; Macioce, F.: "Profili civilistici della informazione ambientale", *Riv. quad. dir. amb.*, 2019, p. 77, il quale rileva che nell'àmbito della disciplina ambientale funzione dell'informazione è quella di "assolvere alla finalità di assicurare la partecipazione dei soggetti che la richiedono ai processi decisionali che coinvolgono l'ambiente".

64 Osserva che "il diritto alla informazione costituisce una posizione strumentale per consentire ai cittadini di avvalersi delle tutele giuridiche a presidio di diritti soggettivi e di interessi in materia ambientale", Macioce, F.: "Profili civilistici della informazione", cit., p. 83. V. pure Manfredonia, B.: "Diritto all'informazione", cit., p. 67, la quale osserva che "l'informazione ai fruitori del bene ambiente [...] assicur[a] alla collettività uno strumento di controllo atto a vigilare in modo effettivo sulla gestione delle risorse ambientali".

65 In termini, Degl'Innocenti, F.: *o.u.c.*, p. 169, la quale reputa che "l'operatore potrebbe essere considerato responsabile per la mancata predisposizione di misure di sicurezza di contenimento dei rischi anche quando non sia prevista una normativa specifica che imponga l'adozione di particolari cautele".

oggettiva, in quanto esercente una delle attività individuate dal legislatore – e, dunque, di accollare a quest'ultimo i costi del risarcimento in capo nel caso in cui lo stesso avrebbe potuto rendersi conto, con la diligenza richiesta dalla natura professionale della propria attività, della sussistenza di una "minaccia imminente" di danno e, nondimeno, non sia intervenuto al fine di prevenirla o di ridurne l'impatto negativo[66]. Inoltre, l'elasticità del concetto di diligenza[67] consentirebbe di graduare la valutazione della colpa, distinguendo a seconda della natura dell'attività d'impresa, del livello di rischio insito nell'esercizio della stessa, delle cautele adottate e/o esigibili da attività operanti nel medesimo settore, nonché della probabilità, piú o meno elevata, di causare un danno a terzi.

In questa direzione potrebbero essere lette anche le disposizioni contenute nella recente proposta di Direttiva europea sulla *due diligence* in materia di tutela dei diritti umani e dell'ambiente[68], la quale mira a imporre agli Stati membri, per la prima volta a livello europeo, l'obbligo di introdurre nuove disposizioni sui doveri di diligenza delle società multinazionali (come definite dagli artt. 2 e 3 della proposta), la cui violazione determina l'applicabilità di un regime di responsabilità civile (art. 22 della proposta).

Sebbene la nuova disciplina sia imperniata, ancóra una volta, sul principio di prevenzione, nella misura in cui impone alle società multinazionali l'obbligo di individuare gli impatti negativi potenziali o effettivi sui diritti umani e sull'ambiente e derivanti dalla loro attività (nonché da quelle riconducibili alle società dalle stesse controllate e alle catene del valore cui partecipano), e, conseguentemente, ad attuare misure adeguate a prevenire, ridurre e correggere tali impatti (artt. 6, 7 e 8 della proposta), tuttavia, proprio il principio di precauzione indurrebbe ad ampliare il contenuto del dovere di diligenza nella valutazione della colpa, imputando la responsabilità anche delle conseguenze dannose che siano il risultato della mancata individuazione e adozione delle misure necessarie a scongiurare, secondo un approccio precauzionale prima ancóra che preventivo, il verificarsi di un impatto negativo sull'ambiente e sui diritti della persona.

IV. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Con le argomentazioni sin qui sviluppate si è tentato di porre in evidenza la necessità di una (ri)lettura in chiave precauzionale della disciplina della

66 Cfr. Salanitro, U.: "Responsabilità ambientale", cit., p. 510.

67 In proposito, v. Rodotà, S.: "Diligenza", cit., p. 540.

68 Commissione europea, Proposta di Direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, Bruxelles, 23 febbraio 2022, COM(2022) 71 final, in *eur-lex.europa.eu*. Per un'esaustiva e accurata analisi delle innovazioni recate dalla proposta, Zarro, M.: "Tutela dell'ambiente, del clima e della persona umana e responsabilità dell'impresa nella recente proposta di Direttiva sulla *due diligence* aziendale", in corso di pubblicazione, letto per la gentile cortesia dell'autrice.

responsabilità per danno ambientale, intesa secondo una prospettiva sistematica e assiologica e declinata in un'ottica polifunzionale, al fine di promuovere tanto la funzione (anche) deterrente e sanzionatoria della responsabilità, quanto le istanze riconducibili all'aspettativa di esistenza e di sviluppo delle generazioni future.

In un contesto come quello attuale, in cui ad un incessante progresso tecnologico si accostano sempre più di frequente ipotesi di probabilità di danno non sempre corroborate da univoche risultanze scientifiche, è emersa, dunque, la necessità di riconsiderare il ruolo della precauzione[69] non soltanto ai fini dell'applicazione della tutela inibitoria (la cui applicazione generalizzata deve essere riconosciuta in ragione della necessità di anticipare, per quanto possibile, la tutela), ma anche, in presenza di un danno ambientale, sotto il profilo dei criteri di imputazione della responsabilità.

Invero, la correlazione che intercorre tra il principio di precauzione e la tutela intergenerazionale dei valori costituzionalmente rilevanti[70] della persona, della salute e dell'ambiente, induce allora a concludere nel senso che l'applicazione dello stesso non può essere limitata al piú circoscritto àmbito del diritto "pubblico", ma investe necessariamente anche le attività dei privati e concorre all'individuazione della regola del caso concreto e dei rimedi piú adeguati al fine di assicurare la tutela effettiva degli interessi in rilievo.

La costatazione dell'insufficienza del criterio del rischio d'impresa, induce, infatti, a riconsiderare il ruolo della colpa e della precauzione sia sotto il profilo dei criteri di imputazione della responsabilità, sia – in presenza di una minaccia di danno ambientale e nella prospettiva di un'anticipazione della tutela – del rimedio inibitorio[71].

69 Discorre di "principio precettivo" con riferimento alla precauzione, Nanna, C. M.: "Causalità, precauzione e prevenzione", cit., p. 333; in precedenza, v. Ead.: "Onde elettromagnetiche", cit., p. 838, là ove si precisa che il principio di precauzione "si armonizza con il dettato dell'art. 32 Cost., da cui acquista la portata precettiva".

70 La "componente valoriale posta a fondamento del principio" di precauzione è sottolineata da Stanzione, M. G.: "Principio di precauzione", cit., p. 14. V. pure Nanna, C. M.: *o.u.l.c.*

71 Prima che il danno si verifichi, il principio di precauzione potrebbe giustificare l'applicazione della tutela inibitoria, la cui operatività in via generale, e, dunque, in assenza di una disposizione che espressamente la preveda, deve essere riconosciuta, anche in assenza di un illecito, proprio in funzione della garanzia costituzionale della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 cost. ed in ragione della necessità di anticipare la tutela. Sulla possibilità di applicare in via generale il rimedio inibitorio, v., per tutti, Perlingieri, P.: "Azione inibitoria e interessi tutelati", *Giusto proc. civ.*, 2006, pp. 7 ss.; Id.: "Il «giusto rimedio» nel diritto civile", *ivi*, 2011, pp. 1 ss., ove si precisa che "le misure inibitorie non presuppongono l'illecito – e dunque che il pregiudizio sia già stato arrecato – ma operano anche al fine di evitare un danno soltanto temuto (e, dunque, non ancora realizzatosi)"; Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, V, *Tutela e giurisdizione*, 4ª ed., Esi, Napoli, 2020, pp. 126 s.; nello stesso senso, v. pure Nanna, C. M.: "Onde elettromagnetiche", cit., pp. 838 s.; Ead.: "Causalità, precauzione e prevenzione", cit., p. 335, per la quale il principio di precauzione "potrebbe rappresentare il fondamento di un'azione inibitoria almeno "parzialmente" atipica", sí da trovare "applicazione in tutti i casi d'incertezza scientifica circa l'effettiva nocività di un prodotto o di un processo produttivo"; Stanzione, M. G.: "Principio di precauzione", cit., pp. 10 ss. Cfr., inoltre, del Prato, E.: "Precauzione e obbligazione", cit., p. 6, per il quale "la costatazione che l'esigenza della tutela preventiva nasce dall'inadeguatezza della tutela risarcitoria impone di foggiare l'ambito della prima su tutte le situazioni giuridiche protette". Con riferimento alla tutela contro il

L'applicazione del principio di precauzione consentirebbe di assicurare, nel necessario rispetto delle peculiarità del caso concreto e nel concorso dei princípi di proporzionalità[72], ragionevolezza[73] e sostenibilità[74], una tutela piú congrua con la funzione (anche) deterrente, preventiva e sanzionatoria della responsabilità ambientale, orientando l'interprete, chiamato a bilanciare i diversi interessi in rilievo[75] nell'applicazione delle relative disposizioni, verso un modello piú "sostenibile" di quello basato sulla logica economica sottesa alla teoria del rischio d'impresa, in quanto disancorato dalla logica dell'analisi dei costi e dei benefici e funzionale alla promozione e alla salvaguardia degli interessi non soltanto dei presenti, ma anche delle generazioni future[76].

In questa prospettiva, la disciplina della responsabilità ambientale assolverebbe anche alle esigenze riconducibili alla tutela intergenerazionale, ponendosi in linea tanto con il principio solidaristico[77] (art. 2 cost.), quanto con il nuovo dettato degli

cambiamento climatico antropogenico, v. Zarro, M.: *Danno da cambiamento climatico*, cit., la quale rileva che l'efficacia del rimedio inibitorio "quale strumento di contrasto al cambiamento climatico ben si comprende considerando che essa costituisce, per definizione, uno strumento che, pur guardando al passato, proietta la sua azione verso il futuro, tendendo ad impedire l'illecito o a prevenirne il pericolo di continuazione o reiterazione".

72 Rileva Nanna, C. M.: *o.u.c.*, p. 330, che "il principio di proporzionalità [...] costituisce un imprescindibile canone di temperamento nel giudizio della responsabilità civile, senza il quale la risarcibilità sarebbe di fatto illimitata". In merito, cfr. anche del Prato E.: "Il principio di precauzione", cit., p. 554; Puddu, S.: "Amministrazione precauzionale", cit., p. 1170, ad avviso della quale il principio in esame orienta la decisione precauzionale, in quanto quest'ultima postula non soltanto un contemperamento tra gli interessi in rilievo, ma anche una comparazione "tra rischi guidata dal principio di proporzionalità"; Scalia, F.: "Principio di precauzione", cit., pp. 190 ss.

73 In proposito, osserva Giorgini, E.: *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Esi, Napoli, 2010, p. 131, che la ragionevolezza è "norma giuridica, nella specie del principio implicito, capace di individuare la 'giusta misura' dei princípi di volta in volta coinvolti nella soluzione del caso concreto". In argomento, significative le riflessioni di Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*; Id.: "Ragionevolezza e bilanciamento", cit., p. 33, il quale rileva che la ragionevolezza "è un criterio che, nel rispetto del principio di legalità, contribuisce a individuare nel momento applicativo la soluzione, tra quelle astrattamente possibili, piú di tutte conforme non soltanto alla lettera della legge, ma alla logica complessiva del sistema e dei suoi valori normativi".

74 Al riguardo, Perlingieri, G.: "«Sostenibilità»", cit., p. 110 s., il quale chiarisce che "la sostenibilità, insieme alla ragionevolezza e alla proporzionalità, contribuiscono ad evitare tanto la ("miopia" se non addirittura la) "cecità" della mera sussunzione, quanto la stessa "tirannia dei valori", dal momento che anche i valori hanno una gerarchia e non sono monadi inconciliabili e incomparabili".

75 Sul bilanciamento tra tutela dell'ambiente e altri interessi costituzionalmente rilevanti, cfr. Pennasilico, M.: "La "sostenibilità ambientale"", cit., pp. 41 s., il quale pone in rilievo che la previsione dell'art. 3 *quater*, comma 2, c.a., là ove dispone che "gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione", "significa non già "tirannia" dei valori della salute e dell'ambiente su altri diritti fondamentali della persona, [...] bensì consapevolezza che, nell'architettura della Costituzione italiana, la salute, la vita e la dignità umana sono valori inviolabili e, come tali, sottratti a ogni compromesso"; Crea, C., Perriello, L. E.: "Salute, ambiente e iniziativa economica: tecniche di bilanciamento ed effettività dei rimedi", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2021, pp. 748 ss.; Renna, M.: "Attività di impresa, sostenibilità ambientale e bilanciamento tra diritto alla salute e iniziativa economica privata", *Contr. impr.*, 2022, pp. 537 ss.

76 Sul punto, Pennasilico, M.: "La "sostenibilità ambientale"", cit., p. 15 s. Afferma, in termini condivisibili, che "il dovere intergenerazionale impregna la *ratio* della responsabilità per danno ambientale, il cui meccanismo risarcitorio, il "ripristino ambientale", mira a restituire alle risorse naturali le loro condizioni originarie in applicazione dei principi di precauzione e di sviluppo sostenibile", Míguez Núñez, R.: "Brevi osservazioni", cit., p. 88.

77 Osserva che "la rilettura solidaristica della responsabilità consente di riconoscere che l'autore del danno, cosí come può essere chiamato a risarcire la lesione arrecata a interessi non suscettibili di valutazione economica, ma prevalenti perché strettamente ancorati al valore della persona, alla stessa stregua può,

artt. 9 e 41 cost. (come riformati dalla l. cost. n. 1 del 2022), i quali confermano sia la rilevanza costituzionale del valore ambientale, sia che l'iniziativa economica privata, pur libera, non possa essere considerata meritevole di tutela se non esercitata in armonia con le istanze di tutela della persona e della sua dignità, della salute e dell'ambiente[78].

altresí, essere tenuto a rispondere dei pregiudizi lesivi degli interessi di soggetti che, ancóra, non possono agire in giudizio perché non esistono", Zarro, M.: *Danno da cambiamento climatico*, cit.

78 Cosí, Perlingieri, P.: "Persona, ambiente e sviluppo", cit., p. 326.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Waste Life, Law and Management* (a cura di E. GIORGINI e M. GIULIANI), Esi, Napoli, 2021.

AL MUREDEN, E.: "Danno da cellulare e doveri di informazione tra precauzione e responsabilità", nota a App. Torino, 14 gennaio 2020, *Corr. giur.*, 2020, pp. 365 ss., 387.

ALPA, G.: "La natura giuridica del danno ambientale", in AA.VV.: *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile* (a cura di P. PERLINGIERI), Esi, Napoli, 1991, pp. 91 ss.

BARBIERA, L.: "Qualificazione del danno ambientale nella sistematica generale del danno", in AA.VV.: *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile* (a cura di P. PERLINGIERI), Esi, Napoli, 1991, pp. 111 ss.

BECK, U.: *La società del rischio. Verso una seconda modernità* (1986) (trad. it. a cura di W. PRIVITERA e C. SANDRELLI), rist., Carocci, Roma, 2021.

BIANCA, C. M.: "Negligenza (dir. priv.)", *Noviss. dig. it.*, XI, Utet, Torino, 1965, pp. 191 e 196.

BIANCA, C. M.: *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 3ª ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, pp. 530, 552, 568 ss., 683.

BIGLIAZZI GERI, L.: "L'art. 18 della legge n. 349 del 1986 in relazione all'art. 2043 ss. c.c.", in AA.VV.: *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile* (a cura di P. PERLINGIERI), Esi, Napoli, 1991, pp. 75 ss.

BOCCHINI, S.: "Rischio di danno ambientale e principio di precauzione", *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 465 ss., 480 s.

BUSNELLI, F. D.: "Le nuove frontiere dell'assicurazione e il principio di precauzione", in AA.VV.: *Gli strumenti di precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità* (a cura di G. COMANDÉ), Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1 ss., 5.

CABAZZI, R.: "Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale", *Federalismi.it*, 2022, pp. 31 ss., 56 ss.

CARDUCCI, M.: "Cambiamento climatico (dir. cost.)", *Dig. disc. pubbl.*, VIII Agg., Utet, Torino, 2021, pp. 51 ss.

Castronovo, C.: "La natura del danno all'ambiente e i criteri di imputazione della responsabilità", in Aa.Vv.: *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione* (a cura di I. Nicotra e U. Salanitro), Giappichelli, Torino, 2010, pp. 121 ss., 125 s., 129.

Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Esi, Napoli, 2018, p. 86.

Comandé, G.: "L'assicurazione e la responsabilità civile come strumenti e veicoli del principio di precauzione", in Aa.Vv.: *Gli strumenti di precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità* (a cura di G. Comandé), Giuffrè, Milano, 2006, pp. 23 ss., 26.

Comporti, G. D.: "La responsabilità per danno ambientale", *Riv. quad. dir. amb.*, 2010, pp. 2 ss., 11, 12 s.

Comporti, M.: *Esposizione al pericolo e responsabilità civile* (Morano, Napoli, 1965), rist., Esi, Napoli, 2014, pp. 175 ss., 178, 262.

Comporti, M.: "La responsabilità per danno ambientale", *Foro it.*, 1987, cc. 266 ss.

Corrias, P.: "Responsabilità civile e contratto di assicurazione", *Riv. dir. civ.*, 2011, pp. 245 ss.

Crea, C., Perriello, L. E.: "Salute, ambiente e iniziativa economica: tecniche di bilanciamento ed effettività dei rimedi", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2021, pp. 748 ss.

D'Ambrosio, M.: *Progresso tecnologico, «responsabilizzazione» dell'impresa ed educazione dell'utente*, Esi, Napoli, 2017, pp. 111 s. e nota 266.

De Cupis, A.: *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Giuffrè, Milano, 1979, p. 12.

Degl'Innocenti, F.: "I criteri di imputazione della responsabilità per danno ambientale", *Contr. impr.*, 2013, pp. 741 ss., 744, 753.

Degl'Innocenti, F.: *Rischio di impresa e responsabilità civile. La tutela dell'ambiente tra prevenzione e riparazione dei danni*, Firenze University Press, Firenze, 2013, pp. 37, 71 ss., 78 ss., 84.

Degl'Innocenti, F.: "La gestione del rischio alla luce del principio di precauzione e nella responsabilità per danno ambientale", in Aa.Vv.: *Società del rischio e gestione del territorio* (a cura di G. Silei), Pacini, Pisa, 2020, pp. 159 ss., 166 ss., 169.

De Leonardis, F.: *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2015.

del Prato, E.: "Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti", *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 634 ss., e in Aa.Vv.: Liber amicorum *per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 545 ss., 550 ss., 554, da cui si cita.

del Prato, E.: "Precauzione e obbligazione", *Riv. dir. comm.*, 2012, pp. 1 ss., 4, 6.

Femia, P.: "Il civile senso dell'autonomia", *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2019, pp. 8 ss.

Flamini, A.: "Danno ambientale", in Aa.Vv.: *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile* (a cura di P. Perlingieri), Atti del Convegno di Telese Terme, 16-18 dicembre 2004, Esi, Napoli, 2005, pp. 438 ss., 441 s.

Franzoni, M.: "Il nuovo danno all'ambiente", *Resp. civ.*, 2009, pp. 785 ss.

Franzoni, M.: *Dei fatti illeciti*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja, Branca e Galgano (a cura di G. De Nova), 2ª ed., Zanichelli, Bologna, 2020, pp. 25, 166 ss.

Franzoni, M.: "La responsabilità civile fra sostenibilità e controllo delle attività umane", *Danno resp.*, 2022, p. 8.

Gambini, M.: *Principio di responsabilità e tutela aquiliana dei dati personali*, Esi, Napoli, 2018, pp. 81 s.

Giorgini, E.: *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Esi, Napoli, 2010, p. 131.

Ippoliti Martini, C.: "Il principio di precauzione come strumento di attuazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'Agenda ONU 2030", in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, pp. 912 ss., 918 s., 923 s.

Izzo, U.: *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale*, (Cedam, Padova, 2004), rist., UNITN e-prints, Trento, 2007, pp. 639, 642, 644.

Landini, S.: *Assicurazione e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2004.

Landini, S.: "L'assicurazione del danno ambientale", in Aa.Vv.: *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di M. Pennasilico), Esi, Napoli, 2014, pp. 340 ss.

Landini, S.: "Principio di precauzione, responsabilità civile e danni da eventi catastrofali", *Contr. impr./Europa*, 2014, pp. 14 ss., 29.

Leccese, E.: *Danno all'ambiente e danno alla persona*, FrancoAngeli, Milano, 2011, pp. 108, 111 ss., 117 ss., 122 ss., 126 s., 171 ss., 238 ss., 255 ss.

Luminoso, A.: "Sulla natura della responsabilità per danno ambientale", *Riv. giur. sarda*, 1989, pp. 837 ss.

Macioce, F.: "Profili civilistici della informazione ambientale", *Riv. quad. dir. amb.*, 2019, pp. 77, 83.

Malomo, A.: "Ambiente e pluralità di interessi coinvolti", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2014, pp. 361 ss.

Manfredonia, B.: "Diritto all'informazione ambientale e bilanciamento degli interessi", in Aa.Vv.: *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di M. Pennasilico), Esi, Napoli, 2014, pp. 66 ss.

Marcatajo, G.: "La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente", *AmbienteDiritto.it*, 2022, pp. 1 ss.

Míguez Núñez, R.: "Brevi osservazioni sui doveri intergenerazionali a tutela dell'ambiente", *Dir. econ.*, 2022, pp. 87 s.

Montaldo, R.: "La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?", *Federalismi.it*, 2022, pp. 201 ss., 205.

Montinaro, R.: *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 1 ss., 12 ss., 85 ss., 109 ss.

Mormile, L.: "Il principio di precauzione tra gestione del rischio e interessi privati", in Aa.Vv.: *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso* (a cura di R. Alessi, S. Mazzarese e S. Mazzamuto), Giuffrè, Milano, 2013, pp. 273 ss., 278, 293, 296 s.

Nanna, C. M.: *Principio di precauzione e lesioni da radiazioni non ionizzanti*, Esi, Napoli, 2003, pp. 12 ss., 14 ss., 18.

Nanna, C. M.: "Onde elettromagnetiche (dir. priv.)", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., II, Utet, Torino, 2007, pp. 808 ss., 825 s., 838 s.

Nanna, C. M.: "Causalità, precauzione e prevenzione nella responsabilità per inquinamento elettromagnetico", in Aa.Vv.: *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di M. Pennasilico), Esi, Napoli, 2014, pp. 327 ss., 329 ss., 333, 335.

Natoli, R.: "Attualità del binomio "reintegrazione del diritto - risarcimento del danno": il principio di precauzione nel diritto privato", *Riv. dir. banc.*, 2020, pp. 63 ss., 69.

Nivarra, L.: "Azione inibitoria e principio di precauzione", in Aa.Vv.: *Principi europei e illecito ambientale* (a cura di A. D'Adda, I. Nicotra e U. Salanitro), Giappichelli, Torino, 2013, pp. 196 ss., 200.

Paradiso, M.: "Illecito, risarcimento e (nuove) funzioni della responsabilità civile", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, p. 2482.

Pennasilico, M.: "La nozione giuridica di ambiente nella prospettiva sistematica e assiologica", in Aa.Vv.: *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di M. Pennasilico), Esi, Napoli, 2014, p. 16.

Pennasilico, M.: "La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"", *Riv. quad. dir. amb.*, 2020, pp. 4 ss., 15 s., 26, 41 s.

Pennasilico, M.: "Emergenza e ambiente nell'epoca pandemica. Verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico", *Giust. civ.*, 2021, pp. 495 ss., 497.

Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*.

Perlingieri, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, pp. 33, 36.

Perlingieri, G.: "«Sostenibilità», ordinamento giuridico e «retorica dei diritti». A margine di un recente libro", *Foro nap.*, 2020, pp. 101 ss., 110 s.

Perlingieri, G.: "Criticità della presunta categoria dei beni c.dd. «comuni». Per una «funzione» e una «utilità sociale» prese sul serio", *Rass. dir. civ.*, 2022, p. 156.

Perlingieri, P.: "Spunti in tema di tutela dell'ambiente", *Legalità e giustizia*, 1989, pp. 136 ss., 138.

Perlingieri, P.: "La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento", *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1064.

Perlingieri, P.: "Azione inibitoria e interessi tutelati", *Giusto proc. civ.*, 2006, pp. 7 ss.

Perlingieri, P.: "Il «giusto rimedio» nel diritto civile", *Giusto proc. civ.*, 2011, pp. 1 ss.

Perlingieri, P.: "Le funzioni della responsabilità civile", *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 119.

Perlingieri, P.: "Produzione, beni e benessere", in Aa.Vv.: *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C. in ricordo di Giovanni Gabrielli, Napoli, 8-9-10 maggio 2014, Esi, Napoli, 2015, pp. 509, 511.

Perlingieri, P.: "Persona, ambiente e sviluppo", in Aa.Vv.: *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale* (a cura di M. Pennasilico), Atti del Convegno di Bari, 22-23 ottobre 2015, Esi, Napoli, 2016, pp. 321 s., 323, 326.

Perlingieri, P.: "I princípi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo", *Ann. S.I.S.Di.C.*, 2017, pp. 9, 20, 22.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, 4ª ed., Esi, Napoli, 2020, pp. 324 s., 327 s., 334 s.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, V, *Tutela e giurisdizione*, 4ª ed., Esi, Napoli, 2020, pp. 126 s.

Perlingieri, P., Femia, P.: *Nozioni introduttive e princípi fondamentali del diritto civile*, 2ª ed., Esi, Napoli, 2004, pp. 170 s.

Perriello, L. E.: *La responsabilità del produttore alimentare per danni da obesità*, Esi, Napoli, 2021, pp. 86 s.

Porena, D.: "«Anche nell'interesse delle future generazioni». Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione", *Federalismi.it*, 2022, pp. 128 ss., 131.

Poto, M. P.: "La tutela costituzionale dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni", *Resp. civ. prev.*, 2022, pp. 1057 ss.

Pozzo, B.: "La responsabilità civile per danni all'ambiente tra vecchia e nuova disciplina", *Riv. giur. amb.*, 2007, pp. 3 ss.

Puddu, S.: "Amministrazione precauzionale e principio di proporzionalità", *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 1155 ss., 1170.

Renna, M.: "Attività di impresa, sostenibilità ambientale e bilanciamento tra diritto alla salute e iniziativa economica privata", *Contr. impr.*, 2022, pp. 537 ss.

Rodotà, S.: "Diligenza (diritto civile)", *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 540 s.

Rodotà, S.: *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 168 ss.

Roppo, V.: "La responsabilità civile di Pietro Trimarchi", *Jus civile*, 2017, pp. 696 ss., 698.

Salanitro, U.: *Il danno ambientale*, Aracne, Roma, 2009, p. 125.

Salanitro, U.: "Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato", *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 1 ss., 6, 23 s.

Salanitro, U.: "L'evoluzione dei modelli di tutela dell'ambiente alla luce dei principi europei: profili sistematici della responsabilità per danno ambientale", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, pp. 795 ss.

Salanitro, U.: "Responsabilità ambientale: questioni di confine, questioni di sistema", *Jus civile*, 2019, pp. 504 ss., 510.

Savona, P.: "Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico", *Dir. amm.*, 2010, pp. 355 ss.

Scalia, F.: "Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza", *Federalismi.it*, 2020, pp. 183 ss., 186, 190 ss., 194 ss.

Scognamiglio, C.: "Danno ambientale e funzioni della responsabilità civile", in Aa.Vv.: *Principi europei e illecito ambientale* (a cura di A. D'Adda, I. Nicotra e U. Salanitro), Giappichelli, Torino, 2013, pp. 102 ss., e in *Resp. civ. prev.*, 2013, pp. 1063 ss., 1068 s., 1071, 1073, da cui si cita.

Stanzione, M. G.: "Principio di precauzione e diritto alla salute. Profili di diritto comparato", *Comparazione e diritto civile*, 2010, pp. 1 ss., 2, 3, 10 ss., 12, 14.

Stanzione, M. G.: "L'incidenza del principio di precauzione sulla responsabilità civile negli ordinamenti francese e italiano", *Comparazione e diritto civile*, 2016, pp. 1 ss.

Tenella Sillani, C.: "Responsabilità per danno ambientale", *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, XVII, Utet, Torino, 1998, pp. 359 ss.

Trimarchi, P.: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 41, 43, 48 s., 213.

Trimarchi, P.: *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, 3ª ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, pp. 9, 88, 294 ss., 301 ss., 435 s., 442 ss., 682 ss.

Zarro, M.: *Danno da cambiamento climatico e funzione sociale della responsabilità civile*, in corso di pubblicazione, letto per la gentile cortesia dell'autrice.

Zarro, M.: "Tutela dell'ambiente, del clima e della persona umana e responsabilità dell'impresa nella recente proposta di Direttiva sulla *due diligence* aziendale", in corso di pubblicazione, letto per la gentile cortesia dell'autrice.

RESPONSABILITÀ DELLE STRUTTURE SANITARIE E MEZZI DI GESTIONE DEL RISCHIO

RESPONSIBILITY OF HEALTHCARE STRUCTURES AND RISK MANAGEMENT TOOLS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 284-305

Giovanni BERTI
DE MARINIS

ARTICOLO CONSEGNATO: 14 de octubre de 20222
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il lavoro si sofferma sull'evoluzione che ha subito in Italia la tematica della gestione del rischio in ambito sanitario in relazione all'insorgere di eventuali obblighi risarcitori in capo alle strutture sanitarie verso pazienti danneggiati. Si analizzano quindi in chiave critica tanto le problematiche connesse alla gestione di tali rischi tramite il canale assicurativo quanto la possibilità, in via di definizione, di ricorre a sistemi di c.d. "autoassicurazione".

PAROLE CHIAVE: Salute; responsabilità civile; assicurazione r.c.; autoassicurazione; protezione del paziente; protezione dell'assicurato.

ABSTRACT: *The work focuses on the evolution that the issue of risk management in the health sector has undergone in Italy in relation to the presence of any compensation obligations of the health structures towards injured patients. Both the problems connected to the management of these risks through the insurance channel and the possibility, currently being defined, of resorting to so-called "self-insurance" will be critically analysed.*

KEY WORDS: *Health; civil liability; damage insurance; self-insurance; patient protection; protection of the insured.*

SOMMARIO.- I. RESPONSABILITÀ SANITARIA E RISCHIO.- II. L'ASSICURAZIONE PER LA RESPONSABILITÀ CIVILE IN AMBITO SANITARIO.- III. L'AUTOASSICURAZIONE.- IV. CONCLUSIONI.

I. RESPONSABILITÀ SANITARIA E RISCHIO.

È noto a tutti il forte incremento di giudizi che i pazienti o i loro eredi incardinano contro le strutture sanitarie responsabili, secondo i primi, di aver cagionato danni ai soggetti sottoposti a cure mediche. Si tratta di una tematica che presenta diversi profili problematici che chiamano l'interprete a confrontarsi con interessi confliggenti che l'ordinamento deve tentare di bilanciare in maniera ragionevole. Da un lato, infatti, vi è la necessità di riconoscere alle vittime di un errore medico il giusto risarcimento del pregiudizio sofferto ma, dall'altro, vi è anche la necessità di guardare a tali vicende consapevoli delle difficoltà oggettive che caratterizzano l'attività medica e delle conseguenze che una eccessiva responsabilizzazione del comparto medico può generare sul sistema sanitario ed economico.

Quanto detto implica la necessità di misurare la responsabilità medica - e, per l'effetto, l'esposizione della struttura sanitaria - in maniera equilibrata senza indulgere in eccessi di protezione che, come a breve si vedrà, compromettono in maniera significativa l'efficienza economico-sanitaria del sistema. La continua e ripetuta esposizione dei medici e delle strutture sanitarie a richieste risarcitorie, spesso di dubbio fondamento, hanno dato vita al fenomeno noto come medicina difensiva il quale si caratterizza per la tendenza dei medici di prescrivere esami clinici del tutto superflui al mero fine di evitare di esporsi a potenziali, pur se proditorie, richieste risarcitorie o comunque al fine di allegare una piena diligenza nell'ottemperare ai propri compiti medici[1]. Allo stesso modo, la frequenza con cui il comparto medico si trova esposto a richieste risarcitorie tende a dissuadere i medici dall'effettuare operazioni o interventi particolarmente rischiosi e che, nonostante potenzialmente positivi per il paziente, hanno però una scarsa possibilità di riuscita[2].

1 Marchisio, E.: "Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina "difensiva"", *Riv. dir. civ.*, 2020, fasc. 1, p. 189 ss.; Granelli, C.: "Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria", *Resp. civ. prev.*, 2018, fasc. 2, p. 410 ss.

2 Si racconta che il medico Critobulo si rifiutò di operare il Re Alessandro Magno ferito in battaglia poiché, data la rischiosità dell'intervento, temeva che in caso di esito negativo avrebbe subito gravi conseguenze èersonali. Solo dopo essere stato rassicurato da parte del Sovrano, procedette all'intervento chirurgico che salvò la vita al Re.

• Giovanni Berti de Marinis
Professore Associato di diritto dell'economia
Università degli Studi di Perugia
giovanni.bertidemarinis@unipg.it

Non è un mistero che, proprio al fine di perseguire i suddetti interessi, le nuove disposizioni contenute nella l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli – Bianco) hanno tentato una riarticolazione del regime giuridico della responsabilità medica proprio al fine di tentare il difficile bilanciamento fra le esigenze di protezione delle vittime di errore medico e quelli di tenuta dell'intero sistema[3].

Obiettivo del presente scritto è, proprio partendo da tale mutato atteggiamento del legislatore, non tanto quello di soffermarsi sulle modifiche sostanziali che hanno caratterizzato la disciplina della responsabilità medica quanto, piuttosto, concentrarsi sul connesso tema delle modalità descritte dalla disposizione sopra menzionata al fine di gestire giuridicamente il mutato rischio sanitario. È evidente, infatti, che le due tematiche siano intrinsecamente connesse posto che un regime giuridico particolarmente incline a riconoscere sostanziosi risarcimenti alle vittime – vere o presunte – di errore medico, esporrà la struttura sanitaria a rischi maggiori – quantitativamente e qualitativamente – di essere chiamata a pagare un indennizzo. Non può trascurarsi, infatti, che già prima dell'emanazione della l. n. 24 del 2017 – che, come si vedrà, introduce un vero e proprio obbligo assicurativo per le strutture sanitarie a copertura della loro responsabilità civile – risultava molto difficile per tali entità trovare imprese di assicurazione disposte ad offrire adeguate coperture assicurative e, anche se esistenti, tali prodotti venivano offerti a premi talmente elevati da non risultare sostenibili da parte delle strutture sanitarie. La diretta conseguenza di tale sistema è stata, come appare immaginabile, l'impossibilità per una fetta consistente delle strutture sanitarie di gestire tale rischio facendo ricorso al canale "istituzionale" del mercato assicurativo e, quindi, a doverlo sopportare in maniera integrale con il proprio patrimonio presente e futuro.

Proprio lo sforzo fatto dal legislatore del 2017 volto a circoscrivere e rendere maggiormente calcolabile l'incidenza del rischio derivante da errore medico si accompagna ad una più compiuta, pur se come si vedrà non priva di ombre, disciplina degli strumenti giuridici per la gestione di tali rischi da parte delle strutture sanitarie che si articolano secondo un doppio canale: da un lato la previsione di un obbligo assicurativo per la responsabilità civile delle strutture sanitarie e dall'altro, in alternativa, l'adozione di quelle che la stessa l. n. 24 del 2017 definisce come "analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi".

Va tuttavia specificato, prima di entrare nel dettaglio delle due misure, come le norme contenute nella l. n. 24 del 2017 si preoccupano di individuare la base

3 Fra i più recenti commenti, Plaia, A.: "La responsabilità del medico e l'argomento statistico", *Contratti*, 2020, fasc. 3, p. 341 ss.; Castronovo, C.: ""Swinging malpractice". Il pendolo della responsabilità medica", *Eur. dir. priv.*, 2020, fasc. 3, p. 84 ss.; Canzio, G.: "Linee evolutive del sistema della responsabilità in ambito sanitario", *Dir. soc.*, 2020, p. 647 ss.; Ruffolo, U.: "Le "mobili frontiere" della responsabilità medica", *Giur. It.*, 2021, fasc. 2, p. 456 ss.

giuridica su cui calare la disciplina di dettaglio da individuarsi, però, per mezzo di un Decreto ministeriale che a tutt'oggi non è stato ancora emanato e del quale circola, ormai da tempo, una bozza alla quale si farà in seguito riferimento.

II. L'ASSICURAZIONE PER LA RESPONSABILITÀ CIVILE IN AMBITO SANITARIO.

Come accennato in precedenza, la prima novità introdotta sul punto da parte della l. n. 24 del 2017 risiede proprio nell'aver espressamente previsto un obbligo assicurativo per le strutture sanitarie tramite l'art. 10. Si tratta di una tendenza ormai consolidata all'interno del nostro ordinamento che, in settori caratterizzati da attività particolarmente rischiose ma comunque necessarie, tenta di mitigare i potenziali effetti negativi sui terzi facendo ricorso al mercato assicurativo.

In tali circostanze, quindi, l'ordinamento ritiene necessario frapporre fra la responsabilità di un professionista e l'azione risarcitoria eventualmente intentata dal danneggiato, un soggetto (la compagnia di assicurazione) che strutturalmente e patrimonialmente è in grado di metabolizzare il rischio attraverso il proprio patrimonio. Una necessità che, però, non è frutto di un mero capriccio ma risponde alla centrale esigenza di veder realizzati – o non veder compromessi – interessi che il sistema ritiene di dover necessariamente tutelare. Anziché socializzare un eventuale rischio, si chiede aiuto al mercato assicurativo imponendo al possibile danneggiante di dotarsi di una idonea copertura assicurativa.

Se così stanno le cose, è evidente come nell'ambito delle assicurazioni obbligatorie si registri un sostanziale mutamento di paradigma poiché mentre al centro dell'attenzione del mercato assicurativo "comune" vi è l'interesse dell'assicurato a realizzare integralmente le proprie esigenze assicurative, all'interno delle assicurazioni obbligatorie acquistano invece centralità interessi altri ed ulteriori normalmente riconnessi alla tutela dei terzi eventualmente danneggiati[4]. L'interesse dell'assicurato, pur presente, è di regola meramente recessivo. Il problema che si pone l'ordinamento, cioè, non è tanto quello di salvaguardare adeguatamente il patrimonio del soggetto assicurato quanto, piuttosto, garantire la certezza del risarcimento agli eventuali terzi danneggiati.

4 Ferrari, V.: *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*, Esi, Napoli, 2011, p. 208, il quale evidenzia come «nonostante le assicurazioni obbligatorie rientrino nella categoria generale delle assicurazioni della responsabilità civile, deve considerarsi come in realtà i destinatari della tutela indennitaria vengano ad essere – oltre all'assicurato-danneggiante rispetto alla pretesa indennitaria subita – anche i danneggiati, che possono riporre sicuro affidamento in ordine al soddisfacimento delle proprie ragioni risarcitorie. [...] I lineamenti generali di disciplina appena esposti mettono immediatamente in primo piano la funzione sociale svolta dalle assicurazioni obbligatorie, strumentale all'attuazione del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione».

È proprio in funzione di tali diversi interessi che si giustifica una sostanziale compressione dell'autonomia negoziale che si concretizza non solo sul se stipulare una polizza assicurativa, ma anche sul *come* questa deve essere strutturata.

Ed allora appare evidente che il concetto di coerenza – per richiamare il lessico del codice del consumo - e di equilibrio contrattuale riferito ai contratti di assicurazione rientranti nell'ambito dei settori obbligatori debbano necessariamente ricevere una consistenza del tutto distinta.

Se gli interessi da perseguire non sono più quelli singolari appartenenti ad uno specifico cliente che è parte di una infinita varietà di multiformi contraenti ma, al contrario, sono quelli generali individuati dall'ordinamento, è evidente che la valutazione circa la coerenza della singola polizza venga sottratta al singolo distributore per essere assolta – *erga omnes* ed in astratto – da parte del regolatore.

Sarà l'ordinamento che, valutato l'interesse da perseguire e calato lo stesso nelle peculiari caratteristiche dell'attività considerata, imporrà la conclusione di un contratto di assicurazione per la responsabilità civile e detterà le caratteristiche minime che lo stesso deve avere affinché possa materialmente realizzare le finalità prospettate[5].

In altre parole, la valutazione di coerenza del prodotto verrà individuata dall'alto: sarà il legislatore a conformare il contratto di assicurazione oggettivizzando ogni valutazione ed imponendola alla massa dei soggetti coinvolti.

Ben inteso che, in tutto ciò, non vi è nulla di male né risulta rintracciabile, in astratto, alcun pericolo. Il concetto dell'autonomia privata quale dogma inattaccabile è ormai tramontato da tempo[6] in favore di concezioni dell'autonomia contrattuale che, vedendo nella stessa uno strumento di realizzazione degli interessi, ammettono che il volere dei privati, in funzione di particolari esigenze ed interessi, venga eteroregolamentato[7].

5 Va da sé che il rispetto di tali condizioni minime non precluda l'inclusione di ulteriori elementi contrattuali negoziati direttamente fra le parti i quali, purché compatibili con le condizioni minime, dovranno comunque essere oggetto di valutazione di adeguatezza da parte del distributore del prodotto. Una adeguatezza che, stando alle peculiarità che caratterizzano le assicurazioni obbligatorie, dovrebbe chiamare la controparte professionale a valutare l'inclusione di elementi aggiuntivi non solo in relazione alle esigenze dell'assicurato, ma anche a quelle che l'ordinamento si prefiggeva di realizzare.

6 Senza pretesa di esaustività Perlingieri, P.: *Profili istituzionali del diritto civile*, Esi, Napoli 1975, p. 70; Id.: *Profili del diritto civile*, Esi, Napoli 1994, p. 242; Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Esi, Napoli, 2006, p. 334 ss.

7 Con specifico riferimento alle limitazioni all'autonomia privata imposte nell'àmbito delle assicurazioni obbligatorie, si veda Ferrari, V.: *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*, cit., p. 209 s., il quale, evidenziando tale profilo, afferma come «siffatte limitazioni sono perfettamente legittime, anche sotto un profilo costituzionale, poiché, se è vero che l'autonomia privata gode di tutela costituzionale all'art. 41 Cost., è altrettanto indiscutibile che questa stessa norma pone quale limite all'iniziativa economica privata, la sua compatibilità con la libertà, la sicurezza e la dignità della persona. È, quindi, evidente che la funzione sociale delle assicurazioni obbligatorie, essendo orientata a finalità di tutela tanto degli assicurati che dei danneggiati, consenta e legittimi delle restrizioni all'autonomia negoziale».

Il problema, però, è chiedersi se tale eteroregolamentazione determini, caso per caso, una valutazione positiva in termini di effettiva idoneità del prodotto assicurativo eteroconformato a perseguire le finalità prospettate e di equilibrata allocazione dei diritti e dei doveri reciproci.

È chiaro che qui non si possa richiedere al legislatore – che per definizione opera attraverso disposizioni generali ed astratte – una valutazione "sartoriale" delle polizze ma, questo forse sí, che quanto meno non inciampi nella logica delle "taglie uniche".

Non bisogna infatti dimenticare da un lato che comunque permane, seppur assumendo contorni recessivi, l'interesse ad ottenere una adeguata copertura da parte del professionista assicurato e, dall'altro, che tali polizze devono comunque essere calate all'interno del sistema e devono risultare compatibili proprio con gli interessi che l'ordinamento si prefigge di perseguire.

Sotto tale profilo, qualche prima indicazione circa il modello assicurativo ritenuto dal legislatore idoneo ad assicurare il rischio sanitario ci perviene dallo stesso art. 11 della l. n. 24 del 2017 che prevede che la polizza assicurativa debba coprire anche i sinistri avvenuti nei dieci anni precedente – purché denunciati durante il tempo dell'assicurazione – e le richieste risarcitorie pervenute nei dieci anni successivi al venir meno del rapporto assicurativo in caso di cessazione definitiva dell'attività da parte del professionista. La portata temporale della copertura, meglio specificata dall'art. 5 della bozza di Decreto ministeriale che andrà a costituire la disciplina di dettaglio, viene ulteriormente arricchita dalle norme contenute agli artt. 3 ss. del citato Decreto ministeriale che ne disciplinano oggetto, massimali di copertura, diritto di recesso ed eccezioni opponibili.

Una tale previsione negoziale, come pare evidente, allontana le assicurazioni sulla responsabilità civile delle strutture sanitarie dallo schema negoziale classico previsto dall'art. 1917, comma 1 c.c. per le assicurazioni contro la responsabilità civile (modello c.d. *loss occurrence*). Il dettato codicistico, infatti, prevede che in tali tipologie di assicurazioni "l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo"[8]. Stando alla lettera del codice civile, quindi, solo i danni derivanti da sinistri accaduti durante la vigenza del contratto di assicurazione possono essere oggetto di indennizzo da parte dell'assicuratore così, almeno apparentemente, escludendo che lo stesso possa essere chiamato ad indennizzare danni causalmente derivanti da sinistri accaduti precedentemente alla conclusione del contratto.

8 V., sul punto, Volpe Putzolu, G.: "La clausola «claims made». Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.", *Assicurazioni*, 2006, p. 10.

L'antecedente logico/normativo alla disposizione da ultimo menzionata viene comunemente rintracciato nell'art. 1895 c.c. che sancisce la nullità del contratto di assicurazione "se il rischio non è mai esistito o se ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto". Dall'interpretazione rigida delle disposizioni codicistiche sopra menzionate si ricavava, in estrema sintesi, la non assicurabilità di danni derivanti da sinistri antecedenti la conclusione del contratto in quanto, in tutte quelle circostanze, il rischio – inteso come produzione di un danno quale conseguenza di una condotta –, essendosi già realizzato prima della conclusione del contratto di assicurazione aveva cessato di essere "rischio" tramutandosi in "certezza" dell'obbligo risarcitorio.

La prassi negoziale prima[9], la giurisprudenza poi e, da ultimo, lo stesso legislatore, hanno però fortemente innovato tali rigidi orientamenti con l'introduzione delle c.dd. clausole *claims mad*e che, per lo meno nella loro formulazione più comune, garantiscono la copertura di rischi derivanti da sinistri già verificatisi prima della conclusione del contratto cosí introducendo una sostanziale retroattività della copertura[10].

Attraverso tali clausole, infatti, saranno oggetto di indennizzo anche i danni prodotti da condotte precedenti alla stipula dell'assicurazione per i quali, però, la richiesta di indennizzo venga formulata nel periodo di vigenza del contratto. Tutto ciò a condizione che il fatto generatore del danno sia avvenuto entro il termine di retroattività della polizza e che il sinistro non risultasse conosciuto né conoscibile da parte dell'assicurato al momento della conclusione del contratto.

Il profilo della validità di tali clausole è stato al centro di un fervente dibattito dottrinale e giurisprudenziale che qui sembra eccessivo riprodurre[11]. Basti solo far menzione, ai fini della presente trattazione, come sul punto si siano pronunciate

9 Cfr., Carassale, U.: "La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale", *Danno resp.*, 2006, p. 600; Cesarani, F.: "Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali", *Diritto ed econ. ass.*, 2007, p. 799 ss.

10 V., senza pretesa di esaustività, Monti, A.: "In tema di liceità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile", *Dir. econ. ass.*, 2005, p. 531 ss.; De Strobel, D.: "La vicenda delle «claims made»", *ivi*, 2006, p. 531 ss.; Amendolagine, V.: "Clausola "claims made", alea contrattuale e copertura assicurativa per la responsabilità civile", *Contratti*, 2014, p. 532 ss.; Id.: "Clausola "claims made" e responsabilità dell'assicuratore: quando ricorre il carattere della vessatorietà", *Giur. it.*, 2012, p. 2559 ss.; Magni, F.A.: "Gli incerti limiti di validità della "clausola claims made" nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile", *Corr. mer.*, 2013, p. 1164 ss.; Gazzara, M.: "Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza", *Contratti*, 2013, p. 887 ss.; Monticelli, S.: "La clausola "claims made" tra abuso del diritto e immeritevolezza", *Danno e resp.*, 2013, p. 701 ss.; Nardo, D. e Tassone, B.: "Le clausole "claims made" di nuovo in Cassazione: atto quarto o semplice bis?", *Danno e resp.*, 2016, p. 187 ss.; Locatelli, L.: "Clausole claims made e giudizio di vessatorietà", *Resp. civ. e prev.*, 2016, p. 529 ss.; De Luca, N.: "Act committed, loss occurence, claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?", *Banca borsa tit. cred.*, 2015, p. 721 ss.; Pagni, C.: "Le claims made e le Sezioni Unite: spunti operativi tra questioni risolte e questioni aperte", *dirittobancario.it*, 2016, p. 1 ss.

11 Sia concesso rinviare, per ogni opportuno riferimento a Gaggero, P.: "Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made", *Contr. impr.*, 2013, p. 403 ss.

le Sezioni Unite della Corte di cassazione[12] decretando, in un primo momento, la sostanziale ammissibilità delle clausole *claims made* – pur se richiamando l'interprete ad un generale obbligo di valutazione caso per caso della meritevolezza delle stesse – garantendo, così, la possibilità di conferire retroattività alla copertura assicurativa. A tale posizione, a riprova delle difficoltà interpretative che genera una tale pattuizione, ha fatto però seguito una ulteriore decisione delle Sezioni unite della Cassazione che, prendendo atto di una ormai avvenuta tipizzazione delle clausole *claims made* da parte del legislatore, ha escluso la possibilità che sulle stesse si potesse svolgere un sindacato di meritevolezza ma, nel ribadirne tendenzialmente la validità, stimola l'interprete a vagliare il contratto in relazione alla sua causa in concreto al fine di prevenire eventuali abusi nell'utilizzo di un modello contrattuale che altera in maniera significativa il rapporto giuridico fra assicurato ed impresa di assicurazione[13].

Prescindendo dalla diversa tipologia di controllo giudiziario al quale tali clausole risultano assoggettabili, elemento che accomuna le due pronunce può rintracciarsi nel fatto di ritenere di regola valide tali pattuizioni. Tale posizione si giustifica attraverso una interpretazione, sicuramente persuasiva[14], secondo la quale il "rischio" che viene ad essere preso in considerazione all'interno di tali clausole non è tanto il rischio che si verifichi una condotta generatrice di un danno, quanto il rischio che quel danno si sia effettivamente prodotto e che venga denunciato durante l'arco di efficacia del contratto di assicurazione. Il "rischio" così inteso, cioè, non cessa per il solo fatto che la condotta dannosa si sia già esaurita ma, al contrario, persiste ove ricorrano due condizioni: da un lato che l'assicurato non sia a conoscenza del sinistro - o, legittimamente, non lo percepiva come tale - e, dall'altro, che il danneggiato proceda a reclamare il risarcimento per la prima volta solo dopo la conclusione del contratto di assicurazione.

Tale scelta del legislatore trova la sua giustificazione nella peculiare tipologia di danni che si generano in tali ambiti che si caratterizzano per il fatto che, sovente, fra condotta generativa del danno (errore medico) ed emersione dello stesso trascorra un lasso ti tempo a volte significativo (c.dd. danni lungolatenti)[15]. Tale

12 Si tratta di Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *giustizia civile.com*, 2016, con nota di Bizzarri, G.: "Le Sezioni Unite sulle clausole claims made: un'indagine approfondita in tema di meritevolezza, liceità, vessatorietà e rimedi", a cui si rinvia per una compiuta trattazione delle problematiche connesse al tema. Sul punto v., pure, Mazzola, M.: "Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni «a margine»", *Riv. dir. bancario*, 2016, 5, p. 1 ss.; Spadafora, N. e Scarpa, D.: "Clausola claims made e disciplina del consumo (commento a margine della sentenza Cass. 6 maggio 2016, n. 9140)", *dirittobancario.it*, 2016, p. 1 ss.; Volpe Putzolu, G.: "Assicurazioni r.c. dei professionisti e clausola claims made. La sentenza della S.C. a sezioni unite", *Dir. merc. ass. fin.*, 2016, p. 320 ss. In senso adesivo, Cass., Sez. un., 2 dicembre 2016, n. 24645, *www.dejure.it*.

13 Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, *www.dejure.it*.

14 Cfr., diffusamente, Corrias, P.: "La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo", *Banca borsa tit. cred.*, 2016, II, p. 661 ss.

15 Proprio sotto il profilo assicurativo, analizza la tematica Cesarani, F.: "nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle "coverage trigger disputes"", *Dir.*

elemento, da un lato permette di garantire l'assicurabilità di eventi precedenti alla conclusione del contratto purché il danno non sia stato ancora denunciato in quella data e ciò avvenga durante il tempo dell'assicurazione ma, dall'altro, impone di prevedere una copertura postuma che garantisca l'indennizzo per tutti quei danni causalmente derivanti da condotte poste in essere durante il tempo dell'assicurazione che, però, si manifestino esternamente solo in un momento successivo alla scadenza del contratto di assicurazione. Sotto tale ultimo profilo, in particolare, le disposizioni sopra analizzate impongono che il contratto di assicurazione per la responsabilità civile preveda una garanzia postuma decennale che, tuttavia, soddisfa solo in parte. In un ambito caratterizzato da danni lungolatenti, infatti, una garanzia postuma decennale potrebbe risultare insufficiente. La regola generale in termini di prescrizione prevede, come noto, che il termine inizi a decorrere dal momento in cui il diritto (nel caso di specie l'azione per l'accertamento di una responsabilità contrattuale) possa essere fatto valere da parte del suo titolare. Questo significa che il danno subito dal cliente del professionista ormai inattivo potrebbe emergere anche molti anni dopo la cessazione dell'attività professionale ed è da quel momento, quindi, che inizierà a decorrere il termine decennale di prescrizione. Stando così le cose, l'eventuale richiesta risarcitoria potrà legittimamente pervenire anche dopo lo spirare della garanzia decennale postuma determinando il legittimo rifiuto dell'assicurazione di mantenere indenne il professionista. Così facendo, però, si rischia non solo e non tanto di vulnerare l'interesse del professionista a mantenere integro il proprio patrimonio – interesse questo che, come detto, appare recessivo all'interno di tali assicurazioni obbligatorie -, ma di porre in pericolo il diritto del danneggiato ad ottenere il ristoro del danno subito che, al contrario, è interesse centrale del legislatore

III. L'AUTOASSICURAZIONE.

L'aspetto che pare essere più innovativo, però, risiede nella possibilità di gestire diversamente il rischio da parte delle strutture sanitarie senza passare tramite la conclusione di contratti di assicurazione. Il riferimento è, come accennato, alla facoltà per i suddetti soggetti di adottare – in alternativa alla conclusione del contratto di assicurazione – "analoghe misure per la responsabilità civile" ai sensi dell'art. 10 della l. n. 24 del 2017 e dell'emanando Decreto ministeriale. Tale richiamo rappresenta l'emersione normativa del fenomeno noto con il nome di "autoassicurazione" che, tutt'altro che nuovo nella prassi, va però via via prendendo forma anche al livello normativo che, nel caso di specie, appare

econ. ass., 2010, p. 3 ss.

propenso a considerare equivalente tali "analoghe misure" alla presenza di una copertura assicurativa[16].

Con al termine "autossicurazione" si intendono tutte quelle tecniche di gestione interna dei rischi – o di parte dei rischi – che incombono su un determinato soggetto di diritto il quale, senza ricorrere al mercato assicurativo per la neutralizzazione degli stessi, si organizza patrimonialmente al fine di essere in grado autonomamente di far fronte alle potenziali conseguenze dannose derivanti dal rischio autoassicurato. Ciò porta a distinguere, in primo luogo, la c.d. autoassicurazione dall'assenza di qualunque "attenzione" verso i rischi ai quali il soggetto è esposto: ciò che manca è solo una copertura assicurativa. Quanto detto determina che il soggetto autoassicurato, che risponderà dei propri debiti con tutti i suoi beni presenti e futuri ai sensi dell'art. 2740 c.c. come qualunque soggetto di diritto, assume però una condotta responsabile di fronte al rischio cercando di predisporre presidi interni atti ad una corretta gestione e mitigazione dello stesso.

Né, però, è possibile confondere la c.d. autoassicurazione con le tecniche di neutralizzazione dei rischi propriamente assicurative. Se non ci si lascia confondere dall'assonanza definitoria, infatti, risulterà evidente che la gestione dei rischi con gli strumenti assicurativi è qualcosa di estremamente tecnico e fondato su basi scientifico-matematiche che impongono una elevata specializzazione delle imprese di assicurazione che, non a caso, sono assoggettate ad una riserva di attività. Tutto ciò è necessario al fine di avere la ragionevole certezza che, verificatosi il sinistro, l'impresa sarà in grado di pagare il relativo indennizzo. Ciò, come si vedrà, genera qualche dubbio sulla totale equiparabilità dell'autoassicurazione con un fenomeno tanto complesso ed articolato qual è quello propriamente assicurativo.

A ben vedere, quindi, sii tratta della predisposizione di accortezze che, oltre ad essere sempre opportune, sono in linea di principio del tutto lecite concretizzandosi nella implementazione di strumenti patrimoniali ed organizzativi di gestione dei rischi che dovrebbero migliorare la capacità del soggetto di diritto di reagire in maniera efficiente al verificarsi degli stessi[17]. Anche se si può discutere sulla adeguatezza di tale strumento di gestione dei rischi, non si può dubitare sul fatto

16 Per una prima trattazione, diffusamente, AA. VV.: *Autoassicurazione e gestione del rischio* (a cura di S. Landini), Giappichelli, Torino, 2015. V., pure, Velliscig, L.: "Autoassicurazione e rischio sanitario. Riflessioni critiche alla luce dell'esperienza statunitense", *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 666 ss.; Id.: "L' autoassicurazione come tecnica alternativa di mitigazione delle conseguenze economico–patrimoniali degli eventi dannosi", in AA. VV.: *Nuovi attori e nuovi ruoli nello scenario del diritto del mercato assicurativo* (a cura di S. Landini), Giappichelli, Torino, 2017, p. 61 ss.; Id.: *Assicurazione e "autoassicurazione" nella gestione dei rischi sanitari*, Milano, 2018, p. 13 ss.

17 Cfr, Candian, A.: "La giurisprudenza e le sorti delle clausole claims made", *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 698 ss. ove rileva la larghissima diffusione dello strumento quale mezzo di gestione dei rischi da responsabilità civile sanitaria spesso affiancati da coperture assicurative parziali con le quali traferivano ad imprese di assicurazione esclusivamente danni di carattere "catastrofale".

che non vi siano disposizioni che lo vietino come pure sul fatto che tale strumento non entri in contrasto con la riserva di attività che l'ordinamento predispone in favore delle imprese di assicurazione. Nel caso dell'autoassicurazione, cioè, non vi è la conclusione di un contratto di assicurazione né lo svolgimento da parte del soggetto autoassicurato di attività rientranti nell'ambito assicurativo che risulterebbero precluse a soggetti non muniti dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività assicurativa.

Il problema, però, riemerge in tutte le ipotesi, quale quella in parola, in cui è lo stesso sistema ordinamentale che da un lato impone un obbligo assicurativo e, dall'altro, equipara la gestione in "autoassicurazione" dei rischi alla conclusione di contratti di assicurazione per la responsabilità civile verso terzi[18].

Ed è sicuramente così, come accennato, per quanto concerne la previsione dell'obbligo assicurativo gravante sulle strutture sanitarie per la responsabilità civile verso i pazienti che subiscano danni da *malpractice*. L'art. 10, comma 1, della l. 8 marzo 2017, n. 24, infatti, stabilisce che i suddetti soggetti devono essere in possesso di idonea copertura assicurativa "o di altre analoghe misure per la responsabilità civile", delegando poi al Decreto del competente Ministero, fra le altre cose, anche il compito di stabilire "i requisiti minimi di garanzia e le condizioni generali di operatività delle altre analoghe misure, anche di assunzione diretta del rischio, richiamate dal comma 1"[19].

Le problematiche qui brevemente descritte hanno assunto una particolare rilevanza proprio nello specifico ambito della responsabilità sanitaria già da prima che venisse sancito un obbligo assicurativo in capo alle strutture sanitarie le quali, data la difficoltà nel reperire idonee garanzie assicurative nel mercato - o a causa della loro eccessiva onerosità -, avevano già fatto ricorso a sistemi "casalinghi" di gestione dei rischi[20] visto quale unica alternativa all'impossibilità di ricorrere al mercato assicurativo[21].

18 Sulle assicurazioni obbligatorie, v. Ferrari, V.: *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*, cit., p. 207 ss.

19 Cfr., Art. 10, comma 6 della l. n. 24 del 2017. Il Decreto ministeriale menzionato deve, peraltro, anche stabilire i contenuti minimi delle polizze assicurative di cui al primo comma della medesima norma. Diffusamente, Velliscig, L.: *Assicurazione e "autoassicurazione" nella gestione dei rischi sanitari*, cit., p. 247 ss.

20 Si veda, Montalti, M.: "La copertura dei rischi derivanti da responsabilità civile negli Enti del Servizio Sanitario della regione Emilia-Romagna: storia, ragioni e sviluppi del programma regionale", *Resp. civ. prev.*, 2020, fasc. 6, p. 2059 ss.

21 Considerazioni in tal senso in Di Gaspare, G.: "Problemi e prospettive della tutela assicurativa della responsabilità sanitaria", *Amministrazione in cammino*, 2010, p. 1 ss.; Colaianni, P.: "Autoassicurazione e assicurazione nella responsabilità civile medica", in AA. VV.: *Autoassicurazione e gestione del rischio* (a cura di S. Landini), cit., p. 38 ss. Selle peculiarità che presenta l'assunzione di rischi in ambito sanitario da parte delle imprese di assicurazione, v. Onnis Cugia, F.: "Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la legge Balduzzi", *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1765 ss.

Se il suddetto atteggiamento non poneva problemi giuridici nel sistema previgente, nel quale cioè era assente un espresso obbligo assicurativo in capo alle strutture sanitarie, maggiormente complessa è la sua operatività con l'attuale sistema poiché, entrando in potenziale conflitto con il mercato assicurativo, richiede di verificare l'adeguatezza delle "analoghe misure" anche alla luce delle ragioni che hanno imposto una assicurazione obbligatoria in ambito sanitario. Non va infatti dimenticato che la *ratio* che ha spinto l'ordinamento ad imporre un obbligo assicurativo in tale materia sia quello di garantire l'effettività del risarcimento a tutti quei soggetti che, per effetto di un errore medico, avessero ricevuto una lesione al diritto alla salute. Di qui, l'imposizione di un obbligo assicurativo[22]. È proprio sulla scorta di tale obiettivo che si dovrà verificare se il sistema di autoassicurazione delineato dalla l. n. 24 del 2017 sia effettivamente idoneo a realizzare lo scopo posto che la dottrina ha da tempo evidenziato che la gestione di tali rischi – dai quali, è bene ricordarlo, rifuggono anche le imprese di assicurazione -, non possa passare esclusivamente attraverso forme di accantonamento di risorse finanziarie calcolate in maniera approssimativa ma richieda, al contrario, una organizzazione complessa che deve passare tramite strutture professionali e specializzate nella valutazione e misurazione dei rischi[23].

Questo, quindi, ciò che ci si attende dal Decreto ministeriale richiamato dall'art. 10, comma 6 della l. n. 24 del 2017 che dovrebbe stabilire in cosa devono consistere le suddette "analoghe misure" al fine di risultare dei validi succedanei ad una copertura assicurativa[24].

22 Sollevano dubbi in tal senso, ove la possibilità di autoassicurarsi non venga accompagnata da disposizioni che dettino una disciplina dettagliata delle modalità con cui la stessa sia praticabile, Velliscig, L.: *Autoassicurazione e rischio sanitario*, cit., p. 680 ss.; Romagnoli, G.: "Autoassicurazione della responsabilità medica: compatibilità con i principi di diritto interno ed europeo", *Danno resp.*, 2015, p. 335 s.; Gagliardi, M.: "I riflessi dell'autoassicurazione (e dell'obbligo di assicurazione) sul mercato e sulle logiche assicurative", *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 1222.

23 Sul punto, Corrias, P.: "La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile", *Corr. giur.*, 2017, p. 752 ss., il quale fa notare come "il grado di efficacia e sicurezza di tali modelli alternativi dipenderà dai criteri di calcolo del rischio e dalle regole di gestione delle risorse raccolte che i soggetti sui quali incombe l'obbligo di copertura saranno tenuti ad adottare, qualora optino per la gestione diretta, anziché affidarsi ad una impresa di assicurazioni. Escludendo, infatti, che possa essere ritenuto adeguato allo scopo un semplice accantonamento di risorse effettuato senza adeguata consapevolezza e professionalità nella valutazione delle possibili passività o, peggio, affidandosi a criteri empirici – quali l'ammontare delle somme che sarebbero state destinate al pagamento dei premi qualora fossero stati stipulati contratti assicurativi –, siamo persuasi che i requisiti minimi essenziali per l'efficacia di tali strumenti alternativi consistano: (i) nella assunzione da parte delle strutture sanitarie di competenze specifiche ed adeguate nel calcolo, nel controllo e nella gestione dei sinistri mediante una apposita struttura di autovalutazione dei rischi (c.d. *clinical risk management*); (ii) nella effettiva capacità di costituire, investire e proteggere (mediante un fondo destinato o separato) siffatte risorse nella misura richiesta dai calcoli statistici ed attuariali effettuati dalla struttura interna di autovalutazione". Riflessioni in tal senso anche in Rossi, P.: "La copertura assicurativa della "nuova" responsabilità civile in sanità nella riforma "Gelli": quale "garanzia" del diritto alla salute?", *www. dirittifondamentali.it*, 2017, p. 22 ss.

24 Considerazioni sul punto in La Russa, R.: "La riforma della responsabilità sanitaria nel diritto civile: l'istituto del «doppio binario» ed il nuovo regime assicurativo, tra obbligo di copertura e possibilità di autotutela", *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 357 ss.

Entrando nel merito, la bozza del decreto che circolare ormai da tempo sancisce, in primo luogo, la totale alternatività delle "analoghe misure" rispetto al ricorso al sistema assicurativo con la precauzione di evidenziare e motivare le modalità con cui la stessa struttura si sia organizzata anche dal punto di vista patrimoniale al fine di adattarsi alle disposizioni speciali[25].

Tali "analoghe misure" si compongono, ai sensi della citata bozza di Decreto, nell'istituzione di un fondo a copertura dei rischi che, nell'esercizio, potrebbero dar luogo a richieste risarcitorie[26], ed un fondo sinistri che ponga a riserva per competenza gli importi relativi alle richieste risarcitorie pervenute alla struttura e non ancora pagate[27] assegnando al revisore legale o al collegio sindacale il compito di certificarne l'adeguatezza dal punto di vista quantitativo in relazione ai rischi coperti[28].

Tali misure a carattere patrimoniale vengono poi affiancate da presidi di natura organizzativa consistenti nella creazione di una funzione di governo del rischio con il compito di valutare pertinenza e fondatezza delle richieste risarcitorie[29] e che collabori nella determinazione dei necessari accantonamenti in un processo di stima che richiede anche il dominio di strumenti statistico–attuariali necessari ad identificare gli oneri che dovranno essere coperti dai fondi sopra menzionati[30]. La concreta determinazione dei fondi di cui agli artt. 9 e 10 del Decreto coinvolge, poi, anche la struttura di Gestione del rischio, già introdotta dall'art. 1, comma 539 della l. 28 dicembre 2015, n. 208, alla quale si richiede l'implementazione di processi di valutazione continuativa dei rischi, anche in chiave prospettica, che siano efficaci ed affidabili[31].

Così definita la massa di risorse accantonate al fine di essere in grado di rispondere in maniera efficiente ai rischi derivanti da errore medico, la bozza di Decreto prevede la non aggredibilità delle risorse accantonate rispetto a pretese creditorie di terzi[32]. Si tratta, però, di una non aggredibilità che ai sensi dell'art. 11, comma 2 della bozza di Decreto, che rimanda all'art. 1 commi 5 e 5 *bis* del d.l. 18 gennaio 1993, n. 9 come convertito con l. 18 marzo 1993, n. 67, è relativa solo alle

25 Art. 8 della bozza di Decreto.

26 Art. 9 della bozza di Decreto. Si tratta di un fondo vincolato alla sola copertura dei rischi menzionati e che deve essere sufficiente a far fronte, nel continuo, al costo atteso per i rischi in corso al termine dell'esercizio.

27 Art 10 della bozza di Decreto.

28 Art. 11, comma 1 della bozza di Decreto.

29 Art. 14, comma 1 della bozza di Decreto.

30 Art. 14, comma 2 della bozza di Decreto.

31 Art. 15 della bozza di Decreto.

32 Evidenzia tale necessità Onnis Cugia, F.: "Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la legge Balduzzi", cit., p. 1777 s.

somme dovute a titolo di risarcimento che siano state definitivamente accertate in sede di giudizio o stragiudizialmente.

A tale sforzo organizzativo si aggiunge, nella meritoria ottica di cerare una cultura del rischio in ambito sanitario, la costituzione di Centri regionali per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente ai sensi dell'art. 2, comma 4 della l. n. 24 del 2017 e dell'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità di cui al successivo art. 3[33], che dovrebbero contribuire a stimolare una attività di prevenzione e monitoraggio del rischio sanitario con lo scopo di mitigarne gli effetti negativi sulle strutture sanitarie[34].

Una volta descritto, pur se sommariamente, cosa si intenda nell'emanando Decreto ministeriale per "analoghe misure", v'è da chiedersi se le stesse possano essere considerate effettivamente dei validi succedanei alla copertura assicurativa classica.

Va in primo luogo sottolineato che il buon funzionamento di tali presidi di natura economico-organizzativa può ottenersi solo nel caso in cui vengano introdotti negli organigrammi delle strutture sanitarie soggetti muniti di specifiche competenze che, attualmente, non sembrano rinvenirsi all'interno delle strutture di cura. Senza tali professionalità, la cui assunzione – almeno nelle strutture pubbliche, i meccanismi di autoassicurazione sembrano destinati a svilupparsi in maniera del tutto approssimativa e, quindi, scarsamente efficiente rispetto alle finalità perseguite.

A tale carenza si aggiunga l'assenza di una struttura di Vigilanza esterna che, in un clima di dialogo con i soggetti vigilati, sorvegli la loro attività al fine di garantire la loro "sana e prudente gestione" che, in ambito assicurativo, appare il primo presidio che l'ordinamento individua al fine di garantire l'erogazione della prestazione assicurativa nel caso in cui si avveri il sinistro. Le imprese di assicurazione, contrariamente alle strutture sanitarie che ricorrano alle "analoghe misure" sono costantemente esposte al confronto con l'IVASS che verifica la condotta delle stesse.

33 Tale Osservatorio nazionale acquisisce dai Centri regionali per la gestione del rischio sanitario "i dati regionali relativi ai rischi ed eventi avversi nonché alle cause, all'entità, alla frequenza e all'onere finanziario del contenzioso e, anche mediante la predisposizione, con l'ausilio delle società scientifiche e delle associazioni tecnico–scientifiche delle professioni sanitarie di cui all'articolo 5, di linee di indirizzo, individua idonee misure per la prevenzione e la gestione del rischio sanitario e il monitoraggio delle buone pratiche per la sicurezza delle cure nonché per la formazione e l'aggiornamento del personale esercente le professioni sanitarie".

34 Sul punto, diffusamente, Ricci, C.: *Profili problematici delle responsabilità in ambito finanziario*, Esi, Napoli, 2020, p. 19 ss. V., pure, Gagliardi, M.: "L'esempio del risk management in sanità: responsabilità, assicurazione e prevenzione dei rischi", in AA. VV.: *Patrimonio, persona e nuove tecniche di "governo del diritto". Incentivi, premi, sanzioni* (a cura di P.G. Monateri e A. Somma), Esi, Napoli, 2009, p. 1025 ss. ove, pur se analizzando il quadro normativo precedente l'introduzione dell'obbligo assicurativo, evidenzia la rilevanza che tali misure di mitigazione del rischio avrebbero dovuto avere anche nella valutazione dei rischi sanitari da parte delle imprese di assicurazione.

Va poi segnalato, sempre nel tentativo di tracciare una linea di demarcazione fra autoassicurazione e gestione assicurativa dei rischi, che nel caso di specie manca proprio il primo strumento che le imprese di assicurazione utilizzano per delimitare i rischi assunti e, quindi, per misurarli al fine di neutralizzarli che è rinvenibile proprio nel contratto di assicurazione. Il contratto di assicurazione è infatti lo strumento giuridico che l'impresa di assicurazione utilizza per assumere rischi e nel quale delimita gli stessi rispondendo del sinistro entro i limiti stabiliti nel contratto che – tramite scoperti, franchigie e massimali – definisce il rischio assunto e lo rende più facilmente calcolabile e neutralizzabile tramite il meccanismo assicurativo. Chi invece ricorre a sistemi di autoassicurazione, tendenzialmente, assume senza limiti il rischio senza avere la possibilità di circoscriverlo negozialmente. Ciò rende ancor più difficile la corretta valutazione degli stessi e, quindi, la loro corretta gestione[35].

È dunque evidente che non sussistano le basi tecniche per equiparare *sic et simpliciter* la gestione dei rischi che viene effettuata da parte di imprese di assicurazione specializzate rispetto a quella – del tutto approssimativa e casalinga – che possono effettuare le strutture sanitarie che, in maniera del tutto legittima, decidano di optare per sistemi di autoassicurazione.

IV. CONCLUSIONI.

Le considerazioni svolte evidenziano una crescente attenzione da parte dell'ordinamento verso la corretta gestione dei rischi sanitari stante la rilevanza degli interessi in gioco. La scelta fatta da parte della l. n. 24 del 2017 appare sul punto chiara: descrivere con caratteri univoci la responsabilità delle strutture sanitarie al fine di rendere il rischio ben calcolabile da parte delle imprese di assicurazione e stimolarle, per tal via, a riavvicinarsi al settore dei rischi sanitari risultato, nel tempo, poco appetibile. Traspare, sul punto, la convinzione dello stesso legislatore di considerare il mercato assicurativo quale strumento principale e più idoneo a gestire correttamente il rischio di sinistri che cagionino danni a terzi.

Si tratta, però, di un obiettivo perseguito non senza ambiguità. Ed infatti, alla previsione di un obbligo assicurativo da parte delle strutture sanitarie – le quali, quindi, devono necessariamente assicurarsi – non viene affiancato uno speculare obbligo a contrarre delle imprese di assicurazione con le strutture sanitarie che ne facciano richiesta. L'impresa di assicurazione, cioè, è e rimane totalmente libera di non concludere il contratto di assicurazione.

35 Tutto ciò appare vero anche alla luce della scelta normativa di applicare alla responsabilità medica le tabelle stabilite dagli artt. 138 e 139 c.a.p. che, senza dubbio, contribuiscono a facilitare e rendere oggettivo il calcolo del risarcimento dovuto al singolo paziente che, tuttavia, risente ovviamente della dimensione che il danno assume di volta in volta. Qualche spunto relativo al rapporto fra autoassicurazione e tabelle di determinazione del danno, pur se con riferimento alle disposizioni precedenti all'emanazione della l. n. 24 del 2017, in Gagliardi, M.: "I riflessi dell'autoassicurazione", cit., p. 1225 s.

Ed è forse proprio per questo che la l. n. 24 del 2017 permette alle strutture sanitarie di sostituire al contratto di assicurazione le c.d. "analoghe misure". Anche in questo caso si intravede in chiaroscuro la consapevolezza del legislatore che i rischi sanitari rappresentino ancora un terreno estremamente scivoloso per le imprese di assicurazione che, dunque, faranno ancora fatica a manlevare le strutture sanitarie. Sussiste ancora la possibilità che le imprese di assicurazione si rifiutino di assicurare le strutture sanitarie lasciando i pazienti privi delle necessarie coperture volte a garantire, quantomeno, l'effettività del risarcimento dei danni.

Non essendosi spinto fino al punto di imporre un obbligo a contrarre per le imprese di assicurazione, quindi, il legislatore ha ritenuto quantomeno di imporre alle strutture sanitarie che decidano di ricorre a sistemi di autoassicurazione quei minimi presidi organizzativo-patrimoniali che, se correttamente applicati, dovrebbero aiutare a rendersi solvibili verso i pazienti (o gli aventi diritto) che abbiano subito un danno sanitario.

Solo la pratica implementazione delle suddette "analoghe misure" potrà offrire ulteriori spunti di riflessione ma appare fin d'ora di tutta evidenza – quantomeno ad una analisi teorica - che tali accortezze, per quanto correttamente individuate, difficilmente possano essere paragonate - in quanto agli effetti prodotti - alla presenza di una copertura assicurativa.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV.: *Autoassicurazione e gestione del rischio* (a cura di S. Landini), Giappichelli, Torino, 2015.

Amendolagine, V.: "Clausola "claims made" e responsabilità dell'assicuratore: quando ricorre il carattere della vessatorietà", *Giur. it.*, 2012, p. 2559 ss.

Amendolagine, V.: "Clausola "claims made", alea contrattuale e copertura assicurativa per la responsabilità civile", *Contratti*, 2014, p. 532 ss.

Bizzarri, G.: "Le Sezioni Unite sulle clausole claims made: un'indagine approfondita in tema di meritevolezza, liceità, vessatorietà e rimedi", in *giustizia civile.com*, 2016.

Candian, A.: "La giurisprudenza e le sorti delle clausole claims made", *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 698 ss.

Canzio, G.: "Linee evolutive del sistema della responsabilità in ambito sanitario", *Dir. soc.*, 2020, p. 647 ss.

Carassale, U.: "La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale", *Danno resp.*, 2006, p. 600.

Castronovo, C.: ""Swinging malpractice". Il pendolo della responsabilità medica", *Eur. dir. priv.*, 2020, fasc. 3, p. 84 ss.

Cesarani, F.: "nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle "coverage trigger disputes"", *Dir. econ. ass.*, 2010, p. 3 ss.

Cesarani, F.: "Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali", *Diritto ed econ. ass.*, 2007, p. 799 ss.

Colaianni, P.: "Autoassicurazione e assicurazione nella responsabilità civile medica", in AA. VV.: *Autoassicurazione e gestione del rischio* (a cura di S. Landini), Giappichelli, Torino, 2015, p. 38 ss.

Corrias, P.: "La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo", *Banca borsa tit. cred.*, 2016, II, p. 661 ss.

Corrias, P.: "La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile", *Corr. giur.*, 2017, p. 752 ss.

De Luca, N.: "Act committed, loss occurence, claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?", *Banca borsa tit. cred.*, 2015, p. 721 ss.

De Strobel, D.: "La vicenda delle «claims made»", *ivi*, 2006, p. 531 ss.

Di Gaspare, G.: "Problemi e prospettive della tutela assicurativa della responsabilità sanitaria", *Amministrazione in cammino*, 2010, p. 1 ss.

Ferrari, V.: *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*, Esi, Napoli, 2011.

Gaggero, P.: "Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made", *Contr. impr.*, 2013, p. 403 ss.

Gagliardi, M.: "I riflessi dell'autoassicurazione (e dell'obbligo di assicurazione) sul mercato e sulle logiche assicurative", *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 1222.

Gagliardi, M.: "L'esempio del risk management in sanità: responsabilità, assicurazione e prevenzione dei rischi", in AA. VV.: *Patrimonio, persona e nuove tecniche di "governo del diritto". Incentivi, premi, sanzioni* (a cura di P.G. Monateri e A. Somma), Esi, Napoli, 2009, p. 1025 ss.

Gazzara, M.: "Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza", *Contratti*, 2013, p. 887 ss.

Granelli, C.: "Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria", *Resp. civ. prev.*, 2018, fasc. 2, p. 410 ss.

La Russa, R.: "La riforma della responsabilità sanitaria nel diritto civile: l'istituto del «doppio binario» ed il nuovo regime assicurativo, tra obbligo di copertura e possibilità di autotutela", *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 357 ss.

Locatelli, L.: "Clausole claims made e giudizio di vessatorietà", *Resp. civ. e prev.*, 2016, p. 529 ss.

Magni, F.A.: "Gli incerti limiti di validità della "clausola claims made" nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile", *Corr. mer.*, 2013, p. 1164 ss.

Marchisio, E.: "Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina "difensiva"", *Riv. dir. civ.*, 2020, fasc. 1, p. 189 ss.

Mazzola, M.: "Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni «a margine»", *Riv. dir. bancario*, 2016, 5, p. 1 ss.

Montalti, M.: "La copertura dei rischi derivanti da responsabilità civile negli Enti del Servizio Sanitario della regione Emilia-Romagna: storia, ragioni e sviluppi del programma regionale", *Resp. civ. prev.*, 2020, fasc. 6, p. 2059 ss.

Monti, A.: "In tema di liceità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile", *Dir. econ. ass.*, 2005, p. 531 ss.

Monticelli, S.: "La clausola "claims made" tra abuso del diritto e immeritevolezza", *Danno e resp.*, 2013, p. 701 ss.

Nardo, D. e Tassone, B.: "Le clausole "claims made" di nuovo in Cassazione: atto quarto o semplice bis?", *Danno e resp.*, 2016, p. 187 ss.

Onnis Cugia, F.: "Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la legge Balduzzi", *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1765 ss.

Pagni, C.: "Le claims made e le Sezioni Unite: spunti operativi tra questioni risolte e questioni aperte", *dirittobancario.it*, 2016, p. 1 ss.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Esi, Napoli, 2006, p. 334 ss.

Perlingieri, P.: *Profili del diritto civile*, Esi, Napoli 1994, p. 242

Perlingieri, P.: *Profili istituzionali del diritto civile*, Esi, Napoli 1975, p. 70

Plaia, A.: "La responsabilità del medico e l'argomento statistico", *Contratti*, 2020, fasc. 3, p. 341 ss.

Ricci, C.: *Profili problematici delle responsabilità in ambito finanziario*, Esi, Napoli, 2020, p. 19 ss.

Romagnoli, G.: "Autoassicurazione della responsabilità medica: compatibilità con i principi di diritto interno ed europeo", *Danno resp.*, 2015, p. 335 s.

Rossi, P.: "La copertura assicurativa della "nuova" responsabilità civile in sanità nella riforma "Gelli": quale "garanzia" del diritto alla salute?", *www.dirittifondamentali.it*, 2017, p. 22 ss.

Ruffolo, U.: "Le "mobili frontiere" della responsabilità medica", *Giur. It.*, 2021, fasc. 2, p. 456 ss.

SPADAFORA, N. e SCARPA, D.: "Clausola claims made e disciplina del consumo (commento a margine della sentenza Cass. 6 maggio 2016, n. 9140)", *dirittobancario.it*, 2016, p. 1 ss.

VELLISCIG, L.: "Autoassicurazione e rischio sanitario. Riflessioni critiche alla luce dell'esperienza statunitense", *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 666 ss.

VELLISCIG, L.: "L' autoassicurazione come tecnica alternativa di mitigazione delle conseguenze economico–patrimoniali degli eventi dannosi", in AA. VV.: *Nuovi attori e nuovi ruoli nello scenario del diritto del mercato assicurativo* (a cura di S. LANDINI), Giappichelli, Torino, 2017, p. 61 ss.

VELLISCIG, L.: *Assicurazione e "autoassicurazione" nella gestione dei rischi sanitari*, Milano, 2018, p. 13 ss.

VOLPE PUTZOLU, G.: "Assicurazioni r.c. dei professionisti e clausola claims made. La sentenza della S.C. a sezioni unite", *Dir. merc. ass. fin.*, 2016, p. 320 ss.

VOLPE PUTZOLU, G.: "La clausola «claims made». Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.", *Assicurazioni*, 2006, p. 10.

DANNO DA WRONGFUL LIFE E NUOVE TECNOLOGIE GENETICHE

WRONGFUL LIFE DAMAGES AND NEW GENETIC TECHNOLOGIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 306-317

Marco RIZZUTI

ARTICOLO CONSEGNATO: 11 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il contributo mira ad analizzare come la formula del cosiddetto danno da *wrongful life* sia suscettibile di venire riconfigurata in relazione a nuove tecnologie emergenti, avendo particolare riguardo sia all'ambito della procreazione assistita sia a quello delle prospettive connesse alla possibile diffusione del ricorso all'*editing* genetico.

PAROLE CHIAVE: *Wrongful life;* danni risarcibili; *gene editing.*

ABSTRACT: *The paper aims at analyzing how wrongful life damages could be reshaped by new and emerging technologies with particular regard to assisted reproductive technologies and to the perspectives of a widespread use of gene editing.*

KEY WORDS: *Wrongful life, damages, gene editing.*

SOMMARIO.- I. PREMESSE.- II. *WRONGFUL LIFE* E PROCREAZIONE ASSISTITA.- III. *WRONGFUL LIFE E GENOME EDITING.*

I. PREMESSE.

La formula del cosiddetto danno da *wrongful life* allude, com'è noto, alla eventualità in cui sia il fatto stesso dell'esistenza a poter risultare un pregiudizio per il nato, di talché la condotta procreativa andrebbe considerata fonte di responsabilità.

Considerazioni sulla potenziale dannosità di tale condotta sono molto più risalenti di quanto si potrebbe pensare, dal momento che già nel diritto comune e in quello canonico si era posto il problema se lo scopo di evitare la nascita di *monstra* o di figli malati potesse fondare un'esenzione dall'adempimento del *debitum coniugale* in particolari circostanze[1]. In un senso più ampio, la moderna filosofia utilitarista definiva un «crimine morale» generare una persona senza potergli assicurare «almeno le normali probabilità di condurre un'esistenza desiderabile», ovvero il non essere schiacciati dalla povertà, dalle malattie e dalla mancanza di autonomia[2].

Venendo quindi al Novecento giuridico, nel nostro ordinamento una, all'epoca celebre, decisione giudiziaria ebbe modo di riconoscere il diritto del figlio ad essere risarcito dai genitori che concependolo gli avevano trasmesso la lue[3], mentre oltreoceano il dibattito si apriva con l'azione intentata da un figlio naturale che chiedeva al padre il risarcimento dei danni morali «*for the deprivation of his right to be a legittimate child, to have a normal home, to have a legal father, to inherit from his father… and for being stigmatized as a bastard*», a fronte della quale i giudici, pur ritenendo che il genitore adultero fosse in torto, preferirono tuttavia rimettere al legislatore la delimitazione dei presupposti di risarcibilità dei danni da *wrongful life*[4].

Ai nostri giorni, comunque, la tematica in esame manifesta sempre più di frequente un interessante legame con le questioni poste della regolazione delle nuove tecnologie in campo biomedico e genetico.

1 Testuzza, M.S.: "*De coniugio leprosorum:* antiche questioni di bio-diritto", *Forum Historiae Iuris*, 15 novembre 2012.

2 Mill, J.S.: *On liberty*, London, 1859, trad. it., Milano, 1981, p. 141 ss.

3 Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, c. 987, su cui si veda Rescigno, P.: "Il danno da procreazione", *Riv. dir. civ.*, 1956, 614 ss.

4 Appellate Court of Illinois, 3 aprile 1963, *Zepeda vs. Zepeda*, su cui si veda Brunetta d'Usseaux, F.: *Esistere per il diritto*, Milano 2001, p. 125 ss.

• Marco Rizzuti
Ricercatore tdB di Diritto Privato
Università degli Studi di Firenze

II. *WRONGFUL LIFE* E PROCREAZIONE ASSISTITA.

Riproponendo in termini attualizzati le questioni relative alle irresponsabili condotte procreative del passato, potremmo così discutere se la costituzione di *status* anomali in conseguenza dell'applicazione di tecniche procreative illecite sia suscettibile di rilevare anche in termini di danno risarcibile. Invero, rispetto ai nuovi modelli familiari oramai ampiamente accettati nel mondo occidentale il dubbio ha poca ragione di porsi, ma in ipotesi più problematiche, come ad esempio la deliberata procreazione di un figlio orfano in seguito al ricorso alla fecondazione *post mortem*, potrebbe forse anche acquisire una qualche plausibilità[5].

Una maggior concretezza dimostrano invece le casistiche, emerse in vari contesti giuridici, con riferimento alle pretese risarcitorie originate da scambi colposi di gameti o di embrioni, fra cui si va ad inserire anche l'ipotesi in cui siano gli stessi nati a far valere il pregiudizio conseguente dall'avere un colore della pelle più scuro di quello dei genitori, e dall'aver quindi subito discriminazioni e atteggiamenti dispregiativi da parte dei coetanei. Occorre però rilevare come i giudici anglosassoni cui si è posto il problema abbiano escluso la risarcibilità, anche perchè «*In a modern civilised society the colour of their skin – no more than the colour of their eyes or their hair or their intelligence or their height – cannot and should not count as connoting some damage to them. To hold otherwise would not only be adverse to the self-esteem of the children themselves but anathema to the contemporary views of right thinking people*»[6]. Prescindendo pure da ogni valutazione circa il forse eccessivo ottimismo dei giudicanti sulla totale irrilevanza, anche fattuale, di questo genere di discriminazioni nelle odierne società multiculturali, resta il fatto che in altre giurisdizioni gli ipotizzati danni da *loss of genetic affinity*, non di rado connessi anche a questioni più o meno esplicitamente razziali, sono stati invece riconosciuti, ma non al nato bensì ai genitori[7].

5 Ci eravamo posti il problema in Rizzuti, M.: "Diritto successorio e procreazione assistita", *BioLaw Journal*, 2015, 3, p. 29 ss.

6 High Court of Justice in Northern Ireland, *A (A Minor) & Ors vs. A Health & Social Services Trust [2010] NIQB 108*, 13 ottobre 2010, in *www.biodiritto.org*.

7 Singapore Court of Appeal, *ACB vs. Thomson Medical Pte Ltd & Ors [2017] SGCA 20*, in *www.biodiritto.org*, ha riconosciuto alla madre il diritto al risarcimento del danno in seguito alla nascita di una bambina con un colore della pelle diverso da quello degli altri membri della famiglia a causa di uno scambio colposo di gameti, in quanto "*The ordinary human experience is that parents and children are bound by ties of blood and this fact of biological experience - heredity - carries deep socio-cultural significance... And when, as in the present case, a person has been denied this experience due to the negligence of others then she has lost something of profound significance and has suffered a serious wrong… This loss of 'affinity' can also result in social stigma and embarrassment arising out of the misperceptions of others, as was the case here*". Anche nell'esperienza giuridica nordamericana casi di questo genere, spesso connotati in senso razziale, non sono affatto infrequenti. Del resto, pure nel nostro ordinamento la tanto discussa decisione sul celebre caso dello scambio di embrioni all'Ospedale Pertini (Trib. Roma, 8 agosto 2014, in *Fam. dir.*, 2014, p. 929 ss., con nota di Bugetti, M.N.: "Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità"), una volta escluso che i genitori genetici abbiano alcun diritto a costituire un rapporto con i nati, ha però esplicitamente lasciato aperta la via di una "tutela solo risarcitoria".

Insomma, non sembra tanto che il problema stia in una necessaria irrisarcibilità del pregiudizio nascente da questa tipologia di errori medici, quanto per l'appunto nell'impossibilità per il nato di far valere la sua stessa esistenza come fonte di danno, laddove altri soggetti pregiudicati in sostanza dalla medesima vicenda possono risultare legittimati a farlo. In questi termini l'impostazione è dunque analoga a quella che caratterizza le più note vicende in cui la *malpractic*e riguarda la diagnosi prenatale di anomalie o malformazioni fetali, rispetto alle quali è stata configurata a livello giurisprudenziale in numerosi ordinamenti una tutela risarcitoria per il danno cagionato alla madre, ma anche ad altri familiari stretti, da una nascita indesiderata (*wrongful birth*), intesa come conseguenza di un errore medico che abbia impedito una tempestiva scelta abortiva, mentre si tende per lo più ad escludere, almeno da noi specie dopo gli aspri dibattiti prima francese e poi italiano, che un simile risarcimento possa competere al nato che invochi un preteso diritto a non nascere, o meglio a non nascere se non sano, esito che peraltro rafforza l'effettiva autonomia della donna, giacché altrimenti l'aborto finirebbe per essere reso paradossalmente obbligatorio[8].

III. *WRONGFUL LIFE E GENOME EDITING.*

Un quadro potenzialmente differente, ed anzi rovesciato, si potrebbe però presentare, in un futuro magari non lontano, qualora l'alternativa non dovesse porsi in termini di "diritto a non nascere se non sano" ma piuttosto di "diritto a non nascere se non editato", ovvero, in termini positivi, a beneficiare delle nuove tecniche di e*diting* genetico.

Alludiamo naturalmente allo sviluppo della tecnica detta *CRISPR-Cas9*, nota per l'appunto anche come *gene editing* proprio in quanto consente di "correggere le bozze" del DNA umano in una maniera incomparabilmente più precisa, efficiente e meno costosa che nel recente passato[9]. La prima applicazione conosciuta di

8 Cour de Cassation, 17 novembre 2000, *affaire Perruche*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2001, I, p. 209 ss., con nota di Palmerini, E.: "Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?", e poi da noi Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Corr. giur*., 2013, p. 45 ss., con nota di Monateri, P.G.: "Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile", condannarono i medici che non avevano adeguatamente informato la madre sulle anomalie del feto, negandole così la possibilità di una scelta abortiva, a risarcire il danno non soltanto a costei ma anche al nato. I possibili sviluppi in questa direzione sono stati però bloccati dall'intervento del legislatore francese (*loi n° 2002-303 du 4 mars 2002*, cosiddetta *loi anti-Perruche*) e del nostro supremo organo nomofilattico (Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Dir. civ. cont*., 6 gennaio 2016, con nota di Piraino, F.: "*Nomina sunt consequentia rerum* anche nella controversia sul danno al concepito per malformazioni genetiche"), per cui allo stato risulta da escludere, negli ordinamenti in questione ed invero anche in molti altri, la configurabilità giuridica di un diritto del nato al risarcimento del danno da nascita. Si veda al riguardo, anche per ulteriori riferimenti, Foglia, M.: "Diritto a non nascere (se non sano)", in *Dig. disc. priv., Agg. XI*, Torino, 2018, pp. 135-163.

9 *CRISPR* è l'acronimo di "*clustered regularly interspaced short palindromic repeats*", mentre *Cas9* indica una proteina: com'è noto, il premio Nobel per la chimica 2020 è stato assegnato alle due scienziate, E. Charpentier e J.A. Doudna, che hanno sviluppato tale tecnica. Si possono vedere al riguardo, senza alcuna pretesa di completezza: Mei, Y., & Al.: "Recent Progress in CRISPR/Cas9 Technology", *Journal of Genetics and Genomics*, 20 febbraio 2016; Meldolesi, A.: *E l'uomo creò l'uomo. CRISPR e la rivoluzione dell'editing genomico*, Torino, 2017; Mitalipov, S.: "Correction of a pathogenic gene mutation in human embryos",

tale tecnica ad esseri umani si è avuta in Cina nel 2015, quando i ricercatori sono riusciti a correggere le anomalie cromosomiche di alcuni embrioni umani utilizzati a scopo di ricerca, il che è perfettamente lecito nel Paese asiatico ma non solo, e successivamente distrutti[10]. Ancora più clamoroso è stato però il passaggio ulteriore, verificatosi pure questa volta in Cina, con la nascita verso le fine del 2018 di due gemelle, note come Lulu e Nana, le quali, per effetto di un'applicazione dell'*editing* genetico allo scopo di inattivare la proteina *CCR5*, sarebbero nate geneticamente immuni all'HIV[11].

Non si tratta dunque più di scartare, in seguito agli esiti della diagnosi preimpianto, l'embrione malato ma di modificarlo, per cui l'alternativa alla vita malata non è più la mera non vita bensì una sorta di precocissima terapia[12], peraltro forse paradossalmente compatibile con quel frammento della nostra disciplina interna che deroga al divieto di ricerca sperimentale sugli embrioni umani laddove si tratti di operazioni che vadano a vantaggio della salute del singolo embrione interessato[13]. In tale contesto, diverrebbe dunque tutt'altro che

Nature, 24 agosto 2017, pp. 413-419; Davies, K.: *Editing Humanity: The CRISPR Revolution and the New Era of Genome Editing*, New York, 2020; Isaacson, W.: *The Code Breaker: Jennifer Doudna, Gene Editing, and the Future of the Human Race*, New York, 2021. Per una panoramica dei primi approcci adottati in differenti ordinamenti al riguardo si possono vedere Aa. Vv.: *Human Germline Genome Modification and the Right to Science. A Comparative Study of National Laws and Policies* (a cura di A. Boggio, C.P.R. Romano, J. Almqvist), Cambridge UK, 2022, nonché lo *Study "Genome editing in humans. A survey of law, regulation and governance principles"* pubblicato nel giugno 2022 dallo *Science and Technology Options Assessment (STOA)* del Parlamento Europeo.

10 Cfr. Liang, P., & Al.: "CRISPR/Cas9-mediated gene editing in human tripronuclear zygotes", *Protein & Cells*, 2015, 5, pp. 363-372.

11 Non è mai stata del tutto chiarita la sorte di He Jiankui, l'autore dell'esperimento, sconfessato dall'università di appartenenza, il che in un regime totalitario particolarmente allergico alla trasparenza (come le successive vicende relative alle origini della pandemia da covid-19 avrebbero ampiamente confermato) di per sé non meraviglia più di tanto, mentre qualche dubbio sorge di fronte all'ipotesi che, per l'appunto in un siffatto contesto, un esperimento del genere possa essere stato davvero una sua iniziativa solitaria. Peraltro, non si è mancato di rilevare come la stessa inattivazione della proteina *CCR5* sia suscettibile anche di potenziare le capacità cognitive, il che getta ulteriore luce su possibili finalità di *human enhancement* sottese all'esperimento (cfr. Silva A., & Al.: "CCR5 Is a Therapeutic Target for Recovery after Stroke and Traumatic Brain Injury", *Cell*, 21 febbraio 2019). Sulla peculiare vicenda si possono vedere anche: Bonomelli, S.: "*Gene Editing* embrionale: il vaso di Pandora è stato scoperchiato? Riflessioni a margine del caso di Jiankui He", *BioLaw Journal*, 2019, 3, p. 67 ss.; nonché de Miguel Beriain, I., Mastrangelo, L.: "Cosa c'è di sbagliato nel modificare la linea germinale?", *BioLaw Journal*, 2020, 1, p. 231 ss.; Alonso, M., Savulescu, J.: "He Jiankui´s gene-editing experiment and the non-identity problem", *Bioethics*, 12 marzo 2021.

12 A proposito della superiorità etica dell'*editing* genetico rispetto alla selezione embrionaria cfr. Gyngell, C., & Al.: "The ethics of germline gene editing", *Journal of Applied Philosophy*, 2017, pp. 498-513; Cavaliere, G.: "Genome editing and assisted reproduction: Curing embryos, society or prospective parents?", *Medicine, Health Care and Philosophy*, 2018, pp. 215-225; Hammerstein, A.L.V.: "Is selecting better than modifying? An investigation of arguments against germline gene editing as compared to preimplantation genetic diagnosis", *BMC Medical Ethics*, 21 novembre 2019.

13 Il riferimento è all'art. 13, comma 2 (nonché comma 3, lettera *b*), della legge 19 febbraio 2004, n. 40. Un richiamo alle ricadute di tale disciplina con riferimento all'*editing* genetico si può leggere nel parere del Comitato Nazionale per la Bioetica del 23 febbraio 2017, su *L'editing genetico e la tecnica CRISPR-Cas9: considerazioni etiche*, ma si possono vedere al riguardo anche Iagnemma, C.: "L'editing genetico: una sida (anche) normativa), *Riv. it. med. leg.*, 2019, 4, pp. 1309-1318, e Conditi, N.: "Il diritto a nascere con un patrimonio genetico non arbitrariamente modificato come limite alla legittimità delle manipolazioni genetiche embrionali", *BioLaw Journal*, 2020, 1, pp. 251-271. Beninteso, il legislatore storico non poteva avere in mente tale ipotesi nella stesura del testo, ed è ben difficile immaginarlo favorevole in termini generali alle possibilità schiuse dalle manipolazioni genetiche, ma ciò non toglie che una siffatta traccia, comunque rinvenibile nel menzionato frammento di una disciplina oramai scardinata, potrebbe essere

peregrina anche l'ipotesi di un risarcimento del danno che il nato richieda nei confronti di medici che per un errore in fase di diagnosi preimpianto non abbiano individuato tempestivamente le anomalie genetiche dell'embrione suscettibili di essere editate, ovvero che abbiano effettuato in maniera inesatta o incompleta gli stessi interventi di *genome editing*, ed al limite pure nei confronti dei genitori che a tali interventi non abbiano consentito[14].

D'altra parte, il ricorso a tecniche circondate da notevoli incertezze scientifiche, anche in ordine ai possibili effetti collaterali, potrebbe invero costituire di per sé una fonte di ancor più gravi pregiudizi, per cui non sarebbe affatto implausibile nemmeno l'opposta ipotesi di un danno da *editing*. A maggior ragione dovremmo considerare senz'altro risarcibile il danno arrecato da chi abbia dolosamente voluto applicare il *genome editing* non in senso terapeutico ma tutt'al contrario allo scopo di provocare l'insorgere di una condizione di anomalia[15].

Del resto, anche lasciando da parte una siffatta ipotesi estrema, e ipotizzando ragionevolmente un progressivo superamento delle incertezze tecniche, proprio un *gene editing* perfettamente riuscito potrebbe risultare di per sé pregiudizievole per un'ulteriore situazione giuridica soggettiva postulabile in capo al nato, cioè quello che nel dibattito bioetico, soprattutto nordamericano, viene indicato come un "diritto ad un futuro aperto" ovvero alla non predestinazione[16], che potrebbe persino sostanziarsi in un "diritto alla disabilità"[17] quasi intesa come condizione identitaria.

---

utilmente impiegata nel dibattito circa l'ammissibilità dell'applicazione di nuove tecniche pressoché impensabili quando le norme in questione furono scritte. Le medesime argomentazioni potrebbero, del resto, valere anche con riguardo all'ancor più risalente Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, il cui art. 13 vieta bensì gli interventi sul genoma umano ma prevede un'analoga eccezione per il caso in cui ricorrano ragioni preventive o terapeutiche.

14 Si veda al riguardo Payán Ellacuria, E.: "Children's civil liability actions regarding parental germinal gene-editing decisions", *BioLaw Journal*, 2021, 1, pp. 397 ss. Naturalmente, la questione andrebbe discussa in concreto anche e soprattutto sulla base delle eventuali normative che proibissero, consentissero o limitassero il ricorso all'*editing* genetico, ma che al momento sono ancora di là da venire.

15 Il caso è estremo ma invero non impossibile da ipotizzare. Si potrebbe immaginare un medico che persegua progetti mengeliani oppure anche un genitore che desideri un figlio affetto dalla sua stessa patologia, come nel ben noto caso della coppia di sordi che volevano un figlio con la loro stessa caratteristica, opzione che a nostro avviso può essere reputata ammissibile laddove si tratti di selezione embrionaria (sarebbe eugenetica di Stato imporre l'impianto dell'embrione sano laddove i genitori per qualsivoglia ragione vogliono invece dare una *chance* di vita a quello malato), ma non già qualora, come in prospettiva accadrebbe con il *gene editing*, si tratti di modificare un embrione originariamente sano. In proposito si può vedere, anche per ulteriori riferimenti, Baldini, G.: "Eugenetica alla rovescia: selezione embrionaria per avere un figlio non udente", in *Medicina, bioetica e diritto. I problemi e la loro dimensione normative* (a cura di F. Giunta, P. Funghi), Milano, 2012, pp. 32-38.

16 Il punto di partenza del dibattito non riguardava le nuove tecnologie bensì le problematiche attinenti alle scelte genitoriali in merito all'educazione dei figli (cfr. Feinberg, J.: "The Child's Right to an Open Future", in *Whose Child?*, (a cura di W. Aiken, H. LaFollette), Totowa NJ, 1980, pp. 124-153), ma il tema è stato poi sviluppato con riferimento alla diagnosi preimpianto ed alle possibili scelte dei genitori in ordine alle stesse caratteristiche genetiche dei nati, soprattutto da Davis, D.: "Genetic Dilemmas and the Child's Right to an Open Future", *The Hastings Center Report*, 1997, 2, pp. 7-15, e quindi dalla medesima Davis, D.: *Genetic Dilemmas: Reproductive Technology, Parental Choices, and Children's Futures*, New York, 2001.

17 Si veda in proposito Benston, S.: "CRISPR, a Crossroads in Genetic Intervention: Pitting the Right to Health against the Right to Disability", *Laws*, 18 febbraio 2016.

Non ci sembra però affatto scontato dover riconoscere l'effettiva riconoscibilità, e quindi la eventuale risarcibilità in caso di lesione, di una posizione di questo tipo, che oltretutto rischierebbe di travolgere l'ammissibilità di molto meno avveniristiche possibilità terapeutiche, a partire dall'immunizzazione vaccinale obbligatoria degli infanti. E si potrebbe del resto fondatamente dubitare che un criterio per cui ogni scelta vada rinviata onde non precludere future opzioni sia sempre il più idoneo[18], in quanto non di rado anche il non agire è una scelta ed ha conseguenze, come il menzionato caso delle vaccinazioni dimostra meglio di altri.

Ad ogni modo, la lesione di un ipotetico diritto al futuro aperto, ravvisabile a ben vedere sia nell'*editing* sia nel mancato ma possibile *editing*, andrebbe infatti valutata alla luce di una considerazione più ampia del contesto sociale, attuale e prossimo venturo, in cui tali vicende andrebbero a collocarsi, e nel quale potrebbero anche manifestarsi fenomeni di discriminazione nei confronti delle persone editate o di quelle non editate. Del resto, nemmeno può essere sottaciuto il nesso fra *genome editing* e *human enhancement*, in quanto già nel menzionato pionieristico caso cinese del 2018 più che di mera terapia parrebbe essersi trattato di prevenzione e, in un certo senso, anche di potenziamento[19]. Di conseguenza, potremmo credibilmente figurarci sia il soggetto che si ritiene danneggiato dal non aver potuto godere di tali benefici, sia quello che tutt'al contrario all'esistenza "potenziata" ne avrebbe preferita una "normale" cui però non ha potuto avere accesso.

A questo punto, tuttavia, il quadro rischia di farsi ben più complesso, in quanto non avremmo un parametro di valutazione che non sia del tutto soggettivistico. Oltretutto, va considerato che molti tratti, psicologici e non solo, che potrebbero interessare ai potenziali genitori non sono mendeliani ma poligenetici, e si collocano quindi al crocevia di una complicatissima rete di possibili scelte, per cui ci sembra senz'altro condivisibile l'invito del bioeticista ad un approccio giuridico che si limiti a "*prevent serious harms*", ma non si avventuri in tentativi di "*micro-managing parental choices that shape the traits of their children*"[20].

18 Beninteso, in alcuni casi, come quello eclatante dei minori intersessuali, proprio questo sarebbe, a nostro avviso, il criterio più adeguato (cfr. Giacomelli, L.: "Quando la vita infrange il mito della 'normalità': il caso dei minori intersessuali", *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 4, pp. 597-636; nonché Rizzuti, M.: "Il problema degli interventi chirurgici di 'normalizzazione' dei neonati intersessuali", in *Identità e salute del minore. Problematiche attuali* (a cura di A. Bucelli), Pisa, 2021, pp. 199-211), ma ciò non toglie che una sua generalizzazione potrebbe risultare invece insostenibile.

19 Raposo, V.L..: "When parents look for a 'better' child (reproductive choices and genetic planning)", *BioLaw Journal*, 2021, 1, pp. 407 ss., evidenzia la difficoltà di distinguere in concreto le scelte strettamente attinenti alla sfera sanitaria dalle altre e ritiene quindi che sarebbe più opportuno lasciare maggiore libertà ai genitori anche con riferimento alle seconde, dal momento che "*After all, is serendipity really more valuable than planning?... Rather than fearing genetics, we should embrace it. We can do better than chance*".

20 Così Anomaly, J., & Al.: "Great minds think different: Preserving cognitive diversity in an age of gene editing", *Bioethics*, 2 aprile 2019. Del medesimo autore si può vedere inoltre Anomaly, J.: *Creating Future People. The Ethics of Genetic Enhancement*, New York, 2020, ma sui rischi sempre connessi ad un'eccessiva invadenza del diritto in questi ambiti è d'obbligo il richiamo a Rodotà, S.: *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006.

Andrebbero, dunque, distinte le fattispecie, relativamente più semplici, in cui venga in gioco un pregiudizio fisico diretto, cioè per l'appunto un "*serious harm*", come ad esempio nei casi di un mancato *editing* che determini la nascita di un soggetto affetto da gravi anomalie invece che sano, ovvero specularmente di un *editing* che abbia determinato l'insorgere di condizioni patologiche, da tutte le altre più svariate combinazioni in cui ci sembra più saggio rinunziare ad una responsabilizzazione di eventuali scelte genitoriali e farle piuttosto ricadere, così come varie altre ipotesi più o meno tecnologiche, nell'ambito delle libere modalità di esercizio dell'autonomia procreativa[21]. Soltanto nel primo gruppo di ipotesi, dunque, una risposta nel senso di riconoscere in capo al nato un diritto al risarcimento del danno da *wrongful life* nei confronti di medici e/o genitori potrebbe risultare ragionevolmente sostenibile a livello sistematico.

21 Ci eravamo già espressi in tal senso in Rizzuti, M.: "*Editing* genetico e diritto di famiglia", n *Relazioni, Famiglie, Società* (a cura di B. Agostinelli, V. Cuffaro), Torino, 2020, pp. 221-244: il contributo mirava soprattutto a riflettere sulle ricadute della nuova tecnica in materia di diritto delle relazioni familiari, mentre in questa sede ci siamo concentrati maggiormente sul versante della responsabilità civile.

BIBLIOGRAFIA

Aa. Vv.: *Human Germline Genome Modification and the Right to Science. A Comparative Study of National Laws and Policies* (a cura di A. Boggio, C.P.R. Romano, J. Almqvist), Cambridge UK, 2022

Alonso, M., Savulescu, J.: "He Jiankui´s gene-editing experiment and the non-identity problem", *Bioethics*, 12 marzo 2021.

Anomaly, J., & Al.: "Great minds think different: Preserving cognitive diversity in an age of gene editing", *Bioethics*, 2 aprile 2019

Anomaly, J.: *Creating Future People. The Ethics of Genetic Enhancement*, New York, 2020

Baldini, G.: "Eugenetica alla rovescia: selezione embrionaria per avere un figlio non udente", in *Medicina, bioetica e diritto. I problemi e la loro dimensione normative* (a cura di F. Giunta, P. Funghi), Milano, 2012, pp. 32-38

Benston, S.: "CRISPR, a Crossroads in Genetic Intervention: Pitting the Right to Health against the Right to Disability", *Laws*, 18 febbraio 2016

Bonomelli, S.: "*Gene Editing* embrionale: il vaso di Pandora è stato scoperchiato? Riflessioni a margine del caso di Jiankui He", *BioLaw Journal*, 2019, 3, p. 67 ss.

Brunetta d'Usseaux, F.: *Esistere per il diritto*, Milano 2001

Bugetti, M.N.: "Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità", *Fam. dir.*, 2014, p. 929 ss.

Cavaliere, G.: "Genome editing and assisted reproduction: Curing embryos, society or prospective parents?", *Medicine, Health Care and Philosophy*, 2018, pp. 215-225

Conditi, N.: "Il diritto a nascere con un patrimonio genetico non arbitrariamente modificato come limite alla legittimità delle manipolazioni genetiche embrionali", *BioLaw Journal*, 2020, 1, pp. 251-271

Davies, K.: *Editing Humanity: The CRISPR Revolution and the New Era of Genome Editing*, New York, 2020

Davis, D.: "Genetic Dilemmas and the Child's Right to an Open Future", *The Hastings Center Report*, 1997, 2, pp. 7-15

Davis, D.: *Genetic Dilemmas: Reproductive Technology, Parental Choices, and Children's Futures*, New York, 2001

de Miguel Beriain, I., Mastrangelo, L.: "Cosa c'è di sbagliato nel modificare la linea germinale?", *BioLaw Journal*, 2020, 1, p. 231 ss.

Feinberg, J.: "The Child's Right to an Open Future", in *Whose Child?*, (a cura di W. Aiken, H. LaFollette), Totowa NJ, 1980, pp. 124-153

Foglia, M.: "Diritto a non nascere (se non sano)", in *Dig. disc. priv., Agg. XI*, Torino, 2018, pp. 135-163

Giacomelli, L.: "Quando la vita infrange il mito della 'normalità': il caso dei minori intersessuali", *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 4, pp. 597-636

Gyngell, C., & Al.: "The ethics of germline gene editing", *Journal of Applied Philosophy*, 2017, pp. 498-513

Hammerstein, A.L.V.: "Is selecting better than modifying? An investigation of arguments against germline gene editing as compared to preimplantation genetic diagnosis", *BMC Medical Ethics*, 21 novembre 2019

Iagnemma, C.: "L'editing genetico: una sida (anche) normativa), *Riv. it. med. leg.*, 2019, 4, pp. 1309-1318

Isaacson, W.: *The Code Breaker: Jennifer Doudna, Gene Editing, and the Future of the Human Race*, New York, 2021

Liang, P., & Al.: "CRISPR/Cas9-mediated gene editing in human tripronuclear zygotes", *Protein & Cells*, 2015, 5, pp. 363-372

Mei, Y., & Al.: "Recent Progress in CRISPR/Cas9 Technology", *Journal of Genetics and Genomics*, 20 febbraio 2016

Meldolesi, A.: *E l'uomo creò l'uomo. CRISPR e la rivoluzione dell'editing genomico*, Torino, 2017

Mill, J.S.: *On liberty*, London, 1859

Mitalipov, S.: "Correction of a pathogenic gene mutation in human embryos", *Nature*, 24 agosto 2017, pp. 413-419

Monateri, P.G.: "Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile", *Corr. giur.*, 2013, p. 45 ss.

Palmerini, E.: "Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?", *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 209 ss.

Payán Ellacuria, E.: "Children's civil liability actions regarding parental germinal gene-editing decisions", *BioLaw Journal*, 2021, 1, pp. 397 ss.

Piraino, F.: "*Nomina sunt consequentia rerum* anche nella controversia sul danno al concepito per malformazioni genetiche", *Dir. civ. cont.*, 6 gennaio 2016

Raposo, V.L..: "When parents look for a 'better' child (reproductive choices and genetic planning)", *BioLaw Journal*, 2021, 1, pp. 407 ss.

Rizzuti, M.: "Diritto successorio e procreazione assistita", *BioLaw Journal*, 2015, 3, p. 29 ss.

Rizzuti, M.: "*Editing* genetico e diritto di famiglia", in *Relazioni, Famiglie, Società* (a cura di B. Agostinelli, V. Cuffaro), Torino, 2020, pp. 221-244

Rizzuti, M.: "Il problema degli interventi chirurgici di 'normalizzazione' dei neonati intersessuali", in *Identità e salute del minore. Problematiche attuali* (a cura di A. Bucelli), Pisa, 2021, pp. 199-211

Rodotà, S.: *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006

Silva A., & Al.: "CCR5 Is a Therapeutic Target for Recovery after Stroke and Traumatic Brain Injury", *Cell*, 21 febbraio 2019

Testuzza, M.S.: "*De coniugio leprosorum:* antiche questioni di bio-diritto", *Forum Historiae Iuris*, 15 novembre 2012

L'INTERESSE AMBIENTALE NELLA PROSPETTIVA CIVILISTICA. RIFLESSI SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE

THE ENVIRONMENTAL INTEREST IN THE CIVILIST PERSPECTIVE. REFLECTIONS ON CIVIL LIABILITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 318-379

Agnese
ALAMANNI

ARTICOLO CONSEGNATO: 9 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il contributo ha ad oggetto una riflessione sulle conseguenze che il tema dell'ambiente ha oggi nel diritto civile e in particolare in tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. La tutela dei valori ambientali, difatti, può contribuire alla definizione di nuovi modelli di lettura degli istituti civilistici, determinando un ampliamento delle responsabilità contrattuali ed extracontrattuali. Inoltre, altro profilo di indagine, ha riguardo alla individuazione di quali diritti soggettivi - individuali e collettivi - possano essere riconosciuti per effetto di una lesione all'integrità dell'ambiente e quali siano gli strumenti privatistici azionabili, in termini di forme di responsabilità e tecniche risarcitorie e di determinazione del danno. Valutando, dunque, se e in che modo il danno ambientale sia coniugabile con il diritto civile.

PAROLE CHIAVE: Interesse ambientale; economia circolare; sostenibilità; Codice dell'Ambiente; responsabilità extra-contrattuale; danno ambientale; danno esistenziale.

ABSTRACT: *The article analyzes the effects that the theme of the environment has today in civil law and in particular in terms of contractual and non-contractual liability. The protection of environmental values, in fact, can contribute to the definition of new models of interpretation of civil law institutions, resulting in an expansion of contractual and non-contractual responsibilities. Furthermore, another profile of the investigation concerns the identification of which subjective rights - individual and collective - can be recognized as a result of an injury to the integrity of the environment and which are the private instruments that can be activated, in terms of forms of liability and techniques compensation and determination of damages. Evaluating, therefore, whether and how environmental damage can be combined with civil law.*

KEY WORDS: *Environmental interest; circular economy; sustainability; Environmental Code; non-contractual liability; environmental damage; existential damage.*

SOMMARIO.- I. TUTELA DELL'AMBIENTE, INQUADRAMENTO E RIFLESSI SUL DIRITTO CIVILE.- II. L'INCIDENZA DELL'INTERESSE AMBIENTALE SULLA DISCIPLINA DEL CONTRATTO. ALCUNE ESEMPLIFICAZIONI.- III. TUTELA DELL'AMBIENTE E RESPONSABILITÀ AQUILIANA. RAPPORTI TRA L'ART. 313 CODICE AMBIENTE L'ART. 2043 C.C.. IL DIRITTO SOGGETTIVO ALL'AMBIENTE SALUBRE EX ART. 2059 C.C. E RISERVA DI LEGITTIMAZIONE PER IL RISARCIMENTO DEL DANNO AMBIENTALE IN CAPO ALLO STATO (ART. 311 COD. AMB.): INCOERENZE E LACUNE DI TUTELA. SPUNTI DI RIFLESSIONE E PROSPETTIVE APPLICATIVE.- IV. RESPONSABILITÀ VERSO LE FUTURE GENERAZIONI. CENNI.

I. TUTELA DELL'AMBIENTE, INQUADRAMENTO E RIFLESSI SUL DIRITTO CIVILE.

La crescente sensibilità della società verso tematiche ambientali e la necessità, sempre più avvertita anche a livello europeo, di orientarsi verso una economia sostenibile[1] e circolare[2], da intendersi quale sviluppo compatibile con la tutela dei valori ambientali e più in generale dei valori della persona, pone all'interprete l'esigenza di valutare quali conseguenze possano derivarne per il diritto privato e specificamente sul profilo della responsabilità civile[3].

1 In ordine al concetto di sviluppo sostenibile si veda Sassu, A.: "Sviluppo economico e tecnologie per un futuro sostenibile", in *Economia, ambiente e sviluppo sostenibile* (a cura di Ciani Scarnicci, M., Marcelli, A., Pinelli, P., Romani, A., Russo, R.), Franco Angeli, Milano, 2014, pp. 95 ss.; Alogna, I.: "La circolazione del modello di sviluppo sostenibile. Prospettive di diritto comparato per un percorso multi direzionale", in *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile* (a cura di Cerrina Feroni, G..- Frosini, T.E.- Mezzetti, L.- Petrillo, P.L.), 2016, pp. 145 ss., *cesifin.it, https://cesifin.it/wp-content/uploads/2016/12/AMBIENTE-ENERGIA-ALIMENTAZIONE-TOMO-I_2.pdf;* Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto", in *personaemercato.it*, 2015, pp. 37 ss.; Id., "Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni", *Rass. Dir. civ.,* 2016, pp. 1291 ss.; Id. (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale, Atti del convegno*, Bari, 22-23 ottobre 2015, Esi, Napoli, 2016, pp. 287 ss..

2 Sul passaggio dall'economia "lineare" all'economia "circolare" si veda, pure per ulteriori riferimenti, Pennasilico, M.: "Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale", *Riv. quadr. Dir. amb.*, 2017, p. 27 e *Giust. civ.*, 2017, pp. 809 ss. Cfr. Irti, N.: *Il salvagente della forma*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 70 il quale evidenzia come sostituendo il modello economico lineare, basato sul semplicistico schema 'produzione consumo e smaltimento', che porta ogni prodotto al suo 'fine vita', il modello dell'economia circolare intenda conservare il valore del prodotto il più a lungo possibile nel sistema economico, prevedendo un riutilizzo del bene dopo la fine del suo ciclo di vita primario. In tal senso, le comunicazioni della Commissione UE, COM(2014) 398, *'Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti'*; COM(2015) 614, *'L'anello mancante – Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare'*, il cui quadro di monitoraggio è offerto dalla comunicazione COM(2019) 190, *'Sull'attuazione del piano d'azione per l'economia circolare'*. Altri riferimenti al modello di economia circolare si rinvengono anche nella l. 28 dicembre 2015, n. 221 sulla green economy, nella l. 19 agosto 2016, n. 166 sulla donazione e distribuzione di prodotti alimentari e farmaceutici a fini di solidarietà sociale e di limitazione degli sprechi, nonché nell'art. 95, comma 6, lett. c, c. app. Si veda anche Cavanna, V.: "Economia verde, efficienza delle risorse ed economia circolare: il rapporto «Signals 2014» dell'Agenzia europea dell'Ambiente", *Riv. giur. amb.*, 2014, p. 821 ss.

3 Si veda Pennasilico, M.: "Le categorie del diritto civile tra metodo e storia (A proposito del libro di Nicola Lipari)", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1246 ss.; Id. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Esi, Napoli, 2014 per una complessiva analisi ecologica del diritto civile, basata sulla '*riconcettualizzazione*' delle principali categorie civilistiche; Maugeri, M.R.: "Il diritto civile dell'ambiente. Spigolando da un recente manuale",

• Agnese Alamanni
Dottore di ricerca presso Università degli Studi di Firenze
agnese.alamanni@virgilio.it

Nel nostro ordinamento il diritto dell'ambiente, in considerazione della natura pubblica dell'interesse protetto, è sempre confluito principalmente nell'alveo del diritto amministrativo e del diritto pubblico, restando fino a qualche decennio fa estraneo o per lo più ai margini del diritto privato. Sono assai note le discussioni relative alla competenza giurisdizionale del danno all'ambiente se di spettanza del giudice ordinario o di quello amministrativo[4] e i contributi della dottrina e giurisprudenza[5] in ordine alla natura del danno ambientale, specie in seguito all'entrata in vigore dell'art. 18, l. n. 349/1986[6], in termini di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 del codice civile connessa a fatti, dolosi o colposi, cagionanti un danno «ingiusto» all'ambiente, rinvenendosi l'ingiustizia nella violazione di una disposizione di legge e riconoscendo lo Stato quale soggetto titolare dell'azione di risarcimento, con cognizione del solo giudice ordinario[7].

Così delineati i contorni della responsabilità ambientale questa era essenzialmente attratta nell'alveo del diritto costituzionale e pubblico[8].

---

in *Contratto e ambiente*, (a cura di Pennasilico, M.), cit., pp. 159 ss. Per una diversa impostazione si veda Pagliantini, S.: "Sul c.d. contratto ecologico", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, pp. 337 ss., e in *Contratto e ambiente*, (a cura di Pennasilico, M.), cit., p. 370. Cfr. anche Capra, F.- Mattei, U.: *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, Arezzo, 2017, spec. p. 167; sul «significato ecologico del diritto privato» insistono ora Mattei, U.- Quarta, A.: *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Aboca, Arezzo, 2018, passim.

4 Sulla questione poi risolta attraverso i principi di diritto resi dalla Cassazione con i quali si è riconosciuto l'ambiente quale valore e bene assoluto, da proteggere allo stesso modo dei diritti fondamentali presenti nella Costituzione, si rinvia a Cass. civ., 28. ottobre 1998, n. 10733, Sez. Un. civ., 25 gennaio 1989, n. 440; Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641 e Corte cost., 14 novembre 2007, n. 378, *Banca Dati Juris Data*. La Cassazione ha altresì specificato quale conseguenza diretta che "*il Giudice Ordinario diveniva giudice "naturale" dei diritti soggettivi e il danno all'ambiente diventava una perdita finanziaria per la collettività, un danno pubblico e non un detrimento dell'erario. Alla Corte dei conti spettava esclusivamente la giurisdizione sul danno erariale (art. 22 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3)*".

5 Cfr. Giannini, M.S.: ""Ambiente": saggio sui diversi suoi aspetti giuridici", *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1973, p. 15 ss.; Ferri, A.: "Prospettive civilistiche e danno ambientale", *La Resp. Civ.*, 2007, p. 394; Prati, L.: "La criticità del nuovo danno ambientale: il confuso approccio del "Codice dell'ambiente"", *Danno resp.*, 2006, pp. 1050 ss.

6 Si veda Corte d'Appello di Napoli Sez. I civ., 19 gennaio 2011, n. 90, in ordine all'art. 18 della L. 8 luglio 1986, n. 349, secondo la quale "*La norma sanzionatoria generica posta dall'art. 2043 c.c. consentiva, di certo già prima del 1986, agli enti esponenziali della collettività ed in primis allo Stato di ricorrere (oltre che alla repressione penale ed amministrativa) alla tutela risarcitoria (anche in forma specifica, ex art. 2058 c.c.) contro coloro che avessero agito in violazione delle norme specificamente poste a tutela dell'ordinato svolgersi dell'attività di sviluppo ed uso del territorio. L'art. 18 della L. 8 luglio 1986, n. 349, ha quindi avuto una funzione di ricognizione e riordino della disciplina risarcitoria già esistente nel nostro ordinamento, dovendosi escludere che tale norma abbia innovato in modo sostanziale la materia, avendo, per converso, in gran parte sanzionato e riconosciuto una realtà giuridica già presente nell'ordinamento e già ampiamente riconosciuta*".

7 Il primo intervento organico del legislatore italiano in materia di danno ambientale si è avuto con la L. 8 luglio 1986, n. 349 che prevedeva all'art. 18, comma 3, un'azione di risarcimento del danno ambientale in capo allo Stato, nonché agli enti territoriali sui quali incidano i beni oggetto del fatto lesivo. I tratti salienti della disciplina riguardavano l'introduzione di una fattispecie di responsabilità extracontrattuale per danno all'ambiente sul modello privatistico dell'art. 2043 del codice civile connessa a fatti, dolosi o colposi, cagionanti un danno ingiusto all'ambiente, dove l'ingiustizia era individuata nella violazione di una disposizione di legge e dove il soggetto titolare del risarcimento era lo Stato con competenza del giudice ordinario anziché del giudice amministrativo o contabile a conoscere le azioni di responsabilità civile per danno ambientale.

8 La protezione giuridica dell'ambiente è un tema che, dagli anni 70' in poi, è entrato sempre più frequentemente nell'agenda politica del legislatore europeo e nazionale. Tale protezione trovava il suo primo ostacolo nell'esatta delimitazione giuridica del concetto di "ambiente", che oscillava tra interpretazioni pluraliste e concezioni unitarie. Ulteriore ostacolo consisteva nel posizionamento del valore ambientale nel contesto costituzionale. Operazione, questa, che richiede un ponderato bilanciamento con i molteplici interessi che l'ambiente è in grado di coinvolgere, quali il diritto alla salute, al lavoro e all'iniziativa economica.

Oggi è di tutta evidenza, invece, come ambiente ed ecologia siano temi che si inseriscono pienamente nel dibattito civilistico, spingendo ad una riflessione su come la tutela dei valori ambientali possa contribuire alla definizione di nuovi modelli di lettura degli istituti civilistici, verso un ampliamento delle responsabilità contrattuali ed extracontrattuali, al di là del mero danno ambientale. E, come le istanze ambientali, con la loro trasversalità, esigano nuovi e più complessi approcci coinvolgendo svariate materie giuridiche da coniugare col diritto civile, dal diritto amministrativo al diritto penale, al diritto costituzionale, al diritto internazionale e comparato al diritto tributario ed anche alla filosofia del diritto.

L'interesse "ecologico" e più in generale la tutela dell'ambiente si può affermare oggi che costituiscano una delle finalità alla cui promozione si dovrebbe conformare l'autonomia contrattuale[9].

In questa indagine diretta a sondare in che modo la tutela dell'ambiente, nella sua accezione di tutela del complessivo benessere sociale, possa essere riflessa nell'assetto contrattuale, valutandone una riformulazione, si potrebbe prospettare in chiave programmatica un ripensamento del vaglio di meritevolezza del contratto nonché una riformulazione del principio dell'interpretazione del contratto secondo buona fede, attraverso una attenta analisi di tutte le numerose ipotesi che stanno proliferando.

Difatti, vi è un'apertura sempre maggiore degli istituti del diritto civile alla materia ambientale, quale risultato della crescente legislazione che nella sua finalità di assicurare un adeguato livello di qualità della vita, prevede nuovi 'fatti' produttivi di danni patrimoniali e dunque di responsabilità, nonché dell'influsso dei principi ambientali che sono emersi negli ultimi decenni nel contesto internazionale ed europeo.

A tal fine è opportuno richiamare seppur sinteticamente le principali fonti e principi di quello che è stato definito il 'diritto civile dell'ambiente'[10].

L'attenzione per la tutela dell'ambiente ha iniziato a svilupparsi nel corso del XX secolo con una progressiva accelerazione negli ultimi decenni, determinata dall'acquisita consapevolezza che solo una normativa a livello sovranazionale

In tutto ciò il legislatore europeo ha ricoperto un fondamentale ruolo di indirizzo. Cfr. Scognamiglio, C.: "Danno ambientale e funzioni della responsabilità civile", *Resp. Civ. e prev.*, 2013, p. 1063; Salanitro, U., "Quantificazione del danno ambientale e prescrizione: il punto della Cassazione tra vecchia e nuova disciplina", *Danno resp.*, 2011, pp. 820 ss.; Id., "I profili non patrimoniali del danno ambientale", in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, diretto da Patti, S., (a cura di Delle Monache), S., Utet, Torino, 2010, p. 616.

9 Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale", cit., p. 45, il quale ha parlato non a caso di '*conformazione ecologica dell'autonomia contrattuale*'.

10 Pennasilico, M.: *Manuale*, cit., p. 22.

potesse risultare efficace per risolvere in modo appropriato i problemi ambientali di ordine globale.

Dai primi passi mossi nella prima metà del Novecento, con la presa in considerazione di alcune problematiche concernenti singoli aspetti della preservazione della fauna o dell'uso delle risorse naturali condivise[11], si è giunti a partire dagli anni Sessanta alla nascita di un moderno diritto internazionale dell'ambiente, in cui la problematica ambientale è entrata a pieno titolo nell'agenda delle istituzioni internazionali.

Con la Dichiarazione di Stoccolma sull'ambiente[12], sono poi stati posti i principi che stanno alla base del moderno diritto dell'ambiente tra cui la prima formulazione del principio dello sviluppo sostenibile, secondo cui "*Le risorse naturali della Terra, ivi incluse l'aria, l'acqua, la flora, la fauna e particolarmente il sistema ecologico naturale, devono essere salvaguardate a beneficio delle generazioni presenti e future, mediante una programmazione accurata o una appropriata amministrazione*"[13].

Principio poi confermato nel 1987, nel Rapporto Brundtland -*Our common future*- della Commissione mondiale su ambiente e sviluppo (*World Commission on Environment and Development-Wced*), istituita nel 1983, che ha fornito una ulteriore definizione di sviluppo sostenibile come "*quello sviluppo che consente alla generazione presente di soddisfare i propri bisogni senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri*"[14].

11 Nanda, V. e Pring, G.: *International Environmental Law for the 21 st Century*, Ardsley (New York), 2003, pp. 65 ss.; Bernardini, P.L.: "Fiumi e laghi (diritto internazionale)", in *Enc. Dir.*, XVII, p. 712; Marchisio, S.: "Il diritto internazionale dell'ambiente", in Cordini,G., Fois, P.E.M. e Marchisio, S.: *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, Torino, 2005 (2ª ed. 2008), passim. Tra le prime decisioni più rilevanti si può citare Arbitral Tribunal, Montreal 16 aprile 1938 e 11 marzo 1941, United States v. Canada, in *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, 1947, p. 1905; in *Am. journ. intern. Law,* 1939, p. 182; e in *Am. journ. intern. Law,* 1941, p. 716. Per una lettura critica del caso cfr. Romano, C.: *The Peaceful Settlement of International Environmental Disputes: A Pragmatic Approach*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, pp. 261-278, nella quale in ordine ad una controversia dei danni prodotti negli Stati Uniti (Stato di Washington) dalle emissioni di biossido di zolfo della fonderia canadese Smelter si stabilì il principio per cui nessuno Stato ha il diritto di usare o di permettere di usare il proprio territorio in modo che i fumi in esso prodotti rechino danno in un altro Stato.

12 Dichiarazione di Stoccolma sull'ambiente umano adottata il 16 giugno 1972 dai Capi delle centodieci delegazioni che hanno partecipato alla Conferenza dell'Onu, cfr. Nanda, V. e Pring, G.: op. cit., 80; Kiss, A. e Sicault, J.D.: "La Conférence des Nations Unies sur l'environnement", in *Annuaire français de droit international*, 1972, pp. 101 ss.; Starace, V.: "Recenti sviluppi della cooperazione internazionale in materia di ambiente", in *Comun. intern.*, 1974, p. 50.

13 Si può menzionare anche il noto "Principio 21", che ribadisce come gli Stati abbiano il diritto sovrano di sfruttare le risorse in loro possesso, secondo le loro politiche ambientali, ma allo stesso tempo il dovere di impedire che le attività svolte entro la propria giurisdizione o sotto il proprio controllo arrechino danni all'ambiente di altri Stati o a zone situate al di fuori dei limiti della loro giurisdizione nazionale. La Dichiarazione, nel suo complesso, pur avendo un'efficacia assai limitata sul piano degli effetti giuridici, ha avuto il grande merito di tener desto il dibattito internazionale sulle problematiche ambientali, gettando le basi per il moderno diritto internazionale dell'ambiente e dando inizio ad una fase caratterizzata dalla conclusione di numerosi trattati di carattere settoriale.

14 Lo studio prende avvio sottolineando come il mondo si trovi davanti ad una "sfida globale" a cui può rispondere solo mediante l'assunzione di un nuovo modello di sviluppo definito "sostenibile", intendendosi un modello appunto che permetta di soddisfare i bisogni dell'attuale generazione senza compromettere la capacità di quelle future di rispondere alle loro. "*Lo sviluppo sostenibile, lungi dall'essere una definitiva*

Da qui l'idea che lo sviluppo debba sempre tener conto di una "equità intergenerazionale"[15], principio che verrà anch'esso codificato vent'anni dopo a Rio de Janeiro nella Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo, dal 3 al 14 giugno 1992[16], nella quale si è assistito all'avvio di una nuova fase del diritto internazionale ambientale caratterizzata da una cooperazione internazionale non più riferita solo alla prevenzione dei fenomeni di inquinamento transfrontaliero, ma estesa ai fenomeni cosiddetti globali, che possono pregiudicare equilibri naturali essenziali ai fini del mantenimento delle condizioni di vita sulla terra[17].

Ma è con la Dichiarazione di Rio e con il piano di azione Agenda 21 che sono stati codificati i principi del diritto internazionale ambientale[18]. L'Agenda 21 proponeva un programma d'azione per raggiungere uno sviluppo globale sostenibile nel XXI secolo, le cui raccomandazioni spaziavano da nuove tecniche per educare, per sfruttare le risorse naturali, a nuovi modi per partecipare alla definizione di un'economia sostenibile[19].

condizione di armonia, è piuttosto processo di cambiamento tale per cui lo sfruttamento delle risorse, la direzione degli investimenti, l'orientamento dello sviluppo tecnologico e i cambiamenti istituzionali siano resi coerenti con i bisogni futuri oltre che con gli attuali". Lo studio prosegue specificando come, se da un lato "*lo sviluppo sostenibile impone di soddisfare i bisogni fondamentali di tutti e di estendere a tutti la possibilità di attuare le proprie aspirazioni a una vita migliore dall'altro nella proposta persiste una ottimistica (per alcuni critici eccessiva) fiducia nella tecnologia che porterà ad una nuova era di crescita economica*". Viene rimarcato come la sostenibilità comporti dei limiti imposti dall'attuale stato della tecnologia e dell'organizzazione sociale alle risorse economiche e dalla capacità della biosfera di assorbire gli effetti delle attività umane, auspicando però che la tecnica e la organizzazione sociale possano essere gestite e migliorate allo scopo di inaugurare una nuova era di crescita economica".

15 Cfr. Gillespie, A.: *International Environmental Law, Policy and Ethics,* Oxford, 1997, p. 107 ss.

16 Principio 3 della Dichiarazione di Rio: «*Il diritto allo sviluppo deve essere realizzato in modo da soddisfare equamente le esigenze relative all'ambiente ed allo sviluppo delle generazioni presenti e future*». Sul principio di responsabilità intergenerazionale cfr. Weiss, E.: "Our Rights and Obligations to Future Generations for the Environment", *Am. journ. intern. Law,* 1990, p. 198 ss.; Westra, L.: *Environmental Justice and the Rights of Unborn and Future Generations*, London, 1996, passim; Palombino, G.: "La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale", *federalismi.it*, 2020, p. 243; Monterossi, M. W.: *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, ETS, Pisa, 2020, passim; D'Aloia, A.: voce "Generazioni future (diritto costituzionale)", in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, pp. 331 ss.; Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico", cit., pp. 287 ss.; Porena, D.: *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, 2017; Fracchia, F.: "Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future", *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, p. 13.

17 Si veda diffusamente Pineschi, L.: "La Conferenza di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo", *Riv. giur. amb.*, 1992, p. 705; Scovazzi, T.: "Diritto internazionale e ambiente", *in Codice dell'ambiente* (a cura di Nespor, S. e De Cesaris, A.L.), Milano, 2003, p. 3.

18 La Dichiarazione di Rio prevede inoltre la consacrazione del "principio di precauzione", cfr. Kourilsky, P. e Viney, G.: *Le principe de précaution*, Paris, Odile Jacob, 2000; Rosner, D. e Markowitz, G.: "Industry Challenges to the Principle of Prevention in Public Health: the Precautionary Principle", *Historical Perspective*, 2002, pp. 501-512. A differenza del "principio di prevenzione", il principio di precauzione si applica a pericoli non già identificati, ma meramente potenziali. Questo comporta, da un punto di vista procedimentale, una sostanziale inversione dell'onere probatorio: spetterà al soggetto destinatario della norma precauzionale dar prova dell'insussistenza del pericolo. Le prime tracce del principio di precauzione sono rinvenibili nel diritto internazionale intorno alla metà degli anni Ottanta del secolo scorso, tuttavia è proprio con l'art. 15 della Dichiarazione di Rio che avverrà la codificazione a livello internazionale del principio.

19 La Commissione delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile, costituita per seguire l'applicazione degli accordi di Rio, si riunisce ogni anno dal 1993 e ha rappresentato una novità e un primo esempio soprattutto per la partecipazione della società civile alle discussioni all'interno dell'Onu. Cfr. Nanda, V. e Pring, G., *op. cit.*, p. 104. Cfr. Scovazzi, T.: "Dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi", *Riv. giur. Amb.*, 2021, p. 163 per una sintesi degli accordi successivi in cui il clima è fissato come una "condizione assoluta" spazio-temporale, consistente non più tanto nella scarsità delle risorse, bensì nel progressivo esaurirsi delle stesse. La perdita

L'attenzione del nostro legislatore per la materia ambientale inizia a prendere forma negli anni Ottanta e riceve un notevole impulso dalla copiosa normativa europea[20].

Per quanto qui rilevante può essere messo in evidenza come il diritto dell'ambiente sia strutturato intorno a principi generali[21], quali il principio di precauzione e dello sviluppo sostenibile[22], che ne ispirano i contenuti e sono destinati ad orientare l'azione dei soggetti interessati, tra cui ovviamente i soggetti privati, con ricadute specifiche ad esempio sulla legislazione dei rischi, sulla bioetica,

della biodiversità, il consumo del suolo, l'inquinamento delle matrici ambientali rappresentano questioni che occorre affrontare, anche se senz'altro il cambiamento climatico costituisce il pericolo attuale più pressante.

20 La politica dell'Unione in materia di ambiente risale al Consiglio europeo tenutosi a Parigi nel 1972, in occasione del quale i capi di Stato o di governo (sulla scia della prima conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente) hanno dichiarato la necessità di una politica comunitaria in materia di ambiente che accompagni l'espansione economica e hanno chiesto un programma d'azione. L'Atto unico europeo del 1987 ha introdotto un nuovo titolo «Ambiente», che ha costituito la prima base giuridica per una politica ambientale comune finalizzata a salvaguardare la qualità dell'ambiente, proteggere la salute umana e garantire un uso razionale delle risorse naturali. Le successive revisioni dei trattati hanno rafforzato l'impegno della Comunità a favore della tutela ambientale e il ruolo del Parlamento europeo nello sviluppo di una politica in materia. Il trattato di Maastricht (1993) ha fatto dell'ambiente un settore ufficiale della politica dell'UE, introducendo la procedura di codecisione e stabilendo come regola generale il voto a maggioranza qualificata in seno al Consiglio. Il trattato di Amsterdam (1999) ha stabilito l'obbligo di integrare la tutela ambientale in tutte le politiche settoriali dell'Unione al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile. Quello di 'combattere i cambiamenti climatici' è divenuto un obiettivo specifico con il trattato di Lisbona (2009), così come il perseguimento dello sviluppo sostenibile nelle relazioni con i paesi terzi. La personalità giuridica consentiva ora all'UE di concludere accordi internazionali.

21 La politica dell'Unione in materia di ambiente si fonda sui principi della precauzione, dell'azione preventiva e della correzione dell'inquinamento alla fonte, nonché sul principio «chi inquina paga». Il principio di precauzione è uno strumento di gestione dei rischi cui è possibile ricorrere in caso d'incertezza scientifica in merito a un rischio presunto per la salute umana o per l'ambiente derivante da una determinata azione o politica. Per esempio, qualora sussistano dubbi in merito all'effetto potenzialmente pericoloso di un prodotto e qualora, in seguito a una valutazione scientifica obiettiva, permanga l'incertezza, può essere impartita l'istruzione di bloccare la distribuzione di tale prodotto o di ritirarlo dal mercato. Tali misure devono essere non discriminatorie e proporzionate e vanno riviste non appena si rendano disponibili maggiori informazioni scientifiche. Il principio «chi inquina paga» è attuato dalla direttiva sulla responsabilità ambientale, che è finalizzata a prevenire o altrimenti riparare il danno ambientale alle specie e agli habitat naturali protetti, all'acqua e al suolo. Gli operatori che esercitano talune attività professionali quali il trasporto di sostanze pericolose, o attività che comportano lo scarico in acqua, sono tenuti ad adottare misure preventive in caso di minaccia imminente per l'ambiente. Qualora il danno si sia già verificato, essi sono obbligati ad adottare le misure del caso per porvi rimedio e a sostenerne i costi. Il campo di applicazione della direttiva è stato ampliato tre volte per includere rispettivamente la gestione dei rifiuti di estrazione, l'esercizio dei siti di stoccaggio geologico e la sicurezza delle operazioni offshore nel settore degli idrocarburi. Inoltre, l'integrazione delle istanze ambientali in altri settori della politica dell'UE rappresenta oggi un concetto importante nell'ambito delle politiche europee, sin da quando è emerso per la prima volta da un'iniziativa del Consiglio europeo di Cardiff del 1998. Negli ultimi anni, l'integrazione delle politiche ambientali ha compiuto progressi significativi, ad esempio, nel campo della politica energetica, come evidenziano lo sviluppo parallelo del pacchetto UE in materia di clima ed energia o la tabella di marcia verso un'economia competitiva a basse emissioni di carbonio entro il 2050. Nel dicembre 2019 la Commissione ha varato il Green Deal europeo, che dovrebbe contribuire a incentrare le politiche dell'UE sulla trasformazione dell'Europa nel primo continente a impatto climatico zero al mondo.

22 Sul principio italo-europeo dello sviluppo sostenibile (artt. 11 Tratt. FUE, 37 Carta dir. UE e art. 3 quater d.lgs. n. 152 del 2006, c.d. codice dell'ambiente), si veda Pennasilico, M.: "Contratto e uso responsabile delle risorse naturali", *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 753 ss.; Id., "Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale", cit., pp. 37 ss.; Id., Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico", cit., p. 287 ss.; Porena, D.: *Il principio di sostenibilità.,* cit., pp. 111 ss.

sul diritto dell'impresa, sul diritto dell'energia[23], ma anche sul diritto sanitario e dei consumatori[24].

Ricopre un ruolo chiave nella seguente riflessione il codice dell'ambiente che riproduce i suddetti principi conformativi dell'attività anche dei soggetti privati; si pensi a quanto disciplinato dall'art. 3 quater in forza del quale "*ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi*" del suddetto codice "*deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future*".

E dall'art. 3 ter il quale enuncia il principio dell'azione ambientale adeguata: "*La tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio "chi inquina paga" che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale.*"

23 Il processo di "transizione ecologica" promosso dal Green Deal intende non solo raggiungere la "neutralità climatica" al fine di proteggere la salute ed il benessere dei cittadini, ma anche approfittare di questa sfida per modernizzare l'economia europea secondo un nuovo modello di sostenibilità ambientale efficiente e competitivo. Evidentemente, davanti a degli obbiettivi così ambiziosi, l'attuazione del Green Deal richiederà una profonda trasformazione non solo dei sistemi produttivi, dell'organizzazione del lavoro e dei comportamenti sociali, ma anche dell'Unione europea stessa. Quest'ultima dovrà infatti sviluppare gli strumenti idonei a tutelare l'ambiente e ridurre efficacemente le emissioni di gas serra, sostenendo allo stesso tempo la crescita economica e l'occupazione negli Stati membri. Sarà altresì necessario rafforzare la collaborazione tra le istituzioni europee, le autorità nazionali e la società civile secondo il principio di sussidiarietà verticale ed orizzontale. Si vedano in tal senso la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Il Green Deal europeo, COM(2019) 640 dell'11 dicembre 2019; comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Piano di investimenti per un'Europa sostenibile. Piano di investimenti del Green Deal europeo, COM(2020) 21 del 14 gennaio 2020; proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il fondo per una transizione giusta, COM(2020) 22 del 14 gennaio 2020; proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (UE) 2018/1999 (Legge europea sul clima), COM (2020) 80 del 4 marzo 2020. Si veda anche Risoluzione del Parlamento europeo del 28 novembre 2019 sull'emergenza climatica e ambientale (2019) 2930 (RSP). Nel 2021 la Commissione europea ha adottato un programma organico di proposte normative (denominato, "Fit for 55") volte a rendere più credibile il raggiungimento di obiettivi così ambiziosi, prevedendo, per esempio, la riduzione a zero delle emissioni degli autoveicoli entro il 2035, dando così un impulso decisivo alla transizione da motorizzazioni inquinanti alla elettrificazione. Il Green Deal europeo costituisce una risposta ai cambiamenti climatici delineando una nuova strategia di crescita che mira proteggere la salute e il benessere dei cittadini dai rischi di natura ambientale. E questo senza tuttavia rinunciare agli obiettivi di una «società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva», promuovendo una transizione "giusta e inclusiva" e indirizzando l'economia e la società su un percorso maggiormente sostenibile. Al primo posto nella strategia del Green Deal europeo si pone il ripensamento delle politiche per l'approvvigionamento di energia pulita in tutti i settori dell'economia. E ciò in considerazione del fatto che la produzione e l'uso dell'energia nei diversi settori economici rappresentano oltre il 75 per cento delle emissioni di gas a effetto serra dell'Unione europea. Da solo, il settore dei trasporti è responsabile di un quarto di tali emissioni.

24 Si veda in tal senso Pennasilico, M.: *Manuale*, cit., p. 22, a cui si rinvia per un approfondimento sulle fonti del diritto civile dell'ambiente.

Dalla mera lettura di questi articoli si può trarre conferma del coinvolgimento dei privati all'interno di una comunità eco-sostenibile e del riconoscimento di doveri di tutela dell'ambiente in capo ad essi, la cui azione deve oggi essere realizzata nel rispetto dei suddetti principi di sostenibilità, prevenzione e precauzione[25], in una dialettica tra mercato, improntato a parametri di concorrenza, produttività e competitività, e ambiente, strettamente connesso ai valori della dignità umana e della giustizia sociale.

Una riprova e fondamento di queste considerazioni può rinvenirsi anche nella recente riforma dalla Carta Costituzionale, nella quale l'ambiente viene definitivamente assunto come valore di rilievo costituzionale al quale devono dunque conformarsi anche le azioni dei diversi soggetti privati[26]. La necessaria riconsiderazione della questione ambientale, induce a un cambio di 'prospettiva valoriale', ove la protezione dell'ecosistema naturale si pone quale presupposto indefettibile per la tutela della persona umana al fine di agevolare il suo libero e pieno sviluppo (art. 3, comma 2, Cost.) e, per tale via, di valorizzare anche le attività economiche, pubbliche e private, che contribuiscano al miglioramento dell'ambiente.

La tutela dei diritti fondamentali della persona potrebbe diventare il modo per realizzare uno sviluppo sostenibile, in grado di fronteggiare l'attuale crisi ecologica: un'attività economica che non sia sostenibile lede la persona, la collettività, ma anche l'economia sociale di mercato, cosicché alla competitività economica dovrebbe, dunque, affiancarsi la stabilità sociale[27].

La riforma introduce un terzo comma all'art. 9 della Costituzione in cui si prevede che la Repubblica "Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali". Con ciò introducendo anche nella Carta

25 Fino al d.lg.4/08 l'applicazione di tali principi era limitata solo ai soggetti pubblici.

26 La Camera dei Deputati l' 8 febbraio 2022 ha approvato la legge di riforma della Costituzione che ha modificato gli artt. 9 e 41 al fine di introdurre nel testo della Carta la tutela dell'ambiente e degli animali. Si veda in ordine alla riforma costituzionale da ultimo Alpa, G.: "Note sulla riforma della costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali", *Contratto e Impresa*, 2022, p. 361 il quale evidenzia come l'iter della legge costituzionale sia stato lungo e travagliato, prendendo avvio il 3 aprile 2018 con l'obiettivo si inserire la tutela dell'ambiente anche nella Carta Costituzionale, così da allinearsi a molte altre che fanno riferimento all'ambiente e, altresì, di tradurre in una norma esplicita gli orientamenti interpretativi accreditatisi da lungo tempo nella nostra giurisprudenza, sulla base di una complessa e colta tradizione dottrinale.

27 Si veda in tal senso Perlingieri, P.: "Persona, ambiente e sviluppo", in *Contratto e ambiente* (a cura di Pennasilico, M.) , cit., p. 322 s., secondo il quale "*lo sviluppo è "sostenibile" quando garantisce il pieno e libero sviluppo della persona umana*"; in tal senso anche Pennasilico, M.: "Contratto, ambiente e giustizia dello scambio nell'officina dell'interprete", *Pol. dir.*, 2018, pp. 3 ss. e spec. p. 8, secondo il quale "*il rispetto dei valori fondamentali dell'ordinamento giuridico deve coniugarsi […] con un sistema economico sostenibile, che favorisca non tanto la produzione e la crescita in sé, quanto piuttosto il progresso sociale, l'uso responsabile delle risorse naturali a favore anche delle generazioni future e, dunque, il pieno sviluppo della personalità umana*". Cfr. anche Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, ESI, Napoli, 2018, p. 33. Sui presupposti dello sviluppo "umano" sostenibile si rinvia a Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile", cit., p. 41 s.

Costituzionale il riferimento alla necessaria tutela delle generazione che verranno. E aggiunge al secondo comma dell'art. 41, dopo la parola «danno», i termini «alla salute e all'ambiente» e al terzo comma in fine l'aggettivo «ambientali»[28].

Oggetto della presente indagine, è pertanto una valutazione, anche in chiave programmatica, di quali nuovi scenari il diritto dell'ambiente oggi possa aprire sul fronte della responsabilità civile, sia valutando le conseguenze di queste nuove istanze sugli istituti civilistici, in primis sul contratto[29], e sia valutando se possano esserci delle 'ricadute civilistiche' sulla disciplina del danno ambientale già ampiamente studiato nei suoi classici risvolti pubblicistici e costituzionali, i cui nodi problematici classici, non potranno ovviamente essere qui trattati. Con attenzione alla valutazione dei confini e della prospettabilità di una responsabilità a favore delle generazioni future, dato che l'interesse alla protezione dei beni ambientali e alla conservazione delle limitate risorse naturali, come visto, pone il problema della gestione di tali beni non solo nella attualità, ma anche e soprattutto in funzione di conservazione.

II.- L'INCIDENZA DELL'INTERESSE AMBIENTALE SUL MERCATO E SULLA CONFIGURAZIONE E DISCIPLINA DEL CONTRATTO. ALCUNE ESEMPLIFICAZIONI.

Il tema dell'uso responsabile delle risorse naturali, come abbiamo visto, ha assunto una progressiva centralità nell'evoluzione normativa internazionale ed europea inducendo gli Stati, sebbene con modalità diverse, ad intraprendere politiche ambientali che hanno avuto importanti ricadute anche sul mercato[30] e suscitato un generale ripensamento dei modelli civilistici utilizzabili per garantire una tutela efficace dell'ambiente, posto che gli istituti classici della responsabilità civile e della tutela risarcitoria ripristinatoria si sono rivelati non adeguati[31].

Una prima spinta verso questa direzione si è avuta con il protocollo di Kyoto del 1997, in cui sono state proposte delle modalità di intervento dirette a favorire

28 Art. 41 Cost. "L'iniziativa economica privata è libera. 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. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali."

29 Cfr. Nervi, A.: "Beni comuni, ambiente e funzione del contratto", *Rass. dir. civ.,* 2016, p. 51, il quale ricorda che «esiste anche un'altra dimensione dell'istituto contrattuale, la quale ravvisa nel negozio una valenza precipuamente organizzatoria: il contratto costituisce il mezzo attraverso il quale due o più soggetti coordinano tra loro lo svolgimento in comune di una determinata attività giuridica, i cui effetti trascendono la loro dimensione individuale»; Id., "Beni comuni e ruolo del contratto", cit., spec. p. 196; Pennasilico, M.: "Contratto, ambiente", cit., p. 28; Id., "Proprietà ambientale" e "contratto ecologico", cit., p. 83 ss.

30 Clarich, M.: "La tutela dell'ambiente attraverso il mercato", *Diritto pubblico*, 2007, p. 220.

31 Cfr. Alpa, G.: "La tutela dell'ambiente tra le regole giuridiche ed effetti economici", in *Ambiente e mercato: quale gerarchia dei valori?*, (Atti del convegno organizzato dall'Associazione nazionale magistrati amministrativi, Genova, 29-30 ottobre 1999) Milano, 2002, pp. 50 ss.

il superamento della tradizionale contraddizione tra ambiente e mercato[32], sostituendo strumenti autoritativi di imposizione e controllo con meccanismi di regolazione del mercato diretti a promuovere misure incentivanti che, da un lato hanno reso oneroso inquinare, e dall'altro hanno premiato progetti a tecnologia pulita attraverso, ad esempio, l'attribuzione di crediti per la riduzione di emissioni nocive, quale contropartita per aver adempiuto ad un obbligo connesso a doveri di comportamento ecologico[33].

Tra queste misure si possono qui menzionare quegli strumenti economici finalizzati ad indurre imprese e consumatori a tener conto di costi e benefici ambientali, non operando sui mercati esistenti di beni e servizi, ma mediante la creazione di mercati artificiali per lo scambio di beni e titoli rappresentativi di valori ambientali che pongono non poche questioni di rilievo civilistico[34].

Per una applicazione pratica in tal senso si può citare la nota questione delle emissioni di gas ad effetto serra nella quale si è passati dalla tradizionale politica pubblicistica, cosiddetta di '*command and control*' ad una politica di incentivi, chiaro esempio di svolta verso una impostazione di stampo privatistico della regolazione dell'economia anche nella materia ambientale, diretta ad indurre gli operatori del mercato a ritenere sconvenienti le tecnologie inquinanti e ad orientarsi spontaneamente verso una innovazione strumentale finalizzata al perseguimento di interessi ambientali.

32 Si veda in questo senso la Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo "*Conciliare bisogni e responsabilità. L'integrazione delle questioni ambientali nella politica economica*", COM (2000) , che sottolinea l'importanza di meccanismi di mercato rispetto alla regolamentazione di tipo tradizionale: "*Con la presente comunicazione si intende sottolineare che non esiste una contraddizione di fondo tra crescita economica e mantenimento di un livello accettabile di qualità ambientale. In effetti, la crescita economica permette alla società di offrire ai propri membri un ambiente più pulito e più sano: ad esempio, le malattie causate dall'inquinamento delle acque come il colera o la dissenteria non rappresentano più un problema per le società sviluppate, anche in caso di disastri naturali. La crescita economica non va dunque considerata in opposizione all'ambiente: è piuttosto necessario riflettere su come coniugare i miglioramenti del tenore di vita con la tutela ed il miglioramento della qualità dell'ambiente. Una migliore integrazione dovrebbe inoltre apportare vantaggi sia per l'ambiente che per la politica economica. Una politica fiscale "ecologica", che elimini ad esempio le sovvenzioni alle attività dannose dal punto di vista ambientale dovrebbe migliorare l'efficienza economica. L'uso di strumenti economici, quali imposte, sovvenzioni o altri incentivi, oppure permessi negoziabili di emissione, è spesso un modo più efficace per raggiungere obiettivi di politica ambientale rispetto agli strumenti tradizionali, quale la regolamentazione diretta delle attività inquinanti. I provvedimenti volti a migliorare l'integrazione apporteranno benefici sia per l'economia che per l'ambiente*." In generale per un approfondimento sugli strumenti economici di politica ambientale, cfr. Musu, I.: *Introduzione all'economia dell'ambiente*, Bologna, 2000, passim; Stewart, R.: "A new generation of environmental regulation?*", U. L. Rev.*, 2001, pp. 21 ss.; Freeman, J. - Farber, D.: "Modular Environmental regulation", *Duke law rev.*, 2005, passim.

33 Ad esempio i cosiddetti certificati verdi emessi dal Gestore del servizio/mercato elettrico nel settore dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili (ed ora, dal giugno 2016, ritirati dal mercato e sostituiti da altri meccanismi basati sulla corresponsione ai produttori di tariffe incentivanti, come stabilito dal DM 6-7-2012, http://www.mercatoelettrico.org/it/mercati/cv/IntroCV.aspx si veda infra sub nota 35) incorporavano la circostanza per la quale il titolare aveva prodotto o acquistato quella quantità di energia pulita che la legge gli imponeva di produrre o acquistare (http://www.mercatoelettrico.org/it/mercati/cv/cosasonocv.aspx). In argomento si veda, per i risvolti civilistici, Colcelli, V. "La natura giuridica dei certificati verdi", *Riv. giur. ambiente*, 2012, p. 179.

34 Cfr. Bresso, M.: *Per un'economia ecologica*, Carocci, Roma, 2002, pp.34 ss.

Il Gestore del mercato elettrico era stato investito del compito di organizzare un mercato per le quote di emissione di gas a effetto serra, rappresentativi di un diritto di emettere gas per una certa quantità in un certo periodo di tempo, e dei cosiddetti certificati verdi, ovvero dei 'crediti' rappresentativi dell'adempimento di un obbligo connesso a doveri di comportamento ecologico[35].

Un meccanismo analogo è previsto in ordine ai titoli di efficienza energetica, i cosiddetti certificati bianchi, che sono stati istituiti anch'essi con la finalità di incentivare la realizzazione di progetti di risparmio energetico da parte dei distributori di energia elettrica e di gas naturale. Anche in questo caso la costituzione di un mercato artificiale avviene mediante la creazione di una domanda sulla base di un obbligo di legge al fine di sviluppare la relativa offerta e sono emessi dal Gestore del mercato elettrico sulla base di progetti di risparmio energetico[36].

Per i profili che qui interessano, si vuole richiamare l'attenzione sul rilevante dibattito emerso nella dottrina civilistica in ordine alla qualifica giuridica di detti certificati, se possano essere considerati o meno quali beni giuridici nuovi sotto forma di titoli astratti che incorporano la facoltà di attestare nei confronti di un'autorità pubblica l'assolvimento di un obbligo legislativo avente per oggetto il contenimento delle emissioni entro un tetto prestabilito[37]. Con ogni conseguenza ovviamente in ordine alla disciplina della responsabilità patrimoniale, potendo nel primo caso essere suscettibili di azioni esecutive ed eventualmente oggetto del diritto di pegno o di usufrutto[38].

35 I suddetti certificati verdi sono stati sono stati ritirati dal mercato dal giugno 2016 e sostituiti da altri meccanismi basati sulla corresponsione ai produttori di tariffe incentivanti, come stabilito dal D.M. 06/07/2012, entrato in vigore l'11 luglio 2012. Ai meccanismi allora introdotti potevano accedere tutti gli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili diverse da quella solare (eolici, idroelettrici, geotermoelettrici, a biomassa, a biogas, a gas di depurazione, a gas di discarica, a bioliquidi) di piccola, media e grande taglia, entrati in esercizio a partire dal 1 gennaio 2013. Successivamente all'entrata in vigore del D.M. 23/06/2016, hanno mantenuto la possibilità di accesso ai precedenti incentivi del D.M. 06/07/2012 esclusivamente gli impianti ammessi in posizione utile nelle Procedure d'Asta e nei Registri dello stesso Decreto e per i quali non siano decorsi i termini previsti per l'entrata in esercizio. Gli incentivi sono riconosciuti all'energia elettrica netta immessa in rete dall'impianto, calcolata come minor valore tra la produzione netta (a sua volta pari alla produzione lorda ridotta dei consumi dei servizi ausiliari, delle perdite di linea e di trasformazione) e l'energia elettrica effettivamente immessa in rete, misurata con il contatore di scambio. Sono previsti due differenti meccanismi incentivanti, in funzione della potenza dell'impianto.
Si veda i seguenti link https://www.gse.it/servizi-per-te/fonti-rinnovabili/fer-elettriche/incentivi-dm-06-07-2012, http://www.mercatoelettrico.org/it/mercati/cv/cosasonocv.aspx e http://www.mercatoelettrico.org/it/mercati/cv/IntroCV.aspx

36 Si veda il seguente link https://www.gse.it/servizi-per-te/efficienza-energetica/certificati-bianchi#:~:text=I%20certificati%20bianchi%20sono%20titoli,Equivalente%20di%20Petrolio%20(TEP).

37 Clarich, M.: *op. cit.*, p. 220.

38 Cfr. Leone, A.: "Advertising e tutela del consumatore verde", *Il Diritto industriale*, 2021, p. 73 e Colcelli, V.: op. cit., p. 179; cfr. Pernazza, F.: "I certificati verdi: un nuovo «bene giuridico»?", *Rass. giur. energia elettr.*, 2006, pp. 192 ss.; Tappi, R.: "I certificati verdi: meccanismo di funzionamento e profili giuridici", *Rass. giur. energia elettr.*, 2006, pp. 173 ss. È stato posto anche il problema se le quote di emissioni costituiscano strumenti finanziari ai sensi del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, cfr. sul punto Gambaro, F.: "Emissions Trading tra aspetti pubblicistici e profili privatistica", *Contr. Impr. Europa*, 2005, pp. 874 ss., il quale propende per la soluzione negativa.

Un ulteriore fattore che ha determinato il mutamento delle logiche sottese al mercato è legato all'emergere di scelte "ecologicamente" orientate, operate da consumatori e utenti che hanno sostituito stili di consumo improntati ai criteri puramente economici del miglior prezzo o della convenienza del prodotto, andando così inevitabilmente a condizionare le imprese produttrici, spinte a modificare le proprie politiche di produzione al fine di realizzare un circuito economico sostenibile e condiviso[39].

Si pensi, ad esempio, alle imprese che su base volontaria hanno aderito al sistema di certificazione aziendale, il sistema comunitario EMAS[40]e l'audit ambientale ISO, per ottenere la certificazione di qualità ambientale al fine di perseguire un vantaggio competitivo in termini di immagine rispetto ad altre imprese[41].

39 Korn, R.: "Tutela dell'ambiente, consumatori e responsabilità sociale d'impresa: i nuovi strumenti della sostenibilità aziendale", *Contr. Impr. Eur.*, 2012, p. 671, osserva come, "*nell'economia moderna, il consumatore non possa più essere considerato unicamente quale il destinatario passivo dell'attività d'impresa, inteso solamente come fruitore finale di beni e servizi, e come tale mero destinatario, nella sua qualità di soggetto debole della filiera produttiva, di comportamenti irresponsabili dell'impresa*", ma "*assume un ruolo centrale nelle scelte dell'azienda e ha le potenzialità di indirizzare il mercato ad assumere comportamenti socialmente etici*". Cfr. anche Forno, F. - Graziano, P.R.: *Il consumo critico*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 14-15, i quali in ordine alla pratica dell'acquisto consapevole c.d. del buycottaggio specificano come la strategia di fondo sia quella di tentare di "*influenzare il comportamento delle aziende produttive e del mercato agendo direttamente sul circuito del reddito, proprio perché attraverso l'acquisto o il mancato acquisto di certi prodotti è possibile infatti non solo segnalare alle imprese i comportamenti che si approvano e quelli che si disapprovano, ma anche sostenere le forme produttive ritenute corrette, ostacolando le altre*". La convinzione che le imprese debbano contribuire alla crescita economica, prestando attenzione alla pluralità dei portatori di interessi (stakeholders) che si rapportano all'impresa – lavoratori, consumatori, comunità sociale –, fonda l'istituto della Corporate Social Responsability (CSR) o Responsabilità Sociale d'Impresa (RSI). Cfr. anche Addante, A.: *Autonomia privata e responsabilità sociale dell'impresa*, ESI, Napoli, 2012, passim; Conte, G.: *L'impresa responsabile*, Giuffré, Milano, 2018, passim.

40 Il sistema comunitario EMAS è disciplinato dal Reg. CEE n. 1221 del 2009 e allegati Allegati I, II e III come modificati con il Regolamento UE 1505/2017 e l'Allegato IV con il Regolamento 2026/2018.

41 Le attività tecniche di registrazione EMAS e di accreditamento e sorveglianza dei Verificatori Ambientali EMAS sono svolte in conformità alla norma ISO 9001:2015. Analoga funzione informativa nei confronti dei consumatori che desiderino compiere scelte più consapevoli è svolta dai marchi di qualità ecologica, che le imprese possono richiedere per i loro prodotti attivando un procedimento disciplinato a livello comunitario, cfr Reg. CE n. 1980/2000 e la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 luglio 2008, relativo ad un sistema per il marchio comunitario di qualità ecologica Ecolabel, COM(2008) 40. Cfr. A. Leone, op. cit., p. 73 il quale riporta l'esempio dei claim di prodotti da agricoltura sostenibile, che presuppongono una stretta collaborazione del produttore con le varie aziende agricole che vengono coinvolte nella fornitura di materie prime e nell'attuazione di specifici protocolli che dovranno essere monitorati dall'azienda posta a capo della filiera. L'Autore evidenzia, dunque, l'esigenza, per non incorrere in un deficit di diligenza professionale con tutto ciò che ne consegue sui rischi di una pratica commerciale scorretta, di presidiare in modo concreto l'osservanza effettiva degli obblighi che sono stati imposti ai vari operatori della filiera, con rigidi controlli che vengono solitamente disciplinati nei contratti con poteri ispettivi da parte del produttore o la previsione di attività di audit a enti terzi accreditati che curano il rispetto dei protocolli che stanno alla base di eventuali certificazioni svolgendo un'attività di monitoraggio sul rispetto dei requisiti di sostenibilità poi conclamanti nei green claims. Del resto gli stessi Orientamenti sopra richiamati in nota, a proposito dei regimi di certificazione, sono molto chiari nel richiedere che in generale "*le ispezioni devono essere efficaci, chiare e trasparenti, basate su procedure documentate e far riferimento a criteri verificabili che sono alla base delle indicazioni date dal regime di certificazione*". La responsabilità del professionista è confermata anche in Giurisprudenza, si veda in tal senso ex multis, sentenza Cons. Stato, Sez. VI, n. 4753/2012 in *Banche Dati Juris Data* "*l'interposizione di uno o più soggetti nel rapporto fra l'operatore commerciale e la clientela non esclude la responsabilità dell'operatore, né attribuisce alla stessa natura oggettiva. Infatti devono essere ricondotte ai parametri della responsabilità colposa eventuali violazioni dell'obbligo di diligenza professionale assunto dal Codice del Consumo a criterio principe di imputazione, in termini di colpevolezza, delle pratiche commerciali scorrette lesive delle sfere giuridiche dei consumatori (siano detti parametri qualificati come colpa da organizzazione, oppure come culpa in eligendo o in vigilando*". Dunque, la mancata osservanza di clausole fra il professionista a capo della filiera e terzo soggetto facente parte della filiera non pone il primo al riparo da provvedimenti sanzionatori.

Queste complesse operazioni, definite di *green marketing*, hanno richiamato l'attenzione, specialmente del legislatore europeo, in ordine alle esigenze di tutela del consumatore con riferimento alla pratica invero censurabile di usare dichiarazioni ambientali '*Environmental claims*' tendenti falsamente a presentare un prodotto come ecologico per incentivarne la vendita[42].

Emergono, pertanto, in ambito civilistico importanti ricadute in tema di nuove responsabilità in capo alle imprese in ordine alla violazione di obblighi di carattere informativo delle parti, e agli obblighi di buona fede e correttezza nelle trattative o nell'esecuzione del contratto, o anche conseguenze sulla considerazione dei vizi nell'ambito dei contratti di vendita, locazione o fornitura. Le pratiche di *green marketing* inducono anche nuovi profili di diligenza professionale nell'ambito del Codice del Consumo e obbligano, altresì, il professionista ad una particolare diligenza implicando una necessaria vigilanza sugli eventuali obblighi di facere imposti alla filiera per garantire la correttezza dei *green claim*[43].

Quale ulteriore conseguenza dello scenario appena tratteggiato, la tutela dell'ambiente è diventata ormai uno dei criteri di valutazione nel processo decisionale in materia di investimento, sotto il profilo dell'analisi di come un'azienda contribuisca alle sfide ambientali (ad esempio, rifiuti, inquinamento, emissioni di

42 Si veda ad esempio, cfr. *https://ec.europa.eu/environment/eussd/smgp/initiative_on_green_claims.htm*, come la Commissione Europea si sia proposta attraverso l' '*European Green Deal*' di sottoporre ad una verifica sostanziale le aziende che rendono '*green claims*' al fine di valutare il loro effettivo impatto sull'ambiente". E ciò a tutela anche del consumatore. In quest'ottica la Commissione Europea auspica, tra le politiche annunciate nel piano d'azione per l'economia circolare, una revisione del diritto dei consumatori dell'UE per consentire agli stesi di partecipare attivamente alla transizione verde. Si veda anche il punto 24 della risoluzione del Parlamento europeo 4 febbraio 2014 sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali, il c.d. '*Greenwashing*'. Sul tema si veda Leone, A.: *op. cit.*, p. 73, al quale si rinvia per una trattazione diffusa del *green marketing*, pratica commerciale in via di costante sviluppo sia per assecondare le sempre più pressanti esigenze di sostenibilità e rispetto dell'ambiente sia perché agisce come indubbia leva nei confronti dei consumatori sensibili a scelte individuali green per il benessere della collettività; in questo contesto la pubblicità ambientale delle aziende impegnate in progetti di ecosostenibilità della loro produzione svolge un ruolo fondamentale. L'autore mettendo al centro la tutela del consumatore dai claim scorretti generatori del c.d. *greenwashing*, cioè asserzioni ambientali non vere o non verificabili con appropriazione di virtù ambientaliste finalizzate alla creazione di un'immagine verde, intende fornire un organico commento alle norme di diritto positivo di riferimento e alle numerose linee guida internazionali di matrice UE nonché alla normazione tecnica di applicazione volontaria da cui si ricavano specifici principi per assicurare una comunicazione commerciale corretta. La casistica nazionale e internazionale in materia di *greenwashing* offre un quadro concreto dei limiti di utilizzo dei green claims.

43 Cfr. diffusamente Leone, A.: *op. cit.*, p. 73.

gas a effetto serra, deforestazione e cambiamenti climatici) e quindi delle sue performance in tal senso.

Si fa qui espresso riferimento all'impatto dei fattori ESG sulla governance e conseguentemente sulla responsabilità dell'impresa introducendo nuove ipotesi in uno scenario in continua evoluzione[44], che costituisce un esempio lampante di come il tema ambientale permei il diritto dei privati conformandolo[45].

Tra i fattori di valutazione della salute dell'impresa e delle sue prospettive future, gli investitori considerano oggi tra gli altri fattori, anche le insidie ed i rischi correlati al cambiamento climatico[46].

In ordine alla evoluzione normativa in tema di climate-related risk sui bilanci, una prima regolamentazione è contenuta nell'Accordo di Parigi del 2015, a cui è seguito nel 2018 il 'Piano d'Azione per la finanza sostenibile ad opera della Commissione Europea, in cui vennero delineate le strategie e le azioni da implementare, tra le quali la necessità di integrare e di migliorare gli aspetti di sostenibilità nelle reportistiche aziendali. Tematica oggetto della Direttiva europea 2014/95/UE (recepita in Italia con il D.Lgs. n. 254/2016), che ha introdotto l'attenzione sulle informazioni relative al clima, a mezzo delle c.d. climate-related information, sotto forma di raccomandazioni non vincolanti finalizzate ad incoraggiare gli operatori economici alla rendicontazione delle informazioni relative al clima, in un'ottica di maggiore trasparenza verso gli stakeholders e, contestualmente, offrendo agli stessi la possibilità di effettuare investimenti più sostenibili.

44 Si fa qui riferimento ai noti fattori ESG acronimo di Environmental, Social and Governance ovvero ai tre fattori centrali nella misurazione della sostenibilità di un investimento. Cfr. Rolli, R.: *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 112 e p. 127. Si pensi ad esempio alla responsabilità degli amministratori per mancata predisposizione di assetti adeguati ai fattori ESG, o per mancata integrazione degli interessi degli stakholders nella strategia di impresa.

45 Si veda anche, Cavazzana, R.O. e Ponzio, A.: "Effetti dei climate-related risk sui bilanci", *Bilancio e Revisione*, 2022, p. 35 i quali evidenziano come la comunicazione abbia assunto un ruolo importantissimo e come l'informazione finanziaria sia sempre più sofisticata e rilevante, andando ad abbracciare elementi che per gli stakeholder contano forse anche maggiormente rispetto ai cosiddetti financials, quali la comunicazione sociale, l'etica d'impresa, il flusso divulgativo correlato all'orientamento ed alla sensibilità nei confronti di politiche gestorie che denotino attenzione e proattività nei riguardi del tema della sostenibilità in senso lato. Al punto che tanto i redattori del bilancio, quanto coloro che ne saranno utilizzatori, dovranno innalzare il livello di conoscenza ed analisi, per una lettura critica del documento e per la sua comprensione.

46 La salute dell'impresa dovrà tenere conto della quantificazione delle probabili passività per rischi di mercato, legati ai mutamenti nelle preferenze del consumatore finale, - il quale, indubbiamente mosso da sensibilità dinamiche e mutevoli, sarà maggiormente orientato ai c.d. prodotti green - e ai rischi di reputazione, connessi all'eventualità che il rapporto impresa-consumatore possa essere inficiato dal fatto che i consumatori percepiscono determinati atteggiamenti dell'impresa come non corretti sotto il profilo etico o della sostenibilità. L'impresa dovrà quindi rafforzare, sin da tempi non sospetti, il proprio brand, tramite comunicazioni ed immagine di sé che diano conto degli orientamenti e delle iniziative attuate per la salvaguardia dell'ecosistema.
E dall'altro lato invece verranno valutati positivamente i possibili benefici derivanti alle imprese maggiormente proattive che si siano poste in condizione di ricavare vantaggi competitivi con un'attenta gestione nei riguardi del climate-change mitigando i rischi negativi sopra descritti e migliorando l'efficienza produttiva grazie ai progressi tecnologici e all'utilizzo di risorse rinnovabili e favorendo l'ingresso in nuovi mercati o un posizionamento strategico in quelli in cui l'impresa già opera.

Ad esempio tra le raccomandazioni suggerite dalla commissione è ricompresa la necessità di comunicare gli aspetti legati all'utilizzo di risorse energetiche con la distinzione tra rinnovabili e non, all'impiego di risorse idriche, alle emissioni di gas a effetto serra in atmosfera, nonché all'impatto ambientale generato dall'attività di impresa[47].

Di conseguenza, qualsiasi società obbligata a pubblicare informazioni di carattere non finanziario deve comunicare, tra l'altro, in che modo e in che misura le proprie attività sono associate ad attività economiche ecosostenibili. Inoltre, il Regolamento sopra citato richiede *"alle imprese non finanziarie di comunicare la quota del loro fatturato proveniente da prodotti o servizi associati ad attività economiche considerate ecosostenibili e la quota delle loro spese in conto capitale e operative ad attivi e processi associati ad attività economiche considerate ecosostenibili"*.

Già da queste brevi riflessioni si può evincere come la politica legislativa abbia spinto verso il perseguimento di una sinergia tra ambiente e mercato derivante proprio dal fatto che le imprese possano ravvisare delle ricadute economiche nell'iniziare a farsi carico dei costi legati alla riduzione o eliminazione di emissioni inquinanti nell'atmosfera, nei fiumi e in generale nell'ambiente naturale, oltre a contenere le conseguenze di lungo periodo del depauperamento delle risorse naturali determinato dall'approvvigionamento di materie prime necessarie per i processi produttivi.

Si è così assistito negli ultimi decenni ad un netto cambio di paradigma passando dal considerare il mercato quale antagonista dell'ambiente, per i meccanismi concorrenziali ad esso connaturati, al riconoscergli quasi un ruolo strategico di sinergia e propulsione delle istanze ambientali, tanto che oggi il concetto di sviluppo economico non è più visto in contrapposizione alle istanze ecologiche, ma legato a doppio filo con la sostenibilità[48]: si parla oggi non a caso di sviluppo sostenibile.

47 Le più recenti modifiche legislative, ispirate all'esigenza di ampliare la disclosure non finanziaria e di sviluppare nuove metriche per poter valutare le performance aziendali rispetto ai rischi legati al cambiamento climatico, hanno dato adito al proliferarsi di norme comunitarie più stringenti: in questo scenario normativo si inquadra la c.d. EU Taxonomy, introdotta con il Regolamento UE 2020/852, ossia un sistema di classificazione delle attività economiche sostenibili uniforme a livello europeo finalizzato al raggiungimento degli obiettivi ambientali e climatici dell'UE.

48 La dottrina, in tal senso, ha evidenziato proprio come non si possa parlare oggi di un vero sviluppo, se questo non avvenga in modo sostenibile cfr. Pennasilico, M.: "Contratto e uso responsabile", cit., pp. 753 ss.; Id., Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto, *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2020, p. 125 ss.; Porena, D.: *Il principio di sostenibilità.*, cit., p. 111 ss. In questi termini, il rapporto Brundtland del 1987, Commissione Mondiale su Ambiente e Sviluppo, che per la prima volta introduce il principio dello sviluppo sostenibile. Cfr. Pozzo, B.: "Diritto dell'ambiente e diritto allo sviluppo: le origini", *Riv. giur. Amb.*, 2015, pp. 16 ss.. In dottrina si veda Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile*, cit., p. 96, per mercato sostenibile "*deve intendersi un mercato interno in cui le imprese perseguano una crescita equilibrata fra i profitti e la redistribuzione*"; Perlingieri, P.: *"Persona, ambiente e sviluppo",* in *Contratto e ambiente* (a cura di Pennasilico, M.), ESI, Napoli, 2014, pp. 322 ss.; Pennasilico, M.: "Contratto, ambiente e giustizia dello scambio", cit., p. 3 ss.; Forno, F. - Graziano, P.R.: op. cit., passim; Imbrenda, M.: *Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare*, ESI, Napoli, 2016, pp. 87 ss.

Nel settore dell'impresa è assolutamente evidente come l'interesse ecologico stia ricoprendo un ruolo sempre più importante, tanto che in dottrina si è affermato che, anche qui, come nella disciplina contrattuale, possa essere riguardato come un limite interno all'attività d'impresa, quale fattore propulsivo di una rinnovata economia di mercato, definendola una '*economia di mercato sociale ed ecologica*'[49], che si valga dei contratti ecologici quali strumenti elettivi dello sviluppo ecologico. al punto che la teoria dell'imprenditore e la stessa nozione di imprenditore (art. 2082 c.c.) potrebbero arricchirsi di contenuti e valori nuovi, nel segno della sostenibilità ambientale e della contrattazione ecologica quale fonte di '*rapporti patrimoniali ecosostenibili*'[50].

In tal senso si veda anche la recente legislazione, tra cui ad esempio la legge11 novembre 2011, n. 180 'Norme per la tutela della libertà d'impresa', che mira, tra le varie finalità, "*a promuovere l'inclusione delle problematiche sociali e delle tematiche ambientali nello svolgimento delle attività delle imprese e nei loro rapporti con le parti sociali*"[51] e il d.lgs. n. 112 del 2017[52], secondo il quale una società può essere riconosciuta come impresa sociale ove persegua una attività d'impresa di interesse generale tra cui "*interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente e all'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali*"[53].

A parte il settore dell'impresa, le ipotesi in cui vi è influenza diretta dell'istanza ambientale sono numerose e il catalogo dei contratti tipici e atipici che hanno ad oggetto una prestazione specifica di rilevanza ambientale è in costante aumento[54].

Si pensi ad esempio alla previsione dell'obbligo, in capo al proprietario, di consegnare all'acquirente o al conduttore un attestato di prestazione energetica

49 Si veda per questa formula Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"", *cit.*, p. 305 Si veda altresì Meo, G.: "Luce europea sul diritto d'impresa", in *Lo Statuto delle imprese* (a cura di Fontolan, R. – Altina, A.), Retecamere, Roma, 2012, pp. 24 ss.; Landini, S.: "Clausole di sostenibilità", in *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale* (a cura di Pennasilico, M.) , *Atti del convegno*, Bari, 22-23 ottobre 2015, ESI, Napoli, 2016, p. 357.

50 Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"", *cit.*, p. 305.

51 Legge 11 novembre 2011, n. 180, art. 1, comma 5, lett. D cosiddetto "Statuto delle imprese" .

52 Cfr. art. 2, comma 1, lett. e) del d.lgs. n. 112 del 2017, revisione della disciplina in materia di impresa sociale, a norma dell'articolo 2, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106.,

53 Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"", cit., p. 305; Cfr. Meo, G.: "Luce europea sul diritto d'impresa" in *Lo Statuto delle imprese* (a cura di Fontolan, R. – Altina, A.), Retecamere, Roma, 2012, pp. 24 ss.

54 Tosi, S.: "Il consumo critico", *Consumatori, diritto e mercato*, 2012, p. 103. In arg., Imbrenda, M.: *Le relazioni contrattuali, cit.*, p. 92; Jannarelli, A.: *Cibo e diritti. Per un'agricoltura sostenibile*, Giappichelli, Torino, 2015, passim; Rossi, G.: "Diritto dell'ambiente e diritto dell'alimentazione", *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2015, pp. 3 ss.; Monteduro, M.: "Diritto dell'ambiente e diversità alimentare", *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2015, pp. 88 ss. Si veda in tal senso anche la comunicazione della Commissione UE, COM(2018) 673, "*Una bioeconomia sostenibile per l'Europa: rafforzare il collegamento tra economia, società e ambiente*", propone, per far fronte alle sfide globali, quali i cambiamenti climatici, il degrado del suolo e dell'ecosistema, di "*migliorare e innovare le nostre modalità di produzione e consumo di generi alimentari, prodotti e materiali nell'ambito di ecosistemi sani attraverso una bioeconomia sostenibile*".

dell'immobile (art. 6, comma 2, d.lg. n. 192 del 2005), che certifichi la riduzione delle emissioni inquinanti nel settore edilizio, in funzione tanto del risparmio energetico, quanto della salubrità degli ambienti di vita[55]. O, per rimanere in tema di mercato immobiliare, al settore della edilizia eco-sostenibile in relazione alla quale va menzionata l'iniziativa europea di promozione dei cosiddetti 'mutui verdi', ovvero mutui che verrebbero concessi a condizioni di finanziamento preferenziali e favorevoli[56], con la finalità di acquistare immobili con rendimento energetico altamente efficiente o di effettuare ristrutturazioni tese alla riqualificazione degli stessi[57].

L'Unione Europa dando seguito all'accordo di Parigi sul cambiamento climatico e all'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile, per perseguire l'obiettivo di raggiungere un'economia e una società più sostenibili ha ritenuto necessario intervenire anche nel sistema finanziario proponendo di "*collegare la finanza alle esigenze specifiche dell'economia europea e mondiale a beneficio del nostro pianeta e della nostra società*", orientando "*i flussi di capitali verso investimenti sostenibili al fine di realizzare una crescita sostenibile e inclusiva; gestire i rischi finanziari derivanti dai cambiamenti climatici, l'esaurimento delle risorse, il degrado ambientale e le questioni sociali nonché promuovere la trasparenza e la visione a lungo termine nelle attività economico-finanziarie*"[58].

55 Cfr. si veda Filippi, M. - Rizzo, G. – Scaccianoce, G.: *La certificazione energetica per l'edilizia sostenibile. Efficienza, compatibilità ambientale, nuove tecnologie*, Flaccovio Dario, Palermo, 2014, passim; Bonnì, G.: "Attestato di prestazione energetica e tutela negoziale", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di Pennasilico, M.), ESI, Napoli, 2014, pp. 236 ss. In questo senso l'adeguamento e predisposizione di strumenti contrattuali efficaci sarebbe funzionale a garantire la realizzazione degli obiettivi di risparmio energetico: la direttiva 2006/32/CE (attuata con d.lg. n. 115 del 2008) ha prescritto che gli Stati membri mettano "*a disposizione degli acquirenti effettivi e potenziali dei servizi energetici o delle altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica, nel settore pubblico e in quello privato, contratti modello*" (art. 9, § 2); mentre la direttiva 2012/27/UE, che abroga la precedente, raccomanda agli Stati membri di incoraggiare gli enti pubblici, anche regionali e locali, e gli organismi di diritto pubblico competenti per l'edilizia sociale a "*ricorrere, se del caso, alle società di servizi energetici e ai contratti di rendimento energetico per finanziare le ristrutturazioni e attuare piani volti a mantenere o migliorare l'efficienza energetica a lungo termine*" (art. 5, § 7, lett. c).

56 Cfr. Persia, S.: "Profili contrattuali dello "sviluppo ecologico": dalle locazioni ai mutui verdi", *Riv. Quadr. di dir. amb.*, 2020, p.192 la quale evidenzia che le suddette agevolazioni potrebbero consistere in tassi agevolati e/o in un aumento dell'importo del prestito all'origine per finanziare l'acquisto, la progettazione o la ristrutturazione di abitazioni costruite rispettando i criteri del risparmio energetico (garantendo un miglioramento delle prestazioni energetiche di almeno il 30%) e della salvaguardia dell'ambiente.

57 Cfr. Persia, S.: op. cit., 2020, p.192 la quale menziona il progetto pilota (EeMAP – Energy Efficient Mortgage Action Plan) che è stato lanciato in Gran Bretagna e condotto dalla European Mortgage Federation – European Covered Bond Council, grazie ai finanziamenti della Commissione Europea e al supporto del programma Horizon 2020 e dell'Emf-Ecbc, la federazione degli istituiti di credito europei; coinvolge in Italia il Green Building Council Italia, nonché nove banche italiane: Banco Bpm, Bnl-Bnp Paribas, Bper Banca, Crédit Agricole-Cariparma, Friulovest Banca, Monte dei Paschi, Société Générale (filiale italiana), UniCredit, Volksbank Alto Adige. Il miglioramento dell'efficienza energetica dell'immobile determinerebbe un aumento del suo valore, nonché una riduzione dei consumi domestici. Così i mutuatari efficienti dal punto di vista energetico avrebbero un maggior reddito disponibile nella famiglia per restituire il proprio prestito, con conseguente minor rischio di insolvenza nei confronti dell'istituto di credito. A sua volta, ciò rappresenterebbe un forte incentivo per le banche e gli investitori a svolgere un ruolo di finanziamento dell'efficienza energetica degli immobili.

58 Cfr. Relazione della Commissione Europea su '*Finanza sostenibile: il piano d'azione della Commissione per un'economia più verde e più pulita*' dell'8 marzo 2018 consultabile al seguente link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_18_1404. Cfr. anche Rolli, R.: *op. cit.*, p. 38 la quale evidenzia come

Questo apre uno scenario estremante rilevante in ordine alle influenze sul diritto bancario, potendosi ricavare in prospettiva degli obblighi di comportamento per gli istituti di credito, che potrebbero dover introdurre la variabile ambientale nella concessione del credito o nello sviluppo di nuovi prodotti finanziari finalizzati ad incentivare le aziende ad investire in tecnologie a basso impatto ambientale e ad adottare sistemi di gestione ambientale[59].

Ma si pensi anche ai contratti di franchising ove sempre più frequentemente viene richiesto all'affiliato di adeguarsi a standard di eco-sostenibilità[60]; nei contratti di fornitura tra imprese è possibile che il fornitore si impegni a realizzare i propri prodotti secondo standard di produzione eco-sostenibili[61]; nelle associazioni di professionisti o di imprese gli associati s'impegnano sovente ad agire nell'osservanza di tali criteri, pena l'impossibilità di acquisire la qualità di socio o la revoca della stessa.

Allo stesso modo possono citarsi tra quegli accordi contrattuali informati alla sostenibilità economica e ambientale anche le c.d. locazioni verdi, dirette alla gestione più efficiente degli edifici, mediante una condivisione di oneri e benefici tra locatore e conduttore, che contengono una serie di pattuizioni, definite 'clausole di locazione verdi', destinate a garantire che il bene locato sia utilizzato, gestito e modificato in modo da favorirne l'efficientamento energetico e la sostenibilità.

Il "*Green Lease*" è un tipo di contratto di locazione ancora poco applicato in Italia[62]. Il suo scopo principale è ridurre i costi di gestione degli immobili e aumentare il loro valore, all'insegna della sostenibilità economica e ambientale. Originariamente utilizzato soprattutto dalle società, in USA e Gran Bretagna, l'"affitto verde" prevede nel contratto una serie di accordi volti a migliorare l'efficienza energetica dell'immobile, a risparmiare sui consumi, a gestire la casa o l'ufficio in modo più consapevole e attento[63]. Le ricadute sono positive sia per

dalla suddetta Relazione emerga che la finanza sostenibile si basa sulla necessità di migliorare il contributo della finanza alla crescita sostenibile e inclusiva, finanziando le esigenze a lungo termine della società e consolidare la stabilità finanziaria integrando i fattori ambientali, sociali e di governance nel processo decisionale relativo agli investimenti.

59 Cfr in tal senso Mastrodonato, G.: "Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell'ambiente", *Riv. giur. amb.*, 2010, p. 713 e sulle stesse tematiche in ordine alle influenze della prospettiva del climate change sui comportamenti degli Stakeholder cfr. Rolli, R.: *op. cit.*, passim.

60 Ai senso della legge n. 129 del 2004 l'impresa affiliante può mettere a disposizione degli affiliati il proprio know-how in termini di riduzione delle emissioni inquinanti e prevedere, nel codice di condotta, il rispetto da parte degli affiliati stessi di standards di eco-sostenibilità (c.d. Green Franchising).

61 Landini, S.: "Energie rinnovabili e sostenibilità ambientale", in M*anuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di Pennasilico, M.), ESI, Napoli, 2014 p. 127; Id., "Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni", *Dir. pubbl.*, 2015, p. 611.

62 I Green Lease sono uno strumento scarsamente utilizzato in Italia, sebbene potrebbe fornire un importante aiuto finanziario per il settore immobiliare.

63 Esempi di clausole verdi utilizzate in un contratto di locazione potrebbero essere ad esempio l'impegno a mantenere il riscaldamento al di sotto di una certa temperatura e ad attuare una corretta raccolta differenziata (da parte dell'inquilino), a installare filtri riduttori ai rubinetti, lampadine a risparmio energetico

la proprietà, che non deve sostenere da sola tutti i costi, sia per l'affittuario, che può godere di incentivi e risparmi, sia per l'immobile stesso, che può arrivare a ottenere svariate certificazioni[64].

Così, il conduttore può impegnarsi a un uso dell'immobile improntato alla riduzione del consumo di energia, delle emissioni di carbonio, dell'uso di acqua e rifiuti; o ad apportare modifiche all'edificio, finalizzate ad ottenere una maggiore efficienza, anche per far acquisire all'immobile una certificazione di sostenibilità ambientale, come ad esempio LEED for Commercial Interiors (LEED-CI)25.[65]

Senza considerare poi l'emersione di nuove figure contrattuali, quali ad esempio contratto di rendimento energetico (Energy Performance Contract o EPC), con il quale un soggetto "fornitore" (Energy Saving Company o ESCo) s'impegna, con mezzi finanziari propri o di terzi, a compiere una serie di servizi e interventi integrati diretti alla riqualificazione e al miglioramento dell'efficienza di un sistema energetico (un impianto o un edificio) di proprietà di altro soggetto (cliente o "beneficiario"), verso un corrispettivo commisurato all'entità dei risparmi energetici attesi dall'incremento di efficienza del sistema

L'EPC è un contratto di durata caratterizzato dall'onerosità e corrispettività delle prestazioni. Il fornitore si obbliga al conseguimento del risparmio energetico (obbligazione c.d. di risultato), laddove il beneficiario rinunzia a interventi in proprio e cede i risparmi energetici futuri che fungono da corrispettivo. L'oggetto del contratto consiste nella realizzazione di un livello di efficienza energetica tale da consentire un risparmio di spesa sulla bolletta energetica del beneficiario. Il fornitore anticipa i costi degli investimenti necessari per gli interventi da realizzare o assume l'obbligo di reperire i mezzi finanziari presso terzi (ad es., istituti di credito). In talune ipotesi, peraltro, il "terzo" finanziatore entra anch'esso, in qualità di parte, nel rapporto contrattuale, che avrà così struttura trilaterale, e «addebita al beneficiario un canone pari a una parte del risparmio energetico conseguito» (art. 2, lett. m, d.lg. n. 115 del 2008)58.

Il tratto fisionomico della figura è la combinazione di attività e servizi strumentali al miglioramento dell'efficienza energetica, finalità che costiuisce la causa o funzione del contratto, ben oltre i contingenti interessi delle parti. L'efficienza energetica, infatti, è un valore che tende sempre più a imporsi nell'ordinamento

e una nuova caldaia più efficiente (da parte del proprietario), a prestare attenzione alla manutenzione dell'appartamento (da parte di entrambi).

64 Attraverso il green lease si definiscono impegni condivisi nella riqualificazione, gestione e uso delle risorse, individuando i benefit legati ai risparmi sui consumi in generale (non solo energetici), dividendo costi e, soprattutto, opportunità. Una strategia di sicuro interesse per gestori di portafogli immobiliari e locatori.

65 Un esempio di green lease stipulato in Italia è quello concluso tra Morgan Stanley e Deutsche Bank per l'affitto degli stabili di via Turati a Milano con l'impiego della certificazione LEED. Per la stipula del green lease le parti avevano fissato come obiettivo il raggiungimento di un LEED Gold Certificate.

italo-europeo, al fine di assicurare un futuro energetico eco-sostenibile. Sotto questo riguardo, gli Stati membri dell'Unione europea promuovono il «mercato dei servizi energetici» e l'accesso al medesimo delle piccole e medie imprese, e assicurano il corretto funzionamento di tale mercato, «adottando, se necessario, misure per eliminare gli ostacoli di ordine regolamentare e non regolamentare che impediscono l'introduzione di contratti di rendimento energetico e altri modelli di servizi di efficienza energetica per l'individuazione e/o l'attuazione di misure di risparmio energetico» (art. 18, § 2, lett. b, dir. 2012/27/UE)[66].

Tema di grande attualità, in materia di rifiuti, sono la c.d. responsabilità estesa del produttore del prodotto (EPR), la responsabilità del produttore del rifiuto e di chi lo sottopone materialmente a trattamento e, infine, la responsabilità dei soggetti produttori dei beni destinati a trasformarsi in rifiuti, introdotte dalla normativa europea e italiana[67].

Un esempio emblematico di come le istanze ambientali abbiano conformato la disciplina contrattuale si rinviene nella contrattazione pubblica[68], dove, in ordine ai cosiddetti "appalti verdi"[69], è stata inserita come obbligatoria la previsione che

66 Renna, M.: "Strumenti finanziari e terzo settore", *Dir. merc. ass. fin.*, 2018, p. 313, osserva che il miglioramento dell'efficienza energetica, quale obiettivo pubblico imposto dall'ordinamento in funzione di protezione dell'ambiente e in applicazione del principio dello sviluppo sostenibile, "*irrompe nella causa del contratto siglato tra i privati*" e "*consente all'EPC di essere un contratto ecologico, idoneo a realizzare interessi ultra individuali – quali la riduzione delle emissioni nocive e la protezione dell'ambiente – e meritevoli di tutela*". Per Cappiello, M. G.: "Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi"*, Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2018, pp. 54 - 55, secondo la quale il contratto di EPC realizza la sua funzione concreta "*quando si raggiungono standard di miglioramento energetico*", soddisfacendo, in tal modo, "*un interesse di cui sono portatori non soltanto le parti contrattuali, bensì anche i terzi, che di tale miglioramento energetico potranno godere, perché utenti della struttura su cui le misure intervengono"*, sicché un contratto conformato all'interesse ambientale costituisce "*il mezzo attraverso il quale il mercato diviene motore di tutela dell'ambiente, realizzando la salvaguardia e il miglioramento delle condizioni ambientali*".

67 Cfr. Postiglione, A. – Maglia, S.: *Diritto e gestione dell'ambiente*, Irnerio, Bologna 2013, p. 320; Cfr. Paone, V.: "Il produttore di rifiuti e le sue responsabilità per l'illecito smaltimento", in *Ambiente*, 2005, p. 648, secondo il quale l'obiettivo è quello di coinvolgere il soggetto che ha ideato, prodotto e seguito il bene fino al suo fine-vita e dal quale, pertanto, dipendono le scelte e gli investimenti che impattano sul prodotto e il suo ciclo di vita. Al fine di distinguere nettamente le due tipologie di responsabilità, la responsabilità estesa del produttore del prodotto e la responsabilità di chi produce il rifiuto e dei soggetti dediti al trattamento del rifiuto, sia la normativa comunitaria che quella italiana (D.Lgs. n. 152/2006), dedicano alle due tipologie di responsabilità norme ben distinte. Da un lato, l'art. 178-bis159 cod. amb. (cui corrisponde, dal punto di vista dei contenuti, l'art. 8 Direttiva 2008/98/CE) e, dall'altro lato, l'art. 188 cod. amb. (e il corrispondente art. 15 Direttiva 2008/98/Ce). Diversa dalla responsabilità estesa del produttore del prodotto (EPR) è invece la responsabilità del produttore del rifiuto e di chi lo sottopone materialmente ad attività di trattamento di cui all'art. 183, comma 1, lett. s) cod. amb. A differenza della EPR, l'art. 188 cod. amb. non statuisce la responsabilità per l'intero ciclo di vita delle merci ("dalla culla, attraverso la tomba, fino alla seconda culla"), ma vincola i soggetti concretamente implicati nel circuito della gestione dei rifiuti.

68 Negli appalti pubblici, indubbiamente l'incidenza dell'interesse ambientale sulla valutazione in termini di meritevolezza del contratto ha assunto per primo un evidente rilievo,

69 Addante, A.: "I c.d. appalti verdi nel diritto italo-europeo", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di Pennasilico, M.), ESI, Napoli, 2014, pp. 182 ss.; Fenni, B.: "Il green public procurement come strumento di sviluppo sostenibile", in *ambientediritto.it*, 2014; Fidone, G.: "Ecoefficienza e sviluppo sostenibile nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione", in P. Dell'Anno, E. Picozza (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, III, *Tutele parallele. Norme processuali*, Giuffré, Padova, 2015, pp. 1069 ss.; Id., "Il Green Public Procurement nel diritto comunitario con particolare riferimento alle nuove direttive appalti e concessioni", in *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività* (a cura di Cartei, G.F.- Ricchi, M.), Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 223 ss.; Pennasilico, M.: "Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali: etichettatura ambientale e appalti verdi", in

tra i criteri di aggiudicazione ci sia anche la valutazione della eco-sostenibilità dei soggetti partecipanti all'appalto, al fine di selezionare concorrenti in grado di offrire prodotti e servizi eco-efficienti e favorendo così una gestione ecologicamente virtuosa degli acquisti e delle opere pubbliche [70]. O, in tema di esecuzione del contratto, che le stazioni appaltanti possono esigere, ai sensi dell'art. 100 cod. app., condizioni particolari legate anche a esigenze ambientali (quali il recupero, il riciclaggio o il riutilizzo dei materiali adoperati dall'appaltatore)[71].

Come evidenziato in dottrina, la pubblica amministrazione deve oggi anche "*diventare 'consumatore' di prodotti e servizi eco-compatibili*"[72].

Ciò potrebbe determinare a cascata una serie di conseguenze in ordine alla disciplina[73], si pensi ad esempio alla interpretazione del contratto che dovrebbe essere effettuata secondo criteri ecologicamente orientati, e così ove siano possibili due interpretazioni di una clausola contrattuale si dovrebbe dare la preferenza a quella maggiormente conforme ai principi che tutelano l'ambiente, così da assicurare la salvezza del contratto e dei suoi effetti ecologici (art. 1367

Benessere e regole dei rapporti civili, Lo sviluppo oltre la crisi, Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C. in ricordo di G. Gabrielli, Napoli, 8-10 maggio 2014, Esi, Napoli, 2015, pp. 253 ss.; Villamena, S.: "Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la «competitività non di prezzo» anche alla luce della recente disciplina europea", *Dir. econ.*, 2015, pp. 355 ss.; Di Giovanni, F.: ""Appalti verdi" e responsabilità sociale dell'impresa", in *Contratto e ambiente*, cit., pp. 61 ss.; Vivani, C.: "Appalti sostenibili, green public procurement e socially responsible public procurement", *Urb. App.*, 2016, pp. 993 ss.

70 La legge n. 221 del 2015sulla green economy ha reso obbligatoria, tramite l'introduzione degli artt. 64, comma 4-bis, e 68-bis nel vecchio codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006), l'applicazione di 'criteri ambientali minimi'. Obbligatorietà che è stata poi confermata dal nuovo codice appalti (artt. 34 e 71 d.lgs. n. 50 del 2016) 27. Cfr. anche Commissione CE, COM (2001) 274, "*Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*", p. 8. Sul punto cfr. anche Gobbato, I.: "Il nuovo Codice degli appalti rilancia i CAM", *Amb. e svil.*, 2016, pp. 481 ss.

71 Art. 100 codice appalto Requisiti per l'esecuzione dell'appalto: "1. Le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione e siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando o nel capitolato d'oneri. Dette condizioni possono attenere, in particolare, a esigenze sociali e ambientali...". Cfr. sul punto Pennasilico, M.: "Contratto e promozione", cit., p. 259 s.

72 In questi termini, M. Pennasilico, "Contratto e promozione", cit., p. 257, secondo il quale la "relativizzazione" del principio di economicità «*implica che tale principio debba essere perseguito dalle amministrazioni nei limiti in cui lo stesso non risulti essere un ostacolo per il perseguimento di altri fini pubblici ritenuti apprezzabili, come appunto il fine della protezione dell'ambiente*»

73 Cfr. Pennasilico, M.: "Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale", *Giust. Civ.,* 2017, p. 822 che è stato il primo ad aver parlato della necessità di compiere un'analisi "ecologica" del diritto contrattuale e ad aver proposto il concetto di contratto ecologico come strumento di godimento e gestione condivisa di beni comuni e fonte di rapporti giuridici patrimoniali sostenibili. Secondo l'Autore il contratto ecologico è uno strumento preordinato non tanto a scambiare utilità tra soggetti portatori di interessi antagonisti, quanto piuttosto a regolare il concorso di una pluralità di interessi necessariamente convergenti alla protezione dell'ambiente e delle generazioni future; dall'altro, che la nozione stessa di contratto (art. 1321 c.c.) è insufficiente, se non integrata dai principi di solidarietà e di sostenibilità nell'uso responsabile delle risorse naturali, sì che il contratto oggi è fonte non semplicemente di rapporti giuridici patrimoniali, ma di rapporti giuridici patrimoniali sostenibili. Il nesso tra patrimonialità e sostenibilità testimonia la coesistenza, nella regola contrattuale, di interessi patrimoniali e interessi non patrimoniali (esistenziali, sociali e ambientali); coesistenza che, nel contratto ecologico, non è meramente eventuale (come si desume dall'art. 1174 c.c.), ma è necessaria e indissolubile.

c.c.)[74]. Parimenti ove il testo contrattuale possa avere più sensi dovrebbe essere interpretato nel senso più conveniente alla protezione dell'interesse ambientale o al miglioramento dell'efficienza energetica (art. 1369 c.c.)[75].

È di tutta evidenza come questo potrebbe avere delle importanti ricadute anche sotto il profilo risarcitorio in riferimento alla buona fede nella interpretazione e esecuzione del contratto, aprendo nuovi e importanti scenari sul fronte della responsabilità contrattuale.

Non solo, la grande attenzione data all'ambiente e le sollecitazioni provenienti dall'Unione Europea potrebbero portare ad una estensione della disciplina degli appalti pubblici anche nel settore privato. Si veda in questo senso, ad esempio, la Commissione della Comunità Europea nella comunicazione in ordine ad «Appalti pubblici per un ambiente migliore», che attribuisce al '*Green Public Procurement*', GPP, la funzione di stimolare l'applicazione di norme verdi negli appalti privati[76]. In tal senso è già stata proposta la sostituzione della definizione di 'appalto pubblico verde' (*Green Public Procurement*) con quella di 'appalto sostenibile' (*Sustainable Procurement*)[77].

Per tali motivi in dottrina è stato evidenziato come la centralità dell'interesse ambientale, sottesa all'obbligatorietà degli appalti verdi, possa spingere verso una conformazione "ecologica" dell'autonomia negoziale, tendendo così a "funzionalizzare" il rapporto tra contratto e diritto dell'ambiente[78].

Oltre alla disciplina contrattuale la tutela dell'ambiente sta determinando anche una revisione della tradizionale impostazione proprietaria, fondata sulla natura individuale ed esclusiva delle situazioni soggettive riconosciute al proprietario: in dottrina è stato affrontato il tema dei beni comuni e della proprietà ambientale con interessanti ricadute in tema di disciplina applicabile[79].

---

74 Così, M. Pennasilico, "Contratto e promozione", cit., pp. 258 ss.; Id., "Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale", cit., pp. 492 ss.

75 In tal senso, Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"", cit., 301.

76 Commissione delle Comunità Europee, Bruxelles del 16.7.2008, Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni n. COM(2008) 400, specifica come "*la definizione e i criteri utilizzati per individuare e promuovere merci "più verdi" si basano su un approccio basato sul ciclo di vita e comprendono elementi che riguardano tutta la catena di approvvigionamento, dall'utilizzo di materie prime e metodi di produzione ai tipi di imballaggio utilizzati e al rispetto di talune condizioni di ritiro. Tali criteri possono applicarsi anche agli appalti privati. Gli Stati membri e le istituzioni comunitarie sono incoraggiati a rafforzare il collegamento fra settore pubblico e privato in materia di acquisti verdi*", citando quale esempio di questo collegamento con gli appalti privati il "Mayor of London's Green Procurement Code" (Codice del sindaco di Londra sugli appalti verdi) all'indirizzo: http://www.greenprocurementcode.co.uk/

77 Cfr. Pennasilico, M.: "Contratto e uso responsabile", cit., p. 766; si veda anche la Comunicazione della commissione europea, Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione - C(2021) 4320, Bruxelles, 18.6.2021.

78 Pennasilico, M.: "Contratto e uso responsabile", cit., p. 766.

79 Nervi, A.: "Beni comuni, ambiente e funzione del contratto", in *Contratto e ambiente* (a cura di Pennasilico, M.), cit., p. 40. Sulla pluridimensionalità della situazione dominicale, Pennasilico, M.: ""Proprietà ambientale"

Tra le molteplici implicazioni grande rilevanza ricopre, difatti, anche la riconsiderazione dei confini oltre i quali non possa più configurarsi un diritto di proprietà. Le nuove istanze impongono, infatti, un ripensamento della categoria dei diritti reali e della proprietà in particolare, che ancor meno oggi può essere considerata potenzialmente illimitata, dovendo considerarsi che determinati beni non possono essere sottratti all'accesso e al godimento da parte della collettività, poiché hanno la funzione di soddisfare esigenze collettive fondamentali, costituzionalmente protette.

Già da questi esempi, seppur sommariamente richiamati, emerge come il contratto diventi in concreto un veicolo di questi valori ambientali e come i risvolti in tema di 'responsabilità ambientale' di natura contrattuale siano sempre maggiori[80].

Occorre, dunque, valutare quale sia l'incidenza sulla categoria contrattuale dell'interesse ambientale, e se e in che termini si possa parlare di un processo di conformazione "ecologica" dell'autonomia negoziale[81].

In particolare oggetto di dibattito dottrinale è se si possa arrivare ad affermare in via generale che l'interesse ambientale alla gestione responsabile delle risorse, nel segno della loro salvaguardia e conservazione, possa penetrare e colorare la causa del contratto e ne consenta la declinazione come concreta funzione economico-ambientale, in coerenza con la necessità, sempre più avvertita, di mediare tra le ragioni del mercato e le ragioni dell'ambiente.

La domanda da porsi sarebbe, dunque, se tra i fattori da valutare sotto il profilo della causa in concreto del contratto, possa rientrare il parametro dell'interesse ecologico, con ciò prospettandosi un superamento del riferimento al paradigma del puro equilibrio economico e della simmetria informativa di matrice consumeristica[82].

e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni", Arch., 2018, pp. 67 ss., secondo il quale, l'intento di contemperare gli interessi dei proprietari alla utilizzazione del bene e dei non proprietari alla salvaguardia delle risorse naturali incide sui poteri dispositivi e di godimento propri del titolare del diritto di proprietà e ne determina la conformazione ecologica. Cfr. sulla conformazione dei poteri di godimento e disposizione del proprietario ad opera degli strumenti di pianificazione e di gestione dell'Ente parco, volti alla tutela dei valori ambientali e naturali, e più in generale sulla funzionalizzazione della proprietà alla tutela dei valori naturalistici, paesaggistici e antropologici-culturali, si veda Corriero, V.: *La funzione sociale della proprietà nelle aree protette*, ESI, Napoli, 2005, pp. 9 ss.

80 Cfr. Francario, L.: "Uso collettivo di beni deperibili ed esauribili e sostenibilità", in *Atti del 9° convegno SISDIC, in ricordo di G. Gabrielli*, Napoli, 8-10 maggio, 2015, p. 123.

81 In questo senso diffusamente sul concetto di conformazione del contratto, si veda Pennasilico, M.: "Contratto e uso responsabile", cit., p. 766.

82 Pennasilico, M.: "Contratto e uso responsabile", cit., p. 766. Cfr. Bianca, C.M.: *Diritto civile*, III, Giuffré, Milano, 2019, p. 413, il quale evidenzia come la rilevanza costituzionale del valore della conservazione dell'ambiente attesta "*la meritevolezza della causa dei contratti finalizzati alla salvaguardia della natura nei suoi molteplici aspetti*"; si veda altresì, Minervini, E.: *La «meritevolezza» del contratto. Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 13 ss.

Per tale via si potrebbe prospettare in chiave programmatica un ripensamento del vaglio di meritevolezza del contratto, che tradizionalmente funge da raccordo e conformazione della regola negoziale ai principi fondamentali dell'ordinamento, tra cui è stato indubbiamente assunto anche la tutela dell'ambiente e il principio di sostenibilità, come abbiamo visto nella disamina fin qui svolta[83].

Il fondamento del coinvolgimento dei privati nella tutela dell'ambiente e dell'ecosistema è difatti ora suggellato anche nella Costituzione essendo conclamato l'interesse ambientale quale valore costituzionale. E, abbiamo visto come la suddetta compenetrazione possa rinvenirsi anche nel codice dell'ambiente, là dove stabilisce che la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali sia un principio di azione, che vincola appunto l'attività dei soggetti pubblici e privati (art. 3-ter c.a.), e che in generale ogni attività umana, giuridicamente rilevante ai sensi del medesimo codice, dovrebbe conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile» (art. 3-quater, comma 1, c.a.).

In generale si può affermare come l'incidenza e l'espansione, sul piano sistematico e assiologico, del principio europeo dello sviluppo sostenibile nella più recente legislazione, (artt. 3 e 21, Tratt. UE, 11 Tratt. FUE e 37 Carta UE), vada proprio ad implicare un giudizio di valore sull'attività economica, considerata meritevole soltanto se rispetti l'ambiente, gli ecosistemi e le esigenze anche delle generazioni future.

Indubbiamente in quei contratti in cui l'assetto di interessi è bilateralmente orientato alla tutela dell'ambiente, si può senza dubbio affermare che questa vada ad incidere sulla sua concreta funzione "ecologico-sociale"[84]. Ma anche in quei contratti in cui l'interesse ambientale venga genericamente coinvolto, l'interprete nell'effettuare il vaglio di meritevolezza dovrà valutare la congruità del contratto con questi nuovi valori ecologici, senza rimanere appannaggio solo di alcune categorie di contratti o della sola pubblica amministrazione. E abbiamo visto come l'interesse ambientale possa variamente inserirsi in un regolamento contrattuale, dalla gestione di una risorsa ambientale, alla sua conservazione o disposizione, dall'acquisto di prodotti che osservano precisi requisiti ecologici, dagli appalti verdi

83 Si veda in ordine al concetto di meritevolezza Ferrari, M.: "Sostenibilità dei parametri della meritevolezza, oltre i confini dell'art. 1322 c.c.", in *Sostenibilità: sfida o presupposto?* (a cura di Benítez, D.A. – Fava, C.), Cedam, Milano, 2019, pp. 121 ss.; Id., "Dignità della persona e «meritevolezza» della prestazione assistenziale, nota a Cass., ord. 20 novembre 2018, n. 29919", *Foro it.*, 2019, pp. 904 ss.

84 Cfr. Pennasilico, M.: "Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza", *Contratto e impresa*, 2020, p. 823; Id., "La causa negoziale oltre il pensiero di Emilio Betti", in *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa* (a cura di Perlingieri, G. – Ruggeri, L.), Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, 5-8 settembre 2018, Università degli Studi di Camerino, Esi, Napoli, 2019, pp. 798 ss.. in particolare, con riferimento al contratto di rendimento energetico, quale «accordo contrattuale tra il beneficiario o chi per esso esercita il potere negoziale e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, dove gli dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari» (art. 2, comma 2, lett. n, d.lgs. n. 102 del 2014),

e alle certificazioni ecologiche, a quei contratti che hanno ad oggetto le energie rinnovabili.

Il civilista dovrebbe, dunque domandarsi in che modo il contratto, che rappresenta un accordo tra privati per la tutela di interessi individuali, potrebbe o dovrebbe farsi carico di vagliare la congruità con i nuovi valori del benessere sociale, della tutela delle risorse naturali, del pieno sviluppo della persona umana, della qualità della vita, dell'integrità e salubrità dell'ambiente con ogni possibile implicazione.

In dottrina si è iniziato a parlare di interesse ambientale quale limite interno e non più estrinseco alle politiche di sviluppo e alla autonomia negoziale[85]. Questo cambio di paradigma aprirebbe la strada a tutta una serie di ulteriori questioni legate ad esempio ai riflessi di una tutela in ambito contrattuale legate al benessere della persona al di fuori quindi di una tutela solo patrimonialistica, determinando per tale via un ripensamento per taluni ambiti alla disciplina di alcuni contratti.

Si pensi ad esempio ad un eventuale potere del Giudice di sindacare una eventuale carenza del contratto, in termini di congrua tutela dei valori ambientali, con carattere integrativo o addirittura invalidante. Ad esempio nel mercato dell'energia con riguardo all'integrazione del contratto, la Corte di cassazione ha riconosciuto, entro determinati limiti, il potere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas di (etero)integrazione del contratto di somministrazione di energia elettrica[86], affinché il sistema tariffario, secondo il dettato dell'art. 1, comma 1, della l. n. 481 del 1995, istitutiva dell'Autorità, armonizzi «gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse»[87].

O ai riflessi sull'applicazione di principi generali quali l'interpretazione del contratto secondo buona fede, cosicché un regolamento contrattuale potrebbe venire parzialmente riletto in una formulazione che ne preservi la compatibilità con i valori ambientali.

85 Pennasilico, M.: "Contratto ecologico e conformazione", cit. p. 27.

86 Cfr. Bellantuono, G.: "I contratti dell'energia: mercato al dettaglio; fonti rinnovabili; efficienza energetica", in *Mercati regolati* (a cura di Roppo, V. – Benedetti, A.M.), in V. Roppo (diretto da): *Trattato del contratto*, V,, Giuffré, Milano, 2014, pp. 1363 ss.; Trino, S.: "Il contratto di rendimento energetico. Il tipo contrattuale nella prospettiva del diritto privato regolatorio", in *Annuario di Diritto dell'energia* (a cura di Carbone, L. - Napolitano, G. – Zoppini, A.), Bologna, 2016, p. 404.

87 Cass. civ., 27 luglio 2011, n. 16401, *Rass. dir. Civ.*, 2012, pp. 896 ss., con nota di Angelone, M.: "Poteri regolatori dell'Aeeg e integrazione dei contratti di somministrazione di energia elettrica"; Cass. civ., 30 agosto 2011, n. 17786, *iusexplorer.it*; Cass. civ., ord., 8 novembre 2012, n. 19333, *Corr. giur.*, 2013, pp. 603 ss., con nota di Grondona, M.: "Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto"; Id.: "Poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e integrazione del contratto di utenza (problemi di ermeneutica contrattuale in margine a una recente casistica)", in D'Angelo, A. – Roppo, V. (diretto da), *Annuario del contratto*, 2012, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 38 ss.; Cass. Civ., 31 ottobre 2014, n. 23184, Cass. civ., 31 agosto 2015, n. 17301, Cass. Civ., 2 febbraio 2016, n. 1906, *Banche Data Juris Data*.

In dottrina, in chiave evolutiva, si è anche prospettato come la rilevanza ecologica della funzione contrattuale potrebbe arrivare a consentire di attribuire al negozio un'efficacia ultra partes[88].

Nel senso che se un atto di autonomia incide su un interesse comune, quale è l'interesse ambientale, gli effetti di quell'atto non si limiteranno più soltanto alle parti contraenti, con la conseguente espansione della «*tutela riferita ai suoi effetti oltre i soggetti paciscenti*»[89], quale sarebbe il caso del contratto di rendimento energetico, tra i cui effetti non vi sarebbe solo l'obbligo di eseguire la prestazione, ma anche un obbligo di protezione nascente dalla clausola generale di buona fede e correttezza, che si estenderebbe ai terzi che si trovino in una posizione qualificata, di prossimità rispetto al contratto, tale da giustificare una tutela analoga a quella prevista per le parti[90].

Questo scenario, quale ulteriore ripensamento della dimensione funzionale del contratto in termini di "funzione ecologica", potrebbe aprire la strada a nuovi modelli di tutela, per garantire una effettiva protezione dei terzi, che consenta loro di partecipare alla realizzazione del risultato per il quale il contratto è stato stipulato, in quanto partecipe del godimento plurimo del bene comune ambientale[91].

Si potrebbe ipotizzare in chiave evolutiva, ad esempio, una azione di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale in seguito alla mancata stipula di un contratto di rendimento energetico o per inadempimento in fase di esecuzione dello stesso a favore del terzo qualificato per lesione al diritto alla

88 Cappiello, M.G.: "Il contratto "a rilevanza ecologica": nuovi scenari civilistici a tutela dell'ambiente", *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2020, p. 121; Renna, M.: "Strumenti finanziari e terzo settore", *Dir. merc. ass. fin.*, 2018, p. 311. Sul superamento del principio della relatività contrattuale si veda Perlingieri, P.: "Persona, ambiente e sviluppo", in *Contratto e ambiente*, cit., p. 324, il quale sostiene che "*oggi è il principio di sussidiarietà a giustificare l'autonomia negoziale e il superamento del principio di relatività degli effetti del contratto, cioè dell'art. 1372 c.c. Questo non dice il contratto ha forza di legge soltanto tra le parti, senza che possa essere considerato un punto di riferimento anche per altri che parti non sono*". V. anche Perlingieri, P.: *"La sussidiarietà nel diritto privato"*, *Rass. dir. civ.*, 2016, pp. 687 ss.; Del Prato, E.: "Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato", *Giust. civ.*, 2014, pp. 381 ss. Sul passaggio dalla relatività all'operatività intergenerazionale degli effetti del contratto "ecologico", cfr. Persia, S.: "Proprietà e contratto nel paradigma del diritto civile "sostenibile"", *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2018, pp. 13 ss.

89 Cappiello, M.G.: "Il contratto "a rilevanza ecologica", cit., p. 121.

90 Cfr. diffusamente Cappiello, M.G.: *op. cit.*, p. 121 la quale rinvia sul punto cfr. Toschi Vespasiani, F.: "Il contratto con effetti protettivi del terzo: la responsabilità del tecnico verso l'acquirente per erronea certificazione energetica", *Contratti*, 2018, p. 205; Amatucci, A.: "I contratti con effetti protettivi (Incontro di studio del 28 aprile 2010)", *personaedanno.it*, 2010.

91 Cfr. Cappiello, M.G.: *op. cit.*, p. 128 la quale parla di "*mutamento di paradigma: se l'istituto giuridico ha una funzione collettiva, le categorie tradizionali, fondate sulla logica dell'individualismo e dello scambio, piuttosto che della condivisione e della gestione comune, diventano insufficienti*" e rileva altresì come questo scenario sia applicabile non solo al contratto di rendimento energetico, ma anche agli appalti verdi citando in argomento e F. Di Giovanni, *Appalti verdi e responsabilità sociale d'impresa*, in *Contratto e ambiente*, cit., p. 68,: "*Il contratto ha "forza di legge tra le parti" e di norma "non produce effetto rispetto ai terzi" (art. 1372 c.c.): ma se quel contratto è configurato come lo sono gli "appalti verdi", è proprio vero che rimane riservata soltanto al contraente la possibilità di valersi di rimedi preordinati a reagire alla violazione delle previsioni contrattuali poste a presidio dell'interesse ambientale?*".

salubrità ambientale costituzionalmente tutelato, per il mancato miglioramento delle condizioni ambientali in cui il terzo ad esempio lavora o vive[92].

In conclusione, dunque, si potrebbe trarre quale corollario che l'interesse ambientale tenda ad assurgere sempre più quale parametro generale di comportamento dell'attività di operatori pubblici e privati e non tanto quale limite esterno all'autonomia negoziale, ma quale "*fattore trainante dello sviluppo, che indirizza la produzione verso i dettami dell'economia circolare e rende meritevoli di tutela i contratti idonei a realizzare una funzione ecologico-sociale*"[93].

In tal senso, giustamente la più recente dottrina ha evidenziato come la nozione stessa di contratto appaia insufficiente se non venga integrata dai principi di solidarietà e di sostenibilità nell'uso responsabile delle risorse naturali, arrivando ad affermare che "*il contratto oggi è fonte non semplicemente di rapporti giuridici patrimoniali, ma di rapporti giuridici patrimoniali 'sostenibili'*"[94].

III. TUTELA DELL'AMBIENTE E RESPONSABILITÀ AQUILIANA. RAPPORTI TRA L'ART. 313 CODICE AMBIENTE L'ART. 2043 C.C.. IL DIRITTO SOGGETTIVO ALL'AMBIENTE SALUBRE EX ART. 2059 C.C. E RISERVA DI LEGITTIMAZIONE PER IL RISARCIMENTO DEL DANNO AMBIENTALE IN CAPO ALLO STATO (ART. 311 COD. AMB.): INCOERENZE E LACUNE DI TUTELA. SPUNTI DI RIFLESSIONE E PROSPETTIVE APPLICATIVE.

La tutela risarcitoria del danno ambientale, come già accennato, è sempre rientrata nell'ambito del diritto amministrativo e pubblico; oggetto della presente indagine è pertanto una riflessione intorno alla individuazione di quali diritti

92 Cfr. Cappiello, M.G.: *op. cit.*, p. 12 la quale riporta l'esempio del dipendente di un ente pubblico, dello studente di un edificio scolastico, dell'inquilino di un immobile privato, chiarendo che si deve trattare di un terzo qualificato, portatore di un interesse specifico che si dovrebbe fondare su una connessione stabile del terzo con l'edificio sul quale avrebbe dovuto intervenire l'EPC, tale da poter manifestare una tangibile lesione delle prerogative ambientali della persona che costantemente ne gode. Cfr. anche F. Toschi Vespasiani, *Il contratto con effetti protettivi*, cit., p. 201; Pennasilico, M.: "Ambiente e diritti umani", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 45.

93 Pennasilico, M.: "La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo ecologico"", in *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici* (a cura di Rossi, G. e Monteduro,M.,) Giappichelli, Torino, 2020, p. 20; De Leonardis, F.: "Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.", *L'ambiente per lo sviluppo*, cit., p. 25 ss., che ravvisa la base normativa della "*conformazione ecologica della politica industriale*" nella formula del terzo comma dell'art. 41 cost.; Rossi, G.: "L'evoluzione del diritto dell'ambiente", *Riv. quadr. dir. amb.*, 2015, p. 4, secondo il quale lo sviluppo "è *un valore tutelato e promosso dall'ordinamento, ma trova un limite nel valore ambientale, che è preminente*"; nello stesso senso si veda Pennasilico, M.: "Contratto e uso responsabile", cit., p. 763. In giurisprudenza si veda l'orientamento della Corte di Cassazione in materia di immissioni, secondo il quale la disciplina contenuta nell'art. 844 c.c., "*deve essere interpretata, tenendo conto che il limite della tutela della salute e dell'ambiente è da considerarsi ormai intrinseco nell'attività di produzione oltre che nei rapporti di vicinato, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata dei beni protetti dall'art. 844 c.c., dovendo considerarsi prevalente rispetto alle esigenze della produzione il soddisfacimento del diritto ad una normale qualità della vita*", cfr. Cass., 8 marzo 2010, n. 5564, *Banche Data Juris Data*.

94 Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile", *Persona e Mercato*, 2015, p. 47; Id. "Contratto e uso responsabile", cit., p. 768.

soggettivi - individuali e collettivi - possano essere riconosciuti per effetto di una lesione all'integrità dell'ambiente e quali siano gli strumenti privatistici azionabili, in termini di forme di responsabilità e tecniche risarcitorie e di determinazione del danno[95]. Valutando, dunque, se e in che modo il danno ambientale sia coniugabile con il diritto civile.

È noto che l'art. 18 della L. n. 349/1986, oggi abrogato, nell'istituire "il Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale", aveva delineato per la prima volta la fattispecie di danno all'ambiente e fondato un sistema di responsabilità per dolo o colpa[96], segnato da profili sanzionatori anche in riferimento alla quantificazione del risarcimento per equivalente pecuniario[97]. La responsabilità ambientale si configurava nel caso in cui i fatti compiuti avessero alterato, deteriorato o distrutto, in tutto o in parte, l'ambiente, ossia, nel caso in cui il fatto colposo (o doloso) avesse lesionato e danneggiato materialmente almeno un elemento di tale bene.

L'utilizzo nel testo dell'art. 18 di formule proprie dell'art. 2043 c.c. aveva da subito sollevato dubbi sulla natura giuridica dell'istituto e la sua riconduzione o meno nell'alveo codicistico della responsabilità extracontrattuale, dando adito ad un acceso dibattito in dottrina e a molteplici pronunce della Corte Costituzionale, in ordine alla riconducibilità o meno della fattispecie di cui all'art. 18 nella responsabilità aquiliana[98].

95 Barbierato, D.: "La tutela risarcitoria del danno ambientale", *Resp. civ. e prev.*, fasc. 6, 2009, p. 1412. Cfr. da ultimo Moscati, E.:, "Dall'art. 18 alle modifiche del t.u. ambientale. Una fisiologica evoluzione legislativa ovvero lo stravolgimento della responsabilità per danno ambientale?", *Europa e Diritto Privato*, 2022, pp. 581 il quale ha evidenziato come le indubbie specificità di questa normativa — tipicità dell'illecito ambientale, legittimazione attiva dello Stato, carattere residuale del risarcimento per equivalente, liquidazione equitativa del danno commisurata a parametri soggettivi, responsabilità individuale dei singoli coautori dell'unico danno — abbiano dato luogo nella dottrina italiana a una sorta di crisi di rigetto, facendo in taluni casi prevalere l'idea che la responsabilità per danno ambientale fosse un corpo estraneo al sistema della responsabilità civile.

96 Per un confronto tra l'art. 18 e l'art. 2043 c.c. cfr. Salvi, G.: "La tutela civile dell'ambiente alla luce del testo unico ambientale", *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 657; Franzoni, M.: "Il danno all'ambiente", *Contr. impr.*, 1992, p. 1019; Prati, L.: "Le criticità", cit., p. 1049. In senso critico parimenti cfr. Alpa, G.: "Nuove figure di responsabilità civile di derivazione comunitaria", *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 5, il quale evidenzia come la formulazione dell'art. 18, ricalcata sulla regola generale dettata dall'art. 2043 c.c., implica, da un lato, l'imputazione della responsabilità in termini soggettivi, derivanti cioè dalla violazione colposa o dolosa della disciplina ambientale, dall'altro la liquidazione del danno non ai singoli, bensì allo Stato. Rivela, altresì, come in altri ordinamenti siano state fatte scelte diverse, quali l'ordinamento tedesco, in cui la responsabilità per il danno alla persona derivante dall'inquinamento assume i caratteri della responsabilità oggettiva.

97 In ordine alla natura del danno ambientale, in seguito all'entrata in vigore dell'art. 18, l. n. 349/1986, sono stati assai numerosi i contributi della dottrina, si veda ex multis Salanitro, U.: "I profili non patrimoniali del danno ambientale", cit., p. 616. In giurisprudenza cfr. Cass. 22 marzo 2011, n. 655, in *Danno resp.*, 2011, p. 820, con nota di Salanitro, U.: "Quantificazione del danno ambientale e prescrizione: il punto della Cassazione tra vecchia e nuova disciplina", p. 822, la Suprema Corte parrebbe muovere dall'idea di danno ambientale come danno non patrimoniale, laddove, in particolare, essa afferma che "*una concezione atomistica del danno ambientale potrebbe dirsi esclusa, alla luce se non altro dei principi generali sull'unitarietà del danno non patrimoniale elaborati dalla recente giurisprudenza di questa Corte di legittimità*"

98 Per una attenta disamina in tal senso cfr. Moscati, E.:, "Dall'art. 18 alle modifiche, cit., pp. 588 e ss.; Salvi, G.: "La tutela civile", cit., p. 656, il quale evidenzia che nonostante alcune espressioni, "*Qualunque fatto doloso o colposo ... obbliga l'autore del fatto al risarcimento del danno*", "*obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*", che appaiono ripercorrere la lettera dell'art. 2043 c.c., la disciplina contenuta nell'art. 18

Fin dalla prima applicazione dell'art. 18 della legge n. 349/1986, infatti, parte della dottrina aveva evidenziato la profonda differenza strutturale tra il danno all'ambiente, di natura pubblicistica, da risarcire in considerazione del suo valore di assieme e che prescinde dal valore patrimoniale delle singole componenti ed il danno ai beni, privati o pubblici, che può derivarne[99].

Successivamente, è intervenuta la Direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale[100], che, introducendo il c.d. principio "chi inquina paga", ha sancito la preminenza di un criterio di imputazione di responsabilità tendenzialmente oggettivo a carico di operatori esercenti attività considerate pericolose, oltre a individuare un sistema articolato di misure di riparazione del danno[101]. La direttiva è stata recepita in Italia

si discosta notevolmente e sottolinea come sul punto in dottrina si sono creati vari orientamenti tra fra chi ha ritenuto di poter prospettare della norma in questione una fisionomia autonoma, evidenziando gli elementi di originalità rispetto alla disciplina codicistica,tra cui Bigliazzi Geri, V. L.: "Quale futuro dell'art. 18 legge 8 luglio 1986, n. 349?", *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 687; Coggi, F.: "Sul problematico inserimento del danno ambientale nel nostro sistema di responsabilità civile e sulla categoria del danno futuro", *Resp. civ. prev.*, 1991, pp. 302 ss., e chi, viceversa, ha tentato di ricondurre il nuovo strumento di tutela nell'alveo della responsabilità extracontrattuale, sottovalutando le diversità. Per una riconduzione del danno disciplinato nell'art. 18 l. 349/86 all'interno della fattispecie regolata nell'art. 2043 c.c., si veda ex multis Greco, G.: "Danno ambientale e tutela giurisdizionale", R*iv. giur. Amb*., 1987, p. 525; Cendon, V. P. - Ziviz, P.: "L'art. 18 della l. n. 349/86 nel sistema della responsabilità civile", *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 521 ss., i quali hanno considerato compatibili i regimi del danno ambientale e dell'illecito civile. In tal senso, si veda anche Giampietro, P.: "L'illecito ambientale: struttura della fattispecie e antigiuridicità", *Giur. it.*, 1989, p. 239, il quale ha ritenuto essere presente un "regime misto" di tutela dell'ambiente, in cui all'applicazione della disciplina speciale si era aggiunto l'intero sistema di regole posto in tema di illecito civile; cfr anche Id., "La direttiva 2004/35/CE sul danno ambientale e l'esperienza italiana", *Ambiente*, 2004, pp. 205 ss.

99 Postiglione, A.: "L'azione civile di danno ambientale", *Giust. civ.*, 1989, p. 560, nota a Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 1989, n. 440, secondo l'Autore la lesione del bene ambiente si accompagna "*alla menomazione di altri beni o interessi collegati ai profili in cui quella entità unitaria può essere scomposta e che, secondo la corrente accezione dottrinaria, riguardano: a) l'ambiente come assetto del territorio; b) l'ambiente come ricchezza di risorse naturali; c) l'ambiente quale paesaggio nel suo valore estetico e culturale; d) l'ambiente quale condizione di vita salubre*". Nella stessa prospettiva, cfr. Cass. civ., sez. III, 10 ottobre 2008, n. 25010, secondo cui " *la compromissione dell'ambiente (nella specie prodotta dall'accertata alterazione e distruzione della vegetazione e del suolo sbancato, nonché dalla provocata deviazione del corso delle acque) trascende il mero pregiudizio patrimoniale derivato ai singoli beni che ne fatto arte perché il bene pubblico (che comprende l'assetto del territorio, la ricchezza di risorse naturali, il paesaggio come valore estetico e culturale e come condizione di vita salubre in tutte le sue componenti) deve essere considerato unitariamente per il valore d'uso da parte della collettività quale elemento determinante della qualità della vita della persona, quale singolo e nella sua aggregazione sociale*".

100 Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, pubblicata in GUUE L 143 del 30 aprile 2004, p. 56 e ss.

101 De Smedt, K.: "Is Harmonisation always effective? The Implementation of the Environmental Liability Directive", *Europ. Energy Environmental Law Rev.*, 2009, pp. 2 ss.; Pozzo, B.: "La nuova direttiva 2004/35 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno", *Riv. giur. Amb.*, 2006, pp. 3 ss. Con particolare riferimento alla normativa italiana di trasposizione della direttiva si rinvia a Mastrodonato, G.: "The implementation of EC Directives in Italy: Environmental code and the transversal tools", *Europ. Energy Environmental Law Rev.*, 2010, p. 80. Il principio 'chi inquina paga' è stato oggetto di un filone giurisprudenziale che ha avuto origine, prima, dall'interpretazione di talune disposizioni delle direttive quadro sui rifiuti e, successivamente, è stato trasposto sullo sversamento in mare di idrocarburi per arrivare, da ultimo, all'inquinamento delle falde ad opera di attività pericolose.

dal D.Lgs. 152/2006, c.d. Codice dell'ambiente[102], la cui parte sesta è dedicata alle "Norme in materia di tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente"[103].

Tra le principali novità che hanno interessato la materia si può menzionare innanzitutto l'art. 300 contenente la definizione di danno ambientale[104] nei termini di "*qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima*"; elencando poi le risorse naturali (specie e habitat naturali protetti, acque interne e/o costiere e terreno) alle quali il danno possa riferirsi.

Si tratta di una formula definitoria tendente, nelle intenzioni del legislatore, a garantire un'efficace protezione del bene ambientale oggetto di tutela, fondata su un concetto astratto (deterioramento) ma determinabile oggettivamente (misurabile).

Il danno ad habitat o a specie protette[105] si computa in base a precisi criteri: al numero di individui, loro densità ed area coperta, ruolo di determinati individui in

102 Il nuovo T.U. Ambientale (D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152), entrato in vigore il 29 aprile 2006, noto anche come "Codice dell'ambiente", si occupa della materia del danno ambientale e dei connessi profili risarcitori nella Parte VI (artt. 298-bis -318), dedicata alle "Norme in materia di tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente", suddivisa a sua volta in tre titoli: il Primo titolo (artt. 298 bis - 303), disciplina l'Ambito di applicazione; il Secondo (artt. 304-310), la Prevenzione e ripristino ambientale; il Terzo (artt. 311-318) riguardante, più specificamente il Risarcimento del danno ambientale. Cfr. Salvi, G.: op. cit., p. 656; Moscati, E.:, "Dall'art. 18 alle modifiche, cit., p. 592.

103 Cfr. Moscati, E.:, "Dall'art. 18 alle modifiche, cit., p. 596; Castronovo, C.: "La natura del danno ambientale e i criteri di imputazione della responsabilità", in *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione* (a cura di Nicotra, I. –Salanitro, U.), Giappichelli, Catania, 2011, pp. 121 ss. il quale ha evidenziato che "*il danno all'ambiente, così come disciplinato dal d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 è afflitto da una doppiezza di fondo, che costituisce il problema fondamentale per l'interprete che ad esso ponga mano*": la Direttiva CE del 21 aprile 2004, n. 35, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale distingue, all'art. 3, due figure di danno, la prima concernente il danno ambientale, definito all'art. 2, comma 1 come "*danno alle specie e agli habitat naturali protetti, vale a dire qualsiasi danno che produca significativi effetti negativi sul raggiungimento o il mantenimento di uno stato di conservazione favorevole di tali specie e habitat*", con riferimento al quale possono essere chiamate responsabili determinate attività professionali, elencate nell'allegato III e considerate come particolarmente propense ad incidere negativamente sull'ambiente; mentre la seconda ha riguardo al danno alla specie ed agli habitat naturali, ove cagionato da un'attività non compresa nell'elenco dell'allegato menzionato, con riferimento al quale, tuttavia, la responsabilità è ancorata ad un criterio di tipo soggettivo, nel senso che si risponde solo a titolo di dolo e colpa. Ne discende che, a livello della Direttiva n. 35/04, ad un modello di responsabilità oggettiva si contrappone un modello di responsabilità per colpa, cosicché ad una fattispecie di responsabilità che appare unitaria quanto alla costruzione del concetto di danno si contrappone l'articolazione dei profili relativi all'imputazione dell'obbligo risarcitorio.
Nell'ambito delle due ipotesi cui ha riguardo la direttiva, il legislatore nazionale ha mantenuto la prima, ricollegandosi alla definizione di danno ambientale, così come contenuta all'art. 2 della Direttiva, arricchendola tuttavia con un'altra, desunta sempre dalla direttiva, ed in particolare dal comma 2 dell'art. 2. Infatti, l'art. 300 del d.lgs. n.152/2006, contiene, al comma 1, una definizione di danno ambientale, riferendolo a "*qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima*", mentre le specificazioni racchiuse al comma 2 dell'articolo in questione rimandano all'idea di un danno naturalistico.

104 Cfr. Pozzo, B.: *"La responsabilità civile per danni all'ambiente tra vecchia e nuova disciplina", Danno resp.,* 2008, p. 3, la quale evidenzia come all'art. 2 della Direttiva viene descritto un danno non tradizionale o danno ambientale (anche se in alcuni punti della Direttiva ci sono ancora riferimenti al danno alla salute e di riflesso al danno ambientale) come nella legge statunitense CERCLA (Comprehensive Enviromental Response, Compensation and Liability Act del 1980) dove si dispone la risarcibilità del danno causato alle risorse naturali, indipendentemente dalla lesione di altri diritti individuali.

105 Allegato 4 del Codice dell'ambiente.

relazione alla specie, capacità di rigenerazione della specie dopo che il danno si è verificato, ma anche facendo riferimento alla lesione dello stato di conservazione.

L'altra norma cardine del sistema del risarcimento del danno ambientale, ai fini che qui ci interessano, è l'art. 311, come modificata dall'art. 25, L. n. 97/2013[106], che prevede l'esclusività del rimedio del risarcimento in forma specifica e la legittimazione all'azione risarcitoria attribuita soltanto al Ministero dell'ambiente, che può anche procedere ex art. 312 con l'istruttoria per emanazione dell'ordinanza ministeriale; profili questi che segnano la differenza della disciplina rispetto al modello dalla disciplina della responsabilità delineata dal Codice Civile[107] e, altresì, che segnano la

106 Il Codice dell'ambiente non ha pienamente recepito la Direttiva Comunitaria e la Commissione Europea ha attivato nei confronti del Governo italiano due procedure di infrazione, nel 2008 e nel 2012, prodromiche rispetto alle modifiche che hanno poi interessato il Codice dell'Ambiente. Più precisamente, nel 2008 la Commissione Europea censurava il governo italiano per non aver instaurato un regime di responsabilità oggettiva per le attività pericolose, elencate nell'allegato III, violando così quanto prescritto agli artt. 3 e 6 della Dir. 2004/35/CE e, altresì, per aver previsto all'art. 303, lett. i), D.lgs. n. 152 del 2006 una "causa di improcedibilità" dell'attività di ripristino, ove siano state "effettivamente avviate le procedure di bonifica", laddove l'art. 4 della direttiva (che ne delimita il campo di applicazione) non contemplava una causa di esclusione di tale portata. Inoltre, altra censura atteneva alla previsione degli artt. 311, 312 e 313 del cod. amb. che, in difetto totale o parziale di ripristino fosse consentito il risarcimento per equivalente pecuniario, laddove la direttiva consentiva la sola restitutio in integrum e per aver previsto, all'art. 314, terzo comma, che l'ammontare dell'equivalente patrimoniale da liquidare, potesse essere determinato "proporzionalmente alla somma corrispondente alla sanzione". La circostanza che, con la prima legge di modifica (l. n. 166/2009), il legislatore non abbia posto rimedio alle "censure" più pesanti (mancata introduzione di un regime di amministrativa o penale applicata responsabilità oggettiva e persistenza dei riferimenti alle misure di risarcimento per equivalente) ha condotto all'avvio della seconda procedura di infrazione, nel 2012. Difatti, con l'art. 25 della 6 agosto 2013, n. 97 (c.d. "legge europea"), il legislatore è intervenuto con l'obiettivo di allineare il contenuto del Codice con quello della direttiva comunitaria.
Tale conclusione può dirsi definitivamente suggellata dalle sentenze della Cassazione civile n. 9012/2015 e 9013/2015 e dalla Cassazione civile n.14935/2016 in *Banca Dati DeJure*, che hanno ribadito come principio generale, di derivazione europea, l'esigenza di porre rimedio alle alterazioni ed i danni alla risorsa "ambiente" esclusivamente mediante il recupero della stessa e che "*il danno all'ambiente deve essere risarcito solo con le "misure di riparazione" previste dall'All. 3 al d.lgs. n. 152/2006 che è identico all'All. 2 della Direttiva 2004/35/CE".* La S.C. applica, in modo inequivocabile, quanto stabilito dall'art. 311 riformato: l'unica tutela possibile per il danno ambientale è il risarcimento in forma specifica. Si è argomentato, a tale proposito, di "obbligatorietà del risarcimento in forma specifica" e di lontananza rispetto alla responsabilità civile di una direttiva che escluda il rimedio del risarcimento per equivalente, cfr. in tal senso Salanitro, U.: "La novella sulla responsabilità ambientale nella "Legge Europea" del 2013", *Nuove leggi civ. comm*., 2013, pp. 1309 ss. e diffusamente anche Moscati, E.:, "Dall'art. 18 alle modifiche, cit., pp. 599 ss.

107 Art. 311 Codice dell'ambiente "1. Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare agisce, anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale, oppure procede ai sensi delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto.
2. Quando si verifica un danno ambientale cagionato dagli operatori le cui attività sono elencate nell'allegato 5 alla presente parte sesta, gli stessi sono obbligati all'adozione delle misure di riparazione di cui all'allegato 3 alla medesima parte sesta secondo i criteri ivi previsti, da effettuare entro il termine congruo di cui all'articolo 314, comma 2, del presente decreto. Ai medesimi obblighi è tenuto chiunque altro cagioni un danno ambientale con dolo o colpa. Solo quando l'adozione delle misure di riparazione anzidette risulti in tutto o in parte omessa, o comunque realizzata in modo incompleto o difforme dai termini e modalità prescritti, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare determina i costi delle attività necessarie a conseguirne la completa e corretta attuazione e agisce nei confronti del soggetto obbligato per ottenere il pagamento delle somme corrispondenti.
3. Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare provvede in applicazione dei criteri enunciati negli allegati 3 e 4 della presente parte sesta alla determinazione delle misure di riparazione da adottare e provvede con le procedure di cui al presente titolo III all'accertamento delle responsabilità risarcitorie. Con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentito il Ministro dello sviluppo economico, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono definiti, in conformità a quanto previsto dal punto 1.2.3 dell'allegato 3 alla presente parte sesta i criteri ed i metodi, anche di valutazione monetaria, per determinare la portata delle misure di riparazione complementare e

differenza rispetto al modello del previgente art. 18, ove l'azione in sede penale e civile spettava oltre che allo Stato anche agli enti territoriali sui quali incidono i beni oggetto del fatto lesivo. E ciò in forza del principio di sussidiarietà previsto dalla Costituzione, ricoprendo questi enti una funzione di tutela della collettività, della comunità, dell'equilibrio economico, biologico e sociologico del territorio[108]. L'art. 18, ora abrogato, attribuiva, altresì, alle associazioni ambientaliste (descritte all'art. 13 ora abrogato) un duplice ruolo nel processo amministrativo e in quello che si svolgeva davanti al giudice ordinario per il risarcimento del danno ambientale, mediante la facoltà di intervenire in giudizio per danno ambientale e ricorrere in sede amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi. Queste potevano anche sollecitare l'esercizio dell'azione processuale per il risarcimento del danno ambientale da parte dei soggetti legittimati ovvero lo Stato o gli enti territoriali.

Nel Codice dell'ambiente, invece, non viene data la possibilità a soggetti diversi dal Ministero dell'ambiente di intervenire o dar vita ad un processo ordinario penalizzando grandemente la loro libertà di agire[109].

L'art. 309 ritaglia uno spazio di intervento delle regioni, province, enti locali, persone fisiche e giuridiche che vantino un interesse legittimante o che siano colpite da un danno ambientale per prevenire o attuare un'azione di ripristino dell'ambiente, ma è un intervento mediato; infatti, esse possono fare denunce ed osservazioni concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o di minaccia imminente di danno, che però devono passare al vaglio del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio.

Ove il Ministero mantenga una condotta omissiva, possono presentare ricorso al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, contestando il silenzio inadempimento e chiedendo il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'adozione delle necessarie misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale.

---

compensativa. Tali criteri e metodi trovano applicazione anche ai giudizi pendenti non ancora definiti con sentenza passata in giudicato alla data di entrata in vigore del decreto di cui al periodo precedente. Nei casi di concorso nello stesso evento di danno, ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità personale. Il relativo debito si trasmette, secondo le leggi vigenti, agli eredi, nei limiti del loro effettivo arricchimento."

108 La Corte costituzionale – con la sentenza n. 126 del 2016 – si è occupata – definendola nel senso dell'infondatezza - della delicata questione sollevata in via incidentale dal Tribunale di Lanusei con riferimento alla portata dell'art. 311, comma 1, (riguardante l'azione risarcitoria in forma specifica) del c.d. "Codice dell'ambiente" (d. lgs. n. 152/2006), nella parte in cui riconosce solo allo Stato la legittimazione ad agire in ambito risarcitorio per la produzione del danno ambientale, escludendo la concorrente legittimazione delle Regioni nel cui territorio le conseguenze dannose vengono concretamente a configurarsi;si veda anche C. cost. 23 luglio 2009, n. 235. Cfr. Tribunale Lanusei, Ord. di remissione, 13/02/2015, n. 107, *Banca Dati De Jure Giuffré*. Cfr. Salanitro, U.: *Il risarcimento del danno all'ambiente*, cit., p. 939.

109 Si veda in tal senso Villani, L.: "Il danno ambientale e le recenti modifiche del codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152 del 3 aprile 2006) nel sistema della responsabilità civile", *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 2173.

Parimenti l'art. 310 Cod. ambiente attribuisce loro il potere di presentare un ricorso ma solo per "annullamento degli atti e dei provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto nonché avverso il silenzio inadempimento del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte del medesimo ministro, delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale"[110].

Per quanto di pertinenza con l'oggetto della presente indagine, si può rilevare come dalla legittimazione esclusiva in capo allo Stato sia stato tratto un argomento decisivo da cui far discendere la natura pubblicistica del danno ambientale, inteso quale danno lesivo di un interesse diffuso e turbativa di quei beni che appartengono alla collettività organizzata dello Stato[111], la cui risarcibilità sarebbe, dunque, preclusa ai privati o anche alle associazioni. Punto cruciale dell'indagine sul quale torneremo infra.

La disciplina del danno ambientale appena evocata dovrebbe riguardare, nella logica del Codice dell'Ambiente, il danno all'ambiente subito dallo Stato e non i danni eventualmente subiti da privati interessati a vario titolo all'integrità del loro ambiente di vita, per i quali questi potranno sempre esperire le azioni individuali per ottenerne il risarcimento attraverso il ricorso alle regole del Codice Civile[112],

110 Dispositivo dell'art. 310 Codice dell'ambiente PARTE SESTA - Norme in materia di tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente ☐ Titolo II - Prevenzione e ripristino ambientale
1. I soggetti di cui all'articolo 309, comma 1, sono legittimati ad agire, secondo i principi generali, per l'annullamento degli atti e dei provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto nonché avverso il silenzio inadempimento del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte del medesimo Ministro, delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale.
2. Nell'ipotesi di cui al comma 1, il ricorso al giudice amministrativo può essere preceduto da una opposizione depositata presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare o inviata presso la sua sede a mezzo di posta raccomandata con avviso di ricevimento entro trenta giorni dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto. In caso di inerzia del Ministro, analoga opposizione può essere proposta entro il suddetto termine decorrente dalla scadenza del trentesimo giorno successivo all'effettuato deposito dell'opposizione presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.
3. Se sia stata presentata l'opposizione e non ancora il ricorso al giudice amministrativo, quest'ultimo è proponibile entro il termine di sessanta giorni decorrenti dal ricevimento della decisione di rigetto dell'opposizione oppure dal trentunesimo giorno successivo alla presentazione dell'opposizione se il Ministro non si sia pronunciato.
4. Resta ferma la facoltà dell'interessato di ricorrere in via straordinaria al Presidente della Repubblica nel termine di centoventi giorni dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto o provvedimento che si ritenga illegittimo e lesivo.

111 Cfr. Francario, L.: *Danni ambientali e tutela civile*, Jovene, Napoli, 1990, passim; Giampietro, F.: *La responsabilità per danno all'ambiente. Profili amministrativi, civili e penali*, Giuffré, Milano, 1988, p 45; Maddalena, P.: *Il danno pubblico ambientale*, Maggioli, Rimini, 1990, p. 35; Libertini, M.: "La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto all'ambiente", *Riv. crit. dir. Priv.*, 1987, pp. 547 ss.; Pozzo, B.: *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità. Esperienze giuridiche a confronto*, Giuffrè, Milano, 1996, passim; Salanitro, U.: *Il danno all'ambiente nel sistema della responsabilità civile,* Milano, 2005, passim; Visintini, G.: *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile,* Cedam, Padova, 2005, passim; Fimiani, P.: *Le nuove norme sul danno ambientale*, Il Sole 24 ore, Milano, 2006, passim.

112 Altro possibile riferimento civilistico è quello all'art. 872, comma 2, c.c., su cui Salanitro, U.: *Il danno all'ambiente*, cit., pp. 88 ss. Sul tema dell'illecito civile, Berti, G.: "Il Rapporto "ambientale"", *Amministrare*, 1987, pp. 175 ss., il quale ha sostenuto che non vi può essere una responsabilità extracontrattuale poiché

ovvero l'azione per il risarcimento dei danni da fatto illecito art. 2043 c.c., e l'azione per ottenere la cessazione delle immissioni intollerabili, art. 844 c.c., come, peraltro, precisato e ribadito nell'ultimo inciso dell'art. 313 del Codice dell'ambiente: «Resta in ogni caso fermo il diritto dei soggetti danneggiati dal fatto produttivo di danno ambientale, nella loro salute o nei beni di loro proprietà, di agire in giudizio nei confronti del responsabile a tutela dei diritti e degli interessi lesi»[113].

Si tratta, com'è evidente, di azioni con struttura profondamente diversa: il danno all'ambiente, di natura pubblicistica, che ha ad oggetto il risarcimento in considerazione del suo valore di assieme e che prescinde dal valore patrimoniale delle singole componenti, consistente nell'esborso economico necessario per attuare il ripristino del bene compromesso, ed il danno ai beni, privati o pubblici, che può derivarne, risarcibile ex art. 2043 c.c. e art. 844[114].

É opportuno svolgere una riflessione in ordine alla portata dell'azione riconosciuta dall'art. 313 Cod. Amb. a favore di coloro che abbiano subito un pregiudizio dal fatto produttivo di un danno ambientale, essendo emersi in

questa "*presuppone un dovere ampio e generico di non danneggiare ingiustamente la vita o il patrimonio altrui", mentre il danno ambientale deve essere valutato come effetto di una obbligazione che intercorre fra lo Stato ed il soggetto "in relazione ad un ambito legislativamente predefinito di possibili danneggiamenti di cose o di vite umane, assumibili nel loro complesso come parti ideali o reali dell'ambiente"*. Secondo l'Autore *"ambiente di per sé, dal punto di vista del danneggiamento, non vuol dire nulla, essendo semmai un valore normativo, sospeso tra l'oggettivo e il soggettivo, che si può apprezzare, dal punto di vista della responsabilità, soltanto dopo che sia stato calato in obblighi specifici da una parte e dall'altra, soggetti-imprese e Stato*".

113 Cfr. Alpa, G.: "Interessi diffusi", in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, 1993, p. 610, in ordine alla chiara distinzione tra interessi diffusi e collettivi: sono collettivi quegli interessi che hanno come portatore un ente esponenziale di un gruppo dotato di un'autonoma organizzazione; mentre l'interesse diffuso non appartiene a gruppi organizzati, è "*adespota, perché non è qualificato sulla base dei requisiti di appartenenza al gruppo, né trae forza dal gruppo*". La giurisprudenza civilistica ha dato una lettura assai differente dell'interesse diffuso, secondo Cass. sezioni unite del 1978, si tratterebbe di interessi che "*per l'inettitudine dell'oggetto, a causa della sua natura e del carattere della normativa, ad essere considerato nell'ambito esclusivamente individuale, sono riferibili non al soggetto come individuo, ma come membro di una collettività, più o meno ampia, coincidente, al limite, con la pluralità dei cittadini, dando così luogo ad una pluralità di situazioni analoghe*", cfr. Cass., sez. un., 8 maggio 1978, n. 2207, in *Giust. civ.*, 1978, p. 1208. In una sentenza della Suprema Corte emessa l'anno successivo, gli interessi diffusi sono ricondotti ai beni collettivi, "*cioè ai valori che sono propri delle società organizzate e cui sono riferibili interessi che vanno oltre l'individuo, e comprendono beni indivisibili (o a fruizione collettiva)* e *beni divisibili a fruizione individuale*", specificando, altresì, che all'interno degli interessi diffusi è possibile riscontrare "*una componente individualistica, dal momento che sono la somma di una indefinita serie di interessi singolari*" cosicché si possa affermare che l'interesse diffuso "*evidenzia, prima che un interesse generale, una pluralità di interessi individuali dello stesso contenuto, relativi alla fruizione di una utilità determinata. In tale ipotesi, la nozione non esclude posizioni di interesse legittimo o di diritto soggettivo*", cfr. Cass. 9 marzo 1979, n. 1463, in *Diritto e ambiente. Materiali di dottrina e giurisprudenza commentati da Almerighi e Alpa*, pt. I. Diritto civile, Padova, 1984, 184 ss.. Cfr. in Visintini, G.: *Trattato breve della responsabilità civile*, Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile 3, Cedam, Padova, 2005, passim; Id., "Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato", *Riv. dir. civ.*,1975, pp. 29 ss.; Id., "Immissioni (Diritto civile)", in *Nss. D.I.*, Appendice, III, 1982, pp. 1218 ss.

114 Sul punto Corte Cost. n. 216 del 19 aprile 2016 sul sito della Corte Costituzionale, 'Corte costituzionale – Decisioni', Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale Art. 311, c. 1°, del decreto legislativo 03/04/2006, n. 152, la quale ha ribadito come solamente lo Stato vanti nei confronti dei responsabili del danno ambientale il diritto ad agire per il risarcimento del danno all'ambiente inteso come interesse pubblico ovvero dello specifico danno conseguenza consistente nell'esborso economico necessario per attuare il ripristino del bene compromesso mentre il soggetto privato è legittimato unicamente alla domanda risarcitoria ex art. 20143 cc dei diversi danni direttamente subiti: intesi come danni diretti e specifici, ulteriori e diversi rispetto a quello, generico, di natura pubblica, della lesione dell'ambiente come bene pubblico e diritto fondamentale di rilievo costituzionale, neppure allegati ed in alcun modo provati nel caso di specie.

dottrina dubbi interpretativi se questa debba essere limitata al danno ai beni di loro proprietà e alla salute come indicato nel testo della norma o se possa essere interpretata estensivamente anche alla risarcibilità di danni che abbiano inciso su beni diversi da quelli ivi contemplati[115]. Si discute, ad esempio, della possibile risarcibilità dei danni subiti dall'imprenditore turistico che veda decrescere i propri utili a seguito del fatto che abbia deturpato un'area paesaggistica vicina al luogo in cui egli svolge la propria attività (c.d. diritto di impresa) che in caso di interpretazione letterale sarebbe ovviamente esclusa[116].

Una tale interpretazione restrittiva però sarebbe in contrasto con l'art. 2043 c.c. poiché ne determinerebbe un illegittimo restringimento, contrario alla nota evoluzione del danno ingiusto, lungi dal ricomprendere solo la lesione dei diritti assoluti.

Sul punto è intervenuta anche la Corte costituzionale che negando l'illegittimità costituzionale della regola che prevede la legittimazione esclusiva per il risarcimento del danno ambientale in capo allo Stato, ha colto l'occasione per ribadire che la normativa speciale sul danno ambientale si affianca alla disciplina generale del danno posta dal codice civile, non costituendone una deroga e non potendosi dunque ravvisare una antinomia reale con l'art. 2043 c.c.[117].

Si può parimenti trarre le medesime conclusioni anche per la norma contenuta all'art. 313, che non potrebbe dunque limitare la portata risarcitoria dell'art. 2043 c.c., dovendosi, dunque, riconoscere la legittimazione di ogni persona singola od associata a costituirsi iure proprio a tutela dei danni subiti, diretti e specifici, ulteriori e diversi rispetto a quello, generico, di natura pubblica, della lesione dell'ambiente come bene pubblico.

La valorizzazione della tutela dell'ambiente, ora diritto di rango costituzionale e l'emersione di conseguenziali istanze di protezione recepite a livello giuridico e sociale, hanno contribuito, in modo decisivo, all'allargamento delle prospettive di tutela dei singoli, orientando l'interprete verso una rilettura degli istituti civilistici della responsabilità[118].

115 Cfr. Castronovo, C.: "La natura del danno all'ambiente", cit, p. 13;

116 Scognamiglio, C.: "Danno ambientale", cit., p. 1063, il quale segnala comunque una lettura ampia della norma di cui all'art. 313, comma 7 del cod. amb., in ordine alla sussistenza di una legittimazione attiva, e di una situazione giuridica soggettiva da far valere, delle associazioni ambientaliste. Cfr. in tal senso Cass. pen., Sez. V, 17 novembre 2010, n. 7015/2011.

117 Cfr. Corte Cost. n. 216 del 19 aprile 2016, cit.

118 Di Caprio, A.: "Nuovi orizzonti in materia di risarcibilità dei danni ambientali non patrimoniali", *diritto.it,* 2006, p. 4.

Un ulteriore ampliamento delle maglie della responsabilità extra-contrattuale[119], si è determinato anche per effetto della ricomprensione nella tutela dell'ambiente del danno esistenziale ex art. 2059 c.c.[120], in combinazione con l'art. 844 c.c., ove sia accertata una modificazione peggiorativa[121], purché apprezzabile per intensità e qualità[122], nella sfera personale del soggetto leso quale conseguenza di un danno ambientale, nei termini di alterazione del diritto alla "normale qualità della vita"

119 In ordine alle conseguenze sul tema qui trattato dei principi di diritto resi dalla nota Cassazione a S.U. 11 novembre 2008, n. 26972, che in estrema sintesi ha affermato che esiste soltanto un danno non patrimoniale e che, nello specifico il danno esistenziale non può configurare più una autonoma categoria di pregiudizio quale forma di duplicazione risarcitoria, può qui rilevarsi che la suddetta sentenza non abbia inciso in senso restrittivo sulle pretese risarcitorie derivanti da illeciti extracontrattuali ambientali, che potranno continuare a ricomprendere quelli inerenti alla vita di relazione, e più in generale, ogni forma di pregiudizio a beni (valori) della persona che risultino trovare riconoscimento, seppur indiretto, nell'articolo 2 e 9 Cost., ogni qualvolta (specifica la Corte) siano presenti due specifici indici di meritevolezza di tutela degli stessi, quali la gravita` della lesione e l'offensività del danno. Cfr. Scialò, A.: "Il danno esistenziale da illecito ambientale dopo la sentenza della Corte Cassazione SS.UU. n. 26972/2008", *Ambiente e Sviluppo*, 2009, p. 536.

120 Si veda Corte di Appello Milano Sez. II civ. sent. 14 febbraio 2003.

121 Cfr. sulla prova del danno esistenziale Cass. n. 8827-8828 del 31 maggio 2003, *Banca Dati Juris Data Giuffré*, la quale ribadisce che il suddetto risarcimento sia riconducibile alla lesione di valori costituzionalmente garantiti, quali i diritti fondamentali della persona e non possa fondarsi su considerazioni che, sia pure basate sulla comune esperienza, si limitino ad un aspetto interiore della persona lesa, occorrendo la prova dell'incidenza, in concreto, della lesione di valori fondamentali dell'individuo sulle attività realizzatrici del soggetto danneggiato, con conseguente alterazione, di contenuto apprezzabile, della personalità del soggetto, sia sotto il profilo personale che relazionale, quindi "esterno", quale conseguenza del fatto illecito altrui.
Anche se la lesione, in tal caso, è "in re ipsa", non ne può discendere, quale corollario, che il danno debba essere risarcito senza che incomba sul danneggiato l'onere di fornire la prova della sua esistenza, costituendo la lesione di valori costituzionali un semplice indizio, sia pure di valenza pregnante, dell'esistenza del danno che, tuttavia, dovrà essere provato facendo ricorso ai principi generali in tema di prova. La suddetta prova può essere fornita anche mediante il ricorso, in base al prudente apprezzamento del giudicante, alle presunzioni, ai "fatti notori", alle massime di "comune esperienza", ma senza esonerare il danneggiante dall'onere di allegare i fatti e gli elementi concreti posti a fondamento della richiesta risarcitoria. Relativamente ai mezzi di prova ammissibili, in mancanza di un accertamento medico-legale, potrà anche farsi riferimento, come già evidenziato, ove ne ricorrano i presupposti, alle presunzioni semplici o a situazioni reali, di valenza sintomatica, da cui desumere in termini di certezza o di elevata probabilità, l'effettività del pregiudizio subito. La Cassazione ritiene, poi, che occorra cautela qualora si voglia fondare la tutela risarcitoria sui "fatti notori" o sulle nozioni di "comune esperienza", in mancanza di riscontri concreti, riferibili alla fattispecie in esame, che consentano l'utilizzazione a fini probatori di tali elementi presuntivi, in quanto ogni individuo ha una propria personalità, unica e diversa da ogni altro soggetto e, quindi, diverse da individuo a individuo saranno le conseguenze psichiche collegate a fatti illeciti di valenza simile, sotto il profilo della loro concreta incidenza sulla personalità del soggetto leso. In mancanza di tali elementi la tutela risarcitoria, sulla base di tali mezzi di prova presuntiva, va riconosciuta in quella minima, individuata dal giudice in base a parametri riferibili alla fattispecie, astrattamente considerata. Nondimeno sarà, in linea generale, ammissibile, ai fini della prova del danno, il ricorso alle cd. presunzioni semplici, che dovranno tenere conto non solamente degli aspetti cd "interni" della lesione esistenziale, ma anche e soprattutto delle ripercussioni nell'ambito cosiddetto "esterno".

122 Si veda Corte di Cassazione, 17 aprile 2008, n. 10118, in *Giur. It*., 2008, 12, 2708, che specifica come sia necessario che sussista il nesso di causalità tra comportamento lesivo e danno che deve tradursi, oltre che nella consecutività temporale tra comportamento lesivo e danno, anche in un giudizio di proporzionalità o adeguatezza tra il fatto illecito e le conseguenze dannose. La Corte di Cassazione ha sentenziato "*che il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettibile di suddivisione in categorie variamente etichettate, che hanno valore meramente descrittivo, alla stregua dei parametri per la quantificazione del danno all'ambiente*". Ne consegue che per il giudice di legittimità, il danno non patrimoniale è risarcibile sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., a condizione che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tolleranza e che il danno non sia futile, che non consista cioè in meri disagi o fastidi o nella lesione di diritti del tutto immaginari. Cfr anche Meli, M.: *The Environment, Health, and Employment: Ilva's Never-Ending Story*, in internet Microsoft Word - 6 ItaLJ 2 (2020) - 4 febbraio (theitalianlawjournal.it), p. 499 ss.; le considerazioni critiche sviluppate da Flamini, A.: "Danno ambientale e diritto di difesa", in Aa.Vv., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, ESI, Napoli, 2006, pp. 433 ss.

e/o "alla libera estrinsecazione della personalità"[123]. E ciò a prescindere dalla commissione di un reato ambientale o dalla prova del danno biologico[124].

Non è soltanto il diritto alla serenità domestica, nel ristretto ambito della propria abitazione, ad essere risarcibile ove leso, ma anche la menomazione delle altre attività di svago, sociali e culturali che solitamente si svolgono al di fuori della abitazione familiare e che costituiscono corollario alla libera estrinsecazione della personalità, senza che insorga necessariamente una vera e propria malattia psichica[125].

In seguito alla suddetta evoluzione registrata nella giurisprudenza della Cassazione in ordine al danno esistenziale[126], ci sono state alcune importanti

123 Cfr. sul danno esistenziale Cassano, G.: "Fondamenti giuridici del danno esistenziale: novità giurisprudenziali e questioni in tema di prova", *Giust.it*, 10/2002; Tampieri, M.: "Il danno esistenziale da immissioni acustiche nell'universo del danno alla persona", *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 1209. In giurisprudenza le prime sentenze della Corte di Cassazione ad aver parlato del diritto soggettivo ad avere un ambiente salubre risalgono agli anni settanta, Cass. S.U. 9 marzo 1979, n. 1463, *Giust. civ.*, 1979, p. 764, con nota di Postiglione, A. che ha ricollegato la tutela del diritto all'ambiente salubre alla proprietà, nel senso che ne sarebbe titolare il soggetto proprietario di beni collocati nella zona che ha subito il danno ambientale. E Cass. S.U.6 ottobre 1979, n. 4172, *Giur. it.*, 1980, p. 464, con nota di Salvi, C., *Giur. it.*, 1980, p. 859, con nota di Patti, S. che estende ancor più il significato del diritto in esame, perché non lo fonda sul diritto di proprietà, ma direttamente sul diritto alla salute. "*Dovendo preservarsi – dicono i giudici della Corte di Cassazione – le condizioni indispensabili o anche solo propizie alla salute dell'uomo anche nei luoghi in cui si articolano le comunità sociali nelle quali si svolge la personalità, il diritto alla salute, piuttosto e oltre che come mero diritto alla vita e alla incolumità fisica, deve configurarsi come diritto all'ambiente salubre*". La protezione assicurata dall'ordinamento a questo diritto è di tipo garantistico, "*che è poi quella propria del "diritti fondamentali" o "inviolabili" della persona umana. Si tratta cioè di tutela piena, che si concreta nella attribuzione di poteri di libera fruizione di utilità e di libero svolgimento di attività, di esclusione degli ostacoli che all'una o all'altra si frappongano da parte di chicchessia*". Cfr. sul punto Alpa, G.: "Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: "nuovo diritto" o espediente tecnico?", *Resp. civ. e prev.*, 1998, p. 6.

124 Cfr. Corte di Appello Milano Sez. II civ. sent. 14 febbraio 2003, cit. la quale ricorda come in presenza di alterazioni fisiche o psichiche nel soggetto danneggiato, il danno non patrimoniale, per il combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p., è stato per lungo tempo riconosciuto solamente in presenza di fatto-reato e il danno biologico è stato ritenuto risarcibile solamente in presenza di una lesione all'integrità psico-fisica, medicalmente accertabile con criterio medico-legale. Tali limitazioni, peraltro, mostravano profili di incostituzionalità sotto il profilo della parità di trattamento (art. 3 della Cost.), riflettendo ad esempio sulla non risarcibilità del danno non patrimoniale in caso, statisticamente non infrequente, di presunzione di responsabilità ex art. 2054 c.c., il quale non consente il risarcimento del danno morale al danneggiato. Cfr. Cass., 12 maggio 2003, n. 7282, *Banca Dati Juris Data Giuffré*,, a proposito della responsabilità secondo l'art. 2054 c.c.; Cass., 12 maggio 2003, n. 7283, e Cass., 12 maggio 2003, n. 7281, *Banca Dati Juris Data Giuffré*, che riguardano la responsabilità del custode secondo l'art. 2051 c.c.

125 Cassano, G.: "Fondamenti giuridici del danno esistenziale: novità giurisprudenziali e questioni in tema di prova", www.*GiustAmm.it*, rivista internet di diritto pubblico, 10/2002, secondo l'Autore "*la nozione di danno esistenziale comprende qualsiasi evento che, per la sua negativa incidenza sul complesso dei rapporti facenti capo alla persona, è suscettibile di ripercuotersi in maniera consistente e talvolta permanente sull'esistenza di questa. Diventa, allora, decisiva una considerazione non restrittiva degli eventi potenzialmente lesivi, non ancorata a valutazioni tecniche basate su parametri e tabellazioni, bensì capace di segnalare interferenze negative e pregiudizievoli in senso ampio. Un fatto-evento causato da terzi può rilevarsi dannoso quando risulta idoneo ad incidere sulle possibilità realizzatrici della persona*".

126 Cfr. sentenze della Corte di Cassazione n. 7281-7282-7283 del 12 maggio 2003, *Banca Dati De Jure Giuffré*, che hanno riconosciuto il danno non patrimoniale anche nelle ipotesi di "colpa civilisticamente presunta" da cui l'autore del danno non si è liberato, sempreché il fatto, ricorrendo la colpa (provata), sarebbe qualificabile in astratto quale reato. E cfr. sent. della Corte di Cassazione n. 8827-8828 del 31 maggio 2003, *Banca Dati De Jure Giuffré*, nelle quali viene ampliata l'applicazione dell'art. 2059 c.c., riconoscendo la risarcibilità di tutti i danni alla persona non patrimoniali, indipendente dalla sussistenza di un reato, scollegando così l'art. 2059 c.c. dall'art. 185 c.p.. Anche se non mancano sentenze successive all'entrata in vigore del Codice dell'ambiente, come si vedrà, in cui non viene riconosciuto il risarcimento per una lettura più restrittiva che inquadra la suddetta domanda nei termini di risarcimento per danno ambientale

applicazioni nelle Corti di merito specificamente in tema di tutela dell'ambiente; si può qui citare una Corte di Appello ove è stata fatta applicazione di questo indirizzo giurisprudenziale che, richiamando la norma sulle immissioni ex art. 844 c.c., ha ritenuto risarcibili dei danni relativi alla salubrità dell'ambiente che altrimenti non avrebbero trovato ristoro. Nel caso di specie una coppia di coniugi avevano proposto una domanda di risarcimento del danno esistenziale da inquinamento ambientale per l'asserita intollerabile rumorosità di alcuni impianti attigui alla loro abitazione[127], che è stata accolta in entrambi i gradi nonostante il danno biologico fosse stato escluso dalla ctu medico-legale poiché non accertabile medicalmente[128].

La Corte di Appello ha rimarcato l'importante principio secondo cui è necessario considerare, ai fini della tutela, tutte le istanze del danneggiato, sia in relazione alle tradizionali fattispecie generatrici di danno, sia in relazione alle nuove forme risarcitorie emergenti e ciò in considerazione di una evoluzione della giurisprudenza, che ha ampliato l'ambito di tutela del "valore uomo" la cui sfera di interessi, qualora si traduca in una violazione di diritti costituzionali, lesi da fatto illecito di terzi, deve essere garantita e tutelata, indipendentemente dall'accertamento di una lesione, sia fisica che psichica, accertabile medicalmente[129].

Precisando, altresì, che il danneggiato ha diritto al ristoro integrale di tutte le conseguenze pregiudizievoli conseguenti a fatto illecito lesivo dell'ambiente[130].

---

concludendo con un rigetto per carenza della legittimazione attiva. Per una ricostruzione in ordine alla interpretazione creativa del combinato disposto degli artt. 2, 9 e 32 Cost. da parte della giurisprudenza di legittimità si veda Baldassarre, A.: voce "Diritti sociali", in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Roma, 1989; Modugno, F.: *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995.

127 Cfr. Corte di Appello Milano Sez. II civ. sent. 14 febbraio 2003, *Banca Dati De Jure Giuffré*. In ordine ai alle conseguenze nocive dell'inquinamento acustico sulla salute umana e sull'ambiente cfr, il rapporto "*Rumore ambientale in Europa – 2020*" redatto dall'Agenzia europea dell'ambiente, nel quale viene mostrato come il rumore ambientale, costituisca un grave problema ambientale che colpisce la salute e il benessere di milioni di persone in Europa. Il venti percento della popolazione europea è esposta a livelli di rumore a lungo termine dannosi per la salute. Ciò corrisponde a oltre 100 milioni di persone in Europa. I dati suggeriscono anche che gli obiettivi politici sul rumore ambientale non sono stati raggiunti.

128 Cfr. Corte di Appello Milano Sez. II civ. sent. 14 febbraio 2003, cit. che accoglie la domanda sul presupposto che costituisca nozione di comune esperienza che rumori che superino la soglia della normale tollerabilità con carattere continuativo (e non saltuario o occasionale) determinano stress, nervosismo, irascibilità, ossia una sensazione di malessere ed un'alterazione dell'equilibrio psico-fisico che, pur senza qualificarsi come vero e proprio danno biologico (effettiva menomazione dell'integrità psico fisica soggetta all'onere della prova) può considerarsi comunque una lesione del diritto alla salute ed alla serenità domestica, suscettibile di risarcimento. E che, dunque, sebbene ci si trovi di fronte ad un danno di natura psichica, che non è direttamente percettibile dal Giudice e di difficile valutazione in mancanza di un accertamento medico-legale che ne attesti l'esistenza, non si può disconoscere l'effettività del danno, ove provato o accertato.

129 Grassi, S.: "Relazione introduttiva", in *Diritti umani e ambiente* (a cura di Greco, M.), ECP, Firenze, 2000, p. 23; Alpa, G.: "Il diritto soggettivo all'ambiente salubre", cit., p. 4.; Giampietro, F.: *Diritto alla salubrità dell'ambiente*, *Inquinamenti e riforma sanitaria*, Giuffré, Milano, 1980, p. 71.

130 É, infatti, la lesione della personalità del soggetto che è suscettibile di tutela, che va tutelato ogni qual volta configuri un ostacolo alla realizzazione della libertà individuale o una alterazione della manifestazione della personalità, tutelata costituzionalmente ex articolo 2 Costituzione. Qualunque alterazione, purché di valenza apprezzabile, di diritti che costituiscono va, quindi, tutelata dall'ordinamento.

Anche in altri ordinamenti europei vi sono state aperture in questo senso mediante il riconoscimento di figure di danno non patrimoniale, svincolate dalla lesione di situazioni giuridiche patrimoniali e legate al peggioramento della qualità della vita o alla vita di relazione: si pensi al "*Prejudice physiologique*" del sistema francese, o al "*pain and suffering*" del sistema inglese.

In tal senso si rinvengono degli utili riscontri anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha accolto delle richieste di risarcimento per danno ambientale attraverso il riconoscimento della lesione di un diritto fondamentale tutelato dalla Convenzione all'art. 8, ovvero il diritto al rispetto della vita privata e familiare[131].

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, non prevede tra i diritti fondamentali la tutela dell'ambiente, ma la Corte è stata comunque più volte chiamata a decidere controversie inerenti alla salvaguardia ambientale, e in quelle circostanze ha riconosciuto il diritto ad avere un ambiente salubre, privo di insidie per l'integrità psico-fisica dell'individuo, come diritto umano quale componente di un altro diritto fondamentale tutelato, il rispetto per la vita privata e familiare[132].

Si possono brevemente richiamare le sentenze maggiormente indicative, nel 1994 «Lopez Ostra c. Spagna» la Corte aveva riconosciuto come l'evacuazione di residenti nella località di Lorca, presso Murcia, in conseguenza di un incidente avvenuto presso l'impianto di smaltimento rifiuti, costruito su suolo pubblico, con un sussidio dello Stato spagnolo e tuttavia operante senza licenza, quindi una lesione derivante da un danno ambientale, costituiva una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito all'art. 8 della Convenzione[133].

Nel caso «Guerra c. Italia» (1998), la Corte di Strasburgo stabilì che il fatto che i cittadini interessati non avessero ricevuto adeguate informazioni sulle questioni concernenti l'inquinamento dell'ambiente in atto costituiva anche in questo caso una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art.

131 Cfr. Vollero, F.: "Il diritto ad un ambiente salubre nell'elaborazione della giurisprudenza di Strasburgo, n. 1/2005", *www.diritto.it*; Scarcella, A.: "Giurisprudenza C.e.d.u. e diritto dell'ambiente: i principali «filoni» della Corte di Strasburgo", *Ambiente & Sviluppo*, 2013, pp. 129 ss.; Bosselmann, K.: "Un approccio ecologico ai diritti umani", in *Diritti umani e ambiente* (a cura di Greco, M.), ECP, Firenze, 2000, passim; De Salvia, M.: "Ambiente e Convenzione europea dei diritti dell'uomo", *Riv. int. dir. Uomo*, 1997, pp. 2 ss.; Colacino, N.: "La tutela dell'ambiente nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni elementi di giurisprudenza", *Dir. e gest. dell'amb.*, 2001, p. 24.

132 Sul tema dell'inquinamento industriale con riferimento al pericolo per la salute delle persone e agli altri effetti negativi per l'ambiente, cfr. https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Environment_ENG.pdf) in cui si possono vedere le decisioni Lopez Ostra c. Spagna (n. 16798/1990); Guerra e altri c. Italia (n. 14967/1989); Taskin e altri c. Turchia (n. 46117/1999); Oneryildiz c. Turchia (n. 48939/1999); Fadeyeva c. Russia (n. 55723/2000); Giacomelli c. Italia (n. 59909/2000); Martinez Martinez e Maria Pino Manzano c. Spagna (n. 61654/2008).

133 C. eur. dir. uomo 9 dicembre 1994, López Ostra c. Spagna, *www. echr.coe.int.*

8[134] e parimenti nel caso del 2001 «Hatton c. Regno Unito»[135]. In quest'ultima controversia la Signora Ruth Hatton ed altri cittadini britannici residenti nei pressi di Heathrow, lamentavano i livelli intollerabili raggiunti dall'inquinamento acustico, che - a causa dei voli notturni effettuati da e per tale aeroporto - dovevano considerarsi all'origine dei disturbi del sonno di cui tutti i ricorrenti ormai soffrivano. Nella decisione resa il 2 ottobre del 2001, la Corte ha specificato come al Governo britannico, pur non potendo essere considerato direttamente responsabile dell'attività dell'aeroporto, né, tanto meno, di quella delle linee aree che vi operano, possano essere imposti alcuni doveri positivi, al fine di garantire i diritti sanciti all'art. 8.

E recentemente la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato nuovamente l'Italia con quattro sentenze pubblicate il 5 maggio 2022, per aver violato il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il diritto a un ricorso effettivo tutelati dagli articoli 8 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in diversi casi riguardanti l'inquinamento prodotto dall'acciaieria ex ILVA di Taranto[136].

Sempre nel solco dell'ampliamento delle azioni civili, al fine di superare le difficoltà di provare l'elemento soggettivo, presupposto come noto dell'azione ex art. 2043 c.c., la dottrina ha identificato nella responsabilità oggettiva un possibile strumento per garantire una più effettiva tutela ai privati, ricorrendo alla disciplina dell'art. 2050 c.c. in ordine alla responsabilità per l'esercizio di attività pericolose, quale ad esempio l'attività industriale produttiva di rifiuti tossici, e l'art. 2051 c.c. in ordine al danno cagionato da cose in custodia, quali ad esempio agli effetti nocivi alla salute determinati dai campi elettromagnetici generati da elettrodotti[137]. Difatti, anche dall'analisi dell'ampia casistica in materia sono evidenti le difficoltà probatorie nelle azioni di risarcimento di danni non patrimoniali da illecito ambientale non solo nella dimostrazione, appena evocata, della prova della colpa

134 C. eur. dir. uomo 19 febbraio 1998, Guerra c. Italia, *www. echr.coe.int.*

135 C. eur. dir. uomo 2 ottobre 2001, Hatton c. Regno Unito, *www. echr.coe.int.*

136 In seguito all'inerzia dello Stato italiano che dopo la sentenza di condanna del 24 gennaio 2019, Cordella e altri contro Italia (ricorsi n. 54414/13 e n. 54264/15), non ha adottato tutte le misure necessarie per l'effettiva esecuzione della stessa, è stato condannato in altre quattro cause nel maggio 2022: C. eur. dir. uomo 5 maggio 2022 - Ricorso n. 4642/17 - Causa Ardimento e altri c. Italia, C. eur. dir. uomo 5 maggio 2022 - Ricorso n. 45242/17 - Causa Perelli e altri c. Italia.

137 Cfr. in ordine all'art. 2050 Cass. civ., Sez. VI - 3, Ord., 05/07/2022, n. 21280; Tribunale Torre Annunziata, Sent., 07/06/2022, n. 1354; Tribunale Brescia, Sez. I, Sent., 31/05/2022, n. 1479 *Banche Dati Juris Data Giuffré*. In dottrina si veda Salanitro, U.: *Tutela dell'ambiente*, cit., p. 472.

di controparte quale comportamento almeno imprudente o negligente da parte del danneggiante[138], ma anche del nesso di causalità[139].

In seguito a questo ampliamento della responsabilità extra-contrattuale mediante la creazione di matrice giurisprudenziale di un articolato sistema di tutela di diritti soggettivi di natura ambientale, per effetto dell'abrogazione dell'art.18 legge L.n. 349/1986 ed entrata in vigore del codice dell'ambiente e in particolare dell'art. 311, si è, peraltro, iniziato a registrare un orientamento giurisprudenziale maggiormente restrittivo in ordine specialmente al riconoscimento di un 'diritto all'ambiente salubre' ai sensi degli art. 2043 c.c. e 2059 c.c.

Sono, infatti, molto frequenti sentenze di merito e di legittimità nelle quali vengono respinte domande risarcitorie con la motivazione che il danno richiesto, conseguente al peggioramento della salubrità dell'ambiente, sarebbe invero un danno ambientale di natura pubblicistica e dunque non risarcibile per carenza della legittimazione attiva, la cui azione spetta, ai sensi dell'art. 311 cod. am., esclusivamente al Ministero dell'ambiente[140]; altri motivi concorrenti di rigetto risiedono, altresì, nella carenza di prova del danno stesso.

138 Cfr. Tribunale Bologna, Sez. III, Sent., 02/09/2016, n. 2250, cit. in cui la Ctu volta in primo luogo ad accertare e quantificare per il periodo successivo ad ottobre 2009 le emissioni derivanti dal cantiere, e ad affermare la possibilità di una loro misurazione distinta rispetto alle altre fonti di emissione di PM10, ovvero in subordine di una loro stima approssimativa, verificando quindi se effettivamente sussistessero le emissioni di polveri sottili oltre i limiti previsti dal D. Lgs. n. 155 del 2010 e se tali violazioni fossero riconducibili o meno al solo cantiere alta velocità - ha messo in evidenza l'impossibilità di affermare in maniera certa, ma anche solo a livello probabilistico, la riferibilità del superamento dei limiti, ove riscontrato, al solo cantiere Alta Velocità.

139 Si pensi ad esempio a quelle patologie ad eziologia multifattoriale che sollevano controversi problemi concernenti l'accertamento del nesso di causalità tra un certo fattore patogeno e la patologia lesiva. È il caso del danno da amianto, in cui l'asbetosi o il mesoteliome, sono patologie derivanti da esposizione prolungata all'amianto per le quali non è facie dimostrare che questa esposizione sia stata la causa unica della patologia. Cfr. Raffi, S. e Tomei, G.: "Il danno da esposizione all'amianto tra la responsabilità datoriale ed i criteri risarcitori", *Danno e Responsabilità*, 2019, p. 222; Pennasilico, M.: "Dalla causalità alle causalità: il problema del nesso eziologico tra diritto civile e diritto penale", *Rass. Dir. Civ.*, 2013, p. 1295; Coggiola, N.: "Nesso di causalità e colpa nel danno da amianto. Le esperienze italiana ed inglese", *Riv. Dir. Civ.*, 2008, p. 381.

140 Cfr. Tribunale Bologna, Sez. III, Sent., 02/09/2016, n. 2250, *Banca Dati De Jure Giuffré*, il quale ribadisce "come stabilito dall'art. 300 del D.Lgs. n. 152 del 2006: "1. È danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima.". Dunque il danno ambientale consiste nella distruzione o nel deterioramento dell'ambiente naturale considerato in sé e per sé. E' evidente che, come l'ambiente è un bene della collettività, la sua distruzione costituisce un danno per la collettività. Il risarcimento di tale danno subito dalla collettività spetta solo ed esclusivamente allo Stato e agli enti territoriali, cioè in generale, agli enti esponenziali della collettività stessa, quindi alla pubblica amministrazione. In tale ottica, come voluto dal legislatore, deriva ed è conseguenziale come la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno ambientale (che è affatto diverso rispetto ai danni fisici, ai danni morali, al turbamento psichico, a cui fa riferimento controparte) spetta allo Stato, e agli Enti locali. Ovviamente, ai sensi dell'art. 313 settimo comma: "Resta in ogni caso fermo il diritto dei soggetti danneggiati dal fatto produttivo di danno ambientale, nella loro salute o nei beni di loro proprietà, di agire in giudizio nei confronti del responsabile a tutela dei diritti e degli interessi lesi". Ed è solo questo il danno a cui avrebbero potuto aspirare gli odierni attori, qualora fossero riusciti a dimostrarne la sussistenza del danno ed il nesso di causalità con la condotta del presunto danneggiante in relazione ai lavori della realizzazione della Stazione A.V. di Bologna.

È emblematica in tal senso Cass. Pen. n. 633 del 2012 che, nel rigettare la domanda di Legambiente ONLUS finalizzata ad ottenere il risarcimento dei danni materiali e morali derivanti dalla lesione del diritto collettivo ad avere un ambiente salubre in seguito al deposito incontrollato di rifiuti, chiarisce che il danno ambientale di natura pubblica, consisterebbe nella lesione dell'interesse alla tutela dell'ambiente, rientrando in esso anche il danno "*del singolo o della associazione con riferimento alla relazione che questi vivono con l'ambiente che li circonda*", potendo i privati agire ai sensi dell'art. 2043 cod. civ. solo per il risarcimento di danni specifici a beni di loro appartenenza, o a spese effettuate, o a posizioni soggettive patrimoniali e non, tutelabili secondo le ordinarie disposizioni civilistiche[141], ovvero per quei danni "*ulteriori e concreti da essi subito, diversi da quello pubblico e generale ambientale*".

Per citare alcuni esempi nella giurisprudenza di merito si può ricordare il caso di un gruppo di privati che aveva richiesto il risarcimento per i danni derivanti dall'insalubrità dell'ambiente delle proprie abitazioni causato dall'inquinamento per emissioni di polveri sottili oltre i limiti previsti dal D.Lgs. n. 155 del 2010 D.Lgs. 13/08/2010, n. 155, con grave pregiudizio dell'ambiente e della salute degli individui che abitavano o lavoravano nelle adiacenze[142]. La domanda viene respinta dal Tribunale per mancanza della prova del danno in concreto risarcibile ex art. 2059 c.c., posto che il patema d'animo e la preoccupazione di ammalarsi in futuro sono evanescenti e del tutto soggettivi e che nessun danno alla salute, inteso come pregiudizio non patrimoniale, immediatamente discendente dalla copertura costituzionale dell'art. 32 Cost., è stato mai azionato, concludendo che il danno richiesto coincideva con il danno ambientale di natura pubblica, in se' considerato come lesione dell'interesse collettivo all'ambiente, la cui tutela è riservata allo Stato, e pertanto era carente anche la legittimazione attiva.

Si veda anche il caso di un gruppo di soggetti residenti e lavoratori in un'area limitrofa ad un impianto termovalorizzatore che avevano convenuto la società gestrice per sentir accertare la pericolosità e potenzialità lesiva per la salute dell'attività produttiva di incenerimento con richiesta di condanna anche a risarcire i danni patrimoniali e non patrimoniali causati agli stessi come effetto dell'attività in oggetto. Azione di danno ritenuta non accoglibile dal Tribunale per carenza di

141 Cass. Pen. Sez. II, Sent.,25.05.2007, n. 20681, cit., Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 633 del 2012, in *Banche Dati De Jure Giuffré*. Secondo le quali il risarcimento del danno ambientale di natura pubblica, in sè considerato come lesione dell'interesse collettivo all'ambiente, è ora previsto e disciplinato soltanto dall'art. 311 cit., sicché il titolare della pretesa risarcitoria per tale danno ambientale è esclusivamente lo Stato, in persona del ministro dell'ambiente. Tutti gli altri soggetti, singoli o associati, ivi compresi gli enti pubblici territoriali e le regioni, possono invece agire, in forza dell'art.2043 cod. civ., per ottenere il risarcimento di qualsiasi danno patrimoniale, ulteriore e concreto, che abbiano dato prova di aver subito dalla medesima condotta lesiva dell'ambiente in relazione alla lesione di altri loro diritti particolari, diversi dall'interesse pubblico, collettivo e generale, alla tutela dell'ambiente come diritto fondamentale e valore a rilevanza costituzionale.

142 Cfr. Tribunale Bologna, Sez. III, Sent., 02/09/2016, n. 2250, cit.

legittimazione ad agire degli attori ai sensi dell'art. 311 cod. am. Essendo in realtà nella sostanza diretta a tutelare un interesse pubblico[143].

Parimenti in altro caso una nota associazione ambientalista, costituita parte civile in un procedimento penale, per danneggiamento ambientale avendo la società indagata realizzato un impianto di raccolta e di scarico di acque reflue industriali in dei corsi fluviali, aveva proposto una azione di risarcimento del danno ai sensi degli artt. 2043 e 2059 c.c., che è stata respinta dal Tribunale poiché dalla lettura degli scritti difensivi finali emergeva che il danno non patrimoniale richiesto dall'associazione attrice consisteva in realtà in un danno ambientale ("*e non in danni diretti e specifici, ulteriori e diversi rispetto a quello della lesione dell'ambiente come bene pubblico*", rispetto al quale sussiste la legittimazione esclusiva del Ministero dell'ambiente[144].

Per le medesime motivazioni è stata rigettata altresì una domanda risarcitoria proposta dalla Regione Calabria, per i danni subiti dall'ambiente e dalla collettività in conseguenza dell'inquinamento riconducibile all'attività industriale svoltasi in uno stabilimento[145].

Da ultimo si veda anche la vicenda, di grande risalto mediatico, che ha interessato l'inquinamento del quartiere Tamburi a Taranto per effetto dell'inquinamento determinato dall'immissione di polveri minerali che superavano la normale tollerabilità da parte della acciaieria Ilva, nella quale le corti di merito e la Cassazione non hanno ritenuto di accogliere la domanda risarcitoria di alcune famiglie per le sofferenze, disagi, limitazioni e potenziali danni alla salute subiti per effetto del notevole e comprovato inquinamento, ma unicamente il danno patrimoniale legato alla "*perdita delle oggettive potenzialità di godimento che, in mancanza delle immissioni illecite, gli immobili stessi per la loro stessa destinazione sarebbero in grado di offrire*"[146].

Dall'analisi della riferita casistica emerge chiaramente, dunque, come in seguito all'entrata in vigore del Codice dell'ambiente l'orientamento in ordine alla risarcibilità dei diritti soggettivi, individuali e collettivi, lesi in seguito a fenomeni

143 Tribunale Grosseto, 11/12/2019, n.980, *Banche Dati De Jure Giuffré*, nella quale a sostegno della domanda avevano altresì esposto che i gestori dell'impianto avevano sistematicamente omesso di sottoporsi ai controlli e di adottare tutte le cautele per evitare il prodursi di immissioni pericolose per la salute e la salubrità dell'ambiente. In particole evidenziavano che lo stesso impianto aveva funzionato utilizzando biomasse e combustibile da rifiuti fino al 18.11.2011, quando era stato bloccato dal TAR Toscana, nonché successivamente dal 11.12.2012 al 24.05.2013, quando le analisi Arpat avevano evidenziato il superamento dei limiti di diossine e furani.

144 Tribunale Trento, 05/03/2020 n.174, che ribadisce come "*spetti esclusivamente allo Stato (e, in particolare, al Ministero dell'Ambiente) la legittimazione a costituirsi parte civile nei processi per reati contro l'ambiente per ottenere il risarcimento del danno ambientale, inteso come interesse alla tutela dell'ambiente in sé considerato*".

145 Tribunale Milano, Sent., 24/02/2012, n. 2536, *Banche Dati De Jure Giuffré*.

146 Cass. sentenza 18810 del 2 luglio 2021, *ambienteediritto.it*; cfr. anche Corte d'appello di Lecce, sez. dist. di Taranto, n. 45/2018 dep. 31/01/2018.

di violazione dell'integrità dell'ambiente abbia subito una involuzione in termini di effettività della tutela.

Difatti, sembrerebbe emergere dalle varie motivazioni una interpretazione dell'art. 311 cod. am. che non tiene, invero, conto della differenza tra la domanda di risarcimento per un danno all'integrità dell'ambiente e la domanda di risarcimento per la lesione del diritto soggettivo ad avere un ambiente salubre, due tipi di danno che sono la conseguenza di lesioni di interessi ontologicamente diversi.

Si può innanzitutto rilevare come l'ambiente sia un bene primario ed assoluto, oggi di rango costituzionale, e che la sua protezione sia un elemento determinante per la qualità della vita, che esprime l'esigenza della collettività e del singolo ad avere un habitat naturale nel quale l'uomo possa vivere e agire[147].

Quando si fa riferimento genericamente al diritto ambientale ci si riferisce al diritto alla integrità dell'ambiente, posizione che può essere qualificata sia in termini di interesse diffuso che di diritto soggettivo individuale[148].

Ogni '*deterioramento significativo e misurabile*' può determinare un danno ambientale *tout court*, ovvero una lesione al valore dell'integrità dell'ambiente, quale interesse diffuso, per il quale coloro che lo hanno determinato saranno chiamati a risponderne con precisi obblighi ripristinatori. E i soggetti legittimati attivamente a chiedere il risarcimento in forma specifica del danno ambientale non sono certo i singoli, ma lo Stato a cui il codice dell'ambiente ha riconosciuto in via esclusiva la legittimazione attiva.

L'interesse (leso) di cui è titolare lo Stato è quello di conservazione, protezione e promozione dell'ambiente e come più volte chiarito il risarcimento del danno ambientale nella dimensione pubblica è finalizzato unicamente al ripristino delle condizioni dei luoghi[149].

Pertanto, in maniera assolutamente coerente con la ratio degli interessi sottostanti il danno ambientale pubblicistico, il codice dell'ambiente attribuisce tutta una serie di azioni in via esclusiva al ministero dell'ambiente finalizzate, appunto, alla conservazione o al ripristino dei luoghi mediante rimozione delle

147 Corte Cost. n. 210/1987, cit., e 641/1987, cit., ove si rinviene un riconoscimento specifico della salvaguardia dell'ambiente non solo come diritto fondamentale della collettività ma anche come diritto fondamentale della persona. In tal senso, in dottrina è stato più volte ribadito come l'ambiente vada definito come un valore trasversale che fa capo all'individuo quale componente della collettività e che ove venga leso l'ambiente ciò determini automaticamente una lesione ad interessi giuridicamente rilevanti e sia traducibile in un danno alla persona, come tale autonomamente risarcibile Cfr. in tal senso Leccese, E.: *Danno all'ambiente e danno alla persona*, Franco Angeli, Milano, 2011, pp. 171; Patti, S.: *La tutela civile dell'ambiente*, Cedam, Padova, 1979, nonché Id., "La quantificazione del danno ambientale", in *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione* (a cura di Nicotra, I. - Salanitro, U.), cit., pp. 174 ss.

148 Alpa, G.: "Il diritto soggettivo all'ambiente salubre", cit., p. 4.

149 Si veda supra sub nota n. 106 in ordine alla eliminazione del risarcimento per equivalente.

alterazioni subite dall'ambiente: l'art 304 prevede l'azione di prevenzione, l' art 305 il ripristino ambientale, l'art. 311 come più volte detto l'azione risarcitoria in forma specifica, finalizzata ad ottenere il ripristino dello stato dei luoghi o in alternativa una riparazione complementare e compensativa e gli artt. 312-316 disciplinano l'ordinanza di ripristino.

Accanto a questa dimensione pubblica del danno ambientale vi sono, però, anche una dimensione personale quale lesione del diritto fondamentale all'ambiente salubre di cui è titolare ogni individuo e una sociale quale lesione del diritto fondamentale all'ambiente di vita salubre nelle formazioni sociali, ove si sviluppa la personalità umana dei singoli individui[150], che debbono essere autonomamente considerate a fini risarcitori e che invece paiono essere state confuse con la dimensione pubblicistica.

Si è rilevato, difatti, come tra le conseguenze della alterazione dell'integrità ambientale accanto ad una eventuale lesione del patrimonio o dell'integrità psicofisica del singolo, si possono determinare una serie di disagi alla sfera relazionale dell'offeso, alla vivibilità[151] e in generale all'ordinato e usuale svolgimento delle proprie abitudini[152]; si pensi ad una alterazione dell'ambiente che influisca direttamente sulle attività realizzatrici della persona, imponendo ad esempio

150 Cfr. in tal senso Cass. sez. 3^, 21.10.2004 n. 46746, cit. sotto la vigenza dell'art. 18 ora abrogato, L. n. 349 del 1986, la quale riconoscendo nella suddetta norma una fattispecie di illecito a carattere pubblicistico quale lesione del diritto delle istituzioni centrali e periferiche con specifiche competenze ambientali alla salvaguardia del patrimonio ambientale, aveva altresì rilevato come il rilievo che lo Stato, il Comune e la Regione - in virtù del loro rapporto di immedesimazione con il territorio - siano considerati massimi enti esponenziali della collettività ed accentrano la titolarità del ristoro del danno pubblico all'ambiente, non priva altri soggetti della legittimazione diretta a rivolgersi al Giudice penale per la tutela di altri diritti patrimoniali o personali compresi nel degrado ambientale. Ha evidenziato come l'art. 18 integrasse e non escludesse i principi generali in materia del risarcimento del danno e di costituzione di parte civile. Rimarcando come sul punto la Cassazione aveva avuto già modo di evidenziare come l'art. 18 non escludesse la possibilità di costituzione di parte civile, iure proprio, delle associazioni ambientaliste, nell'ipotesi di danno all'ambiente. Richiamando quanto indicato dalla Corte Costituzionale, con sentenza 641/1987, cit. che aveva rilevato che l'ambiente è bene primario ed assoluto e la sua protezione è "*elemento determinante per la qualità della vita*", che "*non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, bensì esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini*", per affermare come il danno ambientale possa recare lesione alla posizione giuridica dei singoli. Concludendo che la legittimazione a costituirsi parte civile per danno ambientale non spetta solo ai soggetti pubblici, in nome dell'ambiente come interesse pubblico, ma anche alle persone singole o associate in nome dell'ambiente come diritto fondamentale di ogni uomo. Di conseguenza la legittimazione in oggetto spetta anche alle associazioni ecologiche quando hanno subito dal reato una lesione di un diritto di natura patrimoniale, ad esempio, per i costi sostenuti nello svolgimento della attività dirette ad impedire pregiudizio al territorio o per la propaganda, o non patrimoniale, ad esempio, attinente alla personalità del sodalizio per il discredito derivante dal mancato raggiungimento dei fini istituzionali che potrebbe indurre gli associati a privare l'ente del loro sostegno personale e finanziario. Sulla possibilità delle associazioni ambientaliste a costituirsi parte civile, sia pure con differenti motivazioni cfr Cass. sez. 6^, 10.1.1990, n 59; Cass. sez. 3^, 26.2.1990, n. 2603; Cass. sez. 3^, 11.4.1992, n. 4487; Cass. sez. 3^, 13.11.1992, n. 10956; Cass. sez. 3^, 21.5.1993, n. 5230; Cass. sez. 3^, 28.10.1993, n. 9727; Cass. sez. 3^, 19.1.1994, n. 439; Cass. sez. 3^, 6.4.1996, n. 3503; Cass. sez. 3^, 19.11.1996, n. 9837; Cass. sez. 3^, 26.9.1996, n. 8699; Cass. sez. 3^, 10.6.2002, n. 22539.

151 Cfr. Bozzi, G.: "Danno all'ambiente. Danno alla persona. Danno alla vivibilità", *T.A.R.*, 1996, p.1.

152 Questo tipo di danno, di natura economica, quale può essere, ad es., il danno derivante dalla perdita definitiva o temporanea dell'alloggio, per l'abbandono delle zone colpite, o per consentire la bonifica delle zone colpite, per la sospensione dell'attività lavorativa, per la modificazione dell'attività lavorativa, per la riduzione o la conversione dell'attività lavorativa, e di natura non patrimoniale, ad esempio può consistere

un trasferimento dalla propria abitazione, o una modifica nelle proprie abitudini impedendo di passeggiare nel parco, di portare fuori i bambini, di non poter aprire le finestre, sono tutte limitazioni strettamente collegate all'integrità dell'ambiente che hanno però una ricaduta diretta nella sfera del singolo o della collettività concorrendo al benessere e allo sviluppo della persona umana.

Non si può dunque non censurare il filone interpretativo sopra richiamato in cui di fatto viene confuso il diritto soggettivo individuale ad un ambiente salubre con il diritto pubblicistico della salvaguardia dell'integrità dell'ambiente e che ha finito per disconoscere le istanze sottese alla protezione ambientale di rango costituzionale di garantire la qualità della vita dei cittadini; ragionevolmente, difatti, il rigetto per carenza di legittimazione attiva dovrebbe verificarsi allorquando venga azionata dai privati una tutela risarcitoria ripristinatoria e non una domanda diretta a tutelare il diritto soggettivo ad avere un 'ambiente salubre'.

Parimenti censurabile è, altresì, la sovrapposizione che viene effettuata tra interesse diffuso di pertinenza pubblicistica e interessi collettivi azionabili in via autonoma. Si pensi alle possibili applicazioni, in tema di responsabilità ambientale, dell'azione inibitoria collettiva, ex art. 840 sexiesdecies c.p.c., introdotta dall'art. 1, comma 1, l. 12 aprile 2019, n. 31 ed entrata in vigore dal 19 maggio 2021[153].

Già in dottrina[154] era stato chiarito come ove l'interesse "*non appaia così diffuso da non poter essere riferito in modo certo ad una collettività*" allora si potrebbe ipotizzare l'esercizio di azioni risarcitorie in capo ad associazioni che si facciano portatrici statutariamente di questi interessi, inserendo il perseguimento e la protezione di essi nei loro scopi statutari[155].

nel dover abbandonare delle zone care alla memoria familiare, nella riduzione dell'attività ludica, nel non poter più portare al parco il bambino.

153 Cfr. Renna, M.: "Attività di impresa, sostenibilità ambientale e bilanciamento tra diritto alla salute e iniziativa economica privata", *Contr.* e *Impr.*, 2022, p. 522

154 Cfr. Visintini, G.: "Responsabilità civile e danni ambientali", in *Enc. Dir.*, *Annali* IV, 2011, p. 1017.

155 Si veda in tal senso la L. n. 349 del 1986, art. 18, comma 5, ancora in vigore, prevede che "*le associazioni individuate in base all'art. 13 della presente legge, possono intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi*", cfr. Cass. Pen. Sez. II, Sent., 25.05.2007, n. 20681, *Banche Dati Juris Data*. Sul punto ci sono due orientamenti uno più restrittivo minoritario secondo il quale l'"intervento" di cui alla L. n. 349 del 1986, art. 18, comma 5 dovrebbe essere inteso solo quale autorizzazione all'intervento stricto sensu e non anche alla costituzione di parte civile, sul presupposto che non sussisterebbe in capo alle associazioni ambientaliste una posizione soggettiva classificabile come diritto e dunque neanche il diritto al risarcimento del danno in caso di lesione del medesimo a seguito di reato, e quindi non sarebbe data la possibilità di costituzione di parte civile. Secondo il suddetto orientamento una eventuale costituzione di parte civile effettuata dalle associazioni ambientaliste iure proprio sarebbe dovuta essere dichiarata inammissibile. Invece per l'orientamento maggioritario di segno opposto vedi ex multis Cass. sez. 3^, 21.10.2004 n. 46746, cit., in forza del quale la legittimazione a costituirsi parte civile per danno ambientale non spetterebbe solo ai soggetti pubblici, in nome dell'ambiente come interesse pubblico, ma anche alle persone singole o associate in nome dell'ambiente come diritto fondamentale di ogni uomo e non solo quando abbiano subito dal reato ambientale una lesione di un diritto di natura patrimoniale (ad esempio, per i costi sostenuti nello svolgimento della attività dirette ad impedire pregiudizio al territorio o per la propaganda), ma anche non patrimoniale (ad esempio, attinente alla personalità del sodalizio per il discredito derivante dal mancato raggiungimento dei fini istituzionali che potrebbe indurre gli associati a privare l'ente del loro sostegno personale e finanziario).

Laddove, dunque, l'interesse abbia natura strettamente collettiva e sia proprio di un numero anche notevole di individui, che possono dimostrare di essere danneggiati dallo stesso fatto illecito, non vi dovrebbero essere preclusioni nel nostro ordinamento a che i giudici riconoscano la tutela aquiliana di tali interessi e la legittimazione ad agire, sia agli individui membri del gruppo, sia all'intero gruppo, sia ad un ente cui il gruppo dia il mandato a rappresentarlo.

Come peraltro avviene in altri ordinamenti giuridici[156], basti pensare alla Francia in cui si riconosce un ruolo alla tecnica della responsabilità civile nel settore della tutela degli interessi collettivi ed è in tale direzione che, secondo parte della dottrina, dovrebbe muoversi anche il giurista italiano scollegando la nozione di danno ambientale dall'idea di una violazione del territorio di cui solo lo Stato è legittimato all'azione di risarcimento[157].

In conclusione, sarebbe dunque auspicabile una interpretazione del danno ambientale e della conseguenziale riserva di legittimazione attiva in capo allo Stato che tenga conto degli interessi compositivi sottesi al danno ambientale e in particolare alla dimensione sociale e personale dello stesso; interpretazione sistematica che darebbe spazio non solo ad azioni individuali, ma anche ad azioni collettive[158].

IV. RESPONSABILITÀ VERSO LE FUTURE GENERAZIONI. CENNI

Come noto, lo sviluppo è sostenibile quando possa permettere di soddisfare i bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri e come la tutela della salute della persona debba essere intesa non solo nel suo risvolto individualistico, ma essenzialmente come pertinente alla collettività.

L'interesse alla protezione dei beni ambientali e alla conservazione delle limitate risorse naturali pone il problema della gestione di tali beni sia nella attualità che in funzione di conservazione a favore delle generazioni future, alle quali occorrerebbe, con sempre maggiore urgenza, riconoscere (anche nel nostro sistema ordinamentale) una idoneità soggettività.

156 Petrelli, V.: *Interessi collettivi e responsabilità civile,* Cedam, Padova, 2003, passim.

157 Visintini, G.: "Responsabilità civile", cit., p. 1017.

158 In giurisprudenza, seppur minoritario, è presente un orientamento che valorizza i poteri del singolo anche nell'ambito del sistema risarcitorio disegnato dal Codice dell'ambiente, cfr. Trib. Napoli, 12 gennaio 2007, in *Giur. merito*, 2007, p. 802, che però precisa "i molteplici profili di valenza del danno all'ambiente secondo l'art. 300 non escludono in astratto ulteriori connotazioni di danno riconducibili ad altri titolari, per i quali, pertanto, non può elidersi in via pregiudiziale la legittimazione attiva degli stessi enti territoriali, associazioni, singolo o privati". Il quale conclude nel senso che la riserva in capo al Ministero dell'ambiente disposta dalla nuova normativa non è poi così assoluta. Cfr. anche Tribunale Lanusei, Ord. di remissione, 13/02/2015, n. 107, cit.

È di tutta evidenza, pertanto, come la tutela dell'ambiente e la responsabilità intergenerazionale siano due temi strettamente connessi: il concetto di generazioni future ha assunto, difatti, una crescente rilevanza anche all'interno del nostro ordinamento, lasciando intravedere progressivamente un ruolo sempre più importante in questo processo di ripensamento del diritto privato in ragione delle logiche di uno sviluppo sostenibile[159].

In tal senso è sempre più avvertita l'esigenza di inserire una prospettiva intergenerazionale nell'elaborazione dei modelli di tutela civile, partendo appunto da una revisione dei suoi modi e forme che tenga conto di istanze sociali che superino la dimensione temporale della attualità, riflettendosi sul futuro e che siano finalizzate a garantire la conservazione se non addirittura proprio la sopravvivenza delle condizioni minime vitali di abitabilità del pianeta terra.

È da tempo che la dottrina si interroga circa la configurabilità di una tutela di natura giuridica a favore di chi "ancora" non esiste, e del resto l'importanza e la centralità del tema è testimoniato anche dal dialogo instaurato negli ultimi anni tra Corte costituzionale e legislatore da cui emergono elementi a sostegno di un fondamento giuridico di una tutela rivolta a chi "ancora" non esiste. Si pensi ad esempio alla sentenza n. 18 del 2019 Cort. Cost., nella quale l''equità generazionale' viene assunta a principio, invocabile quale parametro di legittimità costituzionale[160]. O, anche, alle recenti modifiche degli artt. 9 e 41 della carta costituzionale che, hanno introdotto per la prima volta un riferimento esplicito alla tutela dell'ambiente "*anche nell'interesse delle future generazioni*"[161].

Se l'istanza di prospettare una tutela giuridicamente fondata è di tutta evidenza, sono assai più incerte le modalità attraverso le quali poterla realizzare: è evidente, infatti, come non sia agevole ipotizzare la tutela di diritti o interessi di soggetti ancora non esistenti, dal momento che le categorie del diritto e più

159 Sui diritti delle generazioni future si veda Palombino, G.: "La tutela delle generazioni", cit.,, p. 243; Monterossi, M. W.: *L'orizzonte intergenerazionale, cit.*, passim; D'Aloia, A.: voce "Generazioni future", cit., p. 331 ss.; Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile", cit., pp. 287 ss.; Porena, D.: *Il principio di sostenibilità.,* cit., pp.56 ss.; Fracchia, F.: "Sviluppo sostenibile", cit., p. 13.

160 Cfr. Palombino, G.: "La tutela delle generazioni future", cit., p. 245 il quale ricorda la definizione di "equità generazionale" ovvero il principio in base al quale ogni generazione è chiamata a utilizzare le risorse disponibili in modo tale da non compromettere la possibilità delle generazioni prossime o future di fare affidamento sulla disponibilità delle stesse. Concetto che rimanda all'esigenza di configurare un modello di gestione delle risorse del Pianeta che permetta di evitare o ridurre l'impatto negativo che l'attività umana attuale è suscettibile di generare. Si veda anche Cfr. World commission on environment and development – WCED: *Il futuro di noi tutti. Rapporto della commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo delle Nazioni Unite*, Milano, 1988, dove si legge che per sostenibilità si intende la soddisfazione delle esigenze delle generazioni attuali senza danneggiamento di quelle delle generazioni future; Brown Weiss, E. - Magraw, D. B. - Szasz, P. C.: *International Environmental Law: Basic Instruments and References*, Martinus Nijhoff, Leida, 1992, passim.

161 Art. 9 Cost. "Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali."

in generale l'esperienza giuridica si esauriscono in una dimensione temporale e spaziale determinata[162].

Uno dei nodi teorici più rilevanti attiene, difatti, all'inquadramento giuridico della categoria delle generazioni future e all'individuazione di quali situazioni giuridiche siano configurabili nei loro confronti o a loro favore. È indubbio che le generazioni presenti abbiano un dovere nei loro confronti, ma è la qualificazione del suddetto dovere ad essere di difficile inquadramento: se si tratti di un mero dovere morale, etico-politico, o di un dovere che possa avere delle conseguenze giuridiche attuali sui comportamenti e le scelte del presente, e che possano assumere contenuti vincolanti[163].

La riflessione su questi temi mette bene in luce come la teoria generazionale possa avere un grande impatto sull'evoluzione delle categorie giuridiche[164].

Nel tentativo di individuare i confini e contenuti di questa "nuova responsabilità", il discorso non può non prendere le mosse da una rimeditazione della soggettività giuridica per affrontare le trasformazioni sociali ed ecologiche e dare risposta alle nuove istanze intergenerazionali.

Una soggettività delle future generazioni potrebbe trovare fondamento sulla base della pluralizzazione delle forme soggettive e degli interessi a cui si collega, ovvero ad interessi umani compatibili e sostenibili. Dunque, scollegandola dal presupposto formale normativo legato alla corporeità, al dato della nascita o per gli enti alla loro costituzione.

La soggettività rinvia di volta in volta alle attività concretamente svolte e ai vari modelli di riferimento nell'ambito della varietà degli interessi e delle situazioni; l'indice funzionale di determinazione della soggettività dovrebbe essere piuttosto legato a ciò che il soggetto fa, più che a ciò che il soggetto è.

162 Cfr. D'Aloia, A.: voce "Generazioni future", cit., p. 334, il quale evidenzia innanzitutto la difficoltà di individuare i destinatari di questa nuova "istanza" di tutela, domandandosi chi siano le generazioni future e se ci sia un limite temporale oltre il quale non ha senso impegnarsi in un discorso di protezione e di riconoscimento di obblighi o di diritti. Si veda anche Cavalli, A.: "Generazioni", *Parolechiave*, 1998, pp. 17 ss. In ordine a questo doppio interrogativo l'Autore evidenzia come la categoria delle generazioni future assuma declinazioni assai diversificate, da un lato il futuro è una dimensione dinamica e indeterminata, ma "*al tempo stesso non è mai completamente staccato dal presente: in ogni momento convivono generazioni diverse, soggetti appartenenti a tutte le età della vita*", dato questo che rende difficile provare a divider presente e futuro, generazioni di oggi e generazioni a venire, titolari di obblighi morali di responsabilità o destinatari dei medesimi.

163 Sulla questione si veda diffusamente D'Aloia, A.: voce "Generazioni future", cit., p. 338, secondo il quale la configurazione di doveri (morali e giuridici) nei confronti delle generazioni future non necessita di una perfetta individuazione di chi possa ricevere un danno da comportamenti e scelte attuali, né che tali soggetti non esisteranno, proprio per colpa di comportamenti commesse in passato e che la responsabilità intergenerazionale avrebbe una struttura collettiva, nella quale si prescinde dalla definizione di una relazione perfettamente simmetrica tra chi produce il danno e chi lo subisce.

164 Si tratterebbe di una forma di responsabilità che oltrepassa e incrocia al tempo stesso i rigidi schemi della teoria giuridica, come la classificazione dei diritti in "individuali" e/o "collettivi".

Pertanto, attraverso la frantumazione del concetto normativo del soggetto astratto formale, si potrebbe ipotizzare la pluralità dei moduli soggettivi frazionati in ragione degli interessi dell'attività e delle compatibilità.

Prescindendo, poi, dalla connotazione temporale del concetto di 'generazione', si potrebbero proiettare sulle future generazioni le medesime esigenze e pretese delle generazioni attuali, rinvenendo in esse una configurazione minima delle esigenze di chi 'verrà dopo'.

Pertanto, si potrebbe riflettere sulla esistenza di una continuità tra la generazione presente e quelle future, così da superare la questione della imputazione della soggettività normalmente costruita su un parametro individualistico[165]. E per tale via collocare i diritti delle generazioni future non nel novero dei tradizionali diritti individuali, ma dei 'diritti generazionali', facendo confluire le generazioni non ancora presenti nel concetto di comunità assunta nella sua continuità. Si potrebbe così configurare una tutela risarcitoria verso le generazioni future in ordine alla violazione di un dovere ecologico nei loro confronti.

Ciò comporterebbe, dunque, quale diretto corollario l'indagine sul concetto di soggetto di diritto da adeguare e attualizzare nella nuova prospettiva della sostenibilità e dell'interesse ecologico.

165 Cfr. D'Aloia, A.: voce "Generazioni future", cit., p. 334; Palombino, G.: "La tutela delle generazioni future" , cit., p. 243; Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile", cit., pp. 287 ss.; Porena, D.: *Il principio di sostenibilità*, cit., 2017, p. 35; Fracchia, F.: "Sviluppo sostenibile", cit., p. 13.

BIBLIOGRAFIA:

ADDANTE, A.: "I c.d. appalti verdi nel diritto italo-europeo", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di PENNASILICO, M.), ESI, Napoli, 2014, pp. 182 ss.

ADDANTE, A.: *Autonomia privata e responsabilità sociale dell'impresa*, ESI, Napoli, 2012

ALOGNA, I.: "La circolazione del modello di sviluppo sostenibile. Prospettive di diritto comparato per un percorso multi direzionale", in *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile* (a cura di CERRINA FERONI, G..- FROSINI, T.E.- MEZZETTI, L.- PETRILLO, P.L.), 2016, pp. 145 ss., *cesifin.it, https://cesifin.it/wp-content/uploads/2016/12/AMBIENTE-ENERGIA-ALIMENTAZIONE-TOMO-I_2.pdf;*

ALPA, G.: "Interessi diffusi", in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, 1993, p. 610 ss.

ALPA, G.: "La tutela dell'ambiente tra le regole giuridiche ed effetti economici", in *Ambiente e mercato: quale gerarchia dei valori?*, (Atti del convegno organizzato dall'Associazione nazionale magistrati amministrativi, Genova, 29-30 ottobre 1999) Milano, 2002, p. 50 ss.

ALPA, G.: "Nuove figure di responsabilità civile di derivazione comunitaria", *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 5

ANGELONE, M.: "Poteri regolatori dell'Aeeg e integrazione dei contratti di somministrazione di energia elettrica", *Rass. dir. Civ.*, 2012, p. 896 ss.

BALDASSARRE, A.: voce "Diritti sociali", in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Roma, 1989; MODUGNO, F.: *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995

BARBIERATO, D.: "La tutela risarcitoria del danno ambientale", *Resp. civ. e prev.*, fasc. 6, 2009, p. 1412 ss.

BELLANTUONO, G.: "I contratti dell'energia: mercato al dettaglio; fonti rinnovabili; efficienza energetica", in *Mercati regolati* (a cura di ROPPO, V. – BENEDETTI, A.M.), in V. ROPPO (diretto da): *Trattato del contratto*, V,, Giuffré, Milano, 2014, pp. 1363 ss.

BERNARDINI, P.L.: "Fiumi e laghi (diritto internazionale)", in *Enc. Dir.*, XVII, p. 712 ss.

BIGLIAZZI GERI, V. L.: "Quale futuro dell'art. 18 legge 8 luglio 1986, n. 349?", *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 687

Bonnì, G.: "Attestato di prestazione energetica e tutela negoziale", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di Pennasilico, M.), ESI, Napoli, 2014

Bosselmann, K.: "Un approccio ecologico ai diritti umani", in *Diritti umani e ambiente* (a cura di Greco, M.), ECP, Firenze, 2000

Bresso, M.: *Per un'economia ecologica*, Carocci, Roma, 2002, p.34 ss.

Cappiello, M. G.: "Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi", *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2018, pp. 54 ss.

Cappiello, M.G.: "Il contratto "a rilevanza ecologica": nuovi scenari civilistici a tutela dell'ambiente", *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2020, p. 121 ss.

Capra, F.- Mattei, U.: *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, Arezzo, 2017, spec. p. 167 ss.

Cassano, G.: "Fondamenti giuridici del danno esistenziale: novità giurisprudenziali e questioni in tema di prova", www.*GiustAmm.it,* rivista internet di diritto pubblico, 10/2002

Castronovo, C.: "La natura del danno ambientale e i criteri di imputazione della responsabilità", in *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione* (a cura di Nicotra, I. –Salanitro, U.), Giappichelli, Catania, 2011, p. 121 ss.

Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, ESI, Napoli, 2018, p. 33 ss.

Cavanna, V.: "Economia verde, efficienza delle risorse ed economia circolare: il rapporto «Signals 2014» dell'Agenzia europea dell'Ambiente", *Riv. giur. amb.*, 2014, p. 821 ss.

Cendon, V. P. - Ziviz, P.: "L'art. 18 della l. n. 349/86 nel sistema della responsabilità civile", *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 521 ss.

Clarich, M.: "La tutela dell'ambiente attraverso il mercato", *Diritto pubblico*, 2007, p. 220 ss.

Coggi, F.: "Sul problematico inserimento del danno ambientale nel nostro sistema di responsabilità civile e sulla categoria del danno futuro", *Resp. civ. prev.*, 1991, pp. 302 ss.

Coggiola, N.: "Nesso di causalità e colpa nel danno da amianto. Le esperienze italiana ed inglese", *Riv. Dir. Civ.*, 2008, p. 381 ss.

Colacino, N.: "La tutela dell'ambiente nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni elementi di giurisprudenza", *Dir. e gest. dell'amb.*, 2001, p. 24 ss.

Colcelli, V. "La natura giuridica dei certificati verdi", *Riv. giur. ambiente*, 2012, p. 179 ss.

Conte, G.: *L'impresa responsabile*, Giuffré, Milano, 2018

D'Aloia, A.: voce "Generazioni future (diritto costituzionale)", in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, p. 331 ss.

De Salvia, M.: "Ambiente e Convenzione europea dei diritti dell'uomo", *Riv. int. dir. Uomo*, 1997, p. 2 ss.

De Smedt, K.: "Is Harmonisation always effective? The Implementation of the Environmental Liability Directive", *Europ. Energy Environmental Law Rev.*, 2009, p. 2 ss.

Del Prato, E.: "Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato", *Giust. civ.*, 2014, pp. 381 ss.

Di Caprio, A.: "Nuovi orizzonti in materia di risarcibilità dei danni ambientali non patrimoniali", *diritto.it,* 2006, p. 4 ss.

Di Giovanni, F.: "Appalti verdi" e responsabilità sociale dell'impresa", in *Contratto e ambiente* (a cura di M. Pennasilico), Esi, Napoli, 2016, p. 61 ss.

Fenni, B.: "Il green public procurement come strumento di sviluppo sostenibile", in *ambientediritto.it*, 2014

Ferrari, M.: "Dignità della persona e «meritevolezza» della prestazione assistenziale, nota a Cass., ord. 20 novembre 2018, n. 29919", *Foro it.*, 2019, pp. 904 ss.

Ferrari, M.: "Sostenibilità dei parametri della meritevolezza, oltre i confini dell'art. 1322 c.c.", in *Sostenibilità: sfida o presupposto?* (a cura di Benítez, D.A. – Fava, C.), Cedam, Milano, 2019, pp. 121 ss.

Ferri, A.: "Prospettive civilistiche e danno ambientale", *La Resp. Civ.*, 2007, p. 394 ss.

Fidone, G.: "Ecoefficienza e sviluppo sostenibile nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione", in P. Dell'Anno, E. Picozza (diretto da), *Trattato*

di diritto dell'ambiente, III, *Tutele parallele. Norme processuali*, Giuffré, Padova, 2015, pp. 1069 ss.

Filippi, M. - Rizzo, G. – Scaccianoce, G.: *La certificazione energetica per l'edilizia sostenibile. Efficienza, compatibilità ambientale, nuove tecnologie*, Flaccovio Dario, Palermo, 2014

Fimiani, P.: *Le nuove norme sul danno ambientale*, Il Sole 24 ore, Milano, 2006

Flamini, A.: "Danno ambientale e diritto di difesa", in Aa.Vv., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, ESI, Napoli, 2006, p. 433 ss.

Forno, F. - Graziano, P.R.: *Il consumo critico*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 14 ss.

Fracchia, F.: "Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future", *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, p. 13 ss.

Francario, L.: "Uso collettivo di beni deperibili ed esauribili e sostenibilità", in *Atti del 9° convegno SISDIC, in ricordo di G. Gabrielli*, Napoli, 8-10 maggio, 2015, p. 123 ss.

Francario, L.: *Danni ambientali e tutela civile*, Jovene, Napoli, 1990

Franzoni, M.: "Il danno all'ambiente", *Contr. impr.*, 1992, p. 1019 ss.

Freeman, J. - Farber, D.: "Modular Environmental regulation", Duke law rev., 2005

Gambaro, F.: "Emissions Trading tra aspetti pubblicistici e profili privatistica", *Contr. Impr. Europa*, 2005, pp. 874 ss.

Giampietro, F.: *Diritto alla salubrità dell'ambiente*, *Inquinamenti e riforma sanitaria*, Giuffré, Milano, 1980

Giampietro, F.: *La responsabilità per danno all'ambiente. Profili amministrativi, civili e penali*, Giuffré, Milano, 1988, p 45 ss.

Giampietro, P.: "L'illecito ambientale: struttura della fattispecie e antigiuridicità", *Giur. it.*, 1989, p. 239 ss.

Giampietro, P.: "La direttiva 2004/35/CE sul danno ambientale e l'esperienza italiana", *Ambiente*, 2004, pp. 205 ss.

GIANNINI, M.S.: ""Ambiente": saggio sui diversi suoi aspetti giuridici", *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1973, p. 15 ss.

GOBBATO, I.: "Il nuovo Codice degli appalti rilancia i CAM", *Amb. e svil.*, 2016, pp. 481 ss.

GRASSI, S.: "Relazione introduttiva", in *Diritti umani e ambiente* (a cura di GRECO, M.), ECP, Firenze, 2000, p. 23 ss.

ALPA, G.: "Il diritto soggettivo all'ambiente salubre": "nuovo diritto" o espediente tecnico?", *Resp. civ. e prev.*, 1998, p. 4. ss.

GRECO, G.: "Danno ambientale e tutela giurisdizionale", R*iv. giur. Amb.*, 1987, p. 525 ss.

GRONDONA, M.: "Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto", *Corr. giur.*, 2013, pp. 603 ss.

GRONDONA, M.: "Poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e integrazione del contratto di utenza (problemi di ermeneutica contrattuale in margine a una recente casistica)", in D'ANGELO, A. – ROPPO, V. (diretto da), *Annuario del contratto*, 2012, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 38 ss.

IMBRENDA, M.: *Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare*, ESI, Napoli, 2016, pp. 87 ss.

IRTI, N.: *Il salvagente della forma*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2007

JANNARELLI, A.: *Cibo e diritti. Per un'agricoltura sostenibile*, Giappichelli, Torino, 2015

KORN, R.: "Tutela dell'ambiente, consumatori e responsabilità sociale d'impresa: i nuovi strumenti della sostenibilità aziendale", *Contr. Impr. Eur.*, 2012, p. 671 ss.

LANDINI, S.: "Energie rinnovabili e sostenibilità ambientale", in M*anuale di diritto civile dell'ambiente*(a cura di M. PENNASILICO), ESI, Napoli, 2014

LECCESE, E.: "La quantificazione del danno ambientale", in *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione* (a cura di NICOTRA, I. - SALANITRO, U.), pp. 174 ss.

LECCESE, E.: *Danno all'ambiente* e *danno alla persona*, Franco Angeli, Milano, 2011, pp. 171; PATTI, S.: *La tutela civile dell'ambiente*, Cedam, Padova, 1979

LEONE, A.: "Advertising e tutela del consumatore verde", *Il Diritto industriale*, 2021, p. 73 ss.

LIBERTINI, M.: "La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto all'ambiente", *Riv. crit. dir. Priv.*, 1987, pp. 547 ss.

MADDALENA, P.: *Il danno pubblico ambientale*, Maggioli, Rimini, 1990

MARCHISIO, S.: "Il diritto internazionale dell'ambiente", in CORDINI,G., FOIS, P.E.M. e MARCHISIO, S.: *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, Torino, 2005 (2ª ed. 2008)

MASTRODONATO, G.: "Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell'ambiente", *Riv. giur. amb.*, 2010, p. 713 ss.

MASTRODONATO, G.: "The implementation of EC Directives in Italy: Environmental code and the transversal tools", *Europ. Energy Environmental Law Rev.*, 2010, p. 80 ss.

MATTEI, U.- QUARTA, A.: *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Aboca, Arezzo, 2018

MAUGERI, M.R.: "Il diritto civile dell'ambiente. Spigolando da un recente manuale", in *Contratto e ambiente*, (a cura di PENNASILICO, M.), cit., pp. 159 ss.

MEO, G.: "Luce europea sul diritto d'impresa" in *Lo Statuto delle imprese* (a cura di FONTOLAN, R. – ALTINA, A.), Retecamere, Roma, 2012, pp. 24 ss

MINERVINI, E.: *La «meritevolezza» del contratto. Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 13 ss.

MONTEROSSI, M. W.: *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, ETS, Pisa, 2020

MOSCATI, E.:, "Dall'art. 18 alle modifiche del t.u. ambientale. Una fisiologica evoluzione legislativa ovvero lo stravolgimento della responsabilità per danno ambientale?", *Europa e Diritto Privato*, 2022, pp. 581 ss.

MUSU, I.: Introduzione all'economia dell'ambiente, Bologna, 2000;

NANDA, V. e PRING, G.: *International Environmental Law for the 21 st Century*, Ardsley (New York), 2003, pp. 65 ss.

Nervi, A.: "Beni comuni, ambiente e funzione del contratto", *Rass. dir. civ.,* 2016, p. 51 ss.

Pagliantini, S.: "Sul c.d. contratto ecologico", *Nuova giur. civ. comm*., 2016, II, pp. 337 ss.

Palombino, G.: "La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale", *federalismi.it*, 2020, p. 243 ss.

Paone, V.: "Il produttore di rifiuti e le sue responsabilità per l'illecito smaltimento", in *Ambiente*, 2005, p. 648 ss.

Pennasilico, M.: "Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali: etichettatura ambientale e appalti verdi", in *Benessere e regole dei rapporti civili, Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C. in ricordo di G. Gabrielli, Napoli, 8-10 maggio 2014, Esi, Napoli, 2015, p. 253 ss.

Pennasilico, M.: "Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale", *Riv. quadr. Dir. amb*., 2017, p. 27 e *Giust. civ*., 2017, p. 809 ss.

Pennasilico, M.: "Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza", *Contratto e impresa*, 2020, p. 823ss.

Pennasilico, M.: "Dalla causalità alle causalità: il problema del nesso eziologico tra diritto civile e diritto penale", *Rass. Dir. Civ*., 2013, p. 1295 ss.

Pennasilico, M.: "La causa negoziale oltre il pensiero di Emilio Betti", in *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa* (a cura di Perlingieri, G. – Ruggeri, L.), Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, 5-8 settembre 2018, Università degli Studi di Camerino, Esi, Napoli, 2019, pp. 798 ss.

Pennasilico, M.: "Le categorie del diritto civile tra metodo e storia (A proposito del libro di Nicola Lipari)", *Riv. dir. civ*., 2016, p. 1246 ss.

Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni", *Rass. Dir. civ.,* 2016, pp. 1291 ss.

Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto", in *personaemercato.it*, 2015, pp. 37 ss.

Pennasilico, M.: *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Esi, Napoli, 2014

Perlingieri, P.: *"La sussidiarietà nel diritto privato"*, *Rass. dir. civ*., 2016, pp. 687 ss.

PERLINGIERI, P.: *"Persona, ambiente e sviluppo",* in *Contratto e ambiente* (a cura di M. PENNASILICO), ESI, Napoli, 2014, pp. 322 ss.;

PERNAZZA, F.: "I certificati verdi: un nuovo «bene giuridico»?", *Rass. giur. energia elettr.*, 2006, pp. 192 ss.

PERSIA, S.: "Profili contrattuali dello "sviluppo ecologico": dalle locazioni ai mutui verdi", *Riv. Quadr. di dir. amb.*, 2020, p.192 ss.

PERSIA, S.: "Proprietà e contratto nel paradigma del diritto civile "sostenibile", *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2018, pp. 13 ss.

PETRELLI, V.: *Interessi collettivi e responsabilità civile,* Cedam, Padova, 2003

PINESCHI, L.: "La Conferenza di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo", *Riv. giur. amb.*, 1992, p. 705 ss.

PORENA, D.: *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, 2017

POSTIGLIONE, A. – MAGLIA, S.: *Diritto e gestione dell'ambiente*, Irnerio, Bologna 2013

POSTIGLIONE, A.: "L'azione civile di danno ambientale", *Giust. civ.*, 1989, p. 560 ss.

POZZO, B.: "Diritto dell'ambiente e diritto allo sviluppo: le origini", *Riv. giur. Amb.*, 2015, pp. 16 ss.

POZZO, B.: "La nuova direttiva 2004/35 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno", *Riv. giur. Amb.*, 2006, pp. 3 ss.

POZZO, B.: *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità. Esperienze giuridiche a confronto*, Giuffrè, Milano, 1996

PRATI, L.: "La criticità del nuovo danno ambientale: il confuso approccio del "Codice dell'ambiente", *Danno resp.*, 2006, pp. 1050 ss.

RAFFI, S. e TOMEI, G.: "Il danno da esposizione all'amianto tra la responsabilità datoriale ed i criteri risarcitori", *Danno e Responsabilità*, 2019, p. 222 ss.

RENNA, M.: "Attività di impresa, sostenibilità ambientale e bilanciamento tra diritto alla salute e iniziativa economica privata", *Contr. e Impr.*, 2022, p. 522 ss.

Renna, M.: "Strumenti finanziari e terzo settore", *Dir. merc. ass. fin.*, 2018, p. 311 ss.

Rolli, R.: *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa*, Il Mulino, Bologna, 2020

Romano, C.: *The Peaceful Settlement of International Environmental Disputes: A Pragmatic Approach*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000

Rossi, G.: "Diritto dell'ambiente e diritto dell'alimentazione", *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2015, pp. 3 ss.

Salanitro, U.: "I profili non patrimoniali del danno ambientale", in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, diretto da Patti, S., (a cura di Delle Monache), S., Utet, Torino, 2010, p. 616 ss.

Salanitro, U.: "Quantificazione del danno ambientale e prescrizione: il punto della Cassazione tra vecchia e nuova disciplina", *Danno resp.*, 2011, pp. 820 ss.

Salanitro, U.: *Il danno all'ambiente nel sistema della responsabilità civile,* Milano, 2005;

Salvi, G.: "La tutela civile dell'ambiente alla luce del testo unico ambientale", *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 657 ss.

Sassu, A.: "Sviluppo economico e tecnologie per un futuro sostenibile", in *Economia, ambiente e sviluppo sostenibile* (a cura di Ciani Scarnicci, M., Marcelli, A., Pinelli, P., Romani, A., Russo, R.), Franco Angeli, Milano, 2014, pp. 95 ss.

Scognamiglio, C.: "Danno ambientale e funzioni della responsabilità civile", *Resp. Civ. e prev.*, 2013, p. 1063 ss.

Scovazzi, T.: "Diritto internazionale e ambiente"*, in Codice dell'ambiente* (a cura di Nespor, S. e De Cesaris, A.L.), Milano, 2003, p. 3 ss.

Stewart, R.: "A new generation of environmental regulation?", U. L. Rev., 2001, pp. 21 ss.

Tampieri, M.: "Il danno esistenziale da immissioni acustiche nell'universo del danno alla persona", *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 1209 ss.

Tappi, R.: "I certificati verdi: meccanismo di funzionamento e profili giuridici", *Rass. giur. energia elettr.*, 2006, pp. 173 ss.

Tosi, S.: "Il consumo critico", *Consumatori, diritto e mercato*, 2012, p. 103 ss.

Trino, S.: "Il contratto di rendimento energetico. Il tipo contrattuale nella prospettiva del diritto privato regolatorio", in *Annuario di Diritto dell'energia* (a cura di Carbone, L. - Napolitano, G. – Zoppini, A.), Bologna, 2016, p. 404

Villamena, S.: "Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la «competitività non di prezzo» anche alla luce della recente disciplina europea", *Dir. econ.*, 2015, pp. 355 ss.

Visintini, *G.:* "Immissioni (Diritto civile)", in *Nss. D.I.*, Appendice, III, 1982, pp. 1218 ss.

Visintini, G.: "Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato", *Riv. dir. civ.*,1975, pp. 29 ss.

Visintini, G.: "Responsabilità civile e danni ambientali", in *Enc. Dir.*, *Annali* IV, 2011, p. 1017

Visintini, G.: *Trattato breve della responsabilità civile*, Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile 3, Cedam, Padova, 2005

Visintini, G.: *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile,* Cedam, Padova, 2005

Vivani, C.: "Appalti sostenibili, green public procurement e socially responsible public procurement", *Urb. App.*, 2016, pp. 993 ss.

Weiss, E.: "Our Rights and Obligations to Future Generations for the Environment", *Am. journ. intern. Law*, 1990, p. 198 ss.

Westra, L.: *Environmental Justice and the Rights of Unborn and Future Generations*, London, 1996

L'ELEMENTO SOGGETTIVO NELLA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PER VIOLAZIONE DELLA DISCIPLINA EUROPEA IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI

THE SUBJECTIVE ELEMENT IN THE LIABILITY OF THE PUBLIC ADMINISTRATION FOR BREACH OF EUROPEAN PUBLIC CONTRACT LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 380-401

Gianlorenzo
IOANNIDES

ARTICOLO CONSEGNATO: 14 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: L'evoluzione della responsabilità della pubblica amministrazione per danni causati nell'esercizio della propria attività può essere letta seguendo come filo conduttore la ricerca del miglior bilanciamento tra interesse del privato danneggiato al risarcimento del danno e interesse pubblico a evitare che l'onere risarcitorio addossato in capo all'amministrazione pregiudichi lo svolgimento futuro dell'azione amministrativa. In tale evoluzione ha svolto un ruolo particolarmente importante l'elemento soggettivo, che è passato dall'essere fondamento della responsabilità extracontrattuale a elemento utilizzato per ampliare o restringere la responsabilità risarcitoria dell'amministrazione. Nel settore degli appalti pubblici, che ha storicamente costituito un banco di prova per modificare il modello di responsabilità, la necessità di indagare la sussistenza di tale elemento è stata superata, aprendo la strada a un nuovo modello di responsabilità.

PAROLE CHIAVE: Responsabilità della pubblica amministrazione; diritto dei contratti pubblici; elemento soggettivo; danno.

ABSTRACT: *The evolution of the public administration's liability for damage caused in the exercise of its activity can be read by following as a guiding thread the search for the best balance between the injured private party's interest in compensation for the damage and the public interest in avoiding that the burden of compensation borne by the administration undermines the future course of administrative action. In this evolution, the subjective element has played a particularly important role, which has gone from being the basis of non-contractual liability to an element used to broaden or restrict the administration's compensatory liability. In the area of public procurement, which has historically been a test case for changing the liability model, the need to investigate the existence of this element has been overcome, paving the way for a new liability model.*

KEY WORDS: *Liability of public administration; public contract law; subjective element; damage.*

SOMMARIO.- I. LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PER I DANNI DA ESSA CAUSATI: UNA LUNGA E TORTUOSA EVOLUZIONE.- II. L'ELEMENTO SOGGETTIVO NELLA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.- III. LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PER VIOLAZIONE DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI.- IV. ALCUNE CONSIDERAZIONI DI SINTESI.

I. LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PER I DANNI DA ESSA CAUSATI: UNA LUNGA E TORTUOSA EVOLUZIONE.

Il tema della responsabilità della pubblica amministrazione per i danni da essa cagionati ha subito una lunga e complessa evoluzione, il cui corso si è mosso parallelamente al mutamento della concezione del rapporto tra lo Stato e i soggetti privati.

Riepilogandone brevemente i passaggi rilevanti, essa ha preso le mosse dalla originaria negazione in radice della responsabilità del potere esecutivo, essendo questo il braccio operativo del sovrano, sulla scorta dell'antico dogma derivante dal diritto costituzionale inglese secondo cui "the king can do no wrong"[1].

Anche con il mutare della concezione del potere sovrano, e del rapporto tra cittadino e pubblico potere, per lungo tempo sono perdurate forti limitazioni alla responsabilità della pubblica amministrazione, giustificate dall'esigenza di non pregiudicare la possibilità di quest'ultima di perseguire l'interesse pubblico, e dall'impossibilità di sindacare il merito delle scelte che fossero espressione del potere amministrativo.

Ciò ha determinato che, per tale lungo periodo temporale, il privato danneggiato da un provvedimento o da un comportamento della pubblica amministrazione è rimasto pressoché totalmente privo di tutela. Emblematico, in tal senso, è il caso giurisprudenziale nel quale la dottrina individua la nascita del diritto amministrativo, inteso come corpo normativo separato – speciale e derogatorio rispetto al diritto privato – che regola l'attività della pubblica amministrazione e

1 Sulla configurabilità di un "illecito" compiuto dallo Stato v. la ricostruzione compiuta da Kelsen, H.: "Über Staatsunrecht", in *Grünhutsche Zeitchrift für das Privat-und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913-1914, nella traduzione a cura di Abignente, A.: "L'illecito dello Stato", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, p. 10 ss.. Per un'analisi della responsabilità dello Stato nell'ordinamento italiano pre-repubblicano v. Mantellini, G.: "Lo Stato e il Codice civile", G. Barbera, Firenze, 1880, pp. 59 ss. e 130 ss., nonché Giorgi, G.: "Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno", Vol. V, Casa editrice libraria "Fratelli Cammelli", Firenze, 1926, pp. 535 ss.. Quest'ultimo, a p. 536, ricorda che già nel Codice Giustineaneo "è proclamato sacrilegio il dubitare della giustizia delle risoluzioni prese dal Principe".

• Gianlorenzo Ioannides
Assegnista di ricerca in diritto amministrativo
Università degli Studi "Gabriele d'Annunzio", Chieti-Pescara
gianlorenzo.ioannides@unich.it

il rapporto tra questa e i privati. Ci si riferisce, in particolare, al c.d. *Arret Blanco*, sentenza con cui il *Tribunal des conflits* francese, nel 1873, decise un regolamento di giurisdizione in un giudizio che aveva a oggetto una richiesta di risarcimento formulata nei confronti di un'Amministrazione statale da parte di soggetti che si assumevano danneggiati da essa[2]. La sentenza ha affermato che "la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil". Il Tribunale dei conflitti da ciò negò che la responsabilità dello Stato presentasse i caratteri di generalità e assolutezza, essendo invece necessario contemperare l'interesse al corretto perseguimento degli obiettivi di servizio pubblico e, in generale, l'interesse pubblico cui è preposto l'apparato amministrativo che avrebbe cagionato il danno, con il diritto del privato a vedersi risarciti i danni subiti.

Una tale dichiarata e generalizzata esclusione, o quantomeno limitazione, della responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione nell'ordinamento italiano non ha mai trovato formale cittadinanza. Anche nell'ordinamento pre-repubblicano, e, successivamente all'entrata in vigore della Costituzione, prima della pubblicazione della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 22 luglio 1999, n. 500, la dottrina[3] e la giurisprudenza[4] hanno sempre riconosciuto che il potere pubblico, in assenza di una norma espressamente derogatoria, era assoggettato alla responsabilità risarcitoria. L'art. 28 della Costituzione, d'altra parte, per quanto in questa sede interessa, nel prevedere la diretta responsabilità dei funzionari e dei dipendenti dello Stato e degli enti pubblici, secondo le leggi penali, civili e amministrative, per i danni conseguenti agli atti compiuti in violazione di diritti di terzi, precisa espressamente che in tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici[5]. Tale responsabilità, come chiarito dalla giurisprudenza, ha natura "concorrente e solidale"[6].

Tuttavia, la necessità di quel bilanciamento tra interesse pubblico e interesse dei privati danneggiati che aveva indotto il Tribunale dei conflitti francese a negare

2 Tribunal des conflits, sentenza 8 febbraio 1873, n. 12, il cui testo è oggi disponibile in https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007605886/. Per un commento v. Bosvoeux-Onyekwelu, C.: "Revenir sur une légende en sociologue: l'arret *Blanco* et le Mythe de la «naissance" du droit administratif francais", *Droit et Société*, 2019, 1, pp. 159 ss.. In termini generali, sulla pronuncia in questione e l'impatto della stessa sulla responsabilità dell'amministrazione, cfr. Lepointe, G.: "L'evolution de la responsabilité administtrative dans la France su XIX e siècle", *Revue historique de droit francais et étranger*, 1959, pp. 214 ss.

3 Casetta, E.: "L'illecito degli enti pubblici", Giappichelli, Torino, 1953, p. 106, osserva che "non sussiste alcuna valida ragione per escludere che i principi generali posti dal codice civile in materia di obbligo di risarcimento per danno ingiusto, si applichino anche allo Stato ed agli altri enti pubblici".

4 Cfr. Clarich, M.: "La responsabilità civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, pp. 1085 ss., e la giurisprudenza ivi citata.

5 Sull'art. 28 Cost., e in particolare sul dibattito sulla natura della responsabilità dello Stato ivi prevista e sul rapporto tra questa e la responsabilità del funzionario v. Merusi, F., Clarich, M.: "Commento all'art. 28 Cost.", in Branca G. (a cura di), "Commentario della Costituzione", Zanichelli, Bologna, 1991, pp. 356 ss.

6 Così Cass. civ., ss. uu., 16 maggio 2019, n. 13246.

l'applicabilità *tout cort* delle norme sulla responsabilità civile allo Stato non era ignota nemmeno all'ordinamento nazionale[7]. In proposito, la dottrina distingueva tra le attività c.d. di impero e le attività c.d. di gestione[8]. Mentre per i danni cagionati dalle seconde non vi era questione sull'equiparabilità dello Stato a un qualsiasi soggetto privato, e quindi all'applicabilità della disciplina prevista dal diritto comune in materia di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, i danni cagionati dalle attività d'impero non potevano dar luogo a pretese risarcitorie[9]. La *ratio* della non risarcibilità di tali danni era ricondotta a plurime ragioni, evolutesi nel tempo: in quanto esse erano espressione del potere dello Stato, per definizione sovraordinato rispetto al cittadino; in quanto esse erano frutto di scelte discrezionali della pubblica amministrazione, insindacabili dal giudice ordinario ai sensi dell'art. 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E (c.d. legge di abolizione del contenzioso amministrativo); per l'impossibilità di sussumere l'eventuale responsabilità del soggetto pubblico derivante da tali situazioni nelle forme di responsabilità conosciute dal codice civile.

Rispetto a tale ultimo profilo si deve considerare che l'ordinamento italiano prevede che il privato inciso dall'esercizio del potere pubblico non è titolare di una posizione giuridica soggettiva di diritto soggettivo, ma di interesse legittimo. La dottrina e la giurisprudenza per lungo tempo hanno negato che, in mancanza di una disposizione normativa che attribuisse tutela risarcitoria alla lesione dell'interesse legittimo, questa fosse risarcibile sulla base delle norme di diritto comune esistenti: certamente era inapplicabile la responsabilità contrattuale, in assenza di un contratto tra la pubblica amministrazione e il cittadino; parimenti inapplicabile si riteneva la responsabilità extracontrattuale, giacchè l'"ingiustizia" del danno che costituisce uno degli elementi costitutivi della fattispecie disciplinata dall'art. 2043 cod. civ. si riteneva presupponesse necessariamente la lesione di un diritto soggettivo, nella specie assente[10].

Vi era, quindi, un'area di immunità dalle azioni risarcitorie promosse nei confronti della pubblica amministrazione di estensione pari all'intera attività espletata dalla stessa nell'esercizio di funzioni pubblicistiche. Benché non siano mancati tentativi volti a superare tale limite[11], esso venne meno solo con la citata

7 Giorgi, G.: "Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno", cit., p. 535, osserva che "dall'ammettere troppo facilmente, o dallo escludere fuori di proposito quella responsabilità [civile dello Stato per le colpe degli ufficiali pubblici] può dipendere, sia la rovina dello Stato, col divenirne lenta e impacciata l'amministrazione e soverchi gli oneri finanziari, sia per contrario il sacrifizio dell'individuo e della civile libertà, col rendersi illusorii i diritti che lo Statuto e i Codici garantiscono ai cittadini".

8 Mantellini, G.: "Lo Stato e il Codice civile", cit., p. 43.

9 Giorgi, G.: "Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno", cit., pp. 558 ss.

10 Casetta, E.: "L'illecito degli enti pubblici", cit., pp. 27 ss.

11 Sul piano legislativo, si rammenta già il progetto di legge Mancini-Nicotera sulla responsabilità dei pubblici funzionari, presentato alla Camera dei deputati nel 1876, su cui v. Mantellini, G.: "Lo Stato e il Codice civile", cit., pp. 138 ss., nonché il progetto presentato dalla Commissione Forti per la riforma della pubblica amministrazione, su cui v. Casetta, E.: "L'illecito degli enti pubblici", cit., pp. 235 ss. A livello

sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione n. 500/1999, che ha incluso la lesione dell'interesse legittimo nella nozione di "danno ingiusto" di cui all'art. 2043 cod. civ., e ha quindi ammesso la sua risarcibilità, nelle forme e alle condizioni previste dalla stessa disposizione codicistica.

Le peculiarità delle azioni risarcitorie promosse nei confronti della pubblica amministrazione non sono venute meno a seguito della sentenza n. 500/1999. Senza ripercorrerne i contenuti, basti rammentare che la stessa, nel predicare l'applicazione dell'art. 2043, richiede l'accertamento della sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa come elemento ulteriore rispetto all'illegittimità del provvedimento amministrativo da cui è derivato il danno. Sotto tale profilo le Sezioni unite da un lato si sono preoccupate di individuare un modello di responsabilità nel diritto positivo e di valorizzare la distinzione tra illegittimità e illiceità; dall'altro lato, però, hanno introdotto una limitazione della tutela risarcitoria che, come meglio si vedrà *infra*, oltre ad essere a tratti di difficile applicazione, in taluni casi nemmeno pare necessaria.

Si è così avuto che, in assenza di una disciplina positiva sostanziale della responsabilità della pubblica amministrazione, la dottrina ha cercato di individuarne il fondamento nella disciplina processuale[12]. Il che, peraltro, sarebbe pure coerente con l'evoluzione di molti istituti chiave del diritto amministrativo, primi tra tutti i vizi del provvedimento, che sono stati delineati per la prima volta dalla legge di abolizione del contenzioso amministrativo, che era norma processuale, e poi riempiti di significato dalla giurisprudenza. La giurisprudenza amministrativa non sembra però aver seguito tale linea, e ha invece delineato un modello di responsabilità della pubblica amministrazione[13] che, pur partendo dall'illecito aquiliano, prevede alcuni adattamenti, legati alla configurazione plurisoggettiva del soggetto agente, all'insindacabilità nel merito della discrezionalità amministrativa e, per quanto più in questa sede interessa, alle modalità di indagine sulla sussistenza dell'elemento soggettivo[14].

giurisprudenziale, invece, si provò a sostenere che a seguito dell'annullamento di un provvedimento amministrativo che aveva inciso su un interesse legittimo oppositivo si sarebbe "riespanso" il preesistente diritto soggettivo, consentendo la proposizione di un'azione risarcitoria per la tutela di quest'ultimo. Sul punto cfr. sempre Casetta, E.: "L'illecito degli enti pubblici", cit., pp. 142 ss.

12 Richiamando a sostegno di tale tesi il contenuto della c.d. legge di abolizione del contenzioso amministrativo e, successivamente, la legge l. 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali, nonché, da ultimo, gli artt. 30 e 124 c.p.a.. Sul punto cfr. Garofalo, L.: "La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi", *Dir. amm.*, 2005, I, pp. 41 ss.; Boschetti, B.: "Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi", cit., pp. 162 ss.

13 La matrice pretoria della disciplina in materia di responsabilità della pubblica amministrazione è rilevata già da Clarich, M.: "La responsabilità civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano", cit., p. 1109. Sulla creazione, per tale via, di un autonomo modello di responsabilità v. anche Follieri, E.: "Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico", *Dir. proc. amm.*, 2006, I, p. 22, che lo definisce "responsabilità di diritto pubblico".

14 Le problematiche derivanti dal tentativo di applicare il modello di responsabilità extracontrattuali alla responsabilità della pubblica amministrazione sono ben tratteggiate da Valaguzza, S.: "Percorsi verso una

II. L'ELEMENTO SOGGETTIVO NELLA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

Una delle problematiche di maggior rilievo rispetto all'applicazione del modello di responsabilità extracontrattuale tratto dal diritto comune alla pubblica amministrazione è rappresentata dall'accertamento dell'elemento soggettivo[15].

Prima della sentenza n. 500/1999 il giudice ordinario – allora unico giudice competente a decidere sulle vertenze risarcitorie, esclusivamente legate alla lesione di diritti soggettivi, in cui il danneggiante fosse una pubblica amministrazione – applicava il criterio della c.d. colpa *in re ipsa*[16]. Sulla base di tale criterio, la sussistenza dell'elemento soggettivo in capo al danneggiante non doveva essere accertata, essendo invece insita nell'accertamento, già compiuto dal giudice amministrativo, dell'illegittimità dell'atto o del provvedimento amministrativo che aveva cagionato il danno.

La sentenza n. 500/1999, invece, come anticipato, ha espressamente superato il meccanismo della colpa *in re ipsa*, introducendo la necessaria verifica dell'elemento soggettivo come elemento imprescindibile per fondare la responsabilità. Ciò ha reso necessario adattare la nozione di colpa adottata dal diritto civile, volta a indagare la colpevolezza di un soggetto privato, al fine di rapportarla all'apparato amministrativo. In tal senso, le Sezioni Unite hanno precisato che tale "colpa di apparato" sussiste quando "l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo […] sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi"[17].

L'applicazione alla responsabilità della pubblica amministrazione di un elemento costitutivo dell'illecito extracontrattuale ha sin da subito manifestato talune criticità. Innanzitutto, per l'evidente difficoltà di indagare un elemento psicologico con riferimento non ad una persona fisica, ma ad un apparato[18]. In secondo luogo,

"responsabilità oggettiva" della pubblica amministrazione", *Dir. proc. amm.*, 2009, I, pp. 49 ss. Sul tema cfr. anche Follieri, E.: "Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico", cit., pp. 18 ss.

15 In generale, sul tema, cfr. Cimini, S.:, "La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche", Giuffrè, Milano, 2008; Fracchia, F.: "L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione", *Dir. pubbl.*, 2008, II, pp. 445 ss.; Trimarchi Banfi, F.: "L'elemento soggettivo nell'illecito provvedimentale", *Dir. amm.*, 2008, I, pp. 67 ss.; Feliziani, C.: "L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa. Dialogo a-sincrono tra Corte di giustizia e giudici nazionali", *federalismi.it*, 2018, VI, pp. 2 ss.

16 Cfr. Cass civ, sez. I, 24 maggio 1991, n. 5883; Id., 13 maggio 1997, n. 4186. Valaguzza, S.: "Percorsi verso una "responsabilità oggettiva" della pubblica amministrazione", cit., p. 60, ricorda che vi era comunque un orientamento minoritario, anche prima della sentenza n. 500/99, che predicava la necessità dell'accertamento dell'elemento soggettivo. I due orientamenti sono richiamati anche da Clarich, M.: "La responsabilità civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano", cit., pp. 1102-1103.

17 Si tratta della c.d. dottrina dei tre canoni, sulla cui problematica applicazione v. Trimarchi Banfi, F.: "L'elemento soggettivo nell'illecito provvedimentale", *Dir. amm.*, 2008, I, pp. 67 ss., nonché Feliziani, C.: "L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa. Dialogo a-sincrono tra Corte di giustizia e giudici nazionali", federalismi.it, 2018, VI, pp. 2 ss.

18 Fracchia, F.: "L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione", *Dir. pubbl.*, 2008, II, p. 484.

perché gli indici sintomatici della colpa, tratteggiati dalle Sezioni Unite – imparzialità, correttezza e buona amministrazione – non sono sempre agevolmente individuabili nella violazione di regole di diritto[19]. In terzo luogo, perché non è sempre agevole distinguere tra l'eccesso di potere, che ha determinato l'illegittimità dell'atto da cui è derivato il danno, e la violazione delle norme precauzionali che integra la colpa dell'apparato[20].

La giurisprudenza, prima ordinaria poi amministrativa, si è quindi trovata dinanzi a una situazione di incertezza, e ha adottato pronunce che in taluni casi hanno di fatto sostanzialmente equiparato l'illegittimità del provvedimento alla colpa, in talaltri casi hanno dilatato molto l'area della scusabilità dell'errore commesso dalla pubblica amministrazione[21].

Considerata sotto tale profilo, la sentenza n. 500/1999 se da un lato ha ampliato la tutela in favore del privato danneggiato dall'attività della pubblica amministrazione, dall'altro lato ha reso più difficoltoso invocare tale tutela[22]. La consapevolezza dei problemi causati dall'applicazione del modello di cui all'art. 2043 non solo rispetto alla presenza di un'attività discrezionale compiuta da un apparato, ma anche rispetto all'esigenza di offrire giustizia nel caso concreto che tenga conto del necessario bilanciamento tra interesse pubblico e interesse privato ha condotto la giurisprudenza alla ricerca di modalità di alleggerimento degli oneri probatori che la piena applicazione del modello addosserebbe in capo al danneggiato. Si è così giunti, come anticipato, all'elaborazione in via pretoria di un modello che ha nuovamente introdotto alcuni correttivi.al modello civilistico puro, andando verso una forma di oggettivizzazione della colpa della pubblica amministrazione. Tale risultato è stato ricercato proprio riconsiderando il rilievo dell'elemento soggettivo, quando il provvedimento sia stato emanato illegittimamente.

Va considerato, in proposito, che la possibilità di una diversa gradazione del rilievo dell'elemento soggettivo al fine dell'accertamento della responsabilità non è ignota all'ordinamento. Se nel diritto penale l'accertamento della colpa è pressoché irrinunciabile, nel diritto civile vi sono forme di responsabilità che ne

19 Amante, E.: "L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa nella prospettiva delle scienze comportamentali", *Riv. Corte conti*., 2022, III, pp. 26 ss., sia pure con riferimento alla responsabilità amministrativa del funzionario, solleva una problematica con cui pare doversi confrontare anche con riferimento alla responsabilità dell'apparato amministrativo: la "razionalità limitata" del decisore pubblico, il quale è portato ad adottare non la scelta che realizza l'interesse pubblico più elevato, ma quella che si ritiene soddisfacente, anche alla luce di un contesto normativo e giurisprudenziale spesso estremamente mutevole.

20 Valaguzza, S.: "Percorsi verso una "responsabilità oggettiva" della pubblica amministrazione", *Dir. proc. amm*., 2009, I, p. 84.

21 Feliziani, C.: "L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa. Dialogo a-sincrono tra Corte di giustizia e giudici nazionali", cit., in particolare la casistica citata a pp. 13-14. V. anche Valaguzza, S.: "Percorsi verso una "responsabilità oggettiva" della pubblica amministrazione", cit., I, pp. 54 ss.

22 In tal senso Fracchia, F.: "L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione", cit., p. 468.

prescindono[23]. Ciò avviene, soprattutto, per quelle attività ritenute di notevole pericolo, anche sul piano sociale, i danni causati dalle quali l'ordinamento ritiene debbano essere sempre adeguatamente ristorati da chi assume il rischio connesso all'attività stessa[24].

Senza giungere sino ad un'affermazione generalizzata della responsabilità oggettiva della pubblica amministrazione, essendo ciò impedito anche dal chiaro e mai superato principio espresso dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 500/1999, la giurisprudenza ha adottato una terza via. Il giudice amministrativo si è infatti attestato nell'utilizzazione del meccanismo della presunzione semplice, al fine di attribuire all'illegittimità del provvedimento amministrativo che ha cagionato il danno la funzione di indice sintomatico della colpa, e addossando quindi alla pubblica amministrazione l'onere di fornire la prova contraria, in termini di sussistenza di una ragione di scusabilità dell'errore commesso[25]. La colpa, in questo sistema, è sempre richiamata espressamente come elemento imprescindibile della fattispecie, senza che però poi, in concreto, venga realmente indagata. Ciò che, invece, è oggetto dell'indagine compiuta dal giudice amministrativo nei giudizi risarcitori è, con un'inversione logica, la sussistenza di ragioni di giustificazione che consentano di escludere la risarcibilità del danno lamentato dal ricorrente (ossia, se le ragioni di scusabilità dell'errore addotte dall'amministrazione siano fondate). Il perimetro delle ragioni di scusabilità dell'errore, poi, nella prassi applicativa della giurisprudenza è stato sensibilmente ampliato, includendovi l'esistenza di contrasti interpretativi giurisprudenziali, una formulazione incerta di norme recentemente entrate in vigore, una rilevante complessità del fatto, un'illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata[26]. Il che ha avuto l'effetto di limitare fortemente l'accoglimento delle azioni risarcitorie. In questa evoluzione, peraltro, la stessa natura degli indici di scusabilità dell'errore sembra essere mutata: essi da elementi – da considerarsi in negativo – che consentono di escludere la sussistenza della colpa essi sono divenuti ulteriori elementi – da considerare in positivo – fondativi della consapevolezza, da valutare unitamente all'illegittimità dell'atto[27].

23 Le diverse impostazioni sono illustrate in Valaguzza, S.: "Percorsi verso una "responsabilità oggettiva" della pubblica amministrazione", cit. pp. 51 ss., in cui l'A. conclude, peraltro, osservando che "vi è a questo punto da chiedersi se il concetto civilistico della responsabilità per colpa non sia stato richiamato con troppo automatismo, senza confrontarsi con i modelli di responsabilità extracontrattuale senza colpa, ammessi nel diritto civile", p. 67.

24 Si pensi alla responsabilità dei padroni e dei committenti, disciplinata dall'art. 2049 cod. civ.; alla responsabilità per l'esercizio di attività pericolose, disciplinata dall'art. 2050 cod. civ., alla responsabilità per danno cagionato da cose in custodia, disciplinata dall'art. 2051 cod. civ., al danno cagionato da animali, disciplinato dall'art. 2052 cod. civ.. Su tutte v. Gazzoni, F.: "Manuale di diritto privato", XVI ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, pp. 727 ss..

25 Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2012, n. 483; Id., sez. VI, 19 febbraio 2018, n. 1061.

26 Tra le tante, cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 giugno 2014, n. 2867.

27 In tal senso si esprime Cons. Stato, sez. VI, 29 aprile 2022, n. 340, laddove, nel verificare la sussistenza di "indici presuntivi della colpevolezza" vi include anche "il grado di chiarezza della normativa applicabile,

L'evoluzione sin qui descritta può essere osservata utilizzando come filo conduttore la volontà di introdurre, in via pretoria, un bilanciamento tra interesse pubblico all'efficiente perseguimento dell'azione amministrativa e interesse privato al risarcimento del danno subito a causa dell'attività della pubblica amministrazione; interesse non considerato né dal legislatore, che non ha mai introdotto una disciplina sostanziale speciale sulla responsabilità della pubblica amministrazione, né dalla sentenza n. 500/1999, che si è limitata ad adattare all'apparato amministrativo il modello della responsabilità aquiliana. Si può osservare che, già come effetto del principio espresso dalla sentenza n. 500/1999, l'introduzione della generalizzata responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione è stata mitigata dal superamento del criterio della colpa *in re ipsa*, e dalla previsione del necessario accertamento dell'elemento soggettivo come elemento distinto dall'illegittimità dal danno. L'eccessivo irrigidimento della tutela risarcitoria che derivava da ciò è stato poi a sua volta mitigato con la previsione della presunzione di colpa. Alla necessità di non ampliare eccessivamente gli oneri risarcitori in capo alla pubblica amministrazione, così nuovamente emersi, è stato quindi posto un argine ampliando il perimetro degli errori riconosciuti come valida esimente della responsabilità. Nello stesso senso possono poi essere visti la previsione, ad opera del legislatore, di alcuni meccanismi limitativi dell'ammontare del danno risarcibile, quali l'esclusione dei danni che si sarebbero potuti evitare usando "l'ordinaria diligenza", prevista in termini generali dall'art. 30, comma 3, cod. proc. amm., e il richiamo all'art. 1227 cod. civ., contenuto nell'art. 124, comma 2, cod. proc. amm., relativo alle richieste risarcitorie formulate nell'ambito di giudizi aventi a oggetto i contratti pubblici. Sempre sotto il profilo della quantificazione del danno, anche l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa può essere vista sotto il medesimo angolo visuale: si è infatti passati da un largo uso di criteri forfettari, alla richiesta di una rigorosa prova del danno effettivamente subito dal ricorrente[28].

III. LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PER VIOLAZIONE DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI.

La disciplina della responsabilità della pubblica amministrazione per violazione della normativa, di derivazione eurounitaria, in materia di contratti pubblici è caratterizzata da termini almeno parzialmente divergenti rispetto alla disciplina generale sulla responsabilità civile della pubblica amministrazione.

la semplicità degli elementi di fatto, il carattere vincolato della statuizione amministrativa, l'ambito più o meno ampio della discrezionalità dell'amministrazione".

28 Schneider, E.: "L'onere della prova in relazione alla domanda risarcitoria nel settore degli appalti pubblici", *Giorn. dir. amm.*, 2016, III, pp. 357 ss.; Police, A.: "La quantificazione del danno ingiusto ad opera del giudice amministrativo. Misura del risarcimento ed effettività della tutela", in Comporti G. D. (a cura di): "Verso un'amministrazione responsabile", Giuffrè, Milano, 2005.

Già prima della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 500/1999, infatti, l'art. 13 della legge n. 142/1992 aveva affermato la risarcibilità del danno cagionato dall'adozione di atti amministrativi contrari al diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture, o delle relative norme interne di recepimento.

L'adozione di tale norma costituiva recepimento di quanto previsto dalla Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (c.d. direttiva ricorsi)[29]. L'art. 2 della direttiva ricorsi prevedeva, e prevede ancora oggi, che debbano essere garantiti mezzi di strumenti efficaci e rapidi, diretti non solo ad annullare i provvedimenti illegittimi, ma anche a garantire il risarcimento del danno; risarcimento che, peraltro, il legislatore europeo consente anche come unico rimedio, ovviamente intendo per equivalente, per i casi in cui lo Stato membro, nella discrezionalità che gli è lasciata, decida di limitare la possibilità di annullamento degli atti di cui pure sia riconosciuta l'illegittimità, o di limitare l'efficacia temporale di tale declaratoria, e, quindi, di fatto, non reintegri il ricorrente vittorioso in forma specifica.

Nel recepire la direttiva il legislatore nazionale ha dovuto riconoscere la tutela anche risarcitoria per equivalente, nello specifico settore degli appalti pubblici, a prescindere dalla posizione giuridica soggettiva di cui era titolare il danneggiato – di diritto soggettivo o interesse legittimo – in quanto tale distinzione è sconosciuta al diritto europeo[30].

La successiva evoluzione giurisprudenziale ha poi ulteriormente ampliato la tutela riconosciuta al soggetto danneggiato dall'erronea applicazione della disciplina in materia di appalti pubblici, facendo leva sull'elemento soggettivo. La Corte di giustizia, già nella sentenza 14 ottobre 2004, in C-275/03[31], ha affermato che "ne saurait néanmoins être considérée comme un système de protection juridictionnelle adéquat dans la mesure où elle exige la preuve d'une faute ou d'un dol commis par les agents d'une entité administrative déterminée"[32]. La Corte ha poi negato che, in presenza di una disposizione nazionale che richieda la prova dell'elemento soggettivo, potesse esssere sufficiente a ritenere rispettata

29 La direttiva è stata successivamente modificata, per aspetti che in questa sede non rilevano, dalle direttive 2007/66/CE e 2014/23/UE.

30 La giurisprudenza aveva negato che tale disposizione fosse applicabile analogicamente alla lesione di interessi legittimi ad opera della pubblica amministrazione in casi diversi da quelli disciplinati. Anzi, dalla portata eccezionale della norma in questione la giurisprudenza aveva tratto un'ulteriore conferma dell'irrisarcibilità della lesione di interessi legittimi. Cfr. Cass. civ., ss. uu., 5 marzo 1993, n. 2667; Id., 20 aprile 1994, n. 3732.

31 Su cui v. il commento di Protto, M.: "Per il diritto europeo la responsabilità della p.a. non richiede la prova dell'elemento soggettivo", *Urb. App.*, 2005, I, pp. 36 ss.

32 § 31.

la disposizione europea che impone l'adozione di mezzi di tutela che prescindano da tale accertamento la possibilità – *rectius* l'obbligo – del giudice nazionale di disapplicare la normativa nazionale contrastante con il diritto europeo[33]; ciò, infatti, sarebbe insufficiente rispetto al principio di certezza del diritto.

Nella sentenza della terza sezione 30 settembre 2010, in C-314/09, la medesima Corte, in termini apparentemente ancora più ampi, ha affermato che la necessità di accertare la sussistenza del dolo o della colpa, anche mediante l'utilizzo di presunzioni, non è compatibile con la garanzia di quelle forme di tutela piena, rapida ed effettiva previste dalla direttiva.

Tale principio espresso dalla Corte di giustizia è stato poi recepito dalla giurisprudenza amministrativa italiana, che quindi espressamente qualificato la responsabilità della pubblica amministrazione in tale ambito come *responsabilità oggettiva*[34]. Posta tale qualificazione, gli unici casi in cui la pubblica amministrazione potrebbe andare esente da responsabilità dovrebbero essere quelli del caso fortuito[35], e della forza maggiore. L'approdo a tale conclusione, in realtà, non è stato immediato e lineare. Anche quando ha affermato la natura oggettiva della responsabilità, infatti, il giudice amministrativo ha tentato di ricondurre la stessa in categorie che consentissero di non differenziare il settore degli appalti pubblici dagli altri settori di attività della pubblica amministrazione, rievocando la teoria della colpa *in re ipsa*, o valorizzando la tesi della responsabilità da contatto sociale[36]. Si osservava, infatti, che l'affermazione di un modello di responsabilità che solo nel settore in questione prescindesse dall'accertamento dell'elemento soggettivo avrebbe causato un'ingiustificata disparità di trattamento a sfavore della pubblica amministrazione, trattata in modo deteriore rispetto a tutti gli altri soggetti dell'ordinamento[37]. Tali preoccupazioni sono state comunque superate, e oggi l'orientamento della giurisprudenza è pressochè univoco nell'affermare la natura oggettiva della responsabilità in questione, la sua alterità rispetto alla responsabilità extracontrattuale, e l'irrilevanza dell'elemento soggettivo[38].

33 Su tale obbligo, da ultimo, Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, nn. 17-18.

34 V. Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686, in cui si legge che si tratta di "una responsabilità non avente natura né contrattuale né extracontrattuale, ma oggettiva, sottratta ad ogni possibile esimente, poiché derivante da principio generale funzionale a garantire la piena ed effettiva tutela degli interessi delle imprese, a protezione della concorrenza, nel settore degli appalti pubblici". Per un commento a tale pronuncia v. Boschetti, B.: "Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi", *Urb, app*., 2013, II, pp. 162 ss.

35 Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6450.

36 Cfr. Boschetti, B.: "Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi", cit., pp. 168-169.

37 Sul punto v. Boschetti, B.: "Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi", cit., p. 170.

38 Cons. Stato, sez. II, 28 maggio 2021, n. 4102; Id., Ad. plen. 12 maggio 2017, n. 2; Id., sez. V, 2 gennaio 2019, n. 14; Id, sez, V, 25 febbraio 2016, n. 772; Id, sez. II, 20 novembre 2020, n. 7250.

La stessa Corte di giustizia, in precedenza, aveva però chiarito che i presupposti necessari e sufficienti in presenza dei quali poteva dirsi accertata la responsabilità di uno Stato membro per danni derivanti dalla violazione, da parte dello Stato stesso, del diritto eurounitario sono: i) l'esistenza di un diritto direttamente conferito al singolo dalla norma europea violata; ii) una violazione grave e manifesta di tale norma europea; iii) un nesso di causalità tra la violazione della norma e il danno[39]. In relazione al secondo presupposto, la Corte aveva precisato che esso presenta alcune caratteristiche proprie della nozione di colpa, e che la sua sussistenza può essere esclusa in determinate circostanze, che rendano "scusabile" l'errore; a tal fine, deve essere verificato il grado di discrezionalità di cui dispone lo Stato in relazione all'attuazione del precetto europeo, l'esistenza di comportamenti di un'istituzione comunitaria che abbiano potuto indurre in errore lo Stato, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione, la scusabilità o inescusabilità di un eventuale errore di diritto[40]. In tale quadro, la Corte aveva poi negato, in termini generali, che potesse essere richiesto l'accertamento della colpa come elemento fondativo della responsabilità ulteriore rispetto alla violazione grave e manifesta del diritto comunitario[41]. Così interpretata, la "violazione grave e manifesta del diritto comunitario" sembra avere molti tratti in comune con la nozione di colpa che la giurisprudenza nazionale ha adottato con riferimento alla generale responsabilità della pubblica amministrazione, e al perimetro degli errori scusabili che consentono di superare la presunzione di colpevolezza che discende dall'illegittimità del provvedimento che ha causato il danno. Le sentenze della Corte di giustizia che hanno affrontato il tema della responsabilità dello Stato in materia di appalti non hanno esplicitato tale ragionamento, essendosi limitate ad affermare, come si è visto, che la colpa della stazione appaltante non poteva essere oggetto di indagine. Non vi è però ragione per ritenere che la Corte abbia inteso introdurre un trattamento differenziato per i danni conseguenti alla violazione della disciplina in materia di contratti pubblici rispetto a quello riservato alla violazione di altra disciplina di fonte europea.

La giurisprudenza nazionale si è invece limitata a recepire quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza 30 settembre 2010, in C-314/09, giungendo a creare una differenza nelle modalità di tutela risarcitoria riconosciuta dinanzi a una lesione causata dall'attività provvedimentale della pubblica amministrazione, derivante dal settore in cui si è realizzato il danno. Nella generalità dei casi il danneggiato, al fine di vedersi ristorato il danno, dovrà provare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito extracontrattuale previsti dall'art. 2043 cod. civ., sia pure potendo ricorrere alla presunzione di colpa in presenza di un

39 Corte giust., 19 novembre 1991, in C-6/90 e C-9/90, § 40, ma anche Id., 5 marzo 1996, in C-46/93 e C-48/93, § 51.

40 Corte giust., 5 marzo 1996, cit., §§ 55 ss.

41 Corte giust., 5 marzo 1996, cit., § 79.

provvedimento di cui sia stata accertata l'illegittimità; il medesimo danneggiato, invece, non dovrà preoccuparsi della sussistenza dell'elemento soggettivo quando il danno afferisca alla materia dei contratti pubblici. In tale materia, poi, nemmeno la pubblica amministrazione potrà dimostrare la scusabilità del proprio errore adducendo uno di quegli elementi che la giurisprudenza ritiene sufficienti, quali la complessità della normativa o del quadro fattuale, o la presenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti, potendo andare esente da responsabilità solo se dimostri che il danno è stato causato da forza maggiore o dal caso fortuito[42].

IV. ALCUNE CONSIDERAZIONI DI SINTESI.

La giurisprudenza ha giustificato il differente regime della responsabilità risarcitoria previsto nel settore degli appalti pubblici sulla base del rilievo per cui l'effettività della tutela giurisdizionale, anche risarcitoria, imposta dalla direttiva ricorsi, osterebbe alla subordinazione della responsabilità alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'Amministrazione aggiudicatrice. Ciò costituirebbe la necessaria garanzia della realizzazione dei principi di massima concorrenza e di non discriminazione.

Tale giustificazione non pare però convincente. Rispetto all'interesse del soggetto danneggiato, infatti, non vi è differenza tra il danno causato, ad esempio, dall'illegittimo annullamento di un provvedimento di aggiudicazione di un appalto e il danno causato dall'illegittima esclusione da un concorso pubblico, o dall'illegittimo provvedimento di chiusura di un'attività commerciale. Nemmeno pare potersi acriticamente sostenere che il danno causato nella prima ipotesi presenti caratteri di potenziale lesività super-individuali – in termini di sfiducia del mercato, o di discriminazione tra imprese – maggiori rispetto ai danni causati nelle altre ipotesi. Né sembra potersi sostenere, infine, che l'indagine sulla sussistenza dell'elemento soggettivo pregiudichi l'effettività della tutela imposta dalla direttiva ricorsi: ciò significherebbe infatti affermare che al di fuori del settore dei contratti pubblici la disciplina in materia di responsabilità extracontrattuale non offre al danneggiato una tutela effettiva.

42 Cfr. Cons. Stato, sez. II, 28 maggio 2021, n. 4102, in cui si legge che "in materia di risarcimento da mancato affidamento di gare pubbliche di appalto e concessioni non è necessario provare la colpa dell'amministrazione aggiudicatrice, "poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività della tutela previsto dalla normativa comunitaria; le garanzie di trasparenza e di non discriminazione operanti in materia di aggiudicazione dei pubblici appalti fanno sì che una qualsiasi violazione degli obblighi di matrice sovranazionale consente all'impresa pregiudicata di ottenere un risarcimento dei danni, a prescindere da un accertamento in ordine alla colpevolezza dell'ente aggiudicatore e dunque della imputabilità soggettiva della lamentata violazione" (Cons. Stato, Ad. plen. 12 maggio 2017, n. 2; Sez. V, 2 gennaio 2019, n. 14; Sez, V, 25 febbraio 2016, n. 772; Sez. II, 20 novembre 2020, n. 7250)". Peraltro, si dovrebbe anche dubitare della possibilità di ricorrere all'esimente della forza maggiore o del caso fortuito, giacchè la sentenza della Corte di Giustizia afferma la responsabilità dell'amministrazione pure se, nel caso concreto, questa aveva agito uniformandosi a un parere reso da un organo appositamente istituito dall'ordinamento austriaco per la decisione in prima istanza di contestazioni in materia di appalti pubblici.

La differenza sembra invece potersi leggere come ulteriore momento della ricerca giurisprudenziale di un bilanciamento tra l'interesse pubblico all'esercizio senza rischi dell'attività amministrativa e l'interesse privato al risarcimento dei danni che da essa possano derivare; bilanciamento che, come si è visto, può ritenersi il filo conduttore, e la ragione di fondo, degli sviluppi della normativa e della giurisprudenza in materia[43].

In tal senso dovrebbero già potersi leggere i principi espressi dalla Corte di giustizia nelle sentenze 14 ottobre 2004, in C-275/03 e 30 settembre 2010, in C-314/09, da cui la giurisprudenza nazionale ha tratto il principio per cui la responsabilità della pubblica amministrazione nel settore *de quo* sarebbe oggettiva. Esse, infatti, dovrebbero essere lette nel quadro dei principi espressi giurisprudenza europea in materia di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario; principi che consentivano di tener conto delle peculiarità dell'azione amministrativa e che escludono la necessità dell'accertamento di un comportamento colposo dello Stato solo quando per "colpa" si intendano elementi ulteriori rispetto a quelli ammessi dall'ordinamento europeo.

Ove invece si acceda alla tesi secondo cui l'ordinamento europeo ha voluto riconoscere un trattamento differenziato alla responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione nel settore degli appalti pubblici, o che tale risultato sia stato perseguito dal giudice nazionale, si dovrebbe ammettere che la scelta derivi dal rilievo pratico della difficoltà per il soggetto danneggiato di ottenere tutela risarcitoria quando il danneggiante sia una pubblica amministrazione, e quindi di incrementarne l'effettività. In tal senso, quindi, l'introduzione consapevole di una forma di responsabilità oggettiva in tale settore potrebbe rappresentare la soluzione individuata come miglior bilanciamento tra gli interessi pubblici e gli interessi privati nello specifico settore in questione. La giustificazione della differenza, in tale ipotesi, andrebbe ricercata nella volontà di evitare di disincentivare la concorrenza in un settore vitale per l'intero sistema economico e il cui corretto funzionamento è peraltro esso stesso un obiettivo di interesse pubblico.

La soluzione così individuata, però, potrebbe rappresentare un precursore per un generale ripensamento del modello di responsabilità della pubblica amministrazione, così come nel 1992 la previsione della risarcibilità dei danni cagionati dall'amministrazione pubblica nella materia degli appalti precorse la generale affermazione della risarcibilità dei danni agli interessi legittimi. Tale soluzione, peraltro, opera facendo leva su un elemento della fattispecie risarcitoria

43 Il che, peraltro, come osserva Marchetti, B.: "La responsabilità civile della pubblica amministrazione: profili comunitari e comparati", *Dir. proc. amm.*, 2017, II, p. 525, è comune a numerosi ordinamenti: "l'esigenza di riconoscere al potere discrezionale dell'amministrazione uno statuto particolare all'interno delle questioni risarcitorie non è estranea ad alcuno dei sistemi considerati, e assume portate e ruoli alquanto diversificati".

– l'elemento soggettivo – che tradizionalmente la giurisprudenza ha utilizzato per individuare il giusto punto di equilibrio – diverso da quello che discenderebbe dalla mera applicazione dei principi del diritto civile – tra onere risarcitorio posto in capo alla pubblica amministrazione e tutela del privato danneggiato. Si potrebbe osservare che l'elemento soggettivo, nella disciplina della responsabilità della pubblica amministrazione, perde la qualificazione di pilastro della responsabilità civile, per diventare un elemento il cui accertamento limita l'onere risarcitorio, e consente di far entrare nel bilanciamento tra interesse l'interesse pubblico a non addossare in capo alla pubblica amministrazione oneri risarcitori di entità tale da rischiare di pregiudicarne l'attività futura. Non pare casuale, infatti, che quando l'indagine sulla sussistenza della colpa ha reso eccessivamente difficile per i privati ottenere la tutela risarcitoria (o, per dirla diversamente, quando tale indagine è diventa un limite alla tutela risarcitoria in un settore economicamente sensibile, quale è quello degli appalti pubblici, e quindi un disincentivo al corretto funzionamento del relativo mercato) la giurisprudenza ha individuato una soluzione introducendo la responsabilità oggettiva.

Si deve però parimenti osservare che anche dopo l'affermazione della natura oggettiva della responsabilità nel settore in questione la giurisprudenza ha introdotto alcuni correttivi, volti a compensare la perdita della possibilità di accertare l'elemento soggettivo come modalità di bilanciamento nel caso concreto tra interessi pubblici e interessi privati. Ci si riferisce, in particolare, all'irrigidimento dell'onere della prova sulla sussistenza e sull'ammontare del danno addossato in capo al privato, e ai criteri di riduzione dell'ammontare del danno stesso. La medesima intenzione sembra potersi leggere anche nel riconoscimento dell'assoggettamento della pubblica amministrazione alla responsabilità precontrattuale. Se, infatti, a prima vista ciò rappresenta un'ulteriore forma di responsabilità e quindi una maggiore tutela per il soggetto privato, proprio pensando al settore degli appalti pubblici (in cui è peraltro facile immaginare che tale forma di responsabilità possa essere più frequentemente invocata) sembra che in alcuni casi si inquadrino nella responsabilità precontrattuale fattispecie che dovrebbero invece essere sussunte nella responsabilità oggettiva, nei termini declinati dalla giurisprudenza amministrativa in adesione alle sopra richiamate pronunce dalla Corte di giustizia. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha infatti affermato, nell'ammettere la responsabilità precontrattuale, che la stessa può derivare anche da comportamenti dell'Amministrazione che violino la disciplina sugli appalti pubblici; e che quando il privato danneggiato invochi tale responsabilità, deve dimostrare la colpa dell'Amministrazione[44].

Viene quindi da chiedersi, alla luce di tale evoluzione, se sia corretto cercare di inquadrare la responsabilità civile della pubblica amministrazione nell'alveo dei

44 Cons. Stato, Ad Plen., 4 maggio 2018, n. 5; Id., 29 novembre 2021, n. 21.

paradigmi civilistici, o se non sarebbe più corretto affermare che la responsabilità della pubblica amministrazione ha caratteristiche sue proprie, elaborate dalla giurisprudenza, e rispetto alla cui elaborazione, anzi, il costante tentativo di "adattamento" di forme e modelli civilistici della responsabilità alle problematiche che derivano dal fatto che il danneggiante sia una pubblica amministrazione rappresenta un limite anche rispetto all'interesse del soggetto danneggiato. In tale riflessione, gli approdi raggiunti dalla giurisprudenza europea e amministrativa sul rilievo dell'elemento soggettivo nel settore degli appalti pubblici, interpretati alla luce della giurisprudenza europea sulla violazione ad opera degli Stati di obblighi nascenti dal diritto eurounitario, e affiancati ad alcuni criteri di quantificazione/limitazione dell'onere risarcitorio, sembrano costituire un utile punto di partenza.

BIBLIOGRAFIA

Amante, E.: "L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa nella prospettiva delle scienze comportamentali", *Riv. Corte conti*., 2022, III, pp. 26 ss.

Biancardi, B.: "Responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici – responsabilità precontrattuale nelle procedure di evidenza pubblica: quali regole a parti invertite?", *Giur. it*., 2021, VII, pp. 1708 ss.

Boschetti, B.: "Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi", *Urb, app*., 2013, II, pp. 162 ss.

Bosvoeux-Onyekwelu, C.: "Revenir sur une légende en sociologue: l'arret *Blanco* et le Mythe de la «naissance" du droit administratif francais", *Droit et Société*, 2019, I, pp. 159 ss.

Cannata, L.: "La responsabilità civile della Pubblica amministrazione per attività provvedimentale", *Danno e resp*., 2022, III, pp. 304 ss.

Casetta, E.: "L'illecito degli enti pubblici", Giappichelli, Torino, 1953.

Chieppa, R.: "Responsabilità civile della pubblica amministrazione", in Clarich, M. e Fonderico, G., Dizionario di diritto amministrativo, Il Sole 24 ore, Milano, 2007.

Cimini, S.: "La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche", Giuffrè, Milano, 2008

Cippitani, R.: "La responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici nella fase precedente alla stipula del contratto", *Urb. app*., 2019, II, pp. 246 ss.

Cippitani, R.: "Responsabilità da mero comportamento nella "dimensione relazionale complessiva" tra amministrazione pubblica e privato", *Urb. app*., 2021, III, pp. 309 ss.

Clarich, M.: "La responsabilità civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano", *Riv. trim. dir. pubbl*., 1989, pp. 1085 ss.

Clarich, M.: "Manuale di giustizia amministrativa", Il Mulino, Bologna, 2021

Clarich, M.: "Manuale di diritto amministrativo", Il Mulino, Bologna, 2022

Comporti, G. D. (a cura di): "Verso un'amministrazione responsabile", Giuffrè, Milano, 2005

Di Giovanni, L.: "La problematica del risarcimento da perdita di chance nel diritto amministrativo e nella disciplina dei contratti pubblici", *Dir. econ.*, 2019, I, pp. 371 ss.

Di Majo, A.: "La responsabilità pre-contrattuale della pubblica amministrazione tra tutela dell'interesse pubblico e privato", *Riv. giur. ed.*, 2020, IV, pp. 291 ss.

Degl'innocenti, F.: "Affidamenti e patologia del contratto: i rapporti con la p.a. fra prerogative dell'ente e responsabilità da comportamento", *Giust. civ.*, 2021, I, pp. 115 ss.

Feliziani, C.: "L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa. Dialogo a-sincrono tra Corte di giustizia e giudici nazionali", *federalismi.it*, 2018, VI, pp. 2 ss.

Follieri, E.: "Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico", *Dir. proc. amm.*, 2006, I, pp. 18 ss.

Fracchia, F.: "L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione", *Dir. pubbl.*, 2008, II, pp. 445 ss.

Gaffuri, F.: "La responsabilità della p.a. per revoca di una gara d'appalto", *Urb. App.*, 2020, VI, pp. 826 ss.

Garofalo, L.: "La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi", *Dir. amm.*, 2005, I, pp. 1 ss.

Gazzoni, F.: "Manuale di diritto privato", XVI ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013

Giorgi, G.: "Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno", Vol. V, Casa editrice libraria "Fratelli Cammelli", Firenze, 1926

Giusti, A.: "La responsabilit*à* civile della pubblica amministrazione nelle controversie sui contratti pubblici", *Giur. it.*, 2016, pp. 158 ss.

Guglielmi, G.: "Responsabilità e pubblica amministrazione: nuovi confini tra pubblico e privato?", *Resp. civ. prev.*, 2021, III, pp. 988 ss.

Kelsen, H.: "L'illecito dello Stato", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988

Lepointe, G.: "L'evolution de la responsabilité administrative dans la France su XIX e siècle", *Revue historique de droit francais et étranger,* 1959, pp. 214 ss.

Lorenzoni, L.: "Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della P.A.", *Dir. amm.*, 2021, I, pp. 235 ss.

Macchia, M. e Moliterni, A.: "La responsabilità civile della pubblica amministrazione", *Giorn. dir. amm.*, 2014, XII, pp. 1189 ss.

Mantellini, G.: "Lo Stato e il Codice civile", G. Barbera, Firenze, 1880

Marchetti, B.: "La responsabilità civile della pubblica amministrazione: profili comunitari e comparati", *Dir. proc. amm.*, 2017, II, pp. 499 ss.

Merusi, F., Clarich, M., "Commento all'art. 28 Cost.", in Branca G. (a cura di), "Commentario della Costituzione", Zanichelli, Bologna, 1991, pp. 356 ss.

Mirate, S.: "I limiti dell'affidamento dell'aggiudicatario in caso di annullamento di una gara d'appalto", *Giorn. dir. amm.*, 2022, IV, pp. 524 ss.

Police, A.: "Lezioni sul processo amministrativo", Editoriale Scientifica, Napoli, 2021

Ponzio, S.: "Il comportamento contraddittorio nella revoca dell'aggiudicazione di un appalto pubblico: la responsabilità precontrattuale e il danno risarcibile – il commento", *Urb. App.*, 2013, X, pp. 1085 ss.

Protto, M.: "Per il diritto europeo la responsabilità della p.a. non richiede la prova dell'elemento soggettivo", *Urb. App.*, 2005, I, pp. 36 ss.

Renna, M.: "Responsabilità della pubblica amministrazione", *ad vocem*, *Enc. Dir., Annali IX,* 2016, pp. 800 ss.

Rindone, A.: "Responsabilità precontrattuale della PA", *Contratti*, 2022, II, pp. 233 ss.

Romano Tassone, A.: "Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi", *ad vocem*, *Enc. Dir., Agg. VI,* 2002, pp. 982 ss.

Schneider, E.: "L'onere della prova in relazione alla domanda risarcitoria nel settore degli appalti pubblici", *Giorn. dir. amm.*, 2016, III, pp. 357 ss.

Scoca, F. G.: "L'interesse legittimo. Storia e teoria", Giappichelli, Torino, 2017

Trimarchi Banfi, F.: "L'elemento soggettivo nell'illecito provvedimentale", *Dir. amm.*, 2008, I, pp. 67 ss.

VAIANO, D.: "Quando arrivò non piacque: il danno da «lesione di interessi pretensivi» e la rete di contenimento giurisprudenziale", *Dir. amm.*, 2004, II, pp. 231 ss.

VALAGUZZA, S.: "Percorsi verso una "responsabilità oggettiva" della pubblica amministrazione", *Dir. proc. amm.*, 2009, I, pp. 54 ss.

«CHI UCCIDE PAGA». MODELLI DI RESPONSABILITÀ INTERNAZIONALE DELLO STATO E ARMI AUTONOME

«KILLER PAYS». MODES OF INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF THE STATE AND AUTONOMOUS WEAPONS SYSTEMS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 402-429

Diego MAURI

ARTICOLO CONSEGNATO: 13 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il crescente ricorso a tecniche di intelligenza artificiale (IA) nel settore militare solleva numerosi interrogativi, legati non solo alla capacità di sistemi d'arma autonomi (secondo l'acronimo inglese, AWS) di operare nel rispetto delle regole che il diritto internazionale prevede per l'impiego della forza, ma anche a questioni di responsabilità internazionale. Nel caso in cui, sul campo di battaglia, un sistema d'arma autonomo (ad es., un drone dotato di sistemi che consentano la selezione e l'ingaggio di obiettivi senza necessità di intervento umano) decidesse di impiegare forza, anche letale, nei confronti di un obiettivo non consentito (ad es., un civile disarmato), chi ne risponderebbe? Non a torto numerosi autori e Stati hanno iniziato a parlare di possibili «vuoti di responsabilità» (accountability gaps). Il presente contributo affronta il tema della responsabilità internazionale dello Stato e dei suoi limiti nel regolare, in modo soddisfacente, scenari che contemplino l'impiego di armi autonome.

PAROLE CHIAVE: Intelligenza Artificiale; conflitti armati; diritti umani; due diligence; illecito internazionale; responsabilità internazionale dello Stato; responsabilità «senza illecito».

ABSTRACT: *The increasing use of artificial intelligence (AI) techniques in the military raises multifarious questions, related not only to the ability of Autonomous Weapon Systems (AWS) to operate within the rules that international law provides for the use of force, but also to issues of international responsibility. In the event that, on the battlefield, AWS (e.g., a drone equipped with systems to select and engage targets without the need for human intervention) decide to employ force, even lethal force, against an impermissible target (e.g., an unarmed civilian), who would be held accountable? Plenty of actors have begun to speak of possible 'accountability gaps'. This paper addresses the issue of international state responsibility and its limitations in satisfactorily regulating scenarios that contemplate the use of AWS.*

KEY WORDS: *Artificial Intelligence; armed conflicts; human rights; due diligence; internationally wrongful act; State responsibility; liability for lawful activities.*

SOMMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. UNO SCENARIO 'FACILE': VIOLAZIONI INTENZIONALI DI OBBLIGHI INTERNAZIONALI.- III. UNO SCENARIO PIÙ 'COMPLESSO': VIOLAZIONI COLPOSE DI OBBLIGHI INTERNAZIONALI- IV. IL PROBLEMA DEL «FALSO POSITIVO»: CORRETTIVI *DE LEGE LATA E DE LEGE FERENDA*.- V. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. INTRODUZIONE.

Nel suo corso all'Accademia di Diritto Internazionale de L'Aja, dedicato alla responsabilità per attività ultra-pericolose nel diritto internazionale, Clarence Wilfried Jenks si soffermava rapidamente anche sui danni derivanti dall'uso di sistemi cibernetici (non certo, all'epoca, l'ipotesi più frequente) e così ammoniva:

The question of liability for cybernetic error, or for damage resulting therefrom [...] calls for attention. These questions may at any time call for consideration on an international scale[1].

Il momento prefigurato da Jenks – e cioè il momento in cui anche l'ordinamento internazionale realizza di doversi occupare dell'«errore cibernetico» e delle sue conseguenze dannose – pare essere arrivato, dopo circa cinquant'anni. Il tema dell'impiego militare di sistemi di intelligenza artificiale (IA) è oggi tra quelli che suscitano maggior dibattito tra gli Stati, in particolare nel quadro di alleanze militari[2]. Si tratta di tecnologie che possono essere impiegate per le funzioni più svariate, dalla navigazione al rifornimento di *asset*, sino alle attività di *Intelligence, Surveillance, Reconnaissance* (ISR) e, un domani, anche la selezione e l'ingaggio di obiettivi nel corso delle ostilità. Con riferimento a tale ultimo scenario, e cioè l'impiego di IA all'interno delle c.d. «funzioni critiche» di un armamento, è da quasi un decennio che si discute, sia in dottrina sia nell'agone diplomatico, delle c.d. armi autonome o, secondo l'acronimo di *Autonomous Weapons Systems*, AWS[3].

Il dibattito attorno alle armi autonome ha prodotto, sinora, una mole di documenti – *position papers* di Stati, organizzazioni internazionali e organizzazioni

1 Wilfred Jenks, C.: "Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 117, Brill, Leiden, 1996, p. 169.

2 Tra cui spicca, per evidenti contingenze storiche, l'Alleanza del Trattato dell'Atlantico del Nord (NATO). In particolare, la NATO ha inaugurato, nel maggio 2022, un'iniziativa strategica dedicata allo studio delle implicazioni in campo militare dell'intelligenza artificiale: v. https://www.ncia.nato.int/about-us/newsroom/nato-launches-artificial-intelligence-strategic-initiative.html.

3 Sia consentito rinviare, per gli aspetti definitori e per la ricostruzione del dibattito, a Mauri, D.: *Autonomous Weapons Systems and the Protection of the Human Person. An International Law Analysis*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2022, pp. 14 ss.

• Diego Mauri
Ricercatore di diritto internazionale nell'Università degli Studi di Palermo
diego.mauri@unipa.it

non governative; rapporti di esperti; saggi scientifici – impressionante, tale da non poter essere discussa in questa sede. Volendo sintetizzare al massimo, si possono identificare quantomeno due 'macro-filoni' di discussione. Si tratta di due corredi di problematiche differenti ma non antitetiche, come dimostrato dalla circostanza secondo la quale la maggior parte dei documenti che si occupano di AWS tendono ad affrontarli entrambi.

Da un lato, vi è la preoccupazione che tali sistemi possano essere impiegati in conformità agli obblighi internazionali rilevanti, vale a dire quelli contenuti nel diritto internazionale umanitario (applicabile nei contesti di conflitto armato, sia esso internazionale o interno), nelle norme in materia di diritti umani, nonché in quelle relative all'uso della forza sul piano internazionale (il c.d. *jus ad bellum*)[4].

Dall'altro lato, vi è la necessità – conseguente al quanto appena detto – di attribuire, in caso di violazione delle norme primarie appena menzionate, la responsabilità ai soggetti coinvolti[5]. In primo luogo, ci si interroga se i modelli di responsabilità penale – interna ed internazionale – siano ad oggi adeguati alla tipologia di sfide sollevate dall'IA, stante il carattere tendenzialmente 'imprevedibile' di tali sistemi e la pluralità di soggetti coinvolti (dall'operatore che supervisiona il sistema sino al tecnico che ne ha progettato il software). In secondo luogo, si pone il problema della responsabilità delle imprese produttrici coinvolte, dalla progettazione delle sue componenti (*hard* e *soft*) sino alla vendita all'acquirente-Stato. L'ultimo piano di indagine riguarda proprio lo Stato, inteso come il soggetto di diritto internazionale *par excellence* che, nel prossimo futuro, impiegherà AWS, in contesti bellici o, verosimilmente più avanti, in operazioni di polizia[6].

4 McFarland, T.: *Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict. Compatibility with International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020; Amoroso, D.: "*Jus in bello* and *jus ad bellum* Arguments Against Autonomy in Weapons Systems: A Re-Appraisal", *Questions of International Law*, 2017, pp. 5 ss.; Spagnolo, A.: "Human Rights Implications of Autonomous Weapon Systems in Domestic Law Enforcement: Sci-Fi Reflections on a Lo-Fi Reality", *Questions of International Law*, 2017, pp. 33 ss.; Heyns, C.: "Human Rights and the Use of Autonomous Weapons Systems (AWS) During Domestic Law Enforcement", *South African Journal on Human Rights*, 2017, pp. 46 ss.; Egeland, K.: "Lethal Autonomous Weapon Systems under International Humanitarian Law", *Nordic Journal of International Law*, 2016, pp. 89 ss.; Roff, H.: "Lethal Autonomous Weapons and Jus ad Bellum Proportionality", *Case West Reserve Journal of International Law*, 2015, pp. 37 ss.; Boothby, W.: "Autonomous Attack – Opportunity or Spectre?", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2013, pp. 71 ss.; Schmitt, M.; Thurnher, J.: ""Out of the Loop": Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict", *Harvard National Security Journal*, 2013, pp. 231 ss.

5 Amoroso, D.; Giordano, B.: "Who Is to Blame for Autonomous Weapons Systems' Misdoings?", *Use and Misuse of New Technologies. Contemporary Challenges in International and European Law* (a cura di Carpanelli, E.; Lazzerini, N.), Springer, Cham, 2019, pp. 211 ss.; Hammond, D.: "Autonomous Weapons and the Problem of State Accountability", *Chicago Journal of International Law*, 2015, pp. 652 ss.; Crootof, R.: "War Torts: Accountability for Autonomous Weapons", *University of Pennsylvania Law Review*, 2014, pp. 1347 ss.; McFarland, T.; McCormack, T.: "'Mind the Gap': Can Developers of Autonomous Weapons Systems be Liable for War Crimes?", *International Law Studies*, 2014, pp. 361 ss.

6 Per completezza, si debbono citare, quali potenziali utilizzatori di tali tecnologie, anche organizzazioni internazionali, (ad es. l'ONU, all'interno di missioni di *peace-keeping* o *peace-enforcement*) e attori non-statali, quali gruppi armati coinvolti in conflitti armati interni o gruppi terroristici, che potrebbero 'hackerare' AWS di proprietà statale o – ma tale ipotesi ci pare assai remota, ad oggi – svilupparne di propri.

Il presente contributo intende inserirsi nel secondo dei filoni sopra citati, segnatamente sul versante della responsabilità dello Stato, ovvero quella forma di responsabilità internazionale finora *meno* esplorata nel dibattito attorno alle armi autonome. Può davvero dirsi che, secondo una delle tesi maggiormente in voga, dall'impiego di AWS discendano, strutturalmente (e cioè, in ragione delle caratteristiche stesse della tecnologia impiegata), «vuoti di responsabilità» (*accountability gaps*)? La risposta a tale interrogativo è dirimente: secondo alcuni, la principale ragione sulla base della quale tali sistemi d'arma sono vietati (o sarebbero da vietare) è offerta proprio dalla circostanza secondo cui il loro impiego è destinato a generare tali «vuoti». L'argomento può essere riassunto con le parole del già Relatore speciale dell'ONU per le esecuzioni extragiudiziali, sommarie o arbitrarie, Christof Heyns:

[i]f the nature of a weapon renders responsibility for its consequences impossible, its use should be considered as unethical and unlawful as an abhorrent weapon.[7]

II. UNO SCENARIO 'FACILE': VIOLAZIONI INTENZIONALI DI OBBLIGHI INTERNAZIONALI.

Il primo scenario cui si può far riferimento corrisponde ad impieghi di armi autonome *intenzionalmente* in violazione delle norme internazionali applicabili, che, per comodità, rintracceremo – qui e nel prosieguo – nelle regole e nei principi di diritto internazionale umanitario (il c.d. *jus in bello*) e di diritti dell'uomo[8]. Si potrebbe pensare ad uno scenario in cui gli organi statali decidano di impiegare AWS in spregio delle specifiche tecniche fornite dall'impresa produttrice: un sistema in grado di selezionare ed ingaggiare *target* in ambienti quasi certamente privi di civili (ad es., in contesti operativi sottomarini) viene impiegato in contesti di guerriglia urbana, ovvero in un ambiente normalmente identificato come *clustered*, data la presenza ravvicinata di oggetti e persone civili e militari. Nell'ipotesi delineata, la selezione e l'ingaggio di obiettivi non consentiti si atteggia a conseguenza assai probabile, se non addirittura certa, dell'impiego di AWS in quel determinato contesto.

Vengono così in rilievo, quali obblighi primari, quelli che impongono allo Stato di *non* eleggere, ad oggetto di un attacco, beni e persone protetti nell'ambito di un

7 *Report of the United Nations Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns*, A/HRC/23/47, 2013, par. 75.

8 I rispettivi ambiti di applicazione di questi due «rami» del diritto internazionale sono oggetto di un dibattito vivace, in dottrina come nel diritto vivente. Si veda Gowlland-Debbas, V.; Gaggioli, G.: "The Relationship Between International Human Rights and Humanitarian Law: An Overview", *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law* (a cura di Kolb, R.; Gaggioli, G.), Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2013, pp. 77 ss.

conflitto armato, ovvero le regole in materia di distinzione. In particolare, ai sensi dell'art. 48 del Primo protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949, le Parti a un conflitto sono tenute a distinguere «between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives» e dunque a «direct their operations only against military objectives». Sono pertanto vietati gli attacchi indiscriminati, all'interno dei quali rientrano altresì quegli attacchi «which may be expected to cause incidental loss of life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated» (art. 51, par. 5, lett. b). Si tratta di una regola che riproduce il principio di proporzionalità, il cui effetto è quello di rendere consentiti attacchi rivolti a beni o persone protette, purché non direttamente, ma quale 'danno collaterale'[9].

Regole *grosso modo* analoghe sono applicabili a usi della forza *al di fuori* di conflitti armati, ad es. durante operazioni di polizia nei confronti di individui. Le norme in materia di protezione del diritto alla vita escludono la liceità di usi della forza «arbitrari» (secondo la formulazione, invero ampia, dell'art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici), e cioè non «assolutamente necessari» per il raggiungimento di uno scopo considerato legittimo (secondo la diversa formulazione dell'art. 2 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, CEDU). Il test della «assoluta necessità» – all'evidenza più esigente di quello della semplice necessità, che giustifica limitazioni ad altri diritti umani, quale quello al rispetto della vita privata o famigliare[10] – riflette il carattere «fondamentale» del diritto alla vita, tanto nel sistema convenzionale quanto nell'ordinamento internazionale nel suo complesso[11]. Nelle sue interpretazioni, le disposizioni in tema di diritto alla vita impongono che sia usata forza e*sclusivamente* contro coloro che costituiscono una minaccia seria e reale contro la vita di altri, per quanto necessario al fine di neutralizzare tale minaccia e solo laddove siano fallite o destinate a fallire misure alternative meno invasive. Non è quindi consentito effettuare calcoli di proporzionalità quali quelli ammissibili in un contesto di conflitto armato.

Accanto a tale corredo di obblighi – che potremmo definire come 'negativi', dal momento che impongono allo Stato di astenersi dal tenere una determinata condotta (e cioè, usare forza contro persone e cose protette) – vi sono poi

9 Cannizzaro, V.: "Proportionality in the Law of Armed Conflict", *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict* (a cura di Clapham, A.; Gaeta, P.), Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 332 ss.

10 Corte EDU, *McCann e altri c. Regno Unito*, sentenza del 27 settembre 1995, par. 149.

11 Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 36. Article 6: right to life*, 3 settembre 2019, CCPR/C/GC/36, par. 2 («The right to life has crucial importance both for individuals and for society as a whole. It is most precious for its own sake as a right that inheres in every human being, but it also constitutes a fundamental right, the effective protection of which is the prerequisite for the enjoyment of all other human rights and the content of which can be informed by other human rights»).

obblighi di tipo 'positivo' che impongono un *facere*[12]. Tra questi figurano i c.d. obblighi di prevenzione, che richiedono allo Stato di fare tutto il possibile per neutralizzare o comunque minimizzare i rischi per beni o individui protetti. Per quanto riguarda il diritto internazionale umanitario, tali obblighi sono condensati all'art. 57 del Primo protocollo addizionale; nel settore dei diritti umani, invece, essi discendono, per via interpretativa, dalle disposizioni in materia di diritto alla vita. Il contenuto di tali obblighi, nei due sub-sistemi normativi considerati, è, ancora una volta, analogo: è richiesta l'adozione di una regolamentazione (legislativa o sub-legislativa) appropriata[13], un adeguato addestramento degli organi statali (in particolare di polizia)[14] nonché, prima di avviare una specifica operazione, un'adeguata pianificazione della medesima, anche per quel che concerne la scelta degli armamenti da impiegare[15].

Per quanto appartenenti a rami differenti del diritto internazionale, le norme dello *jus in bello* e a tutela dei diritti umani impongono agli organi statali di compiere valutazioni analoghe (seppur non identiche) laddove si accingano ad impiegare forza, anche letale, in contesti operativi[16]. Ciò comporta che in uno scenario quale quello prefigurato sopra e caratterizzato, cioè, dalla selezione e dall'ingaggio *intenzionali* di obiettivi non consentiti, non sarà difficile accertare la responsabilità internazionale dello Stato per violazione degli obblighi primari rilevanti. Vuoi non rispettando gli obblighi negativi previsti (secondo i principi di distinzione e proporzionalità, nonché secondo il test della «assoluta necessità» per il conseguimento di uno scopo legittimo), vuoi omettendo deliberatamente di adottare le misure precauzionali più opportune nel contesto di riferimento, il risultato della violazione di tali obblighi primari è la responsabilità internazionale dello Stato.

Da questo punto di vista, non si vede come si potrebbe parlare di «vuoti di responsabilità»: l'impiego, in concreto, di AWS – in luogo di armi meno 'evolute' – non è affatto influente sul modello di responsabilità. Peraltro, vale la pena di aggiungere che uno scenario quale quello qui analizzato non solleverebbe problemi nemmeno per quel che concerne la responsabilità internazionale dell'individuo, e cioè per i crimini internazionali suscettibili di venire in rilievo (*in primis* i crimini di guerra). Il dolo intenzionale e il dolo diretto sono infatti gli elementi psicologici 'di base' per l'attribuzione della responsabilità penale all'individuo, come confermato, oltre che dal diritto consuetudinario, anche dall'art. 30 dello Statuto della Corte

12 Shelton, D.; Gould, A.: "Positive and Negative Obligations", *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (a cura di Shelton, D.), Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 562 ss.

13 Corte EDU, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, sentenza del 24 marzo 2011, par. 209.

14 Corte EDU, *Nachova e altri c. Bulgaria*, sentenza del 6 luglio 2005, par. 97.

15 Corte EDU, *Tagayeva e altri c. Russia*, sentenza del 13 aprile 2017, par. 595.

16 Amoroso, D.: *Autonomous Weapons Systems and International Law. A Study of Human-Machine Interactions in Ethically and Legally Sensitive Domains*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

Penale Internazionale[17]. Ancor più nello specifico, se si considerasse il crimine di guerra consistente nell'attaccare intenzionalmente la popolazione civile o individui non coinvolti nelle ostilità[18], non vi sarebbero ostacoli a ritenere responsabile l'individuo (tipicamente il comandante) che dispone l'impiego di AWS inadeguati al teatro operativo, rappresentandosi e volendo l'evento di cui alla fattispecie[19].

III. UNO SCENARIO PIÙ 'COMPLESSO': VIOLAZIONI COLPOSE DI OBBLIGHI INTERNAZIONALI.

Quello affrontato sinora è lo scenario che solleva minori difficoltà. Diverso potrebbe essere il discorso nei casi di 'errori' compiuti dal sistema d'arma, in uno scenario in cui gli organi statali intendono selezionare ed ingaggiare *target* consentiti ma – per un'inadeguata preparazione dell'operazione o per un malfunzionamento del sistema – finiscono per colpire individui protetti dalle norme del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani.

L'oggetto del presente contributo finisce qui per intersecarsi con una questione, per così dire, 'classica' (e ricorrente) all'interno del tema della responsabilità internazionale, ovvero quella della colpa e del suo rilievo quale elemento essenziale dell'illecito internazionale[20]. L'opposizione tra teorie 'soggettiviste' (che annoverano la colpa tra gli elementi essenziali dell'illecito) e teorie 'oggettiviste' (che invece prescindono da essa) parrebbe superata almeno da qualche anno, quantomeno sin dall'adozione del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato per fatto illecito internazionale da parte della Commissione del diritto internazionale[21]. Il Progetto – mai confluito in uno strumento giuridicamente vincolante per gli Stati, ma riproduttivo, in diverse sue parti, del diritto consuetudinario – *non* include la colpevolezza fra gli elementi dell'illecito (in linea con la teoria 'oggettivista'), ma riporta la questione, ai fini del configurarsi dell'illecito, alla norma primaria che si intende violata. Detta diversamente, la colpa non viene considerata come

17 «Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge».

18 Cfr. art. 8, par. 2, lett. b, (i), e art. 8, par. 2, lett. e, (i) dello Statuto della Corte Penale Internazionale.

19 Bo, M.: "Autonomous Weapons and the Responsibility Gap in Light of the *Mens Rea* of the War Crime of Attacking Civilians in the ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, 2021, pp. 275 ss.

20 La letteratura è così sconfinata che, qui, non si potrà che richiamare gli scritti di più ampio respiro. Per un inquadramento generale, si rimanda a Palmisano, G.: "Fault", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007; Gattini, A.: "La notion de faute à la lumière du projet de convention de la Commission du Droit International sur la responsabilité internationale", *European Journal of International Law*, 1992, pp. 253 ss.; De Sena, P.: "Condotta di singoli organi e condotta dell'apparato statale in tema di colpa nell'illecito internazionale", *Rivista di diritto internazionale*, 1988, pp. 525 ss. Occorre precisare, con riferimento alla colpa, che qui non verrà trattata la responsabilità penale internazionale dell'individuo, laddove agisca colposamente e realizzi una delle condotte tipiche sanzionate da fattispecie penali (es. crimini di guerra).

21 Commissione del diritto internazionale, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, pp. 31 ss. Si veda altresì Diggelmann, O.: "Fault in the Law of State Responsibility: Pragmatism ad Infinitum", *German Yearbook of International Law*, 2006, pp. 293 ss.

elemento *autonomo* dell'illecito, ma come parte dell'elemento c.d. oggettivo che lo compone, ovvero la violazione di un obbligo internazionale, generale o particolare, incombente sullo Stato.

Nelle parole del Commentario al Progetto di articoli, più precisamente, si legge che «[i]n the absence of any specific requirement of a mental element in terms of the primary obligation, it is only the act of a State that matters, independently of any intention»[22]. L'atteggiamento psicologico dello Stato (*rectius*: degli organi statali cui è attribuibile, sulla base delle regole in materia, la condotta che si assume in violazione di obblighi internazionali) non è rilevante *in sé*; lo è nella misura in cui lo prevede la norma primaria che viene in rilievo.

Ciò conduce a chiedersi se le norme internazionali che si assumono violate nei casi di AWS che attacchino obiettivi non consentiti richiedano un coefficiente minimo di colpevolezza da parte degli organi statali coinvolti nelle operazioni di *targeting*. Di nuovo, dunque, l'analisi non può che vertere sul modo di configurarsi degli obblighi rilevanti.

Per quanto riguarda le norme di diritto internazionale umanitario, un coefficiente minimo di colpevolezza si rintraccia senz'altro nelle regole di precauzione sopra elencate, a mente delle quali le parti belligeranti sono tenute ad esercitare «constant care» per ridurre al minimo i rischi per la popolazione civile e le persone e i beni civili (art. 57, par. 1), a fare «everything feasible» per verificare la natura degli obiettivi (art. 57, par. 2, lett. a, i), a prendere «all feasible precautions» nella scelta dei mezzi e metodi per condurre gli attacchi (art. 57, par. 2, lett. a, ii), e ancora ad adottare «all reasonable precautions» nella conduzione di operazioni militari in mare o in aria (art. 57, par. 4). Si tratta, in altre parole, di obblighi di *due diligence*[23].

Il tenore di tali espressioni – peraltro ripetute in altri strumenti di *jus in bello*[24] – depone a favore dell'esistenza di un coefficiente minimo di colpevolezza: allo Stato e ai suoi organi si richiede di adottare le precauzioni «ragionevoli» e «praticabili» a seconda delle circostanze del caso. Vale la pena di sottolineare che, nella prassi e anche nella letteratura, tali standard vengono intesi in senso 'oggettivo': benché l'organo statale (e cioè il comandante) sia tenuto a decidere sulla base di valutazioni

22 Commissione del diritto internazionale, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., p. 36.

23 V., su tutti, Pisillo Mazzeschi, P.: *"Due Diligence" e responsabilità internazionale degli Stati*, Giuffré, Milano, 1989 e, più di recente, Ollino, A.: Due Diligence Obligations in International Law: A Theoretical Study, Cambridge University Press, Cambridge, 2022. Con specifico riferimento allo *jus in bello*, si rimanda più diffusamente a Longobardo, M.: "The Relevance of the Concept of Due Diligence in International Humanitarian Law", *Wisconsin Journal of International Law*, 2020, pp. 44 ss.

24 V. ad es. *Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices*, art. 3, par. 4; *Protocol III to the Convention on Certain Conventional Weapons*, art. 1, par. 5, e *Amended Protocol II to the Convention on Certain Conventional Weapons*, art. 3, par. 10.

effettuate a partire dalle informazioni concretamente disponibili al momento, ciò non esclude un sindacato 'dall'esterno' ed *ex post factum*, tenuto conto di tutte le circostanze del caso (conosciute e conoscibili). Fattori rilevanti sono, ad es., la qualità e la quantità di informazioni di *intelligence* disponibili, la precisione delle armi disponibili, l'urgenza dell'attacco e la valutazione costi/benefici di ulteriori misure di precauzione[25].

Ci si deve dunque chiedere se tali obblighi possano ritenersi violati – e, dunque, far insorgere la responsabilità internazionale dello Stato cui la condotta *de qua* va attribuita – nei casi di *targeting* erroneo. Ebbene, va detto che, allo stato attuale, la giurisprudenza internazionale (per il vero, non abbondante) tende a fissare una soglia minima di colpevolezza che esclude l'errore ragionevole, e cioè non rimproverabile, nemmeno a titolo di colpa, allo Stato. Qualche autore parla, in questi casi – e attingendo dall'analogo istituto di matrice penalista –, di «mistake of fact» che, per escludere l'illiceità della condotta, deve essere «honest and reasonable»[26].

Nel caso di un bombardamento aereo dell'Etiopia su sei siti civili collocati in Eritrea, la Commissione dei reclami istituita *ad hoc* per la compensazione dei danni derivati dal conflitto armato ha escluso la responsabilità dell'Etiopia per i danni cagionati a persone e cose protette rilevando come «[a]s always in aerial bombing, there were some regrettable errors of targeting and of delivery», che costituiscono sì «tragic consequences of the war» senza però qualificarsi *di per sé* come illeciti internazionali[27]. A conclusioni non diverse era pervenuto, poco tempo prima, il Comitato incaricato di coadiuvare il Procuratore del Tribunale Penale Internazionale per la ex-Jugoslavia nello stabilire se aprire un'indagine riguardo la campagna della NATO contro l'ex-Jugoslavia. Tra i vari fatti scrutinati dal Comitato vi era anche un attacco aereo a un ponte ferroviario, nella gola di Grdelica, in cui per ben due volte un pilota dell'Alleanza aveva aperto il fuoco contro il ponte, attingendo in entrambi i casi un treno che trasportava civili[28]. Il Comitato ritenne l'errore in cui era incorso il pilota tale da non giustificare l'apertura di un'indagine penale nei confronti del pilota, ciò che, infatti, poi non ebbe luogo.

Benché concernente una diversa forma di responsabilità, ovvero quella penale internazionale dell'individuo, tale circostanza conferma quanto sopra rilevato in punto di responsabilità dello Stato: non è da considerarsi illecito l'attacco

25 Melzer, N.: *International Humanitarian Law. A Comprehensive Introduction*, Ginevra, 2016, p. 104.

26 Milanović, M.: "Mistakes of Fact When Using Lethal Force in International Law: Part I", *EJIL:Talk!*, 14 gennaio 2020.

27 Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award. Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims, 19 dicembre 2005, parr. 96, 97.

28 *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 13 giugno 2000.

che comporti danni a persone e cose protette, se tale attacco non è dovuto, *quantomeno*, a colpa, e cioè se l'errore di fatto risulta «honest and reasonable».

La prassi statale pare anch'essa propendere nella medesima direzione. Infatti, in quei casi in cui da attacchi commessi durante conflitti armati (o, comunque, in contesti analoghi) derivino siffatti danni, gli Stati tendono a *non* ammettere di aver commesso un illecito, anche qualora accettino di corrispondere, ai famigliari delle vittime o ai proprietari dei beni colpiti, delle somme di denaro *ex gratia*[29]. Gli USA, in svariate occasioni, hanno proceduto a pagamenti e*x gratia*, senza ammissione di responsabilità e attingendo a fondi dedicati (ai sensi del *National Defense Authorization Act*)[30]. Ad esempio, con riferimento all'attacco a mezzo drone avvenuto ad agosto 2021, a Kabul, durante la ritirata statunitense, che ha comportato l'uccisione involontaria di dieci civili (compresi sette minori), il portavoce del Pentagono ha parlato di «honest mistake», dal momento che «[e]xecution errors combined with confirmation bias and communication breakdowns led to regrettable civilian casualties»[31].

Ciò consente di riportare l'indagine sui binari delle regole di precauzione che, come detto sopra, debbono essere considerate in una con quelle di distinzione e proporzionalità. Se, al momento dell'ingaggio, gli organi statali possono contare su una convinzione «honest and reasonable», è perché tendenzialmente, *a monte*, gli obblighi precauzionali sono stati assolti correttamente. Così, se in effetti l'operazione è stata pianificata in modo ragionevole – cioè adottando tutte le misure praticabili secondo il caso concreto – e, a dispetto di ciò, l'esito non voluto (la selezione e l'ingaggio di obiettivi non consentiti) si è ciononondimeno verificato, esso (esito) non è rimproverabile agli organi statali e dunque allo Stato nel suo complesso, dunque nemmeno si dà violazione di una norma di diritto internazionale umanitario.

Ad analoghe conclusioni si perviene analizzando le norme in materia di diritti umani, per il vero oggetto di una maggiore elaborazione anche grazie all'attività interpretativa degli organi di controllo dei principali trattati a protezione dei diritti fondamentali. Qui lo standard del c.d. «honest belief» è stato elaborato in termini ancora più definiti.

29 In generale, su questo tema, si veda Ronen, Y.: "Avoid or Compensate? Liability for Incidental Injury to Civilians Inflicted During Armed Conflit", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2009, pp. 181 ss.; più di recente anche Crootof, R.: "War Torts", *New York University Law Review*, 2022, pp. 1065 ss., in particolare pp. 1098 ss.

30 V. più diffusamente Lattimer, M.: "Civil liability for violations of IHL: are the US and UK moving in opposite directions?", *EJIL:Talk!*, 28 ottobre 2022.

31 Borger, J.: "'Honest Mistake': US strike that killed Afghan civilian was legal", *The Guardian*, 4 novembre 2021.

Il caso 'da manuale' è quello offerto da *McCann c. Regno Unito*, deciso nel 1995 dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo[32]. La vicenda di specie concerneva agenti speciali britannici che, sulle tracce di un gruppo di individui affiliati all'IRA e sospettati di voler compiere un attentato terroristico a Gibilterra, avevano aperto il fuoco contro di loro, nell'erronea convinzione che stessero per far detonare una bomba. Ebbene, il ragionamento seguito dalla Corte è di notevole importanza per i fini del presente contributo, in quanto la Corte arrivò sì a ritenere il Regno Unito responsabile per la violazione del diritto alla vita sancito dall'art. 2 CEDU, ma *non* in ragione del mancato rispetto degli obblighi negativi (e cioè, di «astensione» dall'impiego di forza letale). La Corte, infatti, accettò che gli agenti speciali, tenuto conto delle circostanze di fatto esistenti all'epoca (e cioè delle informazioni in loro possesso), «honestly believed» di versare nelle condizioni che legittimavano l'impiego di forza letale[33].

L'assoluta necessità 'putativa' (si potrebbe dire) *non* venne considerata in sé idonea ad integrare l'illecito; lo erano, invece, le carenze della più generale pianificazione dell'operazione, che aveva permesso ai sospettati di varcare la frontiera di Gibilterra e che non aveva adeguatamente verificato l'esistenza dell'autobomba. Di nuovo, dunque, ritornano in scena gli obblighi positivi, nel caso di specie non correttamente attuati: si poteva sì parlare di colpa, ma intesa come mancata diligenza nell'adottare le misure precauzionali più adeguati al caso concreto[34]. La giurisprudenza successiva ha progressivamente affinato lo standard dell'«honest belief», chiarendo come incorpori una nozione di «ragionevolezza» da declinarsi, seppur oggettivamente, a partire dalle condizioni personali dell'agente[35], sempre ribadendo, quale interesse generale, l'opportunità di non addossare alle autorità statali un «onere irrealistico»[36] (alla luce del noto principio secondo il quale *ad impossibilia nemo tenetur*).

La casistica qui brevemente ripercorsa consente di far luce su un aspetto di non secondaria importanza, e cioè la stretta interazione tra obblighi negativi e obblighi positivi rispetto a scenari concreti. Sebbene distinguibili, per contenuto e natura, in via teorica, essi si ritrovano molto spesso avvinti nei fatti, al punto che l'interprete fatica a qualificare sotto due 'cappelli' differenti le varie condotte statali (se non

32 Corte EDU, *McCann e altri c. Regno Unito*, cit.

33 *Ibidem*, par. 200 (essendo tale uso della forza basato su «an honest belief which is perceived, for good reasons, to be valid at the time but which subsequently turns out to be mistaken»).

34 Si veda altresì General Comment No. 36, cit., par. 21.

35 Così Corte EDU, *Armani da Silva c. Regno Unito*, sentenza del 30 marzo 2016, in particolare par. 248 («the Court will have to consider whether the belief was subjectively reasonable, having full regard to the circumstances that pertained at the relevant time. If the belief was not subjectively reasonable (that is, it was not based on subjective good reasons), it is likely that the Court would have difficulty accepting that it was honestly and genuinely held»).

36 Corte EDU, *McCann c. Regno Unito*, cit., par. 200; General Comment No. 36, par. 21 («disproportionate burdens»). Da ultimo, per un caso in cui non si è pervenuti all'affermazione di responsabilità dello Stato, *Mendy c. Francia*, decisione del 4 febbraio 2018.

scontando il prezzo di una certa artificiosità)[37]. Il mancato ottemperamento agli obblighi di precauzione, infatti, oltre a poter integrare *ex se* l'elemento oggettivo dell'illecito internazionale, è spesso prodromico a un *targeting* non consentito, anch'esso in violazione di una norma primaria.

Riportando ora l'attenzione sull'oggetto del presente contributo, ovvero la possibile emersione di «vuoti di responsabilità» in conseguenza dell'impiego di AWS, è possibile affermare quanto segue. Secondo i Principi Guida adottati dal Gruppo di Esperti Governativi istituito sul tema, gli Stati sono tenuti a compiere «risk assessments» e ad adottare «mitigation measures» dalle fasi iniziali di sviluppo del sistema d'arma (ivi compreso, dunque, lo sviluppo dei software di IA) sino al *testing* e quindi all'impiego operativo[38]; alla pari, si conviene sulla necessità di adottare, sempre nella fase di sviluppo e di acquisizione, misure a protezione della sicurezza fisica e non-fisica dell'armamento, anche per scongiurare il rischio che tali componenti cadano nelle mani di gruppi terroristici e che si inneschi un processo di proliferazione potenzialmente pericoloso[39]. Questo corredo di misure di precauzione non fa altro che aggiungersi a quelle, già analizzate, relative alla scelta degli armamenti e alla pianificazione delle operazioni, al fine di minimizzare i rischi per persone e cose protette. Peraltro, l'impiego di sistemi tanto avanzati non potrà che influire, altresì, sull'obbligo di addestrare adeguatamente gli organi statali coinvolti, a vario livello, nel ciclo dell'arma[40].

Se dunque l'arma autonoma finisse per selezionare ed ingaggiare un *target* non consentito, e ciò fosse riconducibile a un'insufficiente pianificazione dell'operazione nel suo complesso (ad es., per aver scelto un sistema d'arma non adeguatamente testato per l'impiego in simili contesti, o per non aver correttamente vigilato sul sistema in fase di *deployment*), *nihil sub sole novi*: sarà possibile affermare la responsabilità internazionale dello Stato sulla base delle regole esistenti, senza che si materializzi lo spettro di «vuoti di responsabilità».

Sia consentito, a questo proposito, indulgere ulteriormente su un aspetto di non secondaria importanza. Ben si potrebbe obiettare come risulti difficile – se non impossibile – ragionare in termini di «honest» o «honest and reasonable belief» quando, a svolgere in concreto la funzione critica, sia un sistema d'arma

37 Corte EDU, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (Vgt) c. Svizzera (n. 2)*, sentenza del 30 giugno 2009, par. 79 («in addition to the primarily negative undertaking of a State to abstain from interference in Convention guarantees, "there may be positive obligations inherent" in such guarantees»).

38 *Guiding Principles affirmed by the Group of Governmental Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons System*, CCW/MSP/2019/9, lett. g.

39 *Ibidem*, lett. f.

40 Si tratta di un obbligo presente sia nel diritto internazionale umanitario sia dei diritti umani: v. per il primo l'art. 47 della Prima Convenzione di Ginevra, l'art. 48 della Seconda Convenzione di Ginevra, l'art. 127 della Terza Convenzione di Ginevra e l'art. 144 della Quarta Convenzione di Ginevra; per il secondo Corte EDU, *Nachova e altri c. Bulgaria*, cit., par. 97 (ove si precisa che l'addestramento deve avvenire dando priorità al «respect for human life as a fundamental value»).

e non un decisore umano. Evidentemente, tali standard sono stati elaborati a partire dal (e si sono sempre rapportati al) l'individuo: come verificare se essi sono stati soddisfatti dal circuito decisionale di un sistema di IA? Si rende allora necessario poter 'interrogare' il sistema, il quale dovrà saper fornire una spiegazione intellegibile all'operatore umano (e poi, se del caso, al giudice e alle parti) al fine di comprendere se l'ingaggio erroneo sia dovuto a un malfunzionamento del sistema o sia considerabile alla stregua di un 'falso positivo'. Nel primo caso, il sistema ha 'sbagliato' e l'operatore umano *avrebbe potuto (e dovuto) sapere*; nel secondo caso, il sistema ha 'sbagliato' senza che nessuno potesse evitare il danno alle persone e alle cose.

Tiriamo ora le conclusioni da quanto detto sinora. Abbandonato scenari di uso intenzionale di AWS per attaccare obiettivi non consentiti, lo standard dell'«honest belief» nelle regole di *targeting* e la natura di *due diligence* delle regole precauzionali dimostrano entrambi l'esistenza di un coefficiente minimo di colpevolezza come elemento costitutivo degli obblighi primari. *Quid*, se si arrivasse ad accertare che l'errore del sistema d'arma – che ha selezionato ed ingaggiato un obiettivo protetto, dal diritto internazionale umanitario o dai diritti umani – non è dovuto a un difetto nella pianificazione, *lato sensu*, dell'operazione, né a un malfunzionamento della macchina, di cui gli organi statali avrebbero dovuto avere conoscenza (e, dunque, mitigare)? Se non si dimostra, nel caso concreto, la ricorrenza del coefficiente minimo di colpevolezza di cui sopra, *nemmeno* potrà dirsi integrata la violazione di un obbligo internazionale e quindi, per mancanza del c.d. elemento oggettivo dell'illecito, affermarsi la responsabilità dello Stato. Ecco che, quantomeno da questo punto di vista, sembra sì – *prima facie* – generarsi un «vuoto di responsabilità» che le norme esistenti risultano inadeguate a prevenire.

Ma hanno allora ragione quanti, a partire da tale circostanza (e cioè sulla base della pretesa impossibilità di allocare correttamente la responsabilità per tali conseguenze dell'impiego di AWS), sostengono che le armi autonome sarebbero (o dovrebbero essere) vietate *ex se* dal diritto internazionale?

IV. IL PROBLEMA DEL «FALSO POSITIVO»: CORRETTIVI *DE LEGE LATA E DE LEGE FERENDA*.

Ad avviso di chi scrive, la risposta alla domanda che chiude la sezione precedente è di segno negativo: ciò, in quanto va perlomeno dimostrato che, allo stato attuale, il «vuoto di responsabilità» nei casi di *targeting* non dovuto nemmeno a colpa da parte degli organi statali (quelli che possono definirsi «falsi positivi») non possa essere in alcun modo colmato dal diritto internazionale.

A tal proposito, conviene ora suddividere la nostra analisi a seconda della tipologia di correttivo che, ad oggi, l'ordinamento internazionale – e cioè gli attori che lo compongono – potrebbe mettere in campo per prevenire l'insorgenza di siffatti «vuoti».

1. Correttivo *de lege lata:* l'interpretazione teleologicamente orientata (ed evolutiva) degli obblighi primari.

Un primo correttivo potrebbe intervenire *de lege lata*, ovvero per il tramite di un'interpretazione «teleologicamente orientata» dei rilevanti obblighi in materia di diritto internazionale umanitario e diritti umani da parte, in prima battuta, degli organi di controllo o, più in generale, dei giudici internazionali[41]. Una siffatta interpretazione «evolutiva» potrebbe contare su canoni ermeneutici ampiamente rodati ed affinati nei decenni: l'evoluzione tecnologica ha sempre informato l'interpretazione degli obblighi rilevanti, nel tentativo di mettere questi ultimi 'al passo coi tempi'[42].

Peraltro, e soprattutto nel campo dei diritti umani, si assiste già da tempo a una progressiva estensione e oggettivazione del concetto di *due diligence* alla base degli obblighi positivi.

Nel caso *Kotilainen e altri c. Finlandia*, la Corte EDU ha sovra-esteso l'obbligo di predisporre misure necessarie per proteggere la vita di quanti si trovino sotto la giurisdizione statale fino a coprire uccisioni avvenute per mano di soggetto privato che, armato, aveva fatto irruzione in una scuola e aperto il fuoco contro dieci persone[43]. La Corte concluse nel senso della violazione dell'art. 2 CEDU, pur in presenza delle seguenti circostanze: (i) non vi erano particolari deficienze nella disciplina interna (legislativa e regolamentare) sull'uso delle armi e sulle comunicazioni tra apparati di polizia; (ii) l'arma era regolarmente detenuta dal soggetto, né erano rilevabili carenze a livello procedurale; (iii) non vi era alcun rischio reale e immediato per la vita delle vittime prima dell'attacco, rischio che avrebbe dovuto essere conosciuto dalle autorità statali. La ragione che condusse all'accertamento di responsabilità risiedeva nell'inadempimento di un (non ben precisato, per il vero) dovere di «speciale diligenza» derivante dal generale obbligo

41 Turrini, P.: *Teoria e prassi dell'interpretazione evolutiva nel diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; Bjorge, E.: *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

42 Corte EDU, *Szabó e Vissy c. Ungheria*, sentenza del 12 gennaio 2016, parr. 67, 68 (per un caso relativo a meccanismi di sorveglianza diffusi e senza controllo adeguato da parte delle autorità statali, in cui la Corte ha interpretato il test di «necessità in una società democratica» – funzionale alla limitazione del diritto alla vita privata e famigliare ai sensi dell'art. 8, par. 2, CEDU – nel senso di «stretta necessità», e dunque in modo più restrittivo rispetto all'interpretazione tradizionale, proprio alla luce della rapida evoluzione in campo tecnologico).

43 Corte EDU, *Kotilainen e altri c. Finlandia*, sentenza del 17 settembre 2020.

di proteggere ogni individuo dall'uso di armi da fuoco, dovere che avrebbe dovuto condurre alla confisca dell'arma da fuoco[44].

Per quanto riguardante una vicenda non assimilabile alla casistica che qui ci occupa, questa pronuncia segna una dilatazione del contenuto degli obblighi di *due diligence* nel campo del diritto alla vita. La colpevolezza degli organi statali è qui ritenuta *in re ipsa*: non occorre altro che il mero nesso di causalità tra condotta statale ed evento per ritenere provata l'esistenza del coefficiente minimo di colpevolezza delle norme considerate. Salutato da taluni con sfavore[45], tale approccio ermeneutico potrebbe essere esteso, un domani, anche a scenari diversi, quali quelli che prevedano l'impiego di sistemi d'arma autonomi in contesti operativi. L'«abbassamento» della soglia di colpevolezza consentirebbe di pervenire ad accertamenti di responsabilità dello Stato, colmando così il «vuoto di responsabilità» anche in quei casi in cui, sulla base dell'interpretazione sinora prevalente, non sia agevole ragionare in termini di colpa.

Tale soluzione *de lege lata*, per quanto utile (specie nei primi tempi in cui sistemi d'arma autonomi potrebbero essere concretamente impiegati), non ci pare però soddisfacente, per una serie di ragioni. In primo luogo, essa sconta il fatto di presentarsi quale soluzione *parziale*, in quanto valevole per quei soli casi in cui lo Stato convenuto sia parte di un meccanismo di controllo in materia di diritti umani: USA, Israele, Cina e, se si considera il piano regionale, Russia – per menzionarne solo alcuni – scamperanno sempre allo scrutinio di tali organi. In secondo luogo, non è affatto detto che gli organi internazionali adottino questa linea ermeneutica, mancando sufficienti elementi di prassi. In terzo – ma non meno importante – luogo, sul piano teorico tale operazione comporta un'evidente forzatura del dato normativo, la quale, benché giustificabile alla luce dell'esigenza di non creare «vuoti di responsabilità», rischia di provocare torsioni nei sistemi di protezione dei diritti fondamentali.

È opinione di chi scrive, dunque, che la soluzione dovrebbe essere cercata *altrove*, e segnatamente in una prospettiva *de lege ferenda*[46]. Il perimetro entro il quale ci si è mossi sinora è quello dell'illecito internazionale, che presuppone, dunque, una condotta statale in violazione di obblighi primari: non è affatto detto che debba essere l'*unico*.

44 *Ibidem*, par. 85.

45 *Ibidem*, opinione dissenziente del giudice Eicke, par. 21 (che parla di una «lose-lose situation» per le autorità statali che versino in una situazione quale quella della fattispecie).

46 Che, comunque, anche il giurista «positivista» non dovrebbe rinunciare ad illustrare, come insegnava Antonio Cassese. Sia consentito un rimando a Mauri, D.: "La postura dell'Antonio Cassese «umanitarista» di fronte alla realtà dei conflitti armati: riflessioni a partire da alcuni scritti», *Quaderni di SIDIBlog*, 2021, in corso di pubblicazione.

2. Correttivi *de lege ferenda:* l'adozione di uno strumento giuridico ricalcato sul modello della «responsabilità senza illecito».

L'esigenza fondamentale, laddove un'arma autonoma ingaggiasse un obiettivo non consentito, è che le vittime di tale attacco – famigliari delle persone colpite, proprietari di cose distrutte, oppure i *target* medesimi, se l'attacco non è stato letale – possano accedere a una qualche forma di *ristoro* a compensazione delle perdite subite.

Il tema su cui si è iniziato a discutere da poco (e in modo ancora pressocché incompiuto) è quello dell'adattabilità, agli scenari che qui interessano, di un modello di responsabilità «senza illecito» o, detta altrimenti, «oggettiva assoluta», «da attività lecita», non senza precedenti nell'ordinamento internazionale[47]. I primi autori iniziarono ad occuparsene, in modo approfondito, verso gli anni Sessanta del secolo scorso, focalizzandosi su attività – rese possibili dal progresso tecnologico – di per sé non vietate, ma suscettibili di recare danni, anche gravissimi, alle persone e alle cose (incluso l'ambiente)[48]. In quegli anni, all'interno della Commissione del diritto internazionale – già alle prese con il Progetto in materia di responsabilità per fatto illecito – si decise, su iniziativa del Relatore Speciale Ago, di 'scorporare' il tema, conferendogli autonomia[49].

L'espressione in voga, in quegli anni, era quella di «international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law»[50]. Due sono gli elementi chiave di tale modello di responsabilità (che sarebbe più corretto chiamare, secondo l'espressione anglosassone, *liability*): da un lato, il danno (anch'esso, al pari della colpa vista sopra, escluso quale elemento costitutivo dell'illecito internazionale), che sia effettivo o quantomeno di un certo rilievo[51], e dall'altro lato il carattere lecito dell'attività in questione. La Commissione, comunque, non pervenne ad adottare un testo unico e di carattere generale, ma suddivise nuovamente il proprio lavoro in due testi, l'uno dedicato alla prevenzione

47 Per una ricognizione, si veda Tanzi, A.: "Liability for Lawful Acts", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2021; Montoje, M.: "The Concept of Liability in the Absence of an Internationally Wrongful Act", *The Law of International Responsibility* (a cura di Crawford, J.; Pellet, A.; Olleson, S.; Parlett, K.), Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 503 ss.; Barboza, J.: "International Liability for the Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law and Protection of the Environment', *Recueil des cours*, 1994, pp. 301 ss.

48 Jenks, C.W.: *Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law*, cit.; Dupuy, P.M.: *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Pedone, Parigi, 1976.

49 Commissione del diritto internazionale, *Second Report on State Responsibility by Mr Roberto Ago*, *Yearbook of the International Law Commission*, 1970, vol. II, pp. 178 ss.; *Commissione del diritto internazionale, International Liability for Injurious Consequences Arising out of Activities not Prohibited by International Law, Report of the 30th Session*, *Yearbook of the International Law Commission*, 1978, vol. II, pp. 150 ss..

50 V. la risoluzione dell'Assemblea Generale con cui veniva attribuito lo specifico mandato alla Commissione: ris. 3071 (XXVIII), 30 novembre 1973, par. 3, lett. c.

51 Montoje, M.: "The Concept of Liability in the Absence of an Internationally Wrongful Act", cit., p. 508.

del danno transfrontaliero derivante da attività pericolose, del 2001[52], e l'altro alla distribuzione del costo delle perdite dalla medesima tipologia di danno, del 2006[53].

Si trattava di un nucleo di regole e di principi assai generici, elaborati per combattere gli effetti dannosi di uno specifico novero di attività, vale a dire quelle industriali (condotte di regola, benché non esclusivamente, da privati), sull'ambiente (in particolar modo quello su cui ha giurisdizione uno Stato confinante rispetto a quello in cui si svolge l'attività in questione). L'accoglienza di tali norme in atti non vincolanti, e con limitata incidenza sulla prassi statale, è da spiegarsi a partire dalla riluttanza degli Stati ad 'accollarsi' *sic et simpliciter* danni prodotti da entità private.

Si ritiene pacificamente che il Progetto di principi del 2006 sia ispirato a un ben noto principio di diritto internazionale, segnatamente in materia ambientale, e cioè il principio «chi inquina paga», sancito, per la prima volta, nella Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo del 1992[54]. Ai sensi del principio 16, infatti, «the polluter should, in principle, bear the cost of pollution»: il contenuto di tale obbligo primario – la cui corrispondenza al diritto consuetudinario in materia ambientale è oggetto di discussione – riflette i due elementi strutturali della *liability* sopra individuati, ovvero il carattere lecito (in quanto non oggetto di divieto) e rischioso (inteso come propensione a generare danni) dell'attività sottostante[55].

Alla scarsità di prassi (e dunque di norme consuetudinarie in materia) va aggiunta la penuria di strumenti vincolanti che adottino tale modello di responsabilità. Lasciando da parte quei trattati internazionali che impongono agli Stati parte di introdurre nel proprio ordinamento forme di responsabilità (civile) oggettiva di tipo assoluto, che fuoriescono dall'analisi che qui interessa[56], l'unico settore del diritto internazionale in cui sino ad oggi si è adottato un modello di *liability* è il diritto dello spazio extra-atmosferico.

52 Commissione del diritto internazionale, *Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with commentaries*, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, pp. 148 ss.

53 Commissione del diritto internazionale, *Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities, with commentaries*, *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, pp. 59 ss.

54 Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Report of the United Nations Conference on Environment and Development. Annex I. Rio Declaration on Environment and Development*, A/CONF.151/26, 12 agosto 1992.

55 Per un approfondimento sul principio «chi inquina paga», sul suo contenuto e sul suo *status* di fonte internazionale, si rimanda a Boyle, A.: "Polluter Pays", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009; Palombino, F. M.: "Il significato del principio "chi inquina paga" nel diritto internazionale", *Rivista giuridica dell'ambiente*, vol. 18, 2003, pp. 871 ss.; nonché, più di recente, Gervasi, M., *Prevention of Environmental Harm under General International Law. An Alternative Reconstruction*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 348 ss.

56 Si tratta, per l'appunto, di trattati che disciplinano attività consentite ma pericolose (o «ultra-pericolose»), rispetto alle quali gli Stati parte *non* assumono responsabilità – nemmeno sotto forma di *liability* – sul piano internazionale; essi, per converso, si impegnano ad adottare nel *proprio* ordinamento forme di responsabilità «assoluta» per quanti si apprestino a svolgere tali attività, nel caso queste producano danno a persone fisiche e giuridiche. Dal punto di vista strutturale, dunque, l'obbligo primario presenta una natura diversa da quella che qui ci occupa. Si possono menzionare, tra i tanti, la Convenzione di Vienna sulla responsabilità civile per danno nucleare del 1963 e la Convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e loro smaltimento del 1989.

Il Trattato sui principi che governano le attività degli Stati nell'esplorazione e nell'uso dello spazio extra-atmosferico (il c.d. OST, secondo l'acronimo inglese), dopo aver fissato la regola generale di responsabilità all'art. VI, stabilisce, al successivo art. VII, che lo Stato che lancia, procura il lancio o dal territorio del quale avviene il lancio di un oggetto spaziale è «internationally liable» per danni cagionati ad altri Stati, a persone fisiche e giuridiche. Analogamente, la successiva Convenzione sulla responsabilità internazionale per danni causati da oggetti spaziali del 1972 stabilisce che lo Stato lanciatore «shall be absolutely liable to pay compensation for damage caused by its space obect on the surface of the Earth or to aircraft in flight» (art. II); tuttavia, se il danno si verifica altrove ed è riportato da un altro oggetto spaziale o da persone o cose a bordo di esso, rivive il regime di responsabilità colposo (art. III).

La dicotomia tra modello di responsabilità e *liability* si spiega, dal punto di vista teorico, proprio a partire dalla diversità di attività considerata. Nel primo caso, infatti, anche il danneggiato è impegnato in attività pericolosa (e cioè, il lancio di oggetti spaziali), sicché appare più corretto, in caso di evento dannoso, distribuire su entrambi gli oneri di ristoro. Al contrario, l'ipotesi di *liability* – che impone dunque la semplice «compensazione» del danno, senza presupporre la colpa e quindi la commissione di un illecito – meglio si attaglia in quei casi, *asimmetrici*, in cui una sola tra le parti conduce un'attività suscettibile di generare danni[57]. A conferma della logica appena illustrata, causa di esonero dall'obbligo di compensazione è unicamente la condotta gravemente colposa o dolosa da parte del danneggiato (art. VI).

La Convenzione del 1972 prevede poi, agli artt. X ss., un meccanismo per l'accertamento e la liquidazione della compensazione, che costituisce, a detta di taluni, il «tallone d'Achille» di una disciplina innovativa e, per certi versi, avveniristica[58]. Tale meccanismo può essere attivato, entro un anno, unicamente tramite canali diplomatici e, in caso di insuccesso, ogni Stato può costituire una commissione *ad hoc* per risolvere la controversia, con effetti vincolanti, però, solo con accordo di tutte le parti. Si tratta, all'evidenza, di una procedura dal carattere non-giurisdizionale, che non contempla, com'è evidente, la partecipazione di attori privati (persone fisiche o giuridiche che siano), ovvero delle vittime 'designate' dei danni *de quibus*[59]. Queste, beninteso, potranno sempre far valere le proprie ragioni

57 Jenks, C.W.: *Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law*, cit., p. 153. V. anche Pedrazzi, M.: "Outer Space, Liability for Damage", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, nonché Condorelli, L.: "La réparation des dommages catastrophiques causés par les activités spatiales", in *La réparation des dommages catastrophiques. Travaux des XIIIe Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruylant, Bruxelles, 1990, pp. 263 ss.

58 Secondo Pedrazzi, M.: "Outer Space, Liability for Damage", cit., tale meccanismo è il «main flaw» dell'intera Convenzione del 1972.

59 Secondo taluni – e secondo diverse delegazioni durante la stesura del testo convenzionale – tale limite sarebbe compensato dalla disciplina speciale in materia di protezione diplomatica introdotta dall'art. XI, che ovvia alla regola consuetudinaria del previo esaurimento dei rimedi interni e che non richiede

di fronte ai giudici interni, avvalendosi delle regole di responsabilità civile applicabili e scontrandosi con i limiti (ben noti) che questa soluzione offre (in termini di disomogeneità di soluzioni) e, a monte, con gli ostacoli all'accesso alla giustizia (*in primis* per quel che attiene all'immunità dello Stato dalla giurisdizione di altri Stati).

La prassi applicativa di tale modello di *liability* è pressoché inesistente, se si eccettua l'incidente che coinvolse, nel gennaio 1978, l'URSS e il Canada (il c.d. caso *Cosmos 954*) e che fu risolto per via diplomatica, senza peraltro che l'URSS – la quale corrispose al Canada metà dell'importo domandato – riconoscesse espressamente la propria *liability* ai sensi della Convenzione del 1972[60]. Casi di collisioni più recenti, anche nello spazio (e cioè anche in quei casi in cui troverebbe applicazione il regime di responsabilità classico), non hanno mai condotto all'attivazione della Convenzione[61].

Riportando ora il discorso a quel che qui interessa, la predisposizione di un modello di *liability* per i 'falsi positivi' generati dall'impiego di AWS colmerebbe l'unico, effettivo «vuoto di responsabilità» statale. Ma, si badi, si tratta di un «vuoto» già ampiamente discusso dalla dottrina, sia pure in contesti che non contemplano il ricorso a sistemi di IA: qualsiasi condotta non riconducibile quantomeno a colpa da parte degli organi statali (vuoi nella pianificazione dell'operazione, vuoi nel concreto atto di *targeting*) che finisca per produrre danni a persone e cose non è oggetto, al presente, di un generale obbligo di compensazione[62]. Anzi, la risalente prassi dei pagamenti *ex gratia* – anche in quei casi in cui la liceità della condotta statale è maggiormente in dubbio – conferma come, in simili scenari, la strada da percorrere per un adeguato ristoro delle vittime sia ancora lunga.

Ritornare a questo tema proprio mentre si discute di progressi tecnologici nel campo dell'uso della forza (in contesti militari o di polizia) – progressi che potrebbero *amplificare* le sottostanti esigenze di tutela – diviene imperativo. La via pattizia è quella che offre migliori garanzie di corretto funzionamento: un futuro trattato in materia, ad avviso di chi scrive, dovrebbe prevedere quantomeno quel che segue.

---

l'esistenza di un «legame genuino» tra Stato che attiva la procedura di compensazione e privati danneggiati: così Schmalenbach, K.: "Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects", in *Corporate Liability for Transboundary Environmental Harm* (a cura di Gailhofer, P. et al.), Springer, 2022, pp. 523 ss. L'effetto pratico, però, è assai contenuto, stante la mancanza di interesse, in generale, di uno Stato rispetto a siffatte questioni: sul punto, Pedrazzi, M.: "Outer Space, Liability for Damage", cit.

60 Pedrazzi, M.: "Outer Space, Liability for Damage", cit., par. 15; Tanzi, A.: "Liability for Lawful Acts", cit., par. 26.

61 Schmalenbach, K.: "Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects", cit., p. 535.

62 Così Crootof, R.: "War Torts", cit., p. 1070: «[t]he accountability gap for civilian harm is built into the structure of the law of armed conflict. A structural change is needed to close it». Vedi più diffusamente Ronen, Y.: "Avoid or Compensate? Liability for Incidental Injury to Civilians Inflicted During Armed Conflict", cit.

In primo luogo, fare salva la responsabilità internazionale per fatto illecito, in caso di mancato ottemperamento degli obblighi rilevanti. In secondo luogo, delineare, quanto più possibile, precisi obblighi di prevenzione, o quantomeno prevedere meccanismi per lo scambio di *best practices* tra Stati. In terzo luogo, prevedere forme di compensazione per 'falsi positivi', e quindi per danni derivanti a cose e persone dall'uso di AWS (sul modello della già citata Convenzione del 1972 in materia spaziale). La condotta statale, infatti, non è *ex se* vietata dal diritto internazionale, ma è *rischiosa* nella misura in cui essa è suscettibile di generare tali danni: il modello di *liability* è, quindi, quello che meglio si attaglia alla fattispecie. In quarto luogo, e così da correggere i limiti dei meccanismi esistenti, contenere adeguati strumenti di garanzia di accesso effettivo alla giustizia, da parte delle vittime, tramite l'istituzione di un organo di controllo *ad hoc* o tramite la previsione di obblighi da recepire nell'ordinamento interno.

Non si vuole certo nascondere l'ambiziosità di uno strumento simile, che rischia – come spesso avviene – di far dissuadere dalla firma gli Stati che per primi produrranno e impiegheranno AWS, con una diminuzione secca di effettività della disciplina.

Ma l'obiettivo da cui prendeva le mosse il presente contributo è raggiunto: abbiamo dimostrato che il «vuoto di responsabilità» che l'uso di AWS è destinato a generare risulta colmabile. Se tali armi sono «abhorrent», non lo sono per ragioni di responsabilità.

V. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

L'«errore cibernetico» prefigurato cinquant'anni fa da Jenks non solo è divenuto realtà, ma, nel prossimo futuro e in conseguenza del proliferare di sistemi d'arma autonomi, rischia di generare danni a cose e persone che le norme esistenti in materia di responsabilità internazionale dello Stato sono in grado di regolare *in buonissima parte*, ma *non integralmente*.

Non si pongono particolari problemi nei casi di illeciti intenzionalmente cagionati, in quegli scenari, cioè, in cui è dimostrabile l'intento, da parte degli organi statali, di selezionare ed ingaggiare obiettivi non consentiti dalle norme primarie che, di volta in volta, vengono in rilievo (segnatamente, di diritto internazionale umanitario e dei diritti umani). L'impiego consapevole di una tecnologia che, per quanto avanzata, non garantisce un adeguato livello di operabilità in determinati contesti è una condotta già oggi 'coperta' dalle norme esistenti: le caratteristiche proprie delle armi autonome – e cioè, la possibilità per l'arma di attaccare persone e cose senza necessità di un intervento umano – rilevano in misura assai limitata.

Diverso è il caso di attacchi *non voluti* a persone e cose. Si è visto, in questi scenari, che, dal momento che le norme primarie sono costruite attorno a un coefficiente minimo di colpevolezza, non si pongono problemi di «vuoti di responsabilità» per errori dovuti a malfunzionamenti del sistema. Gli obblighi di *due diligence* nella fase di prevenzione, da un lato, e lo standard del c.d. «honest and reasonable belief» al momento dell'attacco sono tali da impegnare la responsabilità statale per quei casi in cui gli organi coinvolti *avrebbero dovuto* neutralizzare o minimizzare rischi di malfunzionamento, e *non l'hanno fatto*.

Residuano quei casi in cui l'attacco non voluto non sia legato ad alcun coefficiente minimo di colpevolezza, ma dipenda dall'imprevedibile modo di operare dell'IA a contatto con il mondo reale. Se non è possibile muovere alcun rimprovero agli organi statali, poiché non si dà alcuna norma primaria violata in concreto e quindi alcun illecito, ne consegue logicamente che *nemmeno* possa ragionarsi in termini di responsabilità internazionale, per difetto di uno dei due elementi essenziali (segnatamente, quello *oggettivo*) dell'illecito internazionale.

Si è però visto che la conclusione secondo la quale le armi autonome devono essere vietate (o, secondo taluni, già lo sono) in ragione di tale «vuoto di responsabilità» è un argomento che *prova troppo*, poiché non tiene conto dei possibili correttivi che, *de lege lata* o *de lege ferenda*, possono essere introdotti per colmare il vuoto. La strada maestra che si è tentato di indicare contempla l'introduzione, idealmente per via pattizia, di un modello di «responsabilità senza illecito». Il termine, come si è visto, non deve trarre in inganno: si tratta, infatti, di una *norma primaria* che impone allo Stato cui è attribuibile un 'falso positivo' l'obbligo di compensare le vittime. I presupposti di tale modello, così come concepito nell'ordinamento internazionale, sono infatti, da un lato, il carattere non vietato dell'attività statale in questione e, dall'altro lato, la sua strutturale pericolosità (intesa come idoneità a produrre danni, anche ingenti, a cose e persone). Ci sembra che l'impiego di AWS in teatri operativi ben si qualifichi come tale, e si potrebbe allora declinare la logica sottesa al principio «chi inquina paga» nell'ambito che ci occupa, all'insegna di un novello – e volutamente pungente – «chi uccide paga».

Beninteso, quanto sin qui detto non implica che non vi siano *altre* ragioni per vietare, o quantomeno regolare in modo stringente, le armi autonome. Si potrebbe ad esempio sostenere che l'uso di forza, specialmente contro persone, in assenza di una concreta deliberazione da parte di un operatore umano, sia contrario alla *dignità umana* dell'obiettivo, e quindi contrasti con principi fondamentali sia dello *jus in bello* sia dei diritti umani. Si tratta però, come evidente, di ben altra serie di

argomenti, che qui non si può – ne si doveva – affrontare[63]. Ci è bastato dimostrare che l'argomento incentrato sull'inevitabile apertura di «vuoti di responsabilità» in conseguenza dell'impiego di armi autonome è, a ben vedere, poco convincente.

63 Si rimanda, per un saggio che illustri i termini della questione, a Tamburrini, G.: "On Banning Autonomous Weapons Systems: From Deontological to Wide Consequentialist Reasons", in *Autonomous Weapons Systems. Law, Ethics, Policy* (a cura di Bhuta, N.; Beck, S.; Geiss, R.; Liu, H.; Kress, C.), Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 112 ss.

BIBLIOGRAFIA

Amoroso, D.: *Autonomous Weapons Systems and International Law. A Study of Human-Machine Interactions in Ethically and Legally Sensitive Domains*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020

Amoroso, D.: "*Jus in bello* and *jus ad bellum* Arguments Against Autonomy in Weapons Systems: A Re-Appraisal", *Questions of International Law*, 2017, pp. 5 ss.

Amoroso, D.; Giordano, B.: "Who Is to Blame for Autonomous Weapons Systems' Misdoings?", in *Use and Misuse of New Technologies. Contemporary Challenges in International and European Law* (a cura di Carpanelli, E.; Lazzerini, N.), Springer, Cham, 2019, pp. 211 ss.

Barboza, J.: "International Liability for the Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law and Protection of the Environment', *Recueil des cours*, 1994, pp. 301 ss.

Bjorge, E.: *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014

Bo, M.: "Autonomous Weapons and the Responsibility Gap in Light of the *Mens Rea* of the War Crime of Attacking Civilians in the ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, 2021, pp. 275 ss.

Boothby, W.: "Autonomous Attack – Opportunity or Spectre?", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2013, pp. 71 ss.

Borger, J.: "'Honest Mistake': US strike that killed Afghan civilian was legal", *The Guardian*, 4 novembre 2021

Boyle, A.: "Polluter Pays", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009

Cannizzaro, V.: "Proportionality in the Law of Armed Conflict", in *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict* (a cura di Clapham, A.; Gaeta, P.), Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 332 ss.

Condorelli, L.: "La réparation des dommages catastrophiques causés par les activités spatiales", in *La réparation des dommages catastrophiques. Travaux des XIIIe Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruylant, Bruxelles, 1990, pp. 263 ss.

Crootof, R.: "War Torts", *New York University Law Review*, 2022, pp. 1065 ss.

Crootof, R.: "War Torts: Accountability for Autonomous Weapons", *University of Pennsylvania Law Review*, 2014, pp. 1347 ss.

De Sena, P.: "Condotta di singoli organi e condotta dell'apparato statale in tema di colpa nell'illecito internazionale", *Rivista di diritto internazionale*, 1988, pp. 525 ss.

Dupuy, P.M.: *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Pedone, Parigi, 1976

Egeland, K.: "Lethal Autonomous Weapon Systems under International Humanitarian Law", *Nordic Journal of International Law*, 2016, pp. 89 ss.

Gattini, A.: "La notion de faute à la lumière du projet de convention de la Commission du Droit International sur la responsabilité internationale", *European Journal of International Law*, 1992, pp. 253 ss.

Gervasi, M., *Prevention of Environmental Harm under General International Law. An Alternative Reconstruction*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 348 ss.

Gowlland-Debbas, V.; Gaggioli, G.: "The Relationship Between International Human Rights and Humanitarian Law: An Overview", in *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law* (a cura di Kolb, R.; Gaggioli, G.), Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2013, pp. 77 ss.

Hammond, D.: "Autonomous Weapons and the Problem of State Accountability", *Chicago Journal of International Law*, 2015, pp. 652 ss

Heyns, C.: "Human Rights and the Use of Autonomous Weapons Systems (AWS) During Domestic Law Enforcement", *South African Journal on Human Rights*, 2017, pp. 46 ss.

Lattimer, M.: "Civil liability for violations of IHL: are the US and UK moving in opposite directions?", *EJIL:Talk!*, 28 ottobre 2022

Longobardo, M.: "The Relevance of the Concept of Due Diligence in International Humanitarian Law", *Wisconsin Journal of International Law*, 2020, pp. 44 ss.

Mauri, D.: *Autonomous Weapons Systems and the Protection of the Human Person. An International Law Analysis*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2022

Mauri, D.: "La postura dell'Antonio Cassese «umanitarista» di fronte alla realtà dei conflitti armati: riflessioni a partire da alcuni scritti», *Quaderni di SIDIBlog*, 2021, in corso di pubblicazione

McFarland, T.: *Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict. Compatibility with International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020

McFarland, T.; McCormack, T.: "'Mind the Gap: Can Developers of Autonomous Weapons Systems be Liable for War Crimes?", *International Law Studies*, 2014, pp. 361 ss.

Melzer, N.: *International Humanitarian Law. A Comprehensive Introduction*, Ginevra, 2016, p. 104

Milanović, M.: "Mistakes of Fact When Using Lethal Force in International Law: Part I", *EJIL:Talk!,* 14 gennaio 2020

Montoje, M.: "The Concept of Liability in the Absence of an Internationally Wrongful Act", in *The Law of International Responsibility* (a cura di Crawford, J.; Pellet, A.; Olleson, S.; Parlett, K.), Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 503 ss.

Ollino, A.: Due Diligence Obligations in International Law: A Theoretical Study, Cambridge University Press, Cambridge, 2022

Palmisano, G.: "Fault", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007

Palombino, F. M.: "Il significato del principio "chi inquina paga" nel diritto internazionale", *Rivista giuridica dell'ambiente*, vol. 18, 2003, pp. 871 ss.

Pedrazzi, M.: "Outer Space, Liability for Damage", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008

Pisillo Mazzeschi, P.: *"Due Diligence" e responsabilità internazionale degli Stati*, Giuffré, Milano, 1989

Ronen, Y.: "Avoid or Compensate? Liability for Incidental Injury to Civilians Inflicted During Armed Conflit", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2009, pp. 181 ss.

Roff, H.: "Lethal Autonomous Weapons and Jus ad Bellum Proportionality", *Case West Reserve Journal of International Law*, 2015, pp. 37 ss.

Schmalenbach, K.: "Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects", in *Corporate Liability for Transboundary Environmental Harm* (a cura di Gailhofer, P. et al.), Springer, 2022, pp. 523 ss.

SCHMITT, M.; THURNHER, J.: ""Out of the Loop": Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict", Harvard National Security Journal, 2013, pp. 231 ss.

SHELTON, D.; GOULD, A.: "Positive and Negative Obligations", in *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (a cura di SHELTON, D.), Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 562 ss.

SPAGNOLO, A.: "Human Rights Implications of Autonomous Weapon Systems in Domestic Law Enforcement: Sci-Fi Reflections on a Lo-Fi Reality", *Questions of International Law*, 2017, pp. 33 ss.

TAMBURRINI, G.: "On Banning Autonomous Weapons Systems: From Deontological to Wide Consequentialist Reasons", in *Autonomous Weapons Systems. Law, Ethics, Policy* (a cura di BHUTA, N.; BECK, S.; GEISS, R.; LIU, H.; KRESS, C.), Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 112 ss.

TANZI, A.: "Liability for Lawful Acts", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2021

TURRINI, P.: *Teoria e prassi dell'interpretazione evolutiva nel diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018

WILFRED JENKS, C.: "Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 117, Brill, Leiden, 1996

SOSTENIBILITÀ E REGIME RIMEDIALE NELLA VENDITA DEI BENI DI CONSUMO

SUSTAINABILITY AND REMEDIAL REGIME IN THE SALE OF CONSUMER GOODS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 430-467

Andrea
FANTINI

ARTICOLO CONSEGNATO: 3 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: L'atto di consumo va assumendo una dimensione assiologica che merita di essere proiettata anche in una prospettiva rimediale. È il rapporto tra diritto e sostenibilità ad essere sollecitato. Una politica di incentivo del rimedio riparatorio dei beni è centrale nel progetto di un mercato unico sostenibile, in cui l'inseparabilità tra interessi individuali e interessi generali deve ispirare la ricerca di un nuovo equilibrio.

PAROLE CHIAVE: Sostenibilità; economia circolare; progresso; consumo; conformità; riparazione dei beni.

ABSTRACT: *The act of consumption is assuming an axiological dimension that deserves to be projected also in a remedial perspective. It is the relationship between law and sustainability that is called for. An incentive policy for the remedy of the repair of goods is central to the project of a sustainable single market, in which the inseparability between individual interests and general interests must inspire the search for a new balance.*

KEY WORDS: *Sustainability; circular economy; progress; consumption; conformity; repair of goods.*

SOMMARIO.- I. SOSTENIBILITÀ: UNO SGUARDO SOCIOLOGICO.- II. SVILUPPO SOSTENIBILE E DOVEROSITÀ SOCIALE.- III. SOSTENIBILITÀ, DIRITTO E PROGRESSO.- IV. ECONOMIA CIRCOLARE E REGOLAZIONE DEL MERCATO.- V. CONFORMITÀ E RIMEDI NELLA NUOVA DISCIPLINA DELLA VENDITA DEI BENI DI CONSUMO.- VI. POSSIBILI TECNICHE DI INCENTIVO DELLA RIPARAZIONE DEI BENI.- VII. RIMEDIO RIPARATORIO: ULTIMI APPRODI.- VIII. ALLA RICERCA DI UN NUOVO EQUILIBRIO.

I. SOSTENIBILITÀ: UNO SGUARDO SOCIOLOGICO.

Vi è un *fil rouge* che collega la fisica, l'astronomia, le scienze naturali, la sociologia, la filosofia, il diritto: lo chiamiamo Sistema.

Grandi menti moderne dedicano e hanno dedicato la loro vita allo studio di un sistema, del Sistema. Sia che questo assuma variamente le connotazioni di Società, Universo, Ordinamento, eminenti studiosi hanno cercato di individuare i principi che governano un sistema e di ridurre la complessità di un sistema complesso[1].

Sistema complesso è la società. Ed è forse il sistema che registra maggiori incrementi di complessità: quanto più si estende il sapere, tanto più si estende il non-sapere. Quanto più si estende la conoscenza, tanto più si estende il non sapere delle conseguenze[2].

L'estensione della conoscenza ha generato l'intensificazione della produzione. I meccanismi di produzione continua hanno reso evidente il non-sapere delle conseguenze: ciò lo si suole chiamare «insostenibilità».

L'insostenibilità è un concetto assai più tangibile di ciò che si trova dall'altro lato, la sostenibilità. Sino ad ora abbiamo praticato la insostenibilità. Sappiamo come essere insostenibili. Sappiamo pure che è insostenibile procedere come si è proceduto sino ad ora.

1 Giorgio Parisi, premio Nobel per la fisica nel 2021 per i suoi studi sui sistemi complessi, spiega che un sistema complesso è un «sistema descritto da leggi fenomenologiche che non discendono immediatamente dalle leggi che descrivono il comportamento dei singoli componenti», Parisi, G.: *In un volo di storni. Le meraviglie dei sistemi complessi*, Rizzoli, Milano, 2021.

2 Capobianco, E. e Fantini, A.: "Rischio pandemia e diritto dei contratti", in Aa.Vv.: *La differenza e l'ostacolo* (a cura di L. Nuzzo e S. Tommasi), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, p. 136.

• Andrea Fantini
Assegnista di ricerca, PhD, Università del Salento
andrea.fantini@unisalento.it

Frank Trentmann[3], nella sua ricostruzione mozzafiato di 500 anni di consumo, ci dà una valutazione piuttosto pessimistica di come ci siamo comportati e ci comportiamo ancora oggi[4].

L'insostenibilità è dunque l'alterità che compone l'unità della differenza[5]. E la differenza la fa la condotta umana, l'uomo.

Noi ci discostiamo, o quantomeno tentiamo di discostarci, da ciò a cui siamo stati legati sino ad ora. Vale a dire la insostenibilità. L'urgenza non è essere sostenibili ma non essere più insostenibili, perché non vi è più il tempo di essere insostenibili.

Il concetto di sostenibilità fa emergere ed è intimamente collegato a quello di limite. Limite non tanto al consumo, allo spreco; il limite delle risorse, quindi, il limite della vita.

Ed è altresì collegato a solidarietà[6]. Sostenibilità e solidarietà sono accomunate dall'opposizione alla visione egoistica.

3 Trentmann, F.: *The Empire of Things. How we Became a World of Consumers, from the Fifteenth Century to the Twenty-First*, Penguin Books, London, 2016.

4 Micklitz, H.W.: "Squaring the circle? Reconciling consumer law and the circular economy", *Journal of European Consumer and Market Law*, 2020, vol. 8, num. 6, pp. 229-237.

5 Una distinzione la si può fare solo rispetto ad una unità. Ma la distinzione permette di vedere l'un lato o l'altro. L'unità resta inosservabile. L'unità della distinzione di bene e male non può essere osservato; ed è per questo che il bene è morale, così come il male è morale. Così pure il lecito è diritto e l'illecito è diritto esso stesso. Tali osservazioni sono liberamente ispirate alle straordinarie pagine di Luhmann, N., De Giorgi, R.: *Teoria della società*, Franco Angeli, Milano, 1992.

6 Solidarietà icasticamente definita «una finestra aperta sulla società per consentire il suo sviluppo ordinato» da Vettori, G.: "Persona e mercato al tempo della pandemia", *Persona e mercato*, 2020, num. 1, p. 6. Identifica nella solidarietà un «[p]rincipio speculativo, interno all'ordine giudico; forza di coesione entro l'organismo del diritto obiettivo, e quindi motivo operante, dall'interno, nel processo di creazione dei diritti subbiettivi» Pugliatti, S.: *Teoria dei trasferimenti coattivi*, Casa Tipografica Ettore Silva, Messina, 1931, p. 111. In tale prospettiva, l'illustre A. considera la solidarietà un «veicolo unico, [...] attraverso il quale si stabilisce *ab origine* un ineliminabile contatto tra lo Stato e l'individuo, e quindi tra il diritto obiettivo e il diritto subiettivo, unica fonte dalla quale nasce, con quello, l'obbligo di attuazione e tutela da parte dello Stato, e con questo la facoltà legittima del singolo, alla quale, estendendosi l'obbligo di tutela, si estende anche il diritto di (limitata e condizionata) disposizione, che con quella si fonde». Con particolare riguardo al rapporto obbligatorio, indica che la «formula solidarietà [...] fa riferimento ad un contemperamento d'interessi superindividuali nella prospettiva etica dell'affievolimento del "dato egoistico" non in quella economica della produttività» Cicala, R.: Produttività, solidarietà e autonomia privata, *Rivista di diritto civile*, 1972, p. 298. In tale prospettiva, Perlingieri, P.: "«Depatrimonializzazione» e diritto civile", in Id.: *Scuole, tendenze, metodi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, pp. 173 ss.; Id.: "Mercato, solidarietà e diritti umani", *Rassegna di diritto civile*, 1995, pp. 82 ss.; Id.: "La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo", in Id.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, pp. 308 ss.; ma anche Rodotà, S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969; Lucarelli, F.: *Solidarietà e autonomia privata*, Jovene, Napoli, 1970, pp. 92 ss.; Lipari, N.: "«Spirito di liberalità» e «spirito di solidarietà»", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, pp. 1 ss.; Stanzione, P.: *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999; Rodotà, S.: *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 36, pone l'accento sull'emersione di un "*ecological citizen*", non condizionato nel suo agire dal riferimento esclusivo a interessi egoistici o logiche di mercato, «ma necessariamente coinvolto in processi collettivi, dove si manifesta un'ulteriore connessione – quella tra solidarietà e partecipazione – che fa riemergere la solidarietà come virtù repubblicana»; Rizzo, V.: "Contratto e costituzione", *Rassegna di diritto civile*, 2015, pp. 349 ss.

Anzi, sostenibilità è il contrario di egoismo. L'egoismo connota la centralità dell'io e disvela la sua componente di asocialità. E l'asocialità non ha a che vedere con la libertà.

Si è autorevolmente sostenuto che «è sostenibile ciò che supera l'egoità e la coniuga con l'altruità, che riappacifica e riduce a sintesi il conflitto generazionale, ciò che esalta la doverosità senza la quale non può esservi socialità, cioè che spiega lo sviluppo (e non la soluzione) tra *status personae* e *status civitatis*, che afferma la continuità tra le libertà individuali e i diritti sociali, che persegue l'effettività del minimo vitale alla persona quale garanzia dell'ordinamento»[7].

In tal senso si è propugnata la costruzione dell'idea del bene comune[8], del bene universale. È questa, ad avviso di chi scrive, un'invenzione della ragione moderna che ha la funzione di giustificare le decisioni della politica.

Non dissimilmente lo si fa con il concetto di sostenibilità. Si tratta di un costrutto della semantica, della semantica artificiale, poiché non corrisponde a verità. La costruzione di senso intorno a sostenibilità presuppone la libertà, che a sua volta è condizione del sapere.

E libertà di scelta fra sostenibile e insostenibile è un'altra menzogna della società moderna, poiché libertà di scelta significa che si è di fronte ad una alternativa[9]. Tuttavia le alternative sono costruite. Così la scelta, in questo senso, è già scelta. Le possibilità, prima di diventare alternative, sono molteplici. Quando diventano alternative sono già ridotte. È questa un'artificialità, che non ha a che vedere con la libertà.

Così, le possibilità di essere sostenibili sono molteplici. Tuttavia le alternative – così ridotte tra le molteplici possibilità – che ci vengono proposte sono le meno sostenibili.

Di qui la non libertà di scelta. Il poter decidere solo su ciò su cui non si può decidere.

Altro concetto collegato a sostenibilità è quello di educazione. Educazione alla sostenibilità: missione ardua. Il problema, atavico, è che l'azione dei singoli

7 Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018. Opera recensita da Perlingieri, G., "«Sostenibilità», ordinamento giuridico e «retorica dei diritti». A margine di un recente libro", *Il Foro napoletano*, 2020, num. 1, pp. 101-118 e Pennasilico, M.: "Recensione a E. Caterini, Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale", *Rassegna di diritto civile*, 2018, pp. 1511 ss.

8 Tra i più ferventi sostenitori della categoria dei beni comuni, Mattei, U.: *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

9 Senza alternativa, d'altronde, non è possibile scegliere.

compone l'azione della collettività e il singolo, «l'uomo è costituzionalmente, un ribelle»[10].

Si diceva, sostenibilità è un costrutto della semantica che si è affermato nella comunicazione sociale. Lo stesso dicasi di sviluppo sostenibile. Ma cosa vuol dire sostenibilità? Può una centrale elettrica dirsi sostenibile[11]? Può un inceneritore dirsi sostenibile? Ed è sostenibile lo sviluppo sostenibile?

II. SVILUPPO SOSTENIBILE E DOVEROSITÀ SOCIALE.

Di là che l'espressione racchiude in sé un evidente ossimoro[12] consistente nell'accostare, nella medesima locuzione, due parole che esprimono concetti contrari ed antitetici – quelli di sviluppo economico e di sostenibilità ambientale – il concetto di sviluppo sostenibile è diventato in questi ultimi anni un punto focale della discussione tra economisti ed ecologisti; l'aggettivo si è presentato, in questa discussione, più come una correzione che come una specificazione del sostantivo.

L'espressione è entrata nel linguaggio e nel senso comune, come il segnale di un profondo cambiamento di sensibilità, di una più diffusa e consapevole coscienza ecologica.

Lo sviluppo sostenibile è stato efficacemente definito come «lo sviluppo che garantisce ad ognuno i servizi ambientali, sociali ed economici di base senza minacciare l'evoluzione dei sistemi (naturale, costruito, sociale) dai quali dipendono tali servizi»[13].

Già nel 1972 nel Rapporto del Club di Roma si diceva che la crescita economica è incompatibile con la sostenibilità perché, prima o poi, al crescere della popolazione mondiale si genereranno delle necessità cui non si potrà far fronte se non intaccando le risorse naturali al momento presenti[14].

10 «E forse i ribelli possono mai esser felici?», le parole di Ivan Karamàzov, in Dostoevskij, F.M.: *I fratelli Karamàzov*, Sansoni, Firenze, 1966, nelle sublimi pagine del capitolo Il Grande Inquisitore.

11 È recentissimo l'annuncio, da parte delle autorità USA, della svolta sulla fusione nucleare, dopo la produzione, per la prima volta nella storia in un laboratorio della California, di una reazione che genera più energia di quella necessaria per innescarla. Si tratta di una fonte di energia più sostenibile dal punto di vista ambientale rispetto alle fonti basate sui combustibili fossili o sulla fissione nucleare.

12 In tal senso Cafagno, M.: "Cambiamenti climatici tra strumenti di mercato e potere pubblico", in Aa.Vv.: *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile* (a cura di G.F. Cartei), Giappichelli, Torino, 2013, pp. 105 ss.

13 Definizione rinvenibile nel programma *Local Agenda 21*, elaborato nel 1994 dall'*ICLEI* (*International Council for Local Environmental Initiatives*).

14 Il riferimento è al Rapporto sui limiti dello sviluppo, commissionato al MIT dal Club di Roma, Meadows, D.H., Meadows, D.L., Randers, J. e Behrens, III W.W.: *The Limits to Growth*, Universe Books, New York, 1972.

Di qui il concetto di sostituibilità delle risorse. Il grado di sostituibilità delle risorse è inversamente proporzionale al grado di sostenibilità dello sviluppo: la sostituibilità aumenta al diminuire della sostenibilità. Attualmente il dibattito ruota attorno alle due posizioni mediane della scala della sostituibilità-sostenibilità e si tenta di venire a capo della questione relativa alla conservazione del capitale naturale senza però bloccare la crescita economica.

L'idea di sviluppo sostenibile tende a mettere in crisi le posizioni antropocentriche e ad aprire la strada a quelle biocentriche ed ecocentriche, che prendono in considerazione tutti i viventi e non viventi del pianeta[15].

In questo scenario si inserisce il contributo dell'ONU che, nel corso della sua Assemblea generale del 25 settembre 2015, ha approvato il documento denominato «Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile», definito «… un programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità», risultato di un processo preparatorio lungo e complesso.

Anche l'Unione Europea ha adottato una postura articolata che coinvolge molteplici settori e, così, i Paesi membri stanno convergendo verso obiettivi vincolanti con legislazioni coordinate[16]. In particolare, il *Green Deal* europeo stabilisce l'obiettivo di rendere l'Europa il primo continente a impatto climatico zero entro il 2050[17]. In questo, come pure in altri documenti, emerge la centralità del concetto di sviluppo sostenibile e, dunque, di sostenibilità, non solo con riferimento alla tutela dell'ambiente, ma anche con più ampie declinazioni sociali[18].

15 Non pochi gli appelli ad un uso sostenibile delle risorse contenuti nell'enciclica Laudato si' di Papa Francesco. In particolare si legge che «la sfida urgente di proteggere la nostra casa comune comprende la preoccupazione di unire tutta la famiglia umana nella ricerca di uno sviluppo sostenibile e integrale» (Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2015). Alla base del pensiero del Santo Padre si colloca l'idea di un futuro che richiede con urgenza un reale cambiamento, a supporto di un mondo che assuma come valore intrinseco la qualità della vita, dei rapporti tra gli uomini e dei rapporti tra l'uomo e l'intero pianeta, la sua casa comune.

16 Un quadro del sistema multilivello di governance ambientale europea e delle criticità sorte a valle della crisi economica e delle alterazioni della *membership* europea è offerto in Jordan, A., Gravey, V., Adelle, C.: "EU Environmental Policy at 50: Retrospect and Prospect", in Id.: *Environmental Policy in the EU*, Routledge, London-New York, 2021, pp. 357 ss.

17 Su cui, cfr. Lionello, L.: "Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione", *Jus*, 2020, num. 2, pp. 105 ss.

18 Infatti, il temine *sostenibile*, «nato nel mondo delle politiche ambientali (soprattutto per il concetto di 'sviluppo sostenibile'), rapidamente ha contaminato settori diversi: la finanza sostenibile, il turismo sostenibile, l'architettura sostenibile, l'agricoltura ecc. oggi tutto appare sostenibile, o, più spesso, insostenibile», così Cartabia, M. e Simoncini, A.: "Introduzione", in Id.: *La sostenibilità della democrazia nel XXI secolo*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 13. Sul punto anche Bifulco, R.: *La responsabilità giuridica verso le generazioni future tra autonomia della morale e diritto naturale laico*, in Aa.Vv.: *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite* (a cura di A. D'Aloia), Giuffrè, Milano, 2003, p. 171. Infatti, quanto al concetto di sostenibilità, le «origini sono rinvenibili, senza dubbio, nella materia ambientale, in cui si fa riferimento alla potenzialità di un certo ecosistema di permanere inalterato nel tempo; ma il tema della sostenibilità si ricollega anche ad altri settori quali quello economico, sociale e culturale», Sciancalepore, G.: "Le dimensioni della sostenibilità", *Iura and Legal System*, 2020, num. 1, p. 8. Cfr. Cirillo F.: "La sostenibilità come diritto delle generazioni presenti?", in Lanni, S.: *Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate*, Giappichelli, Torino, pp. 139-140.

In relazione all'attuazione dell'Agenda 2030, il Consiglio dell'UE ha emanato due importanti Conclusioni: «La risposta dell'UE all'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile – il futuro sostenibile dell'Europa», adottata nel 2017 e la più recente «Verso un'Unione sempre più sostenibile entro il 2030», elaborata nel 2019, grazie alle quali esorta la Commissione a elaborare una strategia globale di attuazione che delinei tempistiche, obiettivi e misure concrete per integrare gli SDGs (Sustainable Development Goals) in tutte le relative politiche interne ed esterne dell'UE.

In Italia, in particolare, nel dicembre 2017 è stata approvata la Strategia Nazionale per lo Sviluppo Sostenibile (SNSvS), che definisce le linee direttrici delle politiche economiche, sociali e ambientali finalizzate a raggiungere gli obiettivi di sviluppo sostenibile entro il 2030 ed è strutturata in cinque aree, corrispondenti alle «5P» dello sviluppo sostenibile proposte dall'Agenda 2030, ciascuna delle quali contiene scelte e obiettivi strategici per l'Italia, correlati agli SDGs dell'Agenda 2030[19].

A partire da questa cornice globale di riferimento, è possibile entrare con più dettaglio nel concetto di sviluppo sostenibile, richiamando, seppur in estrema sintesi, alcuni dei concetti chiave che ne sono alla base. Tra di essi quelli di: a) approccio sistemico: pone enfasi non soltanto sulla rilevanza del fenomeno studiato e degli elementi che lo caratterizzano, ma anche e soprattutto sulle interazioni tra tali elementi e sulle sinergie che si sviluppano tra gli stessi; b) complessità: alla base del pensiero sistemico si pone l'idea che un sistema è qualcosa di più della somma delle parti che lo compongono. Questa affermazione si oppone ad ogni tentativo di riduzionismo, alla linearità causa-effetto, alla scomposizione della realtà in parti tra loro isolate, ponendo l'accento sull'aspetto globale della conoscenza, sulla complessità strutturale del tutto, degli organismi e sulle interazioni tra i vari fenomeni. Il concetto di sistema diviene così una nozione-chiave per la formulazione di una nuova concezione del mondo; c) incertezza: l'approccio sistemico richiamato porta a considerare che l'ambiente e le società sono regolati da meccanismi complessi, caratterizzati da dinamiche non lineari e pertanto difficilmente prevedibili; d) limite: la prestigiosa rivista scientifica *Nature* ha pubblicato a tale proposito un lavoro di numerosi scienziati, nel quale è evidenziato come in molte situazioni l'impatto umano sui sistemi naturali sia ormai vicino a dei punti critici ("soglie"), oltrepassati i quali gli effetti generati potrebbero essere devastanti per l'umanità. Perciò, vengono identificati dal punto di vista biofisico dei "confini del pianeta" (*planetary boundaries*) che l'intervento umano non dovrebbe superare, per non scatenare effetti devastanti e drammatici

19 Bachiorri, A.: "Agenda 2030: un'opportunità per costruire insieme un futuro sostenibile", *Quaderni di ricerca* sull'artigianato, 2020, num. 3, p. 305.

per i sistemi sociali, economici e ambientali[20]; e) la logica del lungo periodo: è forse l'aspetto evocato più esplicitamente nel Rapporto *Brundtland*.

Il riferimento alle generazioni future, porta necessariamente l'attenzione non solo sulla prossima generazione ma anche su quelle successive, coloro che popoleranno il pianeta in un futuro anche molto lontano, espandendo così le prospettive della pianificazione e delle relative valutazioni alla dimensione inter-generazionale[21].

Di qui gli approcci, sia pur timidi, sotto forma di tentativi di giuridificare i rapporti tra le generazioni presenti e future[22] (anche come doveri della generazione presente[23]).

La dimensione di co-responsabilizzazione che caratterizza la componente dello sviluppo sostenibile riconducibile al principio di sussidiarietà[24] porta a riconoscere anche ai singoli operatori economici – consumatori inclusi – un ruolo partecipativo diretto nel processo di realizzazione di una società più sostenibile[25].

III. SOSTENIBILITÀ, DIRITTO E PROGRESSO.

Proprio questo rinnovato contesto culturale e l'apparato valoriale di cui è espressione l'Agenda 2030 possono permettere al principio dello sviluppo

20 I ricercatori hanno inoltre stimato i dati numerici che dovrebbero essere «invalicabili» per nove parametri planetari: buco dell'ozono, perdita di biodiversità, inquinamento chimico, cambiamento climatico, acidificazione degli oceani, uso dell'acqua dolce, cambiamento d'uso del suolo, cicli dell'azoto e del fosforo e aerosol atmosferici.

21 Bachiorri, A.: "Agenda 2030", cit., pp. 299-300.

22 Cfr. D'Aloia, A.: "voce Generazioni future (diritto costituzionale)", in D'Ambrosio, R.: *Enciclopedia del diritto - Annali IX*, pp. 331 ss.; Id.: "Costituzione e protezione delle generazioni future?", in Aa.Vv.: *Responsabilità verso le generazioni future* (a cura di F. Ciaramelli e F.G. Menga), Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 293 ss.; Caterini, E.: *Sostenibilità*, cit., pp. 114 ss.; Id.: "Sustainability and Civil Law", *The Italian law journal*, 2018, pp. 289 ss.; Caccavale, C.: "Per un diritto sostenibile", in Aa.Vv.: *Crisi della legge e produzione privata del diritto* (a cura di G. Conte e M. Palazzo), Giuffrè, Milano, 2018, pp. 241 ss.; Perlingieri, C.: "Nuove forme di partecipazione politica e «metodo democratico»", *Rassegna di diritto civile*, 2018, pp. 873 ss.

23 I diritti delle generazioni future sono coniugati come doveri della generazione attuale, per esempio, da Mabellini, S.: "La sostenibilità in campo ambientale e i diritti delle generazioni future: un'ulteriore prova delle capacità palingenetiche dell'art. 9, comma 2, Cost.", *Diritto e società*, 2, 2018, pp. 151 ss. Non c'è dubbio, poi, che nelle costituzioni ci sia una necessaria «proiezione verso le future generazioni» che però non si traduce necessariamente in un richiamo esplicito, così Grassi, S.: "La Costituzione siamo noi", *Nomos*, 2017, num 1, p. 11.

24 Perlingieri, P.: "La sussidiarietà nel diritto privato", *Rassegna di diritto civile*, 2016, *passim*.

25 Bertelli, F.: "«Dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore», conformità oggettiva ed economia circolare", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, p. 223. Cfr. Capaldo, G.: "Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile", *Persona e mercato*, 2020, pp. 334 ss., la quale osserva come «[l]ibertà, diritti sociali, diritti umani fondamentali rappresentano il banco di prova di qualsiasi opzione di sistema economico, sollecitando un'indagine che, oltre che giuridica, affronti e risolva anche opzioni etiche e di giustizia distributiva e sociale» e afferma che «la sussidiarietà è un valore dell'ordinamento giuridico che presuppone l'integrazione tra potere pubblico e gruppi sociali nel primato della libertà e della società civile [...] l'art. 118 della Cost. è una conferma del riconoscimento della centralità della persona umana sia come singolo sia nelle formazioni sociali».

sostenibile, che ne offre una sintesi, di conformare anche le attività private. Anche per questa ragione, un rapido sguardo agli obiettivi dell'Agenda 2030 permette di sottolineare che l'approccio integrato che la caratterizza non può portare a considerare il diritto privato impermeabile alla sostenibilità[26].

Anzi, non solo non può considerarsi estraneo alla tradizione ecologica, ma il diritto privato rappresenta un fattore potenzialmente determinante per il perseguimento dell'obiettivo 12 dell'Agenda 2030, specificamente dedicato a «consumo e produzione responsabili»[27].

La domanda, a questo punto, che ci si pone è la seguente: come può il diritto, il diritto privato, ridurre la insostenibilità?

Si tenterà di darne risposta nel prosieguo, assumendo a premessa obbligata che quando ci si rivolge al diritto per ridurre il rischio di un qualcosa è già troppo tardi.

Prima, però, si cercherà di attribuire significato a sostenibilità.

Per riempire di senso un concetto frutto di costruzione semantica che, come visto innanzi, regge però sui presupposti fallaci della distinzione di una unità inosservabile, si deve procedere coniugando astrattezza e risvolti pratici.

La prima fonte di senso sta nell'individuare «nella sostenibilità un concetto essenziale per il progresso materiale e spirituale e, quindi, del diritto»[28].

La seconda fonte di senso risiede nel disvelare tramite la sostenibilità la «necessità di adattare le categorie alla domanda di giustizia, nonché di proporre soluzioni, nel momento applicativo, non tanto conformi alla lettera della legge ma adeguate alla sua *ratio*, alla logica complessiva del sistema giuridico vigente[29],

26 Bertelli, F.: "CSR Communication e consumo responsabile: un circolo virtuoso per la Circular Economy?", in Lanni, S.: *Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate*, Giappichelli, Torino, p. 195. Cfr. Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico* (1950), rist., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994, p. 48, là dove chiarisce che il diritto non ha il compito meramente statico di conservare immutata la realtà, nonché «di proteggere l'attuale distribuzione mediante il conferimento di diritti soggettivi ai presenti detentori, esso ha anche il compito dinamico di renderne possibile il perenne rinnovamento, di agevolare la circolazione di beni e la vicendevole utilizzazione dei servizi in conformità coi bisogni via via emergenti»; Di Sabato, D.: "Diritto privato, rapporti economici, sostenibilità ecologica", 25 *Cardozo Electr. L. Bull.*, 2019, pp. 1 ss; Caccavale, C.: "Per un diritto", cit., pp. 241 ss.; Mignone, C.: "Diritti e sostenibilità. una ricostruzione per immagini", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2021, num. 14, pp. 210 ss.

27 Bertelli, F.: "«Dichiarazioni", cit., pp. 221-222.

28 La definizione è di Perlingieri, G.: "«Sostenibilità»", cit., p. 101.

29 Complesso e unitario, Perlingieri, P.: "Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente", *Rassegna di diritto civile*, 2005, *passim*.

fondato su valori normativi irrinunciabili e identificativi della legalità costituzionale italiana, come la «solidarietà» e la «dignità umana»[30].

Sostenibile è soltanto lo «sviluppo che ha come riferimento» la «persona» e la «coesione sociale»[31].

Quest'ultimo concetto, ancor più illusorio di sostenibilità non può passare solo attraverso l'esaltazione dei diritti, ma richiede doverosità.

«Occorre assicurare alla persona i diritti inviolabili[32] ma riconoscere i doveri inderogabili dell'uomo. Senza doverosità non c'è socialità»[33], sí che la doverosità è «immanente alla socialità».

La sostenibilità, si è autorevolmente scritto, assurge a parametro di meritevolezza degli interessi perseguiti[34].

In coordinamento con le rinnovate istanze di sostenibilità, la tutela del consumatore assume nuovi contenuti in una dimensione evolutiva che intende conferire valore aggiunto alle scelte della persona che, ben oltre il conseguimento del profitto, persegua interessi rilevanti in termini di sostenibilità[35].

30 Così Perlingieri, G.: "«Sostenibilità»", cit., p. 101, che richiama, a sua volta, i valori evocati da Caterini, E.: *Sostenibilità*, cit., pp. 11 ss.

31 Caterini, E.: *Sostenibilità*, cit., p. 145. «Quindi la sostenibilità è un concetto trasversale che riguarda il giudice e il legislatore; ed è anche un sostantivo che deve assistere l'operatività di tutti gli istituti giuridici, al fine di assicurare il rispetto della gerarchia delle fonti e dei valori, nonché la «preminenza della funzione personalista su quella mercantile e patrimonialista», in quanto «senza una considerazione delle fasce deboli il progetto europeo è destinato a svanire», così sempre Perlingieri, G.: "«Sostenibilità»", cit., p. 102. Cfr. Vettori, G.: *Contratto e rimedi. Verso una società sostenibile*, Cedam, Padova, 2021, p. 60; Id.: "Diritti e coesione sociale. Appunti per il seminario fiorentino del giorno 8 giugno 2012", *Persona e mercato*, 2012, p. 4, il quale nota come «[l]e Istituzioni europee fissano l'obbiettivo di uno sviluppo sostenibile basato su una crescita equilibrata e un'economia sociale di mercato altamente competitiva [...] non si tratta di una formula vuota, ma di una clausola generale che deve essere tradotta in principi e regole operative con il concorso di tutte le scienze sociali».

32 Cfr. Viterbo, F.G.: "Bisogni primari della persona e diritti inviolabili: limiti dell'autonomia individuale e collegiale", in Aa.Vv.: *Destinazioni d'uso e discipline inderogabili nel condominio* (a cura di M. Costantino, A. De Mauro, V. Colonna, P. Lisi e F.G. Viterbo), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 147-193. Alla tutela della persona deve ispirarsi altresì la regolamentazione dei servizi pubblici economici: sul tema, Berti de Marinis, G.: *Disciplina del mercato e tutela dell'utente nei servizi pubblici economici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, pp. 183 ss.

33 Caterini, E.: *Sostenibilità*, cit., p. 21.

34 Così Perlingieri, G.: "«Sostenibilità»", cit., p. 102. Sul tema, tra gli altri, Perlingieri, G.: "Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c.", *Foro napoletano*, 2014, p. 63. In merito alle differenti modalità di ricorso ai principi, sottese al controllo sugli atti di autonomia, Polidori, S.: "Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale", in Aa.Vv.: *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studio dell'associazione dei dottorati di diritto privato* (a cura di G. Perlingieri e M. D'Ambrosio), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 391 ss. Con riguardo al controllo di meritevolezza della causa dei contratti di "finanza sostenibile" si veda Di Raimo, R. e Mignone, C.: "Strumenti di finanziamento al Terzo settore e politiche di intervento locale nella «società inclusiva» europea. (Dalla filantropia alla finanza alternativa)", Giustizia civile, 2017, pp. 139 ss.

35 Vettori, G.: "Verso una società sostenibile", *Persona e mercato*, 2021, num. 3, pp. 464 ss.

L'evoluzione si origina nell'economia globalizzata[36] attraverso una dinamica di sviluppo caratterizzata dalla circolarità del ciclo produttivo e di consumo, così come finalizzato al recupero, riuso e riciclo del bene[37].

L'autonomia privata può pervenire ad un modello di produzione e consumo che preserva detti elementi al limite del loro esaurimento, contemplando il principio di solidarietà[38] quale volano del sistema economico[39].

Ancor prima, l'arduo compito spetta al legislatore.

IV. ECONOMIA CIRCOLARE E REGOLAZIONE DEL MERCATO.

Anticamente il consumo aveva un'accezione fortemente negativa. Tanto che il latino 'consumere', di riflesso, così come si è fatto strada nelle lingue europee, è venuto a significare variamente 'esaurire, deperire, finire'.

Considerare il consumo non più come uno spreco o come una rovina per la collettività, ma piuttosto come un modo per rendere le nazioni più ricche, più civili e più forti può essere fatto risalire al XVIII secolo.

Adam Smith ha evidenziato gli impulsi sociali e psicologici che spingono le persone ad accumulare beni, a consumare: hanno iniziato a guardare agli oggetti come 'mezzi di felicità[40].

Ciò ha prodotto l'attuazione di modelli di consumo, e prima ancora di produzione, che mettono al centro la gratificazione immediata, il volere e il possedere sempre di più.

36 Sull'evoluzione del sistema economico in senso "globalizzato" si veda Capobianco, E.: "Globalizzazione, mercato, contratto", *Persona e mercato*, 2017, num. 3, pp. 133-143.

37 Concetti sui quali si ritornerà. Cfr. Ciocia, M.A.: "Circolarità economica e trasparenza del prodotto", *The European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2022, num. 1, *passim*.

38 Rodotà, S.: *Solidarietà*, cit., p. 102, il quale osserva come la solidarietà sia «un principio che fornisce la base legale per la ristrutturazione continua del sistema socio-istituzionale. Mostra così una attitudine inclusiva non solo nei confronti delle persone, ma dell'insieme degli strumenti che, nella variabilità dei tempi e dei contesti, rendono possibile la sua concretizzazione». Sul principio di solidarietà, oltre alle opere citate alla nota 6, cfr. Lener, A.: "Ecologia, persona, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile", in Aa.Vv.: *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona* (a cura di N. Lipari), Roma-Bari, 1974, pp. 337 ss.; Lipari, N.: "Il senso della Costituzione. La cultura della solidarietà nella Costituzione italiana", *Parlamento*, 1989, pp. 16 ss.; Perlingieri, P.: "I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici", *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, 2000, pp. 11 ss.; Busnelli, F.D.: "Solidarietà: aspetti di diritto privato", *Iustitia*, 1999, pp. 435 ss.; Di Raimo, R.: "Date a Cesare (soltanto) quel che è di Cesare. Il valore affermativo dello scopo ideale e i tre volti della solidarietà costituzionale", *Rassegna di diritto civile*, 2014, pp. 1082 ss.; Porena, D.: *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 172 ss.

39 Cfr. Monteduro, M. e Tommasi, S.: "Paradigmi giuridici di realizzazione del benessere umano in sistemi ecologici ed esistenza indisponibile e ad appartenenza necessaria", in Aa.Vv.: *Benessere e regole di rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.D.I.C. in ricordo di G. Gabrielli, Napoli 8-9-10 maggio 2014, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, pp. 161 ss.

40 Smith, A.: *Teoria dei sentimenti morali*, ediz. it., BUR, Milano, 1995, *passim*.

Modelli di business diversi e più circolari cercano di limitare tali esternalità e possono aiutare a raggiungere un'economia sostenibile sulla falsariga del modello economico alternativo a "ciambella" di Kate Raworth: un modello che mira a garantire che tutti sulla terra abbiano accesso ai bisogni essenziali, come cibo e istruzione adeguati, senza limitare le opportunità per le generazioni future, proteggendo il nostro ecosistema e tenendo conto dei confini planetari[41].

Per consentire e incentivare tali modelli di business più circolari, il diritto ha sicuramente un ruolo da svolgere e questo vale anche per il diritto dei consumatori "tradizionale". Se il diritto dei consumatori vuole conservare il ruolo di primo piano che nel corso del tempo ha conquistato, esso non deve solo tenere conto degli obiettivi di protezione dei consumatori a breve termine, ma dovrebbe bilanciarli con gli obiettivi di sostenibilità, nell'interesse a lungo termine degli stessi consumatori che intende proteggere[42].

Riflesso del nuovo modello di «economia circolare»[43], sul piano consumeristico, è appunto l'idea di consumo sostenibile, anch'essa espressamente valorizzata almeno nelle ragioni ispiratrici – tradotte nei considerando – dalla Direttiva UE 2019/771[44].

41 Raworth, K: *L'economia della ciambella. Sette mosse per pensare come un economista del XXI secolo*, Edizioni Ambiente, Milano, 2020, p. 373.

42 Terryn, E.: "A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law", *European Review of Private Law*, 2019, num. 4, p. 872.

43 Si parla di «economia circolare» per descrivere quel nuovo modello economico, opposto a quello lineare c.d. «prendi, produci, usa e getta», in cui prodotti e materiali mantengono il loro valore e le loro funzioni il più a lungo possibile. Ciò sul presupposto che le risorse necessarie alla produzione dei beni non sono illimitate, sempre accessibili ed eliminabili a basso costo. Sicché l'implementazione di un simile modello contribuirebbe alla tutela dell'ambiente in una duplice modalità: da un lato, ridurrebbe la domanda e l'utilizzo di materie prime. Dall'altro, diminuirebbe la produzione di rifiuti e di inquinamento. Cfr. Matera, D.M.: "Difetto di conformità, gerarchia dei rimedi e sostenibilità ambientale nel nuovo art. 135-bis cod. cons. e nella Dir. 771/2019", *Rivista di diritto privato*, 2022, num. 3, pp. 458-459.

44 Sulla Direttiva UE 2019/771 si vedano Alpa, G.: "Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea", *Contratto e impresa*, 2019, III, pp. 825 ss.; Carvalho, J.M.: "Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services. Overview of Directives 2019/770 and 2019/771", *Journal of European Consumer and Market Law*, 2019, pp. 194 ss.; De Franceschi, A.: *La vendita di beni con elementi digitali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, *passim*; Addis, F.: "Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni, regolati nella nuova Direttiva (UE) 2019/771", *Rivista Nuovo Diritto Civile*, 2020, pp. 5 ss.; Barenghi, A.: "Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita dei beni di consumo", *Contratto e impresa*, 2020, pp. 806 ss.; Venherpe, J.: "White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content", *European Review of Private Law*, 2020, pp. 251 ss.; De Cristofaro, G.: "Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari b-to-c: l'attuazione della dir. UE 2019/771", *Rivista di diritto civile*, 2021, pp. 206 ss.

La nuova normativa sulla vendita di beni di consumo, in realtà, è calata in un contesto normativo già spiccatamente di ispirazione ecologista[45]. Ciò è in primo luogo testimoniato da fonti di rango primario[46].

All'art. 3, par. 3, del TUE, infatti, si prevede che l'Unione si adopera per lo sviluppo sostenibile[47], precisando che tale sviluppo debba essere basato (tra gli altri elementi) «su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente». Al paragrafo 5 dello stesso articolo si sancisce il ruolo attivo che l'Unione, nelle relazioni col resto del mondo, svolge nella promozione dello «sviluppo sostenibile della Terra».

Il TFUE, all'art. 11 prevede invece che nella definizione e attuazione delle politiche dell'Unione devono integrarsi le esigenze di tutela dell'ambiente, nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile.

Similmente anche l'art. 37 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione sancisce che le politiche dell'Unione devono mirare a un livello elevato di tutela

45 Sull'importanza del tema ambientale nell'Unione Europea, Pennasilico, M.: "Economia circolare e diritto: ripensare la 'sostenibilità'", *Persona e mercato*, 2021, num. 4, pp. 715 ss., con un richiamo agli atti europei che valorizzano il principio di sviluppo sostenibile. In questa sede, l'A. parla in tal senso di «conversione» ecologica, ritenendo l'uso di questo termine preferibile rispetto a quello di «transizione», spec. pp. 728 ss.; nonché Id.: "Dal 'controllo' alla 'conformazione' dei contratti: itinerari della meritevolezza", *Contratto e impresa*, 2020, num. 2, pp. 824 ss., pone in evidenza come nel sistema italo-europeo delle contrattazioni pubbliche e private, emergono interessi sociali e ambientali. Il ruolo che la sostenibilità ambientale deve rivestire nel diritto dei consumatori è oggi ampiamente enfatizzato dalla dottrina, che proprio a tale disciplina attribuisce un ruolo fondamentale nello sviluppo di una economia circolare. Tra le tante opinioni in questo senso si vedano specialmente le riflessioni di Micklitz, H.W.: "Squaring", cit., pp. 229 ss.; Pennasilico, M.: "Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale", *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2017, p. 6, ritiene il consumatore parte attiva, che promuove e difende un mercato più equo, corretto e responsabile. Argomentano la necessità di una generale valorizzazione della tutela dell'ambiente nella stessa concezione di diritto Capra, F. e Mattei, U.: *The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Berrett-Koehler, Oakland, 2015, pp. 1 ss., spec. pp. 131 ss. Per riflessioni sulla rilevanza della sostenibilità in ambito contrattuale cfr. Gaeta, M.C.: "Il problema della tutela giuridica della natura: un'analisi comparata tra Italia e Stati dell'America Latina", *Rivista Nuovo Diritto Civile*, 2020, num. 4, pp. 313 ss.

46 Imbruglia, D.: "Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori", *Persona e mercato*, 2021, num. 3, pp. 190 ss., il quale rileva che «la formula dello sviluppo sostenibile è oggi presente in numerose fonti del diritto internazionale e nella giurisprudenza della Corte internazionale di Giustizia. Nel diritto euro-unitario vigente di fonte primaria, lo sviluppo sostenibile è un obiettivo che vincola l'azione interna ed esterna dell'Unione, rispetto a una pluralità di politiche, ambientali, sociali e di mercato. Con riferimento a tale ultima dimensione, il discorso avviato negli ultimi anni determina una nuova stagione di regolazione dell'autonomia privata che comporti un avvicinamento del mercato all'ideale di una gestione delle risorse sostenibile e quindi attenta a evitare sprechi nella produzione e nel consumo dei beni» e conclude evidenziando come «[t]ale obiettivo passa per il diritto privato. In particolare, esso si articola in una strategia di effettivo controllo delle dichiarazioni pubblicitarie ingannevoli, nella previsione di uno scambio informativo esteso alle caratteristiche relative alla durabilità e riparabilità del bene, a un forte incentivo della riparazione in luogo della sostituzione, nonché di riutilizzo del bene». Tra le *milestone* richiamate dalla Corte internazionale di Giustizia per evidenziare il ruolo ermeneutico del principio dello sviluppo sostenibile si ricorda, in particolare, la decisione *Gabcikovo-Nagymaros Project* (*Hungary v. Slovakia*), 25 September 1997, accessibile al link *www.icjcij.org/public/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf.*

47 Sulla nozione di sviluppo sostenibile, Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto", *Persona e mercato*, 2015, num. 1, pp. 37 ss., nonché Id.: "Economia", cit., pp. 714 ss.

dell'ambiente e di miglioramento della sua qualità, da garantire in conformità al principio di sviluppo sostenibile[48].

Come pare evidente, in queste fonti l'idea stessa di sviluppo sostenibile viene fermamente ricollegata alla tutela dell'ambiente, e si traduce nell'affermazione della necessità di un nuovo mercato unico sostenibile[49].

In tempi recenti le istituzioni euro-unitarie sembrano aver dato concretezza all'obiettivo, affermato nelle fonti di rango primario, di instaurazione di un mercato unico sostenibile.

Obiettivo che vincola l'azione interna ed esterna dell'Unione, rispetto ad una pluralità di politiche, ambientali, sociali e di mercato.

Il principio dello "sviluppo sostenibile" – introdotto, ma non definito dal Trattato di Amsterdam del 1997 – trova la sua più nota definizione nel Rapporto della Commissione mondiale su ambiente e sviluppo del 1987 (c.d. Rapporto *Brundtland*)[50], che considera "sostenibile" lo «sviluppo che soddisfi i bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri».

L'analisi del rapporto tra legalità costituzionale e sviluppo sostenibile, effettuata senza preconcetti ideologici e nella consapevolezza della gerarchia assiologica che legittima il sistema ordinamentale vigente, consente di cogliere che la nozione di sviluppo sostenibile non può che conformarsi alla priorità dei valori personalistici e solidaristici[51], indicata dal diritto positivo italo-europeo[52].

48 Matera, D.M.: "Difetto", cit., p. 460.

49 A tali conclusioni giunge il Parlamento Europeo nella Risoluzione del Parlamento europeo del 25 novembre 2020 sul tema "Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori" (2020/2021(INI)), accessibile al link *www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0318_IT.html.* Sul punto, cfr. Imbruglia, D.: "Mercato", cit., pp. 501 ss.

50 Il documento, commissionato dalle Nazioni Unite sotto il titolo *Our Common Future*, è indicato, solitamente con il nome della coordinatrice Gro Harlem Brundtland, che nel 1987 presiedeva la Commissione.

51 Perlingieri, P.: "Principio personalista, dignità umana e rapporti civili", *Annali della SISDiC 2020*, pp. 1 ss.

52 Pennasilico, M.: "Sviluppo", cit., p. 41. Ampia dimostrazione della primazia dei valori personalistici e solidaristici, in Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 433 ss.; si veda anche Lipari, N.: *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Studium, Roma, 2004; Rodotà S.: *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, pp. 26 ss.; Id.: "Il nuovo Habeas Corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione", in Aa.Vv.: *Tratt. bio-dir. Rodotà e Zatti, Ambito e fonti del biodiritto* (a cura di S. Rodotà e M. Tallacchini), Giuffrè, Milano, 2010, pp. 169 ss.; Id.: *Solidarietà*, cit., 2014; Busnelli, F.D.: "La persona nell'interazione tra norme di diritto internazionale e princìpi di diritto privato «costituzionalizzato»", in Aa.Vv., *L'incidenza del diritto internazionale sul diritto civile*, Atti del 5° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Capri 25-27 marzo 2010, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, pp. 43 ss.; Parente, F.: "La persona e l'assetto delle tutele costituzionali", in G. Lisella e F. Parente, *Persona fisica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp. 1 ss. Più in generale, anche al principio dello sviluppo sostenibile potrebbe essere riconosciuta quella funzione «nomogenetica», che assegna «anche a soggetti diversi dal legislatore, il compito di enucleare quello che il legislatore non riesce più a fare in via esclusiva» (Addis, F.: "Sulla distinzione tra regole e principi", *Europa e diritto privato*, 2016, p. 1043).

Alla luce di tali linee di indirizzo, il quadro normativo programmatico delineato negli ultimi anni determina una nuova stagione di regolazione dell'autonomia privata che comporti un avvicinamento del mercato all'ideale di una gestione delle risorse sostenibile e quindi attenta a evitare sprechi nella produzione e nel consumo dei beni.

Considerazioni etiche, sociali ed ecologiche hanno acquistato crescente importanza nella definizione delle scelte del consumatore nel mercato.

La classica visione del diritto dei consumi, che rispecchia il modello dell'*homo oeconomicus* – il modello di «agente economico razionale» – deve essere riesaminata oggi alla luce di atti di consumo posti in essere da attori che agiscono nel mercato come portatori di interessi complessi.

La capacità di una merce di soddisfare bisogni è sempre più spesso valutata anche in base a considerazioni ecologiche, sociali e politiche, e non soltanto guardando al funzionamento del bene acquistato e alla possibilità di goderne in modo pieno ed esclusivo.

Ormai non si tratta di un fenomeno "di nicchia". Il "consumo etico" è cresciuto negli ultimi anni, tanto da influenzare il versante della produzione e dell'offerta di merci. Si assiste, infatti, al proliferare di operatori commerciali che adottano (e pubblicizzano) politiche di sostenibilità su più fronti: dalla selezione delle materie prime, alle tecniche di produzione, fino alle condizioni di lavoro dei propri dipendenti[53].

Si mette da parte l'obiettivo della convenienza del risultato immediato secondo la prospettiva della visione neoclassica che poggia sulla teoria dell'interesse personale.

Le scelte di consumo non rispondono più soltanto al puro calcolo egoistico. L'atto di consumo spesso assume una dimensione assiologica che merita di essere proiettata anche in una prospettiva rimediale[54]. Si cercherà di chiarire in che modo.

L'atto di consumo, dunque, diviene così «atto assiologico»[55]. Il consumatore etico, del resto, è disposto a pagare un prezzo più alto per avere beni che assicurino

53 Mignone, C.: Relazione dal titolo "Homo oeconomicus, homo ecologicus, homo digitalis. Towards a sustainable consumer law" nell'ambito della *Summer School "Consumer Rights and Europe's Digital Future"* tenutasi a Lecce il 10 maggio 2022.

54 Così Quarta, A.: "Per una teoria dei rimedi nel consumo etico. La non conformità sociale dei beni tra vendita e produzione", *Contratto e Impresa*, 2021, num. 2, p. 523. Cfr., Mezzasoma, L.: "Consumatore e Costituzione", *Rassegna di diritto civile*, 2015, num. 1, pp. 311 ss.

55 Quarta, A.: "Per una teoria", cit., pp. 523 ss.

questa corrispondenza, nella convinzione che le loro scelte individuali di acquisto contribuiscano a promuovere un mercato più giusto ed equo.

Tutto ciò porta a riflettere sul rapporto che lega il «consumo sostenibile» agli obiettivi di regolazione del mercato. Soprattutto se si consideri che questi «nuovi» valori che oggi ispirano l'atto di consumo, non esprimono semplici gusti o capricci del consumatore. Rivelano invece l'attenzione verso il rispetto dei diritti fondamentali, siano essi relativi a persone, a soggetti non umani, o all'ambiente. Diritti che non sono più concepiti in una valenza soltanto verticale – come pretese nei confronti dei pubblici poteri – ma in una dimensione orizzontale, come limite all'esercizio delle attività economiche[56].

V. CONFORMITÀ E RIMEDI NELLA NUOVA DISCIPLINA DELLA VENDITA DEI BENI DI CONSUMO.

È il rapporto tra diritto privato e sostenibilità a essere sollecitato, anche alla luce delle trasformazioni tecnologiche e della rivoluzione digitale che hanno aperto spiragli importanti per riflettere, come anticipato, in una prospettiva rimediale sulla durabilità dei prodotti e sul "*right to repair*"[57].

Quanto al primo concetto si registra un'importante evoluzione.

È inevitabile volgere lo sguardo alla nozione di «non conformità», di recente ristrutturata dal legislatore europeo con l'approvazione delle direttive 2019/770/UE e 2019/771/UE sui contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali e sulla vendita di beni di consumo[58].

Il concetto riflette un assetto di regole alquanto «schiacciato» sulle caratteristiche materiali del bene oggetto del contratto e dove eventuali anomalie del processo produttivo sembrano destinate a rilevare solo se impattano sul diritto del consumatore a usare la cosa al riparo da ipotesi di "malfunzionamento".

Eppure, un'autorevole dottrina già da tempo ha provato a filtrare, dentro queste maglie piuttosto strette, proprio quelle ipotesi di «non conformità sociale»[59]

56 Mignone, C.: Relazione dal titolo "Homo oeconomicus", cit.

57 Quarta, A.: "Contenuti digitali e beni con elementi digitali: c'è ancora posto per la proprietà privata?", in Aa.Vv.: *Questioni attuali in tema di commercio elettronico* (a cura di T. Pasquino, A. Rizzo e M. Tescaro, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 46 ss.

58 Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, accessibile al link http://data.europa.eu/eli/dir/2019/770/oj e Direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, accessibile al link http://data.europa.eu/eli/dir/2019/771/oj.

59 L'espressione è usata da Plaia, A.: "La garanzia convenzionale nella vendita al consumo", *Rivista di diritto civile*, 2005, p. 159.

che sono dovute a processi produttivi «insostenibili», perché caratterizzati dalla violazione di diritti fondamentali dei terzi.

In particolare, l'art. 2, comma 2, lett. d, della direttiva 99/44/CE, abrogata dalla direttiva UE 2019/771, individuava, quale indice di conformità, le qualità e le prestazioni abituali, precisando che entrambe debbono essere definite anche in relazione alle ragionevoli aspettative del consumatore, «tenuto conto della natura del bene e delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche dei beni fatte dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, nella pubblicità o sull'etichettatura»[60].

In particolare, prima dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 170 del 2021[61] di recepimento della dir. UE 2019/771 un bene poteva essere considerato conforme a quanto stabilito dalla legge quando era idoneo «all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo» (art. 129, comma 2, lett. a) cod. cons.) ed era quindi in grado di assicurare l'utilizzo tipico e normale a cui sono destinate le cose che rientrano nel medesimo genere merceologico. Rilevavano, pertanto, le caratteristiche intrinseche del bene di consumo le quali assicuravano il perfetto funzionamento del bene, consentendone l'utilizzo.

L'art. 129, comma 2, lett. c) cod. cons. individuava quale indice di conformità le qualità e le prestazioni abituali, da definire non soltanto in relazione a beni dello stesso tipo, ma anche alle ragionevoli aspettative del consumatore «tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sulla etichettatura».

Inoltre, la conformità era verificata a partire dalla descrizione del bene fatta dal professionista (lett. b), rilevando quindi anche i contenuti di opuscoli o altri materiali informativi consegnati al consumatore. L'ultimo indice, infine, riguardava la mancanza di qualità promesse in relazione «all'uso particolare voluto dal consumatore», a patto che questo fosse accettato dal professionista «anche per fatti concludenti» (lett. d)[62].

La richiamata direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni (dir. 771/2019/UE) ha modificato la disciplina sulla conformità del bene compravenduto, prevedendo, in luogo del complicato sistema di presunzioni di cui all'art. 2 della direttiva 1999/44/CE, due distinti profili di conformità, l'uno, definito soggettivo (art. 6) e, l'altro, oggettivo (art. 7). Dal punto di vista dell'attenzione alle

60 Collins, H.: "Conformity of goods, the network society, and the ethical consumer", *European Private Law*, 2014, p. 633.

61 D.lgs. 4 novembre 2021, n. 170 entrato in vigore il 10 dicembre 2021.

62 Quarta, A.: "Per una teoria", cit., p. 533.

esigenze di sostenibilità, viene in sicuro rilievo la lettera d) di tale ultima disposizione e, quindi, il riferimento alla durabilità quale requisito oggettivo di conformità, di guisa che il venditore è obbligato a fornire al consumatore (art. 5) un bene che possegga la durabilità normale «in un bene del medesimo tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi» (art. 7.1. d). Peraltro, se l'inserimento della «aspettativa di vita media che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi» tra i requisiti di conformità del bene rappresenta l'effetto certo della disposizione, altra dottrina, in via interpretativa, ritiene che il medesimo riferimento (durabilità) arrivi a ricomprendere anche la riparabilità.

Inoltre, sempre ponendoci in un'ottica favorevole ad un mercato sostenibile, rileva che tra gli elementi che concorrono alla formazione dell'aspettativa sulla durabilità del bene, la direttiva UE 2019/771 ricomprende anche le «dichiarazioni pubbliche fatte da o per conto del venditore, o da altre persone nell'ambito dei passaggi precedenti della catena di transazioni commerciali, compreso il produttore, in particolare nella pubblicità o nell'etichetta» (art. 7.1.d.). Tale inciso, si sostiene[63], potrebbe fornire una base legale per il contrasto al *greenwashing*[64] ulteriore e diversa da quella sinora seguita, rappresentata dalla riconduzione di dichiarazioni sostenibili fuorvianti nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette[65].

Quanto al piano rimediale, l'art. 13 della direttiva UE 2019/771, integralmente trasposto nell'art. 135-*bis* cod. cons., prevede che in caso di difetto di conformità del bene, il consumatore ha diritto al ripristino della conformità del bene, o, in subordine, a ricevere una riduzione proporzionale del prezzo, o alla risoluzione del contratto. Ai fini del rimedio c.d. primario (ripristino della conformità del bene), l'art. 13, par. 2, della direttiva UE 2019/771 afferma che il consumatore può scegliere tra riparazione e sostituzione. La disposizione poi chiarisce che il venditore è obbligato ad eseguire il ripristino della conformità secondo il metodo

63 Van Gool, E. e Michel, A.: "The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: a Critical Analysis", *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 10, num. 4, 2021, pp. 136-147.

64 Il termine "*greenwashing*" mira a sintetizzare la strumentalizzazione delle informazioni relative alla responsabilità sociale e ambientale dell'impresa per finalità reclamistiche, motivate dal dato fattuale che vede sempre più spesso le decisioni commerciali fondate su ragioni che travalicano l'interesse economico. Così Bertelli, F.: *Le dichiarazioni di sostenibilità nella fornitura di beni di consumo*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 45; Id.: "«Dichiarazioni", cit., pp. 219 ss. Sul tema cfr. Torelli, R., Ballucchi F., Lazzini A.: "Greenwashing and Environmental Communication: Effects on Stakeholders' Perceptions", *Business Strategy and the Environment*, 2020, pp. 407 ss. Sugli effetti del *greenwashing* sulle scelte di consumo, in prospettiva sociologica ed economica, cfr. *ex multis*, Carrigan M., Attalla A.: "The Myth of the Ethical Consumer – Do Ethics Matter in Purchase Behaviour?", *JCM*, 2001, pp. 560 ss.; Maitre-Ekern, E.: "The choice of regulatory instruments for a circular economy", in Aa.Vv., *Environmental Law and Economics* (a cura di K. Mathis, B. Huber), Springer, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2017, pp. 315 ss.; Topall, I, Nart S., Akar C., Erkollar A., "The Effect of Greenwashing on Online Consumer Engagement: A Comparative Study in France, Germany, Turkey, and the United Kingdom", *Business Strategy and the Environment*, 2020, pp. 465 ss.

65 Imbruglia, D.: "La sostenibilità dei rimedi consumeristici nella direttiva 771/2019/UE e oltre", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, num. 16, p. 358, il quale richiama i procedimenti AGCM, PS/4026; PI/2486; PS/6302; PS/10211; PS/8438; PS/1038; PS/7235; PS/11400 (tutti disponibili in *www.agcm.it*).

scelto dal consumatore (riparazione o sostituzione) a meno che questo non presenti costi sproporzionati.

Lo stesso art. 135-*bis* cod. cons. precisa che la sproporzione va valutata tenendo conto di tutte le circostanze e in particolare: *a*) del valore che il bene avrebbe in assenza del difetto di conformità; *b*) dell'entità del difetto di conformità; *c*) della possibilità di esperire il rimedio alternativo senza notevoli inconvenienti per il consumatore[66].

È dunque rimessa, ancora una volta, al consumatore la scelta tra riparazione e sostituzione.

Le esigenze di sostenibilità sono svilite da siffatto, recentissimo quadro normativo. Dalla mancata gerarchizzazione dei rimedi idonei al ripristino della conformità del bene.

Ancor più se si consideri che a propugnare tali esigenze è la stessa Direttiva UE 2019/771 nei suoi considerando.

Si fa riferimento, in primo luogo, al considerando 32 della Dir. UE 2019/771, nella parte in cui esso precisa che «assicurare una maggiore durabilità dei beni è importante per raggiungere modelli di consumo più sostenibili e un'economia circolare». Allo stesso modo, poi, il considerando 48 individua nella riparazione lo strumento per «incoraggiare un consumo sostenibile e contribuire a una maggiore durabilità dei prodotti»[67].

Dunque, riparazione quale "*a inherently sustainable remedy*"[68].

Sebbene la riparazione sia quindi uno dei rimedi primari nel sistema rimediale delineato dalla direttiva, che è una scelta lodevole in termini di sostenibilità, essa non è preferita al rimedio primario alternativo della sostituzione da parte del legislatore europeo. La scelta tra riparazione o sostituzione spetta al consumatore

66 Art. 13, par. 2, Dir. UE 2019/771. Con riguardo alla sproporzionalità dei costi, può individuarsi una differenza nel tenore letterale tra la vecchia e la nuova normativa. La Direttiva 1999/44, infatti, prevedeva e precisava che un rimedio dovesse considerarsi sproporzionato se imponeva al venditore spese irragionevoli in confronto all'altro, tenendo conto: i) del valore che del bene in mancanza del difetto di conformità; ii) dell'entità del difetto di conformità; iii) dell'eventualità che il rimedio alternativo potesse essere esperito senza notevoli inconvenienti per il consumatore. La nuova normativa rende esplicito che ai fini della valutazione sulla sproporzione dei costi del rimedio debba tenersi conto di «tutte le circostanze» e in particolare di quelle indicate alle lettere a), b) e c) del par. 2, art. 13 Dir. UE 2019/771.

67 Cfr. Pagliantini, S.: "Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771", *Giurisprudenza Italiana*, 2020, pp. 230 ss.; e in Id.: *Il diritto privato europeo in trasformazione. Dalla direttiva 771/2019/UE alla direttiva 633/2019/UE e dintorni*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 8 ss.; Barenghi, A.: "Osservazioni", cit., p. 810; Möllers, T.M.J.: "The Weaknesses of the Sale of Goods Directive – Dealing with Legislative Deficits", *Jus civile*, 2020, p. 1186.

68 Van Gool, E. e Michel, A.: "The New Consumer", cit., pp. 136-147.

nel sistema della direttiva[69], ma non c'è incentivo o obbligo alcuno per il consumatore di optare per la riparazione invece della sostituzione.

L'impatto ambientale non sembra svolgere alcun ruolo nell'esercizio di ponderazione[70].

Gli slanci in ottica di sostenibilità, di cui ai citati considerando, sono vanificati e non trovano corrispondenza alcuna nel corpo dell'articolato legislativo.

Peraltro, oltre a non aver previsto una preferenza per la riparazione[71] rispetto alla sostituzione, il legislatore europeo, in modo forse inconsapevole, ha addirittura ridotto gli spazi del ripristino della conformità (e, quindi, quelli della possibile riparazione), introducendo delle ipotesi in cui il difetto di conformità fa sorgere per il consumatore il diritto di chiedere direttamente la riduzione proporzionale del prezzo in conformità o la risoluzione del contratto di vendita (art. 13, par. 4, dir. 2019/771/UE)[72].

A ben riflettere, in una società in cui i consumatori sono abituati alla gratificazione immediata e i produttori spendono enormi budget «per stuzzicare l'appetito dei consumatori per i prodotti più recenti con le più recenti caratteristiche di design»[73] non è oggettivamente semplice poter giustificare l'opportunità di preferire il rimedio riparatorio rispetto a quello della sostituzione.

69 Jansen, S.: "Hiërarchie der remedies in de consumentenkoop: EU vs VS", *TPR*, 2017, num. 1, p. 211; Staudenmayer, D.: "The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – A Milestone in the European Consumer and Private Law", *ERPL*, 2000, pp.547-554; Bianca M.C.: "Article 3: Rights of the consumer", in Aa.Vv., *EU Sales Directive – Commentary* (a cura di M.C. Bianca e S. Grundmann), Intersentia, Antwerpen, 2002, pp.149-168.

70 Un caso della Corte Suprema norvegese del 2006 è piuttosto interessante a tal proposito. In Norvegia, i consumatori hanno anche il diritto di scegliere tra la riparazione o la sostituzione, a meno che il rimedio prescelto non comporti "costi irragionevoli" per il venditore. Il caso riguardava i tacchi di stivali che si erano rotti sei settimane dopo l'acquisto. Il venditore rifiutò la sostituzione in quanto ciò avrebbe comportato costi irragionevoli. La Corte Suprema ha ritenuto ciò giustificato e ha fatto esplicito riferimento a ragioni ambientali: la riparazione era giustificata in quanto sembrava anche l'opzione più rispettosa dell'ambiente.

71 Pagliantini, S.: "Contratti di vendita", cit., pp. 230 ss., il quale sottolinea come il ripristino della conformità mediante un intervento di riparazione del bene/correzione del difetto attesti che la disciplina europea della vendita di beni di consumo e i rimedi a tutela del consumatore non possano essere letti nell'esclusivo interesse di una delle parti, ma siano più in generale deputati a incentivare un consumo sostenibile; Barenghi, A.: "Osservazioni", cit., pp. 811 ss., il quale nota che «[l]a durabilità e la sostenibilità vengono prese in considerazione dal legislatore della riforma in termini complementari rispetto alla legislazione specifica sui singoli prodotti, individuata come *sedes materiae* più idonea, al fine di collegarvi per un verso la valutazione di conformità del prodotto, nel senso che il prodotto deve garantire la durabilità considerata normale per beni del medesimo tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura dei beni specifici, inclusa l'eventuale necessità di una manutenzione ragionevole dei beni».

72 Imbruglia, D.: "La sostenibilità", cit., p. 360.

73 McCollough, J.: "The disappearing repair trades", *International Journal of Consumer Studies*, vol. 33, num. 6, 2009, p. 625.

VI. POSSIBILI TECNICHE DI INCENTIVO DELLA RIPARAZIONE DEI BENI.

È senz'altro corretto affermare che il consumatore si trova nella posizione migliore se dispone di una libera scelta dei rimedi, come avviene attualmente in alcuni Stati membri dell'UE[74] e come proposto dal *Bureau Européen des Unions de Consommateurs* (*BEUC*). Tuttavia, tale libera scelta non tiene conto delle esternalità ed è difficile da conciliare con gli obiettivi di sostenibilità.

Non è (in questa fase) né realistico né auspicabile imporre la riparazione come unico rimedio in tutte le circostanze. Tuttavia, una chiara gerarchia in base alla quale la riparazione avrebbe la priorità rispetto alla sostituzione anziché essere trattata come un'alternativa di pari merito/valore rispetto a quest'ultima, avrebbe almeno un effetto di sensibilizzazione sia sui consumatori che sulle imprese[75].

Varie sono le ragioni per cui i consumatori possono essere maggiormente attratti dalla sostituzione rispetto alla riparazione.

Tra queste: la maggiore attrattività di un prodotto totalmente nuovo rispetto a uno riparato, sia da un punto di vista funzionale che estetico (c.d. *fashion obsolescence*); la diffidenza dei consumatori nell'affidare il proprio bene a un riparatore; la diffidenza nei tempi in cui la riparazione potrebbe svolgersi; la sfiducia dei consumatori nel fatto che le riparazioni siano eseguite correttamente[76].

La propensione del consumatore sarebbe inoltre incoraggiata da un dato normativo presente nella nuova disciplina, frutto del recepimento di un noto orientamento della giurisprudenza europea[77]. Il riferimento va all'art. 135-*ter*, comma 4, cod. cons., nel quale si prevede che il consumatore non è tenuto a pagare per il normale uso del bene sostituito nel periodo precedente all'attuazione del rimedio. Al contraente debole è quindi data la possibilità di ottenere un bene completamente nuovo, senza alcuna spesa, anche a distanza di tempo dal momento della conclusione del contratto.

La bontà del rimedio riparatorio è apprezzabile anche al cospetto di altre tecniche tipicamente considerate sostenibili.

74 Il riferimento è a Grecia, Portogallo e Slovenia.

75 Terryn, E.: "A right", cit., pp. 857-858.

76 Terryn, E.: "A right", cit., pp. 854 ss.; nonché Mak, V., Terryn, E.: "Circular Economy and Consumer Protection", *Journal of Consumer Policy*, 2020, num. 43, pp. 235 ss.; cfr. Carvalho, J.M.: "The premature obsolescence of the new deal for consumers", *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 10, num. 3, p. 87, il quale pone in risalto come nessun elemento nella Direttiva favorirebbe la riparazione rispetto agli altri rimedi.

77 Si tratta del celebre caso *Quelle*, C. Giust. UE, 17.4.2008, C-404/06, in *www.curia.europa.eu*.

Risulta essere una strategia molto più efficiente della tecnica del riciclo[78]. La riparazione (e il riutilizzo) consente di risparmiare energia, materiali, acqua e, inoltre, i costi di trasporto per rimettere in uso un prodotto sono generalmente inferiori. Il riciclo è meno efficiente in quanto provoca una perdita di materiale e un deterioramento della qualità dei materiali. Inoltre, riciclare un prodotto implica che lo stesso debba passare attraverso una fase di produzione secondaria per riportarlo in una forma riutilizzabile, richiedendo quindi più consumo di materiale che riutilizzo[79].

Seppur, come detto, in una logica ispirata a sostenibilità, la riparazione sia da preferire alla sostituzione, probabilmente la tecnica più vicina, in quest'ordine di idee, alla riparazione stessa può considerarsi la sostituzione con beni "rinnovati" o "rifabbricati". La rigenerazione è il processo mediante il quale un prodotto usato viene restituito alla condizione "come nuovo": include selezione, ispezione, smontaggio, pulizia, rielaborazione e rimontaggio e può comportare una combinazione di parti vecchie e nuove.

Si tratta, tuttavia, di una pratica ancora non molto diffusa sul nostro territorio, anche per via della scarsa fiducia riposta dall'utenza verso l'opportunità e convenienza di tale tecnica e che può dar luogo a profili controvertibili sul piano dei diritti dei consumatori[80].

Una soluzione di compromesso, che richiederebbe un nuovo intervento del legislatore UE, potrebbe essere quella di consentire al venditore di sostituire un prodotto difettoso con altro bene ricondizionato (rigenerato), obbligandolo a fornire al consumatore un nuovo, ulteriore, periodo di garanzia.

Ciò potrebbe aiutare a superare la mancanza di fiducia che i consumatori riservano verso beni rigenerati. Tale obbligo non sarebbe una novità assoluta per diversi Stati membri UE, in quanto alcuni fra essi, attualmente, prevedono già un nuovo periodo di garanzia dopo la riparazione o la sostituzione[81].

Una politica di incentivo del rimedio riparatorio passa anche dalla rimozione degli ostacoli che impediscono, di fatto, la possibilità di ricorrere alla riparazione fai-da-te e alla riparazione indipendente.

78 *United Nations Environment Programme* (2011), "Recycling of Materials: A Status Report", accessibile al link *wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/8702*

79 Terryn, E.: "A right", cit., p. 853.

80 Negli USA il problema è sorto per quanto riguarda i termini della garanzia commerciale di Apple. È stata avviata un'azione collettiva per la sostituzione di prodotti difettosi con prodotti ricondizionati laddove ciò non sarebbe stato chiaramente indicato nei termini della garanzia commerciale.

81 È il caso di Austria, Croazia, Danimarca (3 anni dopo la riparazione), Estonia, Grecia. Altri paesi prevedono un nuovo periodo di garanzia in caso di sostituzione (Ungheria, Polonia, Portogallo, Slovacchia, Spagna).

Tali ostacoli possono essere di natura pratica e/o legale: vanno dalla mancanza di disponibilità di pezzi di ricambio all'irragionevole prezzo di questi ultimi sino alla presenza di parti incollate o di altre parti che ostacolano lo smontaggio[82].

Inoltre, la mancanza di informazioni tecniche disponibili al pubblico sotto forma di manuali o informazioni sulla riparazione è particolarmente problematica per i dispositivi elettronici. Il "*reverse engineering*", ovvero la dissimulazione di un oggetto per estrarre la conoscenza necessaria, è solo una soluzione di ripiego in quanto costosa e dispendiosa in termini di tempo, soprattutto in considerazione del vasto numero di dispositivi elettronici diversi. A ciò si aggiunga che spesso le aziende invocano i diritti di proprietà intellettuale per impedire ai consumatori e ai riparatori indipendenti di accedere ai propri dispositivi elettronici.

Il ricorso al rimedio riparatorio potrebbe essere altresì stimolato attraverso incentivi fiscali. Si possono prendere in considerazione diverse opzioni: come un prelievo differenziato in funzione della riparabilità; detrazioni fiscali per i costi di riparazione o un'imposta sul valore aggiunto (IVA) ridotta. In Svezia le ultime due opzioni sono già state adottate[83].

VII. RIMEDIO RIPARATORIO: ULTIMI APPRODI.

Se questo è il quadro risultante dall'avvento della direttiva UE 2019/771, frutto della relativa proposta della Commissione risalente al 2015, va detto che in tempi recenti e in particolare successivamente alla crisi pandemica, le istituzioni euro-unitarie sembrano aver recepito le critiche provenienti dalla letteratura e avere preso più sul serio l'obiettivo, affermato nei trattati, di instaurazione di un mercato unico sostenibile.

Per avere contezza di questo cambio di passo, si può muovere dalla risoluzione del Parlamento europeo 2020/2021 del 25 novembre 2020 sul tema "Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori"[84], che fornisce un chiaro esempio del ruolo che il diritto privato ricopre nella instaurazione di un simile mercato e che intende fornire delle indicazioni per la già preannunciata revisione della direttiva UE 2019/771. Sin dal primo considerando, la risoluzione pone al centro l'obiettivo dello sviluppo sostenibile: in esso, infatti, si legge che

82 Le "viti di sicurezza pentalobe" brevettate da Apple sono un noto esempio a questo proposito. Queste "viti di sicurezza" richiedono cacciaviti speciali per aprire il dispositivo, ostacolando così la riparazione indipendente o fai-da-te.

83 Nel 2017 la Svezia ha adottato una serie di misure fiscali volte a rafforzare le tecniche della riparazione, del riciclo e, in generale, dell'economia circolare. Specificamente, tali misure sono dirette a diminuire il costo delle riparazioni riducendo l'aliquota IVA su determinati beni (comprese biciclette, scarpe e vestiti) dal 25% al 12% e a consentire ai consumatori che scelgono di riparare i propri elettrodomestici di detrarre dalle tasse il 50% del costo del lavoro.

84 Risoluzione del Parlamento europeo del 25 novembre 2020, cit.

«di fronte alla scarsità delle risorse naturali e all'aumento dei rifiuti, è imperativo introdurre modelli sostenibili di produzione e consumo che tengano conto dei limiti del pianeta, dando la priorità a un utilizzo più efficace e sostenibile delle risorse». La strategia che il Parlamento europeo suggerisce alla Commissione per l'instaurazione di un mercato unico sostenibile fa leva su diversi aspetti, come la durabilità, la riparabilità e la riutilizzabilità dei prodotti, i quali interessano il diritto dei contratti a più riprese.

Due sono gli istituti privatistici più coinvolti: le garanzie e le informazioni. Per quanto riguarda le prime, la sostenibilità rileva nella misura in cui a periodi di garanzia più lunghi corrispondono beni di maggiore durata. Per ciò che concerne le seconde, l'assunto – tipico della regolazione del mercato – è quello per cui al fine dell'instaurazione di un mercato sostenibile, caratterizzato da una gestione efficiente delle risorse, sia necessario porre il consumatore nelle condizioni di valutare un prodotto anche ponendo a mente la sua durata prevista e la sua riparabilità.

Un punto centrale nella strategia volta all'instaurazione di un mercato sostenibile come delineata dal Parlamento è poi rappresentato proprio dal c.d. *right to repair.* Ancora una volta, la risoluzione affronta il tema sul piano dell'informazione. Essa infatti afferma che le informazioni sulla disponibilità dei pezzi di ricambio, sugli aggiornamenti del software e sulla riparabilità del prodotto debbano essere messe a disposizione del consumatore in modo chiaro e facilmente leggibile al momento dell'acquisto. Per informazioni sulla riparabilità del prodotto, il Parlamento intende quelle relative al periodo stimato di disponibilità dalla data di acquisto, al prezzo medio dei pezzi di ricambio al momento dell'acquisto, ai tempi approssimativi raccomandati per la consegna e per la riparazione, alle informazioni sui servizi di riparazione e manutenzione, se del caso. Inoltre, la risoluzione suggerisce alla Commissione di rendere tali informazioni disponibili anche dopo l'acquisto, inserendole nella documentazione relativa al prodotto unitamente a una sintesi dei guasti riscontrati con maggiore frequenza e dei modi per ripararli (art. 10). Sempre al fine di incentivare la pratica della riparazione, la risoluzione prevede di rendere gratuito per i consumatori e per gli operatori – anche indipendenti – attivi nel settore delle riparazioni l'accesso alle informazioni necessarie per la manutenzione del bene (art. 11, lett. a) e obbligatorio per i venditori l'informazione circa la possibilità della riparazione (art. 10, lett. e).

Ancor più recente e mirata è la risoluzione del Parlamento europeo del 7 aprile 2022[85] riguardante precipuamente il diritto alla riparazione.

85 Risoluzione del Parlamento europeo del 7 aprile 2022 sul diritto alla riparazione (2022/2515(RSP)), accessibile al link *www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0126_IT.html*

In un considerando (H) si segnala che «una serie di ostacoli impedisce ai consumatori di optare per la riparazione, tra cui la mancanza di informazioni, di accesso ai pezzi di ricambio, di standardizzazione e di interoperabilità o altri ostacoli tecnici, come pure i costi di riparazione».

Inoltre il Parlamento europeo: invita la Commissione a imporre ai fabbricanti di progettare i loro prodotti in modo tale che essi durino più a lungo e possano essere riparati in modo sicuro e che i loro componenti siano facilmente accessibili e rimovibili; sottolinea la necessità di garantire agli utenti finali e ai fornitori indipendenti di servizi di riparazione un migliore accesso ai pezzi di ricambio e ai manuali di istruzioni entro un termine ragionevole e a un costo ragionevole; insiste sul fatto che un adeguato "diritto alla riparazione" dovrebbe fornire agli attori del settore della riparazione, compresi i riparatori indipendenti, e ai consumatori accesso gratuito alle informazioni necessarie relative alla riparazione e alla manutenzione; sottolinea che, sebbene i consumatori abbiano il diritto di scegliere tra riparazione e sostituzione dei beni difettosi ai sensi della direttiva sulla vendita di beni, nella pratica i consumatori scelgono solitamente la sostituzione rispetto alla riparazione, il che potrebbe essere dovuto all'elevato costo della riparazione; chiede pertanto alla Commissione di proporre, nella sua iniziativa sul diritto alla riparazione, una serie di misure volte a promuovere e incoraggiare i consumatori, i produttori e i commercianti a optare per la riparazione piuttosto che per la sostituzione; osserva che la prossima revisione della direttiva sulla vendita di beni potrebbe includere, tra l'altro, misure volte a incoraggiare i consumatori a scegliere la riparazione anziché la sostituzione, come l'obbligo di prevedere un prodotto sostitutivo durante la riparazione di determinati prodotti.

In definitiva, si dà effettiva rilevanza, per la prima volta, al rimedio sostenibile per eccellenza, cioè quello riparatorio, sollecitando una revisione del piano rimediale nella direzione di una gerarchizzazione dei rimedi.

A ben vedere, va anche detto che i grandi colossi della tecnologia[86] si sono spesso opposti fermamente ad alcune proposte di legge sul diritto alla riparazione. E quelle approvate in Europa e *UK* hanno suscitato non poche critiche, nelle associazioni dei consumatori, perché ritenute inadeguate[87]. Innanzitutto perché

86 Quali Microsoft, Apple, Amazon.

87 Il 1° marzo 2021, è entrato in vigore il Regolamento (UE) 2021/341 il quale stabilisce che lavatrici, lavastoviglie, frigoriferi e schermi (compresi i televisori), fonti di luce e apparecchiature di controllo separate debbano essere fabbricati in modo da essere più facilmente riparabili e avere una maggiore durata (richiedendo ai produttori di mettere a disposizione dei riparatori professionali pezzi di ricambio e manuali di riparazione). A partire dal 1° settembre 2021, anche gli alimentatori esterni, le fonti di luce e le apparecchiature di controllo sono sottoposti a questi obblighi. Il Regno Unito è stato uno dei primi Stati ad allinearsi in modo sostanziale a queste misure dell'UE. Le disposizioni della Direttiva Ecodesign per i prodotti connessi all'energia e le Norme sull'informazione energetica 2021, note anche come norme sul "Diritto alla riparazione", sono state ratificate dal governo del Regno Unito di Gran Bretagna (UK) il 1° luglio 2021.

sono norme che si applicano solo a determinati elettrodomestici. In secondo luogo, perché non c'è nulla che impedisca ai produttori di effettuare riparazioni eccessivamente costose applicando prezzi elevati per le parti o raggruppando le parti in modo che le sezioni debbano essere sostituite insieme.

Il sasso nello stagno pare l'abbia lanciato Apple. L'azienda di Cupertino ha annunciato il *Self Service Repair* (riparazioni *self-service*) che permetterà ai clienti, anche italiani, che si sentono in grado di effettuare una riparazione, di accedere ai ricambi originali dei dispositivi e agli strumenti *Apple*[88].

Microsoft, a ruota, ha annunciato che studierà modi e metodi per ridurre il suo impatto ambientale, rendendo i suoi prodotti più facili da riparare.

A differenza del legislatore euro-unitario, come visto ancora in ritardo nell'implementare una politica rimediale che sia pienamente in linea con il carattere sostenibile che i trattati impongono al mercato unico, legislatori nazionali hanno adottato forme di tutela coerenti con l'obiettivo del mercato sostenibile. In particolare, l'ordinamento francese si è dotato di una legge che, intervenendo sul *Code de l'Environnement* e sul *Code de la Consommation*, introduce diverse discipline rilevanti nella regolazione del mercato sostenibile.

Tra le diverse disposizioni inserite dalla *Loi* n° 2020-105[89] nel *Code de l'Environnement* di particolare interesse è il nuovo art. L.541-9-2 che introduce l'indice di riparabilità ("*indice de réparabilité*"), idoneo a informare i consumatori circa la possibilità di riparare il bene. Tutti i produttori, importatori, distributori o altri soggetti che introducono sul mercato prodotti elettrici sono pertanto obbligati a comunicare al venditore tale indice (nonché i parametri impiegati per la determinazione), il quale verrà poi comunicato, per il tramite di etichette e al momento dell'acquisto, dal venditore al consumatore. A partire dal gennaio 2024, tale obbligo verrà modificato: in luogo dell'indice di riparabilità, si dovrà fare riferimento a un indice di sostenibilità ("*indice de durabilité*"), idoneo a rappresentare le caratteristiche del bene relative alla affidabilità e solidità del prodotto.

Con riferimento, invece, alle diverse norme inserite dalla *Loi* n° 2020-105 nel *Code de la Consommation*, merita richiamare le disposizioni in materia di riparazione. Al fine di favorire il ricorso a questo rimedio, il legislatore francese ha previsto, per un verso, che tutti i prodotti riparati in costanza di garanzia legale beneficiano di una estensione di sei mesi e, per altro verso, che, qualora la riparazione non possa

88 La novità è in atto dal 6 dicembre 2022. I clienti in Belgio, Francia, Germania, Italia, Polonia, Spagna, Svizzera e Regno Unito possono acquistare parti e strumenti originali Apple nonché hanno accesso diretto ai manuali di riparazione.

89 *Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire* (il testo è accessibile al link *www.legifrance.gouv.fr*)

essere effettuata dal professionista, il bene dato in sostituzione di quello difettoso sia coperto da una garanzia annuale (art. L. 217-9). In secondo luogo la *Loi* n° 2020-105 è intervenuta anche nella disciplina sull'obsolescenza programmata prevista dal *Code de la Consommation*, introducendo uno specifico divieto per i produttori dal rendere impossibile la riparazione o la rigenerazione di apparecchi (art. L.441-3). Tale divieto ha il chiaro intento di consentire la riparazione del bene anche fuori dai circuiti ufficiali del soggetto che ha immesso sul mercato il bene[90].

VIII. ALLA RICERCA DI UN NUOVO EQUILIBRIO.

È innegabile che il diritto euro-unitario vigente segni ancora oggi un forte ritardo rispetto all'obiettivo di dare concretezza al progetto di un mercato unico sostenibile.

Sono maturi i tempi perché nella disciplina del rapporto tra consumatore e professionista succeda quello che da tempo auspica una parte della dottrina. Ovverosia che si imponga finalmente la ricerca di un nuovo "equilibro", che non necessiti più soltanto di una equivalenza delle prestazioni. Un equilibrio che, prescindendo dalle valutazioni di mercato relative al bene o al servizio, tenga in considerazione anche gli interessi non patrimoniali del consumatore[91].

Ed è proprio questo di cui ha bisogno il diritto dei consumi per imboccare la via della sostenibilità: di rimedi di più ampio respiro da incentivare rispetto ai dispositivi di tutela ancora modellati su interessi individuali, incapaci perciò di attivare quelle dinamiche più ampie alle quali aspira il "consumatore ecologico".

In tal senso la valorizzazione di durabilità, riparabilità e riutilizzabilità del prodotto dovrebbe incoraggiare investimenti tesi ad assicurare che gli interventi di riparazione siano non solo materialmente eseguibili, ma anche economicamente sostenibili per il venditore che, perciò, si troverebbe a preferire un intervento sulla *res* già consegnata in luogo della sua sostituzione con una diversa. Nella stessa direzione, un'espressione di generale preferenza per il rimedio indicato potrebbe a sua volta incentivare la produzione di beni più facilmente riparabili o aggiornabili a scapito di prodotti *disposable* o ad obsolescenza programmata[92].

90 Imbruglia, D.: "La sostenibilità", cit., pp. 365-366.

91 Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rassegna di diritto civile*, 2001, pp. 348 ss.; Id.: *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, pp. 3 ss.; Id.: "L'interesse non patrimoniale e i contratti", *Annali della Facoltà di Economia di Benevento*, 2012, pp. 25 ss.

92 Barenghi, A.: "Osservazioni", cit., *Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo*, *Contratto e impresa*, 2020, p. 812, il quale osserva che i parametri della durabilità e della sostenibilità del prodotto potrebbero essere annoverati tra gli elementi che il venditore potrebbe addurre per rifiutare la sostituzione a vantaggio della riparazione. L'A. nota però altresì che, nonostante l'importanza attribuita dai Considerando (nn. 32 e 48) alla durabilità del prodotto e alla sostenibilità del rimedio, «[l]a circostanza che l'art. 13, comma 2, non contenga alcun riferimento a questo aspetto è quindi indice del carattere

Un diritto dei consumatori a prova di futuro non può più concentrarsi esclusivamente sugli interessi economici dei consumatori, ma deve mirare anche alla sostenibilità al fine di conciliare gli obiettivi dell'art. 11 TFUE (sviluppo sostenibile) e dell'art. 12 TFUE (protezione dei consumatori).

L'inseparabilità fra interessi individuali e interessi generali deve ispirare la ricerca di questo nuovo equilibrio.

solo declamatorio di tale riferimento, essendo quantomeno dubbio che l'interprete possa far leva sulle precisazioni del considerando per introdurre anche il riferimento a questi elementi nella valutazione dei comportamenti e delle pretese delle parti».

BIBLIOGRAFIA

Addis, F.: "Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni, regolati nella nuova Direttiva (UE) 2019/771", *Rivista Nuovo Diritto Civile*, 2020, pp. 5 ss.

Addis, F.: "Sulla distinzione tra regole e principi", *Europa e diritto privato*, 2016, p. 1043.

Alpa, G.: "Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea", *Contratto e impresa*, 2019, num. 3, pp. 825 ss.

Bachiorri, A.: "Agenda 2030: un'opportunità per costruire insieme un futuro sostenibile", *Quaderni di ricerca* sull'artigianato, 2020, num. 3, p. 305.

Barenghi, A.: "Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita dei beni di consumo", *Contratto e impresa*, 2020, pp. 806 ss.

Bertelli, F.: "CSR Communication e consumo responsabile: un circolo virtuoso per la Circular Economy?", in Lanni, S.: *Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate*, Giappichelli, Torino, p. 195.

Bertelli, F.: "«Dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore», conformità oggettiva ed economia circolare", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, p. 223.

Bertelli, F.: *Le dichiarazioni di sostenibilità nella fornitura di beni di consumo*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 45.

Berti de Marinis, G.: *Disciplina del mercato e tutela dell'utente nei servizi pubblici economici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, pp. 183 ss.

Betti, E.: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè, Milano, 1949, pp. 34 ss.

Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico* (1950), rist., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994, p. 48.

Bianca M.C.: "Article 3: Rights of the consumer", in Aa.Vv., *EU Sales Directive – Commentary* (a cura di M.C. Bianca e S. Grundmann), Intersentia, Antwerpen, 2002, pp.149-168.

Bifulco, R.: *La responsabilità giuridica verso le generazioni future tra autonomia della morale e diritto naturale laico*, in Aa.Vv.: *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite* (a cura di A. D'Aloia), Giuffrè, Milano, 2003, p. 171.

Busnelli, F.D.: "La persona nell'interazione tra norme di diritto internazionale e princìpi di diritto privato «costituzionalizzato»", in Aa.Vv., *L'incidenza del diritto internazionale sul diritto civile*, Atti del 5° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Capri 25-27 marzo 2010, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, pp. 43 ss.

Busnelli, F.D.: "Solidarietà: aspetti di diritto privato", *Iustitia*, 1999, pp. 435 ss.

Caccavale, C.: "Per un diritto sostenibile", in Aa.Vv.: *Crisi della legge e produzione privata del diritto* (a cura di G. Conte e M. Palazzo), Giuffrè, Milano, 2018, pp. 241 ss.

Cafagno, M.: "Cambiamenti climatici tra strumenti di mercato e potere pubblico", in Aa.Vv.: *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile* (a cura di G.F. Cartei), Giappichelli, Torino, 2013, pp. 105 ss.

Capaldo, G.: "Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile", *Persona e mercato*, 2020, pp. 334 ss.

Capobianco, E.: "Globalizzazione, mercato, contratto", *Persona e mercato*, 2017, num. 3, pp. 133-143.

Capobianco, E. e Fantini, A.: "Rischio pandemia e diritto dei contratti", in Aa.Vv.: *La differenza e l'ostacolo* (a cura di L. Nuzzo e S. Tommasi), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, p. 136.

Capra, F. e Mattei, U.: *The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Berrett-Koehler, Oakland, 2015, pp. 1 ss.

Carrigan M. e Attalla A.: "The Myth of the Ethical Consumer – Do Ethics Matter in Purchase Behaviour?", *JCM*, 2001, pp. 560 ss.

Cartabia, M. e Simoncini, A.: "Introduzione", in Id.: *La sostenibilità della democrazia nel XXI secolo*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 13.

Carvalho, J.M.: "Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services. Overview of Directives 2019/770 and 2019/771", *Journal of European Consumer and Market Law*, 2019, pp. 194 ss.

Carvalho, J.M.: "The premature obsolescence of the new deal for consumers", *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 10, num. 3, p. 87.

Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018.

Caterini, E.: "Sustainability and Civil Law", *The Italian law journal*, 2018, pp. 289 ss.

Cicala, R.: Produttività, solidarietà e autonomia privata, *Rivista di diritto civile*, 1972, p. 298.

Ciocia, M.A.: "Circolarità economica e trasparenza del prodotto", *The European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2022, num. 1, *passim*.

Cirillo F.: "La sostenibilità come diritto delle generazioni presenti?", in Lanni, S.: *Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate*, Giappichelli, Torino, pp. 139-140.

Collins, H.: "Conformity of goods, the network society, and the ethical consumer", *European Private Law*, 2014, p. 633.

D'Aloia, A.: "voce Generazioni future (diritto costituzionale)", in D'Ambrosio, R.: *Enciclopedia del diritto - Annali IX*, pp. 331 ss.

D'Aloia, A: "Costituzione e protezione delle generazioni future?", in Aa.Vv.: *Responsabilità verso le generazioni future* (a cura di F. Ciaramelli e F.G. Menga), Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 293 ss.

De Cristofaro, G.: "Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari b-to-c: l'attuazione della dir. UE 2019/771", *Rivista di diritto civile*, 2021, pp. 206 ss.

De Franceschi, A.: *La vendita di beni con elementi digitali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, *passim*.

Di Raimo, R.: "Date a Cesare (soltanto) quel che è di Cesare. Il valore affermativo dello scopo ideale e i tre volti della solidarietà costituzionale", *Rassegna di diritto civile*, 2014, pp. 1082 ss.

Di Raimo, R. e Mignone, C.: "Strumenti di finanziamento al Terzo settore e politiche di intervento locale nella «società inclusiva» europea. (Dalla filantropia alla finanza alternativa)", Giustizia civile, 2017, pp. 139 ss.

Di Sabato, D.: "Diritto privato, rapporti economici, sostenibilità ecologica", 25 *Cardozo Electr. L. Bull.*, 2019, pp. 1 ss.

Dostoevskij, F.M.: *I fratelli Karamàzov*, Sansoni, Firenze, 1966.

Gaeta, M.C.: "Il problema della tutela giuridica della natura: un'analisi comparata tra Italia e Stati dell'America Latina", *Rivista Nuovo Diritto Civile*, 2020, num. 4, pp. 313 ss.

Grassi, S.: "La Costituzione siamo noi", *Nomos*, 2017, num 1, p. 11.

Imbruglia, D.: "La sostenibilità dei rimedi consumeristici nella direttiva 771/2019/UE e oltre", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, num. 16, p. 358.

Imbruglia, D.: "Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori", *Persona e mercato*, 2021, num. 3, pp. 190 ss.

Jansen, S.: "Hiërarchie der remedies in de consumentenkoop: EU vs VS", *TPR*, 2017, num. 1, p. 211.

Jordan, A., Gravey, V. e Adelle, C.: "EU Environmental Policy at 50: Retrospect and Prospect", in Id.: *Environmental Policy in the EU*, Routledge, London-New York, 2021, pp. 357 ss.

Lener, A.: "Ecologia, persona, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile", in Aa.Vv.: *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona* (a cura di N. Lipari), Roma-Bari, 1974, pp. 337 ss.

Lionello, L.: "Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione", *Jus*, 2020, num. 2, pp. 105 ss.

Lipari, N.: *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Studium, Roma, 2004.

Lipari, N.: "Il senso della Costituzione. La cultura della solidarietà nella Costituzione italiana", *Parlamento*, 1989, pp. 16 ss.

Lipari, N.: "«Spirito di liberalità» e «spirito di solidarietà»", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, pp. 1 ss.

Lucarelli, F.: *Solidarietà e autonomia privata*, Jovene, Napoli, 1970, pp. 92 ss.

Luhmann, N. e De Giorgi, R.: *Teoria della società*, Franco Angeli, Milano, 1992.

Mabellini, S.: "La sostenibilità in campo ambientale e i diritti delle generazioni future: un'ulteriore prova delle capacità palingenetiche dell'art. 9, comma 2, Cost.", *Diritto e società*, 2, 2018, pp. 151 ss.

Maitre-Ekern, E.: "The choice of regulatory instruments for a circular economy", in Aa.Vv.: *Environmental Law and Economics* (a cura di K. Mathis, B. Huber), Springer, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2017, pp. 315 ss.

Mak, V. e Terryn, E.: "Circular Economy and Consumer Protection", *Journal of Consumer Policy*, 2020, num. 43, pp. 235 ss.

Matera, D.M.: "Difetto di conformità, gerarchia dei rimedi e sostenibilità ambientale nel nuovo art. 135-bis cod. cons. e nella Dir. 771/2019", *Rivista di diritto privato*, 2022, num. 3, pp. 458-459.

Mattei, U.: *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

McCollough, J.: "The disappearing repair trades", *International Journal of Consumer Studies*, vol. 33, num. 6, 2009, p. 625.

Meadows, D.H., Meadows, D.L., Randers, J. e Behrens, III W.W.: *The Limits to Growth*, Universe Books, New York, 1972.

Mezzasoma, L.: "Consumatore e Costituzione", *Rassegna di diritto civile*, 2015, num. 1, pp. 311 ss.

Micklitz, H.W.: "Squaring the circle? Reconciling consumer law and the circular economy", *Journal of European Consumer and Market Law*, 2020, vol. 8, num. 6, pp. 229-237.

Mignone, C.: "Diritti e sostenibilità. una ricostruzione per immagini", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2021, num. 14, pp. 210 ss.

Mignone, C.: Relazione dal titolo "Homo oeconomicus, homo ecologicus, homo digitalis. Towards a sustainable consumer law", *Summer School "Consumer Rights and Europe's Digital Future"*, tenutasi a Lecce il 10 maggio 2022.

Möllers, T.M.J.: "The Weaknesses of the Sale of Goods Directive – Dealing with Legislative Deficits", *Jus civile*, 2020, p. 1186.

Monteduro, M. e Tommasi, S.: "Paradigmi giuridici di realizzazione del benessere umano in sistemi ecologici ed esistenza indisponibile e ad appartenenza necessaria", in Aa.Vv.: *Benessere e regole di rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.D.i.C. in ricordo di G. Gabrielli, Napoli 8-9-10 maggio 2014, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, pp. 161 ss.

Pagliantini, S.: "Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771", *Giurisprudenza Italiana*, 2020, pp. 230 ss.

PAGLIANTINI, S.: *Il diritto privato europeo in trasformazione. Dalla direttiva 771/2019/UE alla direttiva 633/2019/UE e dintorni*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 8 ss.

PARENTE, F.: "La persona e l'assetto delle tutele costituzionali", in G. LISELLA e F. PARENTE, *Persona fisica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp. 1 ss.

PARISI, G.: *In un volo di storni. Le meraviglie dei sistemi complessi*, Rizzoli, Milano, 2021.

PENNASILICO, M.: "Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale", *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2017, p. 6

PENNASILICO, M.: "Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza", *Contratto e impresa*, 2020, num. 2, pp. 824 ss.

PENNASILICO, M.: "Economia circolare e diritto: ripensare la 'sostenibilità'", *Persona e mercato*, 2021, num. 4, pp. 715 ss.

PENNASILICO, M.: "Recensione a E. Caterini, Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale", *Rassegna di diritto civile*, 2018, pp. 1511 ss.

PENNASILICO, M.: "Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi 'ecologica' del contratto", *Persona e mercato*, 2015, num. 1, pp. 37 ss.

PERLINGIERI, C.: "Nuove forme di partecipazione politica e «metodo democratico»", *Rassegna di diritto civile*, 2018, pp. 873 ss.

PERLINGIERI, G.: "Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c.", *Foro napoletano*, 2014, p. 63.

PERLINGIERI, G.: *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, *passim*.

PERLINGIERI, G., "«Sostenibilità», ordinamento giuridico e «retorica dei diritti». A margine di un recente libro", *Il Foro napoletano*, 2020, num. 1, pp. 101-118.

PERLINGIERI, P.: "Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente", *Rassegna di diritto civile*, 2005, *passim*.

PERLINGIERI, P.: "«Depatrimonializzazione» e diritto civile", in ID.: *Scuole, tendenze, metodi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, pp. 173 ss.

Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rassegna di diritto civile*, 2001, pp. 348 ss.

Perlingieri, P.: "I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici", *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, 2000, pp. 11 ss.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 433 ss.

Perlingieri, P.: *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, pp. 3 ss.

Perlingieri, P: "L'interesse non patrimoniale e i contratti", *Annali della Facoltà di Economia di Benevento*, 2012, pp. 25 ss.

Perlingieri, P.: "La sussidiarietà nel diritto privato", *Rassegna di diritto civile*, 2016, pp. 687 ss..

Perlingieri, P.: "Mercato, solidarietà e diritti umani", *Rassegna di diritto civile*, 1995, pp. 82 ss.

Perlingieri, P.: "Principio personalista, dignità umana e rapporti civili", *Annali della SISDiC 2020*, pp. 1 ss.

Plaia, A.: "La garanzia convenzionale nella vendita al consumo", *Rivista di diritto civile*, 2005, p. 159.

Polidori, S.: "Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale", in Aa.Vv.: *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studio dell'associazione dei dottorati di diritto privato* (a cura di G. Perlingieri e M. D'Ambrosio), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 391 ss.

Porena, D.: *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 172 ss.

Pugliatti, S.: *Teoria dei trasferimenti coattivi*, Casa Tipografica Ettore Silva, Messina, 1931, p. 111.

Quarta, A.: "Contenuti digitali e beni con elementi digitali: c'è ancora posto per la proprietà privata?", in Aa.Vv.: *Questioni attuali in tema di commercio elettronico* (a cura di T. Pasquino, A. Rizzo e M. Tescaro, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 46 ss.

QUARTA, A.: "Per una teoria dei rimedi nel consumo etico. La non conformità sociale dei beni tra vendita e produzione", *Contratto e Impresa*, 2021, num. 2, p. 523.

RAWORTH, K: *L'economia della ciambella. Sette mosse per pensare come un economista del XXI secolo*, Edizioni Ambiente, Milano, 2020, p. 373.

RIZZO, V.: "Contratto e costituzione", *Rassegna di diritto civile*, 2015, pp. 349 ss.

RODOTÀ S.: *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, pp. 26 ss.

RODOTÀ S.:, "Il nuovo Habeas Corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione", in AA.VV.: *Tratt. bio-dir. Rodotà e Zatti, Ambito e fonti del biodiritto* (a cura di S. RODOTÀ e M. TALLACCHINI), Giuffrè, Milano, 2010, pp. 169 ss..

RODOTÀ, S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969.

RODOTÀ, S.: *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 36.

SCIANCALEPORE, G.: "Le dimensioni della sostenibilità", *Iura and Legal System*, 2020, num. 1, p. 8.

SMITH, A.: *Teoria dei sentimenti morali*, ediz. it., BUR, Milano, 1995.

STANZIONE, P.: *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.

STAUDENMAYER, D.: "The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – A Milestone in the European Consumer and Private Law", *ERPL*, 2000, pp.547-554.

TERRYN, E.: "A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law", *European Review of Private Law*, 2019, num. 4, pp. 851 ss.

TOPALL, I, NART S., AKAR C. e ERKOLLAR A., "The Effect of Greenwashing on Online Consumer Engagement: A Comparative Study in France, Germany, Turkey, and the United Kingdom", *Business Strategy and the Environment*, 2020, pp. 465 ss.

TORELLI, R., BALLUCCHI F. e LAZZINI A.: "Greenwashing and Environmental Communication: Effects on Stakeholders' Perceptions", *Business Strategy and the Environment*, 2020, pp. 407 ss.

Trentmann, F.: *The Empire of Things. How we Became a World of Consumers, from the Fifteenth Century to the Twenty-First*, Penguin Books, London, 2016.

Van Gool, E. e Michel, A.: "The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: a Critical Analysis", *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 10, num. 4, 2021, pp. 136-147.

Venherpe, J.: "White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content", *European Review of Private Law*, 2020, pp. 251 ss.

Vettori, G.: *Contratto e rimedi. Verso una società sostenibile*, Cedam, Padova, 2021, p. 60.

Vettori, G.: "Diritti e coesione sociale. Appunti per il seminario fiorentino del giorno 8 giugno 2012", *Persona e mercato*, 2012, p. 4.

Vettori, G.: "Persona e mercato al tempo della pandemia", *Persona e mercato*, 2020, num. 1, p. 6.

Vettori, G.: "Verso una società sostenibile", *Persona e mercato*, 2021, num. 3, pp. 464 ss.

Viterbo, F.G.: "Bisogni primari della persona e diritti inviolabili: limiti dell'autonomia individuale e collegiale", in Aa.Vv.: *Destinazioni d'uso e discipline inderogabili nel condominio* (a cura di M. Costantino, A. De Mauro, V. Colonna, P. Lisi e F.G. Viterbo), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 147-193.

ARMONIZZAZIONE MASSIMA E MINIMALISMO LEGISLATIVO NEL "NUOVO" DIFETTO DI CONFORMITÀ DEI BENI DI CONSUMO

FULL HARMONISATION, LEGISLATIVE MINIMALISM AND THE "NEW" LACK OF CONFORMITY IN CONSUMER CONTRACTS FOR THE SALE OF GOODS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 468-501

Pietro COPPINI

ARTICOLO CONSEGNATO: 7 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il recepimento della Direttiva 2019/771, avvenuto col D.lgs. 170/2021, costituisce una preziosa occasione per meditare sull'attuale panorama normativo, relativo all'obbligo di conformità nella vendita di beni di consumo. Nonostante il legislatore europeo si sia espressamente posto l'obiettivo di perseguire la c.d. armonizzazione massima, i rilevanti spazi decisionali, concessi ai singoli Stati membri, e la ritrosia del nostro legislatore a distaccarsi dal testo della Direttiva fanno però emergere un quadro piuttosto deludente, sia per le sostanziali differenze ancora sussistenti tra le discipline nei diversi ordinamenti, sia per i numerosi interrogativi rimasti irrisolti anche dopo l'intervento.

PAROLE CHIAVE: Obbligo di conformità; beni di consumo; armonizzazione massima; compravendita di beni di consumo; garanzia per vizi; codice del consumo; *aliud pro alio*.

ABSTRACT: *Focusing on the EU Directive 2019/771 (implemented in Italy by D.lgs. 170/2021), the essay analyses the reform regarding the lack of conformity in consumer contracts for the sale of goods. Even though the aim of the Directive is to pursue the so-called "full harmonisation" (reducing the differences between national laws in EU States), this goal looks still far from being achieved. Indeed, the Directive allows every State to regulate differently several (crucial) aspects, and – furthermore – the Italian legislator has not solved many of the issues, raised in the past years.*

KEY WORDS: *Duty of conformity; consumer sale of goods; full harmonisation; warranty against defects; consumer code; aliud pro alio.*

SOMMARIO.- I. LA VENDITA DI BENI DI CONSUMO: IL CANTIERE RESTA APERTO.- II. I (NUOVI?) CONFINI DELL'OBBLIGO DI CONFORMITÀ.- III. LA DISCIPLINA DELLA RESPONSABILITÀ IN CASO DI BENE DIFFORME.- IV. L'INSENSIBILITÀ ALLE RIFLESSIONI SULLA VENDITA DI DIRITTO COMUNE.- V. L'ARMONIZZAZIONE MASSIMA "A SUON DI" MINIMALISMO LEGISLATIVO?.

I. LA VENDITA DI BENI DI CONSUMO: IL CANTIERE RESTA APERTO.

È un dato incontrastato, all'interno della nostra dottrina, che la protezione del consumatore non sia frutto della cultura giuridica italiana, ma che tale esigenza rappresenti piuttosto un «prodotto di importazione»[1], nascente dalle spinte comunitarie, a loro volta ispirate dai Paesi dell'Europa settentrionale. Proprio dai continui stimoli provenienti dall'Unione Europea deriva che il diritto del consumatore sia oggetto di un'evoluzione, che ha recentemente compiuto quarant'anni[2], ma pare comunque destinata a proseguire anche negli anni a venire.

Non è un caso che – in questo ambito – una figura frequentemente evocata sia quella del "cantiere aperto"[3]. La Direttiva 2019/771 (ed il suo conseguente recepimento, a livello interno, col D.lgs. 170/2021) rappresenta una perfetta esemplificazione della situazione attuale della disciplina consumeristica: anticipando alcune delle conclusioni a cui si perverrà di seguito e volendo proseguire la metafora, il cantiere *resta* aperto e i lavori risultano ben lontani dalla loro ultimazione.

Ciononostante, le esigenze di armonizzazione del diritto del consumatore paiono impellenti, in un'epoca in cui il mercato unico rappresenta ormai una realtà[4], anche grazie agli strumenti messi a disposizioni dal c.d. *e-commerce*[5]. Una simile

1 Nicolussi, A: "I consumatori negli anni settanta del diritto privato. una retrospettiva problematica", *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 912.

2 Per la ricostruzione delle tappe, caratterizzanti tale evoluzione, si veda De Cristofaro, G.: "40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future", *Contr.*, 2019, pp. 177 ss.

3 Utilizzano tale espressione, tra gli altri, De Cristofaro, G.: "Il 'cantiere aperto' codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal d. legisl. 23 ottobre 2007, n. 221", *Studium iuris*, 2008, pp. 265 ss. e Granelli, C.: "Il codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore", *Obb. contr.*, 2010, pp. 731 ss.

4 A tal punto che, il 13 aprile 2021, il Consiglio Europeo ha adottato la sua Posizione sul programma per il mercato unico per il periodo 2021-2027, fornendo una dotazione di 4,2 miliardi di Euro.

5 Nel 2017, il 65% degli europei ha comprato *online*: nel 2022 – dopo appena cinque anni – le proiezioni danno tale percentuale in crescita di ben dieci punti, col 75% degli europei qualificabile come *e-shopper* (fonte: *Europe e-commerce report 2022*). Di ciò, è ben consapevole il legislatore europeo: cfr. considerando 4 e 5 Dir. 771/2019, che sottolineano come «il commercio elettronico è un motore di crescita chiave nel mercato interno. […] Al fine di rafforzare la competitività dell'Unione e stimolare la crescita, l'Unione deve agire rapidamente e incoraggiare gli attori economici a sfruttare al massimo il potenziale offerto dal mercato interno […]» (considerando 4), aggiungendo poi che «il progresso tecnologico ha contribuito all'espansione del mercato dei beni che incorporano contenuti digitali o servizi digitali o sono interconnessi ad essi. Alla luce del numero crescente di tali dispositivi e della loro diffusione in rapido aumento tra i consumatori,

• Pietro Coppini
Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Scienze Economiche e Aziendali dell'Università di Pavia
pietro.coppini@unipv.it

linea evolutiva segna almeno due questioni urgenti, alle quali risulta necessario che l'ordinamento dia un'immediata (*rectius*, celere, visto che il legislatore si trova spesso a rincorrere) risposta.

La prima questione è legata alla commercializzazione dei "nuovi beni" o, meglio ancora, della "nuova ricchezza". A questo fenomeno è, infatti, dedicato ampio spazio, sia all'interno della Dir. 2019/771 – che introduce la definizione di "bene con elementi digitali"[6], prevendendone ulteriori elementi di disciplina – sia, soprattutto, nella "gemella" Dir. 2019/770 – dedicata proprio alla fornitura di contenuti e servizi digitali[7]. Si tratta di un aspetto senz'altro centrale in questa stagione di riforme, ma che – dovendo compiere una "scelta di campo", ed insieme un'opportuna premessa di metodo – non sarà oggetto della nostra trattazione.

Piuttosto, il presente contributo sarà dedicato alla seconda delle problematiche, poste dalle esigenze sopra palesate, e cioè alla revisione della disciplina dell'obbligo di conformità, come risultante a seguito della sopra citata Direttiva 2019/771 ed del suo recepimento, avvenuto in Italia con il D.lgs. 170/2021 (entrato in vigore il primo gennaio 2022). Su questa tematica, il legislatore europeo – conscio dell'importanza di delineare uno statuto comune delle garanzie e dei rimedi forniti al consumatore – si lascia alle spalle la "scottatura" del naufragato progetto di disciplina uniforme del contratto di vendita (CESL)[8], attingendo però a piene mani proprio da quest'ultimo, anche in considerazione dell'attenta e pluriennale riflessione di cui tale progetto era frutto[9].

occorre un'azione a livello dell'Unione per garantire che sussista un livello elevato di protezione dei consumatori e per aumentare la certezza giuridica per quanto riguarda le norme applicabili ai contratti di vendita di tali prodotti. Una maggiore certezza del diritto contribuirebbe a rafforzare la fiducia dei consumatori e dei venditori» (considerando 5). Sul punto, v. altresì la c.d. Direttiva *omnibus*, Dir. 2019/2161, «per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori», nonché la più recente entrata in vigore dei Regolamenti 2022/1925 (sui mercati digitali) e 2022/2065 (sui servizi digitali), adottati rispettivamente il 14 settembre ed il 19 ottobre 2022.

6 Cfr. sul punto Camardi, C.: "Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali", *Giust. civ.*, 2019, pp. 499 ss.

7 Direttiva recepita con gli artt. 135*octies* – 135*vicies ter* cod. cons.: per alcuni spunti, tanto sul D.lgs. 173/2021 (che ha introdotto i suddetti articoli) quanto sulla c.d. Direttiva *omnibus*, si v. Battelli, E.: "Questioni aperte in materia di contrattazione nelle piattaforme *online*", *Contr.*, 2022, pp. 563 ss. e Gentili, A.: "La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, pp. 701 ss.

8 Alpa, G.: "Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea", *Contr. impr.*, 2019, p. 825, il quale osserva che «la costola della nuova Direttiva è data dal progetto di disciplina uniforme del contratto di vendita (CESL) con cui si concludeva la stagione della codificazione europea del diritto civile».

9 Prosegue Alpa, G.: "Aspetti della nuova disciplina", cit., p. 825, osservando che il naufragio della proposta di codificazione europea è dovuta a «diverse ragioni: l'ostilità dei *common lawyers* verso ogni forma di codificazione, nonostante che l'appartenenza all'Unione avesse comportato l'introduzione di un cospicuo numero di *regulations* in attuazione delle Direttive comunitarie, sì da far constatare l'avvenuta "europeizzazione" del *common law*; l'ostilità dei giuristi francesi, intenti a riformare il *Code Napoleon*, con la speranza di poter diffondere il modello francese a scapito degli altri modelli, anche nelle controversie arbitrali; l'ostilità dei giuristi olandesi, affezionati ad un co- dice nazionale rinnovato di recente e quindi considerato moderno e non sostituibile con altre regole».

Ciononostante, e (anzi) continuando a riconoscere al contratto di vendita la centralità che gli spetta, il legislatore comunitario dichiara di non rinunciare *in toto* all'ambizioso progetto di avvicinare il più possibile la disciplina della vendita nei diversi Paesi comunitari. Tale obiettivo viene perseguito attraverso il c.d. principio dell'armonizzazione massima[10] (art. 4 della Direttiva), che pare segnare una netta rottura rispetto al principio di massima tutela, affermato appena vent'anni prima con la Dir. 44/1999.

Eppure, come si cercherà di dimostrare nelle pagine che seguono, la frattura col sistema precedente risulta, nei fatti, meno netta di quanto potrebbe sembrare leggendo i considerando della Dir. 771/2019[11]. Un simile paradosso si giustifica sulla base di due "passaggi" che sono stati compiuti.

In primo luogo, il legislatore comunitario – pur "issando" la bandiera dell'armonizzazione massima – ha lasciato ampi spazi decisionali a ciascun legislatore interno, a cui – in sede di recepimento della Direttiva – sono spettati significativi margini di autonomia decisionale[12]. Il risultato, tutt'altro che sorprendente, è stato il delinearsi non solo di diverse modalità di recepimento[13], ma anche di diverse scelte, prese da ciascun legislatore nell'esercitare la discrezionalità riservatagli.

Di qui il secondo passaggio, che "attenua" l'armonizzazione massima, a cui, al contrario, l'intervento legislativo (comunitario e interno) avrebbe dovuto ispirarsi. Il legislatore italiano – nel recepire la Direttiva con il D.lgs. 170/2019, attraverso l'introduzione degli artt. 128-135*septies* cod. cons. – ha assunto un approccio "minimalista"[14] (nel senso di un intervento timido, principalmente consistito in

10 Così, gli studiosi italiani che si sono occupati della direttiva in esame e, in particolare, Pagliantini, S.: "Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771", *Giur. it.*, 2020, pp. 217 ss.; Id.: "A partire dalla dir. 2019/771 (UE): riflessioni sul concetto di armonizzazione massima", *Nuovo dir. civ.*, 2020, pp. 1 ss. ; De Cristofaro, G.: "Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari b-to-c: l'attuazione della Dir. UE 2019/771 ", *Riv. dir. civ.*, 2021, I, p. 209; Addis, F.: "Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771", *Nuovo dir. civ.*, 2020, pp. 6 s.; Bertelli, F.: "L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore", *Eur. dir. priv.*, 2019, pp. 957 s., pp. 971 s.

11 Si vedano, sul punto, i considerando 6-8 della Dir. 2019/771, dove si osserva che le norme dell'Unione, applicabili alla vendita di beni, sono ancora frammentate e ciò si ripercuote negativamente sulle imprese e sui consumatori: in particolare, questi ultimi scontano un'incertezza, legata prevalentemente ai diritti contrattuali loro spettanti.

12 Maniaci, A.: "I rapporti fra autonomia privata e disciplina italiana della vendita di beni di consumo dopo il recepimento della Direttiva n. 2019/771", *Eur. dir. priv.*, 2022, pp. 237 ss.

13 Confermando la scelta già fatta in sede di recepimento della Dir. 1999/44/CE, molti Stati europei (tra cui Germania, Paesi Bassi, Grecia, Repubblica Ceca, Polonia, Lituania, Estonia o Croazia) hanno scelto di introdurre le novità normative direttamente nei propri codici nazionali, prevedendo una nuova disciplina generale della responsabilità del venditore per i difetti della cosa venduta, e ritagliando al suo interno un piccolo spazio per le disposizioni riservate alla vendita *b-to-c*: sul punto, v. De Cristofaro, G.: "Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?", *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 25.

14 Espressione più generosa di quella scelta da Piraino, F.: "La violazione della vendita di beni al consumatore per difetto di conformità: i presupposti della c.d. responsabilità del venditore e la distribuzione degli oneri probatori", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, p. 128, che parla di «compitino», svolto dal nostro legislatore.

un'opera di trasfusione del testo della Direttiva all'interno del nostro codice di consumo), che, come si vedrà di seguito, porta con sé rilevanti conseguenze.

Innanzitutto, l'intervento non risolve in alcun modo le questioni rimaste aperte durante i vent'anni di vigenza della «gloriosa»[15] Dir. 44/1999 (sul punto: v. §2). Né, d'altro canto, il legislatore risponde in alcun modo agli ulteriori stimoli, provenienti dai recenti interventi giurisprudenziali, in tema di vendita di diritto comune (sul punto: v. §4): eppure, si tratta di tematiche che ben si sarebbero prestate ad una trattazione nell'ambito dell'intervento legislativo, qui esaminato.

A ciò si aggiunge un'ulteriore constatazione, legata ad alcune delle scelte che il legislatore è stato chiamato a compiere (in quanto a ciò obbligato dal legislatore comunitario), in sede di D.lgs. 170/2021. Il quadro, che emerge a seguito della riforma (sul punto: v. §3), non solo risulta tutt'oggi frammentario a livello comunitario, ma – sul piano interno – lo stesso è altresì insoddisfacente, soprattutto nelle parti in cui viene accordato un trattamento di (spesso immotivato) favore al consumatore[16], anche a costo di sacrificare le esigenze di certezza di diritto[17].

II. I (NUOVI?) CONFINI DELL'OBBLIGO DI CONFORMITÀ.

La ritrosia del nostro legislatore, a prendere posizione sulle principali questioni in tema di conformità dei beni di consumo, emerge nitidamente già da un esame del *perimetro* dell'obbligo di conformità, così come disegnato dal D.lgs. 170/2021. Al riguardo, il legislatore interno si limita a trasporre nel codice del consumo quanto previsto dalla Direttiva 771[18], senza compiere alcuna ulteriore scelta normativa, che sarebbe invece stata necessaria al fine di dirimere le numerose questioni che – nel vigore della precedente disciplina – erano emerse in sede applicativa.

La prima questione attiene alla disciplina a cui sottostà il c.d. *aliud pro alio*, vale a dire il caso di consegna di un bene radicalmente difforme da quello oggetto del contratto di vendita. La problematica – nota già relativamente alla compravendita

15 Camardi, C.: "Prime osservazioni", cit., p. 500.

16 Si potrebbe, al riguardo, parlare di una sorta di "ritorno al passato", nell'ottica di adottare tutt'oggi il principio di massima tutela del consumatore. È bene, però, precisare come quest'ultimo principio non coincida con quello di *favor consumatoris*. Con "massima tutela" si fa, infatti, riferimento al criterio precedentemente utilizzato, al fine di coordinare la disciplina di fonte euro-comunitaria con quella di diritto interno (nel caso italiano, la disciplina codicistica), facendo prevalere sempre la norma più favorevole *nel caso concreto* al consumatore. Al contrario, la provocazione – sopra lanciata e rappresentata da un (falso) ritorno al principio di massima tutela – vuole evidenziare una tendenza (e, soprattutto, mettere in guardia da un pericolo), spesso ravvisabile all'interno di questa materia, e consistente nel compiere scelte *aprioristicamente* orientate a favorire il consumatore.

17 Ciò si verifica nonostante la Direttiva 2019/771 faccia a più riprese riferimento al concetto di certezza dei traffici giuridici (v. considerando 3, 5, 8, 24, 37, 41, 47, 62).

18 Cfr. quanto fatto in tema di presupposti di conformità, oggi suddivisi in oggettivi e soggettivi: sul punto, cfr. Girolami, M.: "La conformità del bene al contratto di vendita: criteri «soggettivi» e «oggettivi»", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 65 ss.

codicistica[19] – riguarda la qualificazione dell'*aliud pro alio* quale difformità del bene compravenduto o, in alternativa, quale inadempimento dell'obbligo di consegna: le conseguenze dell'una o dell'altra opzione si ravvisano soprattutto sul piano dei rimedi, a cui tale figura è sottoposta.

Su tale questione, la Direttiva 2019/771 resta silente e, al riguardo, parte della dottrina[20] ha paventato la possibilità che – ove il legislatore italiano avesse scelto di ricomprendere (o, al contrario, di escludere) tale figura tra le difformità del bene venduto – ciò sarebbe andato contro il principio di armonizzazione massima. L'Unione Europea ha, infatti, espressamente disciplinato gli obblighi sia di conformità che di consegna, avendo dunque ricompreso la questione dell'*aliud pro alio* (a prescindere della qualificazione che si voglia dare a tale figura) nella competenza del legislatore comunitario. Se così fosse, una presa di posizione sul punto contrasterebbe con il principio di armonizzazione massima, in quanto si rischierebbe di avere posizioni *diverse*, all'interno dei vari Paesi, su aspetti (teoricamente) armonizzati: l'unica soluzione per uscire da questa *empasse* sarebbe, dunque, un intervento sul punto della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

L'opinione non pare convincere appieno, in quanto estende eccessivamente il portato del principio di armonizzazione massima. In altre parole, l'armonizzazione massima consiste nell'impossibilità, per gli Stati membri, di derogare a quanto previsto dall'Unione Europea all'interno della Direttiva in commento[21]. Dove quest'ultima ha compiuto una chiara scelta, la discrezionalità del legislatore interno incontra un limite invalicabile[22]: diversamente, sia in tutti i casi in cui l'Unione Europea ha *espressamente* demandato la scelta agli stati membri, sia dove il legislatore comunitario non ha compiuto alcuna scelta (restando silente), la discrezionalità del legislatore interno si riespande, potendo lo stesso pronunciarsi sul punto.

19 Sull'origine giurisprudenziale di tale figura, Gabrielli, E.: *La consegna di cosa diversa*, Jovene, Napoli, 1987; Bianca, C.M.: "Consegna di *aliud pro alio* e decadenza dai rimedi per omessa denunzia nella direttiva 1999/44/CE", *Contr. impr./Eur.*, 2001, pp. 16 ss.

20 Afferni, G.: "La nozione di «difetto di conformità»: il problema del vizio giuridico e dell'*aliud pro alio*", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, p. 105.

21 Cfr. la lettera del considerando 18 della Direttiva 2019/771, la quale si propone di «lasciare impregiudicato il diritto nazionale nella misura in cui le materie interessate non sono da essa disciplinate».

22 In tal senso, Venturelli, A.: "Risarcimento del danno e sospensione del pagamento del prezzo nella nuova disciplina dedicata alla fornitura di beni di consumo", *Contr. impr.*, 2022, p. 825, secondo cui, «affinché la direttiva stessa disponga "altrimenti", non è certo sufficiente la constatazione di una lacuna, anche parziale: il mero fatto che la normativa in commento non si occupi di un determinato profilo della tutela consumeristica vale solo a consentire alla legislazione interna di regolare quel profilo, ma nulla è in grado di dire circa il livello di protezione che deve essere in tal modo assicurato.», nonché Pagliatini, S.: "Contratti di vendita di beni", cit., p. 237.

Resta, dunque, sullo sfondo il fatto che il legislatore europeo abbia affrontato tanto il tema della consegna (Dir. 2011/83) quanto quello della difformità dei beni di consumo (Dir. 2019/771): tali interventi non sono *ex se* sufficienti a privare *in toto* il legislatore interno del potere decisionale, relativamente alle tematiche inesplorate dalle Direttive appena citate. Diversamente opinando, bene avrebbe fatto il legislatore a "copia-incollare" la Direttiva Europea, essendogli riservato il ruolo di mero *nuncius* nella fase di recepimento degli *input* di matrice comunitaria[23].

Sicché, il fatto che il legislatore unionale non abbia in alcun modo contemplato l'*aliud pro alio*, all'interno dei propri interventi, ha (in teoria) lasciato ai singoli stati la possibilità di prendere posizione sul punto. Così, del resto, ha fatto il legislatore tedesco, il quale – col §434 Abs. 5 BGB[24] – ha espressamente ricompreso l'*aliud pro alio* all'interno della difformità materiale, ad ulteriore dimostrazione che un intervento di tal guisa non è in alcun modo contrario al principio di armonizzazione massima.

Proprio alla luce di queste considerazioni, il silenzio, in tema di *aliud pro alio*, del D.lgs. 170/2021 risulta particolarmente assordante: e lo è non solo (e non tanto) alla luce del dibattito che era già scaturito sul tema[25], quanto piuttosto per le importanti incertezze applicative che derivano proprio da tale omissione[26].

23 E, dunque, il legislatore comunitario avrebbe sbagliato a ricorrere allo strumento della Direttiva, al fine di uniformare il regime delle garanzie nei contratti di vendita dei beni di consumo: sarebbe stato, al contrario, opportuno il ricorso allo strumento del regolamento, *self executing* e dunque sottratto alla fase di recepimento (in cui il legislatore può, invece, esercitare una qualche forma di discrezionalità decisionale).

24 Nel quale si dispone che «*Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache als die vertraglich geschuldete Sache liefert*» (Parimenti ricorre un difetto di conformità, ove il consumatore consegni una cosa diversa dalla cosa convenuta in contratto).

25 Tradizionalmente favorevoli all'inclusione dell'*aliud pro alio* nel difetto di conformità: De Cristofaro, G.: "*Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*", Cedam, Padova, 2000, p. 255; Id.: "voce Vendita. VIII) Vendita di beni di consumo", *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Treccani, Roma, 2003, p. 7; Bin, M.: "Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intero sistema della disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria", *Contr. impr./Eur.*, 2000, pp. 405 s.; Calvo, R.: "L'attuazione della direttiva n. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita", *ibidem*, p. 463; Patti, S.: "Sul superamento della distinzione tra vizi e *aliud pro alio datum* nella direttiva 1999/44/CE", *Riv. dir. civ.*, 2002, II, pp. 623 ss.; Cabella Pisu, L.: "La vendita di beni di consumo", *Tratt. resp. contr. I singoli contratti. Applicazioni pratiche e discipline specifiche*, diretto da Visintini, II, Cedam, Padova, 2009, pp. 1326 s.; Moscati, E.: "La vendita di beni di consumo: un dilemma tra garanzia e responsabilità", *Riv. dir. civ.*, 2016, I, pp. 357 s. Di diverso avviso, nel senso di continuare a disciplinare l'*aliud pro alio* con la disciplina codicistica: Bianca, C.M.: "Consegna di *aliud pro alio*", cit., pp. 629 ss.; Mariconda, V.: "«Conformità al contratto» dei beni di consumo e onere della prova", *Corr. giur.*, 2002, p. 1098; dalla Massara, T.: "Art. 1519-nonies", in *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo* (a cura di L. Garofalo-V. Mannino-E. Moscati-P.M. Vecchi), Cedam, Padova, 2003, pp. 741 ss.; Gabrielli, E.: "*Aliud pro alio* e difetto di conformità nella vendita di beni di consumo", *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 666; Bocchini, F.: "La vendita di cose mobili", in *Comm. cod. civ.*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 391 ss.
Più recentemente, si sono espressi sul punto Addis, F.: "La consegna nel codice del consumo riformato", *Contr.*, 2016, pp. 500 ss., spec. p. 512; Pagliantini, S.: "Contratti di vendita di beni", cit., pp. 223 s., Bertelli, F.: "L'armonizzazione massima", cit., pp. 971 ss. e 992.

26 Si noti che, essendo l'*aliud pro alio* un aspetto non "armonizzato" – in quanto lo stesso non è stato oggetto di intervento da parte del legislatore comunitario – il nostro legislatore è nei fatti libero di adottare una soluzione diversa, rispetto a quella praticata dalla Germania (dove, come sopra sottolineato, il legislatore ha scelto di ricondurre la figura ai difetti di conformità): ciò creerebbe sì una discrasia tra gli ordinamenti

È vero, infatti, che il nuovo art. 135*bis* comma 4 cod. cons. consente di richiedere *immediatamente* la risoluzione della compravendita, per il caso in cui il difetto sia «talmente grave da giustificare l'immediata riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto di vendita»[27], eliminando così una prima differenza con l'inadempimento dell'obbligo di consegna (dove la risoluzione è dovuta ai sensi dell'art. 61 commi 3-5 cod. cons.). Ma ciò non è sufficiente a equiparare le discipline in tema di difformità e di mancata consegna.

Si pensi, ad esempio, a quanto disposto dall'art. 61 comma 7 cod. cons., che consente al consumatore di agire con la risoluzione codicistica *ex* artt. 1453 ss. cod. civ.: tale possibilità è – proprio alla luce del sopra citato principio di armonizzazione massima, che ispira la riforma – preclusa a colui che agisca per un difetto del bene compravenduto. Costui, piuttosto, potrà *unilateralmente* risolvere il contratto (art. 135*quater* comma 2 cod. cons.), senza né passare dal giudice né sottostare al procedimento previsto dall'art. 61 cod. cons. (che prevede un'intimazione ad adempiere del consumatore, salvi i casi previsti dal comma 4 di tale norma). Ricomprendendo l'*aliud pro alio* nella difformità del bene, il consumatore dovrebbe piuttosto fare attenzione a rispettare il termine prescrizionale di ventisei mesi, prescritto tutt'oggi dall'art. 133 comma 3 cod. cons.[28].

Ancora, sotto molti aspetti le differenze applicative tra le soluzioni date al problema paiono ulteriormente acuite: se – nel vigore della precedente Direttiva – era fatto salvo per il consumatore agire *ex* art. 1453 c.c. (ove ritenuto più favorevole al medesimo), ciò non è oggi più possibile, essendo il compratore "confinato" ai rimedi concessigli in tema di difformità[29] (cfr. art. 135*septies* cod. cons., il quale fa sì riferimento alla risoluzione codicistica, ma solo limitatamente alle «conseguenze della risoluzione del contratto » e al «diritto al risarcimento del danno», escludendo dunque che si possa far riferimento all'art. 1453 c.c. anche in sede di esperimento dell'azione di risoluzione).

degli stati membri, ma quest'ultima sarebbe *fisiologica*, in quanto figlia dei margini d'autonomia che l'Unione Europea ha lasciato, sul punto, ai singoli Stati membri.

27 Proprio la sussistenza di tale previsione è uno degli argomenti utilizzati da Luminoso, A.: "La nuova disciplina delle garanzie nella vendita al consumatore (una prima lettura del d.lgs. n. 170/2021)", *Eur. dir. priv.*, 2022, pp. 497 ss., per ricomprendere l'*aliud pro alio* all'interno delle difformità dei beni di consumo.

28 Sempre a non voler ritenere che l'*aliud pro alio* debba essere escluso dalla disciplina del cod. cons., come proposto da parte della dottrina (citata *supra*, alla nt. 25) nell'immediatezza del recepimento della Direttiva 1999/44. Tale opzione pare oggi da scartare, poiché le Direttive europee disciplinano ormai tanto la difformità quanto la consegna dei beni di consumo. Pertanto, all'*aliud pro alio* dovrebbe applicarsi la normativa del codice del consumo, o in tema di difformità o di mancata consegna. *Tertium non datur.* Così, anche De Cristofaro, G.: "Legislazione italiana e contratti dei consumatori", cit., p. 27. Il rapporto tra norme sulla mancata consegna o difformità dei beni di consumo e inadempimento *ex* art. 1453 c.c., in merito all'*aliud pro alio* dei beni di consumo, è altresì affrontato da Addis, F.: "La consegna", cit., p. 512.

29 Sul punto, cfr. dalla Massara, T.: "Art. 135 *septies* cod. cons.: il coordinamento tra codice del consumo e codice civile in tempi di armonizzazione massima", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, p. 497, il quale auspica che resti «aperta al compratore-consumatore la *chance* di esperire una risoluzione [giudiziale] del contratto la quale non imponga a chi la invoca l'attesa di 'termini supplementari' di sorta, secondo quello che è il modello dell'art. 135*bis* cod. cons.».

Il silenzio legislativo sull'*aliud pro alio* aiuta, inoltre, a far luce su un ulteriore "vizio di fondo" della riforma, già denunciato da altri autori nelle more del recepimento della Direttiva 771/2019[30]. A seguito della riforma, l'obbligo di consegna e il passaggio del rischio restano disciplinati dagli artt. 61-63 cod. cons. e risultano tutt'oggi distanti (non solo topograficamente, ma anche sistematicamente) dalla conformità dei beni. Si tratta, però, di aspetti che avrebbero meritato di essere contemplati ed approfonditi nella riforma in esame, al fine di dare una maggiore organicità all'intero sistema, in quanto tali argomenti rappresentano una "costola" fondamentale delle obbligazioni (sia *lato* sia *stricto sensu* intese) del venditore.

Un opportuno coordinamento tra le due discipline – che non sarebbe equivalso a renderle omogenee[31] – avrebbe probabilmente portato anche ad affrontare una questione, quale quella dell'*aliud pro alio*, che da sempre si colloca sulla sottile linea di confine tra queste fattispecie. Al contrario, la "miopia sistematica" del legislatore italiano – sempre nel solco di quel minimalismo, sopra denunciato, che ha fatto sì che lo stesso intervenisse *esclusivamente* sugli aspetti disciplinati dalla Direttiva – ha portato ad ignorare il problema dell'*aliud pro alio*, mantenendo così una notevole distanza tra le discipline su conformità e consegna.

Infine, un aspetto, su cui – almeno apparentemente – il legislatore (prima comunitario e poi italiano) ha fatto chiarezza, è legato alla ricomprensione dell'evizione all'interno dell'obbligo di conformità. Del resto, l'art. 132 cod. cons. fa oggi riferimento «ai casi di impedimento o limitazioni d'uso del bene venduto […] conseguenti ad una restrizione derivante dalla violazione di diritti dei terzi, in particolare di diritti di proprietà intellettuale», disponendo che a tali ipotesi debba ugualmente trovare applicazione la disciplina oggi dettata per i difetti di conformità o, in alternativa, le azioni di nullità, annullamento o risoluzione eventualmente applicabili al caso di specie[32].

30 Sul punto, cfr. gli spunti forniti da Azzarri, F.: "Consegna e passaggio del rischio nelle vendite di beni mobili ai consumatori: considerazioni in vista dell'attuazione della Direttiva (UE) 2019/771", *Resp. civ. prev.*, 2021, pp. 1095 ss., il quale – nelle more dell'emanazione del D.lgs. 170/2021 – auspica una riforma organica delle obbligazioni nella vendita di beni di consumo, disciplinando in un unico Capo del codice del consumo sia l'obbligo di conformità sia l'obbligo di consegna sia il passaggio dei rischi nella vendita dei beni di consumo.

31 L'obbligo di consegna sarebbe rimasto comunque disciplinato dalla Direttiva del 2011/83, ma un intervento sul punto sarebbe stato opportuno, se non altro per «uniformare l'ambito applicativo delle norme anzidette a quello delle nuove disposizioni sulla vendita dei beni di consumo, la cui validità, mercè la clausola di equiparazione, è stata invero confermata (in linea con l'attuale comma 1 dell'art. 128 cod. cons.) anche a favore dei contratti di permuta, di somministrazione, di appalto e d'opera, nonché verso tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni da fabbricare o produrre» (Azzarri, F.: "Consegna e passaggio del rischio", cit., pp. 1120 ss.). Diversamente, in forza dell'art. 60 cod. cons. le norme in tema di consegna e passaggio del rischio continuano ad applicarsi ai soli contratti di compravendita, e non anche agli altri contratti (tra cui quelli di «fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, di teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale»).

32 La norma contiene, peraltro, una nuova deroga "attenuata" al principio di armonizzazione massima, nel senso di consentire – per il caso in cui l'ordinamento interno preveda la possibilità di far valere la nullità o agire la risoluzione del contratto – al consumatore di *scegliere* tra far valere i rimedi di cui all'art. 132 cod. cons. e, nel caso italiano, quelli previsti dall'art. 1489 c.c. (o comunque volti a risolvere il contratto o dichiararne la nullità). Un (parziale) ritorno, nel caso di specie, al principio di massima tutela.

La norma appena citata riproduce – senza neppure farne troppo mistero – quanto previsto dall'art. 9 della Direttiva 2019/771[33], mutuandone il contenuto e, di conseguenza, la laconicità. Anche in tal caso, il legislatore italiano non era senz'altro obbligato ad attenersi rigorosamente al contenuto della Direttiva recepita, essendo, al contrario, opportuno che la normativa italiana fosse meno avara di indicazioni sul punto. Così non è stato e tale decisione può essere, nuovamente, ricondotta al minimalismo legislativo, sopra descritto: non solo il legislatore italiano si rifiuta di regolare le ipotesi dubbie non contemplate dalla Direttiva, ma lo stesso dice *nulla di più di quanto detto dal legislatore europeo*.

La scelta non pare delle più felici. Nonostante, a mio avviso[34], tra i vizi giuridici, contemplati dalla norma, debbano ricomprendersi anche tutti i casi di acquisto di un bene (totalmente o parzialmente) altrui, non sono mancate voci (molto autorevoli) in dottrina[35], che hanno invece ritenuto che la disposizione debba essere interpretata in senso restrittivo. Così opinando, si arriverebbe a concludere che tra i difetti di conformità debba rientrare esclusivamente la sussistenza di diritti reali o personali di terzi oppure di oneri, vincoli o altre limitazioni, anche di natura pubblicistica, sconosciuti al consumatore e che ne limitino il godimento del bene acquistato. Al contrario, resterebbero esclusi dall'applicazione della disciplina consumeristica tutti gli altri "vizi giuridici", tra cui pignoramenti, garanzie reali o altri vincoli di espropriabilità, gravanti sul bene compravenduto, nonché, *a fortiori*, le ipotesi di alienità della cosa venduta: secondo tale impostazione, questi vizi resterebbero dunque disciplinati dalla normativa codicistica (artt. 1478-1482 cod. civ.).

Quest'ultima non pare – si ripete – un'opzione interpretativa del tutto fedele alla *mens legis*, volta ad estendere la tutela consumeristica *a tutti i casi in cui si palesi un vizio giuridico sul bene compravenduto*[36]. Resta inteso, però, che – come il legislatore ha precisato che resta comunque possibile per il consumatore far valere anche l'annullabilità del contratto – così il medesimo avrebbe potuto compiere un'ulteriore precisazione, in merito alla *definizione* (e al perimetro) di vizio giuridico, dissipando ogni possibile (e ragionevole) dubbio sul punto.

In sede di attuazione – compiendo uno "strappo alla regola" del minimalismo – il legislatore italiano ha precisato che sono fatte salve le disposizioni non solo in tema di risoluzione e nullità, ma altresì di annullamento, consentendo al consumatore di agire anche per far valere un eventuale errore o dolo (artt. 1428-1439 cod. civ.). Così, Afferni, G.: "La nozione di «difetto di conformità»", cit., p. 113.

33 La quale, peraltro, pare preoccuparsi prevalentemente dei problemi legati alla proprietà intellettuale del bene, con evidente propensione verso la fattispecie di legata a violazioni del *copyright*, soprattutto in tema di beni con elementi digitali, anch'essi ricompresi nella Direttiva in esame. Del resto, è proprio questa la fattispecie più frequente nella prassi, trattandosi di beni mobili, oggetto di produzione e diffusione di massa.

34 Ma anche secondo Afferni, G.: "La nozione di «difetto di conformità»", cit., p. 114.

35 Luminoso, A.: "La nuova disciplina", cit., pp. 499 s., la cui conclusione è basata sull'osservazione che, in questi casi, «si riscontra non un difetto di conformità del bene bensì il mancato acquisto, il pericolo di perdita o la perdita della proprietà del bene da parte».

36 Cfr. *supra*. Così, anche Piraino, F.: "La violazione della vendita", cit., p. 135.

III. LA DISCIPLINA DELLA RESPONSABILITÀ IN CASO DI BENE DIFFORME.

Veniamo, adesso, al secondo aspetto della nostra analisi, relativo alla responsabilità[37] del venditore in presenza di un difetto di conformità, così come riformata a seguito del D.lgs. 170/2021. Si tratta dell'intervento maggiormente significativo della presente riforma per due ordini di motivi.

In primo luogo, in quanto proprio su questo campo si gioca la rilevante partita della tutela del consumatore, che si avveda di un difetto di conformità sul bene compravenduto. Solo delineando una disciplina che bilanci adeguatamente le esigenze di tutela del consumatore, da un lato, e quelle di competitività delle imprese, dall'altro, è possibile ottenere il risultato prefissato dalla Direttiva 771/2019[38].

In secondo luogo, tale ambito merita di essere esaminato perché in esso – come si vedrà meglio di seguito – il legislatore comunitario ha lasciato ampi margini di autonomia al legislatore interno, il quale si è pertanto visto obbligato ad abbandonare (ma solo apparentemente) il suo "minimalismo legislativo", a favore di un atteggiamento più interventista. È proprio dal tipo di scelte compiute che emerge, però, un appiattimento sulle opzioni "suggerite" dalla legislazione e dalla giurisprudenza comunitarie, nonché un tentativo di assicurare la massima tutela al consumatore, anche a costo di sacrificare un – altrettanto fondamentale – valore, quale la certezza dei traffici giuridici.

Ma andiamo per gradi. Preliminarmente alle nostre riflessioni, è opportuno ricordare come, anteriormente alla riforma, fosse assicurata una *garanzia di durata biennale*[39] al consumatore, il quale – una volta scoperto il difetto – aveva l'onere di denunciare (a pena di decadenza) la sussistenza del vizio *entro due mesi dalla sua scoperta*, nonché – entro *ventisei mesi dalla consegna* – agire in giudizio, al fine di non incorrere nel termine prescrizionale, previsto dall'art. 132 cod. cons. *ante* riforma.

37 Termine utilizzato nella rubrica dell'art. 10 della Direttiva.

38 Cfr. considerando 2 della Direttiva 771/2019, nella quale ci si pone *expressis verbis* l'obiettivo di «garantire il giusto equilibrio tra il conseguimento di un elevato livello di protezione dei consumatori e la promozione della competitività delle imprese, assicurando al tempo stesso il rispetto del principio di sussidiarietà».

39 Biennio da calcolarsi dalla consegna, quale unico *dies a quo* utilizzato per la vendita di beni di consumo, a seguito della scomparsa del termine di decadenza (il cui *dies a quo* era invece posto al momento della scoperta): cfr. considerando 37 della Direttiva 2019/771, nel quale si afferma che «per rafforzare la *certezza giuridica* per i consumatori e i venditori occorre che sia chiaramente indicato il momento in cui la conformità del bene deve essere valutata. Il momento rilevante per la valutazione della conformità dei beni dovrebbe essere quello della loro consegna» (corsivo aggiunto).
Sulla distinzione tra durata della garanzia e prescrizione, cfr. Piraino, F.: "La violazione della vendita", cit., p. 163 nonchè Id.: "La garanzia nella vendita: durata e fatti costitutivi delle azioni edilizie", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, pp. 1139 ss.

Con un rapido (ma ben percettibile) colpo di penna, il legislatore cambia solo un aspetto della disciplina appena delineata, espungendo dalla stessa l'onere di denuncia a pena di decadenza, e lasciando invece inalterati gli altri aspetti della disciplina. Pertanto, la garanzia continua a riguardare esclusivamente i difetti manifestatisi entro due anni dalla consegna, e la relativa azione si prescrive tutt'oggi entro ventisei mesi dalla medesima consegna[40].

Anche in questo caso, il minimalismo legislativo, sopra denunciato, pare evidente. Il legislatore, anziché procedere ad una rimodulazione più bilanciata della materia – ad esempio, incidendo sulla durata della garanzia[41], ovvero sul *dies a quo* del termine di prescrizione[42] –, ha deciso di lasciare inalterati i due termini di durata della garanzia e di prescrizione della relativa azione, mantenendo (immotivatamente) la sfasatura temporale di due mesi[43], e confermando che in

40 Come auspicato da De Cristofaro, G.: "Verso la riforma", cit., pp. 242 s., il legislatore non sfrutta la possibilità – prevista dall'art. 10 par. 5 della Direttiva – di introdurre un unico termine prescrizionale, in quanto continua a distinguere tra durata della garanzia e prescrizione dell'azione: la sovrapposizione dei due termini è stata, infatti, foriera di numerosi dubbi all'interno della vendita codicistica.

41 Come avvenuto in Spagna in cui la *Ley general* per la protezione dei consumatori stabilisce, all'art. 124, una durata triennale della garanzia ed un termine prescrizionale addirittura pari a 5 anni, decorrenti dalla data di scoperta del difetto.

42 Come disposto dall'art. 17, comma 1, del *Decreto lei* n. 84 del 2021 emanato in Portogallo, dove si prevede un termine prescrizionale biennale decorrente dalla data in cui il consumatore ha comunicato al professionista il difetto di conformità. Ci si potrebbe, al riguardo, chiedere se una simile opzione legislativa sia conforme al principio di armonizzazione massima (cfr. considerando 37, sopra citato, che prescrive che il *dies a quo* debba essere posto nel momento della consegna): al riguardo, però, l'art. 10 comma 3 della Direttiva consente espressamente agli Stati membri di introdurre termini più ampi di quelli contemplati al primo comma del medesimo articolo. Tale discrezionalità, lasciata ai legislatori, potrebbe essere interpretata sia nel senso della previsione di tempistiche più lunghe (opzione spagnola) sia nel senso di collocare il *dies a quo* in un momento più recente, rispetto alla consegna, allungando (indirettamente) il termine per richiedere la tutela (opzione portoghese).

43 *Prima facie*, l'opzione si giustifica sulla base dell'art. 10 par. 4 della Direttiva, nella parte in cui impone che il termine di prescrizione sia fissato in modo da non precludere esercizio di azione per difetti manifestatisi negli ultimi giorni (in tal senso, De Franceschi, A.: *La vendita di beni con elementi digitali*, Esi, Napoli, 2019, p. 126 s.). Ciononostante, Faccioli, M.: "Durata della responsabilità del venditore, prescrizione dei diritti del compratore e onere della prova nella nuova disciplina italiana della vendita di beni ai consumatori (d.lgs. n. 170/2021)", *Jus civile*, 2022, p. 48, non si spiega il permanere del termine di 26 mesi, in precedenza giustificato dalla sussistenza dell'onere di denuncia (nello stesso senso anche, De Cristofaro, G.: "Il recepimento della Direttiva 2019/771/UE nel diritto italiano. Le opzioni fondamentali del legislatore nazionale. I limiti 'soggettivi' ed 'oggettivi' posti all'ambito di operatività della nuova disciplina", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, p. 14 nt. 23). Tale sfasatura era stata altresì criticata – nella vigenza della precedente disciplina – da Garofalo, L.: "Note introduttive ad art. 1519-sexies", in *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo* (a cura di L. Garofalo-V. Mannino-E. Moscati-P.M. Vecchi), Cedam, Padova, 2003, p. 527 e Naddeo, F.: "La vendita di beni di consumo", in *La tutela del consumatore* (a cura di P. Stanzione-A. Musio), *Tratt. dir. priv. Bessone*, XXX, Utet, Torino, 2009, p. 558.
La previsione di una normativa *in toto* "appiattita" sul momento della consegna pone ulteriori problematiche, per il caso in cui il consumatore venga a conoscenza della possibilità di agire per il difetto di conformità solo dopo un rilevante lasso di tempo. Si pensi alla recente decisione CGUE 14 luglio 2022, n. 145 (C-145/2020), in cui la Corte di Giustizia (nell'ambito del noto scandalo *Dieselgate*, legato alla messa in circolazione di autoveicoli aventi un *software* di manipolazione che, nel corso dell'ordinario utilizzo del veicolo, comportava emissioni ambientali di molto maggiori rispetto a quelle dichiarate ed accertate in sede di omologazione) ha stabilito che un veicolo munito di tale *software* «non presenta la qualità abituale dei beni dello stesso tipo che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi […], pur disponendo di un'omologazione CE in vigore e potendo, di conseguenza, essere utilizzato su strada»: pertanto, sussiste «un difetto di conformità», il quale «non può essere qualificato come "minore" anche laddove, qualora il consumatore fosse stato al corrente dell'esistenza e del funzionamento di detto dispositivo, egli avrebbe nondimeno acquistato tale veicolo». Nel caso di specie, si tratta però di veicoli messi in circolazione (e dunque consegnati) ben più

entrambi i casi il *dies a quo* sia da individuarsi nel momento di consegna del bene[44]. L'unica differenza, rispetto alla disciplina *ante* riforma, è dunque rappresentata dall'eliminazione dell'onere di denuncia, a pena di decadenza.

Tale opzione legislativa ha, indubbiamente, alcuni pregi. In primo luogo, si tratta della scelta "suggerita" dalla Direttiva 2019/771[45], ma anche dalla giurisprudenza comunitaria[46]: è lo stesso legislatore europeo – all'art. 12 della Direttiva – a lasciare però gli stati liberi di «mantenere in vigore o introdurre disposizioni che prevedono che, al fine di godere dei diritti del consumatore, il consumatore deve informare il venditore di un difetto di conformità entro un periodo di almeno 2 mesi dalla data in cui il consumatore ha riscontrato tale difetto di conformità»[47]. In secondo luogo, questa pare la scelta compiuta dalla maggior parte dei legislatori interni (tra cui anche Francia, Germania ed Austria), i quali già in precedenza avevano rinunciato all'introduzione di un onere di denuncia a pena di decadenza[48]: l'opzione legislativa italiana è, dunque, in linea con quella adottata dagli ordinamenti più vicini al nostro[49].

di ventisei mesi addietro dalla pronuncia della Corte di Giustizia, riconoscente al consumatore il diritto di agire per far valere il difetto di conformità. L'applicazione delle norme che regolano la responsabilità del venditore deve, necessariamente, portarci a concludere nel senso che – trattandosi di vizi emersi ben oltre i due anni dalla consegna e non avendo il consumatore, ignaro che l'installazione del *software* integrasse un difetto di conformità, esperito la relativa azione (o compiuto altri atti idonei ad interrompere tale prescrizione) – i rimedi (della riparazione, riduzione del prezzo o risoluzione del contratto) debbano essergli preclusi: soluzione, quest'ultima, senz'altro rispondente alle norme sul punto, ma insoddisfacente a livello sistematico, soprattutto ove raffrontata col principio di effettività della tutela, che permea l'intera disciplina delle difformità dei beni di consumo (cfr., sul punto, il caso *Faber*, di cui alla successiva nt. 46).

44 Opzione criticata da Piraino, F.: "La violazione della vendita", cit., p. 165, il quale propone di individuare il *dies a quo* del termine prescrizionale a partire dalla scoperta.

45 Cfr. considerando 46: «Agli Stati membri dovrebbe essere consentito mantenere o introdurre disposizioni che prevedono che, al fine di godere dei diritti del consumatore, il consumatore è tenuto a informare il venditore di un difetto di conformità entro un periodo non inferiore a due mesi dalla data in cui il consumatore ha riscontrato tale difetto di conformità. Gli Stati membri dovrebbero poter garantire al consumatore un livello di tutela più elevato non introducendo tale obbligo».

46 Con la c.d. sentenza *Faber* (Corte Giust. UE, 4 giugno 2015, causa C-497/13, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 5 ss., con nota di Patti, F.P.: "Tutela effettiva del consumatore nella vendita: il caso «Faber»"; e in *Contr.*, 2015, pp. 1077 ss., con nota di Azzarri, F.: "Integrazione delle fonti ed effettività delle tutele nella vendita dei beni di consumo", che ha *rimodulato* l'onere di denuncia sulla base del principio di effettività. In particolare, si è ritenuto adeguatamente soddisfatto l'onere di denuncia ove il venditore fosse stato informato *aliunde* della sussistenza del vizio (il bene, nel caso della pronuncia, era stato portato al venditore per la riparazione) e senza che fosse necessario, al fine di beneficiare della presunzione di non conformità di cui all'attuale art. 135 cod. cons., indicare le caratteristiche e le cause del difetto.

47 Nella dottrina tedesca, Staudenmayer, D. "Kauf von Waren mit digitalen Elementen – Die Richtlinie zum Warenkauf", *NJW*, 2019, p. 2893 e Bach, I.: "Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte", *NJW*, 2019, p. 1711, ritengono che il legislatore europeo abbia sbagliato a lasciare agli stati la libertà di scegliere, in merito al mantenimento o meno dell'onere di denuncia.

48 Motivo per cui De Cristofaro, G.: "Verso la riforma", cit., p. 239 s. suggerisce prima, e Luminoso, A.: "La nuova disciplina", cit., p. 501 s. accoglie poi con favore, l'eliminazione dell'onere di denuncia, seppur senza addurre particolari motivazioni.

49 Ciò non equivale, si badi bene, ad affermare che tale scelta sia "obbligata" dal principio di armonizzazione massima. Infatti (come già notato alla precedente nt. 26), nel momento in cui il legislatore comunitario rinuncia – su questo, come su altri aspetti – ad armonizzare la materia (omettendo di disciplinare l'argomento, ovvero lasciando una notevole discrezionalità ai legislatori interni), ciascuno Stato resta libero di esercitare le facoltà lasciategli dalla medesima Direttiva: l'eventuale discrasia tra le discipline interne – e, di conseguenza, il (solo presunto) contrasto con l'intento di armonizzazione massima – è perfettamente fisiologica.

A ben vedere, però, gli svantaggi della nuova disciplina paiono superarne di gran lunga i vantaggi. Innanzitutto, la volontà del legislatore non poteva essere *de plano* quella di uniformare la disciplina del "nostro" difetto di conformità a quella vigente negli altri Paesi europei: questo intento è, infatti, smentito dalla timidezza del legislatore europeo[50], che ha lasciato ampi spazi di autonomia ai legislatori interni. Ciò ha infatti dato luogo a diversi scenari legislativi, proposti all'interno di ciascuno stato membro: durata e *dies a quo* della prescrizione risultano tutt'oggi disciplinati in termini assai differenti dai singoli ordinamenti. Sicché, non è sufficiente una (sostanziale) uniformità nell'eliminazione dell'onere di denuncia, se poi le discipline risultano completamente diverse relativamente a tutti gli altri termini, che costituiscono di fatto la spina dorsale della disciplina in esame.

Non potendosi, su questi aspetti, parlare di "armonizzazione massima" – in quanto il legislatore unionale ha rinunciato a fornire un'unica soluzione, da seguire in tutti gli ordinamenti – la scelta legislativa potrebbe comunque esser giustificata nell'ottica di una maggiore tutela del consumatore. Il risultato viene sicuramente raggiunto, in quanto il contraente debole viene liberato da uno dei principali ostacoli (forse il principale vincolo), posti a suo carico per usufruire dei rimedi previsti in caso di bene difettoso. Tuttavia, mi sento di poter affermare che – per le ragioni illustrate di seguito – il mezzo (l'abolizione dell'onere di denuncia) ecceda notevolmente il fine (fornire una maggiore tutela al consumatore).

Detto altrimenti, la nuova disciplina potrebbe non superare la prova dei fatti. Nel momento in cui si prevede (accanto alla durata della garanzia) un *unico termine perentorio* pari a ventisei mesi dalla consegna del bene, il consumatore – pur avvedendosi del difetto nei primi giorni di utilizzo del bene – potrebbe continuare ad *utilizzare* il medesimo per un notevole lasso di tempo, senza denunciare alcunché ed attendendo l'ultimo momento utile per agire in giudizio[51]. Il comportamento appena ipotizzato non solo sarebbe contrario alla buona fede, ma renderebbe altresì evidente la mancanza di un *vero* e *proprio difetto di conformità*.

Del resto, se il bene è difforme solo ove non idoneo agli scopi a cui il bene è preposto (art. 129 comma 3 lett. a), il fatto che il consumatore lo abbia utilizzato per un lungo periodo di tempo, dopo la sua scoperta, rende evidente l'idoneità del bene ai suoi scopi. Nella fattispecie appena ipotizzata, dunque, il giudice dovrebbe respingere la richiesta del consumatore, non sussistendo il presupposto

50 In tale aspetto, è innegabile che vi sia un "concorso di colpa" del legislatore comunitario, il quale ha lasciato troppo liberi gli Stati di operare scelte in tale ambito, consentendo così il delinearsi di diverse discipline, come effettivamente verificatosi. Così, già Alpa, G.: "Aspetti della nuova disciplina", cit., p. 829, che ritiene «deludenti […] le norme relative alla prescrizione e ai rimedi, perché pur registrando una certa uniformità nella maggior parte degli ordinamenti interni, il Parlamento e il Consiglio hanno lasciato libertà agli Stati Membri di elevare il livello di tutela dei consumatori».

51 Infatti, il termine prescrizionale molto lungo – in mancanza di ulteriori riferimenti temporali – potrebbe rendere difficoltoso stabilire il momento in cui sia effettivamente emerso il difetto.

per potersi avvalere dei rimedi previsti all'art. 135*bis* cod. cons.[52]. Ciononostante – mancando una qualsivoglia prova in merito al momento di emersione del difetto – ben difficilmente il venditore potrà dimostrare (o, comunque, il giudice potrà avvedersi) che il consumatore ha continuato ad utilizzare il bene, *nonostante il paventato difetto* (che non è tale, in quanto il bene è stato – per lungo tempo – idoneo allo scopo a cui lo stesso è preposto).

Proprio l'incertezza, legata al momento in cui si è manifestato il difetto, rappresenta il grave inconveniente del nuovo sistema. Le ricadute, sul piano sostanziale, di tale incertezza si ripercuotono, peraltro, anche sull'inversione dell'onere della prova, prevista dall'art. 135 cod. cons., per tutti i difetti *emersi entro l'anno* (e non più sei mesi, come previsto *ante* riforma) dalla consegna. Ora, è vero che tale inversione dell'onere probatorio potrebbe rappresentare un effettivo stimolo per il consumatore ad agire tempestivamente per l'eliminazione del difetto. Ma è vero anche il contrario: come facciamo a sapere il momento in cui è emerso il difetto di conformità, in mancanza di un onere di denuncia? In pratica, il consumatore potrebbe agire dopo venti mesi dalla consegna, per un difetto manifestatosi un mese addietro, sostenendo che lo stesso sia in realtà emerso entro l'anno dalla consegna, e chiedendo dunque di usufruire (indebitamente) dell'inversione dell'onere probatorio prevista dall'art. 135 cod. cons.

Insomma, il tanto criticato onere di denuncia, se da un lato rappresentava senz'altro un (piccolo) aggravio per il consumatore, dall'altro costituiva un comportamento conforme a buona fede e che, soprattutto, riduceva notevolmente le incertezze applicative ed il rischio di abusi, proprio da parte del consumatore (pigro, ma astuto)[53]. Ciò si pone, peraltro, in dissonanza col considerando 3 della Direttiva 771, che fissa l'obiettivo di accrescere la certezza giuridica, nei rapporti tra consumatore e professionista, come uno dei principali scopi dell'intervento normativo.

52 Sui rimedi, il legislatore del 2021 ha mantenuto il principio di "gerarchizzazione" dei rimedi, in forza del quale il consumatore ha l'onere di pretendere, in primo luogo, la sostituzione o la riparazione, e, solo in un secondo momento, costui ha la possibilità di esercitare il diritto alla riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto. Nota, però, De Cristofaro, G.: "Legislazione italiana", cit., 29, come tale principio risulti indebolito, in quanto il consumatore – con maggiore facilità – può oggi accedere ai rimedi "secondari" della risoluzione del contratto o della riduzione del prezzo. Sul punto, cfr. altresì Fadda, R.: "Il diritto al ripristino della conformità negli artt. 135-*bis* e 135-*ter* cod. cons.: tendenze conservatrici e profili innovativi", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 281 ss. e Oliviero, F.: "La nuova disciplina dei c.d. «rimedi secondari»: riduzione del prezzo e risoluzione del contratto", *ibidem*, pp. 313 ss.

53 Denuncia i possibili comportamenti opportunistici che possono derivare dall'eliminazione dell'onere di denuncia anche Faccioli, M.: "Durata della responsabilità", cit., p. 58. In termini simili anche Piraino, F.: "La violazione della vendita", cit., 164. Già in precedenza, lo stesso Faccioli, M.: "La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (Dir. (UE) 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini", *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 279 riteneva che l'onere di denuncia favorisse «una più rapida e sicura soluzione di eventuali controversie ed inoltre rappresenta un equo bilanciamento, per il venditore, del vantaggio attribuito al consumatore con l'allungamento dei termini di durata della garanzia rispetto alla disciplina di diritto comune».

Ciò detto, altre sarebbero state le altre strade percorribili, da parte del legislatore. In primo luogo, la tutela del consumatore sarebbe potuta passare non dall'eliminazione dell'onere di denuncia, bensì da un'estensione del periodo di durata della garanzia dovuta dal venditore[54], oppure dalla fissazione del *dies a quo* del termine prescrizionale non dalla consegna, bensì dalla scoperta del difetto[55].

Ancora più interessante avrebbe potuto essere una revisione "sistematica" degli istituti della denuncia e dell'inversione dell'onere probatorio, alla luce del loro rispettivo rapporto. Si sarebbe potuto[56], infatti, subordinare l'inversione dell'onere della prova (previsto dall'art. 11 Direttiva e consistente nel non dover provare, da parte del consumatore, la sussistenza del difetto al momento della consegna) all'avvenuta denuncia del difetto[57] entro e non oltre un determinato termine[58] dalla consegna del bene.

Attraverso una simile opzione, si sarebbe potuto ovviare a tutti gli inconvenienti, sopra delineati. Innanzitutto, la mancata denuncia da parte del consumatore – magari dovuta all'ignoranza dello stesso in merito alla disciplina in esame – non avrebbe precluso *in toto* allo stesso di far valere i diritti al medesimo spettanti: la mancata denuncia avrebbe comportato un semplice aggravio nell'*onus probandi*, cui il consumatore è di regola sottoposto[59]. Dall'altro lato, ove opportunamente informato di tale possibilità, la potenziale inversione dell'onere probatorio avrebbe potuto rappresentare un notevole incentivo, per il consumatore, a denunciare tempestivamente il difetto. Così facendo, si sarebbe recuperata la (oggi smarrita) certezza sul momento di emersione del vizio, non solo ai fini dell'inversione dell'onere della prova (stante l'inscindibile collegamento tra quest'ultimo e la denuncia), ma anche al fine di evitare comportamenti abusivi da parte del consumatore[60].

54 Come avvenuto in Spagna, cfr. *supra* nt. 41.

55 Cfr. *supra* nt. 42. Ove si fosse optato per quest'ultima soluzione, il mantenimento dell'onere di denuncia sarebbe però stato di vitale importanza, al fine di dare *certezza* all'emersione del difetto.

56 Preme sottolineare che si tratta di un'opzione *de iure condendo*, la cui iniziativa dovrebbe – probabilmente – provenire dal legislatore comunitario, in quanto una simile scelta, posta in essere autonomamente dal legislatore italiano, rischierebbe di contrastare col principio di armonizzazione massima. Tale necessità si giustifica non tanto sulla base dell'art. 12 della Direttiva 771 (che consente di introdurre disposizioni che prevedano l'onere di denuncia, *al fine di godere dei diritti del consumatore*, utilizzando così un'espressione molto ampia, ed al cui interno si potrebbe ricomprendere non solo i rimedi, ma anche l'inversione dell'onere probatorio, previsto dall'art. 11 della medesima direttiva), quanto proprio sull'art. 11 della stessa, il quale vincola il vantaggio (probatorio) per il consumatore alla sola *emersione* del difetto entro un anno, senza possibilità di legare tra loro le previsioni di cui agli artt. 11-12 della Direttiva.

57 Denuncia da effettuare rigorosamente in via stragiudiziale e senza particolari formalità, in continuità con quanto affermato anche dalla sopra citata sentenza *Faber*: su questo aspetto si tornerà di seguito, §4.

58 La lunghezza di tale termine avrebbe dovuto essere oggetto di attenta riflessione, al fine di bilanciare le esigenze di certezza di diritto, da un lato, e la possibile inerzia del consumatore, dovuta all'ignoranza dei diritti spettantegli (c.d. asimmetria informativa), dall'altro lato.

59 Sul punto, torneremo a breve: §4.

60 Ove, infatti, il consumatore non avesse denunciato tempestivamente il difetto (ad es., denunciando dopo venticinque mesi un difetto manifestatosi nel primo mese dalla consegna), il venditore avrebbe avuto gioco facile a dimostrare o l'insussistenza del difetto al momento della consegna ovvero, in subordine, il fatto che

Così non è stato e, anzi, l'attuale disciplina del difetto di conformità presenta (per certi versi) criticità ancora maggiori di quelle già sussistenti *ante* riforma, soprattutto in relazione alle esigenze di certezza del diritto. D'altro canto, anche l'armonizzazione massima non pare obiettivo centrato nel caso di specie, visto che la sussistenza di diversi termini (di durata della garanzia o di prescrizione, ovvero di diversi *dies a quo*) delinea una disciplina molto diversa da Stato a Stato.

IV. L'INSENSIBILITÀ ALLE RIFLESSIONI SULLA VENDITA DI DIRITTO COMUNE.

Potremmo affermare – non senza le dovute approssimazioni – che il 2019 è stato "l'anno dei vizi della compravendita", riferendoci ovviamente alla vendita di diritto comune (disciplinata nel codice civile). Tale affermazione si giustifica in quanto raramente si è potuto assistere a due pronunce a Sezioni Unite della Cassazione[61], legate al medesimo tema e intervenute nello stesso anno, nel giro di appena due mesi. Il (prevedibile) risultato dei due arresti giurisprudenziali è stato il rinnovamento di un dibattito dottrinale, su temi che tradizionalmente hanno dato luogo ad un acceso confronto[62], che è dunque proseguito nei mesi (e negli anni) a seguire.

Tali riflessioni sono legate – è bene ribadirlo – alla vendita del codice civile, e non sono suscettibili di essere applicate *de plano* alla vendita *b-to-c*, qui invece esaminata. Tale osservazione è particolarmente evidente nel nostro ordinamento, in cui il recepimento delle Direttive sulla tutela consumeristica – avvenuto all'interno di un apposito codice – ha dato luogo alla creazione di due distinte discipline: quella della vendita "di diritto comune" e quella della vendita dei beni di consumo[63]. Pur senza approfondire la tematica del rapporto tra diritto primo e

il consumatore abbia continuato ad utilizzare il bene per lungo tempo, *attivandosi solo negli ultimi giorni*, e continuando ad utilizzare il bene, pertanto idoneo al proprio scopo (e, dunque, scevro dal difetto).

61 Il riferimento è a Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Contr.*, 2019, p. 373 ss., con nota di DALLA MASSARA, T.: "L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia"; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 1055 ss. con nota di REGAZZONI, L.: "Le Sezioni Unite confermano l'onere probatorio in materia di garanzia per vizi e la distinzione tra garanzia e obbligazione"; in *Giur. it.*, 2019, pp. 1527 e ss., con nota di CALVO, R.: "Luci e ombre nella cornice del congedo dalla garanzia edilizia" e a Cass., sez. un., 11 luglio 2019, n. 18672, in *Corr. giur.*, 2019, 8-9, 1025, con nota di CALVO, R.: "Difformità, inadempimento del venditore e denuncia del vizio occulto"; in *Foro it.*, 2019, I, pp. 3116 s., con nota di PARDOLESI, R.-MAGLIULO, M.: "Sull'interruzione della prescrizione della garanzia per vizi nella compravendita"; in *Contr.*, 2019, pp. 501 ss., con nota di D'ONOFRIO, M.: "Le sezioni unite sull'interruzione della prescrizione in ipotesi di vizi della consa venduta: è sufficiente l'intimazione stragiudiziale", con chiosa di DALLA MASSARA, T.: "Postilla. Per il ripristino di alcune linee di coerenza sistematica dopo la coppia di pronunce a sezioni unite in tema di vendita".

62 Come si è tentato di dimostrare in COPPINI, P.: "La garanzia per vizi nella vendita: attualità di un dibattito dottrinale mai sopito", *Jus civile*, 2019, pp. 691 ss.

63 Cfr. la "soluzione" tedesca (definita, appunto, *Große Lösung*), già adottata in sede di recepimento della Direttiva 1999/44, e che aveva portato a riformare l'intera disciplina della vendita, prevista nel BGB, adeguandola ai principi di matrice comunitaria, sulla base del convincimento che il diritto del consumatore è sempre più parte del diritto privato generale. Tale soluzione è stata confermata anche per la Direttiva

diritti secondi[64], tanto la tecnica legislativa adottata, quanto le diverse logiche che ispirano i due sistemi, hanno dato luogo alla creazione di due distinte discipline[65].

Quest'ultima osservazione risulta particolarmente attuale, a seguito dell'abbandono del principio della massima tutela, a vantaggio di quello di armonizzazione massima, di cui l'attuale art. 135*septies* cod. cons. fornisce una plastica esemplificazione. Le norme del codice civile non trovano applicazione al contratto del consumatore, se non per i casi (ormai piuttosto sparuti) non contemplati dalla normativa speciale: piuttosto, a trovare applicazione sono le generali norme in tema di formazione, validità ed efficacia dei contratti in generale (non solo di compravendita).

Ci troviamo, pertanto, di fronte a due sistemi tendenzialmente non comunicanti: eppure, gli stessi affrontano – seppur con logiche diverse[66] – le medesime problematiche, visto che sempre di contratti di compravendita si tratta. Ciononostante, in sede di recepimento della Dir. 2019/771, il legislatore del 2021 ha deciso di mantenere la netta separazione, sussistente tra vendita di diritto comune e vendita di beni di consumo. Inutile nascondere, anche in questo caso, la possibilità di ricondurre tale scelta non tanto ad una volontà di valorizzare le peculiarità di ciascun sistema, quanto al minimalismo legislativo, già sopra descritto.

La scelta di non attingere al dibattito – prima giurisprudenziale e poi dottrinale – in tema di vendita di diritto comune, al fine di risolvere criticità che potrebbero palesarsi anche in sede di diritto del consumatore, non pare dunque pienamente consapevole, né volta a tracciare una netta linea di demarcazione tra diritto primo (vendita codicistica) e diritto secondo (vendita di beni consumo). Piuttosto, tale soluzione è riconducibile alla scelta di legiferare *solo ove la Direttiva ha espressamente statuito*: ciò emerge chiaramente ove si vadano ad esaminare da vicino le questioni recentemente affrontate in tema di vendita di diritto comune, in quanto esse sono state affrontate anche nell'ambito della vendita consumeristica (e avrebbero perciò meritato di essere affrontate anche all'interno del D.lgs. 170/2021).

2019/771: si v. Beckmann, R.F.: "Kauf", *J. von Staudingers Kommentar zum BGB. Eckpfeiler des Zivilrechts*, Sellier, Berlin, 2018, pp. 840, pp. 931 ss.

64 Sul rapporto tra vendita di diritto comune (quale diritto primo) e la vendita del consumatore (quale diritto secondo) cfr. già Castronovo, C.: "Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema", *Eur. dir. priv.*, 2006, pp. 397 ss. nonché Camardi, C.: "Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»", *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, pp. 581 ss., nonché Zoppini, A.: "Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai «codici di settore» (lo *ius variandi* nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)", *Riv. dir. civ.*, 2016, I, pp. 136 ss.

65 Cfr. Bianca, C.M.: "La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)", *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, pp. 317 ss., il quale parla di un *trasloco* delle norme dal codice civile al codice del consumo.

66 Con un'ottica strettamente privatistica, la vendita comune, e con un occhio anche alle esigenze pubblicistiche, la vendita consumeristica: denunciava il "moltiplicarsi" delle vendite, all'interno del nostro ordinamento, già Cabella Pisu, L.: "Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie?", *Contr. impr./Eur.*, 2001, pp. 34 ss.

La prima questione è legata alla ripartizione dell'onere della prova dei vizi nella compravendita: tale peso è stato addossato, da parte della sentenza di maggio 2019 sopra citata, a carico del compratore. Senza ripercorrere nello specifico il ragionamento complessivo compiuto dalle Sezioni Unite[67], esso si sviluppa complessivamente lungo due direttrici: innanzitutto, la Suprema Corte – al fine di discostarsi dal "pesante" *leading case* delle Sezioni Unite del 2001[68] – ha negato che la garanzia per vizi fosse riconducibile ad un'obbligazione *stricto sensu*, trattandosi piuttosto di una conseguenza derivante da una discrepanza tra il momento negoziale (quanto "voluto" dalle parti) ed il momento esecutivo (quanto effettivamente "trasferito")[69]. In seconda battuta, il ragionamento della Cassazione ha fatto riferimento ai principi della vicinanza della prova e del *negativa non sunt probanda* – che sono, peraltro, alla base proprio della sopra citata pronuncia del 2001, dalla quale la Corte si è apparentemente discostata – al fine di addossare l'onere di provare la sussistenza dei vizi in capo al compratore: quest'ultimo è, infatti, il soggetto nella cui sfera giuridica si trova attualmente il bene (vicinanza della prova) e che dovrà provare la sussistenza dei vizi (e non – come invece sarebbe toccato al venditore – la loro assenza: *negativa non sunt probanda*).

Il condivisibile principio enunciato dalle Sezioni Unite è estendibile anche alla vendita dei beni di consumo e ciò sulla base dei medesimi argomenti utilizzati nel precedente del 2019. Il fatto che la normativa parli di "obbligo di conformità" non pare, infatti, decisivo al fine di qualificare la stessa in termini di un'obbligazione *in senso stretto*[70]. Ciò pare ancor più evidente alla luce della novella del 2021: se il nuovo art. 130 comma 4 cod. cons. esclude il difetto di conformità ove il

67 Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, cit.

68 Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contr.*, 2002, pp. 113 ss., con nota di Carnevali, U.: "Inadempimento e onere della prova", e in *Contr. impr.*, 2002, pp. 903 ss., con nota di Visintini, G.: "La Suprema Corte interviene a dirimere il contrasto tra massime in materia di onere della prova a carico del creditore vittima dell'inadempimento", la quale ha affermato la nota (ma altrettanto discussa) regola secondo cui «il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460». Per una rilettura di tale principio, sia con riferimento alla vendita, sia con riferimento al riparto probatorio in generale, v. Mazzariol, R.: "L'onere della prova nella garanzia per vizi della vendita: il problema irrisolto del riparto probatorio del momento genetico del vizio", *Riv. dir. civ.*, 2020, I, pp. 467 ss.

69 La riflessione ricorda l'insegnamento di Luminoso, A.: "La compravendita", *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 383 ss., il quale fa propria – con le dovute differenze – l'opinione già sostenuta da Rubino, D.: "La compravendita", *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Giuffrè, Milano, 3ª ed., 1971, pp. 629 ss.

70 Ma, di diverso avviso, proprio Luminoso, A.: "La compravendita", cit., 382 secondo cui vi sarebbe stato un ampliamento dell'obbligazione della consegna della cosa, tale da ricomprendere al proprio interno anche l'obbligo di conformità. Così non pare, in quanto la – sopra denunciata – distanza (sistematica e codicistica) pare sottolineare l'autonomia tra obbligo di consegna e obbligo di conformità. In secondo luogo, si può notare come il momento della consegna debba piuttosto essere preso a riferimento, al fine di chiarire il momento a cui deve essere riferita la sussistenza della conformità (in tal senso, anche Amadio, G.: "Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche", *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 881).

consumatore *sia stato informato ed abbia accettato* il difetto di conformità[71], ciò rende chiaro come – anche nella vendita consumeristica – i rimedi conseguano dalla (sopra descritta) discrasia tra voluto e trasferito, mancando gli estremi per poter parlare di un'obbligazione in senso stretto.

A fugare ogni dubbio – oltre al riferimento ai principi di vicinanza della prova e del *negativa non sunt probanda*, che non perdono di pregnanza nella vendita consumeristica – si potrebbe invocare l'art. 135 cod. cons. – già sopra citato – in base al quale l'esistenza del difetto si presume sussistente, *al momento della consegna*, ove il difetto sia emerso entro un anno dalla consegna medesima. Ora, è chiaro che l'articolo in questione introduce una deroga *in melius* per il consumatore, esonerandolo dalla prova a cui – decorso inutilmente l'anno senza l'emersione del difetto – lo stesso sarebbe tenuto. *A fortiori*, se costui è *di regola* tenuto a dimostrare la difformità del bene al momento della consegna, lo stesso dovrebbe altresì essere tenuto a dimostrarne anche la sussistenza *attuale*[72]. In via interpretativa, pare dunque possibile addossare l'onere della prova sulla sussistenza del vizio/difformità in capo al compratore, non solo in sede di vendita di diritto comune, ma altresì nella vendita di beni di consumo[73].

Tuttavia, l'opinione appena sostenuta è tutt'altro che incontrastata in dottrina[74], soprattutto in quella anteriore alla pronuncia delle Sezioni Unite del 2019. Il "pericoloso" precedente del 2001, unito al sottile *discrimen* tra i concetti di obbligazione e garanzia[75], rende il dibattito potenzialmente aperto a ribaltamenti. In tal senso milita altresì l'equivocità del testo normativo: del resto, l'art. 135 cod. cons. esonera il consumatore dal dimostrare la sussistenza dei difetto *al momento*

71 Cfr. con la precedente versione dell'articolo, in cui si faceva riferimento alla semplice *conoscenza* del difetto: oggi la tutela del consumatore s'intensifica, ponendo l'accento sul momento negoziale-programmatico, quale riferimento per verificare la sussistenza del difetto.

72 Così, anche Proto, M.: "Garanzia per vizi della cosa venduta e onere probatorio", in *Nuovi orientamenti della cassazione civile* (a cura di C. Granelli), Giuffrè, Milano, 2020, pp. 453 ss.

73 In tal senso, anche Piraino, F.: "La violazione della vendita", cit., p. 151.

74 Nel senso di onerare il venditore a provare la difformità, nelle vendite di beni di consumo, si sono espressi: Zaccaria, A.-De Cristofaro, G.: "La vendita dei beni di consumo. Commento agli artt. 1519 bis - 1519 nonies del codice civile", Cedam, Padova, 2002, p. 259; Dona, M.: "Vendita di beni di consumo usati e applicabilità dell'art. 1519-sexies codice civile", *Contr.*, 2005, p. 1131; Patti, F.P.: "Tutela effettiva del consumatore", cit., p. 15 e Azzarri, F.: "Integrazione delle fonti", cit., p. 1094.

75 Sul rapporto tra il concetto di garanzia (evocato nella vendita codicistica, per la compravendita di diritto comune) e la vendita di beni di consumo (dove, invece, il legislatore parla espressamente – ma, probabilmente, anche atecnicamente – di obbligazione), cfr. Nicolussi, A.: "Diritto europeo della vendita di beni dei consumo e categorie dogmatiche", *Eur. dir. priv.*, 2003, pp. 525 ss. e Mazzamuto, S.; "Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo", *Eur. dir. priv.*, 2004, pp. 1029 ss.
Cfr. sul punto, la soluzione adottata dall'Austria, nel *Verbrauchergewährleistunggesetz* del 9 settembre 2021, la quale, al §4, non esita a definire anche l'obbligo di conformità come una "garanzia" (*Gewähr*), prescrivendo che «*Der Unternehmer leistet Gewähr, dass die von ihm übergebene Ware oder die von ihm bereitgestellte digitale Leistung dem Vertrag entspricht, also keinen Mangel aufweist*» (Il professionista rilascia *garanzia*, che i beni da lui consegnati o i servizi digitali da lui forniti sono conformi al contratto, e dunque non presentano difetti): una simile soluzione avrebbe avuto il pregio – ove adottata nel nostro ordinamento – di uniformare, perlomeno sotto il piano dogmatico, garanzia per vizi (nella vendita di diritto comune) e obbligo di conformità (nella vendita consumeristica).

della consegna, senza prendere espressamente posizione sul soggetto su cui grava l'onere di dimostrare la difformità *in generale*.

Pertanto, un legislatore attento, non solo agli stimoli provenienti dall'Unione Europea, ma anche alla dottrina e alla giurisprudenza interne, avrebbe dovuto dissipare ogni possibile dubbio sul punto, chiarendo espressamente – e mettendo così una pietra tombale sulla questione – che l'onere della prova debba essere addossato al consumatore (o, con una decisione sorprendente, in capo al professionista), salvo quanto disposto dall'art. 135 cod. cons. Così non è stato, e il minimalismo legislativo ha fatto, nuovamente, il corso.

Sorte non dissimile è, infine, toccata alla questione sull'idoneità degli atti stragiudiziali ad interrompere il termine prescrizionale: in senso affermativo, si sono pronunciate le Sezioni Unite della Cassazione, nella seconda pronuncia sopra citata[76], il cui *decisum* è, però, limitato al solo caso di vendita di diritto comune[77]. Anche in questo caso, il legislatore del 2021 non ha preso in alcun modo posizione, lasciando irrisolta una problematica che era nata proprio in seno alla vendita dei beni di consumo.

Non è un caso che – pochi anni prima delle Sezioni Unite sul punto – una pronuncia di merito[78] avesse deciso proprio sull'idoneità degli atti stragiudiziali ad interrompere il termine prescrizionale, risolvendo peraltro la questione in modo opposto rispetto a quanto fatto, poco dopo, dalla Suprema Corte.

Lasciandoci alle spalle le incoerenze della sentenza del luglio 2019[79], la conclusione a cui la stessa perviene (vale a dire, ritenere idoneo un atto stragiudiziale ad interrompere la prescrizione della garanzia per vizi) paiono calarsi perfettamente nella vicenda del difetto di conformità, come disciplinato dal codice del consumo. A differenza che nella disciplina codicistica, il codice del consumo predilige tutt'oggi

76 Cass., sez. un., 11 luglio 2019, n. 18672, cit.

77 E ciò ha sorpreso parte degli interpreti, tra cui De Cristofaro, G.: "Contratto di compravendita e ammissibilità dell'interruzione con atto stragiudiziale del termine prescrizione del diritto dell'acquirente «alla garanzia per vizi»: questioni aperte e dubbi irrisolti dopo la sentenza n. 18762 del 2019 delle Sez. un. della Corte di Cassazione", in *Nuovi orientamenti della cassazione civile* (a cura di C. Granelli), Giuffrè, Milano, 2020, p. 488.

78 Il riferimento è a App. Roma 9 ottobre 2017, n. 6338, in *Contr.*, 2018, pp. 581 ss., con nota di D'Onofrio, M.: "«Gerarchia» dei rimedi e prescrizione nella vendita di beni di consumo", secondo cui «la richiesta stragiudiziale di sostituzione o riparazione del bene difettoso non interrompe i termini per l'azione di risoluzione del contratto concessa dall'art. 130, comma 7, c. cons. essendo necessaria a tal fine la domanda giudiziale». Nello stesso senso, seppur in tema di vendita di diritto comune, anche Cass. 4 settembre 2017, n. 20705; Cass. 27 aprile 2016, n. 8417; Cass. 27 settembre 2007, n. 20332.

79 La quale, al fine di affermare l'idoneità di un atto stragiudiziale ad interrompere la prescrizione, fa leva sulla natura "obbligatoria" della garanzia per vizi, nonostante le stesse Sezioni Unite, appena due mesi addietro, fossero pervenute all'opposta soluzione in merito alla natura di tale garanzia. Tale contraddizione è stata sottolineata da dalla Massara, T.: "Postilla", cit., p. 515 e da Luminoso, A.: "Due pronunce contrastanti delle Sezioni Unite sulla natura della garanzia per vizi nella vendita (e sui riflessi in materia di onere della prova e prescrizione)", *Resp. civ. prev.*, 2019, pp. 1861 ss., oltreché da Coppini, P.: "La garanzia per vizi", cit., pp. 691 ss.

i rimedi della riparazione e sostituzione: per esperire tali rimedi – nonostante la via giudiziale non sia astrattamente preclusa – pare ragionevole ritenere che il consumatore provveda, almeno in prima battuta, a contattare il professionista *in via stragiudiziale*, chiedendo a quest'ultimo la riparazione o la sostituzione del bene difettoso. Di ciò si avvedono non solo la dottrina italiana che ha affrontato la questione[80], ma anche i numerosi legislatori stranieri che – in sede di recepimento della Direttiva 771 – si sono premurati di disciplinare quest'ultimo aspetto[81].

La questione, perlomeno all'interno del diritto italiano, resta aperta a possibili (seppur improbabili[82]) ribaltamenti e ciò, nuovamente, dev'essere ricondotto all'incuranza del nostro legislatore, che ha preferito non prendere un'espressa posizione sul punto, ignorando i chiari segnali provenienti dalla nostra giurisprudenza.

A chiusura di questi brevi spunti di riflessione, con cui si è tentato di costruire una sorta di *trait d'union* tra vendita di diritto comune e vendita consumeristica, pare possibile affermare che distinguere tali contratti, valorizzandone le rispettive peculiarità, non equivale a ragionare in termini di istituti completamente alieni tra loro (circoscrivendo i problemi, posti in una sede, soltanto a tale specifico settore). Piuttosto, l'autonomia delle due "vendite" deve passare necessariamente dall'esame dei medesimi problemi – sollevati nell'uno o nell'altro ambito –, ai quali si dovranno trovare (uguali o diverse, a seconda dei casi) soluzioni, sulla base dei principi vigenti e degli interessi rilevanti in ciascuna "vendita".

V. L'ARMONIZZAZIONE MASSIMA "A SUON DI" MINIMALISMO LEGISLATIVO?

Luigi Mengoni, in un celebre saggio di venticinque fa[83], rilevava come la tesi dualistica (che, cioè, qualifica diritto comunitario e diritto interno come sistemi autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo le prescrizioni del trattato) fosse la concezione che meglio inquadra, concettualmente, i rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, in quanto la stessa «rafforza l'effettività del diritto

80 D'Onofrio, M.: "«Gerarchia» dei rimedi", cit., pp. 586 s., ma anche Pagliantini, S.: "Contratti di vendita di beni", cit., 235 s.: quest'ultimo, proprio alla luce di tale osservazione, pare subordinare l'idoneità dell'atto stragiudiziale a interrompere la prescrizione al fatto che il consumatore abbia agito per i cc.dd. "rimedi primari" (riparazione o sostituzione, appunto), e non anche per le azioni edilizie (riduzione del prezzo o risoluzione).

81 Cfr. l'art. 122 della *Ley general* per la protezione dei consumatori in Spagna e l'art. 12, comma 4, del *Decreto lei* portoghese n. 84 del 2021, i quali stabiliscono la sospensione del termine di durata della garanzia (triennale in Spegna e biennale in Portogallo) dal momento di comunicazione del difetto al professionista.

82 Il *decisum* della Cass., sez. un., 11 luglio 2019, n. 18672, cit., pare – anche in questo caso – spazzare via ogni dubbio, in quanto sarebbe del tutto irragionevole sottoporre il consumatore ad un trattamento deteriore, rispetto a quello riservato al compratore di diritto comune.

83 Mengoni, L.: "Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri ?", *Eur. dir. priv.*, 1997, pp. 523 ss.

comunitario nel campo delle direttive sul presupposto dell'esclusione della loro applicabilità immediata nei rapporti privati». Accogliendo una simile visione, il rapporto tra diritto comunitario e diritto interno è ricostruibile sulla base di un'efficiente «coordinazione tra i due sistemi normativi»: in altre parole, tanto il legislatore comunitario quanto quello interno devono fare ciascuno la propria parte, al fine di pervenire a soluzioni armonizzate e, allo stesso tempo, rispondenti alle esigenze dei privati (anche alla luce del proliferare delle nuove tecnologie).

A distanza di oltre venticinque anni, le parole appena riportate paiono tutt'oggi attuali e aiutano a riflettere sull'intervento legislativo, appena esaminato. Naufragato il progetto di codificazione europea[84], il legislatore comunitario ha voluto riformare consistentemente la disciplina della vendita di beni di consumo, "mandando in pensione" la vecchia Direttiva 1999/44, con una scelta che – almeno nelle intenzioni – avrebbe dovuto segnare un punto di rottura col sistema precedente[85].

Lo strumento legislativo utilizzato è, nuovamente, una Direttiva, e ciò implica – come dicevamo sopra – una cooperazione tra Unione Europea, nella sua emanazione, e Stati membri, nell'opera di recepimento. Eppure, proprio nella disciplina dell'obbligo di conformità – dove sarebbero dovute emergere le differenze tangibili rispetto alla precedente disciplina[86] – non sono stati raggiunti gli obiettivi prefissati dall'Unione Europea, consistenti non solo nell'innovare la disciplina, ma altresì nell'*uniformare* la stessa tra tutti i Paesi comunitari.

Un simile insuccesso pare riconducibile ad una sorta di "concorso di colpe" tra i due legislatori, i quali – anziché cooperare – hanno compiuto alcune scelte errate nella predisposizione della nuova disciplina.

In primo luogo, è quantomeno singolare notare come, nell'epoca dell'armonizzazione massima, il legislatore comunitario abbia deciso di demandare ai singoli Stati membri alcune scelte decisive, al fine di definire la disciplina dei difetti di conformità. Si pensi, ad esempio, al proliferare delle scelte in tema di durata della garanzia o di prescrizione della stessa, nonché la più volte citata *querelle* in tema di eliminazione o mantenimento dell'onere di denuncia a pena di decadenza.

All'indecisione del legislatore comunitario ha fatto da eco, in un secondo momento, la timidezza del (nostro) legislatore interno, il quale ha adottato

84 Avverandosi la previsione compiuta dallo stesso Autore in Mengoni, L.: "L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?", *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, pp. 515 ss.

85 E ciò emerge anche dalla tecnica legislativa utilizzata, in quanto il legislatore comunitario sceglie di *sostituire in toto* la vecchia Direttiva, anziché intervenire e aggiornare la stessa.

86 In quanto, le tematiche legate ai beni con elementi digitali o alla fornitura di servizi digitali risultavano prima inesplorate dal legislatore comunitario, e dunque – su questi argomenti – la novità rispetto alla precedente esperienza è *in re ipsa*.

un approccio che abbiamo più volte definito come minimalista: quest'ultimo si sostanzia, in poche parole, in un'evidente tendenza a non intervenire, a non prendere posizione, oltre il solco segnato dalla Direttiva recepita. Quello che, dunque, può sembrare un "ossimoro giuridico" (armonizzazione *massima – minimalismo* legislativo), si trasforma piuttosto in un circolo vizioso e, di conseguenza, in una (maldestra) operazione legislativa, che non raggiunge i risultati prefissati: né, infatti, si è addivenuti all'armonizzazione massima, visto il proliferare di diverse discipline in ambito di difetto di conformità; né, d'altro canto, le incertezze, sorte sotto la vigenza della Direttiva 1999/44, sono venute meno, essendo ben pochi gli interrogativi che hanno trovato risposta.

Accantonando per un attimo il "superiore" interesse dell'armonizzazione massima, le mancanze del legislatore comunitario avrebbero potuto essere colmate da quello interno, il quale disponeva degli spazi e dell'autonomia necessaria per mettere a punto una più soddisfacente disciplina. Il caso dell'*aliud pro alio* è, in tal senso, emblematico: anche a seguito della Direttiva 2019/771 e del D.lgs. 170/2021, la ricomprensione di tale figura, all'interno della disciplina dell'obbligo di conformità (o, in alternativa, nella disciplina della consegna), resta dubbia, in quanto nessuno dei due legislatori si è premurato di prendere posizione sul punto. Eppure, si tratta di una questione che dovrebbe senz'altro rientrare all'interno della materia "armonizzata" a livello comunitario.

Da qui, l'interrogativo che sorge spontaneo è se un eventuale giudice italiano, che si trovi di fronte ad una vendita di *aliud pro alio* di beni di consumo, debba o meno rimettere la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, al fine di dare una risposta che possa uniformare la disciplina tra tutti i Paesi comunitari[87]: tale conclusione dovrebbe giustificarsi sulla base di una lettura che tenti di valorizzare le esigenze di armonizzazione massima.

Come si diceva sopra, una simile lettura sembra, però, estendere eccessivamente il principio di armonizzazione massima, il quale verrebbe applicato ad una materia che il legislatore europeo ha evidentemente rinunciato ad armonizzare: infatti, quest'ultimo – pur avendone avuto l'occasione – ha più volte omesso di disciplinare tale aspetto. Non è un caso che gli altri Stati europei – con una maggiore cura di quella dimostrata dal nostro legislatore nazionale – non abbiano esitato a risolvere *internamente* le questioni sopra esaminate[88]. Relativamente a questi aspetti,

87 Come pare suggerito da Afferni, G.: "La nozione di «difetto di conformità»", cit., p. 105.

88 L'*aliud pro alio* è solo un primo (seppur significativo) caso in cui ciò può verificarsi. Gli stessi interrogativi si pongono, infatti, per le altre questioni (sopra esaminate al §4, quali la ripartizione dell'onere probatorio o l'interruzione della prescrizione con atto stragiudiziale), che *nascono* in tema di vendita comune, ma che sono facilmente *mutuabili* ai contratti del consumatore. Anche in tal caso, si tratta di problematiche potenzialmente armonizzabili, seppur, nei fatti, non armonizzate: per tale ragione, esse risultano disciplinate in maniera frammentaria all'interno dell'Unione Europea.

dunque, il principio di armonizzazione massima (inapplicabile al caso di specie) non può servire a giustificare il minimalismo del nostro legislatore nazionale.

Né, dall'altro lato, la scelta omissiva – compiuta nel nostro ordinamento – pare giustificabile sulla base della (errata) convinzione per cui l'armonizzazione massima passi necessariamente da un atteggiamento volutamente remissivo del legislatore interno: quest'ultimo ragionamento si dimostra fallace, ove raffrontato con lo strumento utilizzato dall'Unione Europea[89], con i margini di autonomia lasciati dalla Direttiva, nonché con il maggior attivismo palesato dagli altri Paesi comunitari.

Dal quadro appena esaminato ben emergono i motivi per cui la dottrina ha più volte deciso di rinominare l'armonizzazione massima, talvolta additandola come «parziale e temperata»[90], altre volte come «specifica»[91], altre ancora, addirittura, come «minima»[92]. Proprio riflettendo su quest'aspetto, ciò che pare sbagliato nel sintagma "armonizzazione massima" non è tanto il sostantivo (armonizzazione), quanto l'aggettivo (massima), che pare evocare – più che il concetto di armonizzazione – quello di *uniformazione* del diritto comunitario[93]. Tale scopo non è però raggiungibile, come c'insegnano, attraverso l'emanazione di una Direttiva, la quale – a norma dell'art. 288 TFUE – «vincola lo Stato membro [...] per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi».

Una volta preso atto del fallimento del progetto di codificazione europea[94], si sarebbe potuto tentare di definire l'armonizzazione attuata non come "massima" (aggettivo che, in effetti, mal le si addice), bensì con uno degli aggettivi già suggeriti dalla dottrina, che sicuramente attenuano il pesante significato che il binomio armonizzazione-massima rischia altrimenti di assumere. Un maggior realismo,

89 Ove si fosse voluto azzerare la discrezionalità spettante agli Stati membri, come già sottolineato (nt. 23) la Direttiva sarebbe stato lo strumento legislativo sbagliato: piuttosto, si sarebbe dovuto fare ricorso ad un regolamento, *self executing*, e che priva i legislatori interni di un ruolo nella fase di recepimento della Direttiva.

90 Pagliantini, S.: "Contratti di vendita di beni", cit., p. 237.

91 Traduzione dell'espressione «*targeted harmonizazion*», utilizzata da Tonner, K.: "Die EU-Warenkauf-Richtlinie: auf dem Wege zur Relegung langleiber Waren mit digitalen Elementen", *VuR*, 2019, p. 367.

92 Addis, F.: "Spunti esegetici", cit., p. 7, il quale parla di «una armonizzazione massima selettiva, limitata a quegli aspetti che sono stati ritenuti di primaria importanza per il corretto funzionamento del mercato interno, vale a dire difetto di conformità e relativi rimedi, ma pronta, per il resto, a cedere nuovamente il passo ad un'armonizzazione, nella sostanza, minima».

93 Castronovo, C.: "Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfitica del diritto europeo", *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 905, nelle cui parole emerge la dicotomia tra armonizzazione e uniformazione: «se assumessimo in senso assoluto l'armonizzazione come obiettivo della legislazione europea, questo significherebbe che l'Europa ha rinunciato o messo a mezz'asta quello che, andando oltre l'armonizzazione, costituisce il compito di un vero diritto europeo: un diritto comune».

94 Per una ricostruzione delle vicende che hanno portato al fallimento del progetto, volto alla creazione di un unico codice civile europeo, si v. Sirena, P.: "Il *discorso* di Portalis e il futuro del diritto privato europeo", *Riv. dir. civ.*, 2016, I, pp. 652 ss., spec. pp. 658-664. Sul punto, si v. anche Perlingieri, P.: "Quella di Hugh Collins sul «codice civile europeo» non è la via da seguire", *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 1205 ss., il quale propone una Costituzione, anziché un codice, quale strumento per realizzare una maggiore integrazione tra gli ordinamenti degli Stati membri.

in questo senso, avrebbe potuto responsabilizzare anche i legislatori nazionali (quello italiano *in primis*), non consentendo a questi di barricarsi dietro lo scudo dell'armonizzazione massima, al fine di porre in essere un intervento così svogliato e lacunoso.

Quel che è certo è che le discipline nazionali risultano oggi solo in minima parte più vicine, permanendo differenze e lacune sostanziali, che lasciano alla giurisprudenza (interna e comunitaria) e alla dottrina un generoso spazio, per poter riflettere sul futuro del difetto di conformità nella vendita di beni di consumo. Il tutto, s'intende, nella speranza che – in un successivo (ma tutt'altro che eventuale) intervento comunitario al riguardo – il legislatore tenga maggiormente conto degli impulsi provenienti dagli interpreti. Riprendendo la metafora che si era evocata all'inizio della presente trattazione, il cantiere della vendita dei beni di consumo resta, dunque, aperto.

BIBLIOGRAFIA

Addis, F.: "Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771", *Nuovo dir. civ.*, 2020, pp. 5 ss.

Addis, F.: "La consegna nel codice del consumo riformato", *Contr.*, 2016, pp. 500 ss.

Afferni, G.: "La nozione di «difetto di conformità»: il problema del vizio giuridico e dell'*aliud pro alio*", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 101 ss.

Alpa, G.: "Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea", *Contr. impr.*, 2019, pp. 825 ss.

Amadio, G.: "Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche", *Riv. dir. civ.*, 2001, I, pp. 863 ss.

Azzarri, F.: "Consegna e passaggio del rischio nelle vendite di beni mobili ai consumatori: considerazioni in vista dell'attuazione della Direttiva (UE) 2019/771", *Resp. civ. prev.*, 2021, pp. 1095 ss.

Azzarri, F.: "Integrazione delle fonti ed effettività delle tutele nella vendita dei beni di consumo", *Contr.*, 2015, pp. 1077 ss.

Bach, I.: "Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte", *NJW*, 2019, pp. 1705 ss.

Battelli, E.: "Questioni aperte in materia di contrattazione nelle piattaforme *online*", *Contr.*, 2022, pp. 563 ss.

Beckmann, R.F.: "Kauf", in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB. Eckpfeiler des Zivilrechts*, Sellier, Berlin, 2018, pp. 840 ss.

Bertelli, F.: "L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore", *Eur. dir. priv.*, 2019, pp. 953 ss.

Bianca, C.M.: "La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)", *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, pp. 317 ss.

Bianca, C.M.: "Consegna di *aliud pro alio* e decadenza dai rimedi per omessa denunzia nella direttiva 1999/44/CE", *Contr. impr./Eur.*, 2001, pp. 16 ss.

Bin, M.: "Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intero sistema della disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria", *Contr. impr./Eur.*, 2000, pp. 403 ss.

Bocchini, F.: "La vendita di cose mobili", in *Comm. cod. civ.*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2004.

Cabella Pisu, L.: "La vendita di beni di consumo", *Tratt. resp. contr. I singoli contratti. Applicazioni pratiche e discipline specifiche*, diretto da Visintini, II, Cedam, Padova, 2009, pp. 1307 ss.

Cabella Pisu, L.: "Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie?", *Contr. impr./Eur.*, 2001, pp. 34 ss.

Calvo, R.: "L'attuazione della direttiva n. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita", *Contr. impr./Eur.*, 2000, pp. 463 ss.

Camardi, C.: "Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali", *Giust. civ.*, 2019, pp. 499 ss.

Camardi, C.: "Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»", *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, pp. 581 ss.

Castronovo, C.: "Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfitica del diritto europeo", *Eur. dir. priv.*, 2013, pp. 905 ss.

Castronovo, C.: "Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema", *Eur. dir. priv.*, 2006, pp. 397 ss.

Coppini, P.: "La garanzia per vizi nella vendita: attualità di un dibattito dottrinale mai sopito", *Jus civile*, 2019, pp. 691 ss.

dalla Massara, T.: "Art. 135 *septies* cod. cons.: il coordinamento tra codice del consumo e codice civile in tempi di armonizzazione massima", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 485 ss.

dalla Massara, T.: "Postilla. Per il ripristino di alcune linee di coerenza sistematica dopo la coppia di pronunce a sezioni unite in tema di vendita", *Contr.*, 2019, pp. 514 ss.

DALLA MASSARA, T.: "Art. 1519-nonies", in *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo* (a cura di L. GAROFALO-V. MANNINO-E. MOSCATI-P.M. VECCHI), Cedam, Padova, 2003, pp. 741 ss.

DE CRISTOFARO, G.: "Il recepimento della Direttiva 2019/771/UE nel diritto italiano. Le opzioni fondamentali del legislatore nazionale. I limiti "soggettivi" ed "oggettivi" posti all'ambito di operatività della nuova disciplina, in AA.VV.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. DE CRISTOFARO), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 1 ss.

DE CRISTOFARO, G.: "Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?", in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 25.

DE CRISTOFARO, G.: "Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari b-to-c: l'attuazione della dir. UE 2019/771", *Riv. dir. civ.*, 2021, I, pp. 205 ss.

DE CRISTOFARO, G.: "Contratto di compravendita e ammissibilità dell'interruzione con atto stragiudiziale del termine prescrizione del diritto dell'acquirente «alla garanzia per vizi»: questioni aperte e dubbi irrisolti dopo la sentenza n. 18762 del 2019 delle Sez. un. della Corte di Cassazione", in *Nuovi orientamenti della cassazione civile* (a cura di C. GRANELLI), Giuffrè, Milano, 2020, pp. 473 ss.

DE CRISTOFARO, G.: "40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future", *Contr.*, 2019, pp. 177 ss.

DE CRISTOFARO, G.: "Il 'cantiere aperto' codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal d. legisl. 23 ottobre 2007, n. 221", *Studium iuris*, 2008, pp. 265 ss.

DE CRISTOFARO, G.: "voce Vendita. VIII) Vendita di beni di consumo", *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Treccani, Roma, 2003, pp. 1 ss.

DE CRISTOFARO, G.: "*Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*", Cedam, Padova, 2000.

DE FRANCESCHI, A.: *La vendita di beni con elementi digitali*, Esi, Napoli, 2019.

DONA, M.: "Vendita di beni di consumo usati e applicabilità dell'art. 1519-sexies codice civile", *Contr.*, 2005, pp. 1125 ss.

D'ONOFRIO, M.: "«Gerarchia» dei rimedi e prescrizione nella vendita di beni di consumo", *Contr.*, 2018, pp. 581 ss.

Faccioli, M.: "Durata della responsabilità del venditore, prescrizione dei diritti del compratore e onere della prova nella nuova disciplina italiana della vendita di beni ai consumatori (D.lgs. n. 170/2021)", *Jus civile*, 2022, pp. 39 ss.

Faccioli, M.: "La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (Dir. (UE) 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini", *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, pp. 250 ss.

Fadda, R.: "Il diritto al ripristino della conformità negli artt. 135-*bis* e 135-*ter* cod. cons.: tendenze conservatrici e profili innovativi", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 281 ss.

Gabrielli, E.: "*Aliud pro alio* e difetto di conformità nella vendita di beni di consumo", *Riv. dir. priv.*, 2003, pp. 657 ss.

Gabrielli, E.: *La consegna di cosa diversa*, Jovene, Napoli, 1987.

Garofalo, L.: "Note introduttive ad art. 1519-sexies", in *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo* (a cura di L. Garofalo-V. Mannino-E. Moscati-P.M. Vecchi), Cedam, Padova, 2003, pp. 521 ss.

Gentili, A.: "La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, pp. 701 ss.

Girolami, M.: "La conformità del bene al contratto di vendita: criteri «soggettivi» e «oggettivi»", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 65 ss.

Granelli, C.: "Il codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore", *Obb. contr.*, 2010, pp. 731 ss.

Luminoso, A.: "La nuova disciplina delle garanzie nella vendita al consumatore (una prima lettura del d.lgs. n. 170/2021)", *Eur. dir. priv.*, 2022, pp. 483 ss.

Luminoso, A.: "Due pronunce contrastanti delle Sezioni Unite sulla natura della garanzia per vizi nella vendita (e sui riflessi in materia di onere della prova e prescrizione)", *Resp. civ. prev.*, 2019, pp. 1861 ss.

Luminoso, A.: "La compravendita", *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2014.

Maniaci, A.: "I rapporti fra autonomia privata e disciplina italiana della vendita di beni di consumo dopo il recepimento della Direttiva n. 2019/771", *Eur. dir. priv.*, 2022, pp. 237 ss.

Mariconda, V.: "«Conformità al contratto» dei beni di consumo e onere della prova", *Corr. giur.*, 2002, pp. 1095 ss.

Mazzamuto, S.; "Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo", *Eur. dir. priv.*, 2004, pp. 1029 ss.

Mazzariol, R.: "L'onere della prova nella garanzia per vizi della vendita: il problema irrisolto del riparto probatorio del momento genetico del vizio", *Riv. dir. civ.*, 2020, I, pp. 442 ss.

Mengoni, L.: "Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri ?", *Eur. dir. priv.*, 1997, pp. 523 ss.

Mengoni, L.: "L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?", *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, pp. 515 ss.

Moscati, E.: "La vendita di beni di consumo: un dilemma tra garanzia e responsabilità", *Riv. dir. civ.*, 2016, I, pp. 365 ss.

Naddeo, F.: "La vendita di beni di consumo", in *La tutela del consumatore* (a cura di P. Stanzione-A. Musio), *Tratt. dir. priv. Bessone*, XXX, Utet, Torino, 2009, pp. 523 ss.

Nicolussi, A: "I consumatori negli anni settanta del diritto privato. una retrospettiva problematica", *Eur. dir. priv.*, 2007, pp. 901 ss.

Nicolussi, A.: "Diritto europeo della vendita di beni dei consumo e categorie dogmatiche", *Eur. dir. priv.*, 2003, pp. 525 ss.

Oliviero, F.: "La nuova disciplina dei c.d. «rimedi secondari»: riduzione del prezzo e risoluzione del contratto", in Aa.Vv.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 313 ss.

Pagliantini, S.: "Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771", *Giur. it.*, 2020, pp. 217 ss.

Pagliantini, S.: "A partire dalla dir. 2019/771 (UE): riflessioni sul concetto di armonizzazione massima", *Nuovo dir. civ.*, 2020, pp. 1 ss.

PATTI, F.P.: "Tutela effettiva del consumatore nella vendita: il caso «Faber», *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 10 ss.

PATTI, S.: "Sul superamento della distinzione tra vizi e *aliud pro alio datum* nella direttiva 1999/44/CE", *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 623 ss.

PERLINGIERI, P.: "Quella di Hugh Collins sul «codice civile europeo» non è la via da seguire", *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 1205 ss.

PIRAINO, F.: "La violazione della vendita di beni al consumatore per difetto di conformità: i presupposti della c.d. responsabilità del venditore e la distribuzione degli oneri probatori", in AA.VV.: *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo* (a cura di G. DE CRISTOFARO), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 125 ss.

PIRAINO, F.: "La garanzia nella vendita: durata e fatti costitutivi delle azioni edilizie", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, pp. 1139 ss.

PROTO, M.: "Garanzia per vizi della cosa venduta e onere probatorio", in *Nuovi orientamenti della cassazione civile* (a cura di C. GRANELLI), Giuffrè, Milano, 2020, pp. 446 ss.

RUBINO, D.: "La compravendita", *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Giuffrè, Milano, 3ª ed., 1971.

SIRENA, P.: "Il *discorso* di Portalis e il futuro del diritto privato europeo", *Riv. dir. civ.*, 2016, I, pp. 652 ss.

STAUDENMAYER, D. "Kauf von Waren mit digitalen Elementen – Die Richtlinie zum Warenkauf", *NJW*, 2019, pp. 2889 ss.

TONNER, K.: "Die EU-Warenkauf- Richtlinie: auf dem Wege zur Relegung langleiber Waren mit digitalen Elementen", *VuR*, 2019, pp. 364 ss.

ZACCARIA, A.-DE CRISTOFARO, G.: "La vendita dei beni di consumo. Commento agli artt. 1519 bis - 1519 nonies del codice civile", Cedam, Padova, 2002.

ZOPPINI, A.: "Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai «codici di settore» (lo *ius variandi* nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)", *Riv. dir. civ.*, 2016, I, pp. 136 ss.

IL DANNO PUNITIVO IN PROSPETTIVA DIACRONICA E SINCRONICA

PUNITIVE DAMAGE IN A DIACHRONIC AND SYNCHRONIC PERSPECTIVE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 502-517

Serafino
MADEO

ARTICOLO CONSEGNATO: 11 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il saggio muove da un'analisi critica della 16601/2017. La chiave di lettura di essa orientata alla " legalità costituzionale" pone in rilievo un'attività interpretativa sistematica ed assiologica, ma nello stesso tempo profili di criticità. L'obiettivo risiede nel comprendere l'area di operatività della funzione punitivo-deterrente della responsabilità civile; la tecnica interpretativa più adeguata per giungere all'irrogazione di un risarcimento sanzionatorio; una nuova accezione del principio di legalità e di riserva di legge.

PAROLE CHIAVE: Punitive damages; area di operatività del risarcimento sanzionatorio; principio di legalità e di riserva di legge; bilanciamento; ragionevolezza; proporzionalità; differenziazione.

ABSTRACT: *The essay starts from a critical analysis of 16601/2017. The interpretation of it oriented to the doctrine of "constitutional legality" highlights a systematic and axiological interpretative activity, but at the same time critical profiles. The goal lies in understanding the area of operation of the punitive-deterrent function of civil liability; the most appropriate interpretative technique to arrive at the imposition of a sanctioning compensation; a new meaning of the principle of legality and legal reserve.*

KEY WORDS: *Punitive damages; area of operation of sanctioning compensation; principle of legality and legal reserve; balancing; reasonableness; proportionality; differentiation.*

SOMMARIO.- I. LA SENTENZA 16601/2017: TRA LUCI ED OMBRE.- II. AREA DI OPERATIVITÀ DELLA FUNZIONE PUNITIVO DETERRENTE.- III. IL PRINCIPIO DI LEGALITA' E DI RISEVA DI LEGGE.- IV. IL BILANCIAMENTO: TRA RAGIONEVOLEZZA, PROPORZIONALITÀ, DIFERENZIAZIONE.- V. CONCLUSIONI.

I. LA SENTENZA 16601/2017: TRA LUCI ED OMBRE.

Il 2017 ha rappresentato per gli studiosi della responsabilità civile una stagione densa di ripensamenti, ritorni al passato, fughe verso l'avvenire. La Suprema Corte di Cassazione ha posto fine all' annosa questione delle sentenze straniere riguardanti *punitive damages*[1]. Le opinioni della comunità scientifica oscillano tra consensi verso e orientamenti di cautela verso lo stesso. Lo sguardo dello studioso rivolto al sistema, all'assiologia, alla " legalità costituzionale"[2], consente di cogliere apprezzabili argomentazioni ma anche reali criticità. Gli interpreti hanno saldato ad unità e senza diaframmi i diversi indici normativi punitivo- deterrenti. Una visione che dal particolare" è transitata verso il " generale", senza alimentare "frantumi del mondo" e "micro- sistemi"[3]. Il cultore della "interpretazione evolutiva" dei fenomeni giuridici[4] coglie una accezione di ordine pubblico aderente ad un ordinamento complesso ma unitario. La Corte di Cassazione ha preso atto della relatività e storicità della clausola generale in parola[5]. L'ordine pubblico infatti non costituisce

1 La produzione scientifica si rivela essere sterminata. Sulle opere monografiche in materia si consenta il rinvio a Benatti, F.: *Correggere e punire* dalla law of torts *all'inadempimento del contratto*, Giuffrè, Milano, 2008; Carabetta, S.: *" Punitive damages" e teoria della responsabilità civile. La funzione compensativa del risarcimento punitivo*, Giappichelli, Torino, 2020; De Menech, C.: *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Per uno studio sui danni punitivi*, Cedam, Padova, 2020; Grondona, M.: *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui risarcimenti punitivi*, Esi, Napoli, 2017; Lasso, A.: *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, Esi, Napoli, 2018; Malomo, A.: *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Esi, Napoli, 2018; Quarta, F.: *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Esi, Napoli, 2013.

2 Sul punto ma senza tuttavia pretese di esaustività si consenta il rinvio a Grossi, P.: " Il diritto civile nella legalità costituzionale", *Rass. dir. civ*, 2009, p. 917 ss; Perlingieri, P.: " La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale", *Rass. dir. civ*, 2007, p. 497 ss; Pennasilico, M.: " Legalità costituzionale e diritto civile", *Rass. dir. civ*, 2011, p. 857 ss.

3 Rammenta come uno dei deficit dell'odierna scienza giuridica consista nella conoscenza " particolare" e non "generale" Caterini, E.: *L'intelligenza artificiale sostenibile ed il processo di socializzazione del diritto civile*, Esi, Napoli, 2020, p. 80.

4 Sull' ermeneutica evolutiva immemorabili sono le pagine di Betti, E.: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Torino, 1971, p. 123; Id., *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Torino, 1990, p 817.

5 Per una critica alla immutabilità della portata dei concetti giuridici sono note le pagine di Ascarelli, T:, *Norma giuridica e realtà sociale*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 431. Sulla stessa scia Orestano, R.: *Azione, diritti soggettivi e persone giuridiche*, Il Mulino, Bologna, 1978, p. 173- 178. Per una dottrina più recente Cfr Perlingieri, G.: "Venticinque anni della Rassegna di diritto civile e la " polemica sui concetti giuridici" ", *Temi e problemi della civilistica contemporanea* (a cura di P.Perlingieri), Esi, Napoli, 2013, p. 543. ss; Id., " Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c," *Foro. nap*, 2014, p. 56; Palumbo, C.: " Il pensiero sui concetti giuridici: perché una ' polemica' in Salvatore Pugliatti", *Tigor*, 2014, p. 47; Serra, B.: " Crisi della legge e aporie della scienza del diritto positivo: il dialogo fra Giorgio del Vecchio e Arturo Carlo Jemolo tra le due Guerre", *Stato Chiese e pluralismo confessionale*, 2014, p. 15 ss.

• Serafino Madeo
Dottorando di Ricerca in " Teoria e Prassi del Diritto" Università della Calabria.
Specializzando in Diritto Civile Università degli Studi di Camerino.
serafino.madeo@unical.it.

esclusivamente limite all'applicazione della legge straniera, né il solo "complesso dei princìpi fondamentali che caratterizzano la struttura etico- sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico, e nei princìpi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici", ma alla tradizionale funzione di " filtro" di figure che possano "minare la coerenza interna dell'ordinamento giuridico" viene ad affiancarsi una funzione "promozionale dei valori tutelati, che mira ad armonizzare il rispetto di questi valori, essenziali per la vita e la crescita dell' Unione". Esso non muta il ruolo di baluardo a garanzia della conservazione della struttura sociale e dei consociati, ma si sostanzia di valori che riflettono un ordinamento dinamico. Le tradizionali accezioni di c.dd " ordine pubblico materiale" ed " ordine pubblico ideale" cedono così il passo all' "ordine pubblico internazionale". Tuttavia " la sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina europea, deve misurarsi con il portato della costituzione e di quelle leggi che, come nervature flessibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, innervano l'ordinamento costituzionale". Di conseguenza" Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo: privato di venature egoistiche, che davano loro 'fiato corto', ma reso più complesso dall'intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca. Non vi potrà essere perciò arretramento del controllo sui princìpi essenziali della ' *lex fori*' in materie, come per esempio quella del lavoro, che sono presidiate da un insieme di norme di sistema che attuano il fondamento della Repubblica". Gli interpreti hanno fatto proprio l'orientamento " monista" degli ordinamenti giuridici[6], ma senza rinunciare al " controllo" ed alla "conformazione" del provvedimento giurisdizionale straniero con i princìpi identificativi costituenti l'identità nazionale del sistema[7]. I passaggi argomentativi sottolineati persuadono. Il compito dello studioso critico consiste nel verificare la corrispondenza della *ratio decidendi* di una decisione al sistema, sì da farne emergere eventuali discrasie rispetto ad esso. L' attenta analisi del principio di diritto e di ulteriori snodi argomentativi pongono in superficie criticità e moniti per il futuro. "Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi". Gli interpreti hanno cristallizzato l' acquisizione dottrinale della " muti funzionalità dell'illecito"[8].

6 L'orientamento monista è stato notoriamente sposato da Kelsen, K.: *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Enaudi, Torino, 2000.

7 Più in generale sulla tematica del controllo e della conformazione degli atti di autonomia negoziale Perlingieri, P.: "Controllo e conformazione degli atti di autonomia negoziale", *Rass. dir. civ*, 2017, p. 817. Sul rispetto dei princìpi identificativi degli ordinamenti Id., "Il rispetto dell'identità nazionale nel sistema italo-europeo", *Foro nap*, 2014, p. 449 ss. Sui riflessi applicativi del rispetto delle identità nazionali da parte delle Alte Corti Alpini, A.: *Diritto italo-europeo e princìpi identificativi*, Camerino- Napoli, 2018, p. 11 ss.

8 Per la dottrina più significativa Perlingieri, P.: " Le funzioni della responsabilità civile", *Rass.dir.civ*, 2011, p. 155. ss; Monateri, P.G.: "Responsabilità civile (diritto comparato)", *Dig.disc.priv.sez.civ*, Utet, Torino, 1998,

La primazia della mono funzionalità abbandona la scena per dar spazio ad una concezione dell'illecito completa[9]. Un passaggio motivazionale inversamente produce scarsa efficacia: " i danni punitivi sono configurabili nell'ordinamento italiano ma, pur essendo riconosciuti dal sentire giuridico comune (tanto da trovare riconoscimento in alcune norme), non possono considerarsi immanenti al sistema della responsabilità civile di cui all'art. 2043 c.c e non trovano applicazione *tout court* , costituendo ancòra un'eccezione". La regolarità, specialità, eccezionalità di una disposizione normativa non costituiscono un *prius*, bensì un *posterius*, prodotto dell'ermeneutica sistematica ed assiologica[10]. L'interprete deve raffrontare il contenuto della singola disposizione normativa con i princìpi generali dell'ordinamento per poterne identificarne la relativa qualificazione. Una buona parte delle fattispecie punitive individuate sono espressione di reazioni risarcitorie dell'ordinamento a garanzia di interessi costituzionalmente tutelati. Basti pensare all'art 12 della l. 47 del 1948. Il legislatore prevede la possibilità del danneggiato di chiedere una ulteriore riparazione che tenga conto della " gravità dell'offesa e della diffusione dello stampato". Il fondamento assiologico- costituzionale consiste negli artt. Una carica valoriale analoga si coglie nell'art. 4 del d.l 22 settembre 2006 n 259 (convertito con modifiche in l. 20 novembre 2006 n 281 (disposizioni urgenti per il riordino della normativa in materia di intercettazioni telefoniche)). L' art 709 *ter* , comma 2, c.p.c dispone come il giudice nelle controversie per l' esercizio della responsabilità genitoriale o per le modalità di affidamento dei figli possa, in caso di gravi inadempienze, o per atti che cagionino un pregiudizio al minore, o, ancòra, per atti che ostacolino il corretto svolgersi dell'affidamento: a) ammonire il genitore inadempiente; b) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; c) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro; d) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende. Lo scopo della misura afflittiva consiste nello stigmatizzare condotte dei genitori che possono arrecare danni allo sviluppo ed alla personalità del minore. Le parole della Giurisprudenza di Legittimità offrono significative sollecitazioni per la comunità scientifica: "non è dunque puramente teorica la possibilità che viene schiusa con la revisione giurisprudenziale che le Sezioni Unite stanno adottando". L'affermazione ad oggi è rimasta relegata nel limbo delle buoni intenzioni, poiché non ha trovato un fattivo seguito nella prassi applicativa.

p. 24. ss; Id., :"Le Sezioni Unite i danni punitivi e la polifunzionalità della responsabilità civile", *Dann e resp*, 2017, p. 437; Ponzanelli, G.: " Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato", *ivi*, 2017, p. 435 ss; Perriello, L.E.: " Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi", *Contr e imp*, 2017, p. 432. ss.

9 Sono nette le prese di posizione in merito alla mono funzionalità di Barcellona, M.: " Funzione compensativa della responsabilità (e private enforcment della disciplina antitrust)", *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato. Le funzioni della responsabilità civile.* (a cura di A. Zoppini e M. Maugeri), Il Mulino, Bologna, 2009, p. 312 ss; Id., "Strutture della responsabilità e " ingiustizia" del danno" ", *Europa e dir. priv,* 2000, p. 401. ss.

10 Sul punto Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, Napoli, 11 ed, 2022, p. 35.

Lo studioso del diritto per non ridurre la funzione sanzionatoria ad una mera petizione di principio deve verificarne le concrete ricadute applicative.

II. AREA DI OPERATIVITÀ DELLA FUNZIONE PUNITIVO- DETERRENTE.

Le ultime affermazioni della Suprema Corte di Cassazione costituiscono il punto di partenza per una analisi organica. Esse pongono sullo sfondo una delle tematiche " classiche" dell'intera scienza giuridica: il rapporto tra teoria e prassi. I rapporti tra le scienze sono osmotici, complementari, unitari, circolari, con l'intendo comune di fornire soluzioni congrue ai problemi della comunità[11]. La responsabilità civile rappresenta il settore del diritto privato maggiormente contrassegnato da un crescente incedere della prassi. I consociati aspettano che gli interpreti comuni forniscano risposte rimediali risarcitorie adeguate in base ai differenziati bisogni di tutela manifestatesi dalla società[12]. La *law in books* ha il compito di verificare la sfera applicativa della funzione punitivo- deterrente della responsabilità civile[13]. Un simile obiettivo muove dalla c.dd "effettività della tutela" quale principio generale dell'ordinamento Italo- Europeo. La prospettiva risiede nel comprendere per quali situazioni soggettive il risarcimento sanzionatorio sia la soluzione più efficiente. La refusione dei pregiudizi e l'accertamento degli stessi hanno assunto per lungo tempo le vesti di una "operazione di sussunzione sillogistica somigliante nel suo rigido automatismo alle operazioni aritmetiche"[14]. Un primo stadio evolutivo della responsabilità extracontrattuale ha visto il consolidarsi di una concezione di danno "materialistica" e "patrimonialistica". La lesione è stata concepita come alterazione materiale del bene concreto, ovvero come privazione del rapporto tra il soggetto ed il bene della vita[15]. Nella quantificazione del pregiudizio la prassi applicativa ha privilegiato la c.dd " teoria differenziale"[16]: operazione algebrica tra patrimonio netto e patrimonio dopo l'evento lesivo[17]. Sì che " al vuoto della risorsa sottratta

11 La tematica ha interessato i più grandi Giuristi di ieri. Per le posizioni tra di esse discostanti si vedano i classici contributi di Ascarelli, T.: *Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1959 p. 140 e 154; Bobbio, N.: *Scienza e tecnica del diritto*, Torino, 1934, p. 41 ss; Calamandrei, P.: *La crisi della giustizia,* in *La crisi del diritto,* Cedam, Padova, 1953, p. 157 ss.; Pugliatti, S.: *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 101 ss; Id, *Crisi della scienza giuridica*, *ivi*, p.194 ss. Più di recente invece Perlingieri, P.: "Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare", *Riv. dir. comm*, 1969, p.455; Id., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Esi, Napoli, 1979,p. 9 ss;

12 E' nota l' affermazione come " diritto della società mista " di Calabresi, G.: " The law of a mixed society", *Law. Texas. Rew,* 1979, p. 519. Sull'incedere costante di nuovi interessi della realtà sociale Rodotà, S.: " Le difficili vie della ricerca civilistica", *Riv. crit. dir. priv*, 2017, p. 340. Sulla stessa scia del precedente autore Lasso, A: " La responsabilità civile tra antichi dogmi e dinamismo della giurisprudenza", *La nozione di sussidiarietà tra teoria e prassi* (a cura di G. Calabrò- P.B. Helzel), Cedam, Torino, 2010, p. 109 ss.

13 E' noto il passo di Halperin, j.l.: " Law in books and law in action: the problem of legal change", *Law. Rew*, 2011, p. 45 ss.

14 È una nota affermazione di Betti, E.: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit, p. 283.

15 Le ricostruzioni sono in ordine rispettivamente di Scognamiglio, R.: " Appunti sulla nozione di danno", *Riv. trim. dir. proc. civ*, 1969, p. 500 ss; Carnelutti, F.: *Il danno e il reato*, Cedam, Padova, 1969, p 12.

16 Essa è notoriamente ascrivibile a Mommsen, F.: *Zur lehre von dem interesse*, Braunschweing, 1855, 3 ss.

17 Per la dottrina tradizionale e meno recente che si è orientata in questa direzione Betti, E.: *Teoria generale delle obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 1 ss; Bianca, C.M.: *Dell' inadempimento delle obbligazioni*,

al danneggiato si risponde a quel vuoto tramite la risorsa pecuniaria"[18]. L'obiettivo consiste nella "ricostruzione del patrimonio tramite il ricorso a strumenti di riattribuzione della ricchezza"[19]. Una dottrina ha criticamente affermato come " l'attenzione alla sola dimensione solidaristica/ riparatoria della responsabilità civile ha finito per accreditare la tesi secondo cui il danno sia sempre uguale sotto ogni cielo e che di questo si possa parlare solo al cospetto di una perdita traducibile in una comprovabile alterazione di poste contabili del patrimonio della vittima misurabili " con il trabucco e con la squadra"[20] " . Le esigenze di innovazione dogmatica risultano necessarie. La funzione compensativa e la concezione economica del risarcimento assumono rilievo pratico solo per i pregiudizi patrimoniali. Il ripristino dello *status quo ante* del danneggiato può essere realizzata, poiché è possibile rinvenire sul mercato un c.dd " surrogato" del bene leso. Lo scenario non è prospettabile per le lesioni ai valori supremi. Ontologicamente per essi non esiste un mercato in quanto in fungibili. Il risarcimento per equivalente monetario non sarà in grado di riportare il soggetto leso nella posizione antecedente all'evento lesivo. La lesione spesso si caratterizza altresì per un elevato tasso di gravità ed antisocialità. Basti pensare, a mero titolo di esempio, alla morte di un uomo, il fenomeno del *mobbing* reiterato sistematicamente e per lungo tempo, morte dei lavoratori per la mancanza di sicurezza sul luogo di lavoro, i disastri ambientali, le condotte dei medici altamente negligenti. La gravità della condotta del danneggiante deve valutarsi in base alla centralità che gli interessi lesi rivestono nella gerarchia dei valori dell'ordinamento[21]: " Pertanto, l'atto illecito, è tanto più illecito, quando più ascende nella potenzialità lesiva delle situazioni giuridiche maggiormente protette"[22]. Una misura compensativa assumerebbe la mera veste di consolazione- palliativo. L'interesse del danneggiato risiede non nel " riportare ad eguaglianza le relazioni", bensì nel " ri-consolidare il consenso verso valori condivisi, sulla cui densità si struttura la comunità"[23]. L'area di operatività del risarcimento sanzionatorio sono i valori supremi. Una conferma significativa deriva dalle aree giuridiche di *common law*. I *punitive damages* sono oggi comminati per garantire una solida reazione risarcitoria ai valori della persona umana. Basti

Commentario codice civile (a cura di SCIALOJA e BRANCA), *IV, Delle obbligazioni*, art 1218 e 1229, Bologna-Roma, 1979, p. 246; Patti, S.: " Danno patrimoniale", *Dig.disc.priv.sez.civ*, Utet, Torino, 1989, p. 23; Salvi, C.: *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene, Napoli, 1985, p 24; Venezian, G.: *Danno e risarcimento fuori dai contratti*, Roma, 1919, p. 19 ss.

18 Sono parole di Di Majo, A.: " La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente", *Eur. dir. priv*, 2008, p. 256.

19 Così Messinetti, D.: " Pluralismo dei modelli risarcitori: il criterio di ingiustizia tradito", *Riv. crit. dir. priv*, 2007, p. 555.

20 E' un'affermazione di Simone, R.: " Dalla polifunzionalità della responsabilità civile ai risarcimenti punitivi", *Quest. giust*, 2018, *passim*.

21 Sulla gerarchia dei valori Perlingieri, P.: " Valori normativi e la loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti", *Rass. dir. civ*, 1999, p. 797 ss.

22 Così Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento giuridico. Per una riproposizione della questione sociale*, Esi, Napoli, 2018, p.133.

23 In tal modo Palombella, G.: " Il risarcimento del danno tra giusto e bene", *Dir. quest. pubb*, 2018, p.264.

pensare ai *sexual harasment cases*. Le lavoratrici subiscono licenziamenti illegittimi per aver denunciato le molestie sessuali sul luogo di lavoro al proprio datore. Le società produttrici di tabacco e le società produttrici di amianto sono condannate per aver provocato la morte dei consumatori o dei soggetti esposti all'uso del materiale tossico. Le famiglie delle vittime di attacchi terroristici sono risarcite dagli Stati in cui risiedono le associazioni resesi protagoniste dei crimini.

III. IL PRINCIPIO DI LEGALITA' E DI RISEVA DI LEGGE.

Le prospettazioni delle pagine precedenti incontrano significative resistenze con taluni passaggi dell' *Obiter dictum*. La Suprema Corte di Cassazione ha accolto il c.dd principio di stretta legalità[24]. Gli interpreti hanno specificato la necessità che i risarcimenti sanzionatori godano di una previa "intermediazione legislativa". L' esigenza garantista è stata dettata dal timore di precludere fenomeni di "incontrollato soggettivismo giudiziario". I consociati vantano il pieno diritto ad essere resi edotti in ordine alla " precisa perimetrazione della fattispecie (tipicità) " ed alla "puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili (prevedibilità)". La forte carica di politica del diritto risulta palese. Il *nullum crimen sine legge* rappresenta un principio generale a presidio della libertà dei consociati. L'art. 23 Cost intende garantire la tutela della libertà e della proprietà dei consociati dal potere esecutivo. Il " metodo " adottato è stato invece ispirato dal c.dd " formalismo interpretativo". Gli interpreti hanno tentato di riconsolidare alcuni pilastri dello stato di diritto che la modernità pone in forte discussione. La scienza giuridica, gli istituti tradizionali, le categorie della tradizione, sono segnati da un profondo ed a tratti irreversibile processo di crisi. La società " liquida"[25] e l' iper trofismo normativo minano alla certezza del diritto[26]. L'interprete così assiste alla " crisi della fattispecie ed al suo momento validante"[27]. Se è vero che il tempo in cui viviamo consegna allo studioso un "diritto incalcolabile"[28], altrettanto vero è come egli dovrà ricercare una soluzione per conferire nuova stabilità e sicurezza al sistema. I princìpi informatori dell'ordinamento su cui si fonda il vivere civile costituiscono una congrua risposta: la legalità è sostanziale e costituzionale. Una simile direttrice ermeneutica getta le basi per una " legalità giusta" che muove

24 In questa direzione pare inequivocabilmente orientato l'orientamento maggioritario in letteratura. Bianca, C.M.: " Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi", *Giust. civ,* 2018, p.2 ss; Franzoni, M.: "Danno punitivo e Ordine pubblico", *Riv. dir. civ,* 2018, p 298; Ponzanelli, G.: "Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato", cit, p. 435;

25 Bauman, Z.: *Modernità liquida*, Laterza, Torino, 2011, *passim*

26 Ritiene come oggi la tematica in oggetto sia tornata all'attenzione degli studiosi per le caratteristiche dell'odierna società Alpa, G.: *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, p. 12. Senza tempo, tuttavia, sono rispettivamente note pagine di Carnelutti, F.: *La certezza del diritto (1943)*, Cedam, Padova, 1953, p 16 ss. Ed anche di Lopez De Onate, F.: *La certezza del diritto (1942),* trad.it, a cura di G. Astuti, Giuffrè, Milano, 1948.

27 Sono parole di Irti, N.: " La crisi della fattispecie", *Riv. dir. proc,* 2014, p. 2.

28 È il titolo di una nota opera di Irti, N.: *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, *passim.*

dal fatto concreto, interessi, valori in gioco, e relativizza la regola da applicare in funzione di esso. La responsabilità civile, inoltre, non è avulsa da contenuti assiologici e valoriali. L'art 2 Cost è stato individuato quale fondamento dell'intero universo aquiliano. Le applicazioni in tutti i settori dell'illecito non precludono che esso possa divenire altresì il fondamento della funzione punitiva della responsabilità. La letteratura, infine, ha prestato poca considerazione all'art. 23 cost[29]. Gli studiosi hanno sottolineato la sola funzione di presidio di esso alle libertà dei consociati. La natura di riserva di legge relativa consente altresì all'autonomia privata la possibilità di disporre convenzionalmente del proprio potere punitivo[30].

IV. IL BILANCIAMENTO: TRA RAGIONEVOLEZZA, PROPORZIONALITÀ, DIFERENZIAZIONE.

L' attenzione deve focalizzarsi su quale sia la tecnica interpretativa più adeguata per giungere all'irrogazione di un risarcimento punitivo- deterrente. Il ragionevole bilanciamento costituisce la strada da percorrere. Le disposizioni normative della responsabilità civile e la vicenda dannosa richiedono all'interprete di coniugare, bilanciare, comporre, risolvere vicende di conflittualità. Basti pensare agli artt. 2043, 2045, 2056, 2058 c.c. Una buona parte della dottrina tendenzialmente converge nel qualificare l'art. 2043 come clausola generale[31]. La sensibilità dell'interprete viene chiamata a dover selezionare gli interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico ed a circoscrivere atti e comportamenti concreti[32]. Nell'art 2045 il legislatore ha effettuato *ex ante* un bilanciamento di interessi e valori non patrimoniali[33]: l' ordinamento giuridico consente alla persona umana la realizzazione di un atto altrimenti vietato per la salvaguardia della propria incolumità[34]. L'art 2056 c. c costituisce una fattispecie normativa dal contenuto complesso. La struttura composita deriva non solo dal rinvio alle norme in materia

29 Muove una critica alla civilistica in ordine alla " scarsa considerazione" sulla tematica delle riserve di legge Perlingieri, P.: " Il principio di legalità nel diritto civile", *Rass. dir. civ*, 2010, p. 194 ss.

30 Ritiene come i risarcimenti punitivi convenzionali siano conformi all'art 23 poiché risultato di una autolimitazione frutto dell'accordo tra gli interessati Maisto, F.: " Circa l'opportunità della distinzione tra risarcimenti punitivi convenzionali e clausola penale", *Riv. dir. aff* , 2020, p. 7 e 8.

31 Negli anni 60 del secolo scorso si è affacciata nel panorama dottrinale italiano la tesi secondo cui la disposizione sia strettamente collegata al principio solidaristico e come clausola generale. Sul punto Rodotà, S.: *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 109 ss. Ancor più nette in ordine alla qualificazione di clausola generale sono le posizioni di Alpa, G.: *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Jovene, Napoli, 1979, p. 421. Immemorabili sono le parole di Pugliatti, S.: " Alterum non laedere", *Enc. dir,* Milano, 1958, p. 103, il quale ritenne che la norma non debba essere intesa come " sintesi di doveri specifici ma come clausola generale".

32 Per la dottrina tradizionale che reputa l'attività dell'interprete tesa nel valutare gli interessi antagonisti (danno ed ingiustizia) Busnelli, F.D.: *La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 67; Rodotà, S.: *Il problema della responsabilità civile*, cit, p. 139; Trimarchi, P.: " Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale", *Riv. trim. dir. proc. civ*, 1970, p. 97.

33 Ritiene come spesse volte le norme siano un bilanciamento di valori Perlingieri, P.: " Interpretazione assiologica e diritto civile", *Cort. Sal*, 2016, p. 481.

34 Per una visione moderna sullo stato di necessità Caterini, E.: " Il " "minimo vitale", lo stato di necessità e il contrasto all' esclusione sociale", *Rass. dir. civ*, 2016, p. 1129 ss.

di responsabilità da inadempimento, ma per i concetti presenti nelle disposizioni stesse. L'art 1226 prevede la valutazione equitativa del danno qualora esso non possa essere provato nel suo preciso ammontare. La norma conferisce all'interprete una forte responsabilità ermeneutica, in quanto egli sarà chiamato a dover liquidare la misura risarcitoria secondo ragionevolezza e proporzionalità[35]. La giurisprudenza ha chiarito l'obbligo del rispetto dei princìpi di adeguatezza, proporzione, parità di trattamento, non arbitrarietà[36]. L' art 1227 c. c dispone la riduzione del risarcimento per fatto colposo del creditore. La valutazione deve condursi in base alla gravità della colpa ed all'entità del risarcimento. Un simile risultato richiede l'analisi della condotta del soggetto danneggiante ed il danno concreto patito. Un attenzione particolare merita l'art 2058 c.c. Il danneggiato ha la possibilità di chiedere il risarcimento del danno in forma specifica; l'interprete ha l'obbligo di disporre il risarcimento per equivalente qualora la misura in forma specifica risulti in tutto o in parte eccessivamente onerosa. La norma presenta implicazioni pratiche sostanziali e processuali che esulano dal mero dato letterale. L'eccessiva onerosità induce ad effettuare riflessioni maggiormente approfondite. La valutazione di essa deve compiersi caso per caso e senza trascurare le concrete caratteristiche dei soggetti coinvolti nella vicenda dannosa. L'autore del danno può incontrare difficoltà nel procurarsi un bene equivalente rispetto al bene distrutto o alterato[37]. Il soggetto leso può avere un interesse anche non patrimoniale al ripristino solo e soltanto di quel bene leso[38]. La sproporzione del rimedio in forma specifica non costituisce un *prius*, bensì un *posterius*, risultato della valutazione dell'interesse del danneggiato e del danneggiante in base al caso concreto. L'esigenza di rintracciare un equilibrio sorge anche in materia di risarcimenti punitivi. La caratteristica tecnica di essi consiste nell' eccedenza del *quantum* rispetto al danno effettivamente patito. Il rischio consiste nell'alimentare fenomeni di *overconpensation* e di ingiustificati arricchimenti nelle sfere giuridiche dei danneggiati. I rispettivi interventi di legislatore e di giurisprudenza in alcune aree di *civil law* e *common law* hanno tentato di fornire soluzioni alle problematiche. L' art. 1266-1 dell' *Avant-projet*

35 Ritiene come l'equità sia " strumento di proporzione e di ragionevolezza" Perlingieri, P.: " Equità e ordinamento giuridico", *Rass. dir. civ*, 2004, p. 1449 ss.

36 Interessanti sono le sollecitazioni di Cass, III Sez, 11 luglio 2014, 15883, in brocardi.it, ove si legge " In tema di liquidazione del danno l'equità si è infatti in giurisprudenza intesa nel significato di "adeguatezza" e di "proporzione", assolvendo alla fondamentale funzione di "garantire l'intima coerenza dell'ordinamento, assicurando che casi uguali non siano trattati in modo diseguale", con eliminazione delle "disparità di trattamento" e delle "ingiustizie" (così Cass., 7/6/2011, n. 12408: "equità non vuoi dire arbitrio, perché quest'ultimo, non scaturendo da un processo logico-deduttivo, non potrebbe mai essere sorretto da adeguata motivazione. Alla nozione di equità è consustanziale l'idea di adeguatezza e di proporzione. Ma anche di parità di trattamento"). I criteri da adottarsi al riguardo debbono consentire pertanto una valutazione che sia equa, e cioè adeguata e proporzionata (v. Cass., 7/6/2011, n. 12408), in considerazione di tutte le circostanze concrete del caso specifico, al fine di ristorare il pregiudizio effettivamente subito dal danneggiato, in ossequio al principio per il quale il danneggiante e il debitore sono tenuti al ristoro solamente dei danni arrecati con il fatto illecito o l'inadempimento ad essi causalmente ascrivibile (v., da ultimo, Cass., 23/1/2014, n. 1361)".

37 Così Pogliani, M.: *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Giuffrè, Milano, 1969, p 669.

38 In tal modo Ceccherini, G.: " Nuove ricerche in tema di risarcimento in forma specifica", *Contr. Imp*, 1991,p 89

Català Viney prevede la condanna ad una *amende civile* per la commissione di un *faute luorde* finalizzato ad ottenere un risparmio o un guadagno. Il rimedio deve commisurarsi proporzionalmente in base alla gravità del *faute*, alla capacità patrimoniale dell'autore, all'ingiustificato profitto tratto da questi. Esso viene destinato ad un "*fonds d' indemnsination*", ovvero in mancanza al " *tesor public*". Il formante di *common law* presenta soluzioni differenti. Le soluzioni di redistribuzione della somma ultra compensativa sono opera del legislatore, ovvero della giurisprudenza. *Federal states* come Alaska, Georgia, Illinois, Indiana, Iowa, Missouri, Oregon, Utah, hanno intrapreso la strada della regolamentazione normativa. Georgia, Indiana, Iowa, prevedono la destinazione del 75% della somma presso fondi costituiti dallo stato. Alaska, Missouri, Utah il 50%, mentre l'Oregon 60%. L' Illinois riconosce alle Corti la discrezionalità di ripartizione della somma punitiva tra attore, avvocato, e Dipartimento per i servizi umani dello Stato. Nel Missouri le somme sono destinate al Tort Victims' Compensation fund; l' Indiana prevede la destinazione presso il Crimes Compensation Fund; l' Iowa presso il Civil Reparations Fund; l'Oregon presso il Criminal Injuries Compensation Account. La Corte Suprema dell'Ohio in *Dardinger v Anthem Blue Cross & Blue Shield* ha destinato una percentuale del *quantum* punitivo ad un fondo della ricerca contro il cancro. Le soluzioni adottate sono leggibili in ottica assiologica. La destinazione delle somme risponde alla realizzazione di un progetto di giustizia sociale, solidarietà, sicurezza sociale. L' obiettivo consiste nell'assicurare alle vittime dell'illecito una tutela effettiva in condizioni di eguaglianza e libertà. Nell'ordinamento italiano la soluzione delle problematiche viene ad oggi devoluta alla sensibilità dell'interprete. L' uso corretto di ragionevolezza, proporzionalità, differenziazione, rappresentano la strada maestra. L'irrogazione di un risarcimento punitivo non costituisce una operazione meccanica e deduttiva, bensì guidata da criteri qualitativi e quantitativi. La ragionevolezza consente di valorizzare le peculiarità del fatto concreto, interessi, e valori coinvolti[39]. Sì che, l'angolatura visuale confinata alla sola sfera giuridica del danneggiato offre una prospettiva incompleta: "intanto il danno è ingiusto quando lo è il fatto qualificato come illecito'"[40]. L' accezione vittimologica della responsabilità civile è stata ritenuta la reale innovazione rispetto al codice del 1865. L' ingiustizia costituisce il predicato del danno e l'illiceità del fatto assume un ruolo marginale. Il danno è in realtà *contra ius* e la condotta *non in iure*. Quest'ultima non riveste caratteri di neutralità per l'ordinamento in quanto contraria ad esso. Il " fatto illecito" viene d'altro canto espressamente menzionato dalla rubrica dell'art 2043 c.c ed incluso tra le fonti dell'obbligazione dall'art 1173 c. c[41]. Il criterio qualitativo, tuttavia, sarebbe incompleto se non integrato dal principio di

39 Sulla ragionevolezza la letteratura è sterminata. Sul punto esaustiva è l'opera di Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2015, p. 4 ss.

40 In questi termini Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento giuridico. Per una riproposizione della questione sociale*, cit, p 117.

41 Così Volpe, F.: " Le funzioni della responsabilità civile nell'era dei danni punitivi", *I danni punitivi* (A CURA DI C.CICERO), Esi, Napoli, 2018, p.115.

proporzionalità. La Suprema Corte di Cassazione nella 16601/2017 ha infatti affermato come " la proporzionalità del risarcimento, in ogni sua articolazione, è, a prescindere da questo disposto normativo, uno dei cardini della materia della responsabilità civile". La valorizzazione concreta di essa è avvenuta anche ad opera della giurisprudenza delle aree di *common law*. La Suprema Corte Americana in diversi *leading cases* ha arginato il fenomeno dei c.dd *grossly excessive*. Nel caso EXXON è stata sancita la relazione di 1 a 1 tra danno compensativo e danno punitivo. In *State Farm Mutual Automobile Insurance Co v Inez Precee Cambel* sono stati stabiliti limiti quantitativi- qualitativi: i *punitive damages* non possono eccedere per dieci volte il danno effettivamente patito dalla vittima e devono essere rapportati alla gravità della condotta del danneggiante. Il *quantum damni* punitivo non può eccedere l'entità della lesione effettivamente subita. Il principio di differenziazione, infine, assume un ruolo di non scarsa importanza in ordine ai risarcimenti punitivi. Esso rappresenta una declinazione e specificazione del principio di eguaglianza sostanziale (art 3, comma 2, cost). L'interprete non può equiparare meccanicamente un determinato caso con una fattispecie legale, ma deve compiere una " operazione valutativa", che tenga conto delle peculiarità, degli interessi, e delle circostanze di ogni singola fattispecie concreta[42]. La gravità oggettiva dell'offesa, gli effetti sulla sfera giuridica del danneggiato, la gravità della condotta dell'autore del danno, non possono non comportare se non un differenziato trattamento risarcitorio che superi la soglia della semplice risarcibilità.

V. CONCLUSIONI.

La letteratura in materia di risarcimenti punitivi dopo l'intervento delle Sezioni Unite ha raggiunto risultati di ricerca appaganti. Gli studiosi con diverse sensibilità metodologiche hanno effettuato sforzi nel ricercare soluzioni conformi al sistema ed al diritto vigente. Ad oggi, cionondimeno, il cammino verso una effettiva valorizzazione della funzione punitivo- deterrente della responsabilità civile sembra ancora lunga e tortuosa. Le principali resistenze provengono da una prassi applicativa saldamente ancorata ai dogmi della tradizione. Il principio di stretta legalità, l'integrale riparazione del danno, costituiscono limiti invalicabili. L' interprete non può eludere i costrutti classici della scienza civilistica, ma deve nello stesso tempo contribuire ad una innovazione dogmatica. Una analisi attenta dell'esperienza comparata, invero, dimostra come il danno punitivo possa assolvere ad una pluralità di funzioni. I contorni del dibattito dottrinale devono focalizzarsi non esclusivamente sulle caratteristiche tecniche di esso, quanto piuttosto sull'utilità pratica a cui dovrebbe assolvere. Il binomio punizione-deterrenza può apportare un significativo contributo alle offese gravi all'ambiente,

42 Carusi, D.: " Principio di differenziazione e categorie giuridiche (l' Unione europea, l'eguaglianza, il paradigma della legge)", *Rass. dir. civ*, 2010, p. 735.

alla salute dell'uomo, all'integrità del mercato del risparmio. Il danno punitivo, dunque, può costituire una *better rule*, che apporta un significativo contributo ad una modernizzazione della responsabilità civile.

BIBLIOGRAFIA

ALPINI, A.: *Diritto italo- europeo e princìpi identificativi*, Esi, Camerino- Napoli, 2018, p.11 ss.

ASCARELLI, T.: *Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 140 e 154.

ALPA, G.: *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, p.12.

ALPA, G.: *Il problema dell' atipicità dell'illecito*, Jovene, Napoli, 1979, p. 421.

BENATTI, F.: *Correggere e punire.* Dalla law of torts *all' inadempimento del contratto*, Giuffrè, Milano, 2008.

BETTI, E.: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Torino, 1971, p. 123.

BETTI, E.: *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Torino, 1990, p. 817.

BETTI, E.: *Teoria generale delle obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 1 ss.

BAUMAN, Z.: *Modernità liquida*, Laterza, Torino.

BIANCA, C.M.: *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, *Commentario codice civile* (a cura di SCIALOJA e BRANCA), IV, *Delle obbligazioni*, art. 1218 e 1229, Bologna-Roma, 1979, p. 246.

BIANCA, C.M.: " Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi", *Giust. Civ*, 2018, p. 2.

BARCELLONA, M.: " Funzione compensativa della responsabilità (e private enforcment della disciplina antitrust)", *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato. Le funzioni della responsabilità civile.* (a cura di A. ZOPPINI e M. MAUGERI), Il Mulino, Bologna, 2009, p. 312 ss.

BARCELLONA, M.: " Strutture della responsabilità e " ingiustizia" del danno", *Europ. e. dir. priv*, 2000, p. 401 ss.

BOBBIO, N.: *Scienza e tecnica del diritto,* Torino, 1934.

BUSNELLI, F.D.: *La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffrè, Milano, 1964, p 67.

CARABETTA, S.: " *Punitive damages" e teoria della responsabilità civile. La funzione compensativa del risarcimento punitvo*, Giappichelli, Torino, 2020.

Caterini, E.: *L' intelligenza artificiale sostenibile ed il processo di socializzazione del diritto civile*, Esi, Napoli, 2020, p. 80.

Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento giuridico. Per una riproposizione della questione sociale*, Esi, Napoli, 2018, p. 117.

Caterini, E.: " "Il minimo vitale", lo stato di necessità e il contrasto all'esclusione sociale", *Rass. dir. civ,* 2016, p. 1129 ss.

Calamandrei, P.: *La crisi della giustizia*, in *La crisi del diritto*, Cedam, Padova, 1953, p. 157 ss.

Calabresi, G.: " The law of a mixed society", *Law. texas. rew*, 1979, p. 519.

Carnelutti, F.: *Il danno e il reato*, Cedam, Padova, 1969, p. 12.

Carnelutti, F.: *La certezza del diritto (1943)*, Cedam, Padova, 1953, p. 16 ss.

Carusi, D.: " Principio di differenziazione e categorie giuridiche (l' Unione europea, l'eguaglianza, il paradigma della legge) ", *Rass. dir. civ*, p. 735.

De Menech, C.: *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Per uno studio sui danni punitivi*, Cedam, Padova, 2020.

Di Majo, A.: " La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente", *Eur.. dir. priv*, 2008, p. 256.

Grondona, M.: *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui risarcimenti punitivi*, Esi, Napoli, 2017.

Grossi, P.: " Il diritto civile nella legalità costituzionale", *Rass. dir. civ*, 2009, p. 917.

Lasso, A.: *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, Esi, Napoli, 2018.

Malomo, A.: *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Esi, Napoli, 2018.

Monateri, P.G.: "Responsabilità civile (diritto comparato)", *Dig. disc. priv,* Utet, Torino, 1998, p. 24 ss.

Perlingieri, P.: " La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale", *Rass. dir. civ*, 2007, p. 497 ss.

Perlingieri, P.: "Controllo e conformazione degli atti di autonomia negoziale", *Rass. dir. civ*, 2017, p. 817.

PERLINGIERI, P.: " Le funzioni della responsabilità civile", *Rass. dir. civ,* 2011, p.115 ss.

QUARTA, F.: *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile,* Esi, Napoli, 2013.

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE RESPONSABILIDAD MÉDICA: COMENTARIO A LA STS 828/2021, DE 30 DE NOVIEMBRE (UN CASO DE CIRUGÍA ESTÉTICA)

JURISPRUDENTIAL DEVELOPMENTS ON MEDICAL LIABILITY: COMMENTARY ON STS 828/2021, 30 NOVEMBER (A CASE OF COSMETIC SURGERY)

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 518-535

Javier
BADENAS
BOLDÓ

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Desde hace varias décadas, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han referido a la cirugía estética como una forma de ejercicio de la llamada "medicina satisfactiva". Durante bastante tiempo, esta denominación tuvo un sentido práctico muy acusado que permitió establecer un doble rasero a la hora de valorar culpabilísticamente los actos médicos. Más riguroso para la medicina satisfactiva que para su contrapunto, la llamada medicina "asistencial" o "curativa". A la medicina asistencial se le solía anejar una obligación de medios por parte del facultativo, mientras que a la satisfactiva una obligación de resultado, respecto del mismo sujeto. A la medicina asistencial se la equiparaba con el contrato de servicios, mientras que a la satisfactiva con el arrendamiento de obra. A la medicina asistencial se le aparejaba un concepto de necesidad o enfermedad, mientras que a la satisfactiva el de capricho y negocio crematístico. Actualmente, la distinción quizá ya no tenga sentido mantenerla ni siquiera a los efectos retóricos o dialécticos; pues, desde el punto de vista técnico-jurídico, carece de razón de ser. Así lo pone de manifiesto la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia 828/2021, de 30 de noviembre, al resolver un recurso de casación interpuesto contra una resolución de la Audiencia Provincial de Alicante, relacionada con una intervención de cirugía estética consistente en la colocación de unos implantes mamarios. Según la sentencia que se comenta, toda obligación derivada de los actos médicos, tanto en la cirugía estética como en la medicina curativa es una obligación de medios. La relativamente reciente doctrina del "daño desproporcionado", que ha servido para fundamentar la condena de algunos médicos cuando no estaba claro el origen del daño sufrido por su paciente, no se puede aplicar para estimar las demandas contra los facultativos cuando el citado daño hubiese sido previsto y tenga una explicación técnica o científica. Máxime, si tal daño había sido "aceptado", como posible, por el paciente en el consentimiento informado firmado antes de la intervención quirúrgica. Se puede decir que en la evolución de jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la responsabilidad médica se pueden distinguir tres épocas: una primera clásica que discurrió hasta finales del siglo XX; una segunda más severa y proteccionista del paciente, durante la última década del siglo XX y los primeros lustros del siglo XXI; y una tercera que se inició hace unos años, en la que se retoman posiciones con fundamento clásico, pero arropadas con argumentaciones modernas.

PALABRAS CLAVE: Cirugía estética; Jurisprudencia; Obligación de medios; obligación de resultados; Medicina Voluntaria; Medicina Necesaria; Consentimiento informado; daño desproporcionado.

ABSTRACT: *For several decades, both doctrine and jurisprudence have referred to cosmetic surgery as a form of the practice of what is known as "satisfying medicine". For a long time, this denomination had a very pronounced practical sense that allowed a double standard to be established when it came to assessing medical acts culpably. This was more rigorous for "curative medicine" than for its counterpart, the so-called "care" or "curative" medicine. Welfare medicine used to be subject to an obligation of means on the part of the physician, whereas the obligation of result on the part of the patient in the case of curative medicine used to be subject to an obligation of result on the part of the same subject. Welfare medicine was equated with a contract for services, while the contract of performance was equated with a contract for the lease of work. The concept of need or illness was attached to the medical care, while the concept of whimsy and chrematistic business was attached to the medical care. Nowadays, it may no longer make sense to maintain this distinction, even for rhetorical or dialectical purposes, because, from a technical-legal point of view, it has no raison d'être. This is made clear by the First Chamber of the Supreme Court in its judgment 828/2021, of 30 November, in its ruling on an appeal in cassation against a decision of the Provincial Court of Alicante, in relation to a cosmetic surgery operation consisting of the insertion of breast implants. According to the judgement under discussion, any obligation arising from medical acts, both in cosmetic surgery and in curative medicine, is an obligation of means. The relatively recent doctrine of "disproportionate damage", which has served as a basis for the conviction of some doctors when the origin of the damage suffered by their patient was not clear, cannot be applied to uphold claims against doctors when the damage was foreseen and has a technical or scientific explanation. All the more so if such harm had been "accepted" as possible by the patient in the informed consent signed prior to the surgical intervention. It can be said that in the evolution of the Supreme Court's jurisprudence on medical liability, three periods can be distinguished: a first classical period that lasted until the end of the 20th century; a second, more severe and patient protectionist, during the last decade of the 20th century and the first few years of the 21st century; and a third that began a few years ago, in which positions with classical foundations, but with modern arguments, have been taken up again.*

KEY WORDS: *Cosmetic surgery; Jurisprudence; Obligation of means; obligation of results; Voluntary Medicine; Necessary Medicine; Informed consent; disproportionate damage.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ETAPAS JURISPRUDENCIALES. III.- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.- IV. COMENTARIO DE LA STS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2021. - V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

La exposición que viene a continuación contiene tres partes. En la primera aludo a la evolución histórica de nuestra jurisprudencia en materia de responsabilidad civil médica, con especial atención a la relativa a la cirugía estética. En la segunda, al consentimiento informado y al deber de información que el médico debe proporcional al paciente, como un elemento destacado de la relación. En la tercera, me centro en el comentario de la STS de 30 de noviembre de 2021. Y, finalmente, resumo algunas breves conclusiones que tienen que ver con la valoración de la evolución jurisprudencial, a que antes me he referido, con una cierta crítica dogmática respecto de tal evolución.

II. ETAPAS JURISPRUDENCIALES.

En un repaso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad médica sería posible distinguir, al menos, tres etapas.

- La primera comprendería la práctica totalidad del siglo XX, con exclusión de la última década del citado siglo.

- La segunda desde la última década del siglo XX hasta el año 2005.

- La tercera, desde el año 2005 hasta la actualidad.

Mi intención no es hacer un repaso exhaustivo de todas las resoluciones producidas por el Alto Tribunal durante cada uno de tales periodos, sino, únicamente, dar algunos detalles sobre los principios aplicados mayoritariamente por la doctrina del Tribunal Supremo, al interpretar y aplicar las normas sobre responsabilidad civil profesional en cada momento[1].

1 Se ha llevado a cabo el estudio de dicha evolución por numerosa Doctrina, destacando, Montalvo Rebuelta, P.: Análisis de la postura de nuestros Tribunales antes los pleitos relacionados con la cirugía plástica y estética, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013. Vid. también en este sentido, De Verda y Beamonte, J.R.: La responsabilidad derivada de la cirugía estética en la jurisprudencia actual (de obligación de resultado a obligación de medios): consideraciones críticas, *Revista de Derecho Patrimonial, Aranzadi*, 2015.

• Javier Badenas Boldó
Abogado y Profesor Asociado de Derecho Civil de la Universidad Jaume I.
badenasj@uji.es

La primera etapa, que llega, como decía más arriba, aproximadamente hasta la última década del siglo XX, podría ser calificada como un periodo *clásico,* en el que la jurisprudencia hizo aplicación de los principios y categorías tradicionales de nuestro Derecho civil, en materia de responsabilidad civil[2].

En casi todas las sentencias que tienen que ver con la materia, el Tribunal Supremo define la relación médico-paciente como un arrendamiento de servicios, en el que el facultativo asume únicamente una obligación de medios o de mera actividad y en la que la carga de la prueba, respecto de la demostración de la culpa o negligencia del facultativo, recae sobre la parte demandante, es decir, sobre el paciente.

Por ser categorías sobradamente conocidas[3], mi comentario va a ser meramente ilustrativo sobre cada una de ellas.

Respecto de lo que significa el arrendamiento de servicios es forzoso referirse a la clasificación, hasta cierto punto trasnochada[4], que todavía contiene el art. 1544 del Código civil, cuando señala que "en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto". Este precepto, como se puede apreciar, alude a dos tipos de arrendamiento, al de obra y al de servicios. Que actualmente la doctrina distingue entre contrato de obra y de servicios, respectivamente. El que ahora nos interesa, respecto de la primera etapa clásica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que estoy comentando, es el segundo, el contrato de servicios, al que más adelante aludiré.

El criterio diferenciador entre un contrato y otro ha sido puesto de manifiesto por la doctrina del tribunal de casación civil en muchas sentencias muy conocidas, motivo por el cual sólo citaré algunas de las más relevantes: SSTS de 6 de junio de 1983[5]; 4 de julio de 1984[6]; 27 de octubre de 1986[7]; 12 de diciembre de 1988[8]; 7 de febrero de 1995[9]; 30 de enero de 1997[10]; 13 de marzo de 1997[11]; 28 de enero de

2 Llamas Pombo, E.: La responsabilidad civil del médico: Aspectos tradicionales y modernos, *Trivium*, Madrid, 1988.

3 Vid. Jordano Fraga, F.: "Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente), *Anuario Derecho Civil*, vol. 44, Madrid, 1991, pp. 5 y ss.

4 Bercovitz, R. (coordinador): Comentarios al Código civil, 2ª edición, *Thomson-Aranzadi*, 2006, p. 1831.

5 RJ 1983, 3291.

6 RJ 1984, 5547.

7 RJ 1986, 5960.

8 RJ 1988, 9430.

9 RJ 1995, 745.

10 RJ 1997, 845

11 RJ 1997, 1934.

1998[12]; 25 de mayo de 1988[13]; 14 de abril de 1999[14]; 28 de junio de 1999[15]; 10 de abril de 2001; 30 de diciembre de 2004 y 10 de junio de 2008.

En todas estas sentencias se pone de manifiesto que lo que distingue básicamente la relación de obra de la de servicios es el tipo de obligación que asume el deudor que no está obligado a pagar el precio cierto. Circunstancia que, como veremos después, reviste mucha importancia en materia de responsabilidad médica. En el caso del contrato de obra, la obligación asumida por el deudor es de resultado, mientras que en el de servicios es de mera actividad. En el primer caso, el deudor sólo puede quedar liberado de su obligación entregando exactamente la cosa en que consista el objeto del contrato (art. 1261, 2º CC); en el segundo, con realizar su prestación (art. 1088, en relación con el art. 1271, 3 CC) poniendo la diligencia de un buen padre de familia (análogamente, arts. 1555, 2º y 1903 CC); es decir, sin incurrir en la responsabilidad que establece el art. 1101 CC.

Respecto de la obligación de medios o de mera actividad, acabo de señalar que consiste en realizar la actividad que consista en el servicio médico pactado entre las partes en el contrato, sin que sea necesario que se produzca ningún resultado concreto; pues en el caso de los servicios médicos, como regla general, tal resultado no es completamente asegurable. Como afirma la doctrina en diversos lugares, "el médico no garantiza la curación del enfermo, pero sí el empleo de técnicas adecuadas conforme al estado actual de la ciencia médica y las circunstancias concurrentes en cada caso (personas, tiempo y lugar). Conforme a una doctrina jurisprudencial y científica muy consolidada, como señalaré después, la obligación de medios del facultativo consiste en desarrollar su actividad conforme a la *lex artis* de su profesión. Este criterio básico se ha mantenido en la jurisprudencia del Supremo a lo largo de todas las épocas, aunque con matices.

Por último, la referencia a la carga de la prueba correspondiente al demandante venía a coincidir con la regla contenida en el art. 1214 de la primera edición del Código civil, cuando establecía que "incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone"[16]. Regla clásica que posteriormente pasó a las leyes adjetivas, actualmente mantenida en el art. 217, 2 LEC, aunque ampliada al demandado reconviniente.

Conforme a diversas sentencias del Tribunal Supremo, el principio contenido en el viejo art. 1214 del Código civil se mantiene en la ley procesal vigente, a pesar de que su redacción, como hemos visto, no sea literalmente la misma, de

12 RJ 1988, 357.

13 RJ 1998, 3999.

14 RJ 1999, 2611.

15 RJ 1999, 4894.

16 Lalaguna Domínguez, E.: *El Código civil y sus reformas*, Reus, Madrid, 1984, p. 360.

manera que "la obligación de probar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión corresponde al actor" (entre otras, STS de 17 de octubre de 1981). Más recientemente, la STS de 13 de mayo de 2016 (ponente Excmo. Sr. Pantaleón Prieto), recalca que "sólo se produce la infracción de las normas que regulan la carga de la prueba si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de la prueba a la parte que no le correspondía su carga, según las reglas aplicables para su atribución a una u otra de las partes, establecidas en los distintos apartados del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil y desarrolladas por la jurisprudencia". No obstante, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con la doctrina procesal reciente, si bien las reglas generales de la carga de la prueba siguen siendo las mismas (como decía antes) que desde hace décadas, de acuerdo con el llamado "principio de disponibilidad y facilidad probatoria" resulta que si una de las partes, con independencia de su posición procesal de actor o de demandado, tiene una mayor facilidad de acceso a determinada prueba, corresponderá a tal parte acreditar los hechos correspondientes. Sin embargo, respecto del período jurisprudencial que ahora estoy comentando, se podría decir que el criterio clásico del *onus probandi* relativo a los hechos de la demanda incumbente al actor se mantuvo constante, sin excepción, hasta finales del siglo XX.

La segunda etapa discurriría desde mediados de la última década del siglo XX hasta el año 2005, aproximadamente. Podría decirse que se trata de un periodo revolucionario y de transición en materia de responsabilidad médica, en cuanto que durante el mismo cambiaron algunos parámetros jurisprudenciales que hasta entonces se consideraban vigentes[17].

Merece la pena recordar que no muchos años antes fue promulgada la primera ley sobre protección consumidores en España, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y que en el año 1994 también fue aprobada una norma que asimismo revolucionó, de alguna manera nuestro sistema de responsabilidad civil, me refiero a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (correspondiente a la incorporación al Derecho español de una norma europea sobre la misma materia, la Directiva 85/374/CEE de 25de julio de 1985).

Bajo estas premisas se dictó la STS de 25 de abril de 1994, en la que se enjuició un caso relacionado con una vasectomía practicada a un empleado del ayuntamiento de Badajoz. En tal sentencia, de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. Luis Martínez Calcerrada, se establece por primera vez la distinción entre dos

17 Yzquierdo Tolsada, M.: "La responsabilidad civil profesional (y médico-sanitaria en particular) al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia", *Revista Derecho y Salud,* núm. 1, vol. 9, enero-junio 2001, pp. 35-50.

tipos de ejercicio de la medicina, a saber: a) la medicina asistencial o general y b) la medicina voluntaria o satisfactiva[18].

La medicina asistencial mantenía, según la nueva línea jurisprudencial, las mismas características que el Tribunal Supremo había establecido para calificar la relación médico-paciente: contrato de servicios, obligación de medios o mera actividad, carga de la prueba correspondiente al actor y obligación de cumplimiento de la *lex artis ad hoc*.

Sin embargo, respecto de la medicina llamada voluntaria o satisfactiva , las reglas eran inversas a las acabadas de citar: al paciente no se le consideraba un enfermo, sino un cliente o consumidor; el contrato entre las partes es de obra y no de servicios; la obligación del médico es de resultado; inversión de la prueba que obliga al facultativo a demostrar que no había habido culpa o negligencia por su parte, no siendo suficiente con demostrar que la intervención se había realizado de acuerdo con la *lex artis ad hoc* y finalmente un deber de informar al paciente-cliente de carácter más gravoso. Es decir, no era suficiente con facilitar la información ordinaria propia de cualquier acto médico general.

En el fallo de esta sentencia se confirma aquel por el cual fue condenado el facultativo, un urólogo, durante la segunda instancia; pero la *ratio decidendi* de sus fundamentos de Derecho establece que la causa de la condena no es una mala praxis profesional ni el incumplimiento del resultado pactado entre las partes (la esterilización del paciente), sino un defecto de información por parte del facultativo que omitió la circunstancia de que la vasectomía no produce una esterilización inmediata del sujeto, sino que esta tiene lugar después de varias eyaculaciones, tras la intervención. Como quiera que el empleado del ayuntamiento de Badajoz mantuvo relaciones sexuales con su mujer, sin uso de preservativo (creyendo que ya era estéril), quedando la esposa embarazada, contra el deseo del matrimonio, el tribunal condena al urólogo a indemnizar al demandante.

La tercera etapa comienza en el año 2005, concretamente mediante la STS de 21 de octubre de 2005. El caso examinado tuvo que ver con una intervención de cirugía estética por la que se pretendían hacer desaparecer unas cicatrices puntiformes que presentaba la paciente en la región peribucal y el mentón, provenientes de una depilación eléctrica. A pesar de ser un caso de los que durante la etapa anterior hubiera sido calificado como cirugía voluntaria o satisfactiva, porque la demandante no padecía realmente una enfermedad y lo que buscaba era un resultado estético (quitar las cicatrices de su cara), la Sala 1ª del Tribunal Supremo descartó que hubiera habido un aseguramiento del resultado. Concretamente, en los fundamentos jurídicos de la sentencia puede leerse: "hay

18 De Verda Y Beamonte, J.R.: *La responsabilidad*, cit, pp. 10 y ss.

una aproximación al régimen jurídico del arrendamiento de obra o que se trata de una figura intermedia entre éste y el arrendamiento de servicios, porque en cualquier caso, habrá de valorarse la existencia de los elementos de causalidad y culpabilidad". De manera que el Supremo empezó a matizar los criterios que había seguido durante la década anterior[19].

No obstante, se produjo la condena del cirujano, aunque no se sustentó en el incumplimiento de una obligación de resultado, sino en un motivo diferente, sobre el que más adelante incidiré: la falta de un adecuado consentimiento informado por parte de la paciente.

A modo incidental, conviene reproducir un interesante párrafo de la STS de 18 de diciembre de 2006: "los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma". En el mismo sentido se manifiesta quien fuera Presidente del Consejo General de Odontólogos y Estomatólogos de España, el catedrático de Odontología, Alfonso Villa Vigil, cuando sostiene que "dejando a un lado los casos puntuales de algún facultativo irresponsable (…) o que hubiera convenido, mediante el anuncio u ofrecimiento de pseudo-garantías prometedoras o equívocas (cuando no francamente engañosas) una obligación de obtener resultados seguros, lo cierto es que en el mundo de las llamadas Ciencias de la Salud las respuestas a cualquier tipo de causa, estímulo o acción y la relaciones entre variables, todas, no son sino de naturaleza probabilística o estocástica. Obedecen a la ley de los grandes números, donde se cumplen relaciones matemáticas predecibles para los conjuntos de hechos, pero no para los hechos aislados". De manera que lo que se observa en la nueva línea jurisprudencial es una tendencia más lenitiva para los médicos que practican especialidades relacionadas con la medicina estética o satisfactiva que la mantenida durante el periodo anterior, en el que la dureza de los criterios empleados contra tales facultativos era mayor y, a veces, próxima a la responsabilidad objetiva.

De modo que, de acuerdo con esta tercera línea jurisprudencial, parece concluirse que la obligación del cirujano estético que haya informado correcta y exhaustivamente a su paciente podría ser calificada como una obligación de medios acentuada, reforzada o cualificada en base a la rigurosa información que le es exigida, sin perjuicio de que en aquellos casos en los que haya habido un aseguramiento del resultado la obligación pueda calificarse también de resultado y la relación como contrato de obra.

19 Otras sentencias que podrían aducirse a este respecto serían: STS de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017, 583), SSTS de 30de junio de 2009 (RJ 2009, 6460) y 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 138), STS 3 de marzo de 2010 (RJ 2010, 3778) y STS de 28 de junio de 2013 (RJ 2013, 4986).

Por consiguiente, la condena del facultativo podría venir por dos vías: a) por haber asegurado un resultado, o b) por una información inadecuada en el caso concreto (asunto relacionado como veremos a continuación, con el consentimiento informado). Pero no por el tipo de acto quirúrgico o médico realizado.

III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

Hay quien entiende que el consentimiento informado es un presupuesto y un elemento integrante de la *lex artis* a la que antes me he referido[20]. Así lo consideran igualmente diversas resoluciones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, tales como las sentencias de 4 de abril de 2000, 26 de noviembre de 2004, 9 de mayo y 20 de diciembre de 2005, entre otras.

De manera que cuando no se cumple --o se hace de forma defectuosa-- puede acarrear la responsabilidad del facultativo obligado a ofrecerlo o prestarlo a su paciente.

Tradicionalmente, el contrato de servicios entre el médico y su paciente fue un contrato verbal que no necesitaba su plasmación por escrito, salvo en situaciones muy concretas. Se trataba –y todavía lo es— de una relación de confianza muy particular, precisamente porque el "material" sobre el que ha de prestar sus servicios el profesional es el cuerpo del propio paciente o contratista. Tras la incorporación del consentimiento informado al acervo de obligaciones del facultativo, la naturaleza del contrato de servicios médicos no ha dejado de ser consensual. No requiere de ninguna forma determinada. Sin embargo, debido a que en muchos casos el paciente ha de prestar su consentimiento informado en un documento, en la práctica resulta que se ha convertido en un contrato que suele revestir la forma escrita. No es un contrato solemne; pues, en mi opinión, tal forma es más *ad probationem* que *ad solemnitatem* (que es la que se requeriría, en su caso, conforme al art. 1279 CC). *Ad probationem* no tanto de la celebración del contrato, sino del contenido de las obligaciones (especialmente del médico) que se derivan del mismo y obviamente del consentimiento prestado por el paciente (por eso se llama "consentimiento informado")[21].

Algunos autores, quizá con algo de exageración, cuando aluden al consentimiento informado, señalan que constituye una especie de "derecho humano" del paciente, por afectar a su libertad personal y a la auto-disposición

20 Galán Cortés, C.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado,* Cívitas, Madrid, 2001.

21 Ribot Igualada, J.: "La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado", *Revista de Derecho Privado*, núm. 91, 2007, pp. 29 y ss. Vid también. Barceló Domenech, J.: "Consentimiento informado y responsabilidad médica", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 8, 2018.

sobre su cuerpo[22]. Desde una perspectiva civilista no parece necesario llegar a tal alta calificación, más teórica que práctica, pues no redunda en ningún derecho de amparo, por sí misma, y sí implica, como ya he señalado, la posible responsabilidad del facultativo cuando la incumple o lo hace de manera deficiente.

Acaso haya contribuido a tal grandilocuencia la STS de 12 de enero de 2001, cuando señala que "constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada por la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia"[23]. Sea como fuera, sus consecuencias prácticas son las que ya conocemos y vamos a seguir viendo a continuación.

El art. 3 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente, lo define como "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud". La STS de 29 de julio de 2008 estableció cómo debía ser esa información adecuada: "el requisito de completitud de la información exigido por el art. 10,5 LGS no comporta que ésta deba ser exhaustiva, sino adecuada en términos razonables conforme a las circunstancias". La STS de 29 de mayo de 2003 estableció que, aunque el consentimiento informado normalmente deberá constar por escrito, la información puede ser verbal. En caso de que así sea, se deberá dejar constancia de tal información en la historia clínica del paciente.

Según el art. 8.2 de la citada Ley 41/2002, el consentimiento informado podrá ser verbal, pero se deberá prestar por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores o cualquier procedimiento que suponga riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión sobre la salud del paciente. Lo cual conlleva a que salvo en casos relacionados con meros reconocimientos o valoraciones, los restantes actos médicos requerirán, casi como norma general, consentimiento informado escrito.

Como es lógico, el consentimiento informado es un acto revocable. De la misma manera que el consentimiento se debe prestar antes del acto médico, también su revocación deberá ser anterior. De lo contrario tanto el consentimiento como la revocación carecerán de validez.

22 Rovira, A.: *Autonomía personal y tratamiento médico (una aproximación constitucional al consentimiento informado),* Thomson-Civitas, 2007, pp. 108 a 116.

23 Precisamente, en la sentencia objeto de este comentario puede leerse lo siguiente: "especial importancia adquiere en el contexto europeo el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997".

La doctrina sostiene que, conforme a su naturaleza, al médico corresponde la carga de la prueba de haber obtenido el consentimiento informado de su paciente, y como es lógico, no libera de responsabilidad al facultativo por los riesgos derivados de una actuación inadecuada[24].

A parte de la legislación estatal sobre autonomía del paciente, que constituye el Derecho básico, debe tenerse en cuenta la regulación sobre la materia hecha por las Comunidades Autónomas. Como la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, que respecto del tema del consentimiento informado se remite a la ley estatal, como es lógico[25].

IV. COMENTARIO DE LA STS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2021.

Los antecedentes de hecho más relevantes se encuentran referidos en el fundamento de Derecho primero de la sentencia objeto de este comentario. No obstante, para facilitar su acceso al lector, los voy a resumir a continuación:

A la actora se le practicó, en marzo de 2006, una intervención quirúrgica de aumento de senos, mediante la implantación de dos prótesis, en una clínica de la sociedad demandada. Una sociedad que, en la actualidad, hace alarde de tener de más de 120 repartidas por Europa, según la publicidad que se puede consultar con gran facilidad en internet. Lo cual demuestra que no se trataba de una clínica cualquiera.

Tales prótesis tuvieron que ser sustituidas por deficiencias de fabricación posteriormente descubiertas (además de una ptosis o descolgamiento de grado III y un desplazamiento de la prótesis derecha).

La segunda intervención se realizó en la misma clínica que la primera, pero en febrero de 2011, en la que se procedió a la sustitución de las prótesis y a la práctica de una mastopexia. Tras la operación, actora seguía presentando asimetría mamaria con cicatrización no estética en ambos senos.

La demandante, días antes de la segunda intervención, había firmado el consentimiento informado que exige la ley para este tipo de actos médicos, en el que se advertía de los riesgos de la operación quirúrgica.

24 Galán Cortés, J. C.: *Responsabilidad civil médica, tercera edición*, Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 495. Véase también en este sentido, Ortiz Fernández, M.: *El consentimiento informado en el ámbito sanitario*, Dykinson, Madrid, 2021.

25 Concretamente en el Art. 43 de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana. Ver en: https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-1239-consolidado.pdf

Concretamente, en el citado consentimiento informado se advertía de la posibilidad de que tras la intervención quedasen cicatrices anormales, tanto en la piel como en los tejidos profundos, pudiendo necesitarse "tratamientos adicionales, incluyendo cirugía para tratar la cicatrización anormal". También se señalaba que "la forma y el tamaño de las mamas previas a la cirugía pueden influir tanto en el tratamiento recomendado como en el resultado final" y que "los riesgos citados (en el propio documento) están particularmente asociados con la mastopexia (…), la práctica de la medicina y la cirugía no es una ciencia exacta… y no hay garantía explícita o implícita sobre los resultados que pueden obtenerse"[26].

El asunto del consentimiento informado de la paciente es de los que más espacio ocupa en la argumentación del tribunal, lo cual da idea de la importancia que tiene respecto de la determinación de la responsabilidad del facultativo, tal y como fue señalado en epígrafes anteriores. Sobre esta cuestión señala literalmente el Supremo en esta sentencia: "durante muchos años el ejercicio de la medicina respondió a una concepción paternalista (pero), frente a dicho paternalismo, se ha consagrado normativamente el principio de autonomía de la voluntad del paciente". Para ello, se remite a la STS de 4 de marzo de 2011, en la que puede leerse: "la actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal no es quien le informa sino él quien a través de la información que recibe, adopta la solución favorable a sus intereses"[27]. Apoyándose en las STC 37/2011, de 28 de marzo, llega a afirmar que "la privación de la información equivale a la privación del derecho a consentir".

26 Destacamos el Fundamento de Derecho Primero, párrafo tercero, con respecto a la retirada de los implantes mamarios, se le advertía como riesgos de la intervención: "Cicatriz cutánea.- Aunque es de esperar una buena cicatrización después del procedimiento quirúrgico, pueden darse cicatrices anormales tanto en la piel como en los tejidos profundos. La cicatrización excesiva es infrecuente. Pueden necesitarse tratamientos adicionales incluyendo cirugía para tratar la cicatrización anormal. Otros: Puede ocurrir asimetría mamaria después de la cirugía. Usted puede estar en desacuerdo con los resultados de la cirugía. Puede necesitar cirugía adicional para mejorar la forma de las mamas después de la retirada de los implantes. La cicatrización resultante de la retirada de las prótesis puede complicar una futura cirugía mamaria. NECESIDAD DE CIRUGÍA ADICIONAL: Si ocurren complicaciones puede ser necesaria la cirugía adicional u otros tratamientos. Aunque los riesgos y complicaciones son raros, los riesgos citados están particularmente asociados con la cirugía de retirada de implantes mamarios. Pueden ocurrir otros riesgos y complicaciones, pero son todavía más infrecuentes. La práctica de la medicina y la cirugía no es una ciencia exacta y aunque se esperan buenos resultados, no hay garantía explícita o implícita sobre los resultados que puedan obtenerse".

27 RJ 2011, 101. En concreto, en el Fundamento de Derecho Tercero se expone que, "La falta de información implica una mala praxis médica que no solo es relevante desde el punto de vista de la imputación sino que es además una consecuencia que la norma procura que no acontezca, para permitir que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), como precisan las Sentencias de 2 de julio de 2002 y 10 de mayo 2006 . La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal no es quien le informa sino él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses, incluso en aquellos supuestos en los que se actúa de forma necesaria sobre el enfermo para evitar ulteriores consecuencias. Lo contrario sería tanto como admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan "consentimiento informado" (STS 8 de sep 2003)".

Un apartado importante de la fundamentación jurídica de la sentencia se refiere expresamente al "consentimiento informado en los casos de medicina voluntaria o satisfactiva". En este sentido, la sentencia advierte lo siguiente: "la diferencia existente entre la denominada medicina voluntaria y satisfactiva y la necesaria o terapéutica tiene repercusiones en la obligación del médico, derivada de la prestación de la *lex artis ad hoc*, de obtener el consentimiento informado de sus pacientes"[28]. Para ello se vuelve a apoyar en la jurisprudencia anterior, concretamente en la STS de 13 de abril de 2016[29], cuando enuncia que "estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en los que se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base a la información prestar su consentimiento". Sobre el mayor rigor en la formación del consentimiento informado en los casos de medicina satisfactiva, respecto de la necesaria o asistencial, aporta más jurisprudencia, como la contenida en las SSTS de 27 de septiembre de 2010[30], de 20 de enero de 2011[31], y la de 15 de febrero de 2017[32].

Entrando en otras consideraciones respecto de la eventual responsabilidad civil del facultativo, el Alto Tribunal señala en esta sentencia que estoy comentando: "la materialización de un riesgo típico informado y consentido no es fuente de responsabilidad civil, salvo concurrencia de culpa o negligencia". Esta es una manera de volver a los parámetros de la jurisprudencia clásica sobre la materia, rompiendo con la línea argumental contenida en las sentencias que se dictaron entre 1994 y 2005, llegando a una conclusión bastante importante: "la obligación de los facultativos tanto en la denominada medicina voluntaria o satisfactiva, como en la necesaria o curativa, es de medios y no de resultados". Para apoyar esta afirmación tan rotunda y rompedora respecto de líneas jurisprudenciales anteriores, cita también otras resoluciones del mismo tribunal: STS de 23 de mayo de 2007, de 30 de junio de 2009 y de 3 de febrero de 2015, entre otras. No aceptar tal idea de que la obligación del médico, en cualquier tipo de medicina, es de medios y no de resultado, sería, según el tribunal, "prescindir de la idea subjetiva

28 En su Fundamento de Derecho Segundo (apartado 2.3) añadiendo que, "En este sentido la jurisprudencia ha proclamado un mayor rigor en los casos de la medicina voluntaria o satisfactiva, en los que se actúa sobre un cuerpo sano para mejorar su aspecto estético, controlar la natalidad, (…) en contraste con los casos de medicina necesaria, asistencia o terapéutica, en los que sobre un cuerpo enfermo con la finalidad de mantener o restaurar la salud, todo ello con las miras puestas en evitar que prevalezcan intereses crematísticos a través de un proceso de magnificación de las expectativas y banalización de los riesgos, que toda intervención invasiva genera".

29 STS 250/2016, de 13 de abril (RJ 2016, 1495) nuevamente introduce otro supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el cual "se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la necesidad de la misma, y ello sin duda, como precisa la Sentencia de 21 de octubre de 2005…"

30 RJ 2010, 5155.

31 RJ 2011, 299.

32 RJ 2017, 583.

de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico". Lo cual demuestra el retorno al sistema clásico de responsabilidad civil que, en materia de responsabilidad médica, se observa en la evolución de nuestra jurisprudencia, a la que antes se ha hecho referencia. Hace quince años hubiera sido difícil adivinar el giro que parece haberse constatado en nuestra jurisprudencia, con independencia del tipo de acto médico de que se trate. Quizá las pólizas de seguro de responsabilidad civil se habían puesto demasiado caras, respecto de cierto tipo de especialidades médicas.

Así pues, cabría preguntarse: ¿sigue siendo útil la distinción entre medicina asistencial y satisfactiva que todavía se manifiesta en la actual jurisprudencia, entre otras, en la sentencia objeto de este comentario? Si las características "responsabilísticas" (sit venia verbo) de ambos tipos de medicina son las mismas, con la salvedad del deber de informar agravado que se refiere a la satisfactiva respecto de la asistencial (a la que antes he aludido), en mi opinión, el mantenimiento de esta clasificación no sería tan útil (o didáctica) como cuando fue construida por el catedrático y magistrado Martínez Calcerrada, en el año 1994.

Finalmente, la fundamentación jurídica de la sentencia entra en un último tema, cuya síntesis podría ser la que se corresponde con la siguiente frase: "no es daño desproporcionado el previamente advertido y que constituye riesgo típico de la intervención practicada, sin perjuicio de la responsabilidad del médico si incurrió en mala praxis debidamente constatada". Según el tribunal, "no puede existir daño desproporcionado, por más que en la práctica lo parezca, cuando hay una causa que explica el resultado, al no poder atribuírseles (sic) cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación".

La definición de daño desproporcionado ya estaba contenida en otra resolución del Tribunal Supremo, como la STS de 19 de julio de 2013, en la cual es definido como aquel daño "no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria". Por tanto, el daño desproporcionado es el que, careciendo de un origen lógico o explicable, es sufrido injustamente por el dañado[33]. Esta doctrina, en mi opinión, se aparta de los parámetros de nuestro sistema de responsabilidad civil tradicional o clásico, por cuanto se aleja de la idea de culpa o negligencia y de la relación de causalidad entre el acto y el resultado lesivo. Y, sobre todo, de su prueba, por cuanto que carga sobre el profesional la de demostrar que no fue, en absoluto responsable del daño producido. El Tribunal, no obstante, temeroso de lo que tal doctrina

33 Sánchez García, M.M.: "El daño desproporcionado", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Universidad de Castilla La Mancha, 2013, pp. 204-258.

jurisprudencial puede suponer, señala en la sentencia objeto de este comentario que "sin que ello implique la objetivación, en todo caso, de la responsabilidad por actos médicos". Se refiere, como es obvio, a la aplicación de la citada doctrina del "daño desproporcionado" a los citados actos médicos.

Respecto del caso que nos ocupa, señala el tribunal que "no puede calificarse como daño desproporcionado el resultado indeseado o insatisfactorio, encuadrable en el marco de los riesgos típicos de una intervención de cirugía estética, debidamente informados y consentidos por la paciente, como son la asimetría de mamas y las cicatrices inestéticas".

V. CONCLUSIÓN.

Tras el análisis de la evolución jurisprudencial que parece desprenderse de las resoluciones del Tribunal Supremo español en materia de responsabilidad civil se podría concluir, tal y como fue indicado anteriormente, que en tal jurisprudencia se pueden distinguir tres fases o periodos y que, respecto de tales periodos, sólo durante una década (entre 1994 y 2005) los criterios tradicionales cambiaron relativamente al construirse una distinción relativa a los actos médicos que separaba la medicina asistencial o general de la llamada "satisfactiva".

Si a la vista de la jurisprudencia actual el único elemento que distingue entre unos y otros actos médicos es el nivel de información que respecto de algunos se debe prestar por parte del facultativo al paciente que, directa o indirectamente deberá formar parte del consentimiento informado, acaso, como se dijo antes, la distinción entre medicina asistencial y satisfactiva haya perdido la mayor parte de su justificación científica.

No obstante, lo que parece claro es que no es posible distinguir entre especialidades médicas generales o asistenciales y "satisfactivas" que, al parecer, empezó a distinguirse a mediados de los años noventa del siglo pasado, sino entre actos médicos concretos o aislados. Cada acto, en función de su naturaleza, tal y como ha sido expuesto a lo largo de este comentario, tendrá su naturaleza médica y jurídica y, por consiguiente, se le aplicarán los criterios propios de nuestro sistema de responsabilidad civil, con el nivel o rigor informativo que ese caso exija, en función de sus circunstancias. Por tanto, más que de especialidades médicas hay que hablar de actos médicos concretos y de un sistema de responsabilidad común, aunque ligeramente matizable en algunos casos.

La jurisprudencia ha vuelto a unificar la responsabilidad civil médica en un solo conjunto, en lugar de los dos que parecía haber construido, de un modo un tanto artificial durante más de una década.

Desde un punto de vista dogmático, parece conveniente aplaudir la reunificación jurisprudencial a que acabo de hacer referencia.

BIBLIOGRAFÍA

Arnau Moya, F.: "Muerte digna, eutanasia y suicidio asistido en España", *Cadernos da Lex Medicinae (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, núm. 4, vol. I, 2019.

Barceló Domenech, J.: "Consentimiento informado y responsabilidad médica", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018.

Bercovitz, R (coordinador).: *Comentarios al Código civil, 2ª edición*, Thomson-Aranzadi, 2006.

De Verda Y Beamonte, J.R.: "La responsabilidad derivada de la cirugía estética en la jurisprudencia actual (de obligación de resultado a obligación de medios): consideraciones críticas", *Revista de Derecho Patrimonial, Aranzadi*, 2015.

Galán Cortés, J. C.: *Responsabilidad civil médica, tercera edición*, Thomson Reuters, Madrid, 2011.

Jordano Fraga, F.: "Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)", *Anuario Derecho Civil*, vol. 44, Madrid, 1991.

Lalaguna Domínguez, E.: *El Código civil y sus reformas,* Reus, Madrid, 1984.

Llamas Pombo, E.: *La responsabilidad civil del médico: Aspectos tradicionales y modernos*, *Trivium*, Madrid, 1988.

Montalvo Rebuelta, P.: "Análisis de la postura de nuestros Tribunales antes los pleitos relacionados con la cirugía plástica y estética", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013.

Ortiz Fernández, M.: *El consentimiento informado en el ámbito sanitario*, Dykinson, Madrid, 2021.

Ribot Igualada, J.: "La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado", *Revista de Derecho Privado,* núm. 91, 2007.

Rovira, A.: *Autonomía personal y tratamiento médico (una aproximación constitucional al consentimiento informado),* Thomson-Civitas, 2007.

Sánchez García, M.M.: "El daño desproporcionado", *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* Universidad de Castilla La Mancha, 2013.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: "La responsabilidad civil profesional (y médico-sanitaria en particular) al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia", *Derecho y Salud,* núm. 1, vol. 9, enero-junio 2001.

EL RETORNO A LA CULPA COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PARA EL TRIBUNAL SUPREMO Y EL SUPUESTO DE LAS RESIDENCIAS PRIVADAS DE MAYORES EN LAS QUE HUBO BROTES DE COVID

THE RETURN TO FAULT AS A FOUNDATION OF CIVIL LIABILITY FOR THE SUPREME COURT AND THE CASE OF PRIVATE RESIDENCES FOR THE ELDERLY IN WHICH THERE WERE OUTBREAKS OF COVID

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 536-577

* Artículo realizado en el marco del Grupo de investigación PAIDI SEJ617 "Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado", así como en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-105489RB-I00: "VULNERABILIDAD patrimonial y personal: retos jurídicos", IIPP. M.ª Victoria Mayor del Hoyo y Sofía De Salas Murillo; y en la ejecución del Proyecto I+D+i "Discriminación a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica en las situaciones internacionales e interregionales (Código: PID2021-127361NB-I00). Ayudas a «PROYECTOS DE GENERACIÓN DE CONOCIMIENTO» en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023. IP: Natividad Goñi Urriza.

Pedro
BOTELLO
HERMOSA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: En base a las últimas sentencias del Tribunal Supremo no podemos ampararnos en la objetivación de la responsabilidad civil para exigir que la carga de la prueba recaiga en aquellas residencias de mayores en cuyo interior se produjeron brotes de covid por el déficit organizativo y la falta de diligencia a la hora de ser gestionadas, lo cual desembocó en miles de muertes y lesionados. Sin embargo, existen otros motivos jurídicos y argumentos jurisprudenciales que sí permiten plantearnos tal posibilidad, con la enorme ventaja que ello supondría para las víctimas y sus familiares.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil; Culpa; Riesgo; Residencias de mayores; Covid.

ABSTRACT: *Based on the latest Supreme Court sentences, we cannot rely on the objectification of civil liability to demand that the burden of proof falls on nursing homes in all those cases in wich there were covid outbreaks causing deaths and injuries among their vulnerable residents. However, there are other legal reasons and jurisprudential arguments that do allow us to consider such a possibility, and all this with the indredible advantage that it would entail for the victims and their families.*

KEY WORDS: *Civil liability; Fault; Risk; Elderly residence; Covid.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL RETORNO A LA CULPA COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO.- III. POSIBLES ARGUMENTOS PARA APOSTAR POR LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA DE LAS RESIDENCIAS DE MAYORES POR BROTES DE COVID.-1. El carácter anormalmente peligroso de la gestión de una residencia de mayores en época de covid.- 2. La posible vulneración del artículo 148 TRLGDCU por parte de las residencias de mayores respecto a la prestación de servicios a sus usuarios vulnerables en época de covid.- 3. La condición de infección nosocomial del covid que descarta la causa de fuerza mayor para exonerar de responsabilidad a las residencias, y supone igualmente la infracción del 148 TRLGDCU.- IV. DE LA POSIBLE CULPA DE LA RESIDENCIA, AUNQUE SE APUESTE POR LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La objetivación de la responsabilidad civil subjetiva con la que se pretendía exonerar a la víctima de la carga de la prueba e imponérsela al agente causante del daño ya no tiene cabida en nuestro Tribunal Supremo, el cual en los últimos años afirma el indiscutible retorno a la constatación de la responsabilidad civil subjetiva, o por culpa, como fundamento de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, mientras que, por otro lado, sigue remarcando que la responsabilidad civil objetiva, o por riesgo, sólo se aplicará cuando así lo establezcan las leyes, o cuando hablemos de una actividad anormalmente peligrosa que justifique la inversión de la carga de la prueba.

Así se desprende literalmente del Fundamento de Derecho segundo de la STS 11 marzo 2020[1], que recoge:

"Al fundamentar el recurso, la actora parte de una consideración que no podemos aceptar, cual es que, en los últimos tiempos, la responsabilidad civil camina hacia soluciones que prescinden, en mayor o menor grado, del componente subjetivo de la culpa, ante la exigencia social de dar satisfacción a la víctima, acercándose así al establecimiento de una responsabilidad cuasi-objetiva, que se aparta de los condicionantes de una responsabilidad civil subjetivista con exigencia de una probanza clara y directa de un nexo de causalidad entre la actuación u omisión del agente y la producción del daño.

En modo alguno podemos aceptar tal argumento. Si hay algo que caracteriza la jurisprudencia de este tribunal en los últimos tiempos es el indiscutible retorno,

1 STS 11 marzo 2020 (LA LEY 8009/2020).

• Pedro Botello Hermosa
Profesor Ayudante Doctor Universidad de Málaga
(Acreditado a Profesor Titular)
pbotello@uma.es

por elementales exigencias de lo normado en los arts. 1902 y 1101 del CC, a la constatación de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual.

Podemos en este sentido sostener que la jurisprudencia de este tribunal se fundamenta en los postulados siguientes:

1.- La responsabilidad subjetiva, por culpa, solo se excepciona por ley.

2.- El carácter anormalmente peligroso de una actividad puede justificar la inversión de la carga de la prueba y, por lo tanto, la necesidad de acreditar la falta de culpa.

3.- Para el resto de actividades, en aplicación del art. 217 LEC, es al perjudicado que reclame a quien compete la carga de la demostración de la culpa del demandado".

Evidentemente cuando nuestro Alto Tribunal habla de "retorno" a la culpa es porque esta no aparecía como fundamento de la responsabilidad civil y había que volver-retornar a ella. O lo que es lo mismo, había que abandonar el riesgo como fundamento de la responsabilidad civil y retornar a la culpa, en palabras del Supremo.

Pero junto a ello de la literalidad de la sentencia se desprende otra importante conclusión, como es la de que junto a los casos que se aplique la responsabilidad civil objetiva porque así lo exija la ley en cuestión existe otro supuesto en el que tendrá cabida la inversión de la carga de la prueba que obligará al agente causante del daño probar que este no se produjo por su culpa: el carácter anormalmente peligroso de una actividad.

En base a tal afirmación, si gestionar una residencia de mayores en época de covid se considera una actividad anormalmente peligrosa recaerá sobre la residencia la carga de la prueba, ¿no?

Precisamente por ello, una de las finalidades del presente trabajo es aportar algunos motivos jurídicos y jurisprudenciales que bajo mi punto de vista pueden suponer que en los casos de muertes o lesiones por covid en el interior de una residencia de personas mayores tenga que aplicarse la responsabilidad civil objetiva o por riesgo, con la ventaja que ello implica para las víctimas y sus familiares.

Pero, es más, incluso aunque los tribunales consideren que en los casos de las residencias de mayores cuya gestión ha conllevado a la muerte o lesiones de algunos residentes debe imperar la responsabilidad civil subjetiva, o por culpa,

considero que existen razonamientos jurídicos para pensar que la víctima podrá acreditar la culpa de la residencia y por ende podrá ser indemnizada por los daños que se haya visto obligada a soportar, y todo ello ya que resulta evidente la falta de la diligencia con la que actuaron algunas residencias de mayores (no todas, ni mucho menos) y que exigía el cumplimiento de la obligación contractual en base al artículo 1104 del C.c.

II. EL RETORNO A LA CULPA COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO

Dentro de la responsabilidad civil distinguimos entre la subjetiva, o por culpa, y la objetiva, o por riesgo, debiendo destacarse entre ambas lo siguiente:

1º.- Que la responsabilidad civil objetiva o por riesgo es mucho más ventajosa para la víctima que sufre el daño o perjuicio que la responsabilidad civil subjetiva o por culpa, ya que en este último tipo de responsabilidad civil la carga de la prueba recaerá sobre la víctima, motivo por el cual no será indemnizada si no logra probar la culpa (intencionalidad o simple negligencia) del agente causante del daño, mientras que en los supuestos de responsabilidad civil objetiva o por riesgo la víctima solo debe probar un nexo de causalidad entre la conducta del agente dañador y el daño para ser indemnizada, o, dicho de otra forma, la carga de la prueba recae sobre el agente causante del daño, el cual para liberarse de su presunta responsabilidad deberá demostrar que la única causa del daño fue la culpa de la víctima o causa de fuerza mayor.

2º.- Que, aunque la responsabilidad civil objetiva o por riesgo sea más favorable para la víctima, lo cierto es que en nuestro Código civil (en adelante C.c.) rige la subjetiva o por culpa tanto en la responsabilidad civil contractual como en la extracontractual, quedando reservada la responsabilidad civil objetiva o por riesgo a aquellas actividades de riesgo que tienen leyes especiales para su regulación (como puede ser la conducción de vehículos a motor, la navegación aérea, los daños nucleares), y algunas actividades de riesgo que regula el C.c. entre sus artículos 1905 y 1910 (como los daños causados por animales y derivados de la caza, daños originados por la ruina de un edificio, objetos arrojados o caídos de una casa..).

3º.- Que, aunque el sistema de nuestro C.c. descansa en un principio de responsabilidad subjetiva o por culpa, el aumento de la población y el desarrollo industrial, así como la aparición de una serie de actividades susceptibles de crear por sí mismas un riesgo para los demás, hizo apostar en los últimos tiempos a nuestro Tribunal Supremo por la conocida objetivación de la responsabilidad civil para evitar que la víctima que quisiera ver resarcido su daño, tuviese que acreditar

siempre la culpa del que se lo causó, lo cual provocaba a veces la injusticia de que daños culposos quedasen sin indemnizar por no haber podido probar la víctima de quién era en concreto la culpa.

Sin embargo, a día de hoy ya no podemos hablar de esa objetivación de la responsabilidad civil subjetiva dado que, como bien expusimos en la introducción, la STS 11 marzo 2020, expresa que "Si hay algo que caracteriza la jurisprudencia de este tribunal en los últimos tiempos es el indiscutible retorno, por elementales exigencias de lo normado en los arts. 1902 y 1101 del CC, a la constatación de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual".

Cuando nuestro Alto Tribunal habla en la sentencia del "retorno" a la constatación de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, está reconociendo que efectivamente hasta dicha vuelta se había instaurado el referido fundamento en el riesgo, lo cual era la base para la objetivación de la responsabilidad civil, si bien, en la actualidad no puede dudarse que el riesgo como fundamento ya solo tiene cabido en aquellos supuestos que así lo refleje la ley expresamente, o, cuando nos encontremos ante una actividad con un carácter anormalmente peligroso que pueda justificar la inversión de la carga de la prueba, y, por lo tanto, la necesidad de acreditar la falta de culpa por parte del agente que lo haya causado.

III. POSIBLES ARGUMENTOS PARA APOSTAR POR LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA DE LAS RESIDENCIAS DE MAYORES POR BROTES DE COVID.

En España podemos afirmar que, a día de hoy, noviembre de 2022, han fallecido más de 34.000 personas[2] en las residencias de mayores privadas[3], personas todas ellas vulnerables[4] que necesitaban una especial protección frente al virus dado el elevadísimo índice de mortalidad que el covid tenía entre las personas mayores sobre todo antes de la existencia de la vacuna.

La mayoría de dichas muertes ocurrieron en la primera ola de la pandemia, cuando, según Amnistía Internacional[5], "el virus se esparció con mucha rapidez

2 Datos actualizados que ofrece https://www.rtve.es/noticias/20220429/radiografia-del-coronavirus-residencias-ancianos-espana/2011609.shtml

3 Representan el 72% de las plazas ofertadas en España según Abellán García A. y Aceituno Nieto, Mª.P.: "Estadísticas sobre residencias: distribución de centros y plazas residenciales por provincia. Datos de abril de 2019", *Informes Envejecimiento en red*, núm. 27, 2020, p. 24.

4 Uno de los colectivos vulnerables de nuestra sociedad es el de las personas de la tercera edad.

5 https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/madrid-cataluna-las-personas-mayores-en-residencias-han-sufrido-desde-marzo-cinco-violaciones-de-derechos-humanos-y-ahora-podrian-volver-a-sufrir-algunas-de-ellas/.

en las residencias porque el personal cuidador está en continuo contacto con las personas residentes y no contaban con protección. Esa falta de protección asimismo supuso un gran número de bajas de personal, que han impactado en el cuidado de las personas mayores en residencias y la gestión de la atención sanitaria".

Entiendo de vital importancia para el resto del artículo destacar desde este momento que mientras en algunas residencias de la tercera edad hubo más de 80 fallecimientos por los brotes incontrolados de covid, en otras residencias, sin embargo, no hubo brotes de covid en sus instalaciones, debido a su correcta gestión a la hora de adoptar medidas organizativas de prevención.

Así lo afirma Elizari Urtasun[6] cuando cuenta que "en relación con el COVID-19 podrá alegarse que ciertas medidas, que previsiblemente hubieran podido prevenir el contagio, no estaban a disposición de los centros residenciales, al menos durante los primeros momentos de la pandemia, fundamentalmente equipos de protección individual (mascarillas, guantes, pantallas de protección) y pruebas diagnósticas, que hubieran sido necesarias para una correcta clasificación y separación de los residentes. Pero la imposibilidad de adoptar ciertas medidas no puede servir para justificar un alto nivel de contagios como evitables. Se ha de recordar las diferentes cifras de contagios aludidas al principio, que no pueden atribuirse al azar y que demuestran, como declaraba el Tribunal Supremo, que es un riesgo que se puede prevenir y reducir. La existencia de centros en los que, en plena primera ola, existieron uno o dos contagios, que suponían un porcentaje pequeño de los usuarios (1-2%) demuestra que era previsible que el virus entrara en la residencia. Incluso puede aceptarse que dicha entrada fuera inevitable. Pero estos mismos supuestos demuestran, que (incluso con idéntica escasez de tests o mascarillas) los contagios que afectaban a un amplio grupo de residentes (más del 50% en algunos casos) sí eran evitables con la adopción de medidas organizativas de prevención, tal y como afirmaba el Tribunal Supremo en relación a las infecciones nosocomiales".

¿A qué se debe esta diferencia de contagios entre una u otra residencia?

La respuesta parece evidente: algunas residencias de mayores, siendo conscientes de la importancia del virus que ya había atacado a los mayores en China y empezaba a hacerlo en Italia, adoptaron todas las medidas preventivas necesarias para proteger a sus residentes mayores evitando los brotes de covid, mientras que otras residencias no actuaron de la misma forma.

6 Elizari Urtasun, L.: "La responsabilidad civil de las residencias privadas para personas mayores por los contagios de covid-19 de sus usuarios: títulos de imputación", en *Daños, responsabilidad civil y seguros: desafíos actuales del Derecho español y comparado,* Tecnos, Madrid, 2021, pp. 114 y 115.

Podemos destacar lo que ocurrió en la residencia Premi'á de Mar de Mataró entre marzo y mayo de 2020, donde llegaron a fallecer por covid hasta 87 de sus residentes vulnerables, y todo ello, según el Ministerio Fiscal por una "negligente gestión" y un "caos generalizado" (tanto es así que el Ministerio Púbico acusa a los directores de la residencia de homicidio imprudente, de lesiones por imprudencia profesional y de trato degradante).

O, también, lo que ocurrió en la residencia de la tercera edad Fiella de Tremp, en Lérida, donde el Ministerio Fiscal apreció "gravísimas disfunciones y déficits organizativos" que pudieron tener una "influencia decisiva" en el contagio por covid de 42 trabajadores de la plantilla sobre un total de 65, y, lo que es peor, en el fallecimiento, entre el 22 de noviembre y el 25 de diciembre del 2020, de 64 de los 142 residentes del centro geriátrico.

¿Cumplieron estas residencias con la obligación adoptar todas las medidas preventivas necesarias para que el covid no entrase en sus instalaciones, así como con su obligación de asistencia y cuidado de sus mayores? ¿Alguien puede dudar que la negligente gestión de estas residencias de la tercera edad ha sido causa directa del fallecimiento de sus residentes vulnerables por covid? ¿Qué pasará entonces con la responsabilidad civil? ¿Tienen derecho los familiares de las víctimas que fallecieron o sufrieron lesiones por covid en una residencia de mayores a ser indemnizados por sus responsables o sus aseguradoras? ¿Tendrán que probar las víctimas que la culpa de la infección de covid se debió a la falta de diligencia en la gestión de la residencia a la hora de prevenir los brotes en su interior, o, por el contrario, les bastará con acreditar que sus familiares murieron por covid dentro de una residencia para ser indemnizados? O, dicho de otra forma, ¿será de aplicación a dichos supuestos la responsabilidad civil subjetiva, o la objetiva?

Como sabemos, si se aplica el sistema de responsabilidad civil subjetiva o por culpa, la carga de la prueba recaerá sobre la víctima[7], o sus familiares, lo cual, en principio, colocaría a las personas que han sufrido el daño en una clara desventaja frente a la residencia, dado que difícilmente podrán probar qué ocurrió y cómo durante la época de confinamiento.

Sin embargo, si los Tribunales apuestan por el sistema de responsabilidad objetiva, o por riesgo, se invertirá la carga de la prueba (recaerá sobre la residencia y no sobre la víctima), lo cual, aunque no supone de forma automática que la residencia sea la responsable del fallecimiento, sí que colocaría en una gran posición a los demandantes para ser indemnizados ya que entonces solo deberán probar

7 Será la víctima la que deberá probar que efectivamente el daño se le ha producido por culpa (intencionalidad o simple negligencia) del que agente causante del daño (demandado), y si no consigue probarlo, la víctima no será indemnizada.

que existió nexo causal entre el hecho de vivir en la residencia[8] y el fallecimiento, sin necesidad de probar que la culpa fue de la residencia.

Es más, de considerarse responsabilidad civil objetiva, será la residencia la que para exonerarse de responsabilidad tendrá que acreditar que el daño se produjo por culpa exclusiva de la víctima (si existe culpa parcial de la víctima se habla de concurrencia de culpas) o por causa de fuerza mayor.

Pues bien, haciendo un spoiler de lo que nos vamos a encontrar en las próximas páginas del artículo, adelanto que en mi opinión (y seguramente en contra de la opinión de la mayoría de autores que apostarán por la entrada del covid en las residencias como causa de fuerza mayor[9]) existen motivos jurisprudenciales para poder hablar de una responsabilidad civil objetiva, o por riesgo, en los casos en los que un mayor dentro de una residencia de mayores haya muerto o sufrido lesiones por covid.

Por último, desde el punto de vista penal la situación puede dar un importante giro en los próximos meses, ya que si bien todas las denuncias contra las residencias de la tercera edad por la muerte de sus residentes vulnerables han acabado siendo archivadas por el Ministerio Fiscal al no considerar como posible delito la actuación de los responsables de las residencias a la hora de su gestión en época de covid[10], hace tan solo un mes[11] la Fiscalía General del Estado emitió una orden a todas las fiscalías de España, para garantizar que los familiares de los fallecidos por Coronavirus en las residencias de ancianos sean escuchados, y que su punto de vista y declaraciones sean tenidos en cuenta en todos los procedimientos penales puestos en marcha, y todo ello porque desde el Ministerio Público se considera que "es preciso adquirir un conocimiento detallado y analizar con exhaustividad la situación actual y el devenir de los procedimientos penales puestos en marcha, en relación con

8 Por ejemplo, entró hace unos meses sin ningún problema de salud, y ha fallecido por covid-19 que ha cogido en la residencia de donde nunca salió a la calle ni entró nadie a verlo.

9 Con lo cual no coincido, ya que si fuese causa de fuerza mayor hubiesen existido brotes en todas las residencias y no fue así (las que actuaron de forma correcta no los sufrieron), a lo que hay que sumar la condición de infección nosocomial que tiene el covid y una reciente sentencia del Tribunal Supremo que citaré en el artículo, en la que se establece que "Las infecciones nosocomiales en modo alguno son imprevisibles. (…). Cuando se produce una infección nosocomial no se puede anudar a la misma fatalmente la condición de inevitable. Es un riesgo que se puede prevenir y reducir. La experiencia demuestra que la instauración y escrupulosa observancia de protocolos preventivos rebaja considerablemente las infecciones de esta etiología, lo que cuestiona su inevitabilidad como criterio absoluto".

10 Desde Amnistía Internacional se afirmaba en enero de 2022 que "el propio Ministerio Fiscal ha reconocido que se produjo una situación objetiva de vulneración de derechos fundamentales en las residencias, de las diligencias de investigación penal llevadas a término por la propia institución, casi el 90% han sido archivadas sin llevar el caso a los tribunales.
Amnistía Internacional considera que la mayoría de las investigaciones llevadas a cabo por el Ministerio Fiscal no cumplen con los estándares de derechos humanos sobre exhaustividad y eficacia que permitan el esclarecimiento de las circunstancias de las miles de muertes en residencias".

11 Concretamente fue el 6 de octubre de 2022, cuando el teniente fiscal de la Secretaría Técnica, Diego Villafañe, mediante la firma de un oficio propuesto por el fiscal general, Álvaro García Ortiz, en el cual se da un plazo de un mes a todas las Fiscalías para que ofrezcan información sobre el número de diligencias de cada comunidad, así como de denuncias, querellas y procedimientos judiciales en proceso de trámite.

los fallecimientos acaecidos en las residencias de la tercera edad como consecuencia de la enfermedad del Covid-19».

¿Acabarán estos nuevos procedimientos penales recabando nuevas pruebas que respalden aún más los argumentos jurídicos que a continuación expongo en relación con la responsabilidad civil de las residencias de mayores por el fallecimiento por covid de sus residentes vulnerables?

1. El carácter anormalmente peligroso de la gestión de una residencia de mayores en época de covid

La primera sentencia en la que voy a basarme para defender mis argumentos es la STS 11 marzo 2020[12] en la que, tal y como vimos anteriormente, se recoge:

"Podemos sostener que la jurisprudencia de este tribunal se fundamenta en los postulados siguientes:

1.- La responsabilidad subjetiva, por culpa, solo se excepciona por ley.

2.- El carácter anormalmente peligroso de una actividad puede justificar la inversión de la carga de la prueba y, por lo tanto, la necesidad de acreditar la falta de culpa.

3.- Para el resto de actividades, en aplicación del art. 217 LEC, es al perjudicado que reclame a quien compete la carga de la demostración de la culpa del demandado".

Centrándonos en el punto 2, parece evidente que si gestionar una residencia de mayores en época de covid se considera una actividad anormalmente peligrosa se debe invertir la carga de la prueba contra la residencia, la cual deberá justificar la culpa exclusiva de la víctima o el caso fortuito para exonerarse de responsabilidad.

En tal sentido yo me cuestiono: ¿Alguien puede dudar que gestionar una residencia de mayores en época de covid es una actividad anormalmente peligrosa?

El lamentable hecho de que dentro de este tipo de residencias se contabilicen ya más de 34.000 fallecimientos habla por sí solo de la peligrosidad de tal gestión, y precisamente por ello considero que cuidar-asistir-proteger a las personas más vulnerables frente al covid, así como tomar las medidas preventivas adecuadas para evitar su propagación, deben ser consideradas como actividades anormalmente peligrosas.

12 STS 11 marzo 2020 (LA LEY 8009/2020).

La STS que estudió el caso de una persona mayor que falleció en una residencia de mayores cuando encontrándose sola en el patio le dio un infarto, declaró que "la gestión de una residencia de la tercera de edad no constituye una actividad anormalmente peligrosa", pero claro, dicha sentencia no se refiere a la gestión de estas residencias en época de covid, sino antes ya que los hechos ocurrieron años antes.

Pero precisamente por ello, porque gestionar una residencia de mayores antes del covid no era una actividad anormalmente peligrosa, gestionarla tras la llegada del covid se merece la consideración de "anormalmente peligrosa"

Y es que la "normalidad" se terminó con la pandemia y empezaron a surgir en nuestras vidas tantas cosas anormales como no poder salir de casa, no poder ir a trabajar, etc, dentro de las cuales podemos considerar que la gestión de una residencia de la tercera edad dejó de ser normal desde el punto de vista de su peligrosidad, para pasar a convertirse en una actividad anormalmente peligrosa, ya que era notorio que si el virus entraba en sus instalaciones el caos y la propagación de la muerte estaban garantizados.

De hecho, durante la pandemia, los familiares de las personas mayores que vivían con ellos empezaron a cuidarlos de forma anormal, con una sobreprotección excesiva, aislándolos el tiempo que fuese necesario, sin verlos, etc., y eso que entre ellos no existía un contrato que les obligaba a cuidarlos-protegerlos, como sí que existía entre las residencias de mayores y sus residentes vulnerables.

Dado que, en mi opinión, el carácter anormalmente peligroso de gestionar una residencia de la tercera edad en época de covid no admite duda, la pregunta que considero que debemos hacernos es: ¿Eran los directores de las residencias de mayores conscientes de que con la llegada del covid gestionar sus instalaciones se había convertido en una actividad anormalmente peligrosa? Pues algunos parece que sí, dado que no sufrieron brotes de covid ni fallecimientos en su interior, mientras que otros, como los de las residencias catalanas denunciadas de oficio por el Ministerio Fiscal, seguramente no lo fueron.

2. La posible vulneración del artículo 148 TRLGDCU por parte de las residencias de mayores respecto a la prestación de servicios a sus usuarios vulnerables en época de covid.

Mientras el punto 2 de los postulados que menciona la STS 11 marzo 2020 invierte la carga de la prueba cuando exista una actividad anormalmente peligrosa que la justifique, en el punto 1 recoge que "1.- La responsabilidad subjetiva, por culpa, solo se excepciona por ley".

Precisamente en este apartado me centro en la posibilidad de que la responsabilidad civil objetiva tenga lugar en los casos de fallecimientos de mayores por covid en las residencias de la tercera edad porque se ha podido vulnerar una de las leyes[13] que específicamente apuestan por este tipo de responsabilidad civil para las actividades que regulan, dado el riesgo que ellas implican, como es el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU).

Dentro de los diversos artículos[14] del TRLGDCU que apuestan por la responsabilidad civil objetiva al invertir la carga de la prueba, el que nos interesa para este trabajo es el artículo 148, cuando, siempre dentro de la responsabilidad por los daños causados por bienes y servicios, impone un régimen especial de responsabilidad civil al recoger:

"Régimen especial de responsabilidad: Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario.

En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte.

Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros".

13 En nuestro Ordenamiento jurídico existen diversas leyes que apuestan por la responsabilidad civil objetiva frente a la subjetiva, siendo normalmente leyes que regulan una actividad que implican un riesgo, como por ejemplo, el Real Decreto Legislativo 8/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; o, la Ley 48/1960, de navegación aérea; o, la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza; o la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear; o, por último, algunos supuestos concretos del C.c., como la responsabilidad del poseedor de un animal, o la de los propietarios por daños causados por humos excesivos, por la caída de árboles, o las cosas que se tiran o arrojan desde una casa.

14 Así se desprende, por ejemplo, cuando apuesta por la inversión de la carga de la prueba que se recoge en el artículo 145 respecto a los daños causados por productos defectuosos, al establecer que "Culpa del perjudicado: La responsabilidad prevista en este capítulo podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso, si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente".

O, respecto a los daños causados por otro bienes y servicios con el contenido del 147: "Régimen general de responsabilidad: Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio".

A esto hay que sumar el contenido del artículo 11.1 del TRLGDCU cuando norma que "Los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros", y el art. 27 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, igualmente aplicable a los centros privados, donde se regulan las garantías de seguridad.

Pues bien, dentro de los usos incorrectos de ciertos servicios prestados a sus usuarios que hacen nacer la responsabilidad civil objetiva la jurisprudencia del Tribunal Supremo incluye los "servicios sanitarios" prestados por los centros hospitalarios a sus usuarios, los cuales deben ser prestados con las garantías de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, debiendo dejar muy claro desde el principio que la referencia a "servicios sanitarios" se circunscribe exclusivamente a los efectos funcionales de los centros hospitalarios (los de organización, coordinación, etc.), pero no alcanzan a los daños imputables directamente a los actos médicos (sometidos a la infracción de la lex artis ad hoc).

En tal sentido, la STS 1 julio 1997[15] fue la primera en la que nuestro Alto Tribunal consideró aplicable el antiguo artículo 28 LGDCU (actual artículo 148 TRLGDCU) a la responsabilidad objetiva en relación con la prestación de los servicios sanitarios, cuando expresó:

"Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando "por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, "hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el "servicio sanitario", entre otros. Producido y constatado el daño que consistió en la amputación de la pierna, resultado no querido ni buscado, como consecuencia directa de la intervención, sino ocurrido en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría en las funciones de la articulación, por la concurrencia, al menos, de un factor exógeno, como fue la infección por pseudomonas aeruginosa, que degeneró el proceso curativo, se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo, (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad

15 *STS 1 julio 1997* (RJ 1997\5471).

objetiva, cara al usuario, que por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima, a diferencia de la responsabilidad por culpa, que sólo viene limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el alcance y circunstancias de los daños sufridos".

También lo recoge así la STS 18 marzo 2004 cuando establece que "A lo anterior debe sumarse la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , general para la defensa de consumidores y usuarios (actual art. 148 TRLGDCU) y que ha sido reiterada por esta Sala en unas primeras sentencias de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997 , en la posterior de 9 de diciembre de 1998 y en la reciente de 29 de noviembre de 2002 que dice: "... demandante es consumidor (art. 1), ha utilizado unos servicios (artículo 26), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (artículos 25 y ss). Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el "servicio sanitario", entre otros. Producido y constatado el daño ...se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad".

O, la STS 24 mayo 2012[16] en la que el objeto del proceso radicaba en la deficiente organización de un centro hospitalario y de los servicios de guardia de los profesionales sanitarios, lo que determinó que en un parto de riesgo, el médico se tuviera que ausentar para atender de forma teóricamente simultánea una emergencia, con un desenlace fatal para el bebé, y fija el alto tribunal que "De conformidad con lo expuesto, debe entenderse que no concurre incongruencia alguna en la sentencia recurrida, ya que lo que realmente declara y acoge es que hubo una deficiente organización por dicho centro del sistema de guardias, que facilitó la producción del resultado. Todo ello, en clara respuesta al suplico de la demanda y a las argumentaciones que la contienen en la que, al amparo de las acciones ejercitadas (extracontractual y legal, derivada esta última de la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios) se recogen los reproches fácticos que se formulan a la recurrente, entre otros, la falta de medios humanos y materiales adecuados y el de una inadecuada organización de los servicios".

Y como última de las sentencias de la corriente jurisprudencial remarcada traigo a colación otra sentencia cuya interpretación a sensu contrario me sirve

16 *STS 24 mayo 2012 (RJ 336/2012).*

como uno de mis principales argumentos para defender que las residencias de mayores tengan que responder por responsabilidad civil objetiva en relación con las muertes o lesiones que entre sus residentes hayan ocasionado los brotes de covid, como es la STS 18 julio 2019[17], que tenía como único motivo del recurso de casación el siguiente:

"Único .- Infracción del art. 148 TRLCU (anterior art. 28 LCU), al resolver la sentencia recurrida de modo opuesto a la reiterada jurisprudencia sobre la responsabilidad objetiva del art. 28 LCU en materia de infecciones hospitalarias, expresada en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 1377/2007, de 5 de enero ; nº 225/2004, de 18 de marzo , y la nº 604/1997 de 1 de julio ; alegadas como fundamento del interés casacional del presente recurso, que establece la responsabilidad objetiva de los centros hospitalarios en relación con las infección nosocomiales o intrahospitalarias; y se solicita de la Sala que declare que la sentencia recurrida desconoce e infringe la doctrina jurisprudencial alegada".

El referido motivo fue estimado por el Supremo, casando y anulando la sentencia de la Audiencia Provincial, y basándose para ello en afirmaciones como las siguientes:

"El art. 43 de la CE garantiza el derecho a la protección de la salud. No ofrece duda que los pacientes son usuarios de los servicios sanitarios, como tales protegidos por el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuyo art. 11.1 establece el deber genérico de seguridad, cuando norma que "los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros. (…).

Pues bien, consideramos infringido el art. 148 del TRLGDCU. (…) Al margen de que ello constituyó, como señala el Juzgado, un fallo de coordinación o comunicación, incluible como tal en el art. 148 del TRLGDCU, lo cierto es que la causa de la muerte, según los hechos probados, fue una infección nosocomial adquirida en UCI, en donde permaneció durante un largo periodo de tiempo, hasta su fallecimiento, siendo conocida que la estancia prolongada en dichos servicios incrementa la posibilidad de la infección nosocomial.

El enfermo es evidente que tenía una legítima expectativa de seguridad de no contraer en el centro hospitalario una patología adicional a la que sufría y que precisamente desencadenó su muerte, como también a no ser expuesto a un tratamiento inadecuado que aumentase los riesgos de contraer una complicación como la reseñada. La prestación de los servicios sanitarios, en las debidas y exigidas

17 *STS 18 julio 2019 (RJ 576/2017).*

condiciones de garantía y seguridad, tienen como finalidad prevenir esta tipología de complicaciones enjuiciando la responsabilidad individual de los facultativos tratantes, ni del personal adscrito al servicio de medicina preventiva por infracción de la lex artis ad hoc. (…).

La falta de constancia de la concurrencia de culpa o negligencia en la adopción de medidas preventivas no puede perjudicar al enfermo, que sufre una patología propiamente hospitalaria, que no padecía a su ingreso, y con respecto a la cual no corre con la carga de la prueba. Al revés es acreedor, como hemos indicado, de la recepción del tratamiento médico hospitalario con las debidas garantías de seguridad. No estamos tampoco enjuiciando la responsabilidad individual de los facultativos tratantes, ni del personal adscrito al servicio de medicina preventiva por infracción de la lex artis ad hoc".

Una vez acreditado que el Supremo considera vulnerado el 148 del TRLGDCU por los centros hospitalarios, públicos o privados, por el defectuoso funcionamiento de sus servicios sanitarios, podemos cuestionarnos:

¿Podrá también considerarse infringido el 148 del TRLGDCU por las residencias de mayores que no hayan adoptado todas las medidas preventivas de seguridad necesarias para proteger a sus usuarios-residentes vulnerables? ¿Debe dicha omisión considerarse un cumplimiento defectuoso de los servicios sanitarios de las residencias de la tercera edad? ¿Prestan asistencia sanitaria dichos centros?

Existen autores[18] que entienden que las residencias de personas mayores no son centros sanitarios y que por ello debe descartarse la posible aplicación del régimen de responsabilidad objetiva del artículo 148 del TRLGDCU. Sin embargo, el propio Ministerio de Sanidad sí otorga a este tipo de residencias la condición de centros sociosanitorios en la «Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», cuando durante todo su articulado expresa "las residencias de mayores y otros centros sociosanitarios".

Y es que, atendiendo a los contratos que firman los residentes se observa que, en la inmensa mayoría de los casos, las residencias adquieren compromisos sobre la asistencia de los usuarios a través de fórmulas poco concretas como "atención médica, rehabilitadora y social", o "seguimiento médico sanitario y farmacéutico".

18 González Carrasco, Mª. C.: "Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-COV-2 en residencias de mayores: nexo causal y criterios de imputación", *Derecho y Salud,* V. 30, extraordinario, 2020, p. 25; Elizari Urtasun, L.: "La responsabilidad", cit., p. 105.

Como ejemplo práctico de que cuando las residencias de mayores tengan que prestar asistencia sanitaria se les debe considerar residencias sanitarias, la STS 11 marzo 2020[19] a la que hicimos referencia anteriormente para acreditar el fin de la objetivación de la responsabilidad civil, establece que:

"1.- Con fecha 31 de diciembre de 2006, D.ª Elsa ingresó en la residencia, que gestiona la entidad demandada Residencias Familiares para Mayores S.L., en la ciudad de Marbella. Voluntariamente la Sra. Elsa dejó dicha residencia el 31 de marzo de 2007, retornando a la misma el día 4 de julio de dicho año.

2.- El contrato abarcaba el régimen de pensión completa, alojamiento y atención sanitaria

En el presente caso, dicha relación de causalidad no existe, en tanto en cuanto la muerte de la madre de la actora no se produjo como consecuencia de una indebida prestación de los servicios de la residencia sanitaria, sino por una causa natural, que la sentencia de la Audiencia considera motivada por un infarto de miocardio".

Pero, ¿qué se entiende exactamente por la asistencia sanitaria que una residencia de mayores debe darle a su usuario vulnerable?

La SAP Madrid 17 noviembre 2017 consideró que la relación contractual entre residencia y residente comprende "entre otros, la asistencia médica, asistencial y farmacológica", obligándose los profesionales a una obligación de medios, consistente en "el cuidado y la salud del paciente, sin obligarse en este último caso al resultado de su curación, que no siempre está dentro de sus posibilidades".

Por su parte, la literalidad de la STS 18 julio 2019 tantas veces expuesta, recoge que "En cualquier caso, la doctrina jurisprudencial ha circunscrito la referencia a "servicios sanitarios" a los aspectos funcionales de los mismos, es decir, a los organizativos o de prestación, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos".

Por todo lo anterior, considero que dentro de la referencia "servicios sanitarios" que engloban los aspectos organizativos o de prestación del centro de personas mayores se incluyen la planificación y prevención para evitar la entrada de un virus tan mortífero entre sus usuarios como el covid-19.

Además, la interpretación a sensu contrario de la ya expuesta STS 11 marzo 2020 así lo permite, ya que en ella se juzgó la prestación de servicios de "Residencias para Mayores S.L." a Doña Elsa en base a un contrato en el que se

19 STS 11 marzo 2020 (LA LEY 8009/2020).

suscribió un régimen de pensión completa, alojamiento y atención sanitaria, y aunque desestimó la demanda interpuesta por los familiares de la fallecida porque la muerte se produjo de forma natural por un infarto de miocardio mientras ella se encontraba sola en el patio de la residencia, sí que contempló nuestro Alto Tribunal la posibilidad de que las residencias de mayores vulneren el artículo 148 del TRLGDCU cuando no presten sus servicios con la garantía y seguridad que estos requieren, equiparándose por tanto a lo que ocurre con los centros hospitalarios y sus usuarios.

Es concretamente en su fundamento de Derecho Tercero cuando la sentencia estudia la posible vulneración del artículo 148 del TRLGDCU (antiguo artículo 28) por las residencias de mayores respecto a sus residentes, y expone lo siguiente:

"El segundo de los motivos de casación se construye sobre la base de la vulneración de los arts. 26.2 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de Consumidores y Usuarios (hoy artículos 147 y 148 del Texto Refundido aprobado por RDL 1/2007).

En cualquier caso, la aplicación de tales preceptos requiere la constatación de una relación de causalidad entre la prestación del servicio y el resultado producido. (…).

Por otra parte, no basta simplemente con que se haya producido un resultado lesivo, sino que es preciso la constatación de una relación de causalidad entre la prestación realizada y el daño, y que no se hayan dispensado los servicios sanitarios con los niveles exigibles de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, que supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. (…).

En el presente caso, dicha relación de causalidad no existe, en tanto en cuanto la muerte de la madre de la actora no se produjo como consecuencia de una indebida prestación de los servicios de la residencia sanitaria, sino por una causa natural, que la sentencia de la Audiencia considera motivada por un infarto de miocardio, señalando además que no puede afirmarse, como hace la actora, que si la Sra. Elsa hubiese estado acompañada al sobrevenirle el infarto se le hubiera podido facilitar una asistencia que evitase su muerte. El hecho de que Dª. Elsa pudiera pasar una hora o dos sola en el jardín del centro o en otra dependencia del mismo, no conforma una conducta negligente causalmente vinculada a una muerte natural, de manera tal que el desenlace de la vida de la Sra. Elsa se la podamos imputar jurídicamente a la entidad demandada, haciéndole responsable del mismo por un incumplimiento contractual culposo".

Se desprende de la sentencia que el Supremo entiende que cuando se acredite la relación de causalidad entre el servicio prestado por la residencia de mayores y el daño originado a su usuario, tendrá cabida la responsabilidad civil objetiva considerándose infringido el artículo 148 del TRLGDCU.

Coincido completamente con González Carrasco[20] cuando al estudiar la sentencia afirma que "El TS descarta la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva del art. 148 TRLCU al considerar que no hay relación de causalidad entre la prestación del servicio sanitario que la residencia en este caso ofertaba y el daño producido, porque el fallecimiento se produjo por una causa natural y no como consecuencia de una indebida prestación de los servicios sanitarios de los que disponía la residencia. Y, por otra parte, rechazó que el deber de vigilancia continua formase parte de las obligaciones asumidas contractualmente por el centro asistencial.

Ahora bien, una interpretación a sensu contrario de esta doctrina, podría justificar un pronunciamiento de condena si se considerase que un mayor residente se encuentra en una situación de peligro por contagio de COVID-19, de forma que dicha situación exija vigilancia continuada o la adopción de especiales medidas de cuidado".

También Pérez Andreu[21] se centra en el contenido de la sentencia y manifiesta que "Además de analizar los preceptos del Código Civil que hemos citado previamente, esta sentencia también analiza la posible infracción de los arts. 148 y 149 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, relativos a la responsabilidad por los daños y perjuicios en la prestación de servicios. Para aplicar este régimen jurídico, debemos partir de una premisa básica, que es la prestación del servicio con los niveles exigibles de eficacia y seguridad para el usuario.

Resulta muy interesante aquí el aspecto relativo a la carga de la prueba, que se invierte como medio de protección al consumidor o usuario, correspondiendo a la residencia acreditar que ha cumplido con el cuidado y diligencia que exige la naturaleza del servicio. Dicho esto, en el caso que venimos analizando, el Supremo descarta la aplicación de este régimen jurídico al considerar que no hay relación de causalidad entre la prestación del servicio y el daño irrogado, porque el fallecimiento se produjo por una causa natural y no como consecuencia de una

20 González Carrasco, Mª. C.: "Responsabilidad patrimonial…", cit., p. 31.

21 Pérez Andreu, M.: "La responsabilidad de las residencias de ancianos", *Hay Derecho,* 11 de mayo de 2020, disponible en https://www.hayderecho.com/2020/05/11/responsabilidad-residencias-ancianos/

indebida prestación de los servicios sanitarios de los que disponía la residencia, rechazando así la existencia de un incumplimiento contractual culposo.

En definitiva, las residencias tienen la obligación de proveer el cuidado y atención que el anciano requiera en cada momento, según sus circunstancias, para impedir que se vea expuesto a peligros o situaciones perjudiciales que sean evitables, así como la obligación de utilizar los medios humanos y materiales necesarios para ello. Si no se lleva a cabo este deber de cuidado o no se hace con la diligencia debida, estaríamos ante un incumplimiento contractual o un cumplimiento defectuoso que desembocaría en la obligación de indemnizar".

Y, siempre en la misma línea, Guilabert Vidal[22] entiende vulnerado el 148 del TRLGDCU por las residencias privadas de mayores cuando expresa que "La doctrina considera que el listado de los servicios que aparecen enumerados en el segundo párrafo del precepto, sometidos necesariamente al régimen objetivo contenido en el mismo, no se ha configurado con carácter taxativo. Con ello queremos indicar que el régimen de responsabilidad objetivo que contiene puede extenderse a otros servicios. La cuestión capital será determinar cuáles son los que han de quedar circunscritos.

En este sentido, parece razonable pensar que la mera existencia de reglamentos de seguridad de la actividad en cuestión no justificaría por sí sola la adopción de este régimen, sino que habría que constatar que la misma debe incluir necesariamente la garantía de determinados niveles de seguridad. Éstos vendrán fundamentados, en última instancia, por el riesgo inherente del servicio, el cual se multiplica tantas veces como el mismo se preste a los usuarios.

Así las cosas, a continuación, nos disponemos a dilucidar si los servicios esencialmente asistenciales prestados por las residencias mayores, son subsumibles en el supuesto de hecho de la norma que comentamos.

A estos efectos debemos indicar que la reiteración exponencial de estos servicios sobre un cuantioso número de usuarios en nuestro país y la eventual afectación a valores fundamentalísimos como la vida, la integridad física y moral, la intimidad, etc. De los residentes (siendo personas especialmente vulnerables y dependientes en innumerables ocasiones de la institución residencial), justifican a todas luces, la necesidad de la existencia de estándares mínimos de seguridad en la prestación del servicio, estableciéndose para su debido mantenimiento los preceptivos controles de calidad. Con estos procedimientos de fiscalización se

22 Guilabert Vidal, Mª. R.: *Responsabilidad de las residencias privadas por los fallecimientos por COVID-19,* Dykinson S.L., Madrid, 2021, pp. 103 y 104.

intentaría afianzar la seguridad que legítimamente cabe esperar del servicio en cuestión, tanto en su diseño como en la ejecución de su prestación".

Concluye la autora su razonamiento afirmando que "A dichas premisas debemos añadir que estos riesgos deben desarrollarse, para ser imputables, en el concreto ámbito de control de la actividad de la residencia, dado que la misma, por ejemplo, es la encargada de velar, por ejemplo, de la adopción de las preceptivas medidas de asepsia. Con la verificación de esta premisa quedaría debidamente acreditada la exigencia causal en el seno del sistema de responsabilidad objetiva configurado legalmente.

Ello significa que, ante el mero incumplimiento de la normativa de calidad y seguridad antes apuntada, no deberá proclamarse automáticamente la responsabilidad del centro. Antes bien, se deberá verificar cumplidamente la concurrencia del preceptivo nexo causal. Esta argumentación implica que habrá responsabilidad de las residencias de mayores por las muertes acaecidas por el nuevo coronavirus, siempre que, de existir una infracción de la normativa de calidad y seguridad, ésta haya supuesto un incremento de riesgo respecto de la producción del resultado lesivo acaecido y que la norma conculcada persiga la protección de la vida del usuario".

Llegados a este punto podemos cuestionarnos: ¿Acaso las miles de personas fallecidas por covid-19 en residencias privadas sin patologías médicas previas no tenían la legítima expectativa de que desde dichos centros se actuase con las medidas de seguridad necesarias para protegerles y no coger dentro una infección que no tenían cuando fueron ingresados?

¿No resulta lógico que, en un tipo de centro especializado en ofrecer la residencia y protección del colectivo vulnerable de personas mayores, éstas se encuentren más seguras y protegidas que en ningún otro sitio?

¿Cuántos de estos residentes vulnerables no hubiesen fallecido de encontrarse en su propia casa, o en casa de unos familiares que, siendo conscientes de lo contagioso que era el covid-19, hubiesen aislado por completo a sus mayores?

¿Habrán cumplido con la seguridad necesaria en la prestación de servicios que por contrato las residencias debían otorgar a sus usuarios vulnerables para cumplir con el 148 del TRLGDCU?

¿Cómo es posible que en algunas residencias de mayores no hubiese brotes de covid, y en otras hubo varios de ellos que acabaron con la vida de decenas de residentes vulnerables?

¿Podrá alguien defender que no existieron fallos de coordinación o comunicación en la residencia Premi'á de Mar de Mataró, cuyos directores son acusados por el Ministerio Fiscal por homicidio imprudente, lesiones por imprudencia profesional y trato degradante, todo ello por una *«negligente gestión»* y un *«caos generalizado»* que derivó en brotes de covid que acabaron con la vida de 87 de sus residentes vulnerables; o, en la residencia de la tercera edad Fiella de Tremp, en Lérida, donde el Ministerio Fiscal apreció *«gravísimas disfunciones y déficits organizativos»,* que pudieron tener una *«influencia decisiva»* en el contagio por covid de 42 trabajadores de la plantilla sobre un total de 65, y, lo que es peor, en el fallecimiento, entre el 22 de noviembre y el 25 de diciembre del 2020, de 64 de los 142 residentes del centro?

¿Y con el resto de cientos de residencias que a día de hoy su negligente gestión está siendo investigada en fase de instrucción porque parece evidente que la misma ha sido causa directa de la muerte de sus residentes?

Lo que resulta evidente a día de hoy es que las residencias privadas de mayores pudieron y tuvieron que adoptar preventivamente medidas más drásticas desde antes incluso de que el virus llegase a España, porque éramos conscientes de que el famoso coronavirus chino que tenía una enorme mortalidad entre mayores ya estaba en Italia, así que era cuestión de muy poco tiempo su entrada en nuestro país.

Así lo denuncia Amnistía Internacional[23] cuando cuestiona por qué no se activaron por parte de las residencias privadas de mayores los Protocolos de prevención contra otros virus respiratorios como el de la gripe, lo cual, no cabe duda, habría salvado un gran número de vidas: "Según la legislación aplicable, las residencias deben contar no solo con un reglamento de régimen interior, sino con diferentes protocolos de gestión de situaciones de crisis. Las recomendaciones a residencias de mayores del Ministerio de Sanidad establecían que "como norma general, las estrategias que se recomiendan para prevenir la propagación de COVID-19 en los centros sociosanitarios no difieren de las estrategias que estos centros usan para detectar y prevenir la propagación de otros virus respiratorios como la gripe".

En la misma línea, Médicos Sin Fronteras[24] habla de falta de anticipación por parte de las residencias privadas con consecuencias fatales para sus residentes, cuando afirma que debieron proceder al cierre de las residencias tal y como finalmente

23 En un informe titulado *Abandonadas a su suerte. La desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia COVID-19 en España,* publicado en diciembre 2020, pág. 33.

24 Médicos Sin Fronteras: "Poco, tarde y mal. El inaceptable desamparo de los mayores en las residencias durante la COVID-19 en España" (agosto 2020), pág. 37. https://www.msf.es/sites/default/files/documents/medicossinfronteras-informe-covid19-residencias.pdf

se acabó imponiendo por el Gobierno cuando argumenta que "Observamos, por ejemplo, falta de criterio y de agilidad para determinar el cierre de las residencias a visitas y a proveedores, como mecanismo de aislamiento frente al virus mientras no se tuviesen materiales de protección, recursos y protocolos adecuados, y esto ocurrió tanto en residencias de gestión pública como privada. A pesar de que ya a finales de febrero algunas residencias proponían esta medida, no fueron capaces de hacer suyo este sentido de anticipación".

A todo esto, se suma que, como bien afirma la profesora Elizari Urtasun[25] "la población susceptible de ingresar en una residencia es especialmente vulnerable, al tratarse de personas de edad avanzada, enfermos crónicos, con facultades cognitivas a menudo deterioradas. Esta vulnerabilidad hace que se deban extremar las precauciones para al respeto y salvaguarda de sus derechos fundamentales".

Por todo lo anterior, considero que, en base a las sentencias del Tribunal Supremo expuestas, es perfectamente posible considerar vulnerado el artículo 148 del TRLGDCU por algunas residencias de mayores en la época del covid, ya que, reiterando un párrafo de la sentencia 446/2019, "La falta de constancia de la concurrencia de culpa o negligencia en la adopción de medidas preventivas no puede perjudicar al enfermo, que sufre una patología propiamente hospitalaria, que no padecía a su ingreso, y con respecto a la cual no corre con la carga de la prueba. Al revés es acreedor, como hemos indicado, de la recepción del tratamiento médico hospitalario con las debidas garantías de seguridad".

3. La condición de infección nosocomial del covid que descarta la causa de fuerza mayor para exonerar de responsabilidad a las residencias, y supone igualmente la infracción del 148 TRLGDCU

La STS 18 julio 2019[26], en la que conocía de una muerte debida a una infección nosocomial adquirida en la UCI de un Hospital por una persona de edad avanzada, entendió aplicable el régimen ordinario de responsabilidad del prestador de servicios por vulneración del artículo 148 TRLGDCU.

Literalmente se recoge en la sentencia que:

"Pues bien, consideramos infringido el art. 148 del TRLGDCU.

En efecto, no se discute el carácter nosocomial de la infección padecida y la relación de causalidad con la muerte del marido y padre de los demandantes acaecida en la UCI donde fue ingresado, tras la intervención quirúrgica practicada.

25 Elizari Urtasun, L. "Ingresos de personas mayores en centros residenciales. Marco regulador y pronunciamientos constitucionales recientes", *Indret,* 1/2018, p. 38.

26 *STS 18 julio 2019 (LA LEY 129009/2019).*

Las infecciones nosocomiales en modo alguno son imprevisibles. (…) La minimización del riego deviene fundamental y conforma una elemental obligación del centro hospitalario, que se encuentra en una posición de dominio y exclusividad para instrumentar las medidas adecuadas para evitar la proliferación de agentes patógenos (…).

Cuando se produce una infección nosocomial no se puede anudar a la misma fatalmente la condición de inevitable. Es un riesgo que se puede prevenir y reducir. La experiencia demuestra que la instauración y escrupulosa observancia de protocolos preventivos rebaja considerablemente las infecciones de esta etiología, lo que cuestiona su inevitabilidad como criterio absoluto".

Arcos Vieira[27] resume perfectamente el contenido de la sentencia cuando expone que "la STS 446/2019 de 18 de julio ha venido a impulsar la consolidación de la opción por el régimen de la responsabilidad objetiva de los centros sanitarios recogido en el art. 148 TRLGDCU, hasta hace poco tiempo apenas objeto de interés en el ámbito de la sanidad privada -y siempre ignorado en la pública- en reclamaciones por IRAS, frente a los regímenes clásicos de las responsabilidades contractual (art. 1101 ss CC) o aquiliana (art. 1902 CC). Diversas sentencias de apelación se han hecho eco ya de los razonamientos de esta resolución, que favorece la posición del demandante reforzando su legítima expectativa de seguridad, insiste en la irrelevancia de los argumentos sobre la corrección del servicio, y atribuye al centro demandado la responsabilidad por caso fortuito, esto es, por el evento dañoso accidental e inevitable que se considera interno a la actividad sanitaria. Todo ello sobre la base de un daño por una infección nosocomial, carácter que queda probado si el demandante justifica su adquisición en el centro. La prueba de otro régimen de la infección, así como de la imprevisibilidad del evento dañoso o de la culpa exclusiva de la víctima, deben corresponder al demandado".

Entonces me pregunto: Si para el Tribunal Supremo rige la responsabilidad civil objetiva por vulneración del artículo 148 del TRLGDCU cuando una persona de edad avanzada muere en la UCI por una infección nosocomial debido a la inadecuada atención prestada por el Hospital, ¿por qué no va a llegar a la misma conclusión nuestro Alto Tribunal cuando una persona de avanzada edad avanzada muera por una infección nosocomial debido a la inadecuada atención prestada por la residencia de mayores?

Por tanto, la primera pregunta de enorme importancia que debemos resolver es la siguiente:

27 Arcos Vieira, Mª. L.: "Infecciones nosocomiales: ni imprevisibles ni inevitables. Alcance del artículo 148 TRLGDCU", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 115, Enero-abril 2021, p. 44.

¿Es el covid-19 una infección nosocomial?

Cuando hablamos de infecciones nosocomiales hacemos referencia a infecciones que se pueden coger dentro del Hospital (o en otros centros, como veremos), las cuales se suelen producir por no prestarse la atención sanitaria como se debe, extremos que se acreditan con la literalidad de la STS 18 julio 2019 cuando expone:

"Las infecciones intrahospitalarias, también denominadas nosocomiales, son aquellas que el paciente adquiere en el propio centro hospitalario (…).

La literatura científica describe diferentes procesos causales de producción; así pueden responder a factores tales como la falta de asepsia en las manos, descuidos en medidas profilácticas básicas, dejar las puertas abiertas del quirófano, aplicación de técnicas invasivas, prácticas deficientes en el control de infecciones, incorrección en la colocación y limpieza del catéter entre otras muchas.

La prevención de las infecciones nosocomiales forma parte de la obligación de seguridad, o si se quiere, como señala la STS de 5 de enero de 2007 , "de las legítimas expectativas de seguridad del servicio" que, frente a los usuarios del sistema sanitario, asumen las entidades asistenciales, garantes como son de la prestación de sus servicios con los niveles requeridos de asepsia, esterilización y desinfección; de manera tal que los pacientes, que son tratados en sus establecimientos, no sufran una dolencia distinta y adicional a la que provocó la propia asistencia requerida".

Pues bien, el artículo publicado hace escasos meses por Escolá-Vergé[28] y otros autores en la revista Médica Clínica resuelve la duda recién planteada, desde el título de su trabajo: "Covid-19 nosocomiales. Estudio prospectivo en un hospital de referencia".

El artículo, que tiene por objeto el de "describir las características clínicas y el pronóstico de los pacientes con infección nosocomial por SARS-CoV-2", expone en su introducción que "Otro posible factor de riesgo fueron las visitas de familiares de los pacientes, que se prohibieron de manera general a mediados de octubre por el aumento de episodios de COVID-19 nosocomial. Numerosos estudios previos han analizado las características clínicas y el pronóstico tras el ingreso hospitalario de los pacientes con infección por SARS-CoV-2 adquirida en la comunidad2 y también se han descrito brotes en trabajadores sanitarios3, pero se disponen de pocos estudios que describan la evolución de los pacientes con

28 Escolá-Vergé, L., Borrás-Bermejo, B., Los-Arcos, I., Esperalba, J., Ferrer, C., y Fernández-Hidalgo, N.: "Covid-19 nosocomiales. Estudio prospectivo en un hospital de referencia", *Médica Clínica,* Volumen 158, Núm. 8, 22 de abril de 2022, p. 1.

infección nosocomial por este virus4–8. El objetivo de este estudio fue describir las características clínicas y el pronóstico de los pacientes con infección nosocomial por SARS-CoV-2".

En la misma línea existen diversos artículos en inglés de cuyo título se desprende que el covid 19 es una infección nosocomial, como el de CARTER B[29], "Nosocomial COVID-19 infection: examining the risk of mortality. The COPE-Nosocomial Study (COVID in Older People)".

Pero es más, el propio Ministerio de Sanidad, en su documento técnico denominado "Recomendaciones a residencias de mayores y centros sociosanitarios para el COVID-19", de fecha 5 de marzo de 2020, ya recogía en su página 3 cuando intentaba justificar la enfermedad del coronavirus estableció: "Con la información disponible hasta el momento, el mecanismo principal de transmisión es por gotas respiratorias mayores de 5 micras (Pflügge), que no permanecen suspendidas en el aire y se depositan a menos de 1 o 2 metros, y por contacto directo de las mucosas con secreciones, o con material contaminado por éstas, que pueden transportarse en manos u objetos (similar a la gripe). Es probable una transmisión por superficies infectadas y se ha descrito la transmisión nosocomial, especialmente a los trabajadores sanitarios. Es en este último entorno donde cobra importancia las medidas de prevención y control encaminadas a prevenir la infección en los centros sociosanitarios".

Ya en marzo de 2020 el Ministerio hablaba de infección nosocomial y de la enorme importancia de las medidas de prevención y control encaminadas a prevenir la infección, ¿y cuántas muertes se han producido desde entonces en las residencias de mayores en España?

Arcos Vieira[30] ya le otorgaba la condición de nosocomial al covid-19 cuando anunciaba que "cuestión aparte será valorar si dichas claves servirán para inspirar la respuesta que deban darse a las posibles demandas civiles de indemnización que puedan derivarse de las infecciones nosocomiales de COVID-19 (HA-CONVID-19)".

Por tanto, podemos afirmar que el primer requisito por el que el Tribunal Supremo condenó al Hospital por vulneración del 148 del TRLGDCU en la sentencia que venimos estudiando coincide con los casos en los que los residentes mayores hayan muerto por covid-19 en residencias privadas de mayores: el contagio de una enfermedad nosocomial.

29 Carter, B.: "*Nosocomial COVID-19 infection: examining the risk of mortality. The COPE-Nosocomial Study (COVID in Older People)*", *Journal of Hospital Infection,* 106, 2020, p. 376 y ss.

30 Arcos Vieira, Mª. L.: "Infecciones nosocomiales", cit., p. 30.

Esta afirmación tiene unas consecuencias jurídicas de enorme calado, ya que, la STS 18 julio 2019 literalmente recoge que las infecciones nosocomiales no son ni imprevisibles ni inevitables, o lo que es lo mismo, que se pueden, y deben, prever y evitar, así que, el covid-19 como infección nosocomial se pudo prever y debió evitar tal y como sí que consiguieron hacer algunas residencias de la tercera edad, y más teniendo en cuenta que la neumonía nosocomial es precisamente una de las infecciones nosocomiales más frecuentes y conocidas.

Así lo expresa la referida sentencia cuando establece en su Fundamento de Derecho segundo:

"Pues bien, consideramos infringido el art. 148 del TRLGDCU.

En efecto, no se discute el carácter nosocomial de la infección padecida y la relación de causalidad con la muerte del marido y padre de los demandantes acaecida en la UCI donde fue ingresado, tras la intervención quirúrgica practicada.

Las infecciones nosocomiales en modo alguno son imprevisibles. (…) La minimización del riego deviene fundamental y conforma una elemental obligación del centro hospitalario, que se encuentra en una posición de dominio y exclusividad para instrumentar las medidas adecuadas para evitar la proliferación de agentes patógenos (…).

Cuando se produce una infección nosocomial no se puede anudar a la misma fatalmente la condición de inevitable. Es un riesgo que se puede prevenir y reducir. La experiencia demuestra que la instauración y escrupulosa observancia de protocolos preventivos rebaja considerablemente las infecciones de esta etiología, lo que cuestiona su inevitabilidad como criterio absoluto".

Además, con la afirmación de que "Las infecciones nosocomiales en modo alguno son imprevisibles" y la condición de infección nosocomial del covid estamos afirmando que no se puede alegar causa de fuerza mayor por parte de las residencias que quieran exonerarse de responsabilidad, ya que la propagación del covid como enfermedad nosocomial no era imprevisible tal y como lo acredita el hecho de que muchas residencias, previendo lo contagioso de la infección nosocomial a la que se enfrentaban según el Gobierno, actuaron con las medidas preventivas necesarias para que no se produjesen brotes en su interior, y más teniendo en cuenta que precisamente sus residentes, los mayores, era el colectivo con mayor índice de mortalidad en caso de infectarse.

Continúa la referida sentencia argumentando que "La falta de constancia de la concurrencia de culpa o negligencia en la adopción de medidas preventivas no puede perjudicar al enfermo, que sufre una patología propiamente hospitalaria,

que no padecía a su ingreso, y con respecto a la cual no corre con la carga de la prueba. Al revés es acreedor, como hemos indicado, de la recepción del tratamiento médico hospitalario con las debidas garantías de seguridad (…)

En cuanto a la culpa exclusiva de la víctima, no podemos achacar al paciente ningún comportamiento imputable a su persona generador de la infección nosocomial contraída, siempre respetó las indicaciones médicas pautadas sin mostrar oposición a las mismas. No figura en ningún momento la existencia de una patología clínica previa, que pudiera complicar su cuadro clínico asistencial".

Es decir, que en el supuesto que nos ocupa, podemos afirmar que la falta de constancia de que la residencia no adoptó las medidas preventivas para no sufrir brotes de covid en sus instalaciones no puede perjudicar a las víctimas, las cuales constará acreditado que entraron sin covid a la residencia y allí dentro lo cogieron.

Es más, la carga de la prueba recae sobre las residencias de mayores si extrapolamos esta sentencia del Supremo, la cual además confirma que las víctimas serían acreedoras de que la residencia actuase con las debidas garantías de seguridad.

Por último, dado que la STS solo hace referencia a los supuestos que hayan adquirido una enfermedad nosocomial en un Hospital, otro punto que hemos de cuestionarnos es si el Supremo también protegería a los infectados por infecciones nosocomiales que se hayan producido en otro centro diferente a un Hospital, como puede ser en una residencia de mayores, que al fin y al cabo es una residencia asistencial.

Si la prevención de las infecciones nosocomiales forma parte de la obligación de seguridad de cualquier centro en el que se puedan originar, ¿qué sentido tendría que el Tribunal Supremo a una infección nosocomial le otorgase una condición diferente por haberse adquirido en una residencia de personas mayores que en un Hospital?

El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en concreto su Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, elaboró en 2015 un «Documento marco del sistema nacional de vigilancia de las infecciones relacionadas con la asistencia sanitaria», en cuyo primer punto se recoge que "A pesar del progreso alcanzado en la asistencia hospitalaria y en salud pública, las infecciones relacionadas con la asistencia sanitaria (IRAS) continúan siendo un importante problema en España. Son causa de elevada morbi-mortalidad, de aumento de las estancias hospitalarias y suponen un gran coste tanto para el propio paciente como para el sistema sanitario. (…).

El concepto de IRAS ha traspasado claramente el marco hospitalario. Actualmente, siguiendo el concepto introducido por Friedman en el año 2002, se consideran IRAS todas las infecciones que puede desarrollar el paciente como consecuencia de la asistencia o atención recibida en el hospital, en centros de especialidades, centros de diálisis, centros de media o larga estancia, rehabilitación, hospital de día o en asistencia domiciliaria. Esto nos lleva a un planteamiento de modelo de vigilancia epidemiológica de las IRAS similar a otras enfermedades transmisibles y a la necesidad de generar nuevas formas de trabajo y coordinación entre el mundo de la salud pública y el asistencial".

Por tanto, si las infecciones nosocomiales pueden desarrollarse en todos los centros expuestos anteriormente, los cuales tienen conocimiento de ello, parece lógico que también se proteja a aquellas víctimas que adquieran la infección en las residencias de la tercera edad.

Por su parte, desde la entidad Fundación de Ciencias de la Salud[31] se afirmó hace meses que "Las residencias de mayores tratan de reproducir, lógicamente, condiciones de vida para sus habitantes lo más parecidas a las del hogar. Sin embargo, no dejan de ser lugares donde conviven en proximidad personas con frecuentes e importantes enfermedades de base que comparten cuidadores en un hábitat común.

En ese sentido, las residencias de mayores son también un nosocomio, es decir un lugar donde se cuida y trata a enfermos y donde la transmisión de microorganismos patógenos es posible y frecuente. Conocemos mucho sobre las medidas de prevención de infección en otros nosocomios, como es el caso de los hospitales, pero sabemos menos sobre esta prevención en instituciones más pequeñas, con dotaciones menores de recursos para este fin como es el caso de las residencias de mayores"

En definitiva, al menos bajo mi punto de vista, los residentes mayores vulnerables que viven en las residencias de la tercera edad, que son nosocomios, deben quedar protegidos mediante la responsabilidad civil objetiva de las infecciones nosocomiales que se produjesen en su interior debido al incumplimiento de los deberes de diligencia y cuidado que exigía la prestación de sus servicios en época de covid a sus usuarios mayores, tal y como se benefician de ello las personas infectadas en los Hospitales.

En otras palabras, al encontrarnos ante un caso de responsabilidad objetiva, será la residencia privada de mayores la que tenga que acreditar que la infección de

31 Estudio titulado «La opinión del experto. El control de la infección en residencias de ancianos: Un documento de reflexión», EIDON, nº56, diciembre 2021.

covid-19 del residente no se produjo dentro de la residencia si quiere exonerarse de responsabilidad, o, que se produjo por un comportamiento imputable a la víctima, ya que de lo contrario, las residencias de mayores y sus seguros deberán ser condenadas a indemnizar los daños ocasionados a las víctimas y sus familias por la infección nosocomial que cogieron dentro del centro y les produjo la muerte, infección que era previsible y evitable al ser considerada una infección nosocomial.

IV. DE LA POSIBLE CULPA DE LA RESIDENCIA, AUNQUE SE APUESTE POR LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA.

Por último, expondré mis argumentos para defender que incluso si los Tribunales consideran que la responsabilidad civil objetiva no tiene cabida en los supuestos que venimos exponiendo, o lo que es lo mismo, que rige la responsabilidad civil subjetiva en los casos de fallecimientos por covid de residentes vulnerables en las residencias de la tercera edad, existen motivos para entender que las víctimas podrán acreditar la culpa de las residencias por vulnerar éstas el artículo 1104 del C.c., ya que en muchas ocasiones el desencadenante del fatal desenlace habrá sido la actuación u omisión negligente de la residencia que puede vincularse a su gestión.

Lo primero que hemos de tener claro es que no cabe duda que cuando hablamos de la relación que une a la residencia de mayores con el residente mayor hacemos referencia a una relación contractual, normalmente escrita, aunque a veces también puede ser oral, por lo que le son de aplicación los artículos 1101 y siguientes del C.c.

En concreto hablamos de un contrato atípico e innominado, que no encuentra regulación específica en el C.c. ni en ninguna ley concreta, y dado el diferente alcance y condiciones específicas de cada uno, podemos definirlo como un contrato complejo formado por la suma de diferentes prestaciones de servicios, que, si bien es similar al contrato de hospedaje, tiene con éste importantes diferencias.

En este sentido García Cantero[32], ya lo definía como "El contrato en virtud del cual se realiza el ingreso de un anciano en una Residencia Geriátrica es uno de los atípicos, cuyo régimen resulta de combinar elementos de otros contratos. Tiene relación con el contrato de hospedaje, aunque con importantes diferencias (…). En el contrato realizado por una Residencia hay elementos mínimos del contrato de hospedaje (según su categoría), pero, sobre todo, se incluyen otras prestaciones en atención a las características personales del acogido (…). Si resumimos lo que hasta aquí hemos dicho, fácilmente comprobamos que mientras el contrato de

32 García Cantero, G.: "Responsabilidad civil en la gestión de residencias geriátricas", *Proyecto Social. Revista de relaciones laborales,* núm. 7, 1999, p. 48.

hospedaje es idéntico para todos los viajeros, en cambio, por su propia naturaleza el de ingreso en una Residencia puede adoptar múltiples modalidades, sin perjuicio del régimen general".

Existen autores que apuestan decididamente por la responsabilidad civil subjetiva, o por culpa, para los supuestos que estudiamos en este trabajo, como Prado Bernabéu y Gutiérrez Escobedo[33], quienes consideran que "los legitimados, es decir en el caso del fatal desenlace de la muerte, los parientes de la persona fallecida, podrán accionar en virtud del art. 1101 y 1104 del Código Civil para exigir responsabilidad contractual al titular de la Residencia, alegando que el daño sufrido es consecuencia de un cumplimiento negligente de sus obligaciones contractuales para con el residente, al haber omitido la diligencia exigida por la naturaleza de la obligación que le constriñe, al no haber empleado los medios humanos y/o materiales necesarios, y/o al no haber otorgado una atención adecuada a las circunstancias de las personas y del momento, todo ello para evitar que la misma se vea expuesto a un peligro, en este caso al contagio del COVID-19; diligencia debida que en este tipo de contratos y ante el hecho previsible de que la misma no haya sido expresada en el título obligacional, será la correspondiente a un buen padre de familia, y que teniendo en cuenta las circunstancias y naturaleza de la obligación contractual que sujeta a la Residencia, y la afectación directa a personas que en muchas ocasiones, aunque no siempre, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, debe entenderse reforzada".

Eso sí, concluyen los autores afirmando que "Siendo conveniente precisar que recae sobre la parte actora, de conformidad con el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la carga de la prueba sobre el hecho de que ha sido la no observancia de la diligencia debida en el cumplimiento de la obligación contractual del demandado el que ha ocasionado el resultado dañoso".

Lo primero que se nos viene a la cabeza si afirmamos que es una responsabilidad civil subjetiva, o por culpa, la que rige en los supuestos de las residencias de mayores y las muertes por covid producidas en su interior, es cómo va a acreditar la víctima o sus familiares que la culpa del brote de covid fue de la residencia si las víctimas en la mayoría de casos están muertas, y sus familiares no habrán podido obtener ningún tipo de prueba en aquella época en la que no se les dejaba ni siquiera ver a sus familiares en las residencias.

Pues bien, lo cierto es que la víctima o sus familiares para ser indemnizados por la residencia de mayores (o su seguro) lo que deberán probar es que ésta no cumplió con los deberes de diligencia y cuidado que exige la obligación contractual

33 Prado Bernabéu, R., y Gutiérrez Escobedo, P.: "Responsabilidad en residencias", *Tirant Tech, Tecnología e Innovación Jurídica*, 2021, p. 21

suscrita entre ambos, ya que mientras que el artículo 1101 del C.c. fija que "Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas", el artículo 1104 por su parte establece que: "La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia".

Por ello, la primera pregunta que hemos de resolver es: ¿Cuál es la diligencia que se debe exigir a una residencia de la tercera edad teniendo en cuanta la naturaleza de la obligación que le vincula con el residente vulnerable y sus circunstancias en época de covid?

Parece evidente que la naturaleza de la obligación con la que debían cumplir las residencias teniendo en cuenta las circunstancias de las personas (las más vulnerables frente al covid), el tiempo y lugar (España en época de covid antes de existir la vacuna), era la de tomar todas las medidas de prevención y cuidado necesarias para evitar que el virus entrase en la residencia.

Incluso, si consideramos que debe aplicarse el segundo párrafo del 1104 del C.c. por no expresar la obligación concreta la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se le debería exigir a las residencias si se invierte la carga de la prueba, acreditar que actuó como lo haría un buen padre de familia, o, mejor dicho, que actuó como un buen "hijo o nieto de familia" respecto a su ascendiente mayor vulnerable, lo cual, parece improbable que pueda acreditar una residencia de mayores en la que hubo brotes de covid[34], a diferencia de aquellas otras residencias en las que no hubo brotes de covid por las medidas de prevención que tomaron, las cuales sí podrían acreditar sin problemas que se comportaron como un buen "hijo o nieto de familia".

¿Adoptaron las medidas preventivas de cuidado y protección para proteger a sus residentes las residencias en las que fallecieron tantas personas mayores vulnerables?

En este sentido considero muy importante volver a traer a colación un extracto de la STS 11 marzo 2020, cuando en su Fundamento de Derecho Segundo al estudiar la posible infracción del 1104 del C.c. establece que:

34 Aunque siempre será difícil de saber, parece más que probable que muchos de los fallecidos en residencias, tal vez de encontrarse en el inmueble de otro familiar no se hubiesen contagiado de covid porque se hubiese actuado con mucha más prevención para evitarlo.

"Por otra parte, la gestión de una residencia de la tercera de edad no constituye una actividad anormalmente peligrosa, sin que ello signifique, claro está, el cumplimiento de los deberes de diligencia y cuidado que exige la prestación de tales servicios.

Ahora bien, dentro de ellos no nace la exorbitante obligación de observar a los residentes, sin solución de continuidad, las 24 horas del día cuando no se encuentran en una situación de peligro, que exija el correspondiente control o vigilancia o la adopción de especiales medidas de cuidado".

Es decir, que nuestro Tribunal Supremo confirma en esta sentencia los siguientes extremos:

1º.- Que con independencia de que no se considere una actividad anormalmente peligrosa (reitero, enjuiciaba unos hechos que nada tienen que ver con los del covid), la residencia siempre está obligada en base a su contrato, al cumplimiento de los deberes de diligencia y cuidado que exige la prestación de sus servicios respecto a las personas mayores que cuida.

2º.- Que cuando el residente mayor se encuentre en una situación de peligro que exija el correspondiente control o vigilancia o la adopción de especiales medidas de cuidado, las residencias tendrán la exorbitante obligación de observar a los residentes, sin solución de continuidad, las 24 horas del día.

Que los residentes mayores vulnerables que se encontraban en las residencias de mayores durante la época del covid se encontraban en una situación de peligro resulta una obviedad, y más aún cuando no estaban vacunados.

¿Cumplieron las residencias dada la situación de peligro de covid con la obligación de control, vigilancia y adopción de medidas especiales de cuidado las 24 horas del día?

En tal sentido coincido plenamente con Elizari Urtasun[35] cuando afirma que "trasladadas las anteriores cuestiones al contagio COVID-19 en el centro residencial, la negligencia de este consistiría en la omisión de las medidas de prevención necesaria para evitar el contagio de los residentes en el centro, sin que el cumplimiento de las medidas normativas, como ya se ha indicado, equivalga automáticamente a un actuar diligente (…).

35 Elizari Urtasun, L.: "La responsabilidad civil de las residencias privadas para personas mayores por los contagios de covid-19 de sus usuarios: títulos de imputación", en *Daños, responsabilidad civil y seguros: desafíos actuales del Derecho español y comparado,* Tecnos, Madrid, 2021, p. 110.

Sí estaban en manos de la residencia, además de extremar las precauciones a la hora de separar y aislar a los residentes, las medidas a adoptar en cuanto a su persona, en orden a minimizar su exposición al virus (aumentando las medidas de desinfección, creando grupos burbuja o reduciendo a la interacción con los residentes) y la organización de los medios disponibles para posibilitar que se respetaran las cuarentenas de sus trabajadores, minimizando así el riesgo, aun a falta de confirmación del diagnóstico. La posibilidad de que el personal que tuviera contacto estrecho con un caso posible o confirmado continuara trabajando evidentemente supone un riesgo para los residentes (también para los trabajadores y sus familias), solo explicable si se tiene en cuenta el grave problema de personal al que se enfrentaron algunos centros, bien por la alta incidencia del virus también entre sus trabajadores, bien por escasez con anterioridad a la pandemia".

Por su parte, tras comentar este mismo extracto de la sentencia, López Valverde[36] afirma que "si se ha creado esa situación de peligro, se exigiría la adopción de medidas especiales, pudiendo dar lugar a una responsabilidad en caso de que no se siguieron estas, en la medida de los medios disponibles, y estableciendo su relación de causalidad con el contagio y fallecimiento".

En la misma línea Pérez Andreu[37] manifiesta que "la interpretación a sensu contrario puede suponer una alta fuente de litigiosidad sobre la base de este pronunciamiento, si se considera que un anciano residente se encuentra en una situación de peligro por contagio de COVID-19, que exija una vigilancia o la adopción de especiales medidas de cuidado".

Personalmente considero que lo ocurrido con las personas mayores en ciertas residencias de la tercera edad en época de covid puede asimilarse mucho a los hechos de la STS 23 febrero 2006, en la que aun considerándose responsabilidad civil subjetiva, se condena a la residencia de mayores porque su personal no cumplió con su obligación de cuidado y vigilancia respecto al mayor, y porque entiende el Tribunal que de haberse cumplido el deber de diligencia al que le obligaba el contrato la desgracia nunca se hubiese producido.

Se trataba de un residente que, por la especial patología que sufría diagnosticada, requería una vigilancia adecuada a su estado psíquico, que no fue prestada, cuando saliendo de la estancia en que se hallaba, deambuló por el establecimiento hasta la planta alta, sin que su recorrido fuese advertido por personal de la residencia, arrojándose por una ventana, lo que le provocó lesiones tan graves que le

36 López Valverde, M.: "Responsabilidad civil en residencias por fallecimientos de ancianos", Editorial Jurídica SEPIN, disponible en https://blog.sepin.es/2020/04/responsabilidad-civil-fallecimiento-residencia-ancianos/.

37 Pérez Andreu, M.: "La responsabilidad", *Hay Derecho,* 11 de mayo de 2020, disponible en https://www.hayderecho.com/2020/05/11/responsabilidad-residencias-ancianos/.

ocasionaron la muerte, y por todo ello establece el Supremo que "Se trata de una residencia para personas de la llamada tercera edad, cuya finalidad es la guarda y atención de las personas allí instaladas, adecuada esa atención y guarda a las circunstancias personales de cada interno (…).La obligación de guarda y asistencia de las personas internas en el centro, que debe cumplirse teniendo en cuenta las circunstancias de cada una de aquéllas imponía, respecto del fallecido, una obligación de control del mismo para conocer en todo momento en que lugar del establecimiento se encontraba y someterlo a la vigilancia adecuada a su estado psíquico (…). Hubo, por tanto, una conducta negligente por parte del personal de la residencia en cuanto a su obligación de cuidado y vigilancia del interno, afectado, se repite, por la enfermedad de Alzheimer, deber de diligencia que de haber sido cumplido teniendo en cuenta las circunstancias de la persona y lugar (art. 1104 del C.c.) habría evitado el luctuoso resultado producido".

Atendiendo a la literalidad de las sentencias expuestas, las residencias de mayores debieron adoptar especiales medidas de cuidado, control y vigilancia, incluso durante las 24 horas del día para evitar que el coronavirus se propagase entre sus instalaciones, tal y como los millones de españoles que tenían familiares mayores viviendo con ellos lo hacían para que el virus no entrase en sus hogares, con la salvedad que entre dichos familiares no existía una relación contractual que le obligaba a ello.

A todo ello, debemos recordar que el artículo 1258 del C.c. que "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

Precisamente por ello, la SAP Cáceres 17 julio 2003, en la que se demanda a un Centro de Mayores por parte de los hijos de una persona con alzehimer que murió en el centro al arrojarse al vació desde una terraza, afirma que:

"Continuando con esta temática es obligado decir que el centro estaba obligado a cuidar adecuada y debidamente a los residentes del mismo, primero , porque los había acogido allí, había convenido contractualmente esa acogida; segundo, porque se había estipulado un pago económico por esas atenciones, de lo que da muestra la documentación acompañada a la demanda, contrato de admisión y reglamento de régimen anterior; tercero, porque las personas acogidas se encontraban en unas condiciones especiales de salud, lo que motiva su ingreso en un centro como el ahora demandado; y cuarto y último , porque esa obligación de cuidado y atención de los residentes, a más de ser algo pactado y asumido por la entidad demandada, se deduce y colige de la naturaleza del contrato, artículo 1258 del Código Civil, ya que hablamos de seres humanos que son llevados o

acuden a esos centros a fin de ser atendidos adecuadamente dentro de lo que su estado permita y requiera (…).

A tal fin el centro debe de contar con los medios materiales y humanos necesarios para ello, cumpliendo a tal fin lo que administrativamente se le exija. Pero no se trata únicamente de que se cumpla con lo especificado. En casos como el presente se trata de que el funcionamiento interno del centro sea el adecuado a cada momento y a cada circunstancia. No se trata de tener el personal que normativamente se exija. Lo que cuenta es que ese personal esté donde debe estar en el momento adecuado y que siga las pautas que el caso requiera, para lo cual es obligada una coordinación interna entre los diversos servicios del centro. No puede ampararse una entidad como la ahora demandada en que cumple con lo que la Ley le exige si cuándo es necesaria la presencia de su personal en un momento y en un lugar concreto éste no está, tal como ha ocurrido en nuestro caso".

Personalmente entiendo que es perfectamente extrapolable el contenido de la sentencia que acaba condenando a esta residencia de la tercera edad, a aquellas otras residencias que acogían, asistían y cuidaban a persona de extrema vulnerabilidad frente al covid, infección nosocomial peligrosísima, con la idea de que a dichas residencias no les sirva para exonerarse de responsabilidad simplemente el argumento de que cumplieron con ciertos protocolos, y que aun así la entrada del virus en sus instalaciones fue causa de fuerza mayor, lo cual, me permito repetir una vez, queda completamente desvirtuado por el hecho de que existen muchas residencias de la tercera edad en las que no llegó a entrar el covid por las medidas preventivas adoptadas y la gestión diligente de sus responsables.

V. CONCLUSIONE.

Aunque soy consciente de que la jurisprudencia más reciente del Supremo apuesta por el retorno a la culpa como fundamento de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, considero que existen argumentos jurisprudenciales para, al menos, plantear la posibilidad de que nos encontremos ante una responsabilidad civil objetiva, o por riesgo, cuando hablemos de la muerte o lesiones de personas mayores vulnerables que suscribieron un contrato con una residencia de la tercera edad para que le prestasen cuidado, protección y asistencia, y una vez en su interior, se infectaron de un virus que no tenían al entrar.

No por apostar por la responsabilidad civil objetiva se estará condenando automáticamente a las residencias y sus aseguradoras a indemnizar a los familiares de las víctimas, sino que ello implica que la carga de la prueba recaería sobre ellas,

lo cual les obliga a acreditar que el brote de covid en sus instalaciones no fue por su culpa.

Los motivos en los que me baso para defender tal posibilidad son:

La STS 11 marzo 2020 confirma que el carácter anormalmente peligroso de una actividad puede justificar la inversión de la carga de la prueba y, por lo tanto, la necesidad del agente causante del daño de acreditar su falta de culpa.

¿Se puede dudar de que gestionar una residencia de la tercera edad en época de covid es una actividad anormalmente peligrosa?

Tanto en la STS 11 marzo 2020, como en la STS 18 julio 2019, nuestro Alto Tribunal considera que se vulnera el artículo 148 del TRLGDCU cuando los centros sanitarios, públicos o privados, prestan un defectuoso funcionamiento de sus servicios sanitarios, entendiéndose por servicios sanitarios los aspectos funcionales de los mismos, es decir, a los organizativos o de prestación, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos.

Pues bien, la STS 11 marzo 2020 interpretada a sensu contrario permite afirmar que cuando la residencia de mayores no se haya gestionado con la garantía y seguridad que la prestación de sus servicios requiere, se podrá entender vulnerado el artículo 148 del TRLGDCU (lo cual implica responsabilidad civil objetiva), ya que en esta sentencia se juzgó precisamente dicha posibilidad por parte de "Residencias para Mayores S.L." respecto a los servicios que había prestado a una señora mayor en base a un contrato en el que se suscribió un régimen de pensión completa, alojamiento y atención sanitaria, y el Supremo contempló la posibilidad de que se considere infringido dicho artículo por la residencia de mayores que no preste sus servicios sanitarios como debía, los cuales, bajo mi punto de vista, siempre englobarán la planificación y prevención para evitar la entrada de un virus tan mortífero entre sus usuarios como el covid-19.

Y el último motivo que esgrimo para apoyar mi argumento respecto a la posibilidad de aplicarles la responsabilidad civil objetiva a dichas residencias de mayores es que la STS 18 julio 2019 en la que conocía de una muerte debida a una infección nosocomial adquirida en la UCI de un Hospital por una persona de edad avanzada, entendió aplicable la responsabilidad civil objetiva al prestador de servicios por vulneración del artículo 148 TRLGDCU, ya que entiende nuestro Alto Tribunal que con la instauración y escrupulosa observancia de protocolos preventivos se rebaja considerablemente las infecciones de esta etiología, motivo por el cual se puede imputar al centro sanitario, o residencia de mayores, una defectuosa prestación de sus servicios sanitarios como motivo de la infección nosocomial.

Además, dado que las residencias de mayores son consideradas nosocomios, sus residentes vulnerables, al igual que los pacientes de los Hospitales, deben quedar protegidos mediante la responsabilidad civil objetiva de las infecciones nosocomiales que se produjesen en su interior debido al incumplimiento por parte de la residencia de los deberes de diligencia y cuidado que exigía la prestación de sus servicios en época de covid a sus usuarios mayores vulnerables, tal y como se benefician de ello las personas infectadas en los Hospitales.

Por ello, una vez acreditado en el presente artículo que el covid es una infección nosocomial, ¿qué sentido tendría que se le aplique la responsabilidad civil objetiva al centro sanitario en el que fallece una persona mayor por una infección nosocomial, y no ocurra lo mismo en la residencia de la tercera edad en la que el residente vulnerable fallece por el mismo motivo?

A ello se suma que cuando el Supremo habla de que no puede hablarse de inevitabilidad de las infecciones nosocomiales, y que con la observancia de protocolos preventivos se pueden evitar muchas de estas infecciones, está excluyendo, bajo mi punto de vista, la causa de fuerza mayor como defensa de las residencias, ya que el covid, como infección nosocomial que es, no puede ser considerada una causa de fuerza mayor para las residencias de la tercera edad, como lo acredita también el hecho de que existan muchas residencias en las que debido a su gestión responsable no se produjeron brotes de covid en sus instalaciones.

Por último, si los Tribunales consideran que en los casos de las residencias de mayores cuya gestión ha conllevado a la muerte de algunos residentes no tiene cabida la responsabilidad civil objetiva o por riesgo, sino que debe aplicarse la responsabilidad civil subjetiva, o por culpa, igualmente existen motivos para entender que las víctimas podrán probar que lo que ha ocasionado el daño fue la falta de diligencia debida en el cumplimiento de la obligación contractual por parte de la residencia, o lo que es lo mismo, que esta infringió el 1104 del C.c., ya que como recoge la STS 18 julio 2020 "la gestión de una residencia de la tercera de edad no constituye una actividad anormalmente peligrosa, sin que ello signifique, claro está, el cumplimiento de los deberes de diligencia y cuidado que exige la prestación de tales servicios.

Ahora bien, dentro de ellos no nace la exorbitante obligación de observar a los residentes, sin solución de continuidad, las 24 horas del día cuando no se encuentran en una situación de peligro, que exija el correspondiente control o vigilancia o la adopción de especiales medidas de cuidado".

Es decir, que, interpretando dicha afirmación en sentido contrario, cuando el residente mayor vulnerable se encontrase en una situación de peligro, dentro

de los deberes de diligencia y cuidado que exige la prestación de los servicios de la residencia se incluye la obligación, o exorbitante obligación en palabras del Supremo, de observar a su residente, adoptando incluso especiales medidas de cuidado, y de ahí que, dado que es evidente que las personas mayores residentes se encontraban en una situación de peligro en época de covid (y mucho más cuando aún no había ni vacuna), a las víctimas les puede bastar con acreditar que hubo brotes de covid en el interior de la residencia para acreditar la culpa de esta, ya que si la residencia hubiese actuado con el control, vigilancia o hubiese adoptado las medidas especiales de cuidado que la pandemia exigía, no hubiesen existido en sus instalaciones los brotes de covid referidos, tal y como se acredita con el hecho de que en otras residencias no hubo brotes ni fallecimientos por covid entre sus residentes, precisamente porque actuaron con la vigilancia y el control que la situación de extremo peligro requería, y adoptaron medidas especiales para evitar los brotes.

Por todos los motivos expuestos en el presente trabajo, considero que, bien se apueste por la responsabilidad objetiva o por riesgo, o bien por la subjetiva o por culpa, existen motivos para pensar que desde el punto de vista de la responsabilidad civil, pueden acabar respondiendo las residencias de mayores que debido a su forma de actuar y a la falta de adopción de las medidas preventivas necesarias, sufrieron brotes de covid en su interior originando muertes y lesiones entre sus residentes vulnerables, protegiéndose con ello a los familiares de los mayores residentes que tenían un contrato con la residencia para ser atendidos, cuidados y asistidos en su interior, y que debido a la forma de gestionarse la residencia acabaron cogiendo una infección nosocomial que no tenían cuando entraron a vivir allí y que en mucho de los casos probablemente no hubiesen cogido de vivir en otro sitio, infección nosocomial que acabó con sus vidas o le originó importantes lesiones.

BIBLIOGRAFÍA

Abellán García A. y Aceituno Nieto, Mª.P.: "Estadísticas sobre residencias: distribución de centros y plazas residenciales por provincia. Datos de abril de 2019", *Informes Envejecimiento en red*, núm. 27, 2020.

Arcos Vieira, Mª. L.: "Infecciones nosocomiales: ni imprevisibles ni inevitables. Alcance del artículo 148 TRLGDCU", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 115, Enero-abril 2021.

Carter, B.: "*Nosocomial COVID-19 infection: examining the risk of mortality. The COPE-Nosocomial Study (COVID in Older People)*", *Journal of Hospital Infection,* 106, 2020.

Elizari Urtasun, L. "Ingresos de personas mayores en centros residenciales. Marco regulador y pronunciamientos constitucionales recientes", *Indret,* 1/2018.

Elizari Urtasun, L.: "La responsabilidad civil de las residencias privadas para personas mayores por los contagios de covid-19 de sus usuarios: títulos de imputación", en *Daños, responsabilidad civil y seguros: desafíos actuales del Derecho español y comparado,* Tecnos, Madrid, 2021.

Escolá-Vergé, L., Borrás-Bermejo, B., Los-Arcos, I., Esperalba, J., Ferrer, C., y Fernández-Hidalgo, N.: "Covid-19 nosocomiales. Estudio prospectivo en un hospital de referencia", *Médica Clínica,* Volumen 158, Núm. 8, 22 de abril de 2022.

García Cantero, G.: "Responsabilidad civil en la gestión de residencias geriátricas", *Proyecto Social. Revista de relaciones laborales,* núm. 7, 1999.

Guilabert Vidal, Mª R.: *Responsabilidad de las residencias privadas por los fallecimientos por COVID-19,* Dykinson S.L., Madrid, 2021.

González Carrasco, Mª C.: "Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-COV-2 en residencias de mayores: nexo causal y criterios de imputación", *Derecho y Salud,* V. 30, extraordinario, 2020.

López Valverde, M.: «Responsabilidad civil en residencias por fallecimientos de ancianos», Editorial Jurídica SEPIN, disponible en https://blog.sepin.es/2020/04/responsabilidad-civil-fallecimiento-residencia-ancianos/.

Pérez Andreu, M.: "La responsabilidad de las residencias de ancianos", *Hay Derecho,* 11 de mayo de 2020, disponible en https://www.hayderecho.com/2020/05/11/responsabilidad-residencias-ancianos/.

PRADO BERNABÉU, R., y GUTIÉRREZ ESCOBEDO, P.: "Responsabilidad en residencias", *Tirant Tech, Tecnología e Innovación Jurídica*, 2021.

FATTI COSTITUTIVI E VICINANZA DELLA PROVA

RELEVANT EVENTS AND PROOF-PROXIMITY PRINCIPLE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 578-613

Riccardo
MAZZARIOL

ARTICOLO CONSEGNATO: 13 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il saggio analizza il problema della distribuzione dell'onere della prova in una prospettiva costituzionalmente orientata, al fine di valorizzare il principio della vicinanza della prova, che consente di interpretare l'art. 2697 c.c. in modo conforme al precetto di cui all'art. 24 Cost. e alle regole del giusto processo, così da non rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio.

PAROLE CHIAVE: Onere della prova; principio di vicinanza della prova.

ABSTRACT: *The essay analyzes the problem of distributing the burden of proof in a constitutionally oriented perspective, in order to enhance the proof-proximity principle, which allows for the interpretation of art. 2697 of the Italian Civil Code in accordance with art. 24 of the Constitution and with the rules of due process, so as not to make impossible or too difficult to take legal action.*

KEY WORDS: *Burden of proof; proof-proximity principle.*

SOMMARIO.- I. PREMESSE METODOLOGICHE.- II. LA VICINANZA DELLA PROVA: GENESI DEL PRINCIPIO.- III. LE PRINCIPALI MODALITÀ D'IMPIEGO DELLA REGOLA NEL "DIRITTO VIVENTE".- IV. CRITICHE ALLA REGOLA E LORO SUPERAMENTO SOTTO IL PROFILO ASSIOLOGICO.- V. ULTERIORI APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI.- 1. Il caso dell'onere probatorio nella responsabilità contrattuale.- VI. CONCLUSIONI.

I. PREMESSE METODOLOGICHE.

La questione generale del riparto probatorio, sintetizzabile nell'espressione "chi deve provare che cosa", è stata definita un enigma, tuttora irrisolto, che attende ormai da due millenni una risposta[1]. Il problema non è di poco conto: la regola di giudizio dell'onere della prova fa discendere, dalla mancata dimostrazione di un fatto storico, la soccombenza della parte onerata della sua dimostrazione[2].

Il presente scritto, lungi dal proporne una decifrazione, intende offrire un contributo al dibattito attorno al modello di distribuzione degli oneri probatori, disciplinato dall'art. 2697 c.c., che ne valorizzi il profilo assiologico in una prospettiva costituzionalmente orientata. E la vicinanza, come regola probatoria, sembra idonea a fornire risposta convincente a questa esigenza[3]: essa consente di interpretare la legge in modo conforme al precetto di cui all'art. 24 Cost. e alle regole del giusto processo, così da non rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione o la difesa in giudizio, contemperando gli interessi delle parti nel processo.

1 Così, già un secolo fa, Schulz, F.: *Die Rechtfertigungslast*, Drück, Altona, 1919, p. 3.

2 Per Verde, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, Jovene, Napoli, 1974, p. 46, la questione della distribuzione degli oneri probatori costituisce il vero problema sotteso all'art. 2697 c.c. Sembra ormai condivisa l'idea che la norma, più che prevedere un criterio oggettivo di ripartizione dell'onere probatorio, sia funzionalmente volta a codificare gli effetti decisori del rischio della mancata prova: al fine di evitare pronunce di *non liquet*, che integrano un sostanziale diniego di giustizia in violazione del principio di legalità, la norma impedisce al giudice di "esimersi dal pronunciare sotto il pretesto del mancato accertamento del fatto" (così Andrioli, V.: *Diritto processuale civile*, I, Jovene, Napoli, 1979, p. 246). In altri termini, il difetto della prova di un fatto rappresenta il presupposto tecnico-giuridico per il rigetto della domanda o dell'eccezione che sul medesimo fatto si fonda: la regola dell'onere della prova è essenzialmente una regola di giudizio. Sull'onere della prova come regola di giudizio, v. Verde, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 119-120; Micheli, G.A.: *L'onere della prova*, Cedam, Padova, 1942 (rist. 1966), pp. 19 e 151 ss.; Pugliatti, S.: "Conoscenza", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 102; Comoglio, L.P.: *Le prove civili*, Utet, Torino, 2010, pp. 310 ss.; Carnelutti, F.: "Prove civili e prove penali", *Rivista di diritto processuale*, 1925, pp. 44 ss.; Taruffo, M.: "Il diritto alla prova nel processo civile italiano", *Rivista di diritto processuale*, 1984, p. 73; Patti, S.: "Delle prove", in AA.VV.: *Commentario del Codice civile* (a cura di A. Scialoja e G. Branca), *Sub art. 2697-2739*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 2015, p. 124. In giurisprudenza v. Cass. 12 febbraio 2004, n. 2707 (Repertorio del Foro italiano 2004, voce "Prova civile in genere", n. 77).

3 Aderendo a una prassi invalsa da tempo, nel testo si impiegheranno indistintamente le locuzioni principio di "vicinanza della prova", "riferibilità o prossimità della prova" e "disponibilità del mezzo" per riferirsi al medesimo concetto, benché l'espressione "riferibilità del fatto da provare" risulti preferibile onde non indulgere in sintagmi eccessivamente ipostatizzanti.

• Riccardo Mazzariol
Professore associato dell'Università di Padova
riccardo.mazzariol@unipd.it

II. LA VICINANZA DELLA PROVA: GENESI DEL PRINCIPIO.

La genesi del principio di prossimità è considerata relativamente recente in giurisprudenza e si fa comunemente risalire alla nota sentenza resa a Sezioni Unite n. 13533/2001, quando si è iniziato a farne uso per stabilire il riparto dell'onere della prova nella responsabilità contrattuale[4]. Il criterio non è ignoto in numerosi ordinamenti stranieri[5], né in precedenza era sconosciuto in dottrina, tanto da essere evocato già da Giuseppe Chiovenda negli anni '30 del secolo scorso in funzione integratrice del contenuto dell'art. 2697 c.c.[6]

È noto che questa norma onera l'attore della prova dei fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio, mentre fa gravare sul convenuto quella dei fatti estintivi, impeditivi o modificativi[7], distribuendo così implicitamente il rischio del mancato convincimento del giudice e operando come regola di giudizio[8]. L'art. 2697 c.c., attraverso lo schema del fatto impeditivo, ha perseguito l'obiettivo di semplificazione della fattispecie[9], riducendo gli oneri probatori in capo all'attore,

4 V. Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533 (Danno e responsabilità 2002, 318). In realtà, applicazioni del criterio della vicinanza si rinvengono già in Cass. 7 febbraio 1996, n. 973 (Il Foro italiano 1996, I, 1265), sempre in relazione alla prova dell'inadempimento, nonché in Cass. 6 giugno 1968, n. 1720 (Repertorio del Foro italiano 1968, voce "Lavoro (rapporto di)", n. 414) in tema di rapporto di lavoro, e in Cass. 12 novembre 1970, n. 2368 (Repertorio del Foro italiano 1970, voce "Comunione e condominio", n. 166), in materia condominiale. Sottolinea l'ampio uso di detta regola che da tempo fa la giurisprudenza anche Proto Pisani, A.: *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2012, p. 443. Tuttavia, Verde, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 465 ss., nella sua opera più importante, non dedicò al principio grande risalto, confrontandosi soprattutto con i criteri dell'interesse, della normalità e della specificità, prendendo atto che quello della vicinanza risultava, a quel tempo, scarsamente invocato dai giudici ai fini del riparto probatorio.

5 La vicinanza come regola probatoria risulta largamente diffusa all'estero, prendendo il nome di "*carga dinamica de la prueba*" negli ordinamenti ibero-americani (si pensi al novellato art. 217, comma 7, del codice di rito spagnolo, secondo cui "*para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*") o di "*Anscheinsbeweis*" in quello tedesco (venendo impiegata sin dagli anni '70 del secolo scorso nelle controversie tra consumatore e produttore concernenti la responsabilità del produttore: cfr. BGH, 3 giugno 1975, VI ZR 192/73, Juristenzeitung 1976, 523), o venendo codificata in Olanda nell'art. 150 del codice di rito e in Brasile nell'art. 373 del nuovo codice di procedura civile.

6 Chiovenda, G.: *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Jovene, Napoli, 1934, pp. 316 ss.

7 Cfr. Comoglio, L.P.: *Le prove civili*, cit., p. 251; Taruffo, M.: "Onere della prova", in AA.VV.: *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, XIII, Utet, Torino, 1995, p. 69. Per una recente critica al principio dell'onere probatorio, definitivo "una reliquia storica", v. Nieva Fenoll, J.: "L'onere della prova: una reliquia storica che dovrebbe essere abolita", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2020, pp. 1195 ss. Contro questa posizione, v. Garavaglia, M.: "Astrolabi, bussole e onere della prova: a proposito di un saggio recente", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2021, pp. 1349 ss.

8 Patti, S.: "Prova (Diritto processuale civile)", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXV, Ed. Enc. it., Roma, 1991, p. 9: il giudice è tenuto a considerare non esistente il fatto "incerto" (ossia non pienamente provato), non accogliendo la domanda o l'eccezione della parte che su quel fatto la fondava e sul quale gravava l'onere di dimostrarne l'esistenza.

9 L'ideazione del principio di semplificazione analitica della fattispecie si deve, in Germania, a Von Jhering, R: *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, IV, A. Marescq, Paris, 1888, pp. 199 ss. e, in Italia, a Messina, G.: "Contributo alla dottrina della confessione", in Messina, G.: *Scritti giuridici*, III, Giuffrè, Milano, 1948, p. 65 (apparso nel 1902); ed è stato, in seguito, in dottrina richiamato, ad esempio, da Colesanti, V.: "Eccezione (dir. proc. civ.)", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, XV, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 188-189; Denti, V.: "L'eccezione del processo civile", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, p. 28; Finzi, E.: *Il possesso dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 323-354; Micheli, G.A.: *L'onere della prova*, cit., pp. 322-323; Rubino, D.: *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, Milano, 1939, pp. 53-59; Verde, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 180 ss.; Patti, S.: "Delle prove", cit., pp. 144-145.

che non è tenuto a dare integrale prova della vicenda sostanziale evocata nel processo[10]. A chi agisce compete, dunque, la sola prova dei fatti costitutivi e non l'assenza di quelli impeditivi: abbandonate quelle concezioni che ricostruivano il fatto impeditivo come co-elemento essenziale della fattispecie (in quanto fatto costitutivo col segno "capovolto")[11], si attribuisce ora allo stesso una rilevanza autonoma, che incide su una fattispecie già perfetta[12].

La regola di cui all'art. 2697 c.c. conosce, poi, delle limitazioni volte a facilitare ulteriormente il compito probatorio gravante sull'attore, sia in virtù della previsione di presunzioni legali *iuris tantum*[13], sia per mezzo di attenuazioni del criterio di riparto, rappresentate, ad esempio, dal principio di acquisizione processuale (in ragione del quale, una volta che un mezzo di prova sia entrato regolarmente nel processo, tale mezzo può essere utilizzato dal giudice indipendentemente dalla parte che se ne era originariamente avvalsa), dalla predisposizione di sistemi probatori caratterizzati dall'attribuzione all'organo giudicante di poteri istruttori esercitabili d'ufficio[14] o, ancora, dalla previsione di regole processuali che considerano provati i fatti non specificamente contestati (art. 115, comma 1, c.p.c.) o le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza (art. 115, comma 2, c.p.c.)[15].

10 Verde, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 181-182.

11 Cfr. Sacco, R.: "Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova", *Rivista di diritto civile*, I, 1957, pp. 405 ss.; Finzi, E.: *Il possesso dei diritti*, cit., p. 349. Il problema nasce dall'influenza del principio di simultaneità, secondo cui vi sarebbe perfetta coincidenza tra fatto perfetto e fatto efficace: per una critica al principio si rinvia a Rubino, D.: *La fattispecie*, cit., p. 88.

12 Cfr. Grasso, E.: *La pronuncia d'ufficio*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 252 ss.; Verde, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 199 ss.; Patti, S.: "Delle prove", cit., pp. 135 ss.; Comoglio, L.P.: *Le prove civili*, cit., pp. 270 ss. In giurisprudenza, sia sufficiente richiamare Cass., sez. un., 6 giugno 2015, n. 11377 (*Dejure.it*). In generale, per una distinzione tra rilevanza ed efficacia, si vedano almeno Cammarata, A.E.: "Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica", in Cammarata, A.E.: *Formalismo e sapere giuridico*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 274 ss.; Irti, N.: "Rilevanza", in AA.VV.: *Novissimo Digesto italiano*, XV, Utet, Torino, 1968, p. 1110, ove anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

13 Si tratta dei casi in cui è la legge a determinare un'inversione degli oneri probatori sotto un duplice profilo: per un verso, esonerando una parte dalla prova del fatto negativo che fonda la domanda e facendo gravare sull'altra il compito di dimostrare il fatto positivo contrario (è il caso dell'art. 5 della l. 15 luglio 1966, n. 604, secondo cui l'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro, o dell'art. 135 cod. cons., il quale esonera l'acquirente dalla dimostrazione che il difetto di conformità preesisteva alla vendita, purché si manifesti entro un anno dalla consegna, addossando al venditore la prova contraria); per altro verso, esentando una parte dalla prova del fatto positivo che sta alla base della sua pretesa e addossando all'altra l'onere di dimostrare il fatto negativo corrispondente (è il caso dell'art. 40 del Codice delle pari opportunità, introdotto con il d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, secondo cui "quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione"). Per un approfondimento, si rinvia a Taruffo, M.: "Presunzioni, inversioni, prova del fatto", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, pp. 748 ss.

14 Si pensi a quanto accade nel processo amministrativo: v. Saitta, F.: "Vicinanza della prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 913.

15 Secondo Patti, S.: "Le prove", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (a cura di G. Iudica e P. Zatti), Giuffrè, Milano, 2021, p. 163, non bisogna sopravvalutare il ruolo dell'art. 2697 c.c. quale regola generale, in ragione tanto della presenza di ulteriori numerose norme nel Codice civile e nelle leggi speciali dedicate al riparto,

L'art. 2697 c.c. è stato definito una "norma in bianco"[16] in quanto, nella sua ampia portata, non è in grado di offrire, di per sé, una risposta al problema del riparto ai fini della sua concreta applicazione: necessita di essere integrato dalle norme sostanziali di volta in volta disciplinanti la pretesa[17], da cui desumersi quali siano i fatti, oggetto di prova, indispensabili per completare la fattispecie costitutiva. Si tratta dell'applicazione della c.d. *Normentheorie*, elaborata in Germania da Leo Rosenberg, in base alla quale si ritenne che la distribuzione dei carichi probatori si potesse ricavare dalla sola previsione legislativa, individuando, ad esempio, nella presenza di formule "eccettuative" o condizionali[18], all'interno del disposto di legge, gli indicatori dei fatti impeditivi, il cui onere probatorio sarebbe gravato sul convenuto[19].

Tuttavia, ci si rese ben presto conto che non sempre è possibile affidarsi all'esplorazione della fattispecie normativa per giungere a una distribuzione obiettiva dei carichi probatori. Il problema, già evidenziato in Italia da Rodolfo Sacco nella metà del XX secolo, deriva da una considerazione elementare: tutti gli elementi che compongono la fattispecie hanno formalmente eguale importanza probatoria. Se questa è costruita in funzione dell'effetto, è evidente che in essa devono in astratto contemplarsi tutti gli elementi la cui presenza è necessaria per la sua produzione e, quindi, sia i fatti costitutivi, sia quelli contrari ai fatti impeditivi[20]. Pertanto, salvo che la singola norma si curi di indicare puntualmente come vadano distribuiti tra i litiganti i carichi probatori (evenienza da considerarsi assai infrequente, per lo meno nella materia civilistica, ove la legge non specifica

quanto della "costruzione" a opera della giurisprudenza di regole sull'onere della prova tarate in base al caso concreto, che fanno dell'art. 2697 c.c. una norma di chiusura, avente funzione residuale, a cui l'interprete si rivolge in assenza di un diverso criterio specifico.

16 Così, ad esempio, per Sacco, R.: "Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova", cit., p. 420; Andrioli, V.: "Prova (dir. proc. civ.)", in AA.VV.: *Novissimo Digesto italiano*, XIV, Utet, Torino, 1967, p. 293; Micheli, G.A.: *L'onere della prova*, cit., pp. 281 e 420.

17 Cfr. Micheli, G.A.: *L'onere della prova*, cit., pp. 272 e 420; Comoglio, L.P.: *Le prove civili*, cit., p. 185; Taruffo, M.: "Il diritto alla prova nel processo civile italiano", cit., p. 68; Sacco, R.: "Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova", cit., p. 420; Patti, S.: "Delle prove", cit., p. 125; Andrioli, V.: "Prova (dir. proc. civ.)", cit., p. 293; Colesanti, V.: "Eccezione", cit., pp. 172 ss.; Verde, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 185 ss. Per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, si rinvia nuovamente a Comoglio, L.P.: *Le prove civili*, cit., pp. 282 ss.

18 Per un esame analitico delle espressioni impiegate dal legislatore italiano per indicare gli elementi costitutivi (da individuarsi, ad esempio, nelle locuzioni "se", "quando", "non … a meno che non") o quelli impeditivi (da rinvenirsi nelle espressioni "salvo che", "se non", "a meno che", etc.), si rinvia a Verde, G.: "Prova (dir. proc. civ.)", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 632 ss., il quale però avverte che bisogna guardarsi da rigide prese di posizione, essendo sempre necessario prendere in considerazione la fattispecie tipica in funzione dell'effetto in vista del quale è stata costruita.

19 Cfr. Rosenberg, L.: *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, Beck, München-Berlin, 1965, pp. 99 ss. Per un approfondimento della teoria e per le critiche che, di recente, le sono state mosse in Germania si rimanda a Patti, S.: "Delle prove", cit., pp. 128 ss. Si è sottolineato la relatività di questa impostazione, in quanto subordinata alle conseguenze in vista delle quali la fattispecie viene di volta in volta costruita: cfr. Verde, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 185 ss. Non esistono perciò temi fissi di prova (così Micheli, G.A.: *L'onere della prova*, cit., pp. XXII ss.), ma il giudice deve prendere in considerazione gli effetti giuridici richiesti e, in funzione degli stessi, ricostruire la fattispecie sostanziale applicabile al caso concreto e ripartire di conseguenza l'onere della prova: cfr. Verde, G.: "Prova (dir. proc. civ.)", cit., p. 641.

20 Sacco, R.: "Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova", cit., pp. 420 ss.

quali fatti siano costitutivi, estintivi, modificativi o impeditivi)[21], resta irrisolta la questione della concreta individuazione degli oneri, con la conseguente inadeguatezza della "*Normentheorie*" alla realtà processuale. Senza considerare poi che, non solo di rado il legislatore indica i singoli fatti in previsione delle prove da ripartire nel processo, ma talvolta il giudice si trova di fronte a circostanze, pur rilevanti nella fattispecie, non menzionate nel modello legislativo e deve decidere su chi far ricadere il rischio della mancata prova[22].

La conclusione risulta dunque necessitata: benché, a una prima lettura, l'art. 2697 c.c. sembri proporre una lontananza dal caso concreto e una ripartizione fissa dell'onere probatorio, un criterio meramente astratto risulta inidoneo a offrire risposte tanto al problema individuativo nella fattispecie concreta, quanto alle imprevedibili dinamiche del processo.

Di fronte all'insufficienza del dato normativo, pur non negando la necessità che la regola di allocazione vada anzitutto cercata nella fattispecie, la giurisprudenza e parte della dottrina hanno da tempo impiegato dei parametri ulteriori – quali, ad esempio, l'interesse, l'apparenza, la vicinanza, la normalità, la conformità a diritto o il carattere negativo del fatto da provare[23] – al fine di integrare la previsione legale in relazione a fatti non espressamente qualificati dalla norma ai fini del riparto, per suddividerne gli oneri probatori. In particolare, tra quelli menzionati, il criterio della disponibilità del mezzo è quello che, più di ogni altro, è stato recentemente valorizzato dalla giurisprudenza per determinare le regole di distribuzione e sul quale in dottrina si è concentrato il dibattito, da sempre oscillante tra due poli opposti[24]: il primo, di stampo strettamente legalista, volto a censurarne l'uso (o l'abuso), argomentando dall'assenza di un dato normativo su cui fondarlo e dalla

21 In modo parzialmente difforme, va preso atto che nella materia lavoristica la tutela dei diritti è talvolta affidata a tecniche di distribuzione predeterminata degli oneri probatori, in cui è la legge a individuare specificamente il soggetto onerato della prova di un fatto decisivo per il giudizio (si pensi, ad esempio, alla dimostrazione del recesso datoriale *ex* art. 5 della l. 15 luglio 1966, n. 604): cfr. sull'argomento Licci, P.: "L'onere della prova nelle controversie in materia di licenziamento", *Rivista di diritto processuale*, 2019, pp. 1127 ss.; Vallebona, A.: *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1988, pp. 61 ss. Altri esempi possono trarsi dal Codice della proprietà industriale (art. 121, comma 1), da quello delle assicurazioni private (art. 178) o da quello di consumo (art. 33, comma 2), nonché dalla c.d. legge Gelli-Bianco (l. 8 marzo 2017, n. 24), nella parte in cui qualifica come aquiliana la responsabilità del medico e come contrattuale quella della struttura sanitaria ai soli evidenti fini di gestire diversamente il riparto dell'onere probatorio.

22 Si pensi alla garanzia per vizi nella compravendita e alla circostanza che il difetto deve preesistere al momento traslativo ai fini dell'invocabilità della garanzia: il momento genetico del vizio viene dato per presupposto dalla norma di cui all'art. 1490 c.c. e non viene da essa menzionato, il che pone al giudice il problema di individuare chi, tra venditore e compratore, ne debba sopportare l'onere probatorio e le conseguenze della mancata prova. Per un approfondimento della questione, sia consentito rinviare a Mazzariol, R.: "L'onere della prova nella garanzia per vizi della vendita: il problema irrisolto del riparto probatorio del momento genetico del vizio", *Rivista di diritto civile*, 2020, pp. 442 ss.

23 Per un'analisi particolareggiata dei criteri impiegati dalla giurisprudenza ove manchino precise disposizioni di legge, v. Verde, G.: "Prova (dir. proc. civ.)", cit., pp. 643 ss.; Id., *L'onere della prova*, cit., pp. 465 ss. Dà atto dell'esistenza e dell'uso di questi criteri anche Besso, C.: "La vicinanza della prova", *Rivista di diritto processuale*, 2015, p. 1384.

24 Osserva Besso, C.: "La vicinanza della prova", cit., p. 1385, che la regola si fa risalire a Jeremy Bentham in Gran Bretagna ed è stata, poi, ripresa da Matteo Pescatore in Italia: v. Bentham, J.: "An introductory View of the Rationale of Evidence", in AA.VV.: *The Works of Jeremy Bentham* (a cura di J. Bowring), VI, W. Tait,

situazione di incertezza che verrebbe a crearsi sull'esito del processo; il secondo, più attento alle istanze di ragionevolezza e di legalità costituzionale, tendente a giustificarlo al fine di non comprimere indebitamente l'esercizio dell'azione in giudizio.

Tenuto conto della matrice giurisprudenziale del fenomeno, la comprensione delle rispettive posizioni non può che passare attraverso una verifica dell'uso del criterio della vicinanza nel c.d. diritto vivente, tramite l'analisi di alcune pronunce della Suprema Corte paradigmatiche della sua ampia attuale latitudine applicativa.

III. LE PRINCIPALI MODALITÀ D'IMPIEGO DELLA REGOLA NEL "DIRITTO VIVENTE".

La vicinanza come regola probatoria è stata recentemente definita dalla Corte di Cassazione un "principio ormai pienamente generale"[25], tanto da essere assurta a "diritto vivente" nella letteratura sul tema. Improponibile in questa sede un esame puntuale di tutte le pronunce in cui negli ultimi due decenni è stata richiamata la prossimità per risolvere il problema del riparto probatorio, con un'applicazione estesa a ogni branca della materia privatistica[26]. L'ampio campo applicativo ne consiglia, pertanto, un'analisi per schemi generali.

Sotto questo profilo, due sono le principali modalità operative tramite cui la giurisprudenza fa generalmente uso del canone[27].

La prima consiste nel servirsi della vicinanza per procedere alla qualificazione di un fatto, costituente la fattispecie sostanziale evocata in giudizio, come costitutivo o impeditivo *ex* art. 2697 c.c., qualora, per la lacunosità o per il silenzio della norma, non sia possibile individuare il riparto dei temi probatori.

È il caso, ad esempio, della celebre decisione assunta nel 2001 in tema di responsabilità contrattuale[28]: la vicinanza è stata utilizzata per distinguere i fatti che devono essere provati dall'attore, in quanto nella sua disponibilità e dunque da considerarsi costitutivi (individuati nel fondamento del diritto di credito e nella scadenza del termine), da quelli impeditivi, modificativi ed estintivi, la cui prova

Simpkin, Marshall, Edinburgh, 1943, cap. XXVII e Pescatore, M.: *Logica del diritto. Frammenti di dottrina e giurisprudenza*, I, Utet, Torino, 1883, pp. 95 ss.

25 Così Cass. 6 luglio 2020, n. 13851 (*Dejure.it*). Parimenti, secondo Cass. 20 febbraio 2006, n. 3651 (*Dejure.it*), il principio di vicinanza della prova rappresenta un "dogma".

26 Parla di "impetuosa affermazione del principio di vicinanza" Della Pietra, G.: "La vicinanza della prova e la prova «più prossima» che c'è: *internet*", *Il giusto processo civile*, 2018, pp. 1044 ss.

27 Per uno studio analitico delle modalità d'impiego del principio di vicinanza nella giurisprudenza, si rimanda allo studio condotto da Franzoni, M.: "La «vicinanza della prova», quindi…", *Contratto e impresa*, 2016, pp. 362 ss. e da Besso, C.: "La vicinanza della prova", cit., pp. 1388-1389. Per l'analisi di una terza modalità, si rinvia anche a quanto esposto nel successivo paragrafo V.

28 Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

compete al convenuto, in quanto più agevoli da dimostrare per quest'ultimo (identificati nell'esatto adempimento). Altro esempio assai noto è quello offerto dalla pronuncia in tema di garanzia per vizi nella compravendita codicistica[29]: l'esistenza del difetto è stata considerata un fatto costitutivo del diritto del compratore alla risoluzione del contratto o alla riduzione del prezzo in quanto più vicina alla sua sfera d'azione[30]. Anche in altra sentenza si è fatto uso della regola ai fini identificativi delle circostanze rilevanti *ex* art. 2697 c.c., pur venendo temperata dal criterio della normalità dell'evento da dimostrare[31]: per un verso, si è sostenuto che l'onere di provare l'assenza o la diversità di un atto, inviato all'interno di un plico tramite raccomandata, grava sul ricevente, "poiché, una volta effettuata la consegna del plico per la spedizione, esso fuoriesce dalla sfera di conoscibilità del mittente e perviene in quella del destinatario, il quale può dunque dimostrare che al momento del ricevimento il plico era privo di contenuto (o ne aveva uno diverso)"; per altro verso, però, qualora il mittente affermi di avere inserito più di un atto nella busta e il destinatario contesti tale circostanza, si è onerato il mittente di provare che tutti gli atti fossero contenuti nel plico "e ciò in quanto, secondo l'"*id quod plerumque accidit*, ad ogni atto da comunicare corrisponde una singola spedizione".

Dalla esemplificazione proposta emerge un primo dato: in queste ipotesi la regola probatoria della prossimità opera come criterio sostanziale di qualificazione, facendo discendere la natura del fatto dalla facilità o meno di dimostrarne l'esistenza; per cui sarà costitutivo quello di cui l'attore riesce a fornire agevole prova, mentre sarà impeditivo quello nella disponibilità del convenuto.

La seconda modalità di impiego del criterio rifugge l'idea che il carattere impeditivo o costitutivo di un elemento fattuale derivi dalla circostanza che la sua prova sia difficoltosa o meno per chi agisce in giudizio[32], ma ammette che la regola della vicinanza consenta all'attore, lontano dalla prova, di limitarsi ad allegare un fatto, benché sia qualificato dalla norma come costitutivo, senza darne dimostrazione: lo stesso si considera presuntivamente esistente e compete,

29 Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748 (I contratti 2019, 373).

30 Sintomatiche di questa impostazione sono anche Cass. 5 gennaio 2017, n. 160 (Rivista di diritto del lavoro 2017, II, 12); Cass. 22 marzo 2016, n. 5592 (Il lavoro nella giurisprudenza 2016, 794); Cass. 10 maggio 2016, n. 9467 (*Dejure.it*), in relazione all'obbligo di *repêchage* nel diritto del lavoro (ossia alla prova dell'impossibilità di un diverso impiego del lavoratore nell'ambito aziendale). Altro esempio è offerto da Cass. 6 dicembre 2017, n. 29241 (*Dejure*) sempre in materia di lavoro: "in tema di riparto dell'onere probatorio, ai fini dell'applicazione della tutela reale o obbligatoria al licenziamento di cui sia accertata l'invalidità, sono fatti costitutivi del diritto soggettivo del lavoratore a riprendere l'attività e, sul piano processuale, dell'azione di impugnazione del licenziamento, esclusivamente l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato e l'illegittimità dell'atto espulsivo, mentre le dimensioni dell'impresa, inferiori ai limiti stabiliti dall'art. 18 della L. 20 maggio 1970, n. 300, costituiscono, insieme al giustificato motivo del licenziamento, fatti impeditivi che devono, perciò, essere provati dal datore di lavoro".

31 Cass. 26 novembre 2019, n. 30787 (*Dejure.it*), da cui sono riprese le parti di seguito virgolettate.

32 In dottrina, aderiscono a questa impostazione, ad esempio, Proto Pisani, A.: "La prova del «requisito dimensionale» *ex* art. 18 l. 300/70: un «*grand arrêt*» delle Sezioni unite", *Il Foro italiano*, 2006, I, c. 704; Licci, P.: "L'onere della prova nelle controversie in materia di licenziamento", cit., pp. 1141-1142.

invece, al convenuto fornire la prova contraria. In questo modo, si esonera un soggetto dalla prova di un evento, favorendo la posizione di chi nel processo viene considerato la parte oggettivamente e ingiustificatamente svantaggiata sotto il profilo probatorio, al fine di realizzare il principio di effettività della tutela giurisdizionale e quello di uguaglianza.

Il criterio della prossimità finisce così per creare quelle che vengono usualmente definite "presunzioni giurisprudenziali", ossia situazioni in cui si assiste, in virtù di un'ermeneusi operata in sede giudiziale, alla conversione di un fatto costitutivo in uno presunto, sollevando l'attore dalla relativa dimostrazione[33]. L'applicazione del principio non determina perciò in senso stretto un'inversione dell'onere probatorio (il che si verificherebbe, invece, nel caso in cui l'attore fosse tenuto a dimostrare i fatti impeditivi, modificativi o estintivi e il convenuto quelli costitutivi): ferma restando la qualificazione del fatto, lo si considera semplicemente esistente a vantaggio di chi si trova nella sostanziale e incolpevole impossibilità di dimostrarlo. Ne consegue che i connotati dell'elemento fattuale continuano a discendere dalla norma sostanziale e il principio della vicinanza si presenta come un'eccezione alla regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c., poiché impedisce che risulti soccombente il soggetto che non ha provato l'esistenza di un fatto costitutivo qualora di quel fatto non aveva facile accesso. Le stesse Sezioni Unite della Suprema Corte hanno, in un recente passato, preso apertamente atto di questo fenomeno, osservando che "la giurisprudenza ha … fatto ricorso, tutte le volte che il modello legale prefissato non risultava appagante in relazione alle posizioni delle parti riguardo ai singoli temi probatori, allo schema della presunzione in modo talora così tipico e costante da creare, in definitiva, vere e proprie regole di giudizio. Col risultato non già di invertire l'onere della prova, ma di distribuirlo in senso conforme alla realtà dell'esperienza positiva"[34]. In questi casi il criterio della prossimità può allora ricostruirsi come regola interna alle norme processuali, volta a sollevare la parte da una prova impossibile o eccessivamente gravosa, così da garantire l'effettività della tutela in giudizio[35].

Emblematica di questa modalità d'impiego della regola della vicinanza appare anzitutto la decisione assunta dalla Corte di Cassazione in tema di onere probatorio gravante sulla parte, non colpita dall'evento interruttivo del processo, che intenda riassumerlo nei confronti degli eredi della controparte deceduta. In

33 Per una più ampia analisi del tema e per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a Micheli, G.A.: *L'onere della prova*, cit., pp. 340 ss.; Verde, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 371 ss. e 472 ss.; Taruffo, M.: "La prova nel processo civile", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni), Giuffrè, Milano, 2012, pp. 253 ss.; Id.: "Presunzioni, inversioni, prova del fatto", cit., p. 733 ss.; Benigni, E.: *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 173 ss.; Comoglio, L.P.: *Le prove civili*, cit., pp. 249 ss. e 320 ss.

34 Così Cass., sez. un., 16 luglio 2008, n. 19499 (Corriere giuridico 2008, 1555).

35 Secondo Comoglio, L.P.: *Le prove civili*, cit., pp. 249 ss., le presunzioni c.d. giurisprudenziali soddisfano i medesimi interessi che ispirano il legislatore nelle presunzioni legali al fine di garantire l'effettività del diritto alla prova.

questo caso, benché la qualità di erede del destinatario del ricorso in riassunzione venga ricondotta, ai sensi dell'art. 303, comma 2, c.p.c., agli elementi costitutivi della fattispecie, essa è data per presunta e si onera il ricevente l'atto di fornire la dimostrazione di non essere erede: "sovviene al riguardo il generale principio di vicinanza della prova, in quanto il chiamato all'eredità ha l'agevole possibilità di costituirsi e di allegare di non aver accettato l'eredità, mentre la parte non colpita dall'evento interruttivo si troverebbe nella difficoltà di dimostrare l'effettiva qualità di erede del chiamato, vista la complessità dei fenomeni ereditari e non essendovi un sistema di pubblicità che consenta un controllo da parte dei terzi sull'effettiva acquisizione della qualità di erede da parte del chiamato"[36].

Altro esempio è offerto dalla sentenza resa in tema di rappresentanza del vicepresidente vicario nelle associazioni non riconosciute: benché la sussistenza dei poteri rappresentativi, in capo al vicepresidente che ha stipulato un contratto con un terzo, risulti elemento costitutivo del diritto di credito (avente titolo nel contratto) azionato in giudizio dal terzo nei confronti dell'associazione, la Suprema Corte ha ritenuto che detto elemento fattuale si considera presuntivamente esistente, poiché "deve presumersi che [il vicepresidente] si sia avvalso, nei rapporti con terzi, di tale potere di sostituzione nel rispetto delle previsioni statutarie, con la conseguenza che – in applicazione del principio della vicinanza della prova – spetta all'associazione vincere tale presunzione, essendo essa a conoscenza delle specifiche circostanze che costituiscono il presupposto fattuale per invocare (o negare) la sussistenza della legittimazione rappresentativa sussidiaria del vicario"[37].

Dall'analisi, pur sommaria, di queste pronunce esemplificative, risulta un quadro in cui il criterio della riferibilità della prova assume un duplice profilo: funge da regola sostanziale quando, nel silenzio del legislatore in merito alla distribuzione dei temi probatori, concorre a qualificarli ai fini del riparto nell'ambito delle definizioni di cui all'art. 2697 c.c.; diventa, viceversa, regola correttiva in sede processuale quando, in base alla valutazione del giudice, una parte viene esentata dalla dimostrazione di una circostanza che, in base al parametro legale, sarebbe tenuta a provare, ma la cui prova risulterebbe per la stessa incolpevolmente troppo difficile, a prescindere dalla natura costitutiva o estintiva del fatto stesso, mentre risulta agevole per la controparte.

IV. CRITICHE ALLA REGOLA E LORO SUPERAMENTO SOTTO IL PROFILO ASSIOLOGICO.

Inevitabili e severe le critiche che, in base a un'impostazione strettamente legalista, parte della dottrina ha mosso all'uso del criterio della riferibilità del

36 Cass. 28 giugno 2018, n. 17445 (*Dejure.it*).

37 Cass. 17 giugno 2014, n. 13774 (*Dejure.it*).

mezzo, tanto da spingersi a definire come "pericolosa" la "manipolazione" degli oneri a opera del giudice, giacché "stabilendo in sede di decisione che una parte aveva … un onere probatorio non previsto dalla legge, e applicando la regola per cui chi non prova soccombe, in realtà il giudice decide – sempre discrezionalmente – chi soccombe e chi vince"[38]. Si è, poi, aggiunto un ulteriore rilievo fondato sul diritto positivo: la vicinanza come regola probatoria, in special modo se applicata come parametro correttivo, finirebbe per proporre un modello antitetico a quello formalmente codificato, racchiuso nel brocardo *onus incumbit ei qui dicit*, dispensando l'attore dalla dimostrazione di fatti che, di per sé, sarebbero costitutivi, in contrasto con quanto dispone la lettera dell'art. 2697 c.c.

In una prospettiva meramente formale, le obiezioni sembrano, all'apparenza, cogliere nel segno, poiché il denunciato fenomeno, pur ritenuto "inevitabile"[39], potrebbe divenire latore di non poche insidie e pericoli; tant'è che la giurisprudenza, sensibile a queste critiche, nelle sporadiche occasioni in cui ha proposto stringate riflessioni di carattere generale sul tema, si è sempre sforzata di ribadire che la prossimità costituisce, almeno in linea teorica, un criterio di riparto probatorio sussidiario e non alternativo rispetto a quello legale: "il principio di vicinanza della prova non deroga alla regola di cui all'art. 2697 c.c. … ed è destinato a operare quando le disposizioni attributive delle situazioni attive non offrano indicazioni univoche per identificare i fatti costitutivi"[40].

Tuttavia, abbandonando la prospettiva della semplice astrazione, va preso atto che, senza la regola della riferibilità (e gli altri criteri integrativi), l'art. 2697 c.c., in quanto norma "in bianco", rimarrebbe priva di contenuto: la vicinanza assume il ruolo decisivo di definire quali siano gli elementi della fattispecie sostanziale addotta in giudizio che devono essere dimostrati dalle parti[41]. Più che porsi quale regola derogativa rispetto a quella stabilita dal criterio legale di tipo formale, nel caso in cui la singola disposizione invocata nel processo non distingua espressamente i fatti costitutivi da quelli estintivi, la riferibilità del mezzo consente all'interprete di identificare gli elementi più prossimi all'attore e dunque nella sua disponibilità, mentre la lontananza permette di individuare quelli più facilmente suffragabili dal convenuto. In assenza di detto parametro, l'art. 2697 c.c. rimarrebbe oscuro nella

38 Così Taruffo, M.: "L'onere come figura processuale", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, p. 433. Denuncia l'eccessiva discrezionalità del giudice nell'uso del criterio della "vicinanza" anche Busnelli, D.: "La dottrina delle Corti e il risarcimento del danno alla persona", *Danno e responsabilità*, 2014, pp. 466 ss.; in senso critico, v. altresì Franzoni, M.: "La «vicinanza della prova», quindi…", cit., pp. 373 ss., nonché, con riguardo alle presunzioni giurisprudenziali, Piraino, F.: "Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale", *Danno e responsabilità*, 2020, pp. 565-566.

39 Così viene definito da Verde, G.: "L'inversione degli oneri probatori", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, p. 720.

40 Così Cass. 22 aprile 2022, n. 12910 (*Dejure.it*).

41 Secondo Verde, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 466, il criterio della vicinanza, unitamente agli altri già citati, "assolvono a un innegabile ruolo di propulsione e di completamento ogni volta che occorra «riempire» la previsione legale per renderla adeguata al caso concreto".

sua generica formulazione letterale, con il rischio di pervenire a soluzioni non conformi a una lettura costituzionalmente orientata della norma. D'altra parte, più una disposizione è priva di contenuto proprio[42] e ammette una pluralità di significati, massima è l'esigenza di una sua comprensione alla luce del sistema in cui è inserita e maggiore è il ruolo ricoperto dall'interprete, il cui compito primario è ricondurla a detto sistema[43]. Con ciò non s'intende negare la generale esigenza di un approccio positivistico al problema, ma va evitata l'illusione che il criterio di suddivisione dei temi probatori derivi sempre da un fatto di mera codificazione[44].

L'uso della vicinanza risulta legittimo anche nel caso in cui valga come regola correttiva in sede processuale. Se si interpreta l'art. 2697 c.c. all'interno del complesso normativo di cui fa parte, non possono non concorrere alla sua definizione le norme di rango costituzionale: l'applicazione diretta dei principi costituzionali nel diritto privato, il loro impiego per ricavare regole vincolanti d'azione e per interpretare le disposizioni codicistiche in funzione integrativa o correttiva, richiedono oggi ormai ben poche giustificazioni[45]. Il criterio di distribuzione dei carichi probatori previsto dall'art. 2697 c.c. va dunque letto in conformità all'art. 24 Cost. e alla luce di quello di ragionevolezza[46], i quali impongono di ripartire l'onere in modo da rendere effettivamente possibile, nel caso concreto, l'esercizio dell'azione (o la difesa) in giudizio. È dunque la lettura costituzionalmente orientata della norma ad avvalorare il modello teorico proposto, tenuto conto che la vaghezza della formula legislativa ammette una pluralità di significati tra cui va privilegiato quello maggiormente conforme a Costituzione.

42 Così Giovanni Verde definisce l'art. 2697 c.c.: v. Verde, G.: "L'inversione degli oneri probatori", cit., p. 729.

43 Secondo Verde, G.: "Prova (dir. proc. civ.)", cit., p. 632, "l'obiezione di stampo positivista, secondo la quale non è consentito all'interprete di inserire nel sistema criteri di ripartizione degli oneri probatori di origine giurisprudenziale, appare pertanto priva di significato quando si assuma che il sistema positivista non è un mondo chiuso e autosufficiente, ma è destinato a completarsi all'atto della sua traduzione in azione concreta per il tramite degli organismi all'uopo esistenti".

44 Cfr. ancora Verde, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 142, nt. 205.

45 In questo senso, v. Corte cost. 25 ottobre 2000, n. 440 (Giurisprudenza costituzionale 2000, 3307), secondo cui "i precetti costituzionali si pongono, infatti, rispetto alla legge ordinaria non solo come parametri di legittimità, ma, prima ancora, come essenziali punti di riferimento dell'interpretazione conforme a Costituzione della disciplina sottoposta a scrutinio di costituzionalità". Impensabile una bibliografia sull'argomento: si limita il rinvio al recente volume AA.VV., *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto* (a cura di E. Navarretta), Giappichelli, Torino, 2017, pp. 3 ss., nonché a Castorina, E.: "Diritto alla prova e principi costituzionali", in Cendon, P.: *Le prove*, I, *Il Diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, Utet, 2007, pp. 97 ss.

46 Sull'esistenza del criterio di ragionevolezza nel sistema privatistico, v. almeno Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 2006, *passim*; Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, ESI, Napoli, 2015, pp. 86 ss.; Roppo, V.: "Il contratto e le fonti del diritto", *Contratto e impresa*, 2001, pp. 1083 ss.; Patti, S.: "La ragionevolezza nel diritto civile", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, pp. 1 ss.; Nivarra, L.: "Ragionevolezza e diritto privato", *Ars interpretandi*, 2002, pp. 373 ss.; Troiano, S.: "Ragionevolezza (dir. priv.)", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto, Annali*, VI, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 783 ss.; Ricci, A.: *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Cedam, Padova, 2007, *passim*. Secondo Della Pietra, G.: "La vicinanza della prova e la prova «più prossima» che c'è: *internet*", cit., p. 1041, fu un canone di buon senso a indurre le Sezioni Unite del 2001 ad adottare il criterio della vicinanza.

Traguardando perciò la disposizione alla luce dell'art. 24 Cost., un'impostazione strettamente formalistica del criterio sancito dall'art. 2697 c.c. finirebbe per confliggere con il dato costituzionale nel caso in cui frapponga alla parte, che richiede tutela, un ostacolo all'assolvimento in concreto dell'onere probatorio da risultare estremamente arduo o impossibile. Per evitare una lesione del principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti non sembra esserci altra soluzione che abbandonare schemi astratti e attingere ai correttivi che il criterio della riferibilità consente di recuperare, rendendo altresì efficiente il processo, nel senso di favorire la corrispondenza sostanziale tra regola e fatto[47]. Un modello imperniato sulla formale e rigida uguaglianza delle parti rispetto ai temi da provare risulta inidoneo a garantire il diritto a un reale accertamento del diritto vantato: il criterio della vicinanza permette di ambire a una decisione veritiera, perché onera la parte, che effettivamente sarebbe in grado di dimostrare una circostanza, di darne prova; viceversa, addossando rigidamente il peso probatorio sulla parte "lontana" dal fatto, la ricostruzione operata dal giudice diverrebbe lacunosa o errata.

D'altronde, è la stessa Corte costituzionale a ricordare che "l'eccessiva difficoltà della prova e la conseguente impossibilità del riconoscimento del diritto importano violazione del precetto costituzionale dell'art. 24. Infatti, si è più volte affermato che esso risulta violato quando si sia imposto un onere tale o vengono prescelte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio, da parte di qualunque interessato, del diritto"[48]. Allo stesso modo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ammesso che la regola della vicinanza si inscrive direttamente nell'art. 24 Cost., "che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo difficile l'esercizio"[49].

Sulla scorta di queste indicazioni, l'ermeneusi dell'art. 2697 c.c. da preferire alla luce del dato costituzionale è quella che attribuisce alla vicinanza il ruolo di correttivo nei casi in cui la fattispecie concreta renda evidente l'incolpevole impossibilità per una parte di assolvere al proprio onere probatorio[50]. Si tratta di un principio che trova peraltro traduzione in alcune norme di legge: si pensi,

47 In linea generale, tramite la regola sull'onere della prova il legislatore persegue non solo l'interesse delle parti, ma anche un fine di rilevanza generale, rappresentato dalla possibilità che la decisione finale si fondi sull'accertamento, consentito dalle prove, della verità dei fatti rilevanti, in modo che il processo si concluda con una decisione "giusta" in quanto fondata sulla corretta applicazione delle norme regolanti la fattispecie concreta: v. Taruffo, M.: *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Bari, 2009, pp. 107 ss. e 228 ss.

48 Così Corte Cost. 22 dicembre 1989, n. 568 (*Dejure.it*).

49 Così Cass., sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141 (*Dejure.it*).

50 In questo senso, v. anche Comoglio, L.P.: *Le prove civili*, cit., pp. 323 s., il quale parla di "giustizia distributiva" e di "parametri ermeneutici essenziali", nonché Barile, P.: *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 291, secondo cui "un giusto e leale processo deve assicurare «il diritto alla prova», che assicura un «contenuto di pienezza» all'azione e alla difesa … nel senso che l'impossibilità o l'eccessiva difficoltà che la legge ponga alle prove costituisce un diniego di tutela, come tale illegittimo".

da un lato, all'art. 2698 c.c., il quale dichiara nulli i patti modificativi dell'onere che rendano troppo difficile l'esercizio del diritto, o all'art. 64 del Codice del processo amministrativo, che onera le parti di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità.

La regola di vicinanza si radica, inoltre, su ulteriori fondamenti costituzionali di primissimo vertice assiologico[51].

S'intende, in primo luogo, fare riferimento agli artt. 3 e 2 Cost.: il primo impone che a specificità di posizione – e quindi, per l'effetto, a diversità (rispetto alle altre posizioni) – deve corrispondere peculiarità di trattamento normativo; il secondo, invece, riconosce l'esigenza che la prossimità della prova concorra a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano l'uguaglianza dei soggetti nel processo[52]. In secondo luogo, il principio si configura come un corollario dei doveri di correttezza e di buona fede, nonché di quelli del giusto processo e delle regole generali del codice di rito[53].

Anche nella giurisprudenza di legittimità l'impiego del criterio trova legittimazione nei principi costituzionali e sovranazionali; in particolare, è la regola del giusto processo, riconducibile agli artt. 111 Cost. e 6 CEDU, a escludere qualsiasi automatismo nell'applicazione dell'art. 2697 c.c., poiché essa impone "di discostarsi da interpretazioni suscettibili di ledere il diritto di difesa della parte ovvero ispirate ad un formalismo funzionale non già alla tutela dell'interesse della controparte, ma piuttosto a frustrare lo scopo stesso del processo, che è quello di consentire che si pervenga ad una decisione di merito"[54]. La Suprema Corte mette, poi, in luce il limite di una interpretazione in senso letterale dell'art. 2697 c.c.: il principio della prossimità non viene ricostruito come un mezzo per eludere la norma codicistica, "bensì [come] un presidio sistemico per impedirne l'abuso, *id est* la trasformazione del dispositivo processuale in un'inaccettabile ostacolo alla tutela dei diritti sostanziali"[55].

Si tratta, peraltro, di una prospettiva metodologica coerente con la tendenza ormai radicata a rileggere il diritto civile nel prisma della tutela dei diritti[56]: il

51 Cfr. Dolmetta, A.A. e Malvagna, U.: "Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario", *Banca, borsa, titoli di credito*, 2014, p. 671.

52 Cfr. nuovamente Dolmetta, A.A. e Malvagna, U.: "Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario", cit., pp. 671 ss.

53 Cfr. Saitta, F.: "Vicinanza della prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro", cit., p. 916.

54 Così Cass. 11 febbraio 2009, n. 3362 (*Dejure.it*). Richiamano l'art. 111 Cost. e le norme europee per giustificare l'esistenza di un "diritto alla prova" anche Patti, S.: "Le prove", cit., p. 122; Tarzia, G.: "L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile", *Rivista di diritto processuale*, 2001, pp. 1 ss.

55 Così Cass. 6 luglio 2020, n. 13851, cit.

56 Rileva questa tendenza Carapezza Figlia, G.: "Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. Gli artt. 614-*bis* e 709-*ter* c.p.c. nella riforma del processo della famiglia", *Il diritto di famiglia e delle*

momento sostanziale si lega inscindibilmente a quello processuale della tutela[57], attraverso la valorizzazione del principio di effettività di quest'ultima, che implica il riconoscimento tanto del diritto a un ricorso effettivo[58], quanto a quello di un rimedio effettivo[59].

Prima di confermare il modello probatorio proposto, occorre però farsi carico di un'ulteriore obiezione.

L'interesse, costituzionalmente protetto, che il criterio di riferibilità della prova soddisfa, trova un contrappunto nel principio generale di prevedibilità delle regole processuali, rispetto al quale va effettuata una verifica comparativa. È indiscutibile, infatti, che il bisogno di certezza porterebbe in astratto a escludere la possibilità di un mutamento del riparto probatorio in considerazione della fattispecie concreta: diversamente opinando, il soggetto che intenda agire in giudizio correrebbe il rischio di veder invertito, a suo svantaggio, l'onere della prova nel corso del processo, ogni qual volta la controparte eccepisca l'oggettiva e incolpevole difficoltà di provare l'esistenza di un fatto della cui dimostrazione sarebbe formalmente onerata. L'istanza di prevedibilità delle regole sulla distribuzione del carico sembrerebbe imporre una distribuzione dell'onere rigida e predefinita.

In realtà, tenendo fede al fondamento assiologico dell'impostazione proposta, il bilanciamento tra esigenze di certezza ed esigenze di effettività della tutela giurisdizionale depone per il prevalere delle seconde rispetto alle prime. A mente della rilevanza attribuita dalla Corte costituzionale all'art. 24 Cost. e ai valori del giusto processo, quando sussiste la necessità nella singola fattispecie di garantire il diritto, definito come "inviolabile e universale"[60], di agire o di difendersi giudizialmente, va sempre assicurato alle parti un effettivo diritto alla prova, da

persone, 2022, p. 632. In tema di tutela dei diritti, imprescindibile risulta l'opera di DI MAJO, A.: *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1987, *passim*; ID.: "Il linguaggio dei rimedi", *Europa e diritto privato*, 2005, pp. 341 ss. Sempre sul tema, v. anche almeno MAZZAMUTO, S.: "La nozione di rimedio nel diritto continentale", *Europa e diritto privato*, 2007, pp. 585 ss.; PERLINGIERI, P., "Il «giusto rimedio» nel diritto civile", *Il giusto processo civile*, 2011, pp. 1 ss.; MESSINETTI, D.: "Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali", *Europa e diritto privato*, 2005, pp. 609 ss.

57 Così per DI MAJO, A.: "Forme e tecniche di tutela", in AA.VV.: *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di S. MAZZAMUTO), I, Jovene, Napoli, 1989, p. 36.

58 Nella giurisprudenza di fonte europea, v. almeno Corte EDU 21 febbraio 1975, Golder c. Regno Unito (www.hudoc.echr.coe.int). Come rileva CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Responsabilità civile e tutela ragionevole ed effettiva degli interessi", in AA.VV.: *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo* (a cura di G. PERLINGIERI e A. FACHECHI), I, ESI, Napoli, p. 163, le Corti europee sono contrarie a restringere la portata del diritto a "un accesso effettivo alla giustizia" (art. 47, ultimo comma, Carta dir. fond. Un. eur.) alla mera pretesa di adire i tribunali, dovendosi attribuire eguale rilevanza anche alla effettività della disciplina rimediale.

59 Emblematica sul tema è Cass. 17 settembre 2013, n. 21255 (Danno e responsabilità 2014, pp. 123 ss.), secondo cui il diritto alla tutela giurisdizionale va inteso non solo "come diritto di accesso al giudizio o all'esercizio in esso di un determinato potere processuale", ma anche "in una prospettiva contenutistica, come diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela".

60 Con queste parole il diritto di agire in giudizio viene definito dalla Corte costituzionale: v. C. Cost. 11 febbraio 1999, n. 26 (Il Foro italiano 1999, I, 1118) e C. Cost. 22 gennaio 1982, n. 18 (Il Foro italiano 1982, I, 934).

ritenersi prevalente sulle esigenze di certezza. D'altra parte, se queste ultime primeggiassero e conducessero però all'impossibilità pratica di agire in giudizio, esse finirebbero per negare, con un'evidente eterogenesi dei fini, lo stesso diritto azionato di cui esse vogliono con certezza predeterminare immodificabilmente il riparto probatorio degli elementi che lo comprovano. E la paventata eccessiva discrezionalità di cui godrebbe il giudice non è, in realtà, più ampia di quella che la legge già gli assicura con la previsione dell'istituto del giuramento suppletorio *ex* art. 2736 c.c.[61] In presenza di una prova non "piena", il giudice gode di una duplice discrezionalità: per un verso, può decidere di applicare l'art. 2697 c.c. (inteso come regola di giudizio) e respingere la domanda (o l'eccezione) oppure può deferire d'ufficio il giuramento suppletorio "al fine di decidere la causa" (art. 2736 c.c.); per altro verso, ha la libertà di scegliere la parte a cui deferire il giuramento, finendo così per mutare radicalmente, a sua scelta, la situazione dei contendenti in ordine alla prova[62].

Affinché la discrezionalità non si tramuti in arbitrio, è però necessario riconsiderare il modo in cui la prova si forma in giudizio: qualora una delle parti alleghi[63] (e fornisca elementi per dimostrare) l'impossibilità oggettiva o l'estrema incolpevole difficoltà a provare fatti che *a priori* dovrebbero ricadere nella sua sfera d'azione, deve essere onere del giudice imporre un contraddittorio sul tema della vicinanza e assumere, poi, una decisione adeguatamente motivata sul "chi deve provare che cosa", anche al fine di permettere sia l'eventuale impugnazione a opera della parte soccombente, sia un controllo di merito. Non si tratterà tanto di prevedere un obbligo di *disclosure*, non codificato nel nostro ordinamento, in virtù del quale ciascuna parte sarebbe "tenuta a produrre tutte le prove rilevanti che sono in suo possesso o nella sua disponibilità, ivi comprese le prove che per tale parte produrrebbero effetti sfavorevoli"[64], ma si tratta piuttosto di sollecitare tutti i soggetti coinvolti nel processo a prendere posizione sulla questione della vicinanza (o lontananza) di un fatto da dimostrare, se sollevata da uno di essi.

Quel che va evitato è che la decisione sul riparto probatorio arrivi "a sorpresa" al termine del giudizio, come risultato di una scelta "occulta" compiuta dal magistrato,

61 Besso, C.: "La vicinanza della prova", cit., p. 1397. Si consideri, poi, che è lo stesso principio del libero convincimento del giudice ad attribuire ampia discrezionalità del giudicante nella valutazione delle prove e nel considerare integrata la piena prova di un fatto storico

62 Cfr. Benvenuti, F.: *L'istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1953, p. 449 (nt. 159); Patti, S.: "Onere della prova e giuramento suppletorio: un problema di coordinamento", *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 2541; Micheli, G.A.: *L'onere della prova*, cit., p. 167.

63 L'onere di allegazione consente di salvaguardare il contraddittorio, poiché impone alla parte di rendere conoscibili alla controparte, specificamente e tempestivamente rispetto alle preclusioni processuali, quali siano i fatti rilevanti a fondamento dell'affermata lontananza dalla prova. In generale, sui rapporti tra onere di allegazione e onere della prova, v. Carli, A.: "Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova", *Contratto e impresa*, 2002, pp. 1000 ss. (spec. p. 1004); Ricci, G.F.: "Questioni controverse in tema di onere della prova", *Rivista di diritto processuale*, 2014, pp. 321 ss.; Patti, S.: "Le prove", cit., pp. 86 ss.

64 Così Taruffo, M.: "La prova nel processo civile", cit., p. 256, nt. 6.

che frustra l'aspettativa della parte che aveva ragionevolmente impostato la propria difesa contando sull'onere altrui[65]. L'instaurazione di un effettivo contraddittorio, come previsto dall'art. 101, comma 2, c.p.c., consente di evitare tale rischio, così da permettere ai litiganti di poter interloquire nel processo in una posizione di parità e di influire concretamente sull'esito del giudizio, contribuendo alla formazione del convincimento del giudice[66].

Si tratta di una soluzione che presenta non pochi addentellati con il dato costituzionale.

Il principio del contraddittorio si correla sia con la regola dell'uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., sia con il diritto di difesa, dichiarato dall'art. 24, comma 2, Cost. "inviolabile in ogni stato e grado del giudizio": esso garantisce a ciascuno dei destinatari del provvedimento del giudice di poter influire sul contenuto del medesimo, dovendosi realizzare nella sua piena effettività durante tutto lo svolgimento del processo[67]. Pertanto, prima di attribuire l'onere della prova a carico della parte che ne ha la disponibilità o per la quale è più facile il reperimento, nel caso in cui occorra discostarsi dal modello legale, o semplicemente prima di assumere ogni decisione in merito alla qualificazione di un fatto costituente la fattispecie normativa *ex* art. 2697 c.c., sono le stesse norme costituzionali, aventi traduzione nell'art. 101 c.p.c., a imporre al giudice di instaurare il contraddittorio, così da giungere a una decisione sul riparto probatorio frutto del dialogo processuale tra le parti[68]. È necessario evitare che il giudice fissi la distribuzione degli oneri probatori solamente quando formula la decisione finale, impedendo a ciascuna parte di conoscere anticipatamente e per tempo il canone di riparto, in modo da predisporre le iniziative istruttorie necessarie a ottenere l'accoglimento della propria domanda.

Quanto osservato consente di trarre due importanti corollari.

In primo luogo, il giudice sarà sempre tenuto ad applicare la previsione di cui all'art. 2697 c.c., intesa come regola di giudizio, ogni qual volta il principio di prossimità non consenta comunque di individuare la parte a cui la prova risulta meno lontana. In ipotesi di equidistanza dal fatto e di inutilizzabilità degli altri criteri

65 Sassani, B.: "L'onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verde", *Rivista di diritto processuale*, 2022, pp. 440-441.

66 Si tratta di una regola ribadita in più occasioni anche dalla Suprema Corte: "il principio del contraddittorio stabilito dall'art. 101 c.p.c., correlato con gli artt. 3 e 24 della Costituzione, esige che il contraddittorio si realizzi durante tutto lo svolgimento del processo" (così, ad esempio, in Cass. 28 novembre 2003, n. 18245 (*Dejure.it*).

67 In questo senso, v. anche Cass. 8 aprile 1998, n. 3632 (*Dejure.it*).

68 Per l'esigenza che s'instauri sempre il contraddittorio quando il giudice si serve del principio di vicinanza, v. anche Taruffo, M.: "Presunzioni, inversioni, prova del fatto", cit., p. 756; Besso, C.: "La vicinanza della prova", cit., p. 1398.

integrativi della norma, il rischio della mancata prova graverà sull'attore secondo la regola di giudizio sancita dall'art. 2697 c.c.

In secondo luogo, come la vicinanza ammette deroghe al significato letterale dell'art. 2697 c.c., consentendo a una parte di limitarsi ad allegare l'elemento di cui non può obiettivamente e incolpevolmente fornire la dimostrazione, a prescindere dalla qualificazione dello stesso come costitutivo o impeditivo, così il principio della minore gravosità della prova può altresì giustificare una deroga alle norme che introducono presunzioni legali *iuris tantum*, qualora la dimostrazione del fatto sia impossibile per il soggetto onerato *ex lege* e risulti vicina alla controparte[69]. A nulla varrebbe escludere la permeabilità delle disposizioni sulle presunzioni legali al principio di prossimità, argomentando in base al carattere di specialità delle prime[70]: l'applicazione della regola "*lex specialis derogat generali*" presuppone un rapporto di specialità tra dette norme e il criterio della vicinanza che, in realtà, manca del tutto. La prossimità come regola probatoria è passibile di applicazione generalizzata, informando tutto il sistema processualcivilistico, in quanto traduzione dei principi costituzionali di effettività della tutela giurisdizionale e di uguaglianza, a prescindere dalla portata o dalla collocazione gerarchica di una norma. A ciò si aggiunga che risulterebbe contraddittorio sostenere l'applicazione del principio di vicinanza alla sola ipotesi di cui all'art. 2697 c.c. e negarla, invece, alle altre disposizioni che introducono presunzioni legali *iuris tantum*, trattandosi in ogni caso di norme sul riparto dei pesi probatori nel processo.

V. ULTERIORI APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI.

L'uso assai pregnante del criterio della prossimità nelle decisioni riguardanti il tema del riparto probatorio trova riscontro, oltre che nelle sentenze sinora menzionate, in numerose altre decisioni assunte dalla Suprema Corte. La regola si può così, ad esempio, ritrovare anche nella distribuzione dell'onere della prova riguardante: il caso fortuito nella responsabilità da cose in custodia[71]; il nesso eziologico nella responsabilità professionale del medico in caso di difettosa tenuta della cartella clinica[72]; il decorso del termine di prescrizione nella occupazione acquisitiva compiuta dalla pubblica amministrazione[73]; il mancato guadagno in caso di risoluzione anticipata del contratto di locazione; l'assoluta capienza del patrimonio del debitore, che intenda eccepire l'insussistenza dell'*eventus damni*,

69 Cfr. Giussani, A.: "Sulla «vicinanza» della prova del vizio della cosa venduta", *Rivista di diritto processuale*, 2020, p. 1328.

70 Cass. 15 aprile 2016, n. 7558 (*Dejure.it*).

71 Cass. 2 febbraio 2007, n. 2308 (*Dejure.it*), poi ripresa in Cass. 12 maggio 2020, n. 8811 (*Dejure.it*).

72 Cass. 27 aprile 2010, n. 10060 (*Dejure.it*).

73 Cass. 28 febbraio 2013, n. 5025 (*Dejure.it*).

nella revocatoria ordinaria[74]; la volontà di interrompere la gravidanza in capo alla madre che reclami il danno da "nascita indesiderata"[75]; l'avviso di ricevimento del ricorso per cassazione per contestarne la tardività[76]; il corretto funzionamento dello strumento di misurazione dell'energia elettrica in caso di contestazione a opera del somministrato[77]; la condizione impeditiva dell'insediamento sul fondo di un coltivatore diretto nella prelazione agraria[78].

Dalla esemplificazione proposta si trae conferma tanto della considerevole ampiezza applicativa della regola della vicinanza, quanto della conseguente necessità di procedere a un'analisi per schemi generali. A questo riguardo, alla prima bipartizione, tra sentenze che impiegano il canone ai fini qualificatori del fatto da dimostrare e quelle che lo tratteggiano come correttivo processuale rispetto alla regola di cui all'art. 2697 c.c., si può aggiungere un terzo nucleo di pronunce, in cui la vicinanza viene richiamata a mero titolo argomentativo per giustificare il criterio di suddivisione dei pesi probatori prestabilito (e già ricavato) dalla norma sostanziale dedotta in giudizio.

È il caso, ad esempio, della decisione sull'onere della prova in tema di incidenti autostradali derivanti dalle condizioni della strada: il custode si libera dalla responsabilità dando prova del fortuito, ricostruito come fatto impeditivo in base a quanto dispone l'art. 2051 c.c., "una dimostrazione che può avvenire *anche* in applicazione del principio della cosiddetta vicinanza della prova"[79]. In modo analogo, la prova del danno a titolo di lucro cessante, in caso di risoluzione anticipata del contratto di locazione, derivante dalla mancata percezione di un introito mensile per tutto il tempo necessario per poter locare nuovamente il bene, è stato addossato al locatore, secondo la regola ordinaria, "atteso che la relativa dimostrazione, *anche* in ragione del criterio di vicinanza della prova, non può far carico al conduttore [danneggiante]"[80]. Parimenti, in tema di esenzione dal fallimento dell'imprenditore agricolo, si è onerato quest'ultimo della dimostrazione che l'attività di commercializzazione dei prodotti agricoli è esercitata nell'ambito di cui all'art. 2135, comma 3, c.c., "in ossequio all'art. 2697, comma 2, c.c. e del principio di vicinanza della prova"[81]; nonché in tema di giudizi antidiscriminatori, ove l'agevolazione probatoria, prevista espressamente nel Codice delle pari

74 Cass. 27 ottobre 2015, n. 21808 (*Dejure.it*).

75 Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767 (*Dejure.it*).

76 Cass. 8 marzo 2019, n. 6864 (*Dejure.it*).

77 Cass. 9 gennaio 2020, n. 297 (*Dejure.it*).

78 Da ultimo, v. Cass. 11 marzo 2020, n. 7023 (*Dejure.it*).

79 Cass. 2 febbraio 2007, n. 2308, cit., e nuovamente in Cass. 12 maggio 2020, n. 8811, cit.

80 Cass., 14 gennaio 2014, n. 530, cit.

81 Cass. 21 gennaio 2021, n. 1049 (*Dejure.it*).

opportunità, è stata giustificata (anche) "in ragione del principio di vicinanza della prova"[82].

Si tratta di pronunce in cui il criterio della prossimità svolge un ruolo meramente ancillare, se non talvolta del tutto pleonastico, nel ripatire il carico probatorio, venendo richiamato "*ad abundantiam*" pur quando la norma sostanziale è chiara nel suddividere la prova degli elementi fattuali tra i litiganti[83]. L'impressione è che la Suprema Corte tenda a dare legittimazione *ex post* alle scelte sul riparto probatorio, già compiute dal legislatore, alla luce della regola della vicinanza, facendo assumere a quest'ultima il ruolo di canone generale ad applicazione generalizzata, di cui le specifiche norme, di volta in volta richiamate, vengono ricostruite come una sua fedele traduzione nel diritto positivo. Questa modalità d'impiego del canone dà testimonianza del decisivo e incontrastato ruolo apicale ch'esso assume ogni qual volta debba stabilirsi la suddivisione del carico probatorio in quanto percepito come principio generale fondante il sistema.

Prima di concludere l'analisi del dato giurisprudenziale, va evidenziato un ultimo profilo.

Non ostante il conclamato uso della vicinanza come criterio correttivo, costante è lo sforzo della Corte di Cassazione di ribadire la propria adesione all'interpretazione formalistica-letterale della regola stabilita dall'art. 2697 c.c. Paradigmatico è il passo trascelto da una recente sentenza: "l'interprete deve, … in primo luogo, sottoporre il testo agli strumenti di analisi della dogmatica al fine di sceverare gli elementi della fattispecie da considerare costitutivi, anche alla luce del confronto con le caratteristiche categoriali delle situazioni soggettive affini e di quelle diverse. Di fronte a una pluralità di significati plausibilmente ricavabili dalla disposizione di riconoscimento dell'interesse di cui viene domandata tutela, l'interprete è chiamato a privilegiare quel senso che individua i fatti costitutivi in funzione della maggiore accessibilità ai relativi mezzi di prova da parte dell'attore. Al cospetto, però, di scelte normative che … identificano in maniera inequivocabile i fatti costitutivi oppure di ragioni di ordine dogmatico che subentrano tanto più nel silenzio del legislatore, il principio di vicinanza della prova nulla può invece; e certamente esso non consente all'interprete di riscrivere la ripartizione operata dalla norma attributiva"[84].

82 Cass. 26 febbraio 2021, n. 5476 (*Dejure.it*).

83 Franzoni, M.: "La «vicinanza della prova», quindi…", cit., p. 363, definisce in questi casi la vicinanza una "*ratio decidendi* alternativa".

84 Così Cass. 22 aprile 2022, n. 12910, cit. L'idea di fondo che l'art. 2697 c.c. imponga temi fissi di prova emerge anche in alcune isolate pronunce in cui la Cassazione tratteggia il criterio di prossimità della prova come una "eccezionale deroga al canonico regime della sua ripartizione" (v., ad esempio, Cass. 12 settembre 2016, n. 17923, *Dejure.it*).

In realtà, la presa di posizione, più che testimoniare il sostanziale rispetto di un certo modo "tradizionale" d'intendere la regola codicistica, sembra avvicinarsi alle Grida di manzoniana memoria. Si è già rilevato, infatti, che non infrequenti sono le decisioni della Suprema Corte che, pur a fronte di un dato normativo sufficientemente chiaro nel tratteggiare come costitutivo un certo elemento fattuale, finiscono per consentire all'attore di limitarsi ad allegarlo, onerando il convenuto di darne prova contraria. In questi casi, l'uso della vicinanza come regola correttiva in sede processuale confligge inevitabilmente con la lettura formalistica e non sistematica della formulazione dell'art. 2697 c.c., poiché essa non "funge [più] da criterio ermeneutico che aiuta nell'individuazione dei fatti costitutivi rispetto a quelli estintivi"[85], bensì riguarda l'effettiva possibilità di acquisire la prova. La discrasia tra l'uso in concreto che la Cassazione fa della regola della prossimità e la ricostruzione teorica (per quanto, a tratti, superficiale) che essa persevera a delineare risulta intrinsecamente contraddittoria: per sua natura, il canone consente di analizzare le variabili che vengono in rilievo nel processo e assume il ruolo di rimedio all'apparente formalismo della regola della prova secondo allegazione[86].

Il vizio, che mina di fondo il ragionamento operato dalla Suprema Corte, sta nel contrapporre il principio di riferibilità del fatto da provare al disposto di cui all'art. 2697 c.c. E così, per un verso, non si comprende al cospetto di quali "ragioni di carattere dogmatico"[87] la regola della vicinanza "nulla potrebbe", tenuto conto che quest'ultima altro non è che una di esse, in quanto principio teorico volto alla comprensione dell'istituto giuridico; per altro verso, si dimentica che detta regola funge da criterio ermeneutico dell'art. 2697 c.c. e dunque non potrebbe logicamente contraddire la previsione normativa. In altri termini, la vicinanza non può mai portare a "riscrivere la ripartizione operata dalla norma attributiva", posto che tale principio serve proprio a scriverla, ossia a darne contenuto e individuare il riparto dei temi probatori previsto nella norma invocata in giudizio, con la conseguenza che la regola della prossimità non va ricostruita come un criterio radicalmente diverso da quello dettato dalla norma generale sull'onere della prova[88].

Sarebbe dunque auspicabile che, in futuro, la giurisprudenza renda trasparente il modo d'impiego della vicinanza ch'essa, nei fatti, continua a proporre, la quale comporta, per definizione, una flessibilità nella suddivisione dei pesi probatori e impone al giudice, quale logico corollario, di risolvere il problema del riparto

85 Così Cass. 22 aprile 2022, n. 12910, cit.

86 In modo conforme, v. Dolmetta, A.A. e Malvagna, U.: "Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario", cit., p. 668.

87 Così Cass. 22 aprile 2022, n. 12910, cit.

88 Ci si permette dunque di dissentire dall'opinione espressa sul punto da Patti, S.: "Onere della prova e giuramento suppletorio: un problema di coordinamento", cit., p. 2539, nonché in giurisprudenza, ad esempio, da Cass., 4 aprile 2016, n. 6511 (Dejure.it), secondo cui il principio di vicinanza della prova opererebbe come eccezionale deroga all'ordinario regime dell'onere della prova.

senza ricorrere ad apodittiche ricostruzioni formali. D'altronde, è la stessa enunciazione che le Sezioni Unite hanno dato del principio a imporre una simile conclusione: nel sostenere che il carico probatorio deve essere valutato tenendo conto, "*in concreto*, della possibilità per l'uno e per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione"[89], è alla fattispecie concreta che esse impongono di guardare per verificare la suddivisione dell'onere della prova. Ne consegue che le vicende del singolo caso sottoposto al vaglio del giudice possono concorrere a determinare la ripartizione dei temi probatori, pur con le cautele che l'ordinamento offre, prima fra tutte quella che prescrive di instaurare un contraddittorio pieno sulla questione del riparto.

1. Il caso dell'onere probatorio nella responsabilità contrattuale.

Prima di trarre le conclusioni, risulta imprescindibile un cenno alla sentenza che per prima ha fondato le basi d'impiego della vicinanza come regola probatoria, non tanto per proporne un'analisi che poco aggiungerebbe al dibattito in corso[90], quanto per verificarne la tenuta a distanza di oltre due decenni dalla pubblicazione.

È noto che le Sezioni Unite nel 2001, argomentando dal combinato disposto dei principi di presunzione di permanenza del diritto e di prossimità della prova[91], hanno ritenuto che il creditore incontrerebbe difficoltà spesso insuperabili se dovesse dimostrare di non aver ricevuto la prestazione, mentre sarebbe agevole per il debitore provare l'adempimento (tramite l'esibizione dell'atto di quietanza); con la conseguenza che, ai fini del riparto, il primo può limitarsi a dimostrare la fonte negoziale o legale del suo diritto (oltre all'eventuale termine di scadenza), mentre il secondo è sempre tenuto a fornire la prova del fatto estintivo, ossia

89 Così espressamente in Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

90 Per un commento a Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit. si limita il rinvio a Tuozzo, M.: "Inadempimento ed onere della prova. Intervengono, finalmente, le Sezioni Unite", *Contratto e impresa*, 2002, pp. 547 ss.; Meoli, B.: "Risoluzione per inadempimento ed onere della prova", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2002, pp. 355 ss.; Villa, G.: "Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica", *Rivista di diritto civile*, 2002, pp. 707 ss.; Ortolani, A.: "La ripartizione dell'onere probatorio nelle azioni di adempimento, risoluzione e risarcimento di danno per inadempimento contrattuale dopo Sez. Un. n. 13533/2001", *Giurisprudenza italiana*, 2002, pp. 1837 ss.; Mariconda, V.: "Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro", *Il corriere giuridico*, 2001, pp. 1565 ss.; Carnevali, U.: "Inadempimento e onere della prova", *I contratti*, 2002, pp. 113 ss.; Laghezza, P.: "Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo", *Il Foro italiano*, 2002, I, cc. 769 ss.; Maggiolo, M.: "Inadempimento e oneri probatori", *Rivista di diritto civile*, 2006, pp. 165 ss.; Cerdonio Chiaromonte, G.: *L'obbligazione del professionista intellettuale*, Cedam, Padova, 2008, pp. 176 ss.; Modica, L.: "La prova di adempimento o inadempimento", in AA.VV.: *Il regime probatorio nel giudizio sulla responsabilità da inadempimento* (a cura di M. Maggiolo), Giuffrè, Milano, 2022, pp. 253 ss.

91 In realtà, almeno formalmente, le Sezioni Unite hanno fondato la propria decisione anche sul principio di omogeneità della prova, che ha rappresentato il filo conduttore dell'argomentazione proposta. Tuttavia, come è stato condivisibilmente sottolineato, "stando alla stretta logica, è anche vero che la esigenza di uniformità potrebbe venire ugualmente soddisfatta da una regola opposta a quella indicata dalla Cassazione, dal momento che sarebbe altrettanto omogeneo un sistema che invertisse i segni ed imponesse sempre al creditore la dimostrazione dell'inadempimento, inteso come presupposto costitutivo della propria pretesa. Dunque, il principio di omogeneità finisce per avere in concreto un ruolo del tutto marginale nella decisione di chi sia tenuto alla prova": così Villa, G.: "Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica", cit., p. 713.

dell'avvenuto adempimento, a prescindere che venga domandata la risoluzione del contratto, l'esatto adempimento o il risarcimento del danno, in base a un criterio "caratterizzato, nel maggior grado possibile, da omogeneità ... anche per palesi esigenze di ordine pratico"[92].

La soluzione non è stata accolta favorevolmente dalla dottrina, la quale ne ha da subito segnalato le numerose aporie, esprimendo un forte dissenso in merito alla scelta di estendere la regola probatoria anche al caso di inesatto adempimento[93]. In particolare, si è denunciata l'indiscriminata ampiezza di quest'ultima nozione, comprendente tanto la "violazione di doveri accessori, come quello di informazione", quanto "la mancata osservanza dell'obbligo di diligenza" o "le difformità quantitative o qualitative dei beni"; vicende che, per un verso, non si prestano a essere ricomprese indistintamente nel concetto di inesatto adempimento[94] e che, per altro verso, avrebbero meritato un'analisi differenziata alla luce di quanto dispone l'art. 2697 c.c.[95] Si è, inoltre, contestato al principio di presunzione di persistenza del diritto[96] (secondo il quale, una volta dimostrata l'esistenza di un diritto da soddisfarsi entro un dato termine, si presume ch'esso rimanga inadempiuto, argomentando dal carattere estintivo dell'adempimento *ex* art. 2697 c.c.), non tanto e non solo l'assenza di un suo fondamento nel diritto positivo, quanto l'inapplicabilità all'ipotesi di inesatto adempimento, poiché il creditore che lo lamenta riconosce, in realtà, implicitamente che un adempimento

92 Così Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., in cui però s'inverte l'onere probatorio con riguardo alle obbligazioni negative.

93 La dottrina, pressoché unanime, formatasi sia prima che dopo la sentenza delle Sezioni Unite del 2001, preferisce addossare al creditore l'onere di provare l'inesattezza dell'inadempimento: v., ad esempio, Mengoni, L.: "Responsabilità contrattuale (dir. vig.)", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1097; Sacco, R.: "Risoluzione per inadempimento", in AA.VV.: *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.,* XVIII, Utet, Torino, 1998, p. 59; Verde, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., pp. 429-430; Patti, S.: "Prove. Disposizioni generali", in AA.VV.: *Commentario del Codice civile* (a cura di A. Scialoja e G. Branca), *Sub art. 2697-2698*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1987, p. 120; Id.: "Le prove", cit., p. 205; Carnevali, U.: "Inadempimento e onere della prova", cit., p. 120; Mariconda, V.: "Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro", cit., pp. 1579 ss. In una posizione peculiare, v. De Cristofaro, M.: "Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio", *Rivista di diritto civile*, 1994, I, pp. 567 ss., il quale critica la soluzione adottata dalle Sezioni Unite adottando un'articolata prospettiva di stampo processualistico, secondo cui la soluzione andrebbe ricercata nella rilevanza che la struttura del rapporto obbligatorio assume sul piano processuale in relazione agli oneri di prova e di allegazione.

94 Emblematico è il caso delle "difformità qualitative" che, considerate "vizi" nella compravendita, sono state sottratte alla regola probatoria uniformante resa nel 2001 dalle successive Sezioni Unite del 2019: cfr. Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, cit.

95 Mariconda, V.: "Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro", cit., pp. 1579-1580.

96 L'esistenza del principio viene affermata in dottrina, ad esempio, da Bianca, C.M.: "Dell'inadempimento delle obbligazioni", in AA.VV.: *Commentario del Codice civile* (a cura di A. Scialoja e G. Branca), *Sub art. 1218-1229*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1979, p. 175 (benché l'Autore non lo ritenga applicabile a tutte le obbligazioni); Mengoni, L.: "Responsabilità contrattuale (dir. vig.)", cit., p. 1095, il quale però preferisce discorrere di principio probatorio di equivalenza tra l'effetto dell'acquisto del diritto e la titolarità attuale del medesimo. Contro la configurabilità di un simile principio si sono, invece, espressi, ad esempio, De Cristofaro, M.: "Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio", cit., pp. 583 ss.; Patti, S.: "Le prove", cit., pp. 202 ss.; Mariconda, V.: "Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro", cit., pp. 1576-1577.

vi è stato, interrompendo così il principio di persistenza[97]. Da ultimo, ed è il profilo che qui maggiormente interessa, si è sottolineata la contraddittorietà di una soluzione del tutto omogenea rispetto al principio di vicinanza della prova, rilevando come il creditore si trovi nella posizione migliore per fornire la dimostrazione dell'inesatto adempimento[98], con la conseguenza che si dovrebbe addossare allo stesso l'onere di provare detta circostanza.

I rilievi, pur autorevolmente sostenuti, convincono solo in parte e offrono una soluzione che risulta inappagante nella sua tendenziale omogeneità.

In primo luogo, ai fini della condivisibile critica al principio di persistenza del diritto, non sembra cogliere nel segno l'obiezione fondata sull'ammissione di adempimento che l'attore farebbe quando lamenta l'inesatto adempimento. In realtà, l'inesatta esecuzione della prestazione concreta un inadempimento non diversamente dalla mancata esecuzione: ammettere la prima non significa confessare che un adempimento vi sia stato, poiché solo l'adempimento esatto è idoneo a estinguere l'obbligazione[99]. Attribuire valore decisivo al riconoscimento dell'attore circa l'avvenuta esecuzione, benché inesatta, si pone peraltro in contrasto con quanto dispone l'art. 2734 c.c., il quale codifica il principio di indivisibilità delle dichiarazioni del confitente, impendendo di separare l'affermazione del creditore circa l'avvenuta esecuzione da quella relativa alla sua inesattezza e di considerare provata solo la prima e indimostrata la seconda[100]. In realtà, a minare la configurabilità del principio di persistenza del diritto concorrono due rilievi ulteriori: per un verso, la presunzione di inadempimento, che ne sta alla base, contrasta con il dato di comune esperienza secondo cui le obbligazioni vengono generalmente adempiute[101]; per altro verso, il principio conduce a un corollario non accettabile, in quanto impone di distinguere il riparto a seconda che il creditore agisca prima o dopo il termine di scadenza, esentandolo solo nel secondo caso dalla prova dell'inadempimento, con una soluzione artificiosa e contraddittoria[102]. Il principio di persistenza del diritto si riduce dunque a una formula descrittiva che

97 Per simili rilievi, v. De Cristofaro, M.: "Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio", cit., p. 595; Villa, G.: "Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica", cit., p. 727; nonché Cass., 15 ottobre 1999, n. 11629 (Il Foro italiano 2000, I, 1917).

98 Cfr. Patti, S.: "Le prove", cit., p. 205; Mariconda, V.: "Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro", cit., p. 80; Villa, G.: "Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica", cit., pp. 728 ss.

99 Per questo rilievo, v. Cerdonio Chiaromonte, G.: *L'obbligazione del professionista intellettuale*, cit., pp. 165-166. In termini non dissimili, v. anche Castronovo, C.: "*Swinging malpractice*. Il pendolo della responsabilità medica", *Europa e diritto privato*, 2020, pp. 876-877, secondo cui l'inesatto adempimento non costituisce una forma di adempimento, ma si risolve nel suo esatto contrario; nonché, in termini adesivi, Nonne, L.: "Prova e giudizio di causalità", in AA.VV.: *Il regime probatorio nel giudizio sulla responsabilità da inadempimento* (a cura di M. Maggiolo), Giuffrè, Milano, 2022, p. 648.

100 V., di nuovo, Cerdonio Chiaromonte, G.: *L'obbligazione del professionista intellettuale*, cit., p. 166.

101 Cfr. Patti, S.: "Le prove", cit., p. 203. Per una critica però a questo rilievo, v. però De Cristofaro, M.: "Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio", cit., p. 583, secondo cui le presunzioni (legali) possono prescindere dai dati di comune esperienza.

102 De Cristofaro, M.: "Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio", cit., p. 587.

si limita a ribadire un concetto generale già acquisito: compete al debitore provare il fatto estintivo della pretesa del creditore secondo la regola posta dall'art. 2697 c.c.[103]

La critica decisiva è però un'altra e si fonda sulla effettiva portata della regola della vicinanza della prova.

Quella eccessiva omogeneità che la dottrina contesta al *dictum* delle Sezioni Unite si ritrova incongruentemente traslata nella soluzione ch'essa generalmente propone con riguardo al *thema* dell'inesatto adempimento, il cui onere probatorio viene addossato per intero al creditore. In realtà, il principio di prossimità deve sempre essere declinato nella singola fattispecie fatta valere in giudizio e non può che condurre a soluzioni differenti a seconda del tipo di prestazione non fedelmente eseguita dal soggetto obbligato: un conto, ad esempio, è che il creditore lamenti il mancato parziale pagamento di una somma di denaro, nel qual caso sarà agevole per il debitore – tramite la quietanza – dimostrare di avere interamente adempiuto (mentre sarebbe assai difficile per il creditore dimostrare di non aver ricevuto l'importo complessivo)[104]; altro, invece, è che non venga correttamente eseguita una prestazione di *facere*, la prova della cui difformità sarà generalmente più vicina al creditore che al debitore[105], soprattutto se implica l'uso di competenze tecniche specifiche[106]. In quest'ultimo caso, infatti, per un verso, la prestazione, una volta eseguita, si allontana dalla sfera di controllo del debitore e, per altro verso, il creditore non sarebbe onerato della dimostrazione di un fatto negativo indeterminato, bensì della circostanza positiva e puntuale riguardante la presenza di inesattezze qualitative della prestazione[107].

Emerge dunque la difficoltà di formulare temi fissi di prova anche in relazione alla fattispecie dell'inesatto adempimento, la cui ampia varietà casistica impedisce di confezionare regole precostituite sull'onere probatorio: un criterio omogeneo di riparto finirebbe per semplificare troppo la fattispecie e per sacrificare quelle "esigenze di ordine pratico" che la prossimità impone di valorizzare. Non esiste dunque una soluzione valida per tutti i casi in cui il debitore esegue non esattamente la prestazione[108]: la complessità nell'individuare una categoria unitaria impone di ricavare le regole sul riparto in base a categorie più ristrette a seconda dei diversi

103 In termini non dissimili, v. Cerdonio Chiaromonte, G.: *L'obbligazione del professionista intellettuale*, cit., pp. 183.

104 Cfr. sul tema della prova del pagamento Uda, G.M.: "Prova del pagamento e onere della prova", *Giurisprudenza italiana*, 2018, pp. 2561 ss.

105 Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla prova dei difetti su di un bene creato da un artigiano o su un'opera consegnata al committente dall'appaltatore.

106 Cfr. Cerdonio Chiaromonte, G.: *L'obbligazione del professionista intellettuale*, cit., p. 168.

107 Cfr. Uda, G.M.: "Prova del pagamento e onere della prova", cit., p. 2570.

108 In senso conforme, v. Tuozzo, M.: "Inadempimento ed onere della prova. Intervengono, finalmente, le Sezioni Unite", cit., p. 567; Galgano, F.: *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Cedam, Padova, 1993, p. 58.

tipi di obbligazione. Impossibile proporre in queste pagine una tassonomia delle singole vicende, ma sia sufficiente menzionare il diverso modo in cui il riparto potrebbe operare, ad esempio, nelle obbligazioni di fare o di non fare, in quelle pecuniarie o di dare, nei doveri di protezione o di informazione, nelle obbligazioni di contrarre, e così via.

Va però sempre tenuta a mente la possibilità, anche in questi casi, di ripartire in concreto l'onere probatorio diversamente rispetto alla regola generale ricavata per ogni singola categoria di obbligazioni, qualora il soggetto onerato sia oggettivamente e senza colpa impossibilitato a fornire la dimostrazione dell'elemento fattuale, purché la prova di questo risulti molto agevole per la controparte. La compromissione del diritto di agire in giudizio – tutelato dalla regola della prossimità, a sua volta espressione dei ricordati principi costituzionali di effettività della tutela giurisdizionale, di uguaglianza e del giusto processo – legittima sempre un sindacato sulla vicinanza della prova del fatto, fondata tanto sull'analisi della fattispecie, quanto sulla valutazione in concreto della vicenda, previa instaurazione del contraddittorio tra le parti.

Alla luce di questi rilievi, è con tardiva resipiscenza che le Sezioni Unite, quasi due decenni più tardi rispetto alla nota pronuncia del 2001, sebbene in un enunciato somigliante a un *obiter dictum*, suggeriscono di superare il principio di unitarietà nella prova dell'inesatto adempimento delle obbligazioni contrattuali, ritenendolo "una situazione più articolata e più difficilmente inquadrabile in schemi rigidamente predeterminati, potendo risultare necessario procedere ad una verifica concreta, nelle diverse tipologie di controversie, su quale sia la fonte di prova che meglio può offrire la dimostrazione dell'inesattezza dell'adempimento e su quale sia la parte che più agevolmente può accedere a tale fonte"[109]. La regola di riparto nella responsabilità contrattuale, scolpita in passato e da allora costantemente riaffermata, inizia allora forse a vacillare: si assiste alla presa d'atto, più volte auspicata dalla dottrina, che "la prova dell'inadempimento si risolve, di regola, nella prova di un fatto negativo (il mancato adempimento)[110] ed essa è, per il creditore, certamente meno agevole rispetto alla prova dell'adempimento che grava sul debitore. La prova dell'inesatto adempimento, al contrario, consiste nella prova di un fatto positivo diverso da quello atteso dal creditore"[111].

109 Così Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, cit.

110 Non s'intende qui negare la possibilità di dimostrare il fatto negativo, ma si vuole evidenziare che il carattere negativo del fatto può essere impiegato come parametro valutativo della vicinanza dalla prova, in special modo in caso di proposizioni negative indefinite. Sull'ammissibilità della prova del fatto negativo v., ad esempio, Patti, S.: "Delle prove", cit., pp. 53 ss.; De Cristofaro, M.: "Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio", cit., pp. 576 ss.; Mengoni, L.: "Responsabilità contrattuale (dir. vig.)", cit., p. 1095, nt. 155; Russo, M.: "Onere della prova e fatto negativo", *Giurisprudenza italiana*, 2018, pp. 2553 ss.

111 Così, di nuovo, Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, cit.

Così facendo, la Cassazione ha posto le basi, almeno nelle intenzioni, per un futuro *revirement*, in cui venga adeguatamente valorizzata la portata della regola della vicinanza quale criterio ermeneutico integrativo, tenuto conto *in subiecta materia* della inutilizzabilità tanto della sola indicazione formale dell'art. 2697 c.c., quanto del ricorso alle norme sostanziali di cui agli artt. 1218 c.c.[112] e 1453 c.c., le quali non definiscono i rispettivi elementi costitutivi in funzione del riparto della prova.

Prima di concludere, si rende necessaria un'ultima puntualizzazione: l'impossibilità di formulare una regola generale di suddivisione dei pesi probatori, rigida e predeterminata, può predicarsi non solo con riguardo al caso di parziale esecuzione della prestazione, ma anche con riferimento alle ipotesi dell'adempimento e dell'inadempimento *tout court*, ben potendo il debitore, nel caso concreto, trovarsi oggettivamente e senza colpa lontano dalla prova dell'adempimento. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi del paziente che deve subire un intervento chirurgico e il medico obbligato non si presenti nel luogo od orario indicati o, ancora, al caso della responsabilità contro gli amministratori di una società per azioni, a cui venga genericamente contestato il mancato rispetto delle obbligazioni *ex lege* o derivanti dallo statuto[113].

Una soluzione aprioristica, che renda sempre gravoso, a seconda dei casi, il regime probatorio per l'obbligato o per l'avente diritto, contrasta con la natura stessa del canone di vicinanza della prova e si presterebbe alle medesime obiezioni sollevate in precedenza. Ne risulta un quadro di potenziale dinamicità del riparto che impedisce di adottare un modello probatorio caratterizzato da totale omogeneità, presentandosi la soluzione del problema come una funzione in cui operano numerose variabili (quali, ad esempio, il comportamento processuale delle parti, la norma sostanziale evocata in giudizio, i criteri ermeneutici integrativi di quello formale, la vicinanza o la lontananza del fatto da provare, le peculiarità del caso concreto). Pertanto, le categorie dell'inadempimento, dell'adempimento o quelle riguardanti l'inesatto adempimento fungono da utile parametro per la formulazione di criteri di riparto probatorio, così da far muovere in un sostanziale orizzonte di certezza le parti che intendono instaurare un processo, con l'avvertenza, però, che la suddivisione dei temi probatori non può mai risolversi in schemi aprioristici

112 Per un cenno al dibattito in ordine agli elementi costitutivi della responsabilità contrattuale, si limita il rinvio a Visintini, G.: "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXX, Ed. Enc. it., Roma, 1993, p. 3; Anzani, G.: "Il riparto dell'onere probatorio nelle due specie di responsabilità civile", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, pp. 231 ss.; Mengoni, L.: "Responsabilità contrattuale (dir. vig.)", cit., pp. 1095 ss.; di recente, v. Caggiano, I.A.: "La prova liberatoria", in AA.VV.: *Il regime probatorio nel giudizio sulla responsabilità da inadempimento* (a cura di M. Maggiolo), Giuffrè, Milano, 2022, pp. 379 ss.

113 Questi esempi sono tratti da Cerdonio Chiaromonte, G.: *L'obbligazione del professionista intellettuale*, cit., p. 176 e da Maggiolo, M.: "Inadempimento e oneri probatori", cit., p. 172.

e fissi, dovendosi sempre tenere conto della fattispecie sostanziale e di quella concreta evocate in giudizio, sempre nel rispetto del principio del contraddittorio.

VI. CONCLUSIONI.

Le considerazioni che precedono sollecitano dunque la giurisprudenza a un uso più consapevole e trasparente della vicinanza come regola probatoria: per un verso, la prossimità viene indifferentemente impiegata tanto come criterio qualificatorio dei fatti storici *ex* art. 2697 c.c., quanto come correttivo processuale del riparto del carico probatorio, senza che questa duplice modalità operativa sia frutto di una ponderata ed esplicita ricostruzione teorica; per altro verso, la vicinanza continua talvolta a operare a scartamento ridotto, finendo comunque per rendere omogenei e fissi i criteri di riparto in contrasto con la natura essenzialmente relativa della regola, come accade nel caso appena citato della responsabilità contrattuale. Manca probabilmente il coraggio di proporre una rilettura complessiva dell'art. 2697 c.c. anche alla luce del dato costituzionale, che avrebbe l'inevitabile effetto di certificare, non solo *de facto* ma anche sul piano sistematico, l'esistenza nel nostro ordinamento di un modello di riparto necessariamente elastico, tale da non considerare più la vicinanza come regola probatoria contrapposta e, in parte, alternativa a quella racchiusa nel brocardo *onus incumbit ei qui dicit*, ma come criterio ermeneutico dell'art. 2697 c.c., idoneo a definirne il contenuto, altrimenti indeterminato, e a raggiungere un punto di equilibrio tra le posizioni delle parti nel processo. Verrebbero così definitivamente archiviate le critiche di infondatezza del canone della disponibilità del mezzo, avendo esso radici nel sistema e nei principi che lo compongono, primi fra tutti quelli di rango costituzionale. Occorre allora forse prendere atto come risulti ormai inutile chiedersi, ai fini del riparto, se lo schema di riferimento sia quello del fatto impeditivo, costitutivo o presunto, poiché si è in ogni caso di fronte a inevitabili ipotesi di formazione ermeneutica del diritto[114].

Il modello individuativo proposto sembra dunque idoneo a suggerire una soluzione, avente numerosi addentellati sul piano costituzionale, all'eterno enigma sul "chi deve provare che cosa", tenuto conto che l'enigma eterno non è quello che non ha affatto soluzione, ma quello che ogni giorno ne ha una diversa[115]: v'è solo da scegliere quella che appare più coerente con il sistema.

114 Condivisibili sull'argomento le osservazioni di Verde, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 377.

115 Lec, S.J.: *Pensieri spettinati*, Bompiani, Milano, 2022 (rist.).

BIBLIOGRAFIA

Andrioli, V.: "Prova (dir. proc. civ.)", in AA.VV.: *Novissimo Digesto italiano*, XIV, Utet, Torino, 1967, p. 293

Andrioli, V.: *Diritto processuale civile*, I, Jovene, Napoli, 1979, p. 246

Anzani, G.: "Il riparto dell'onere probatorio nelle due specie di responsabilità civile", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, pp. 231 ss.

Barile, P.: *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 291

Benigni, E.: *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 173 ss.

Bentham, J.: "An introductory View of the Rationale of Evidence", in AA.VV.: *The Works of Jeremy Bentham* (a cura di J. Bowring), VI, W. Tait, Simpkin, Marshall, Edinburgh, 1943, cap. XXVII

Benvenuti, F.: *L'istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1953, p. 449

Besso, C.: "La vicinanza della prova", *Rivista di diritto processuale*, 2015, p. 1384

Bianca, C.M.: "Dell'inadempimento delle obbligazioni", in AA.VV.: *Commentario del Codice civile* (a cura di A. Scialoja e G. Branca), *Sub art. 1218-1229*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1979, p. 175

Busnelli, D.: "La dottrina delle Corti e il risarcimento del danno alla persona", *Danno e responsabilità*, 2014, pp. 466 ss.

Caggiano, I.A.: "La prova liberatoria", in AA.VV.: *Il regime probatorio nel giudizio sulla responsabilità da inadempimento* (a cura di M. Maggiolo), Giuffrè, Milano, 2022, pp. 379 ss.

Cammarata, A.E.: "Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica", in Cammarata, A.E.: *Formalismo e sapere giuridico*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 274 ss.

Carapezza Figlia, G.: "Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. Gli artt. 614-*bis* e 709-*ter* c.p.c. nella riforma del processo della famiglia", *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2022, p. 632

Carapezza Figlia, G.: "Responsabilità civile e tutela ragionevole ed effettiva degli interessi", in AA.VV.: *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo* (a cura di G. Perlingieri e A. Fachechi), I, ESI, Napoli, p. 163

Carli, A.: "Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova", *Contratto e impresa*, 2002, pp. 1000 ss. (spec. p. 1004)

Carnelutti, F.: "Prove civili e prove penali", *Rivista di diritto processuale*, 1925, pp. 44 ss.

Carnevali, U.: "Inadempimento e onere della prova", *I contratti*, 2002, pp. 113 ss.

Castorina, E.: "Diritto alla prova e principi costituzionali", in Cendon, P.: *Le prove*, I, *Il Diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, Utet, 2007, pp. 97 ss.

Castronovo, C.: "*Swinging malpractice*. Il pendolo della responsabilità medica", Europa e diritto privato, 2020, pp. 876-877

Cerdonio Chiaromonte, G.: *L'obbligazione del professionista intellettuale*, Cedam, Padova, 2008, pp. 176 ss.

Chiovenda, G.: *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Jovene, Napoli, 1934, pp. 316 ss.

Colesanti, V.: "Eccezione (dir. proc. civ.)", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, XV, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 188-189

Comoglio, L.P.: *Le prove civili*, Utet, Torino, 2010, pp. 310 ss.

De Cristofaro, M.: "Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio", *Rivista di diritto civile*, 1994, I, pp. 567 ss.

Della Pietra, G.: "La vicinanza della prova e la prova «più prossima» che c'è: *internet*", *Il giusto processo civile*, 2018, pp. 1044 ss.

Denti, V.: "L'eccezione del processo civile", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, p. 28

di Majo, A.: "Forme e tecniche di tutela", in AA.VV.: *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di S. Mazzamuto), I, Jovene, Napoli, 1989, p. 36

di Majo, A.: "Il linguaggio dei rimedi", *Europa e diritto privato*, 2005, pp. 341 ss.

DI MAJO, A.: *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1987

DOLMETTA, A.A. e MALVAGNA, U.: "Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario", *Banca, borsa, titoli di credito*, 2014, p. 671

FINZI, E.: *Il possesso dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 323-354

FRANZONI, M.: "La «vicinanza della prova», quindi…", *Contratto e impresa*, 2016, pp. 362 ss.

GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Cedam, Padova, 1993, p. 58

GARAVAGLIA, M.: "Astrolabi, bussole e onere della prova: a proposito di un saggio recente", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2021, pp. 1349 ss.

GIUSSANI, A.: "Sulla «vicinanza» della prova del vizio della cosa venduta", *Rivista di diritto processuale*, 2020, p. 1328

GRASSO, E.: *La pronuncia d'ufficio*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 252 ss.

IRTI, N.: "Rilevanza", in AA.VV.: *Novissimo Digesto italiano*, XV, Utet, Torino, 1968, p. 1110

LAGHEZZA, P.: "Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo", *Il Foro italiano*, 2002, I, cc. 769 ss.

LEC, S.J.: *Pensieri spettinati*, Bompiani, Milano, 2022 (rist.)

LICCI, P.: "L'onere della prova nelle controversie in materia di licenziamento", *Rivista di diritto processuale*, 2019, pp. 1127 ss.

MAGGIOLO, M.: "Inadempimento e oneri probatori", *Rivista di diritto civile*, 2006, pp. 165 ss.

MARICONDA, V.: "Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro", *Il corriere giuridico*, 2001, pp. 1565 ss.

MAZZAMUTO, S.: "La nozione di rimedio nel diritto continentale", *Europa e diritto privato*, 2007, pp. 585 ss.

MAZZARIOL, R.: "L'onere della prova nella garanzia per vizi della vendita: il problema irrisolto del riparto probatorio del momento genetico del vizio", *Rivista di diritto civile*, 2020, pp. 442 ss.

MENGONI, L.: "Responsabilità contrattuale (dir. vig.)", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1097

MEOLI, B.: "Risoluzione per inadempimento ed onere della prova", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2002, pp. 355 ss.

MESSINA, G.: "Contributo alla dottrina della confessione", in MESSINA, G.: *Scritti giuridici*, III, Giuffrè, Milano, 1948, p. 65

MESSINETTI, D.: "Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali", *Europa e diritto privato*, 2005, pp. 609 ss.

MICHELI, G.A.: *L'onere della prova*, Cedam, Padova, 1942 (rist. 1966), pp. 19 e 151 ss.

MODICA, L.: "La prova di adempimento o inadempimento", in AA.VV.: *Il regime probatorio nel giudizio sulla responsabilità da inadempimento* (a cura di M. MAGGIOLO), Giuffrè, Milano, 2022, pp. 253 ss.

NIEVA FENOLL, J.: "L'onere della prova: una reliquia storica che dovrebbe essere abolita", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2020, pp. 1195 ss.

NIVARRA, L.: "Ragionevolezza e diritto privato", *Ars interpretandi*, 2002, pp. 373 ss.

NONNE, L.: "Prova e giudizio di causalità", in AA.VV.: *Il regime probatorio nel giudizio sulla responsabilità da inadempimento* (a cura di M. MAGGIOLO), Giuffrè, Milano, 2022, p. 648

ORTOLANI, A.: "La ripartizione dell'onere probatorio nelle azioni di adempimento, risoluzione e risarcimento di danno per inadempimento contrattuale dopo Sez. Un. n. 13533/2001", *Giurisprudenza italiana*, 2002, pp. 1837 ss.

PATTI, S.: "Delle prove", in AA.VV.: *Commentario del Codice civile* (a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA), *Sub art. 2697-2739*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 2015, p. 124

PATTI, S.: "La ragionevolezza nel diritto civile", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, pp. 1 ss.

PATTI, S.: "Le prove", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (a cura di G. IUDICA e P. ZATTI), Giuffrè, Milano, 2021, p. 163

PATTI, S.: "Onere della prova e giuramento suppletorio: un problema di coordinamento", *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 2541

PATTI, S.: "Prova (Diritto processuale civile)", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXV, Ed. Enc. it., Roma, 1991, p. 9

PATTI, S.: "Prove. Disposizioni generali", in AA.VV.: *Commentario del Codice civile* (a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA), *Sub art. 2697-2698*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1987, p. 120

PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, ESI, Napoli, 2015, pp. 86 ss.

PERLINGIERI, P., "Il «giusto rimedio» nel diritto civile", *Il giusto processo civile*, 2011, pp. 1 ss.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 2006

PESCATORE, M.: *Logica del diritto. Frammenti di dottrina e giurisprudenza*, I, Utet, Torino, 1883, pp. 95 ss.

PIRAINO, F.: "Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale", *Danno e responsabilità*, 2020, pp. 565-566

PROTO PISANI, A.: "La prova del «requisito dimensionale» *ex* art. 18 l. 300/70: un «*grand arrêt*» delle Sezioni unite", *Il Foro italiano*, 2006, I, c. 704

PROTO PISANI, A.: *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2012, p. 443

PUGLIATTI, S.: "Conoscenza", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 102

RICCI, A.: *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Cedam, Padova, 2007

RICCI, G.F.: "Questioni controverse in tema di onere della prova", *Rivista di diritto processuale*, 2014, pp. 321 ss.

ROPPO, V.: "Il contratto e le fonti del diritto", *Contratto e impresa*, 2001, pp. 1083 ss.

ROSENBERG, L.: *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, Beck, München-Berlin, 1965, pp. 99 ss.

Rubino, D.: *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, Milano, 1939, pp. 53-59

Russo, M.: "Onere della prova e fatto negativo", *Giurisprudenza italiana*, 2018, pp. 2553 ss.

Sacco, R.: "Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova", *Rivista di diritto civile*, I, 1957, pp. 405 ss.

Sacco, R.: "Risoluzione per inadempimento", in AA.VV.: *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.,* XVIII, Utet, Torino, 1998, p. 59

Saitta, F.: "Vicinanza della prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 913.

Sassani, B.: "L'onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verde", *Rivista di diritto processuale*, 2022, pp. 440-441

Schulz, F.: *Die Rechtfertigungslast*, Drück, Altona, 1919, p. 3

Taruffo, M.: "Il diritto alla prova nel processo civile italiano", *Rivista di diritto processuale*, 1984, p. 73

Taruffo, M.: "L'onere come figura processuale", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, p. 433

Taruffo, M.: "La prova nel processo civile", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni), Giuffrè, Milano, 2012, pp. 253 ss.

Taruffo, M.: "Onere della prova", in AA.VV.: *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, XIII, Utet, Torino, 1995, p. 69

Taruffo, M.: "Presunzioni, inversioni, prova del fatto", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, pp. 748 ss.

Taruffo, M.: *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Bari, 2009, pp. 107 ss. e 228 ss.

Tarzia, G.: "L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile", *Rivista di diritto processuale*, 2001, pp. 1 ss.

TROIANO, S.: "Ragionevolezza (dir. priv.)", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto, Annali*, VI, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 783 ss.

TUOZZO, M.: "Inadempimento ed onere della prova. Intervengono, finalmente, le Sezioni Unite", *Contratto e impresa*, 2002, pp. 547 ss.

UDA, G.M.: "Prova del pagamento e onere della prova", *Giurisprudenza italiana*, 2018, pp. 2561 ss.

VALLEBONA, A.: *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1988, pp. 61 ss.

VERDE, G.: "L'inversione degli oneri probatori", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, p. 720

VERDE, G.: "Prova (dir. proc. civ.)", in AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 632 ss.

VERDE, G.: *L'onere della prova nel processo civile*, Jovene, Napoli, 1974, p. 46

VILLA, G.: "Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica", *Rivista di diritto civile*, 2002, pp. 707 ss.

VISINTINI, G.: "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale", in AA.VV.: *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXX, Ed. Enc. it., Roma, 1993, p. 3

VON JHERING, R: *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, IV, A. Marescq, Paris, 1888, pp. 199 ss.

IL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ NEI CONTRATTI DI VENDITA DI PACCHETTI TURISTICI*

THE SYSTEM OF RESPONSIBILITY FOR THE PERFORMANCE OF THE PACKAGE TRAVEL CONTRACTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 614-633

* Il testo riproduce, con ampliamenti e l'aggiunta di note, la relazione tenuta in occasione del *III Congreso Internacional de Jóvenes Civilistas, Sección Jóvenes Civilista, Ivs Civile Salmanticense, La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nelle moderne società del rischio,* 22 e 23 settembre 2022.

Monica PUCCI

ARTICOLO CONSEGNATO: 11 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il Codice del turismo riformato in sede di recepimento della direttiva 2015/2302/Ue relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati riserva ampio spazio alla disciplina dell'inadempimento del contratto di vendita di pacchetti turistici optando per una netta ed esplicita delimitazione delle responsabilità degli operatori professionali coinvolti nell'esecuzione del viaggio organizzato. Mentre, infatti, l'organizzatore è considerato sempre responsabile dell'esecuzione dei servizi turistici previsti dal contratto, al venditore - la cui responsabilità viene ad essere disciplinata in un'apposita Sezione separata rispetto a quella che il Codice dedica alla responsabilità del tour operator - si addebita esclusivamente l'inadempimento degli obblighi derivanti dal mandato conferitogli dal viaggiatore con il contratto di intermediazione di viaggio. Ciò permette di superare tutti i dubbi sorti in passato in merito ad una possibile responsabilità dell'agenzia di viaggi per prestazioni non conformi al contratto e di escludere, definitivamente, la sussistenza di una responsabilità solidale dell'organizzatore e del venditore in caso di inesatta esecuzione del pacchetto turistico.

PAROLE CHIAVE: Codice del turismo; vendita di pacchetti turistici; inadempimento del contratto; responsabilità degli operatori turistici.

ABSTRACT: *The Tourism Code reformed in implementation of Directive 2015/2302/EU on package tours and linked travel arrangements reserves ample space to the regulation of the non-performance of the package travel contract, opting for a clear and explicit delimitation of the responsibilities of the professional operators involved in the execution of the organised trip. While, in fact, the organiser is always considered responsible for the performance of the travel services provided by the contract, the retailer - whose liability is disciplined in a special Section separate from that which the Code dedicates to the liability of the tour operator - is charged exclusively with the non-performance of the obligations deriving from the mandate conferred upon him by the traveller with the travel intermediation contract. This makes it possible to overcome all the doubts that have arisen in the past regarding a possible liability of the travel agency for services that are not in conformity with the contract and to definitively exclude the existence of a joint and several liability of the organiser and the retailer in the event of inexact performance of the travel package.*

KEY WORDS: *Tourism Code; package travel contract; breach of contract; responsibilities of tour operators.*

SOMMARIO.- I. PREMESSA: IL CONTRATTO DI VENDITA DI PACCHETTI TURISTICI NEL CODICE DEL TURISMO RIFORMATO.- II. L'INADEMPIMENTO DEL CONTRATTO E LA RESPONSABILITÀ DEGLI OPERATORI TURISTICI.- III. SEGUE: LA RESPONSABILITÀ PER MANCATA O INESATTA ESECUZIONE DI SERVIZI PRESTATI DA «ALTRI FORNITORI».- IV. RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

I. PREMESSA: IL CONTRATTO DI VENDITA DI PACCHETTI TURISTICI NEL CODICE DEL TURISMO RIFORMATO.

L'evoluzione dei viaggi in campo socio-economico[1] e la conseguente trasformazione del turismo in fenomeno di massa ha condotto all'emergere nella prassi commerciale di una nuova tipologia contrattuale, il contratto del turismo organizzato, che si caratterizza per un *quid pluris* rispetto ai tradizionali contratti di intermediazione ed organizzazione del viaggio[2], in quanto l'operatore turistico si obbliga ad offrire, direttamente o a mezzo intermediario, un viaggio "tutto compreso" mediante la "combinazione" di una pluralità di servizi venduti in un'unica formula, con conseguente possibilità per il viaggiatore di essere esonerato dall'onere di attivarsi per la stipulazione di singoli contratti a sé stanti (trasporto, prenotazione di una camera d'albergo, servizi accessori, etc.)[3].

1 Per un'analisi della storia e dell'evoluzione del turismo si veda, Minervini, G.: "Il contratto turistico", *Riv. dir. comm*., I, 1974, p. 276 ss.; Monticelli, S.: "Il contratto di viaggio", in *Contratto d'albergo. Contratti di viaggio. Contratti del tempo libero* (a cura di Id., G. Ciurnelli, G. Zuddas), Giuffrè, Milano, 1994, p. 141 ss.; Tassoni, G.: *Il contratto di viaggio*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 4 ss.; Battilani, P.: *Vacanze di pochi, vacanze di tutti: l'evoluzione del turismo europeo*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 11 ss.; Caterbi, S.: *Il danno da vacanza rovinata. Dal volo cancellato all'*overbooking*: responsabilità e risarcimento*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 1-23; Graziuso, E.: *La vendita di pacchetti turistici. Aspetti sostanziali, processuali e risarcitori*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 1-11; Santagata, R.: *Diritto del turismo*, Utet, Torino, 4ª ed., 2018, pp. 267-271.

2 La disciplina di tali fattispecie contrattuali è rimessa alla Convenzione internazionale di Bruxelles del 23 aprile 1970, resa esecutiva in Italia con la l. 27 dicembre 1977, n. 1084 oggi abrogata, alla quale va attribuito il merito di aver tipizzato, pur scorporando il *genus* in due distinte fattispecie, il contratto di viaggio mutuato dalla prassi non ancóra inquadrato in un preciso schema giuridico di riferimento e di aver ridimensionato il problema della sua qualificazione giuridica mediante l'introduzione di una disciplina di diritto uniforme sovranazionale. Per un approfondito esame v. Roppo, V.: "Commentario alla Convenzione relativa al contratto di viaggio (CCV)", *Nuove leggi civ. comm*., 1978, p. 1780 ss.; Moscati, E.: "*La disciplina uniforme dei contratti di viaggio e il diritto privato italiano*", in *Legislazione economica* (a cura di F. Vassalli, G. Visentini), Giuffrè, Milano, 1979, p. 350 ss.; Arato, M.: "Le condizioni generali di contratto ed i viaggi turistici organizzati", *Riv. dir. circ. trasp*., 1980, pp. 449-463; Meotti, A.M.: "*Convenzione (C.C.V.) di Bruxelles del 23 aprile 1970 sul contratto di viaggio*", in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari* (a cura di G. Alpa, P. Zatti), 2ª ed., Cedam, Padova, 1995, p. 923 ss.; Tassoni, G.: *Il contratto di viaggio*, cit., pp. 69-87; Santuari, A.: *I contratti di viaggio «*all inclusive» tra *frontiere interne e diritto transnazionale*, Cedam, Padova, 2003, pp. 4-20.

3 Dall'organizzazione individuale del viaggio si passa al «cd. viaggio organizzato che incarna un tipico contratto per adesione»: così Romeo, F.: "Il contratto di viaggio. Tutele specifiche e risarcimento del danno", in *Tratt. teorico pratico di diritto privato* (diretto da G. Alpa, S. Patti), Cedam, Padova, 2011, p. 6.

• Monica Pucci
Assegnista di ricerca
Università degli Studi di Perugia
monica.pucci85@gmail.com

La tipizzazione di tale figura contrattuale si deve al Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo[4] (contenuto nell'Allegato n. 1 al d.lg. 23 maggio 2011, n. 79[5]), cd. Codice del Turismo[6], un *corpus* normativo della legislazione turistica, la cui *ratio* si giustifica nella necessità di intensificare la tutela dell'acquirente del pacchetto turistico dinnanzi ad una contrattazione standardizzata che si caratterizza per uno squilibrio tra le parti contraenti a causa della previsione di rigide condizioni generali di offerta e di vendita dei servizi che il viaggiatore si trova a dover accettare senza alcuna possibilità di negoziazione, in quanto predisposte unilateralmente da parte degli operatori professionali[7].

Tale codificazione, che rappresenta ad oggi il principale riferimento normativo in materia di contratti di viaggio *all inclusive*, è stata da ultimo modificata con il d.lg. 21 maggio 2018, n. 62[8], attuativo della Direttiva 2015/2302/UE in materia di pacchetti turistici e servizi turistici collegati[9] che ha abrogato, a partire dal 1° luglio

4 In precedenza, il contratto di viaggio era stato disciplinato, dapprima, nel d.lg. 17 marzo 1995, n. 111 emanato in attuazione della Direttiva 90/314/CEE in materia di viaggi, vacanze e circuiti «tutto compreso»; poi, nel Codice del Consumo (d.lg. 6 settembre 2005, n. 206), all'interno della Parte III, Titolo II, Capo II denominato «Servizi turistici», i cui artt. 82-100 sono infine stati assorbiti ed integrati con nuove disposizioni all'interno del Titolo VI del Codice del Turismo.

5 Il decreto, adottato in attuazione della Direttiva 2008/122/CEE, relativa ai «contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio», è entrato in vigore il 21 giugno 2011. A poco meno di un anno dalla sua adozione, è stato sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale (C. cost., 5 aprile 2012, n. 80, consultabile in *www.cortecostituzionale.it*), la quale ha dichiarato l'illegittimità di una molteplicità di articoli dell'allegato n. 1- che riporta il vero e proprio Codice del Turismo - per mancato rispetto dei limiti di delega legislativa, riducendone sostanzialmente la portata normativa alle parti relative al cd. «diritto privato del turismo», ovvero alle norme che disciplinano in modo organico i pacchetti turistici (Titolo VI). Sul punto, Righi, L.: "Il turismo nel «tiro alla fune» Stato-Regioni: la ridondanza dell'eccesso di delega dimezza il codice", *Riv. it. dir. tur.*, 2012, p. 29 ss.

6 In merito alla scelta del legislatore di trasferire la disciplina del contratto di viaggio all'interno di una nuova codificazione di settore, v. Santagata, R.: *Diritto del turismo*, *Introduzione*, cit., p. XXI; Guerinoni, E.: "Contratti e responsabilità nel Codice del turismo", *Corr. giur.*, 2012, p. 5 ss.; Cuffaro, V.: "Un codice "consumato" (Codice del consumo, credito ai consumatori, e Codice del turismo)", *ivi*, 2011, p. 1189 ss.; De Cristofaro G.: "La disciplina dei contratti aventi ad oggetto "pacchetti turistici" nel "Codice del turismo" (D. lgs 23 maggio 2011, n. 79): profili di novità e questioni problematiche (Prima parte)", *Studium Iuris*, 2011, p. 1143 ss. V. anche, per qualche riflessione in generale, Tripodi, E.M., Cardosi, G.: *Il Codice del turismo. Guida alla nuova disciplina dopo il D.Lgs. n. 79/2011*, Maggioli, Rimini, 2011, *passim*; Malagoli, E.: "Il nuovo codice del turismo: contenuti e garanzie", *Contr. impr./Europa*, 2011, p. 813 ss.; Bocchini, F.: "La prospettiva civilistica", in *Turismo y derecho del consumo* (a cura di E. Llamas Pombo, L. Mezzasoma, C.I.Jaramillo Jaramillo, M. Bernal Fandiño), Ibáñez, Bogotà, 2015, p. 35 ss.

7 La standardizzazione contrattuale, infatti, riducendo al minimo ogni possibilità di trattativa, espone la parte acquirente ad una limitazione della propria autonomia negoziale e la rende maggiormente vulnerabile rispetto agli effetti pregiudizievoli degli inadempimenti degli operatori professionali.

8 D.lg. 21 maggio 2018, n. 62, «Attuazione della direttiva (UE) 2015/2302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 90/314/ CEE del Consiglio», pubblicato in G.U. Serie generale del 6 giugno 2018, n. 129. Per un'analisi delle principali novità introdotte dal decreto, v. Morandi, F.: "Le nuove regole dell'Unione Europea sui pacchetti turistici e i servizi turistici collegati nell'esperienza italiana", *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 1102 ss.; Venditti, P.: *I pacchetti turistici dopo la riforma. Commento organico al d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62, di modifica del Codice del turismo*, Dike Giuridica, Roma, 2018, *passim*; Capobianco, E., Mezzasoma, L., Perlingieri, G. (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 2ª ed., Esi, Napoli, 2018, p. 1199 ss.; Santagata, R.: *Diritto del turismo*, cit., p. 267 ss.

9 La *ratio* della nuova Direttiva trova giustificazione nella necessità di intensificare la tutela del viaggiatore dinnanzi all'evolversi del fenomeno dei viaggi combinati ed al rilevante mutamento del mercato turistico dovuto, in particolar modo, ad un ampliamento dei tradizionali canali di distribuzione dei relativi servizi, tale da rendere la realtà del fenomeno turistico molto più complessa rispetto a quella che aveva

2018, l'ormai risalente Direttiva 90/314/CEE[10], con la finalità di adeguare il quadro legislativo europeo ai cambiamenti che l'avvento dell'era digitale ha portato in materia di vendita e acquisto di pacchetti turistici, nonché armonizzare i diritti e gli obblighi derivanti dai contratti, per garantire il giusto equilibrio tra un elevato livello di protezione dei viaggiatori in tutta l'Unione e la competitività delle imprese del settore che intendono operare oltre frontiera.

Il cuore della novella attiene alla fase dell'esecuzione del contratto, la cui disciplina - oggetto di una regolamentazione organica e sistematica attraverso l'introduzione nel Codice del turismo di un'apposita Sezione (IV) - è rimessa agli artt. 42 ss. c. tur., che offrono al viaggiatore una vasta gamma di diritti in caso di inadempimento dell'operatore turistico dopo l'inizio del viaggio, quali il diritto di porre rimedio personalmente al difetto in caso di difformità delle prestazioni imputabili all'organizzatore (art. 42, comma 4, c. tur.), il diritto alla riduzione del prezzo ed al risarcimento dei danni subiti (art. 43 c. tur.) a seguito di un difetto di conformità dei servizi offerti, il diritto a ricevere adeguata assistenza da parte dell'organizzatore in caso di difficoltà (art. 45 c. tur.), superando dubbi e difficoltà interpretative sorte in passato a causa dell'uso frequente della tecnica del rinvio alle statuizioni relative ai diritti del viaggiatore in caso di modifiche o cancellazioni del viaggio prima della partenza.

Per quanto qui di interesse, preme evidenziare che il più ampio spazio riservato dalla nuova disciplina all'inesatta esecuzione dei servizi oggetto di un pacchetto turistico, unito ad una dettagliata descrizione dei rimedi contrattuali esperibili dal viaggiatore, è indice della grande rilevanza che nella materia *de qua* assume la regolamentazione dell'inadempimento contrattuale in caso di prestazioni «non conformi» poste in essere dall'operatore turistico che si manifestano in corso di esecuzione del servizio e delle conseguenti responsabilità, nell'ottica di un giusto contemperamento dei contrapposti interessi in gioco e della realizzazione di un

indotto il legislatore comunitario ad emanare la Direttiva 90/314/CEE. L'utilizzo sempre più frequente di *internet* come principale mezzo di promozione e offerta di servizi turistici ha fatto emergere forme di combinazione del viaggio del tutto innovative, rendendo la normativa esistente ormai desueta e inadeguata ai cambiamenti intervenuti nell'era digitale, sia per la diffusione di nuove modalità di vendita, sia a causa di una modifica del comportamento dei viaggiatori rispetto alla combinazione dei servizi, sempre più spesso realizzata *motu proprio*, scegliendo tra le diverse opzioni promosse su un determinato sito web da uno o più operatori turistici. Sulla base di questi sviluppi, il nuovo provvedimento ha inteso estendere la tutela a tali combinazioni di servizi che si sono venute a trovare in una "zona grigia", al fine di evitare che la situazione di incertezza giuridica disincentivi i viaggiatori all'acquisto, specie oltrefrontiera. Per un'analisi delle novità principali introdotte dalla Direttiva, v., *ex multis*, Giova, S., Ziccardi, M.: "La tutela del viaggiatore nella nuova direttiva sui pacchetti turistici", in *Scritti in Onore di Vito Rizzo* (a cura di E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma, S. Polidori), Esi, Napoli, 2017, p. 835 ss.; Mazier, M., Cavanna, C.: "Introduzione alla nuova direttiva Ue in tema di pacchetti turistici e di servizi turistici collegati", *Dir. mar.*, 2017, p. 275 ss.

10 Tale direttiva ha rappresentato uno *step* importante nella regolamentazione dei rapporti giuridici connessi alla stipula- zione del contratto di viaggio, in quanto ha perseguito lo scopo primario di predisporre norme minime, comuni a tutti gli Stati, in merito alle informazioni da fornire al momento della organizzazione del viaggio, ai requisiti formali del contratto ed alle norme imperative da applicare alle obbligazioni contrattuali.

mercato turistico più equo e trasparente[11] che, da un lato, garantisca la tutela delle legittime aspettative dell'utente del servizio turistico e, dall'altro, permetta al professionista di valutare i rischi ed i costi legati all'esercizio della propria attività.

II. L'INADEMPIMENTO DEL CONTRATTO E LA RESPONSABILITÀ DEGLI OPERATORI TURISTICI.

La novella del 2018, nel riformulare la disciplina in materia di esecuzione del contratto, ha introdotto con riferimento all'inadempimento del professionista in occasione dell'esecuzione del pacchetto turistico il concetto di «difetto di conformità» mutuato dalla disciplina comunitaria in materia di vendita di beni di consumo, in precedenza mai esplicitato nell'àmbito della legislazione nazionale sulla contrattazione turistica.

Tale difetto è definito dall'art. 33, comma 2, lett. *p*, c. tur. come l'«inadempimento dei servizi turistici inclusi in un pacchetto»: si tratta, evidentemente, di una nozione piuttosto generica[12] che viene ad essere ulteriormente specificata dall'art. 42, comma 3, c. tur.[13], in ragione del quale è possibile identificare implicitamente il difetto di conformità nella «difformità» di uno dei servizi realmente offerti dal professionista rispetto a quanto pattuito in sede di conclusione dell'accordo con l'acquirente del viaggio combinato[14]. La lettura in combinato disposto delle due norme rivela, pertanto, una oggettivizzazione dell'inadempimento, da intendersi quale mancata attuazione del programma contrattuale convenuto.

11 Tale finalità è espressamente indicata nel considerando n. 5 della Direttiva 2015/2303 UE in cui si evidenzia la necessità di promuovere «un effettivo mercato interno dei consumatori che raggiunga il giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela per questi ultimi e la competitività delle imprese».

12 La stessa Direttiva 2015/2302/Ue non fornisce indicazioni specifiche che consentano di stabilire cosa debba intendersi, con riferimento al contratto di viaggio tutto compreso, per difetto di conformità, limitandosi a qualificarlo come un inadempimento o una inesatta esecuzione dei servizi turistici inclusi nel pacchetto (art. 3, n. 13), senza fornire, in sede di regolamentazione della responsabilità per l'esecuzione della prestazione (art. 13), criteri utili a determinare il significato sostanziale di tale espressione, a differenza di quanto previsto dalla disciplina comunitaria in materia di vendita di beni di consumo: in proposito v. Cimmino, M.: "La tutela del turista tra inadempimento e vacanza rovinata: nuovi strumenti di diritto europeo e rimedi tipici di diritto nazionale privato", *Dereito. Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 25, nº 1:1-19 (*Xaneiro-Xuño*, 2016), pp. 12 e 14.

13 Art. 42, comma 3, c. tur.: «se uno dei servizi turistici non è eseguito secondo quanto pattuito nel contratto di pacchetto turistico, l'organizzatore pone rimedio al difetto di conformità (…)».

14 Si precisa che la soppressione nell'attuale art. 42 c. tur. di ogni riferimento allo *standard* qualitativo del servizio turistico (alla cui difformità si riferiva espressamente il previgente art. 43 c. tur. per qualificare l'inesatto adempimento delle obbligazioni assunte con la vendita di un pacchetto turistico) non impedisca una soluzione volta a far confluire nella definizione di difetto di conformità sia le difformità tra quanto effettivamente erogato e quanto promesso nel regolamento contrattuale, sia le deficienze qualitative del servizio dovuto dall'operatore turistico, emerse sulla base di una comparazione rispetto ad altri servizi del medesimo tipo e della medesima categoria e specie di quello prescelto dal viaggiatore: in proposito, sia consentito il rinvio a Pucci, M.: "Ejecución incorrecta de los servicios incluidos en el contrato de viaje combinado y responsabilidad del organizador", in *Turismo y Daños* (a cura di L. Mezzasoma, M.J. Reyes López), Aranzadi, Navarra, 2019, p. 203 ss.

Quanto al regime di responsabilità a fronte di prestazioni non conformi, l'attuazione della direttiva 2015/2302/Ue nell'ordinamento interno ha offerto al legislatore nazionale l'occasione per rielaborare la disciplina in materia e modificare la previsione di cui al previgente art. 43, comma 1, c. tur. la cui formulazione - che poneva a carico dell'organizzatore e dell'intermediario, in caso di mancato o inesatto adempimento delle obbligazioni assunte con la vendita del pacchetto turistico, l'obbligo di risarcire il danno, «secondo le rispettive responsabilità» - era stata ampiamente criticata in dottrina[15]. La mancata esplicitazione di un criterio che consentisse di delineare la natura del rapporto tra le due responsabilità[16] ed il relativo regime applicabile, difatti, aveva lasciato permanere dubbi interpretativi dando adito all'insorgere di teorie contrastanti circa la natura solidale o differenziata della responsabilità dei professionisti coinvolti[17].

15 In proposito, Finessi, A.: "La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio", *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1307 ss., rileva un «atecnicismo redazionale» ed un «tenore decisamente sibillino» della disposizione, osservando come la stessa non fornisse criteri per discernere le fattispecie di responsabilità dell'organizzatore e del venditore, né adeguati parametri per delineare la natura del rapporto tra le due responsabilità ed il relativo regime applicabile.

16 Sul punto Romeo, F.: "Il contratto di viaggio. Tutele specifiche e risarcimento del danno", cit., p.158 e Id.: "Viaggi tutto compreso e illegittimità della norma che prevede un massimale per il risarcimento dei danni alla persona", *Resp. civ. prev.*, 2012, pp. 485-486.

17 La dottrina prevalente (cfr., *ex multis*, Morandi, F.: "I contratti di viaggio alla prova del Codice del turismo", *Riv. it. dir. tur.*, 2012, p. 5 ss.; Tassoni, G.: sub art. 43, D. Lg. 23 maggio 2011 n. 79, in *Codice del consumo e norme collegate* (a cura di V. Cuffaro), Giuffrè, Milano, 4ª ed., 2015, p. 1101 ss.; Tullio, L.: "Interpretazioni discutibili e inquietanti della normativa sul contratto di viaggio", *Dir. trasp.*, 2005, p. 290 ss.; Venchiarutti, A.: "I contratti del turismo organizzato nel codice del turismo", in *I contratti del consumatore* (a cura di G. Alpa), Giuffrè, Milano, 2014, p. 1227 ss.; Rossi Carleo, L.: "La vendita di pacchetti turistici", in *Il contratto di viaggio turistico* (a cura di Id., M. Dona), Esi, Napoli, 2010, p. 120 ss. escludeva la configurabilità di un regime di solidarietà passiva, riconoscendo in capo agli operatori professionali obbligazioni distinte (all'organizzatore veniva imputata un'obbligazione di risultato, mentre all'intermediario un'obbligazione di mezzi, in ragione della sua attività di interposizione tra il viaggiatore ed il *tour operator* riconducibile alla figura del mandato con rappresentanza) in conseguenza della loro differente funzione economica nella stipulazione del contratto, dal cui inadempimento sorgevano responsabilità autonome e differenziate (tale orientamento trovava conferma nella maggioranza delle pronunce giurisprudenziali in materia: v., *ex multis*, Cass., 23 aprile 1997, n. 3504, *Foro it.*, I, c. 2108; App. Firenze, 26 settembre 2001, *Dir. mar.*, 2003, p. 519; Trib. Milano, 27 gennaio 2004, *Dir. tur.*, 2004, p. 42 ss., con nota di Turco, A.: "(Ir) responsabilità del tour operator per i danni occorsi durante l'escursione facoltativa acquistata in loco dal viaggiatore" e, più recentemente, Trib. Verona, 17 maggio 2012, *Corr. merito*, 2012, p. 778 ss.; Trib. Firenze, 7 giugno 2016, *Dir. mar.*, 2017, p. 227 ss.) riferibili alle obbligazioni da ciascuno assunte. Minoritario era l'indirizzo che optava per la configurazione di un regime di responsabilità solidale, facendo leva sull'esigenza di protezione del turista non sempre in grado di individuare il differente apporto causale agli inadempimenti da parte dei due operatori turistici, nonché costretto in caso di inadempimento ad esperire due diverse azioni giudiziali nei loro confronti (in proposito, Carrassi, C.S.: "Tutela del turista sui viaggi a forfait. Finalmente una risposta adeguata del legislatore italiano?", *Corr. giur.*, 1995, p. 906; Grazioso, E.: *La vendita di pacchetti turistici. Aspetti sostanziali, processuali e risarcitori*, cit., p. 143), quanto sul ruolo di co-organizzatore riconosciuto all'intermediario.

Il legislatore della riforma, nel conformarsi a quanto stabilito dalla normativa europea[18], ha optato per una netta separazione[19] tra il ruolo dell'organizzatore del pacchetto turistico e quello del venditore: nella nuova formulazione dall'art. 42 c. tur., infatti, il *tour operator* è individuato come «unico soggetto responsabile dell'esecuzione» delle prestazioni oggetto del contratto di viaggio combinato[20], indipendentemente da chi le esegua nel caso concreto.

Si configura, pertanto, a suo carico un'obbligazione di risultato cui consegue una responsabilità per qualunque pregiudizio subito dal viaggiatore a causa dell'inadempimento degli obblighi genericamente collegati all'organizzazione del viaggio, nonché per mancata o inesatta esecuzione dei servizi che compongono il pacchetto turistico[21], oltre che di eventuali servizi turistici supplementari aggiunti

18 La direttiva 2015/2302/Ue ha chiarito definitivamente ogni dubbio in merito alla natura della responsabilità degli operatori turistici dettando regole ben precise: considerato che la caratteristica principale di un pacchetto tutto compreso sia rappresentata dalla presenza di un professionista che risponda in quanto organizzatore della corretta esecuzione del contratto – e dopo aver precisato che la valutazione in merito alla qualificazione dell'operatore come organizzatore dipenda non dal modo in cui venga descritta la sua attività commerciale bensí dall'effettivo coinvolgimento nella creazione della combinazione turistica (cfr. il considerando n. 22) –, il legislatore comunitario ha previsto espressamente, in maniera del tutto innovativa, che sia sempre l'organizzatore a rispondere inderogabilmente dell'esecuzione dei servizi combinati, a prescindere da chi in concreto li abbia prestati (in proposito, Labella, E: "La natura della responsabilità del venditore di pacchetti turistici", *Eur. dir. priv.*, 2020, p. 581 ss., osserva che la disciplina introdotta dalla direttiva segni «una sorta di apparente ritorno al passato» introducendo un sistema di responsabilità basato su una sorta di prevalenza della responsabilità del *tour operator* rispetto a quella del venditore con una separazione, tuttavia, più netta rispetto a quanto in passato previsto dalla Convenzione di Bruxelles del 1970) potendo tuttavia gli Stati membri estendere tale responsabilità affiancandovi quella del venditore, in «aggiunta» ma non in sostituzione della prima, come si desume chiaramente dalla formulazione dell'art. 13.2 che attribuisce agli Stati membri la possibilità di prevedere che il venditore sia 'altresì' responsabile dell'esecuzione del pacchetto turistico; nonché dal considerando n. 23 in cui si chiarisce che «gli organizzatori sono responsabili dell'esecuzione dei servizi turistici compresi nel contratto di pacchetto turistico, a meno che il diritto nazionale non preveda che siano responsabili sia l'organizzatore che il venditore». In senso critico, in merito a tale facoltà riconosciuta ai legislatori nazionali, v. Zampone, A.: "Riflessioni sulla dir. (Ue) 2015/2302 relativa ai pacchetti turistici ed ai servizi turistici collegati", *Dir. trasp.*, 2018, p. 10 ss., il quale rileva la contraddittorietà di una tale previsione che contrasta con il principio della responsabilità differenziata che sembrerebbe essere il presupposto su cui si basa la direttiva, come si può desumere tanto dalla definizione di «venditore» quale persona che si limita a vendere pacchetti combinati dall'organizzatore la quale non lascia margini per una condivisione di responsabilità; quanto dal considerando n. 22 della direttiva per il quale il venditore dovrebbe rispondere dell'adempimento solo nell'ipotesi in cui non sia individuabile un organizzatore che abbia realizzato la combinazione turistica.

19 *Contra* Labella, E: "La natura della responsabilità del venditore di pacchetti turistici", cit., p. 581 ss., a parere del quale la ripartizione della responsabilità operata del legislatore nazionale risulta essere «un po' confusa, quasi a voler replicare la diatriba nata con la normativa precedente (...)».

20 Tale responsabilità ha natura oggettiva, essendo esclusa solo in tre ipotesi tassativamente predeterminate, ovvero qualora il difetto di conformità sia imputabile: 1) al viaggiatore (art. 43, comma 1, c. tur.); 2) ad un terzo estraneo alla fornitura dei servizi turistici inclusi nel contratto, purché il difetto sia imprevedibile ed inevitabile (art. 43, comma 3, c. tur.); 3) a circostanze inevitabili e straordinarie (art. 43, comma 3, c. tur.). In merito alle circostanze di esonero da responsabilità dell'organizzatore disciplinate della direttiva 2015/2302/Ue, v. Pepe, A.: "«Circostanze eccezionali» ed esonero da responsabilità del tour operator nella nuova direttiva viaggi", in *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio. La direttiva 2015/2302/UE e le prospettive della sua attuazione nell'ordinamento italiano* (a cura di A. Finessi), Napoli, 2017, p. 254 ss.

21 V. Sacchettini, E.: "All'organizzatore spetta garantire l'esecuzione corretta (d.lgs 21 maggio 2018 n. 62)", *Guida dir.*, 2018, p. 53 ss.; Zampone, A.: "Riflessioni sulla dir. (Ue) 2015/2302 relativa ai pacchetti turistici ed ai servizi turistici collegati", cit., p. 10 ss.; Santagata, R.: *Diritto del turismo*, cit., p. 309 ss.

in corso di esecuzione del viaggio (quali, ad esempio, singole escursioni acquistate *in loco*)[22].

Il venditore, al contrario, risponde esclusivamente 1) per l'inadempimento degli obblighi derivanti «dall'esecuzione del mandato[23] conferitogli dal viaggiatore[24]» con il contratto di intermediazione di viaggio - che, pur in assenza di una definizione generale, attraverso la riforma del 2018 ha finalmente trovato la sua configurazione definitiva quale autonoma figura contrattuale formalmente distinta dal contratto di vendita di pacchetto turistico[25] -, 2) nonché per gli errori dovuti a difetti tecnici nel sistema di prenotazione a lui addebitabili[26], ma non assume alcuna responsabilità in merito all'esatto adempimento della combinazione predisposta dal *tour operator*[27].

22 La casistica è piuttosto ampia: risponderà, ad esempio, per l'inadempimento dell'obbligo di coordinare i diversi servizi che compongono il pacchetto, tanto nell'ipotesi di mancata esecuzione del servizio principale (cfr. Così Cass., 10 settembre 2010, n. 19283, *Danno resp*., 2011, p. 268 ss.), quanto per il mancato o inesatto adempimento di servizi supplementari che si sono aggiunti nel corso dell'esecuzione del viaggio (v. Trib. Milano, 27 gennaio 2004, cit.); per cancellazione di un'escursione prevista nel pacchetto (cfr. Cass., 10 gennaio 2011, n. 297, *Giur. it*., 2011, p. 2357, con nota di Rufo Spina, C.: "Tutela del consumatore-viaggiatore e termini per il reclamo"; Trib. Torino, 20 luglio 2006, *Dir. tur*., 2007, p. 259 ss.) e così via.

23 Per una riconduzione del contratto concluso tra venditore e viaggiatore nella categoria del mandato v., nella dottrina più risalente, Antonini, A.: "Prestazione di servizi turistici e diritti del danneggiato", *Riv. dir. civ*., 1995, II, p. 391 ss.; Tassoni, G.: *Il contratto di viaggio*, cit., p. 255; Silingardi, G. e Morandi, F.: *La «vendita di pacchetti turistici». La direttiva 13 giugno 1990, n. 90/314/CEE, ed il d.lg. 17 marzo 1995, n. 111*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 1998, p. 128; Flamini, A.: *Viaggi organizzati e tutela del consumatore*, Esi, Napoli, 1999, p. 144 ss. In giurisprudenza v., già, Cass., 28 novembre 2002 n. 16868, *Corr. giur*., 2003, p. 583 ss., con nota di Guerinoni, E.: "Penale per la disdetta del viaggio e diritti dell'agenzia intermediaria"; Cass., 10 febbraio 2005, n. 2713, *Dir. tur*., 2005, p. 337 ss.; Cass., 19 gennaio 2010, n. 696, *Foro it*., 2010, I, c. 841.

24 Tra le ipotesi di responsabilità del venditore si segnala, a titolo esemplificativo, quella relativa al negligente espletamento degli adempimenti doganali, ovvero delle pratiche relative all'espatrio o ingresso dei viaggiatori in determinati Paesi; per l'inesatta consegna o compilazione dei documenti di viaggio; per la mancata fruizione del pacchetto turistico qualora commetta un errore nella prenotazione del biglietto aereo che impedisca al viaggiatore di raggiungere in tempo utile il punto di incontro dei partecipanti al viaggio e di prendere la coincidenza per la destinazione finale della vacanza: in giurisprudenza cfr., già, App. Firenze, 26 settembre 2001, *Dir. mar*., 2003, p. 519; G.d.P. Trieste, 10 dicembre 2002, *Dir. tur*., 2004, p. 38; Cass. 12 novembre 2013, n. 25410, *Contratti*, 2014, p. 321, con nota di Romeo, F.: "Responsabilità dell'intermediario di viaggi per omessa informazione in materia di visti di ingresso"; Cass., 13 ottobre 2016, n. 20659, consultabile in *www.leggiditalia.it*.

25 V. Morandi, F.: "Intermediazione e responsabilità nel nuovo contratto di viaggio", in *Scritti in onore di Antonio Flamini* (a cura di R. Favale, L. Ruggeri), Esi, Napoli, 2020, p. 886 ss. e Id.: "Le nuove regole dell'Unione Europea sui pacchetti turistici e i servizi turistici collegati nell'esperienza italiana", *Resp. civ. prev*., 2019, p. 1102 ss.

26 In proposito, Labella, E: "La natura della responsabilità del venditore di pacchetti turistici", cit., p. p. 581 ss. critica l'esclusione della responsabilità del professionista qualora l'errore sia imputabile esclusivamente al viaggiatore rilevando che, considerata la complessità del processo informatico di prenotazione, sarebbe stato opportuno – nell'ottica di tutela del contraente debole – prevedere a carico dell'operatore professionale l'obbligo di consentire al viaggiatore di correggere l'errore in un lasso di tempo ragionevole. V., anche, Morandi, F.: "Le nuove regole dell'Unione Europea sui pacchetti turistici e i servizi turistici collegati nell'esperienza italiana", cit., p. 1102 ss. che, con riferimento alla responsabilità del venditore per errori nel processo di prenotazione, rileva che «il criterio di imputazione della responsabilità per inadempimento risulta improntato ad una maggiore rigidità rispetto al semplice riferimento al parametro di diligenza professionale del mandatario», potendo l'operatore turistico liberarsi solo al ricorrere di una delle cause di esonero dalla responsabilità tassativamente indicate.

27 Il legislatore ha tuttavia individuato due ipotesi tassative (*ex* art. 51 *bis* c. tur.), legate all'inadempimento degli obblighi informativi precontrattuali, al verificarsi delle quali il venditore è considerato a tutti gli effetti organizzatore, con conseguente soggezione alla relativa responsabilità: 1) qualora ometta di fornire, *ex* art. 34 c. tur., al viaggiatore il modulo informativo *standard* e le informazioni relative a generalità e recapiti dell'organizzatore; 2) nel caso in cui ometta di informare il viaggiatore in merito alla sua qualifica professionale, ovvero al suo effettivo ruolo di «venditore» (sul punto, in senso critico, Labella, E: "La natura della responsabilità del venditore di pacchetti turistici", cit., p. 581 ss., ritiene che il legislatore abbia

Il suo principale obbligo contrattuale consiste, essenzialmente, nell'acquistare per conto del viaggiatore il singolo pacchetto turistico avendo cura di riferirgli tutte le informazioni necessarie relative al viaggio scelto, nonché scegliere con la dovuta diligenza professionale[28] l'organizzatore del viaggio o il fornitore del singolo servizio con cui concludere il contratto in nome e per conto dell'utente-acquirente, al fine di non incorrere in *culpa in eligendo*[29].

Evidente è la presa di posizione da parte del legislatore nazionale in merito ad una chiara e precisa delimitazione degli obblighi e degli ambiti di responsabilità dell'organizzatore e del venditore, nell'ottica di assicurare al viaggiatore, nel caso concreto, una più semplice identificazione dell'operatore turistico responsabile dell'inadempimento.

Non ci si può esimere dal rilevare che con tale soluzione sostanzialmente siano stati recepiti, mediante la loro traduzione in criteri legali di ripartizione della responsabilità[30], gli orientamenti prevalenti già elaborati da dottrina e giurisprudenza in sede di interpretazione della previgente normativa, volti ad individuare due differenti aree di responsabilità, realizzando così un'equilibrata distribuzione dei rischi ed una più efficace protezione del viaggiatore.

Orientamenti confermati in una ordinanza dello scorso febbraio della nostra Corte di Cassazione[31] che ha fatto chiarezza in merito alle nozioni di «intermediario»,

---

introdotto «una sorta di "*fictio*"» considerando in tali casi il venditore come organizzatore nonostante l'art. 50 lo qualifichi espressamente come mandatario del viaggatore). Il venditore, inoltre, sarà tenuto al rispetto degli obblighi posti a carico dell'organizzatore qualora quest'ultimo sia stabilito al di fuori dell'Unione Europea, a meno che dimostri che il *tour operator* si sia conformato agli stessi (*ex* art. 51 *ter* c. tur.).

28 Santagata, R.: "La nuova disciplina dei contratti del turismo organizzato nel Codice del turismo «dimidiato»", *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. p. 1127, ritiene che l'obbligo di diligenza debba essere valutato con particolare rigore in quanto «il servizio di consulenza offerto dall'agenzia di viaggio, anche mediante indicazioni e raccomandazioni personalizzate ad un cliente in base alle sue specifiche esigenze e motivazioni di viaggio, può, per certi versi e con i dovuti adattamenti, accostare l'intermediario turistico al consulente finanziario, nel senso di specificare il suo dovere di "comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti" (...)».

29 Cfr. già Cass., 19 gennaio 2010, n. 696, cit. e recentemente, nello stesso senso, Cass., 24 novembre 2020, n. 26694, consultabile in *www.leggiditalia.it*.

30 Finessi, A.: "La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio", cit., p. 1307 ss.

31 Cass., (ord.), 2 febbraio 2022, n. 3150, consultabile in *www.leggiditalia.it*. Nel caso di specie una coppia citava in giudizio un'agenzia di viaggi, lamentando carenze e disservizi nell'organizzazione e gestione alberghiera di un viaggio «*all inclusive*». La convenuta si costituiva in giudizio eccependo di essere un mero intermediario e precisava che il pacchetto turistico acquistato fosse stato organizzato da un *tour operator*, con la conseguenza che delle carenze o inadempimenti dell'albergatore avrebbe dovuto rispondere esclusivamente quest'ultimo. Il giudice di primo grado accoglieva la domanda della coppia, mentre la Corte d'appello ribaltava la decisione, rilevando l'errore commesso dal Giudice di Pace, il quale aveva confuso la posizione giuridica del tour operator con quella dell'intermediario di viaggi condannando il secondo per un tipo di responsabilità che invece avrebbe potuto essere ascritta solo al primo. Contro tale decisione gli acquirenti del pacchetto turistico presentavano ricorso in Cassazione. I giudici di legittimità hanno rigettato il ricorso dopo aver precisato che, essendo l'agenzia di viaggi un mero intermediario, la stessa non avrebbe potuto esser chiamata a risarcire danni a lei non ascrivibili. Nello stesso senso, Cass., 24 novembre 2020, n. 26694, cit.

«venditore», «organizzatore» ed alle rispettive responsabilità[32]. I giudici hanno ribadito con fermezza che si tratti di figure diverse cui corrispondono compiti e responsabilità differenti ed hanno concluso che, sulla base della normativa vigente e di un consolidato orientamento giurisprudenziale, l'intermediario di viaggi - «o venditore che dir si voglia, o "agenzia di viaggi", secondo l'espressione più diffusa nella prassi»[33] - risponda esclusivamente delle obbligazioni tipiche del mandatario (quali, ad esempio, scegliere con oculatezza l'organizzatore, trasmettere tempestivamente le prenotazioni, incassare il prezzo) e non degli inadempimenti dell'organizzatore o della non rispondenza dei servizi effettivamente offerti rispetto a quelli promessi e pubblicizzati.

III. SEGUE: LA RESPONSABILITÀ PER MANCATA O INESATTA ESECUZIONE DI SERVIZI PRESTATI DA «ALTRI FORNITORI».

Il sistema della responsabilità delineato in sede di riforma è completato dalla previsione secondo la quale tanto l'organizzatore quanto il venditore rispondono, rispettivamente, dell'inesatta esecuzione dei servizi che compongono il pacchetto o dell'inesatta esecuzione del mandato conferito dal viaggiatore, non solo nel caso in cui i disservizi siano a loro direttamente addebitabili, bensì anche qualora derivino da comportamenti di singoli fornitori di servizi di cui si avvalgono[34], secondo il meccanismo della responsabilità degli ausiliari di cui all'art. 1228 c.c.

La *ratio* della prescrizione trova fondamento nella circostanza che, nella prassi, la particolare complessità della combinazione dei servizi che integra il pacchetto turistico implica l'esigenza per l'organizzatore di rivolgersi a terzi fornitori che possano eseguire le prestazioni oggetto del contratto (si pensi, ad esempio, ai servizi di trasporto, alla realizzazione di escursioni *in loco*, alle attività di gestione dell'alloggio)[35], con la conseguenza che un tale meccanismo di responsabilità si rende necessario al fine di garantire una più efficace protezione del viaggiatore esposto a non poche difficoltà, specie per i viaggi in luoghi lontani, qualora dovesse agire in via giudiziale nei confronti del singolo prestatore del servizio.

32 I giudici di legittimità hanno osservato che, da circa trent'anni, la normativa non ammetta più alcun dubbio in merito al fatto che «a) "organizzatore" di viaggi-vacanza è chi ne combina gli elementi e li offre al pubblico in forma di "pacchetto tutto compreso"; b) "venditore" di viaggi-vacanza è chi vende i pacchetti realizzati da terzi; c) "intermediario" di viaggi-vacanza non è che un sinonimo di "venditore"».

33 Così si esprimono i giudici di legittimità.

34 Pepe, A.: "«Circostanze eccezionali» ed esonero da responsabilità del tour operator nella nuova direttiva viaggi", cit., p. 254 ss.

35 V. Finessi, A.: "La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio", cit., p. 1307 ss.

È stato in tal modo recepito un orientamento ormai consolidato in dottrina[36] e giurisprudenza[37], recentemente ribadito dalla nostra Corte di Cassazione[38], secondo il quale l'operatore turistico è tenuto a risarcire qualsiasi danno subito dal viaggiatore a causa della fruizione del pacchetto tutto compreso, anche quando la responsabilità sia ascrivibile esclusivamente ad altri prestatori di servizi, salvo il diritto a rivalersi nei loro confronti.

Quanto all'espressione «altri fornitori», di cui all'art. 42, comma 1, c. tur., si ritiene che in tale categoria debbano rientrare «tutti i terzi», ovvero non solo i dipendenti e collaboratori interni alla struttura organizzativa del *tour operator*[39], bensì anche soggetti esterni ed autonomi, che abbiano partecipato occasionalmente all'esecuzione del contratto, inclusi i terzi esecutori delle singole prestazioni[40].

Si tratta di un sistema di responsabilità oggettiva per rischio di impresa[41] che trova fondamento non già in un comportamento colposo al momento della scelta degli ausiliari (*culpa in eligendo*) o in una omessa vigilanza dell'attività del terzo (*culpa in vigilando*), bensì nel rischio connaturato all'utilizzazione dei terzi nell'adempimento dell'obbligazione - quale applicazione del principio «*cuius*

36 Cfr. Rossi Carleo, L.: "La vendita di pacchetti turistici", cit., p. 146; Romeo, F.: "Il contratto di viaggio. Tutele specifiche e risarcimento del danno", cit., p. 170 ss.; Id.: "Pacchetto turistico "*all inclusive*" e responsabilità del *tour operator* per i danni causati al turista dal terzo prestatore di servizi", *Contratti*, 2013, p. 677 ss.; Pasquili, R.: *La prestazione dell'organizzatore nel contratto di viaggio*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 158 ss., spec. p. 161.

37 V. Cass., 11 dicembre 2012, n. 22619, *Dir. trasp*., 2013, p. 525, con nota di Chiofalo, V.: "Sulla responsabilità dell'organizzatore di pacchetti turistici per le prestazioni effettuate da altri prestatori di servizio"; Giust. civ., 2013, I, p. 1413, con nota di Cocuccio, M.: "Responsabilità del *tour operator* e inadempimento del terzo prestatore di servizi", che ha ravvisato una responsabilità dell'organizzatore per i danni subiti da un turista in occasione di un sinistro stradale avvenuto durante il trasferimento in *taxi* organizzato dal *tour operator* in sostituzione, per causa di forza maggiore, di quello aereo contrattualmente previsto per raggiungere l'aeroporto da cui imbarcarsi per il volo di ritorno; e, in senso conforme, già Cass., 13 novembre 2009, n. 24044, *Giust. civ*., 2010, p. 1683, con nota di Cocuccio, M.: "Responsabilità del venditore di pacchetto turistico per infortunio del turista durante un'escursione"; *Contratti*, 2011, p. 1021, con nota di Carrassi, C.S: "Infortunio, danno da vacanza rovinata e responsabilità oggettiva del *tour operator*"; Cass., 29 febbraio 2008, n. 5531, *Foro it*., 2009, I, c. 214; Cass., 27 giugno 2007, n. 14837, *Dir. tur*., 2008, p. 301, con nota di Carmagnani, P.: "La responsabilità del *tour operator* dalla Ccv al codice del consumo"; *Danno resp*., 2008, p. 993, con nota di Laghezza, P.: "Contratto di viaggio, sinistro stradale, limiti alla responsabilità del *tour operator*".

38 Cass., 6 luglio 2018, n. 17724, *Riv. it. dir. tur*., 2019, p. 133 ss., con nota di Soldati, N.: "Danno da vacanza rovinata e risarcimento del danno provocato da terzi", confermata da Cass., 23 aprile 2020, n. 8124, *ivi*, 2021, p. 149 ss., con nota di Iorio, C.: "Il difficile equilibrio tra tutela del viaggiatore e responsabilità dell'organizzatore e del venditore".

39 In proposito, Finessi, A.: "La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio", cit., p. 1307 ss., evidenzia l'importanza assunta, tra gli ausiliari dell'organizzatore, dal c.d. corrispondente locale al quale spetta il compito di assemblare le varie componenti del pacchetto, specie con riferimento ai viaggi in Paesi stranieri.

40 Cfr. Cass., 11 dicembre 2012, n. 22619, cit. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Grosseto, 19 giugno 2012, *Riv. dir. nav*., 2013, p. 394; Trib. Firenze, 7 giugno 2016, *Dir. mar*., 2017, p. 227; Trib. Ancona, 4 giugno 2018, n. 867, consultabile in *www.dejureonline.it*.

41 V. Cass., 11 dicembre 2012, n. 22619, cit.; Cass., 10 settembre 2010, n. 19283, *Danno resp*., 2011, p. 268 ss.; Cass., 3 dicembre 2009, n. 25396, *Riv. it. dir. tur*., 2011, p. 119, con nota di Montanari, M.: "La responsabilità per inadempimento del prestatore di servizi di ospitalità turistica"; Cass., 29 febbraio 2008, n. 5531, *Dir. tur*., 2008, p. 116.

commoda eius et incommoda»[42] - rischio assunto dall'operatore turistico a prescindere dall'elemento soggettivo del fornitore del servizio e dello sforzo compiuto nella scelta[43]. Responsabilità che viene ad essere imputata sulla base del mero presupposto dell'attività svolta[44], senza alcuna possibilità di deroga pattizia[45] - a differenza di quanto previsto dalla disciplina generale in materia di responsabilità per fatto degli ausiliari -, né di prova liberatoria dell'aver agito con diligenza professionale nella scelta del soggetto cui è stata affidata l'esecuzione del servizio[46].

Il rigore di una tale previsione si attenua in virtù del riconoscimento, *ex* art. 51 *quinqiues* c. tur., in favore degli operatori turistici di un diritto di regresso nei confronti dei soggetti che abbiano contribuito al verificarsi dell'evento da cui sono derivati gli obblighi a loro carico (comma 1) e di un diritto di surroga (comma 2) in tutti i diritti e le azioni del viaggiatore verso i terzi responsabili[47].

IV. RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

Volendo formulare alcune considerazioni conclusive in merito al regime giuridico delineato dal codice del turismo riformato in materia di responsabilità per inesatta esecuzione dei servizi oggetto di pacchetto turistico, ciò che emerge è che da un punto di vista formale, al d.lg. n. 62 del 2018 vada attribuito, indubbiamente, il merito di aver disciplinato la materia *de quo* in maniera organica e sistematica, mediante l'introduzione di due diverse sezioni: una (la IV) dedicata all'esecuzione del contratto e volta a disciplinare i profili di responsabilità dell'organizzatore;

42 Vale a dire «dell'appropriazione o avvalimento dell'attività altrui per l'adempimento della propria obbligazione, comportante l'assunzione del rischio per i danni che al creditore ne derivino»: così Cass., 11 dicembre 2012, n. 22619, cit.

43 Cfr. Cass., 11 dicembre 2012, n. 22619, cit., secondo cui «sia il venditore che l'organizzatore rispondono del danno patito dal viaggiatore, in conseguenza del fatto illecito del terzo della cui opera si siano avvalsi, non a titolo di colpa "*in eligendo*" o "*in vigilando*", ma in virtù della sola assunzione legale del rischio per i danni che possono accadere al viaggiatore».

44 Sul punto Santagata, R.: *Diritto del turismo*, cit., pp. 311-312, osserva che il riconoscimento di un tale regime di responsabilità in capo all'organizzatore sia «giustificato dalle dimensioni economiche ormai assunte dai *tour operators* e dalla crescente spersonalizzazione dei rapporti tra quest'ultimi ed i turisti».

45 La vincolatività per il viaggiatore di un eventuale patto contrario è espressamente esclusa dall'art. 51 *sexies* c. tur.

46 Cfr. Santagata, R.: *Diritto del turismo*, cit., p. 311; Cocuccio, M.: *Viaggio turistico e vacanza rovinata*, Milano, 2010, p. 71 ss.; Id.: "Inadempimento del contratto di viaggio: la vacanza rovinata", *Giur. merito*, 2012, p. 1581 ss.; Finessi, A.: "La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio", cit., p. 1307 ss.

47 In senso critico, Finessi, A.: "La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio", cit., p. 1307 ss. rileva l'ambiguità della disposizione che non chiarisce adeguatamente le ipotesi in cui l'organizzatore ed il venditore possano agire con l'azione di regresso da quelle in cui opera una surrogazione legale, osservando come si venga così a riproporre il medesimo problema di coordinamento già sorto sotto la vigenza dei previgenti art. 48 c. tur. (il cui contenuto è stato integralmente riprodotto nell'attuale art. 51 *quinquies* c. tur.) e art. 43, comma 2, c. tur. che attribuiva agli operatori turistici il diritto di rivalsa nei confronti di altri prestatori di servizi responsabili (in proposito, Finessi, A.: "Prestazione di servizi "non conformi" al contratto di viaggio e rimedi contrattuali esperibili dal viaggiatore nella dir. 2015/2302: prospettive di attuazione nell'ordinamento giuridico italiano", *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 1469 ss.).

l'altra (la VII), appositamente separata, relativa alla responsabilità del venditore nell'esecuzione del mandato conferitogli dal viaggiatore, fugando così ogni dubbio circa una possibile responsabilità dell'agenzia per prestazioni non conformi al contratto di viaggio organizzato[48], al di fuori delle ipotesi tassativamente indicate (dall'art. 51 *bis* e *ter* c. tur.).

Quanto ai profili sostanziali, come sopra rilevato, nel dare attuazione alla direttiva comunitaria il legislatore abbia introdotto espressi criteri legali di ripartizione delle responsabilità che, tuttavia, potevano già desumersi dal vecchio art. 43 c. tur., letto secondo la soluzione interpretativa prevalente, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, volta a riconoscere nell'ambigua formulazione della disposizione un regime di responsabilità parziaria tra *tour operator* ed agenzia di viaggi.

Nonostante la direttiva 2015/2302/Ue abbia concesso agli Stati membri la possibilità di introdurre disposizioni volte ad attribuire 'anche' al venditore la responsabilità per i difetti nell'esecuzione del contratto, il legislatore nazionale ha preferito individuare due distinte aree di responsabilità, predisponendo un modello di regolamentazione che tende a contemperare e bilanciare i contrapposti interessi in gioco. Da un lato, infatti, si cerca di offrire una più efficace protezione al viaggiatore limitando le ipotesi di esonero della responsabilità degli operatori turistici a fattispecie tassativamente indicate e garantendo in ogni caso il risarcimento dei danni causati da terzi di cui l'organizzatore e/o il venditore si siano avvalsi per l'adempimento delle obbligazioni loro imposte dal contratto; dall'altro, il legislatore ha tentato di realizzare una puntuale definizione del rischio d'impresa in concreto assunto dagli operatori professionali con la conclusione del contratto di viaggio tutto compreso, introducendo un regime di responsabilità che tenga conto della diversità delle obbligazioni che gli stessi assumono e delle rispettive prestazioni economiche fornite.

In merito alla condivisibilità della soluzione adottata, si osserva che l'introduzione di un regime di responsabilità solidale avrebbe sicuramente rafforzato la posizione del viaggiatore, consentendogli di rivolgere le proprie pretese direttamente al venditore con cui si raffronta in prima persona; e sarebbe stato più coerente anche rispetto alla struttura del contratto di viaggio combinato che vede coinvolti diversi soggetti, specie considerando il ruolo del venditore e la sua attività di raccordo tra organizzatore e viaggiatore ai fini della vendita della combinazione di servizi che realizza il pacchetto[49]. Allo stesso tempo, tuttavia, tale scelta si sarebbe potuta

48 In senso contrario, Labella, E: "La natura della responsabilità del venditore di pacchetti turistici", cit., p. 581 ss., osserva che la disciplina della responsabilità del debitore predisposta dal legislatore nazionale «rischia di complicare il sistema che l'ordinamento europeo ha tentato di semplificare (...) tradendo proprio l'intento di armonizzazione massima che la stessa direttiva si è prefissata».

49 Diversamente, Morandi, F.: "Intermediazione e responsabilità nel nuovo contratto di viaggio", cit., p. 892, nt. 16, osserva che la previsione di una responsabilità solidale tra gli operatori turistici si sarebbe mal conciliata con la struttura del mercato nazionale dei viaggi organizzati con particolare riferimento alle

prestare ad una valutazione critica a causa della negativa incidenza che avrebbe potuto avere sulle finanze delle agenzie di viaggio, specie di piccole dimensioni, le quali sarebbero state esposte ad un rischio sproporzionato sia rispetto al tipo di attività posta in essere, sia rispetto alla propria struttura.

La ripartizione delle responsabilità così strutturata, invece, permette una più equa distribuzione dei rischi tra gli operatori turistici coinvolti nel contratto, favorendo la competitività delle imprese del settore, con effetti positivi per l'intero mercato turistico, la cui promozione ed il cui sviluppo rappresenta, unitamente alla creazione di un livello di protezione sicuro per i viaggiatori, uno dei principali obiettivi perseguiti dalla direttiva 2015/2302 Ue.

condizioni in cui operano le nostre agenzie di viaggi, nonché sarebbe stata contraria alla tradizione giuridica italiana.

BIBLIOGRAFIA

ANTONINI, A.: "Prestazione di servizi turistici e diritti del danneggiato", *Riv. dir. civ.*, 1995, II, pp. 391 ss.;

ARATO, M.: "Le condizioni generali di contratto ed i viaggi turistici organizzati", *Riv. dir. circ. trasp.*, 1980, pp. 449-463;

BATTILANI, P.: *Vacanze di pochi, vacanze di tutti: l'evoluzione del turismo europeo*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 11 ss.;

BOCCHINI, F.: "La prospettiva civilistica", in *Turismo y derecho del consumo* (a cura di E. LLAMAS POMBO, L. MEZZASOMA, C.I. JARAMILLO JARAMILLO, M. BERNAL FANDIÑO), Ibáñez, Bogotà, 2015, pp. 35 ss.

CAPOBIANCO, E., MEZZASOMA, L., PERLINGIERI, G. (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina* e *la giurisprudenza*, 2ª ed., Esi, Napoli, 2018, pp. 1199 ss.;

CARRASSI, C.S.: "Tutela del turista sui viaggi a forfait. Finalmente una risposta adeguata del legislatore italiano?", *Corr. giur.*, 1995, pp. 906 ss.;

CATERBI, S.: Il danno da vacanza rovinata. Dal volo cancellato all'overbooking: responsabilità e risarcimento, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 1-23;

CIMMINO, M.: "La tutela del turista tra inadempimento e vacanza rovinata: nuovi strumenti di diritto europeo e rimedi tipici di diritto nazionale privato", Dereito. *Revista xuridíca da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 25, nº 1:1-19 (Xaneiro-Xuño, 2016), pp. 12-14;

COCUCCIO, M.: "Inadempimento del contratto di viaggio: la vacanza rovinata", *Giur. merito*, 2012, pp. 1581 ss.;

COCUCCIO, M.: *Viaggio turistico* e *vacanza rovinata*, Milano, 2010, pp. 71 ss.;

CUFFARO, V.: "Un codice "consumato" (Codice del consumo, credito ai consumatori, e Codice del turismo)", *Corr. giur.*, 2011, pp. 1189 ss.;

DE CRISTOFARO G.: "La disciplina dei contratti aventi ad oggetto "pacchetti turistici" nel "Codice del turismo" (D. lgs 23 maggio 2011, n. 79): profili di novità e questioni problematiche (Prima parte)", *Studium Iuris*, 2011, pp. 1143 ss.;

FINESSI, A.: "Prestazione di servizi "non conformi" al contratto di viaggio e rimedi contrattuali esperibili dal viaggiatore nella dir. 2015/2302: prospettive di attuazione nell'ordinamento giuridico italiano", *Eur. dir. priv.*, 2017, pp. 1469 ss.;

Flamini, A.: *Viaggi organizzati e tutela del consumatore*, Esi, Napoli, 1999, pp. 144 ss.;

Giova, S., Ziccardi, M.: "La tutela del viaggiatore nella nuova direttiva sui pacchetti turistici", in *Scritti in Onore di Vito Rizzo* (a cura di E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma, S. Polidori), Esi, Napoli, 2017, pp. 835 ss.;

Graziuso, E.: *La vendita di pacchetti turistici. Aspetti sostanziali, processuali e risarcitori*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 1-11;

Guerinoni, E.: "Contratti e responsabilità nel Codice del turismo", *Corr. giur.*, 2012, pp. 5 ss.;

Guerinoni, E.: "Viaggi tutto compreso e illegittimità della norma che prevede un massimale per il risarcimento dei danni alla persona", *Resp. civ. prev.*, 2012, pp. 485-486;

Labella, E: "La natura della responsabilità del venditore di pacchetti turistici", *Eur. dir. priv.*, 2020, pp. 581 ss.;

Malagoli, E.: "Il nuovo codice del turismo: contenuti e garanzie", *Contr. impr./Europa*, 2011, pp. 813 ss.;

Mazier, M., Cavanna, C.: "Introduzione alla nuova direttiva Ue in tema di pacchetti turistici e di servizi turistici collegati", *Dir. mar.*, 2017, pp. 275 ss.;

Meotti, A.M.: "Convenzione (C.C.V.) di Bruxelles del 23 aprile 1970 sul contratto di viaggio", in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari* (a cura di G. Alpa, P. Zatti), 2ª ed., Cedam, Padova, 1995, pp. 923 ss.;

Minervini, G.: "Il contratto turistico", *Riv. dir. comm.*, I, 1974, pp. 276 ss.;

Monticelli, S.: "Il contratto di viaggio", in *Contratto d'albergo. Contratti di viaggio. Contratti del tempo libero* (a cura di Id., G. Ciurnelli, G. Zuddas), Giuffrè, Milano, 1994, pp. 141 ss.;

Morandi, F.: "I contratti di viaggio alla prova del Codice del turismo", *Riv. it. dir. tur.*, 2012, pp. 5 ss.;

Morandi, F.: "Intermediazione e responsabilità nel nuovo contratto di viaggio", in *Scritti in onore di Antonio Flamini* (a cura di R. Favale, L. Ruggeri), Esi, Napoli, 2020, pp. 886 ss.;

Morandi, F.: "Le nuove regole dell'Unione Europea sui pacchetti turistici e i servizi turistici collegati nell'esperienza italiana", *Resp. civ. prev.*, 2019, pp. 1102 ss.;

Moscati, E.: "La disciplina uniforme dei contratti di viaggio e il diritto privato italiano", in *Legislazione economica* (a cura di F. Vassalli, G. Visentini), Giuffrè, Milano, 1979, pp. 350 ss.;

Pasquili, R.: *La prestazione dell'organizzatore nel contratto di viaggio*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 158 ss.;

Pepe, A.: "«Circostanze eccezionali» ed esonero da responsabilità del tour operator nella nuova direttiva viaggi", in *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio. La direttiva 2015/2302/UE e le prospettive della sua attuazione nell'ordinamento italiano* (a cura di A. Finessi), Napoli, 2017, pp. 254 ss.;

Pucci, M.: "Ejecución incorrecta de los servicios incluidos en el contrato de viaje combinado y responsabilidad del organizador", in *Turismo y Daños* (a cura di L. Mezzasoma, M.J. Reyes López), Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 203 ss.;

Romeo, F.: "Il contratto di viaggio. Tutele specifiche e risarcimento del danno", in *Tratt. teorico pratico di diritto privato* (diretto da G. Alpa, S. Patti), Cedam, Padova, 2011, pp. 6 ss.;

Romeo, F.: "Pacchetto turistico "all inclusive" e responsabilità del tour operator per i danni causati al turista dal terzo prestatore di servizi", *Contratti*, 2013, pp. 677 ss.;

Roppo, V.: "Commentario alla Convenzione relativa al contratto di viaggio (CCV)", *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, pp. 1780 ss.;

Rossi Carleo, L.: "La vendita di pacchetti turistici", in *Il contratto di viaggio turistico* (a cura di Id., M. Dona), Esi, Napoli, 2010, pp. 120 ss.

Sacchettini, E.: "All'organizzatore spetta garantire l'esecuzione corretta (d.lgs 21 maggio 2018 n. 62)", *Guida dir.*, 2018, pp. 53 ss.;

Santagata, R.: "La nuova disciplina dei contratti del turismo organizzato nel Codice del turismo «dimidiato»", *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, pp. 1127 ss.;

Santagata, R.: *Diritto del turismo*, Utet, Torino, 4ª ed., 2018, pp. 267-271;

Santuari, A.: *I contratti di viaggio «all inclusive» tra frontiere interne e diritto transnazionale*, Cedam, Padova, 2003, pp. 4-20;

SILINGARDI, G. E MORANDI, F.: *La «vendita di pacchetti turistici». La direttiva 13 giugno 1990, n. 90/314/CEE, ed il d.lg. 17 marzo 1995, n. 111*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 1998, pp. 128 ss.;

TASSONI, G.: *Il contratto di viaggio*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 4 ss.;

TASSONI, G.: sub art. 43, D. Lg. 23 maggio 2011 n. 79, in *Codice del consumo* e *norme collegate* (a cura di V. CUFFARO), Giuffrè, Milano, 4ª ed., 2015, pp. 1101 ss.;

TRIPODI, E.M., CARDOSI, G.: *Il Codice del turismo. Guida alla nuova disciplina dopo il D.Lgs. n. 79/2011*, Maggioli, Rimini, 2011, *passim*;

TULLIO, L.: "Interpretazioni discutibili e inquietanti della normativa sul contratto di viaggio", *Dir. trasp*., 2005, pp. 290 ss.;

VENCHIARUTTI, A.: "I contratti del turismo organizzato nel codice del turismo", in *I contratti del consumatore* (a cura di G. ALPA), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 1227 ss.;

VENDITTI, P.: *I pacchetti turistici dopo la riforma. Commento organico al d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62, di modifica del Codice del turismo*, Dike Giuridica, Roma, 2018, *passim*;

ZAMPONE, A.: "Riflessioni sulla dir. (Ue) 2015/2302 relativa ai pacchetti turistici ed ai servizi turistici collegati", *Dir. trasp*., 2018, pp. 10 ss.

APROXIMACIÓN A LOS SMART CONTRACTS DESDE UN PUNTO DE VISTA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

APPROACH TO SMART CONTRACTS FROM AN INTERNATIONAL PRIVATE LAW POINT OF VIEW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 634-657

Antonio
MERCHÁN
MURILLO

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: A través de este trabajo se trata de realizar un estudio en relación al marco normativo de los Smart contract o contratos inteligentes. De esta forma, partiendo de una conceptualización propia, se trata de hacer una profundización en la normativa, que les resultará aplicable, para finamente tratar de determinar la Ley aplicable a estos contratos, a través de las normas de Derecho internacional privado.

PALABRAS CLAVE: Contratos inteligentes; Blockchain; Inteligencia Artificial; Computación en nube; Identidad electrónica.

ABSTRACT: *Through this work we try to carry out a study in relation to the regulatory framework of the Smart contract or intelligent contracts. In this way, starting from their own conceptualization, it is a matter of making a deepening of the regulations, which will be applicable to them, to finally try to determine the Law applicable to these contracts, through the rules of private international law.*

KEY WORDS: *Smart contracts; blockchain; Artificial intelligence; cloud computing; e-Identity.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CONCEPTUALIZACIÓN DEL SMART CONTRACT Y SUS CARACTERISTICAS.- III. CONSIDERACIONES NORMATIVAS PREVIAS.- IV. LA PROBLEMÁTICA PROPIA DEL CONTEXTO TECNOLÓGICO USADO.- V. LOS SMART CONTRACTS Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.- 1. La repercusión transfroteriza del smart contract.- 2. La determanicación de la ley aplicable en supuesto de responsabilidad contractual.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Los Smart contracts o contratos inteligentes son aclamados como uno de los primeros avances tecnológicos verdaderamente disruptivos para la práctica del derecho. Estos contratos se están desarrollando en una gran variedad de sectores, que van desde el sector financiero, el sector público, la gestión de la cadena de suministro a los seguros, etc. Ante esto, se ha intensificado el debate sobre las implicaciones legales de este fenómeno.

Junto a los Smart contracts aparece la tecnología Blockchain, que ha alimentado el interés de los legisladores, quienes han comenzado a reconocer las incertidumbres regulatorias y están haciendo los primeros intentos de introducir soluciones legislativas para abordarlas. La motivación detrás de las iniciativas legislativas de contratos inteligentes introducidas hasta ahora tiende a reducir la inseguridad jurídica y mitigar los riesgos potenciales de los contratos inteligentes, aunque no del todo.

Junto a Blockchain y los Smart contracts, aparece la informática en la nube que puede definirse como los servicios informáticos (por ejemplo, el almacenamiento y el procesamiento de datos) por Internet[1] o lo que es lo mismo el almacenamiento, tratamiento y utilización de datos en ordenadores a distancia a los que se tiene acceso a través de Internet[2]; es decir, la computación en nube permite la disponibilidad de capacidad informática en todas partes y para cualquier persona.

Además, de todo lo anterior, no debe perderse de vista la Inteligencia artificial, es decir eñ "software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado

1 Cnudmi: *Labor prevista y posible labor futura: parte cuarta Propuesta del Gobierno del Canadá: posible labor futura en materia de comercio electrónico: cuestiones jurídicas que afectan a la informática "en la nube"*, Nueva York, 7 a 18 de julio de 2014, p. 4.

2 Comisión Europea: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Liberar el potencial de la computación en nube en Europa ({SWD(2012) 271 final}, Bruselas*, 27 de septiembre de 2012, COM(2012) 529 final, p. 2.

• Antonio Merchán Murillo
Prof. Ayudante Doctor
Universidad Pablo de Olavide (España)
e.mail amermur@upo.es

de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa" (artículo 3,1 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión).

Con esta breve introducción, se pueden observar las implicaciones jurídicas que conllevan los Smart contracts, en el mundo empresarial y personal. Es una cuestión de suma importancia, ante el desarrollo tecnológico que supone, el avanzado estado en el que se encuentra y el uso cada vez más cotidiano que se realiza, a nivel nacional y transfronterizo. Habida cuenta de lo anterior, surge la necesidad de estudiar su problemática desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado.

II. CONCEPTUALIZACIÓN DEL SMART CONTRACT Y SUS CARACTERISTICAS.

El término contrato inteligente y la idea subyacente datan de mucho antes del surgimiento de Bitcoin y la tecnología Blockchain. Szabo[3], en 1994, definió un contrato inteligente como una pieza de protocolo de transacción computerizado que satisface condiciones contractuales tales como condiciones de pago, confidencialidad o cumplimiento, reduce las excepciones y minimiza la necesidad de intermediarios de confianza. Mencionó los protocolos de efectivo digital como ejemplos de contratos inteligentes, ya que los mecanismos permiten el pago en línea en combinación con las características del efectivo en papel, como la divisibilidad y la confidencialidad.

En cualquier caso, y quizá de una manera más sencilla, puede decirse que los contratos inteligentes son, en resumen, pequeños programas que se ejecutan; es decir, "si esto sucede, haz aquello"[4]. Los contratos inteligentes que se ejecutan en Blockchain son más difíciles de definir de manera concisa. No obstante, estos Smart contracts los podemos identificar como scripts anclados en una cadena de bloques o una infraestructura distribuida similar. Tan pronto como se activa mediante una transacción de Blockchain y se valida en toda la red, se ejecutan acciones predefinidas. Dado que las condiciones de un contrato inteligente se almacenan de forma transparente en la cadena de bloques, siempre funcionará según lo previsto por todas las partes, lo que puede reducir los problemas de

3 Szabo, N.: *Smart contracts Go to reference in article*, 1994. Disponible en: http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html (última fecha de consulta 29 de noviembre de 2022)

4 Graff, T. J.: "From old to new: From internet to smart contracts and from people to smart contracts", *Computer Law & Security Review*, núm. 35, octubre, 2019.

confianza entre las partes involucradas. Los contratos inteligentes son scripts de software, al igual que los scripts que se ejecutan en aplicaciones que no son de cadena de bloques[5].

La tecnología Blockchain, tecnología subyacente a los contratos inteligentes, es una de las tecnologías de libro mayor distribuido (también conocida como libro mayor público descentralizado, libro mayor público sin confianza, tecnologías de libro mayor compartido). En este mismo contexto aparece la tecnología computacional, el uso de claves criptográficas, el almacenamiento de datos distribuidos. Ahora bien, la cuestión principal a tratar es la Blockchain que va a ayudar a resolver el problema de cómo se podría asegurar la coordinación de la actividad de los individuos sin una autoridad central que garantice la validez de las transacciones.

En este punto, aparecen varios debates sobre la naturaleza de los contratos inteligentes. Para participar en ellos, sin duda es útil comprender las diferencias entre los distintos tipos de programas informáticos con los que operamos a diario, para ver cómo han evolucionado los Smart contracts[6], para comprobar que hoy en día, los contratos inteligentes se entienden principalmente como acuerdos codificados en un código informático y colocados en una infraestructura virtual descentralizada. Los protocolos informáticos verifican y ejecutan las cláusulas y la ejecución de un contrato, lo que hace innecesarias algunas actividades contractuales tradicionales involucradas en la ejecución. La tecnología permite la implementación automática de los términos de un acuerdo[7]. Tanto el término inteligente como el término contrato son engañosos, ya que un contrato inteligente consiste en un código informático, hecho por otra persona física o jurídica, para un fin, por lo que puede ser considerado, en nuestra opinión como obediente.

Si bien los contratos inteligentes parecen tener una amplia gama de beneficios, existen muchos desafíos y riesgos. Un contrato inteligente no puede activarse solo. Solo cobra vida cuando una de sus funciones aparece programada en una transacción. Por lo tanto, los contratos inteligentes en ningún caso son autónomos, sino que siempre requieren un evento externo (por ejemplo, una transacción) para activarlos. Un desafío de los casos de uso de contratos inteligentes se refiere al problema del procesamiento de información y eventos que no ocurren directamente en la cadena de bloques. Si bien un contrato inteligente puede reaccionar de inmediato a una transacción de la cadena de bloques, ya que todo

5 Lennart, A.: "Smart contracts on the blockchain – A bibliometric analysis and review", *Telematics and Informatics*, núm. 57, marzo 2021, pp. 10-19.

6 Surden, H.: *Computable Contracts*, University of California, 2012, Vol. 46. Disponible en: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/46/2/articles/46-2_surden.pdf

7 Eenmaa-Dimitrieva, H.; Schmidt-Kessen, J.: "Creating markets in no-trust environments: The law and economics of smart contracts", *Computer Law & Security Review*, núm. 35, 2019, pp. 69-88.

el proceso se maneja en la cadena, si la información requerida, por ejemplo, se refiere a una persona que no está en la cadena, el script no puede recopilar la información por sí mismo. Si bien la cadena de bloques proporciona un entorno confiable, es posible que los participantes de un contrato inteligente no confíen en la información que se transmite a la cadena de bloques. Esto se conoce como el problema del oráculo y se aplica a cualquier individuo, software o hardware involucrado en estos procesos.

En principio, la cadena de bloques no es una tecnología eficiente: todos los participantes de la red deben almacenar una copia de la cadena de bloques, lo que también se aplica al código informático anclado. En las cadenas de bloques públicas, los contratos inteligentes se ejecutan globalmente, lo que significa que cada nodo de la cadena de bloques ejecuta el contrato cada vez. Dado que la computación es un proceso determinista, la ejecución global puede no ser estrictamente necesaria[8]. Otro desafío que surge del almacenamiento de toda la información por parte de todos los participantes de la red es la protección de datos. Los datos almacenados no se eliminan fácilmente, lo que entra en conflicto con requisitos legales como el derecho al olvido[9].

Por otro lado, cuando hablamos de los contratos inteligentes, debemos hacer referencia a donde se ejecutan. Hasta la fecha, existe una multitud de plataformas de contratos inteligentes. En este contexto, destacamos la informática en la nube o computación en nube, conocida principalmente por su denominación en inglés, cloud computing (en adelante, CC), que permite el acceso por medio de una red de telecomunicación (Internet), a demanda y en régimen de autoservicio, a recursos informáticos compartidos configurables[10].

Los servicios prestados son muy variados y pueden ir desde el mero suministro de infraestructuras informáticas, programas informáticos y herramientas de comunicación a servicios más sofisticados, destacando el almacenamiento de datos. Son muchos los proveedores que ofrecen capacidades de almacenamiento de diferentes tamaños y bajo diferentes fórmulas comerciales, ya sea de manera gratuita o de pago. Estas capacidades de almacenamiento están destinadas, habitualmente, al uso privativo del beneficiario, pero también pueden contener funcionalidades compartidas.

8 Greenspan: "*Gideon. Smart contracts: The good, the bad and the lazy*", *Private blockchains, Smart contracts*. 2015. Disponible en: https://www.multichain.com/blog/2015/11/smart-contracts-good-bad-lazy/

9 Finck, M.: "Blockchains and Data Protection in the European Union", *European Data Protection Law Review*, 4 (1) (2018), pp. 17-35.

10 Politou, E.; Casino, F.; Alepis, E.; C. Patsakis, C.: "Blockchain Mutability: Challenges and Proposed Solutions", *IEEE Transactions on Emerging Topics in Computational Intelligence*, 2019, pp. 1–13.

A modo de reflexión, puede afirmarse que la CC puede entenderse como la combinación de tres elementos interdependientes: las infraestructuras que almacenan y gestionan los datos, las redes que transportan los datos y los ordenadores que pueden utilizarse para procesarlos. La CC dispone de una gama de características definitorias: autoservicio a pedido (servicio que está disponible en cualquier momento, a pedido y sin necesidad de una intervención humana por parte del proveedor de servicios); acceso a la red (la nube está disponible a través de conexiones a la Internet); combinación de recursos (la capacidad informática del proveedor de servicios no está asignada específicamente a cada usuario); elasticidad (los recursos informáticos del proveedor de servicios están puestos a disposición ilimitada de todos los usuarios); y escala de servicios (y adaptan en función de las necesidades de cada cliente)[11].

Debe tenerse claro que hablamos de un modelo que permite acceso de red ubicuo, conveniente y bajo demanda a un conjunto de recursos informáticos configurables (por ejemplo, redes, servidores, almacenamiento, aplicaciones y servicios)[12] que pueden aprovisionarse y liberarse rápidamente con un mínimo esfuerzo de gestión o interacción por parte del proveedor de servicios[13].

Los servicios de CC se ofrecen a través de servicios gratuitos, siendo de pago a partir de cierto volumen, pero la escala y el uso resulta especialmente relevante desde un punto de vista empresarial, como resultado directo de las transformaciones tecnológicas y que las empresas necesitan nuevas formas para reducir los costes informáticos. Las empresas externalizan las capacidades de procesamiento de datos, los recursos basados en Internet y la entrega de aplicaciones de tecnologías de la información y la comunicación, almacenamiento y espacio de memoria a los servicios en la nube.

III. CONSIDERACIONES NORMATIVAS PREVIAS.

En relación a lo dicho anteriormente, será necesario ver que normas se va a aplicar y, por tanto, van a ser relevantes. De esta forma, los acuerdos atributivos de competencia incluidos en el contrato subyacente, en la medida en que sean eficaces conforme a las reglas de nuestro sistema de Derecho internacional privado (en principio conforme a lo establecido al Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la

11 Cnudmi: *Labor prevista y posible labor futura: parte cuarta Propuesta del Gobierno del Canadá: posible labor futura en materia de comercio electrónico: cuestiones jurídicas que afectan a la informática "en la nube"*, Viena, 29 de junio a 16 de julio de 2015, p. 3.

12 Shojaiemehra Amir, B.; Rahmania Nooruldeen, M.; Qader, N.: "Cloud computing service negotiation: A systematic review", *Computer Standards & Interfaces*, vol., 2018, pp, 196-206.

13 National Institute Of Standards And Technology (NIST), U. S. Departament of Commerce: *The NIST Definition of Cloud Computing - Recommendations of the National Institute of Standards and Technology*, Septiembre, 2011, p. 2.

ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento Bruselas I bis), que restringe significativamente su operatividad en las transacciones con consumidores.

Al margen de esas transacciones, habrá que observarse la eventual incidencia de reglas especiales como la del artículo 25.2 Reglamento Bruselas I bis con respecto a la forma escrita en la contratación electrónica, presupuesto de la eficacia de los acuerdos atributivos de competencia. Asimismo, habrán de observarse las situaciones en las que llegue a ser aplicable el fuero especial del artículo 7.1 Reglamento 1215/2012 podrá resultar controvertido en qué medida la automatización de ciertas prestaciones condiciona la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación a los efectos de esa norma.

En relación con la Ley aplicable vamos a tener presente cuestiones que tienen que ver con el significado del cumplimiento automatizado de ciertos compromisos y su interacción con la relación subyacente entre las partes. El criterio de base es que habrá que estar en principio a lo dispuesto en el Reglamento Roma I (incluido su régimen específico de protección de los consumidores y la aplicación de normas de transposición de las Directivas sobre consumidores) en relación con la transacción subyacente entre las partes, sin desconocer que la aplicación de ciertas disposiciones puede ser fuente de controversia –por ejemplo, su art. 14.2 y la concreción en este marco del lugar de cumplimiento-, así como que otros instrumentos normativos también pueden ser relevantes.

Por ejemplo, el criterio de origen de la Directiva sobre el comercio electrónico en relación con los aspectos contractuales incluidos en el ámbito coordinado de la Directiva cuando ésta resulte de aplicación. Necesario será también tener en cuenta la existencia de cuestiones sometidas a conexión autónoma, entre otras, la capacidad para contratar y, muy especialmente, todo lo relativo al régimen aplicable en materia de protección de datos personales, en el que habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), en lo que concierne a la necesidad de cumplir con lo dispuesto en el mismo en las situaciones incluidas dentro de su ámbito de aplicación territorial y el artículo 79,2 del mismo, pues en estos artículos se plantean las normas de conflicto en relación a la competencia judicial y ley aplicable.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la eficacia probatoria para acreditar transacciones u otras circunstancias en el marco de procesos judiciales vendrá en principio determinada, en tanto que cuestión procesal, por la lex fori.

En el contexto de la UE resulta de especial relevancia a estos efectos el Reglamento 910/2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE y, aún más, la modificación que se de éste en lo que respecta al establecimiento de un Marco para una Identidad Digital Europea, publicada el 3 de junio de 2021[14], que se presenta fundamental, como se verá más adelante, ya que su objetivo es proporcionar, para la utilización transfronteriza, entre otras cuestiones el "acceso a soluciones de identidad electrónica altamente seguras y fiables, la garantía de que los servicios públicos y privados puedan apoyarse en soluciones de identidad digital fiables y seguras y la garantía de que las personas físicas y jurídicas puedan utilizar soluciones de identidad digital".

IV. LA PROBLEMÁTICA PROPIA DEL CONTEXTO TECNOLÓGICO USADO.

Todo esto conforme al principio de preexistencia del derecho existente. Ahora bien, en la relación contractual subyacente nos vamos a encontrar supuesto en los que se pueda dar una no-nacionalidad la tecnología, como hemos visto antes, pudiendo encontrarnos con problemas en los criterios de conexión, insolvencias transfronterizas que Blockchain nos detecta, etc., son problemas que, si no ahora lo serán con el tiempo, cuando la inteligencia artificial avance y, además, las empresas evolucionen a la nube.

¿Por qué? La cadena de bloques plantea diferentes riesgos como consecuencia de la tecnología y la forma de las operaciones: uno de los principales problemas afectará a la cadena de bloques es la incapacidad de controlar y detener su funcionamiento. Además, la falta de control sobre el funcionamiento puede provocar la falta de responsabilidad de la empresa que administra la plataforma[15]. Pensemos que, en su forma más simple, Blockchain es una tecnología descentralizada o un libro mayor distribuido en el que las transacciones se registran de forma anónima. Esto significa que el libro mayor de transacciones se mantiene simultáneamente en una red de ordenadores o servidores no relacionados.

Por lo tanto, la asignación y la atribución del riesgo y la responsabilidad en relación con un servicio de Blockchain que no funciona correctamente deberán analizarse cuidadosamente, no solo a nivel de proveedor-cliente, sino también en torno a todos los participantes en el sistema.

14 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 910/2014 en lo que respecta al establecimiento de un Marco para una Identidad Digital Europea {SEC(2021) 228 final} - {SWD(2021) 124 final} - {SWD(2021) 125 final}. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0281

15 Burden, K.: "Eu Update", *Computer Law & Security Review*, Vol. 34, Núm. 2, Abril, 2018, Pp. 409-418.

Debe tenerse en cuenta, respecto al proceso, que Blockchain que tiene la capacidad de cruzar límites jurisdiccionales ya que los nodos en una Blockchain pueden ubicarse en cualquier parte del mundo.

Esto puede plantear una serie de problemas complejos que requieren una cuidadosa consideración en relación con las relaciones ciudadanos-Estado, empresa-Estado, empresa-empresa, ciudadanos-empresa, empresa-administración, ciudadano-Administraciones de un mismo Estado y de distintos. En este sentido, deberá observarse que, en un entorno descentralizado, puede ser difícil identificar el conjunto apropiado de reglas a aplicar. Estonia lo hace.

Y lo hace planteando la identidad electrónica como un criterio de conexión, ya que guarda relación con la residencia, en este caso electrónica, en tanto que la necesidad de vincular la información y su manejo, únicamente, con quien la emite se hace esencial para numerosas interacciones diferentes: una infraestructura organizativa (gestión de la identidad) y una infraestructura técnica (sistemas de gestión de identidad), para desarrollar, definir, designar, administrar y especificar los niveles de autorización, asignando roles y atributos de identidad relacionados con grupos específicos de personas, como los administradores de la sociedad, los empleados o los clientes

La evolución de la tecnológica está creando grandes archivos electrónicos, con ello grandes bases de datos comerciales y estatales. Un identificador nacional, contenido en una cédula de identidad, permite capturar información sobre una persona, que se halla en diferentes bases de datos, con el fin de que ellas puedan ser fácilmente enlazadas y analizadas a través de determinadas técnicas de análisis de datos. Al mismo tiempo, las cédulas de identidad también se están volviendo más inteligentes. La generación de los datos tiene, además, la virtualidad de ofrecerse en un medio donde pueden pasar a ser directamente tratados. De esta forma, se crean archivos susceptibles de cruce y estructuración, así como de cesión. Por esta razón, hay que poner especial atención ante cualquier sistema de gestión de la identidad y ver quiénes son dónde se encuentran las personas.

En su nivel más simple, cada transacción podría caer dentro de la jurisdicción de la ubicación de cada nodo en la red. Con ello, debe advertirse que en un entorno en línea autenticar la identidad de la parte remota es más importante que nunca. Desempeña un papel clave en la lucha contra el fraude de identidad y, además, es esencial para establecer una confianza necesaria que facilite cualquier tipo las transacciones electrónicas.

En este punto, debe tenerse en cuenta que la relación Derecho e informática va más allá de lo que se ha visto hasta ahora[16]. Es por eso por lo que una de las cuestiones principales que se plantean, con respecto a los servicios transfronterizo, son la seguridad y la confidencialidad de la información transmitida por Internet, que nos debe llevar a garantizar la protección de los datos de carácter personal que conducen a la identificación de su titular.

Con ello nos referimos a que la identidad electrónica, es una identidad que se compone de información almacenada y transmitida a los distintos usuarios de ésta. Pensemos que la identidad es un elemento fundamental, que vincula la información a su propietario, localizado en algún Estado dando lugar a su localización, y, por tanto, al buen manejo efectivo y seguro de los datos específicos que dan entrada a la nube.

Debemos tener presente que todos los esquemas de identidad electrónica dependen de dos procesos: primero, autenticación de identidad y, posteriormente, verificación de identidad. Cuando se autentica, la identidad se registra en el sistema y luego se puede usar para realizar transacciones. La identidad se verifica en el momento de cada transacción, desde dentro de la propia nube. De la información registrada en ese momento, surge la información de identificación o que va a identificar a la persona, tal y como si fuera la firma, que se usará, posteriormente, para vincular a un individuo de manera inseparable.

V. LOS SMART CONTRACTS Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

1. La repercusión transfroteriza del smart contract.

Una cuestión fundamental en el Derecho internacional privado es ver si el contrato inteligente en cuestión va a estar conectado o no con dos o más ordenamientos jurídicos, con independencia de la naturaleza, relevancia o intensidad del elemento extranjero[17]. Refiriéndonos a los datos, debe observarse que son elementos que se localizan en la nube, fundamentalmente, asociados a la tecnología, siendo destacable la no nacionalidad de ésta. Ahora bien, esto no significa que los servidores, en los que se ubican los datos, no la tengan, aunque este aspecto puede cambiar, en función a la temporalidad de éste.

Lo anterior nos lleva a la necesidad de ver la nacionalidad o residencia habitual o domicilio de alguna de las partes o a las mismas en relación con los interesados o al lugar en el que están ubicados los datos o, incluso, al lugar de celebración

16 Viguera Revuelta, R.: "Los contratos informáticos", *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 97, 2008, p. 61

17 Calvo Caravaca, A-L.; Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado,* vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 1003.

de este. En este contexto, cabría afirmar que la naturaleza transfronteriza del contrato se verificaría cuando estuviese vinculados con dos o más ordenamientos jurídicos nacionales de tal manera que surgiera la duda de cuál de ellos sería el reclamado para regularla. Para ello resultaría conveniente lo siguiente[18]:

1ª En primer término el carácter transfronterizo podría derivar de un elemento endógeno de la situación (personal, objetivo o territorial), de un elemento exógeno a la misma, esto es, de la voluntad de los concernidos mediante la determinación como competente de una autoridad extranjera o como aplicable de un ordenamiento foráneo, todo ello para una situación en principio meramente interna.

2ª En segundo lugar se requeriría que el elemento extranjero presentase una mínima importancia hasta el punto de que su presencia en la situación justificase variar la respuesta legal prevista para supuestos internos[19].

3ª Finalmente no sería preciso que el o los ordenamientos extranjeros vinculados con el supuesto en cuestión fuesen de un país cuyas autoridades aplicasen los Reglamentos; pudiendo también ser de un Estado de la Unión cuyas autoridades no lo aplicasen o de un Estado tercero cualquiera.

Todo lo anterior va a aparecer, pues la informática en la nube suele incluir un componente internacional debido a que los datos con frecuencia son almacenados o transferidos entre servidores situados en diferentes países, siendo los principales riesgos los vinculados con la divulgación accidental o ilegítima de información confidencial o secreta de un cliente de la nube, así como los riesgos vinculados con un incumplimiento de la provisión de los servicios, tales como una interrupción de los servicios de informática en la nube o de la conectividad y la pérdida de datos.

En ambos casos los riesgos pueden ser resultado de acciones u omisiones del proveedor de servicios o de circunstancias fuera de su control.

Estos problemas se plantean cada vez con mayor frecuencia y, a la vez, resultan más complejos, habida cuenta de que muchos proveedores de servicios pueden alojar los datos de su cliente en cualquier país en el que opere, apareciendo un elemento extranjero en la relación contractual. Al aparecer este elemento puede que más de un Tribunal tenga competencia para conocer del asunto en cuestión y, además, que la relación jurídica pueda quedar supeditada a varias leyes.

18 A. Rodríguez Benot (Dir.): *Manual de derecho internacional privado*, 9ª Ed., Tecnos, 2022, p. 23.

19 Fernández Rozas, J.C.; Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 13ª ed, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, p. 24. A ello ya se refirió J.A. Carrillo Salcedo señalando que no todo elemento extranjero convierte una situación en una manifestación de la vida internacional de las personas, pues lo que realmente importa es que "la finalidad social de los hechos reclame una reglamentación que corresponda a esa internacionalización" (Derecho internacional privado, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1983, p. 39).

Lo anterior tiene sentido si pensamos que en internet tienen los datos su entorno[20] y los diferentes estados de los datos, en nuestra opinión, son:

Datos en reposo o almacenamiento: cuando se almacenan en una ubicación física o virtual y no se accede a ellos, no se procesan ni se utilizan. En principio, están en un dispositivo de almacenamiento, en un físico o virtual, de algún tipo y no se mueven a través de la red.

Datos en movimiento o de comunicación o contenido: tienen lugar cuando los datos se transmiten, transfieren o envían a través de un medio, canal, red u otro medio de comunicación.

Datos en uso o procesados: son los que se sitúan donde actualmente se accede a los datos, se procesan, se utilizan o se someten a algún tipo de cálculo u operación.

Además, de los anteriores, podemos considerar extrapolables a todo, se pueden observar datos que son relevantes para el cifrado, que incluyen los metadatos, y que son cualquier dato informático relativo a una comunicación por medio de un sistema electrónico, generado por el mismo y que forma parte de la cadena de comunicación, indicando el origen, destino, ruta, hora, fecha, tamaño de la comunicación, duración o tipo de servicio subyacente.

A lo anterior debe sumarse, que la tecnología a la que hacemos referencia, como todas, tienen su valor en los datos, que no solo abarcan una serie de etapas diferentes en el control y el procesamiento de los datos, sino que también involucra a una diversa gama de actores, que están ubicados, por la propia naturaleza de internet, en diferentes Estados. Esos diferentes actores son, entre otros[21]:

El generador de los datos, una máquina o un sensor, así como los datos que se generan a partir de otros datos. Aquí podemos situar a los nodos

El sujeto de los datos o persona a quien se refieren los datos.

El proveedor de los datos o persona que suministra los datos, incluida la persona que proporciona los datos que se ponen en común en una plataforma en línea

El receptor de los datos o la persona que recibe los datos, incluida la persona que accede a los datos que se ponen en común en una plataforma en línea.

20 Dizon, M. A.: "Laws of encryption: An emerging legal framework", *Computer Law & Security Review*, 43, 2021, pp. 1-19.

21 Cnudmi: *Cuestiones jurídicas relacionadas con la economía digital: las operaciones de datos*, Nueva York, 6 a 17 de julio de 2020.

El procesador de los datos o la persona que procesa los datos, independientemente de que los genere o los reciba.

El operador de la plataforma de datos o persona que aloja los datos en una plataforma en línea.

Como podemos observar nos encontramos con cadenas de proveedores y otros agentes, tales como proveedores de infraestructuras o de comunicaciones[22], por lo que resulta necesario disponer de directrices concretas, para identificar y distinguir los derechos y obligaciones correspondientes de los controladores y procesadores que trabajan para los proveedores de servicios en la nube, o los agentes de la cadena de valor[23]; pues, la naturaleza específica de la computación en nube, plantea cuestiones sobre ley aplicable en caso de infracción, por ejemplo, cuando se trate de usuarios de fuera de la UE, o de proveedores de fuera de la UE, cuando utilicen equipos que funcionen en la UE. En este sentido, es posible que los factores tradicionales no puedan ser fácilmente identificados en el caso de un determinado contrato. Ante esto, se plantea un riesgo importante, que consiste en ver cómo la responsabilidad se diluye respecto de las operaciones llevadas a cabo por los proveedores de servicios, si los criterios de aplicabilidad de la legislación no están lo suficientemente claros, motivo por el que pensamos en la necesidad de plantear posibles soluciones al problema de ley aplicable planteado.

Dicho lo anterior, supongamos que un cliente sube datos en a la nube, de un proveedor de servicios. Este cliente afirma que se ha violado su privacidad, en el sentido de que parte de esta información ha sido proporcionada por el proveedor de servicios a terceros. ¿Qué deberá hacer para emprender acciones legales contra el proveedor del servicio? En este contexto, debe tenerse en cuenta la relación contractual de la que debe partirse, para determinar las principales cuestiones que podrían plantear los contratos de computación en la nube firmados por entidades mercantiles, en los que una de las partes (el proveedor) proporciona a la otra (el cliente) uno o más servicios para un usuario final.

2. La determanicación de la ley aplicable en supuesto de responsabilidad contractual.

Cabe argumentar que la provisión de los datos cargados por un proveedor de servicios fue una vulneración contractual que existía entre el cliente y el proveedor del servicio, resultando aplicable el Reglamento 598/2008 del Parlamento Europeo

22 Cnudmi: Aspectos contractuales de la computación en la nube, Nueva York, 24 a 28 de abril de 2017, p. 4.

23 Comisión Europea: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Liberar el potencial de la computación en nube en Europa ({SWD (2012) 271 final}, COM (2012) 529 final,* Bruselas, 27 de septiembre de 2012, p. 9.

y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

Deberá tenerse en cuenta la libertad de elección de la ley aplicable (Artículo 3,1), que evitará controversias entre las partes en torno a la cuál es la Ley del contrato, facilitando la elección del Derecho material más adecuado al interés de las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

Probablemente, el contrato incluirá una cláusula de elección de la ley por la que se regirá y, además, vendrá impuesta por el propio proveedor de servicios. Esta cuestión es respetada por el Reglamento a través de su Artículo 3,3 al determinar que "cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo". De esta forma, la Ley aplicable al contrato será limitada por las normas imperativas del país con el que el contrato está objetivamente vinculado (por ejemplo, el Reglamento General de Protección de Datos).

Esta solución sintoniza con un entorno globalizado, como la red, permitiendo que los contratos objetivamente internos se regulen por Leyes extranjeras si los contratantes estiman que resulta útil, y al mismo tiempo permite estandarizar el régimen jurídico de los contratos que celebra una empresa de carácter objetivamente internacional, como el de CC.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta el tipo de contrato ante el que nos encontramos, Estos contratos, evidentemente, estarán influenciados por el tipo de servicios de computación en la nube de que se trate (por ejemplo, IaaS, PaaS o SaaS), de su modelo de despliegue (por ejemplo, público, compartido, privado o híbrido) y de las condiciones de pago (con o sin remuneración), que para su comparación nos remitimos a lo manifestado en el apartado anterior.

Lo comentado, nos sitúa fuera del ámbito de los tipos de contratos reflejados en el artículo 4,1 del Reglamento, lo que nos debe llevar a la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica del contrato o que resulte claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país.

Este hecho puede llevar al Tribunal a tener en cuenta la verdadera intención de las partes, las circunstancias del caso o las costumbres o prácticas comerciales. No obstante, en un entorno virtual ¿cuál es el lugar donde el contrato fue negociado

y firmado? ¿En qué lugar está previsto que el contrato sea ejecutado? ¿Dónde se encuentra la sede del proveedor de servicios de informática en la nube?

En este contexto, en nuestra opinión, resultaría acertado plantear la identidad electrónica como un criterio de conexión, en tanto que guarda relación con la residencia, en este caso electrónica[24], en tanto que la necesidad de vincular la información y su manejo, únicamente, con quien la emite se hace esencial para numerosas interacciones diferentes: una infraestructura organizativa (gestión de la identidad) y una infraestructura técnica (sistemas de gestión de identidad), para desarrollar, definir, designar, administrar y especificar los niveles de autorización, asignando roles y atributos de identidad relacionados con grupos específicos de personas, como los administradores de la sociedad, los empleados o los clientes[25].

Con ello nos referimos a que la identidad electrónica, es una identidad que se compone de información almacenada y transmitida a los distintos usuarios de ésta. Pensemos que la identidad es un elemento fundamental, que vincula la información a su propietario, localizado en algún Estado dando lugar su localización, y, por tanto, al buen manejo efectivo y seguro de los datos específicos que dan entrada a la nube. Debemos tener presente que todos los esquemas de identidad electrónica dependen de dos procesos: primero, autenticación de identidad y, posteriormente, verificación de identidad. Cuando se autentica, la identidad se registra en el sistema y luego se puede usar para realizar transacciones. La identidad se verifica en el momento de cada transacción, desde dentro de la propia nube. De la información registrada en ese momento, surge la información de identificación o que va a identificar a la persona, tal y como si fuera la firma, que se usará, posteriormente, para vincular a un individuo de manera inseparable.

Observamos, que dentro de la nube se producirán dos elementos que se unirán para facilitar la identidad de la persona que pretende acceder a la nube. Estos dos elementos fundamentalmente son: la identidad fijada al individuo y otra fijada a la propia transacción que se realiza[26]. La primera, será la que identifique a las partes y, por tanto, tendrá un efecto directo sobre la formación y la exigibilidad del contrato, determinando así su capacidad para obligarse contractualmente, al incluir elementos tales como el nombre de la persona jurídica, su forma legal, su número de inscripción en el registro (si procede), su domicilio social o dirección

24 Diago Diago, Mª.: "La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho Internacional Privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro?", *Diario LA LEY*, núm. 8432, 2014, p. 2.

25 Merchán Murillo, A.: "Identidad electrónica: necesidad de un entorno transfronterizo de confianza" en *Derecho mercantil y tecnología* (Dir. MADRID PARRA, A.), Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 181-183.

26 Resulta interesante el servicio de e-Residencia creado en Estonia. El servicio está dirigido, principalmente, a aquellos que ya tienen vínculos con Estonia, ya sea a través de negocios, estudios o por turismo. Se trata de plataforma que proporciona y utiliza servicios digitales en todo el mundo. Con ello, se espera que el e-residente atraiga a nuevos clientes a los servicios digitales de Estonia. (Véase, CUTHBERTSON, A.: "Estonia First Country to Offer E-Residency Digital", *International Business Times*, octubre, 2014).

del centro de negocios, junto con la mención de sus documentos fundacionales. La segunda, sería el cuerpo más grande de la información de la transacción y que se actualiza continuamente, en función de las transacciones que realice en la nube.

Si lo anterior no fuera suficiente, habrá que apreciar el contrato en concreto y las vinculaciones específicas, de dicho contrato, con los distintos países atendiendo, como indica el TJUE, en su Sentencia de 23 de octubre de 2014, asunto C-305/13, a la "apreciación global de la totalidad de los elementos objetivos que caracterizan la relación contractual y apreciar el elemento o elementos que, a su juicio, son más significativos" y "en el supuesto de que se alegue que un contrato presenta lazos más estrechos con un país que no sea el país cuya ley venga designada en virtud de la presunción que establece dicho apartado, el juez nacional deberá comparar los lazos existentes entre el contrato y el país cuya ley venga designada en virtud de la presunción, por una parte, y entre el contrato y el otro país de que se trate, por otra. El juez nacional deberá tener en cuenta todas las circunstancias que concurran, incluida la existencia de otros contratos relacionados con el contrato en cuestión"[27].

De esta forma, deben tenerse en cuenta todos los elementos de contactos del contrato en cuestión y de la situación contractual; pues, como indican CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, "el Reglamento Roma I no contiene una tabla cerrada de contactos, ni precisa la importancia de estas, ni dicha importancia es necesariamente estable, pues depende del caso concreto. Por tanto, cuentan todos los contactos del contrato con los diferentes países"[28].

Atendiendo al conjunto de circunstancias del contrato destaca un sobre todas ellas: la ubicuidad de las partes; es decir, el acceso a la red desde cualquier ubicación. Este aspecto es importante pues es lo que va a determinar la ley aplicable a en materia de datos personales, datos contables y datos del sector público, así como el control de las exportaciones que pueden limitar la transmisión de determinados datos o programas informáticos a ciertos países e incluso pueden derivarse de obligaciones contractuales, por ejemplo, de las licencias de propiedad intelectual que pueden llegar a exigir que el contenido bajo licencia se aloje en los servidores seguros del propio usuario. Asimismo, establecer requisitos de ubicación de los datos puede resultar deseable por meras razones prácticas, entre ellas, para aumentar la latencia[29].

27 STJUE de 23 de octubre de 2014, *Haeger & Schmidt GmbH y Mutuelles du Mans assurances IARD (MMA IARD), Jacques Lorio, Dominique Miquel, en calidad de administrador concursal de Safram intercontinental SARL, Ace Insurance SA NV, Va Tech JST SA, Axa Corporate Solutions SA*, asunto C305/13, apartados 49 y 51.

28 Calvo Caravaca, A-L.; Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 1004.

29 Debe observarse que la latencia tiene su importancia desde un punto de vista contractual y extracontractual, en tanto en cuanto desde la perspectiva del cliente va a medir la demora entre la solicitud del usuario y la respuesta del proveedor, afectando de pleno al servicio de CC.

Una presunción a favor de la ubicación sería la indicación que da el propio prestador de servicios sobre su establecimiento, entendiendo éste como el lugar donde una parte mantiene un centro de operaciones no temporal[30], para realizar una actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar. En caso de que el prestador tuviera más de un establecimiento podría determinarse a través de la que la relación más estrecha con el contrato pertinente, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o al concluirse éste[31], refiriéndonos con ello sólo a la relación más estrecha del contrato.

Esta presunción resulta más razonable que la de determinar un factor de conexión la ubicación del equipo y la tecnología, ya que, si bien puede ser criterio para determinar los vínculos más estrechos, no necesariamente es el más importante, entre otras cosas porque es más que rebatible y no es absoluta al poder llevar aparejadas situaciones de fórum shopping.

Por otro lado, si centramos nuestra atención en la referencia al sistema de información utilizados en el curso de una comunicación para negociar el contrato y suministrar los bienes y servicios, se puede determinar la ubicación del establecimiento de la empresa, englobando con ello a todos los proveedores de servicios de información y los servidores web, aun cuando no guardaran relación alguna con las partes que hubieran negociado el contrato.

La referencia combinada al contrato y a su cumplimiento, tal y como se establece en la actualidad en el Reglamento, puede crear incertidumbre al poder plantearse situaciones en que un determinado establecimiento de una de las partes guardara una relación más estrecha con el contrato, pero otro establecimiento de la misma parte tuviera un vínculo más estrecho con el cumplimiento del contrato. Estas situaciones no son inhabituales en los contratos celebrados por grandes empresas transnacionales y pueden volverse incluso más frecuentes a raíz de la actual tendencia a una mayor descentralización de las actividades comerciales[32].

Otro aspecto que debe ser tenido en cuenta en relación con el régimen contractual es la interrupción o corte del servicio relativamente prolongados durante las horas normales de trabajo, aun cuando se trate de un servicio prestado ininterrumpidamente. También puede tener otros efectos negativos, como el tener que realizarse cambios en las aplicaciones del cliente o en sus sistemas informáticos,

30 El concepto de centro "no temporal" califica a la palabra "establecimiento" (Véase, Cnudmi: *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales*, Nueva York, 2007, p. 45).

31 Véase el Artículo 6,2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

32 Cnudmi: *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales*, Nueva York, 2007, p. 47.

que impidan el acceso al servicio, o las cuestiones relativas a interrupciones en la conexión a Internet. De esta forma, atendiendo a que el proveedor procurará por mantener los servicios disponibles las 24 horas del día, 7 días a la semana o que el período de disponibilidad del servicio alcance el 100%, pero sin garantizarlo, podríamos estar ante acuerdos que podrían determinar pérdidas financieras para la empresa cliente y el usuario final, lo que se encuadraría, en nuestra opinión, dentro de un posible enriquecimiento injusto.

Asimismo, podríamos encontrarnos en situaciones en las que las partes intervienen en desigualdad de condiciones, las leyes aplicables sobre contratos suelen establecer que el contrato en cuestión es un contrato de adhesión. Los proveedores de servicios suelen estar familiarizados con un número limitado de leyes locales y especialmente con las leyes locales que gobiernan los contratos y el derecho a la privacidad[33]. Por esa razón procederán a elegir una ley aplicable que establezca los requisitos relativos a la protección de la información que el proveedor de servicios en cuestión pueda o esté dispuesto a cumplir, lo cual ofrece reglas para la elaboración de contratos que son predecibles y aceptables para sus fines.

Estas cuestiones pueden obligar a la empresa cliente a asumir ciertas responsabilidades frente a sus usuarios finales en relación a la determinación de la Ley aplicable tipo, pudiendo ser ésta abusiva. Ante esto, como indica la Sentencia del TJUE, de fecha 28 de julio de 2018, asunto C-191/15, al apreciar el carácter abusivo de una determinada cláusula contractual en el marco de una acción de cesación, del artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma I, resulta que la elección de la ley aplicable se hace sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones imperativas previstas por la ley del país en el que residen los consumidores cuyos intereses son defendidos mediante esa acción. Entre tales disposiciones pueden figurar las que transponen la Directiva 93/13, siempre que garanticen un nivel de protección más elevado para el consumidor[34]. En este punto, el principal riesgo de índole jurídica que se plantea para la empresa cliente es no poder evaluar plenamente los riesgos vinculados con el contrato, por ejemplo, desconocimiento de los puntos débiles inherentes a la tecnología que está siendo utilizada; funciones de seguridad que faltan o son inadecuadas; riesgos económicos vinculados con las pérdidas de datos o incumplimientos de lo pactado, etc.

33 Cnudmi: *Propuesta del Gobierno del Canadá: posible labor futura en materia de comercio electrónico: cuestiones jurídicas que afectan a la informática "en la nube"*, Nueva York, 7 a 18 de julio de 2014, p. 2.

34 STJUE, de fecha 28 de julio de 2018, *Verein für Konsumenteninformation contra Amazon EU Sàrl*, asunto C-191/15 (ECLI:EU:C:2016:612), apartado 59.

VI. CONCLUSIONES.

Los Smart contracts o contratos inteligentes plantean cuestiones importantes que deben llevar a examinar las cuestiones jurídicas que afectan al suministro de servicios, ante el aparente desequilibrio que se presenta entre los derechos y las obligaciones de los participantes en un contrato de informática en la nube u otras evidencias, todo ello con vistas a mejorar el comercio internacional.

De esta forma, surge la necesidad de analizar y profundizar en un marco jurídico adecuado, para que tanto los ciudadanos como las empresas puedan confiar en la tecnología con la que interactúan, disponer de un entorno jurídico predecible y contar con la garantía efectiva de que van a protegerse sus derechos y libertades.

En este contexto, debe prestarse especial atención a las cuestiones relacionadas con la Ley aplicable a estos contratos. Pues conllevarán problemas en los que es posible que los factores tradicionales pueden no ser suficientemente fáciles de identificar. Por ello, planteamos la necesidad de revisar determinados criterios para evitar que la responsabilidad se diluya respecto de las operaciones llevadas a cabo por los proveedores de servicios, si los criterios de aplicabilidad de la legislación no están lo suficientemente claros.

BIBLIOGRAFIA

Burden, K.: "Eu Update", *Computer Law & Security Review*, Vol. 34, Núm. 2, Abril, 2018, pp. 409-418.

Calvo Caravaca, A-L.; Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado,* vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018.

Cnudmi, *Cuestiones jurídicas relacionadas con la economía digital: las operaciones de datos*, Nueva York, 6 a 17 de julio de 2020.

Cnudmi: Aspectos contractuales de la computación en la nube, Nueva York, 24 a 28 de abril de 2017.

Cnudmi: *Labor prevista y posible labor futura: parte cuarta Propuesta del Gobierno del Canadá: posible labor futura en materia de comercio electrónico: cuestiones jurídicas que afectan a la informática "en la nube"*, Nueva York, 7 a 18 de julio de 2014.

Cnudmi: *Labor prevista y posible labor futura: parte cuarta Propuesta del Gobierno del Canadá: posible labor futura en materia de comercio electrónico: cuestiones jurídicas que afectan a la informática "en la nube"*, Viena, 29 de junio a 16 de julio de 2015.

Cnudmi: *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales*, Nueva York, 2007.

Comisión Europea: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Liberar el potencial de la computación en nube en Europa ({SWD(2012) 271 final}, Bruselas*, 27 de septiembre de 2012, COM(2012) 529 final.

Comisión Europea: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Liberar el potencial de la computación en nube en Europa ({SWD (2012) 271 final}, COM (2012) 529 final,* Bruselas, 27 de septiembre de 2012.

Cuthbertson, A.: "Estonia First Country to Offer E-Residency Digital", *International Business Times*, octubre, 2014.

Diago Diago, Mª.: "La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho Internacional Privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro?", *Diario LA LEY*, núm. 8432, 2014.

Dizon, M. A.: "Laws of encryption: An emerging legal framework", *Computer Law & Security Review*, 43, 2021, pp. 1-19.

Eenmaa-Dimitrieva, H.; Schmidt-Kessen, J.: "Creating markets in no-trust environments: The law and economics of smart contracts", *Computer Law & Security Review*, núm. 35, 2019, pp. 69-88.

Fernández Rozas, J.C.; Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 13ª ed, Cizur Menor, Aranzadi, 2022.

Finck, M.: "Blockchains and Data Protection in the European Union", European Data Protection Law Review, 4 (1) (2018), pp. 17-35.

Graff, T. J.: "From old to new: From internet to smart contracts and from people to smart contracts", Computer Law & Security Review, núm. 35, octubre, 2019.

Greenspan, A.: "Gideon. Smart contracts: The good, the bad and the lazy", Private blockchains, Smart contracts. 2015. Disponible en: https://www.multichain.com/blog/2015/11/smart-contracts-good-bad-lazy/

Lennart, A.: "Smart contracts on the blockchain – A bibliometric analysis and review", *Telematics and Informatics*, núm. 57, marzo 2021.

Merchán Murillo, A.: "Identidad electrónica: necesidad de un entorno transfronterizo de confianza" en *Derecho mercantil y tecnología* (Dir. MADRID PARRA, A.), Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

National Institute Of Standards And Technology (NIST), U. S. Departament of Commerce: *The NIST Definition of Cloud Computing - Recommendations of the National Institute of Standards and Technology*, Septiembre, 2011.

Politou, E.; Casino, F.; Alepis, E.; C. Patsakis, C.: "Blockchain Mutability: Challenges and Proposed Solutions", IEEE Transactions on Emerging Topics in Computational Intelligence, 2019, pp. 1–13.

Rodríguez Benot, A. (Dir.): *Manual de derecho internacional privado*, 9ª Ed., Tecnos, 2022.

Shojaiemehra Amir, B.; Rahmania Nooruldeen, M.; Qader, N.: "Cloud computing service negotiation: A systematic review", *Computer Standards & Interfaces*, vol., 2018, pp, 196-206

Surden, H.: *Computable Contracts*, University of California, 2012, Vol. 46.

SZABO, N.: *Smart contracts Go to reference in article*, 1994.

VIGUERA REVUELTA, R.: "Los contratos informáticos", *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 97, 2008, p. 61

DALLA RESPONSABILITÀ CIVILE ALLA RESPONSABILITÀ SOCIALE D'IMPRESA NELLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI: ALLA RICERCA DEL RIMEDIO EFFETTIVO

FROM CIVIL LIABILITY TO CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY IN THE PROTECTION OF PERSONAL DATA: IN SEARCH OF THE EFFECTIVE REMEDY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 658-685

Alessandro
BERNES

ARTICOLO CONSEGNATO: 11 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il mutato approccio di gestione del rischio ex ante nel trattamento di dati personali, attraverso una valutazione preventiva e basata sul possibile pregiudizio che l'uso dei dati personali può determinare in capo all'interessato (accountability), si riflette anche sul ruolo assunto dalla responsabilità (liability) del titolare del trattamento per violazione della disciplina della data protection causativa di danno e del tradizionale strumento del risarcimento, quale rimedio ex post. Un'indagine in tal senso fa sorgere il dubbio sull'effettività della tutela per equivalente, specie nel caso di lesioni modeste, le cui gravità e serietà non possono essere comprese se non nella loro dimensione "massiva" e "sociale", rivolgendosi piuttosto lo sguardo verso altri "provvedimenti risarcitori", alla luce delle recenti normative in tema di tutela dei diritti degli utenti digitali.

PAROLE CHIAVE: Responsabilità; illecito; responsabilizzazione; dati personali; rischio; rimedio; danno; sociale.

ABSTRACT: *The new risk-based approach in the processing of personal data, due to a prior assessment on the possible harms that data processing may cause to the data subject (accountability), it is also reflected in the liability of the data controller for the infrigements of the regulation causing a damage. This relationship points out also the ineffectiveness of the he compensatory remedy in the case of modest injuries, whose gravity and seriousness have to be seen in their "massive" and "social" dimension. Hence, it should be possibile to move from a compensatory remedy to other "redress measures", in the light of recent regulations on the protection of users' digital rights.*

KEY WORDS: *Responsability; liability; accountability; personal data; risk; remedy; social; damage.*

SOMMARIO.- I. UNA PREMESSA.- II. L'AMBIGUITÀ DELLA "RESPONSABILITÀ" NEL GDPR.- III. LA CONNESSIONE FRA *LIABILITY E ACCOUNTABILITY*.- IV. UNA TERZA ACCEZIONE DI "RESPONSABILITÀ" (SOCIALE?).- V. ALLA RICERCA DI UN RIMEDIO EFFETTIVO.- VI. DAL RISARCIMENTO DEL DANNO AI "PROVVEDIMENTI RISARCITORI".

I. UNA PREMESSA.

Sicuramente il Regolamento n. 679/2016/UE (di seguito, il "GDPR"), esito di lunghi lavori preparatori, si è prefisso un obiettivo ambizioso: mutare l'approccio relativo alla gestione delle attività costituenti trattamento dei dati personali nei termini di prevenzione dei rischi e, solo in subordine, di riparazione dei danni eventualmente cagionati[1]. In particolare, si riconosce oggi al soggetto che determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali – il titolare – un potere-dovere di "auto-controllo" quanto al rischio del verificarsi di possibili pregiudizi in capo alle persone fisiche-interessati, superando la logica previgente del mero adempimento formale agli obblighi di legge ovvero dell'eventuale autorizzazione al trattamento ad opera dell'*authority* di supervisione[2]. Ciò è reso possibile attraverso l'introduzione di un complesso sistema di norme e strumenti anche tecnici, volti a garantire un monitoraggio non solo preventivo, ma anche continuo dei pericoli inerenti all'uso dei dati personali.

Le molte novità introdotte dal GDPR inducono senz'altro l'interprete ad uno sforzo di coerenza sistematica anche con riguardo al significato da attribuire alla "responsabilità", ascrivibile al titolare del trattamento di dati personali. In queste brevi considerazioni su un tema sicuramente molto ampio, l'attenzione sarà riposta su alcuni aspetti, particolarmente interessanti, relativi alla polisemia del termine "responsabilità", apparentemente riscontrabile nella traduzione italiana del GDPR[3]. Per un verso, infatti, "responsabilità" sembra richiamare il tradizionale istituto che regola le conseguenze di un fatto illecito, in base ad un'allocazione dei costi tra soggetti, quando si afferma che chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del Regolamento ha il diritto di ottenere

1 Per tutti, Finocchiaro, G.: "Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati", *Nuove leggi civ. comm*., 2017, p. 10 ss.

2 Vedi Califano, L.: "Il Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dati personali", in *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679* (a cura di L. Califano e C. Colapietro), Editoriale Scientifica, Napoli, p. 34 ss.

3 Sottolinea come «problemi di traduzione esistono, ogni lingua ha dei termini difficilmente traducibili» Lucchini Guastalla, E.: "Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori", *Contr.* e *impr.*, 2018, p. 121.

• Alessandro Bernes
Ricercatore di Diritto privato, Università Ca' Foscari Venezia
alessandro.bernes@unive.it

il risarcimento del danno[4]. Diversamente, la medesima espressone è altrove utilizzata con un'accezione di sintesi circa l'obbligo, cui è tenuto il titolare del trattamento, di predisporre misure tecniche ed organizzative adeguate alla protezione dei dati personali, basate sui principi di prevenzione e precauzione[5]. Ancora, è possibile scorgere, tra le norme del Regolamento, un'apertura ad altri, possibili significati del termine "responsabilità", muovendo da una logica preventiva verso l'agire responsabile, prossimo alla – dibattuta – categoria della responsabilità sociale d'impresa. In altre parole, il mutato *risk-based approach* sembra riflettersi pure sulla "responsabilità" del titolare del trattamento verso la società, anche a prescindere dalla violazione della disciplina della *data protection* ovvero dalla causazione di un certo danno[6].

Un'indagine in tal senso fa sorgere qualche dubbio circa l'effettività, o meglio, l'idoneità della forma di tutela sanzionatoria *ex post* e del relativo rimedio, il risarcimento per equivalente, in una prospettiva di anticipazione della protezione della persona fin dalla "progettazione" del trattamento. Ci si deve chiedere, quindi, se non sia più opportuno ripensare – sempre in un'ottica di diritto privato – a qualche forma di riparazione in forma specifica, molte volte più semplice da realizzare nei rapporti digitali che nel mondo reale, oggi rinvenibile, per il vero, nella disciplina relativa alla fornitura di servizi e contenuti digitali (Dir. 2019/790/UE) e delle azioni collettive (Dir. 2020/1828/UE). Così, il "materializzarsi" del rischio sembra non trovare per forza la principale azione avverso gli effetti dannosi nel risarcimento del danno, in base alle regole della responsabilità (soltanto) in senso civilistico.

II. L'AMBIGUITÀ DELLA "RESPONSABILITÀ" NEL GDPR.

È noto come un certo regime di responsabilità per danni derivanti (illecito) trattamento di dati personali è ravvisabile nell'art. 82 GDPR, rubricato "Diritto al risarcimento e responsabilità". Qui si prevede che «un titolare del trattamento (…) risponde per il danno cagionato dal suo trattamento che violi il presente regolamento» (par. 2), se non «dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile» (par. 3)[7]. Correlativamente «chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno» (par. 1)[8].

4 Art. 82 GDPR.

5 Art. 24 GDPR.

6 Hijmans, H.; Raab, C.: "Ethical Dimensions of the GDPR, AI Regulation, and Beyond", *Direito Público*, 2022, 18(100), p. 68.

7 Per esigenze di economia della trattazione, esula dalla presente indagine l'analisi dell'imputazione dell'illecito al responsabile del trattamento (*data processor*).

8 Il concetto di «violazione del Regolamento» è più ampio rispetto a quello riportato nell'art. 4(12) GDPR («"violazione dei dati personali": la violazione di sicurezza che comporta accidentalmente o in modo illecito

Va sottolineato come l'art. 82 GDPR si limiti a definire gli elementi principali del regime di responsabilità, lasciando aperta la questione relativa alla natura della stessa[9]. Non intendiamo qui soffermarci sulla discussa qualificazione giuridica di una siffatta responsabilità che, fin dall'entrata in vigore della precedente Direttiva n. 46/1995, interroga gli interpreti[10]. Invero, l'elemento principale di complessità deriva dalla compenetrazione fra il diritto europeo e i diritti nazionali[11]: un'interazione fisiologica, tenuto conto che la concreta applicazione di Direttive e Regolamenti richiede un adattamento interno degli ordinamenti nazionali e, in particolare, delle loro categorie[12]. Basti pensare che il criterio di imputabilità dell'illecito, contenuto nell'art. 82, par. 3, GDPR – per il quale il titolare è esonerato dalla responsabilità per i danni discendenti dalla violazione della normativa in materia di protezione di dati personali solo se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile – è molto più vicino a quanto previsto, nel nostro ordinamento, dall'art. 1218 c.c. in materia di inadempimento delle obbligazioni, piuttosto che per la responsabilità civile[13]. Così, c'è chi sostiene che il regime di responsabilità delineato dall'art. 82 GDPR assuma natura "contrattuale", a prescindere dal fatto che il trattamento di dati personali si inserisca all'interno di un rapporto negoziale con l'interessato, come di frequente accade per i *social network*[14]. Altri ritengono, invece, sulla scorta del pregresso dato normativo contenuto nell'art. 15 Cod. privacy, si tratti di una

la distruzione, la perdita, la modifica, la divulgazione non autorizzata o l'accesso ai dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati»), abbracciando ogni ipotesi di mancata osservanza dei principi e delle regole stabilite dal Regolamento.

9 Sul punto, Ratti, M.: "La responsabilità da illecito trattamento di dati personali nel nuovo Regolamento", in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali* (a cura di G. Finaocchiaro), Zanichelli, Bologna, 2017, p. 615 ss.

10 L'art. 23 della Dir. 46/95/CE lasciava agli Stati membri la definizione del regime di responsabilità per il danno cagionato da un trattamento illecito o da qualsiasi altro atto incompatibile con le disposizioni nazionali di attuazione della presente direttiva abbia il diritto di ottenere il risarcimento del pregiudizio subito dal responsabile [oggi, titolare] del trattamento. Così, il legislatore italiano, già con l'art. 18, l. 31 dicembre 1996, n. 675, aveva previsto che chiunque cagionasse un danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali fosse soggetto alla responsabilità per esercizio di attività pericolose di cui all'art. 2050 c.c. Tale disposizione è stata riprodotta nell'art. 15, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. Codice privacy), oggi abrogato in seguito all'adeguamento della normativa interna al GDPR, attraverso il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101. Per il regime previgente, si rinvia all'analisi di Franzoni, M.: "Responsabilità derivante da trattamento di dati personali", in *Diritto dell'informatica* (a cura di G. Finocchiaro e F. Delfini), Wolters Kluwer, Milano, 2014, p. 829 ss.

11 Camardi, C.: "Liability and Accountability in the "Digital" Relationships", in *Privacy and Data Protection in Software Services* (edited by R. Senigaglia, C. Irti e A. Bernes), Springer, Singapore, 2022, p. 25, la quale rileva come a fronte del diritto eurounitario e a dispetto del suo primato e della sua costante forza uniformatrice, si apre sempre un processo potenzialmente controverso di applicazione nelle diverse realtà nazionali.

12 Il superamento della tradizionale distinzione tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale nella disciplina europea, peraltro, è stato già evidenziato da Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffré, Milano, 2013, p. 199: «[n]on avrebbe quindi rilievo, operando sulla spunta dei vecchi schemi categoriali, evidenziare, ad esempio, che la responsabilità del produttore è responsabilità di tipo extracontrattuale se poi la medesima responsabilità, con conseguente applicazione della medesima disciplina, può essere attivata anche da chi, in ipotesi, abbia acquistato direttamente dal produttore. Inversamente assumere che la responsabilità del prestatore di servizi sia una responsabilità contrattuale perde qualsiasi rilievo classificatorio se poi la medesima azione può essere esercitata anche dal terzo estraneo che ha risentito del danno».

13 Sulla ambiguità in cui è incorsa la giurisprudenza nell'applicazione dell'art. 15 Cod. privacy, vedi Bilotta, F.: "La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali", in *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato* (a cura di R. Panetta), Giuffré, Milano, 2019, p. 452 ss.

14 Bilotta, F.: "La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali", cit., p. 453.

responsabilità extracontrattuale, *sub-specie iuris* di esercizio delle attività pericolose (art. 2050 c.c.)[15]. Interessante, ancora, l'opinione di chi enfatizza la natura "ancipite" della responsabilità in esame, a cavallo cioè tra contrattuale ed extracontrattuale, rinvenendo la fonte degli obblighi (informativi e di protezione), gravanti sul titolare del trattamento, in un fatto (o un atto) contemplato dalla legge, rinviando all'ultima parte dell'enunciato normativo di cui all'art. 1173 c.c.[16].

Ad ogni modo, come si accennava, la scelta qualificatoria e, di conseguenza, la disciplina applicabile appare questione di poco rilievo, dal momento che i molti profili rilevanti della responsabilità per danni discendenti da un illecito trattamento sono comunque regolamentati dallo stesso art. 82 GDPR[17]. Del resto, la filosofia del legislatore europeo è quella di assicurare in ogni caso la riparazione dei danni subiti in presenza di una violazione di una norma del Regolamento, prescindendo dalla fonte negoziale o meta-negoziale del danno[18]. Più problematica è, come si avrà modo di vedere, la questione relativa all'utilità pratica del rimedio risarcitorio (per equivalente) che viene accordato all'interessato-danneggiato; ciò, di fatto, può condizionare la volontà degli interessati ad agire per chiedere il ristoro dei danni dinanzi all'autorità giudiziaria, con gli oneri (e i costi) che tutto questo comporta.

Al fine di comprendere il significato (complesso) del termine "responsabilità", l'art. 82 deve essere coordinato con le altre norme del Regolamento e, in particolare, quelle che disciplinano gli obblighi cui sono chiamati i soggetti che eseguono operazioni costituenti trattamento dei dati personali. Nella traduzione italiana del GDPR, infatti, la medesima espressione "responsabilità" viene impiegata non solo nella norma dove si riconosce al danneggiato il risarcimento del danno patito, ma anche nella rubrica dell'art. 24 ("Responsabilità del titolare del trattamento").

Stando al dettato normativo da ultimo ricordato, «[t]enuto conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché

15 Per tutti Gambini, M.: "Responsabilità e risarcimento nel trattamento di dati personali", in *I dati personali nel diritto europeo* (V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto), Giappichelli, Torino, 2019, p. 1057, laddove parla, in riferimento all'art. 82 GDPR, di una responsabilità aquiliana basata sulla colpa ma aggravata da una presunzione di colpa. Diversamente, conclude per l'esistenza di una responsabilità oggettiva basata sul rischio dell'attività di trattamento, Tosi, E.: *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 125 ss.

16 Cfr. Bravo, F.: "Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento illecito di dati personali", in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR* (a cura di N. Zorzi-Galgano), Cedam-Wolters Kluwer, Padova-Milano, 2019, p. 402, il quale rileva che tra il titolare e l'interessato può comunque insorgere (e nella pratica ciò avviene) un rapporto di natura contrattuale. Parla invece di obbligazioni *ex lege* Piraino, F.: "Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 389.

17 Rimangono aperti profili come il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria o, ancora, il tema della prevedibilità del danno ai sensi dell'art. 1225 c.c., comunque facilmente risolvibili, come sottolineato da Thobani, S.: "Commento all'art. 82", in *Commentario al Codice civile* (diretto da E. Gabrielli), *Delle persone* (a cura di A. Barba e S. Pagliantini), *Leggi collegate*, II, Utet- Wolters Kluwer, Milano, 2019, p. 1238 ss.

18 Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 199, secondo il quale «[n]ella misura in cui le rispettive categorie classificatorie possano risultare ancora utili esse andranno dimensionate a posteriori in funzione di particolari esigenze ricostruttive».

dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al presente regolamento». Così, il titolare è tenuto a predisporre l'adozione di misure giuridiche, organizzative, tecniche e di sicurezza più opportune per garantire che il trattamento sia effettuato in conformità al GDPR e tali da prevenire il rischio di possibili lesioni dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche[19]. Parimenti, il titolare deve, in modo costante, riesaminare e aggiornare queste misure – compresa la loro efficacia – qualora si renda necessario, nonché conservare, in modo documentato, le relative prove. In altri termini, l'obbligo di adozione di determinate misure e quello di dimostrare la conformità del trattamento rappresentano due facce della stessa medaglia per il titolare del trattamento, al quale è affidato un ruolo "pro-attivo" nella valutazione e nella gestione dei pericoli connessi alle sue attività. In questo ordine di senso, il significato di "responsabilità" è meglio rappresentato dal termine, rinvenibile nell'art. 5 GDPR, "responsabilizzazione" (*accountability* nella versione inglese, mentre si parla di *liability* con riferimento a quanto detto in precedenza in merito alla responsabilità per danni[20]), il quale sintetizza, appunto, l'approccio basato sul rischio e riassume il rispetto dei principi generali applicabili al trattamento di dati personali che il titolare deve rispettare ed essere in grado di comprovare[21].

Più nello specifico, il GDPR introduce tutta una serie di (nuovi) istituti che si ascrivono a questa chiara logica "responsabilizzante" del titolare del trattamento, con una ovvia ricaduta in termini di obblighi, doveri e oneri in capo a questo[22]. Si pensi, oltre ai principi generali del trattamento (art. 5), alle disposizioni relative al consenso (artt. 7 e 8), alle informazioni obbligatorie da rendere all'interessato

19 Ciò, si badi bene, a prescindere dalla sussistenza di un rapporto contrattuale intercorrente fra il titolare del trattamento e l'interessato, in quanto doveri sorti *ex lege*.

20 Invero, l'ambiguità semantica del termine "responsabilità" sembra sciogliersi nella versione inglese del Regolamento, ove si parla di *responsability* o, meglio, di *accountability* nella prima ipotesi, mentre di *liability* nell'ipotesi del risarcimento dei danni subiti dall'interessato. Stando al parere n. 3/2010 sul principio di responsabilità del Gruppo di lavoro Articolo 29 per la protezione dei dati, «[i]l termine inglese "accountability" (responsabilità) proviene dal mondo anglosassone, dove è di uso comune e dove il suo significato è ampiamente compreso e condiviso. Ciononostante, risulta complesso definire che cosa esattamente significhi "accountability" in pratica. In generale, comunque, l'accento è posto sulla dimostrazione di come viene esercitata la responsabilità e sulla sua verificabilità. (…) Nella maggior parte delle altre lingue europee, principalmente a causa delle differenze tra i sistemi giuridici, il termine "accountability" non è facilmente traducibile. Di conseguenza, il rischio di un'interpretazione variabile del termine, e quindi di una mancanza di armonizzazione, è sostanziale. Altri termini che sono stati suggeriti per rendere il senso di "accountability" sono: "reinforced responsibility" (responsabilità rafforzata), "assurance" (assicurazione), "reliability" (affidabilità), "trustworthiness" (attendibilità) e, in francese, "obligation de rendre des comptes" (obbligo di rendere conto) ecc. Si potrebbe altresì inferire che "accountability" si riferisce alla "attuazione dei principi relativi alla protezione dei dati"».

21 La "responsabilizzazione" ha, infatti, una duplice valenza: quella di spingere il titolare del trattamento ad adottare tutte le misure utili a prevenire atti e comportamenti su dati personali che possano impattare sugli interessati, in termini di gravità e probabilità; nonché quella di documentare quanto fatto, anche in chiave probatoria, a fronte di violazioni effettive o controlli da parte delle autorità indipendenti, così Califano, L.: "Il Regolamento UE 2016/679", cit., p. 35.

22 Finocchiaro, G.: "Il principio di accountability", *Giur. it.*, 2019, p. 2778 ss.

(art. 12 ss.), ai comportamenti obbligatori dovuti in seguito all'esercizio dei diritti dell'interessato (artt. 15-22), agli obblighi di predisposizione delle misure tecniche e organizzative in tema di protezione dei dati personali fin dalla progettazione e per impostazioni predefinita (art. 25), al registro del trattamento (art. 30), alle misure di sicurezza (art. 32), alle previsioni in materia di *data breach* (artt. 33 e 24), alle norme sulla valutazione d'impatto (artt. 35 e 36), e via dicendo, compresa l'adozione di misure atipiche (o innominate), ove l'adeguatezza della scelta spetta comunque al titolare. In sostanza, la disciplina del GDPR determina in ampia misura quali siano e in caso consistano gli obblighi, aventi natura procedimentale, in favore della persona a cui i dati si riferiscono e, al contempo, individua quale sia il soggetto gravato da tali obblighi.

È chiara, dunque, la scelta politica del legislatore europeo: prima ancora che sulla responsabilità per i danni eventualmente sofferti dall'interessato e a prescindere dal verificarsi degli stessi, è opportuno stabilire una «responsabilità generale» (*recte* fisiologica e non anche patologica) del titolare del trattamento, quanto agli obblighi che (per legge[23]) sorgono in ragione di qualsiasi trattamento di dati personali che questi abbia effettuato direttamente o che altri soggetti abbiano effettuato per suo conto, nell'ambito della struttura organizzativa[24]. Una prospettiva, questa, che senz'altro anticipa il momento temporale di origine dei bisogni di tutela degli interessati, in base ad un approccio basato sul rischio, di analisi e gestione dello stesso. In questo senso, l'esercizio dei diritti da parte del singolo interessato (accesso, cancellazione, opposizione, etc.), oltre all'eventuale ricorso all'autorità giudiziaria (risarcimento del danno) ovvero alla richiesta di intervento dell'autorità di controllo, si mostrano soltanto come alcuni dei possibili strumenti di reazione ai possibili pericoli che possono manifestarsi in costanza di un trattamento di dati personali.

III. LA CONNESSIONE FRA *LIABILITY* E *ACCOUNTABILITY*.

Entrambe le accezioni dell'espressione tradotta (impropriamente) come "responsabilità" nel GDPR richiamano la situazione di un soggetto che è obbligato a fare qualcosa oppure ne deve in qualche misura rispondere, sia pur in base a presupposti e condizioni diverse. Più precisamente, l'interessato può pretendere, già prima che si verifichi la violazione del Regolamento, la (piena) attuazione del dovere di protezione indicato negli artt. 5 e 24 GDPR: la responsabilità del titolare

23 Bravo, F. "Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento illecito", cit., p. 397, nonché p. 403: «(…) la "legge" prevede che, in conseguenza della predisposizione del trattamento di dati personali – rilevante quale "fatto" giuridico – sorgano in capo al titolare del trattamento una serie di obblighi funzionali alla protezione dei dati personali, per esigenze di tutela della persona fisica a cui i dati trattati si riferiscono».

24 In questi termini si esprime il *considerando* § 74 GDPR.

è, ancor prima che per danni, una responsabilità di ordine procedurale[25]. Nel caso in cui si verifichi, poi, un illecito trattamento di dati personali produttivo di danno (patrimoniale e non), il danneggiato è legittimato ad agire a norma dell'art. 82 GDPR. Di conseguenza, la ricorrenza di un obbligo risarcitorio non dipende solamente da quanto è accaduto durante o al termine del trattamento, ma anche da ciò che è successo prima ancora di iniziarlo, a fronte cioè della mancanza o dell'inidoneità delle misure tecniche ed organizzative che avrebbero potuto-dovuto prevenire il danno. In questo senso, stante l'obbligo di adozione di determinate misure – il cui oggetto è specificamente contemplato dalle norme del Regolamento, ma non anche il contenuto delle stesse – e la necessità di dimostrarne l'adeguatezza in relazione allo specifico trattamento posto in essere, sembra determinarsi una vera e propria inversione dell'onere probatorio quanto al regime di responsabilità di cui all'art. 82 GDPR[26]: il danneggiato, infatti, può limitarsi ad allegare il rapporto sottostante – il trattamento di dati personali – e la violazione delle norme del Regolamento, provando il danno e il nesso causale[27]; all'opposto, seguendo la scansione dettata dagli artt. 5, 24 e 82 GDPR, è il titolare a dover dimostrare che il trattamento è lecito ovvero, se la violazione si è verificata, che essa è dipesa da cause a lui non imputabili[28]. Sicché il titolare del trattamento non risponde del danno non prevedibile e contenibile con l'adozione delle misure atte a limitarlo, tenuto conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche.

L'aver lasciato un ampio margine di discrezionalità per le scelte che il titolare del trattamento compie non può che determinare delle conseguenze connesse alla non diligente esplicazione dell'autonomia riconosciuta dal legislatore[29]. La valutazione di adeguatezza (arg. *ex* art. 24 GDPR) delle misure da implementare ovvero delle azioni da intraprendere sembra rievocare, infatti, il noto criterio della diligenza della

25 Camardi, C.: "Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali", *Jus Civile*, 2020, p. 796, ove si sottolinea come «il titolare deve premunirsi delle prove necessarie a dimostrare l'adozione di queste misure e la conformità della sua organizzazione al modello operativo del regolamento, e ciò, ancora una volta, indipendentemente dalla concreta causazione di un danno: tanto esplicitamente dispone il già menzionato art. 24 del GDPR».

26 Così Bilotta, F.: "La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali", cit., p. 461, il quale giunge a qualificare, peraltro, la responsabilità per illecito trattamento di dati personali come una responsabilità per inadempimento di natura oggettiva: «se il danno si verifica, è del tutto inconferente il grado di colpevolezza che ha caratterizzato la loro condotta: potremmo definirla una responsabilità per pura causalità».

27 La violazione del regolamento è solo condizione necessaria, ma non sufficiente per la condanna risarcitoria. Cfr. Cass. 17 settembre 2020 n. 19328, *Nuova giur. civ. comm*., 2021, p. 142 ss., con nota di Solinas, C.: "Danno non patrimoniale e violazione del diritto alla protezione dei dati personali", ove si evidenzia che, nel caso di illecito trattamento dei dati personali il danno, sia patrimoniale che non patrimoniale, non può essere considerato *in re ipsa*, per il fatto stesso dell'esercizio dell'attività pericolosa, ma deve essere sempre oggetto di allegazione e di prova. Sul punto, ampiamente, Camardi, C.: "Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali", cit., p. 786 ss.

28 Thobani, S.: "Commento all'art. 82", cit., p. 1234.

29 Ciò vale in riferimento delle conseguenze delle scelte effettuate, quindi anche in termini sanzionatori e risarcitori.

prestazione cui è tenuto il debitore (art. 1176 c.c.)[30]. Anzi, la discrezionalità attribuita al titolare del trattamento (*recte* la sua auto-responsabilità) è ulteriormente specificata nel Regolamento, essendo libera ma allo stesso tempo non illimitata[31]: la conformità al GDPR è basata non solo sul principio di proporzionalità e ragionevolezza, bensì soggetta ad ulteriori condizioni, come la natura, l'ambito di applicazione, il contesto, le finalità del trattamento, nonché il rischio di lesione dei diritti e delle libertà fondamentali della persona[32]. Ed invero la prova della non imputabilità dell'evento dannoso, prevista dall'art. 82, par. 3, GDPR, richiede che il titolare del trattamento non dimostri tanto la mancata violazione delle norme del Regolamento, bensì, in positivo, che le misure tecniche, organizzative e di sicurezza predisposte corrispondano, nel metodo e nei contenuti, a ciò che in base al contesto, ai costi, alle finalità e via dicendo, poteva essergli richiesto[33]. È evidente come questa lettura valorizzi grandemente il principio di *accountability*: il titolare del trattamento può andare esente da ogni responsabilità per danni alla esibizione di certificazioni o documentazioni riguardanti l'avvenuta adozione di tutte le misure tecniche e organizzative idonee a prevenire l'evento dannoso in seguito lamentato dall'interessato, mentre risponderà dei danni derivanti dalla non adozione di altre misure tecnicamente possibili e proporzionate alle risultanze della (errata o mancata) valutazione effettuata[34].

Si conferma allora la scansione temporale individuata dal legislatore europeo, che anticipa per quanto possibile l'eventuale tutela risarcitoria *ex post*, richiedendo già l'adozione *ex ante* di misure preventive e precauzionali – di concerto alle altre previsioni incentrate sulla gestione del rischio (*data protection by design* e *by default*, valutazione d'impatto, etc.) – atte a prevenire possibili pregiudizi per gli interessati al trattamento[35]. La disciplina in materia di protezione dei dati personali, quindi, è in larga parte fondata su doveri di comportamento del titolare, dando luogo ad un modello di tutela non necessariamente risarcitorio[36]. In tal senso, l'approccio

30 Sul punto, Gambini, M.: "Algoritmi e sicurezza", *Giur. it.*, 2019, p. 1737. *Contra* Bravo, F.: "Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento illecito", cit., p. 417, individua il parametrio per la valutazione dell'adeguatezza della misura adottata dal titolare del trattamento, più che nel criterio diligenza nell'adempimento delle obbligazioni *ex* art. 1176 c.c., nei «contenuti oggettivamente esigibili dell'obbligo imposto dalla legge: è cioè un parametro oggettivo per valutare il "risultato" atteso dal legislatore nell'assicurare lo standard di protezione, che lo stesso GDPR ha inteso ancorare a parametri oggettivi (…)».

31 In argomento, Perlingieri, P.: "*Privacy* digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato", *Foro nap.*, 2018, p. 482 ss.

32 Artt. 24, 25, 28, 32, 35 GDPR.

33 Salva ovviamente la prova della non imputabilità stessa dell'evento dannoso ovvero del caso fortuito.

34 Di questo avviso Camardi, C.: "Note critiche in tema di danno", cit., p. 797.

35 Nel senso che la responsabilità in senso civilistico è solamente una delle epifanie dell'*accountability*, v. Tosi, E.: *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale*, cit., p. 52 ss.

36 Le tendenze della "responsabilità civile europea" sono ben esplicitate in Alessi, R.: "Il difficile percorso della «responsabilità civile europea»", *Danno resp.*, 1999, p. 377, secondo la quale la responsabilità offre ristoro all'interesse e al danno del "chiunque", poiché il risarcimento di tale danno costituisce occasione e strumento per affermare regole di comportamento, di protezione, di diligenza, destinate a regolare la presenza sul mercato di determinanti soggetti e attività.

basato sul rischio individua un primo "rimedio" efficace contro la lesione dei diritti della persona in un vero e proprio procedimento, nel quale devono essere valutate una serie di misure, sia pur sulla base di una regola di auto-responsabilità[37].

Ad ogni modo, se la mancata o inesatta adozione di certe misure (giuridiche, tecniche ed organizzative) *adeguate* dà sicuramente luogo ad una violazione dei principi e delle regole poste per il trattamento (legittimo) di dati personali, nella responsabilità per danni occorre altresì che si produca una qualche lesione dell'interesse individuale della persona fisica che lamenta delle conseguenze pregiudizievoli[38]. Infatti, oltre al *vulnus* dei diritti fondamentali della persona (identità, reputazione, riservatezza, ecc.), «il trattamento [illecito] può comportare discriminazioni, furto o usurpazione d'identità, perdite finanziarie, pregiudizio alla reputazione, perdita di riservatezza dei dati personali protetti da segreto professionale, decifratura non autorizzata della pseudonimizzazione, o qualsiasi altro danno economico o sociale significativo; se gli interessati rischiano di essere privati dei loro diritti e delle loro libertà o venga loro impedito l'esercizio del controllo sui dati personali che li riguardano; se sono trattati dati personali che rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché dati genetici, dati relativi alla salute o i dati relativi alla vita sessuale o a condanne penali e a reati o alle relative misure di sicurezza; in caso di valutazione di aspetti personali, in particolare mediante l'analisi o la previsione di aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti, al fine di creare o utilizzare profili personali; se sono trattati dati personali di persone fisiche vulnerabili, in particolare minori; se il trattamento riguarda una notevole quantità di dati personali e un vasto numero di interessati» (*considerando* § 75 del GDPR). Un quadro, questo, che testimonia comunque una certa consapevolezza del legislatore europeo dell'elevata pericolosità dell'attività di trattamento dei dati personali e del potenziale offensivo dei diritti dell'interessato generato dalle tecnologie digitali, anche in prospettiva sociale e che supera la posizione del singolo individuo[39].

37 Nel senso che il GDPR introduce una serie di «obblighi di natura procedimentale e non di obblighi finali, ossia di obblighi che, isolatamente considerati, non attribuiscono all'interessato una specifica utilità, ma che proiettano comunque la relazione tra questi e il titolare e il responsabile del trattamento nella dimensione del rapporto obbligatorio», Piraino, F.: "Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato", cit., p. 390.

38 Soprattutto per i pregiudizi che attengono alla sfera non patrimoniale della persona. Sul punto, Cass., 4 giugno 2018, n. 14242, *Giur. it.*, 2019, p. 43 ss., con nota di Thobani, S.: "Il danno non patrimoniale da trattamento di dati tra danno presunto e danno evento", ove si afferma che «[i]l danno non patrimoniale risarcibile (…) pur determinato da una lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali tutelato dagli artt. 2 e 21 Cost. e dall'art. 8 della CEDU, non si sottrae alla verifica della "gravità della lesione" e della "serietà del danno" (quale perdita di natura personale effettivamente patita dall'interessato), in quanto anche per tale diritto opera il bilanciamento con il principio di solidarietà ex art. 2 Cost., di cui il principio di tolleranza della lesione minima è intrinseco precipitato, sicché determina una lesione ingiustificabile del diritto non la mera violazione delle prescrizioni poste dall'art. 11 del codice della privacy ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata effettiva».

39 Camardi, C.: "Note critiche in tema di danno", cit., p. 788.

IV. UNA TERZA ACCEZIONE DI "RESPONSABILITÀ" (SOCIALE?).

Si è detto come il trattamento dei dati personali rappresenti un'attività dall'alto potenziale tecnico, la quale richiede di valutare preventivamente la probabilità e la gravità del verificarsi del rischio di possibili pericoli in capo agli interessati e prevenire *vulnus* connessi alle libertà e ai diritti fondamentali della persona che possono esserne pregiudicati. Guardando più attentamente all'applicazione pratica delle regole espressione dell'*accountability*, il complesso sistema del Regolamento, per il vero, sembra andare oltre al concetto di responsabilità in senso civilistico, sia esso relativo ad un illecito ovvero alla esecuzione di taluni obblighi di condotta. In particolare, alle volte il trattamento necessita, nel caso concreto, di precauzioni che vanno al di là di quelle adottate per la *compliance* del settore di riferimento; perciò, l'obbligo di adozione delle misure tecniche ed organizzative può non coincidere con una certa previsione legalmente imposta. Viene da chiedersi, quindi, fino a che punto i titolari del trattamento possano essere chiamati ad implementare misure che vadano oltre al mero rispetto "formale" delle prescrizioni del GDPR, cioè che siano realmente efficaci per la protezione della comunità degli utenti[40].

Nella disamina del significato di "responsabilità" del titolare del trattamento si inserisce, pertanto, una terza e diversa accezione: fondare a carico dei titolari del trattamento l'adozione di determinate misure (tecniche, organizzative e di sicurezza) commisurate pure all'aspettative di coloro dei cui dati si tratta, per certi versi, rievoca la discussa figura della responsabilità sociale d'impresa[41].

L'ottica in cui ci si pone qui va ben oltre l'idea di rispetto della normativa – intesa come livello "minimo" di partenza – per stimolare invece un orientamento "pro-attivo" in tutti i sensi, di impulso volontario e virtuoso, da parte degli stessi protagonisti dell'ambiente digitale, nella direzione di un governo socialmente responsabile delle loro attività[42]. Del resto, il concetto "classico" di azienda, operante secondo criteri di economicità per conseguire una certa utilità, oggi deve confrontarsi con la minimizzazione dei costi sociali e valorizzazione degli impatti positivi, quale presupposto per garantire proprio la migliore *performance*

40 Quelle, C.: "Enhancing Compliance under the General Data Protection Regulation: The Risky Upshot of the Accountability and Risk-based Approach", *Eur. Journal of Risk Regulation*, 2018, 9, p. 502 ss.

41 Stante l'impossibilità di dar conto di una letteratura vastissima sull'argomento, per una sintesi delle questioni giusprivatistiche connesse alla *Corporate Social Responsability*, Bellisario, E: "La responsabilità sociale delle imprese fra autonomia e autorità privata", *Danno e resp.*, 2013, p. 809 ss., nonché il volume Alpa G., Conte G. (a cura di): *La responsabilità dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2015; ma cfr. altresì, di recente, la disamina di Bevivino, G.: *La responsabilità sociale delle imprese. Strumenti attuativi e rimedi*, Esi, Napoli, 2018, p. 65 ss., nonché Bertelli, F.: *Le dichiarazioni di sostenibilità nella fornitura dei beni di consumo*, Giappichelli, Torino, p. 20 ss.

42 Sul punto, basti osservare come Libro Verde dell'Unione Europea del 18 luglio 2001, intitolato "Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale d'impresa", dal quale si evince come un comportamento imprenditoriale socialmente responsabile non si risolve nel semplice rispetto degli obblighi normativi ma richiede un maggiore investimento nel capitale umano, nell'ambiente e negli altri rapporti con le parti interessate.

d'impresa, basata sulle (incrementate) potenzialità del mercato digitale. In altri termini, all'operatore economico è richiesto non solo di non provocare alcun danno (fonte di responsabilità) ovvero evitare che possa prodursi, ma anche di contribuire alla realizzazione di certe esternalità positive, adottando misure, strategie, processi e azioni che tengano conto del rispetto della persona[43]. Più nello specifico, il fine perseguito dalla *data protection* è quello di massimizzare i benefici derivanti dalla circolazione dei dati per la collettività e, al contempo, ridurre i rischi legati allo sviluppo di tecnologie, soprattutto per i diritti e le libertà fondamentali della persona[44].

È evidente allora la dimensione "sociale" del trattamento dei dati personali, declinabile in un'attenta analisi del profilo del rischio nell'adozione di determinate misure (tecniche, organizzative e di sicurezza) da parte del titolare. Anzi, è proprio lo stesso paradigma dell'*accountability* a ritenersi frutto di una "giuridificazione" della responsabilità sociale d'impresa, cioè del rendere vincolanti regole o impegni di matrice non legislativa[45]. Infatti, se si guarda al GDPR, e in particolare alla "responsabilizzazione", è possibile scorgere in capo al titolare del trattamento un obbligo – questo sì, giuridico – di diligenza professionale, correttezza e buona fede, nell'adozione delle misure richieste, che sembra andare oltre alla *mera* verifica di compatibilità con le disposizioni del Regolamento, nella direzione di una maggior tutela della persona e dei suoi diritti fondamentali. In sostanza, appare insufficiente che le misure adottate, in concreto, assicurino il semplice rispetto della normativa in materia; tali accorgimenti devono, invece, essere ulteriormente integrati, sia pur su base volontaria, allo scopo di garantire la massima efficacia pratica, in forza di una valutazione di opportunità compiuta dallo stesso titolare del trattamento[46]. In fin dei conti, la trasparenza e la serietà di una rigorosa valutazione e gestione del rischio rappresentano uno dei principali elementi di appetibilità delle imprese da parte degli utenti, poiché l'accresciuta consapevolezza dell'importanza dei dati personali sposta l'attenzione verso l'affidabilità degli operatori del mercato. Ciò rappresenta un elemento importante per fondare la base delle scelte dei potenziali clienti effettuano nel momento in cui si trovano a dover scegliere di quali prodotti o servizi avvalersi[47].

43 D'Ambrosio, M.: *Progresso tecnologico, "responsabilizzazione" dell'impresa ed educazione dell'utente*, Esi, Napoli, 2017, p. 118, per il quale è doveroso che le innovazioni portate dalla scienza e dalla tecnica rispondano anche al miglioramento della qualità dei rapporti umani, non solo alle logiche di impresa e del mercato.

44 Secondo Di Ciommo, F.: "Civiltà tecnologica e, mercato e insicurezza: la responsabilità del diritto", *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 590, per non ostacolare l'evoluzione tecnologica del mercato e la produttività delle imprese, l'unico principio che appare in grado di rispettare l'esigenza di promuovere tale evoluzione, a beneficio della collettività e, allo stesso tempo, ridurre al minimo i rischi derivanti dall'esposizione ai nuovi pericoli, è la responsabilità. A ciò si aggiunga che, negli ultimi anni, si assiste ad un drastico calo della fiducia nei mercati digitali, ad uno diffuso scontento circa la profilazione e ad una crescente domanda di "etica" per le imprese che operano nel settore.

45 Hijmans, H., Raab C.: "Ethical Dimensions of the GDPR, AI Regulation, and Beyond", cit., p. 68.

46 Gambini, M.: "Algoritmi e sicurezza," cit., p. 1737.

47 Califano, L.: "Il Regolamento UE 2016/679", cit., p. 39 ss., ove si sottolinea l'effetto benefico della capacità di fidelizzazione degli utenti e di accrescimento di competitività del mercato.

Non a caso, dunque, la scelta delle misure tecniche ed organizzative cui è tenuto il titolare del trattamento è improntata su certi criteri di adeguatezza, di proporzionalità e di ragionevolezza, che riflettono, sul piano giuridico, l'idea di un "agire responsabilmente", al fine di rendere effettiva, in pratica, la protezione dei dati personali. Ecco il perché del riferimento – rinvenibile, per esempio, negli artt. 24, 25, 32 GDPR – a tener in considerazione, nell'adozione delle misure, dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche[48].

D'altro canto, è evidente come l'*accountability* affianchi ad un profilo meramente giuridico una dimensione *latu sensu* etica che promuove un "decisionismo responsabile", il quale sia in grado di promuovere un dialogo rispettoso della legalità e della capacità di tutelare effettivamente la persona[49]. In altre parole, il GDPR sembra approdare – considerata l'evidente difficoltà per il diritto positivo di stare al passo con l'innovazione tecnologica – ad un "obbligo volontario", o meglio all'individuazione di un dovere di protezione della persona umana che conformi la stessa attività (e le modalità) di trattamento dei dati personali: è "responsabilità" dei titolari del trattamento quello di ridurre, prevenendoli, i costi, non solo economici ma anche sociali sopportati dalla collettività per i pericoli e i pregiudizi che possono derivare dall'utilizzo dei dati stessi.

Alla luce di quanto considerato, la "responsabilità" nel GDPR e, in particolare, l'*accountability* del titolare può assumere rilevanza sotto plurimi livelli: un primo è costituito da un obbligo di legge riconosciuto per tutti i titolari del trattamento, comprendente, in sintesi, l'attuazione di misure tecniche, giuridiche e organizzative "minime", nonché la conservazione delle relative prove (*accountability* in senso stretto); un secondo livello è quello relativo alla prova liberatoria della non imputabilità dell'evento al seguito del verificarsi di una violazione del Regolamento causativa di danno e fonte di responsabilità (*liability*); un terzo livello richiama, invece, la concretizzazione di sistemi di responsabilità di natura volontaria eccedenti le misure minime, in relazione ai principi fondamentali di protezione dei

48 Cfr. Bevivino, G.: "La responsabilità sociale delle imprese fra autonomia privata, nuovi obblighi di legge e prospettiva rimediale", in *Analisi giur. ec.*, 2018, p. 107, ove si sottolinea come più recente evoluzione normativa pare andare verso una progressiva «positivizzazione» di obblighi volti al soddisfacimento degli interessi degli *stakeholders* nello svolgimento dell'attività d'impresa o, più genericamente, tesi alla realizzazione delle istanze reclamate dalla *CSR*. Un ulteriore esempio, in tema di *data protection*, potrebbe essere quello introdotto in sede di modifica all'art. 166, co. 7, Cod. Privacy da parte del D.L. n. 139/2021 ("Decreto Capienze") – seppure in relazione al diverso profilo della determinazione delle sanzioni amministrative – per cui «il Garante può ingiungere il titolare del trattamento a realizzare campagne di comunicazione istituzionale volte alla promozione della consapevolezza del diritto alla protezione dei dati personali, sulla base di progetti previamente approvati dal Garante».

49 Cocuccio, M.: "Dimensione "patrimoniale" del dato personale e tutele risarcitorie", *Dir. fam. pers.*, 2022, p. 252.

dati e/o in termini di modalità di attuazione o di garanzia dell'efficacia delle misure poste in essere[50].

La regola dell'auto-controllo o dell'auto-responsabilità demanda, pertanto, agli operatori del digitale il compito di istituire le misure di prevenzione e reazione più adeguate alla protezione degli stessi interessati. Giova osservare come manchi però uno *standard* predeterminato rispetto alle misure tecniche ed organizzative che i soggetti che operano con dati personali devono adottare nelle diverse situazioni[51]. Invero, è chiara la scelta del legislatore di non voler individuare rigidamente i livelli di protezione cui l'operatore commerciale deve attenersi, variabili a seconda della specificità dei diversi settori industriali e della incessante innovazione tecnologica[52]. Se la legge, per un verso, non può e non vuole stabilire nel dettaglio, attraverso il comando normativo e la tecnica giuridica formale, quali strumenti adottare nella situazione specifica, è fondamentale, per altro verso, l'apporto del "diritto dei privati", secondo un principio di vicinanza del rischio, sottolineandone la funzione regolativa del mercato[53]. In tal senso, si auspica l'adozione e la successiva circolazione di modelli virtuosi di comportamento, regole tecniche, codici etici e di condotta, linee guida e protocolli del settore, *standard* di sicurezza, orientamenti per la messa in atto di opportune misure, nonché strategie di prevenzione[54].

Affidare il compito dell'agire responsabilmente alla sola auto-regolamentazione spontanea non appare di per sé sufficiente[55]. È necessario procedere, ancora una volta, alla "giuridicizzazione" di quelle che sono le *best practices* del settore, sì garantendo alle fonti regolative non statuali una certa effettività e, di conseguenza, innalzando il livello di responsabilità (*recte* diligenza professionale) richiesta nell'adozione delle misure volte alla protezione dei dati personali. In sostanza, a queste regole, di matrice privata e volontaria, deve essere garantita la precettività e l'azionabilità, almeno attraverso un indiretto riconoscimento nelle fonti di diritto statuale ovvero in seguito a procedure di controllo e approvazione delle autorità

50 Così, ancora, Cocuccio, M.: "Dimensione "patrimoniale" del dato personale e tutele risarcitorie", cit., p. 251. V. ancora il *considerando* § 74 GDPR.

51 Misure, invece, specificamente "tipizzate" nella previgente versione del Cod. privacy, in riferimento all'Allegato B, intitolato "disciplinare tecnico in materia di misure minime di sicurezza".

52 Si rinvio all'analisi di Romeo, F.: "Il governo giuridico delle tecniche dell'informazione e della comunicazione", in *I dati personali nel diritto europeo* (a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto), cit., p. 1270, secondo cui il governo della tecnica presuppone la conoscenza delle sue regole, dal momento che il diritto deve essere in grado di interagire con essa al fine di orientare i risultati verso gli scopi posti dalla norma giuridica.

53 Sul diritto privato in funzione regolativa, di recente, Zoppini, A.: *Il diritto privato e i suoi confini*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 201 ss.

54 Si guardi al *considerando* § 77, laddove «gli orientamenti per la messa in atto di opportune misure e per dimostrare la conformità da parte del titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento in particolare per quanto riguarda l'individuazione del rischio connesso al trattamento, la sua valutazione in termini di origine, natura, probabilità e gravità, e l'individuazione di migliori prassi per attenuare il rischio, potrebbero essere forniti in particolare mediante codici di condotta approvati, certificazioni approvate, linee guida fornite dal comitato o indicazioni fornite da un responsabile della protezione dei dati».

55 Esemplare è Senigaglia, R.: "La vincolatività dei codici etici: ossimoro o sineddoche?", *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 580 ss.

indipendenti o da altri organismi tecnici competenti[56]. Assume, quindi, una portata centrale, nell'ambito del complesso quadro regolamentare fatto da strumenti di regolazione autoritativa e di disciplina convenzionale, l'ibridazione del modello pubblico-privato (*co-regulation*), dove al ruolo (pro-)attivo dell'impresa si aggiunge comunque la garanzia di promozione e sanzione delle regole sì "auto-imposte"[57].

Per esempio, l'art. 57 GDPR, relativo i compiti delle autorità di controllo, indica espressamente quello di incoraggiare l'elaborazione di codici di condotta e di approvare formalmente quelli che forniscono garanzie sufficienti, a norma del procedimento indicato nell'art. 40 GDPR[58]. Ciò si traduce in una strategia di normazione integrata, che delinea, appunto, un'autonomia (privata) degli operatori professionali comunque "controllata" dall'esterno[59]. E se l'assoluta volontarietà di queste procedure sembra mettere un freno alla positiva concorrenza degli operatori al miglioramento di *standard* di qualità dei trattamenti, non va dimenticato che, proprio nell'ottica di quella "multiforme" *accountability* cui è tenuto il titolare del trattamento, l'adesione ai codici di condotta o ai meccanismi di certificazione può essere utilizzata come elemento per dimostrare il rispetto degli obblighi del titolare del trattamento (art. 25, par. 3, GDPR) o, ancora, può costituire un elemento decisivo per dimostrare la conformità ai medesimi (art. 32 GDPR), laddove, diversamente, rischia di essere alquanto difficile fornire la prova liberatoria della responsabilità per danni. Si chiude, quindi, il cerchio del (complesso) sistema della "responsabilità" delineata dal Regolamento: dalla volontaria elaborazione di *standard* alla loro "positivizzazione" in un documento dotato di una certa effettività, dalla pratica implementazione di alcune misure ivi contenute da parte dei titolari del trattamento agli obblighi risarcitori scaturenti per eventuali danni derivanti dalla loro mancata o inesatta adozione.

Un ulteriore esempio è dato dalla Direttiva 770/2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, dove all'art. 8 si afferma che per la valutazione del difetto di conformità occorre far riferimento «agli scopi per cui sarebbe abitualmente utilizzato un contenuto digitale o un servizio digitale del medesimo tipo, tenendo conto, se del caso, dell'eventuale diritto dell'Unione e nazionale e delle norme tecniche esistenti, oppure, in

56 I codici di condotta, ad esempio, raggiungono i massimi livelli di vincolatività quando trovano titolo nella legge, direttamente o indirettamente, come ricordato da Scotti, A.: *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratto*, Giuffré, Milano, p. 17.

57 Così anche P. Laghi, *Cyberspazio e sussidiarietà*, Napoli, ESI, 2015, p. 115, il quale si riconosce la maggiore idoneità regolativa dell'autonomia privata mantenendo un ruolo di direzione e di orientamento del potere pubblico che consente di supplire ad essa allorché si dimostri incapace di realizzare un assetto equilibrato.

58 In argomento, per tutti, Poletti, D., Causarano, M. C.: "Autoregolamentazione privata e tutela dei dati personali: tra codici di condotta e meccanismi di certificazione", in Privacy *digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy* (a cura di E. Tosi), Giuffré, Milano, 2019, *p.* 369 ss. Analogo discorso può farsi, poi, con i meccanismi di certificazione di cui all'art. 42 GDPR.

59 Cfr. Rodotà, S.: *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 51 ss.; più di recente, Laghi, P.: *Cyberspazio e sussidiarietà*, Esi, Napoli, 2015 p. 110 ss.

mancanza di tali norme tecniche, dei codici di condotta dell'industria specifici del settore applicabili». La difformità, quindi, sembra prescindere dalle caratteristiche materiali del bene, ma va ad abbracciare anche elementi "deontologici", che mirano al soddisfacimento di interessi anche non patrimoniali della persona. Per quanto qui interessa, il richiamo esplicito ai codici di condotta e alle regole tecniche – quali elementi di origine para-statuale i primi e addirittura extra-giuridica i secondi – integrano espressamente ora un criterio di valutazione del difetto di conformità che, come si vedrà, è presupposto per un rimedio di natura ripristinatoria, diverso dal risarcimento del danno.

V. ALLA RICERCA DI UN RIMEDIO EFFETTIVO.

Uno dei profili più interessanti del rapporto fra la disciplina contrattuale e la protezione dei dati personali è quello della estensione dei rimedi consumeristici all'interessato al trattamento[60]. In particolare, l'utente, quando si obbliga a prestare i suoi dati personali all'operatore professionale in luogo del pagamento del prezzo del servizio o contenuto digitale[61], non gode esclusivamente dei diritti previsti dal GDPR (accesso, rettifica, cancellazione, risarcimento del danno, e via dicendo), ma anche, in seguito al recepimento della Direttiva 770/2019, e soprattutto dei rimedi in precedenza riconosciuti all'acquirente di beni di consumo "materiali": sono, precisamente, la risoluzione del contratto e il ripristino di conformità[62].

È interessante ora soffermarsi su alcuni profili meritevoli di attenzione in riferimento ad uno di questi "nuovi" rimedi che il consumatore/interessato al trattamento può esercitare nei confronti del fornitore del servizio, ossia il ripristino di conformità, ove l'interesse dell'utente pare meglio soddisfatto in forma specifica, secondo la logica del dispositivo tecnico di reazione all'ordine giuridico violato, che si pone immediatamente a ridosso del bisogno di tutela o dell'interesse del consumatore[63].

Brevemente, volendo sintetizzare i passaggi fondamentali del discorso occorre, anzitutto, chiedersi se, nel caso in cui l'utente si obblighi a fornire i propri dati personali quale remunerazione del servizio o del contenuto digitale, egli possa richiedere la conformità contrattuale *anche* per il mancato rispetto dei principi e delle regole stabiliti dal Regolamento generale sui dati personali. Risolto affermativamente questo primo quesito, occorre domandarsi poi *quando* si verifichi un difetto di

60 Sul punto, Irti, C.: *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 119 ss., nonché Versaci, G.: *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Esi, Napoli, 2020, p. 137 ss.

61 Sulla "mercificazione" dei dati personali, si veda, da ultimo, Ricciuto, V.: *L'equivoco della privacy. Persona vs. dato personale*, Esi, Napoli, 2022.

62 Per ovvie ragioni, si esclude la riduzione del prezzo.

63 Cfr. la definizione di rimedio nel diritto privato europeo rinvenibile in Mazzamuto, S.: "La prospettiva dei rimedi in un sistema di *civil law*: il caso italiano", *Contr. e impr.*, 2019, p. 841.

conformità per il fornitore del servizio digitale che non rispetti il GDPR. Una volta ravvisata la difformità, e realizzati così i presupposti della fattispecie-difetto di conformità, occorre soffermarsi *su che cosa* concretamente si traduce l'esercizio del rimedio ripristinatorio[64].

Principiando dal primo degli interrogativi, cioè se la non-conformità rispetto della disciplina dettata al GDPR possa assumere la natura di vizi o meglio irregolarità giuridiche, preme sottolineare che la disciplina dei rimedi contrattuali previsti dalla Direttiva 770/2019 trova applicazione solo quando la fornitura di dati personali costituisce una prestazione cui è tenuto il consumatore per remunerare il fornitore del servizio, nella logica economica di scambio[65]. Chiarito questo punto, vi è da dire che negli articoli della Direttiva dedicati ai requisiti di conformità non si fa *esplicito* riferimento all'osservanza degli obblighi previsti dal GDPR. Eppure, il *considerando* § 48, dopo una generale (ri-)affermazione del rispetto del GDPR anche in relazione ai contratti di fornitura dei servizi digitali, continua dicendo che «in funzione delle circostanze del caso, gli elementi che determinano un difetto di conformità rispetto ai requisiti di cui al Regolamento generale sulla protezione dei dati, inclusi i principi fondamentali quali i requisiti in materia di minimizzazione dei dati, protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione dei dati per impostazione predefinita, costituiscano un difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale rispetto ai requisiti di conformità (soggettivi e oggettivi) di cui alla presente direttiva»[66]. Ancorché lo stesso *considerando* semplifichi la risposta circa l'interrogativo sulla violazione del GDPR quale difetto di conformità – concludendo perentoriamente per l'estensione dei rimedi contrattuali anche a tale ipotesi – va osservato come l'art. 3, par. 8 della Direttiva affermi – o confermi, alla stregua del principio di effettività delle tutele[67] – la complementarità delle disposizioni del Regolamento sulla protezione dei dati. Sembra allora altrettanto corretto ritenere che il rispetto del GDPR possa

64 Esula dall'analisi qui condotta il recepimento della Direttiva 770/2019 nell'ambito nel nuovo Capo I-*bis* del Codice del consumo intitolato "Dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali" (art. 135-*bis* ss.), in quanto sostanzialmente coincidente, nel merito, con le riflessioni condotte attraverso lo studio del testo normativo del legislatore europeo.

65 Infatti, l'art. 3 della Direttiva fa espressamente salvo – e quindi esclude l'applicazione dei rimedi contrattuali prima ricordati – quando i dati personali forniti dal consumatore sono trattati dall'operatore esclusivamente per la fornitura del servizio o per l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto. In pratica, i rimedi contrattuali possono trovare applicazione esclusivamente quando la base giuridica del trattamento non è l'esecuzione del contratto o l'obbligo legale, bensì il consenso dell'interessato, nonché il legittimo interesse del titolare del trattamento, ammissibile, peraltro, per finalità di marketing diretto. Per l'apparente gratuità delle c.d. non-monetary transactions, dove i fornitori di un servizio digitale gratuito vanno a sfruttare commercialmente i dati (personali) resi o generati dagli utenti, si veda Irti, C.: *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., p. 61 ss.

66 È interessante osservare come il *considerando* prosegua, poi, riportando alcuni esempi di non conformità di natura oggettiva, quale l'assenza di software di cifratura per la comunicazione sicura di dati personali a terzi – in questo caso per mancato rispetto del principio di *data protection by design* – o ancora la mancata adozione di misure di sicurezza adeguate ai potenziali rischi del trattamento relativo ai servizi di pagamento online, lasciando i dati personali alla mercé di *spyware* o *malware*, in violazione degli artt. 24, 25 e 32 del GDPR.

67 Da ultimo, Vettori, G.: *Effettività fra legge e diritto*, Giuffré, Milano, 2020.

qualificarsi alla stregua di un requisito di conformità, in presenza di un contratto di fornitura di servizi o contenuti digitali remunerato con dati personali[68].

Viene allora da chiedersi se e in che misura il contenuto o il servizio digitale può dirsi conforme al GDPR. Qui soccorre l'art. 8 della Direttiva, ove si sottolinea l'adeguatezza del servizio digitale, anche in assenza di clausole contrattuali specifiche, «agli scopi per cui sarebbe abitualmente utilizzato un contenuto digitale o un servizio digitale del medesimo tipo, tenendo conto, se del caso, dell'eventuale diritto dell'Unione e nazionale [tra cui il GDPR] e delle *norme tecniche esistenti, oppure, in mancanza di tali norme tecniche, dei codici di condotta dell'industria specifici del settore applicabili*»[69]. Ciò apre ad alcune considerazioni ulteriori per quanto riguarda la "positivizzazione" delle buone pratiche di mercato all'interno della nozione di conformità[70].

Attraverso il richiamo "positivo" dei codici di condotta e degli *standard* tecnici, strumenti un tempo non dotati di effetti giuridici propri transitano nel novero delle fonti del diritto, quale parametro valutativo cui l'operatore professionale deve adeguarsi per non incorrere, appunto, nel difetto di conformità. Si è già detto dell'inefficienza del legislatore ad individuare rigidamente gli obblighi di comportamento cui il titolare del trattamento dovrebbe attenersi, variabili a seconda della specificità dei diversi settori commerciali e della incessante innovazione tecnologica: il fenomeno della circolazione dei dati non può non essere governato anche dall'interno dei mercati digitali, attraverso la scelta di *design* tecnologico più adatto non solo a rispettare le norme del GDPR, ma anche a garantire una tutela effettiva dei diritti dell'interessato-consumatore[71]. Così, alla logica eteronoma (pubblica) della regolazione degli scambi nei mercati digitali devono affiancarsi l'autoregolazione e la co-regolamentazione, a conferma del fatto che l'equilibrio esistente tra sfera pubblica e privata non è mai stabile e definitivo[72].

68 Cfr. sul punto Camardi, C.: "Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali", *Giust. civ.*, 2019, p. 514 ss.

69 Art. 8, par. 1, lett. *a*.

70 V. *supra* par. IV.

71 Nella tematica ora affrontata il tipo normativo di problema della non-conformità si salda inscindibilmente con la tecnica informatica. Come osserva Irti, C.: *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., p. 169, la tecnologia nella contrattazione online non possa essere più relegata ai margini del terreno giuridico, posto che è indiscutibile la capacità degli strumenti tecnologici di influenzare il processo di formazione della volontà. Si pensi, ad esempio, ai c.d. *dark pattern* che attraverso interfacce accattivanti invogliano il consumatore a prestare ancora più dati personali. In altre parole, è sul professionista che incombe la responsabilità (giuridica, ma anche sociale) di conformare la tecnica in funzione delle esigenze di tutela della persona nell'ambiente digitale. Sul punto, sia concesso il rinvio al nostro "Enhancing Transparency of Data Processing and Data Subject's Rights through Technical Tools: the PIMS and PDS Solution", in *Privacy and Data Protection in Software Services* (edited by R. Senigaglia, C. Irti e A. Bernes), cit., p. 197 ss.

72 Bellisario, E.: "La responsabilità sociale delle imprese fra autonomia e autorità privata", cit., p. 816-817.

Ancora, l'art. 8 della Direttiva prosegue affermando che il servizio o il contenuto digitale, per essere conforme, deve presentare «la quantità e la qualità e le caratteristiche di prestazione, anche in materia di funzionalità, compatibilità, accessibilità, continuità e sicurezza, che si ritrovano *abitualmente* nei contenuti digitali o nei servizi digitali dello stesso tipo e che il consumatore può *ragionevolmente* aspettarsi, tenuto conto della natura del contenuto digitale o del servizio digitale, tenendo conto di eventuali dichiarazioni pubbliche rese da o per conto dell'operatore economico o di altri soggetti nell'ambito di passaggi precedenti nella catena delle operazioni»[73]. Il dettato normativo, ancora una volta, sembra confermare l'esistenza di una vera e propria obbligazione di conformità rispetto alle prescrizioni del GDPR gravante sull'operatore professionale: l'oggetto consisterebbe nel prestare un servizio o un contenuto digitale conforme (anche) a certi *standard* di protezione dei dati personali, mentre il contenuto si risolverebbe nella predisposizione di misure tecniche ed organizzative, in base alla natura del servizio, ai costi, ai rischi e via dicendo, che siano proporzionate e adeguate (*recte* conformi) al trattamento posto in essere[74]. In sostanza, il legislatore descrive il risultato dovuto dal professionista, e le modalità per attuarlo in astratto, lasciando alle *best practices* del settore, in concreto, i tipi di comportamento strumentali al suo raggiungimento[75].

Alla presenza di un accertato difetto di conformità fa da contraltare, tra gli altri, il rimedio ripristinatorio, i cui presupposti possono, quindi, ben essere integrati dalla violazione del GDPR, anche in base alle buone pratiche di mercato. In sostanza, il ripristino mira a tutelare "in natura" l'interesse del consumatore al conseguimento di un bene munito di determinate caratteristiche e qualità[76].

73 Art. 8, par. 1, lett. *b*.

74 L'esistenza di tale obbligazione di fornitura dei beni conformi al contratto pare suffragata da altri elementi testuali della Direttiva, laddove si configura, tra l'altro, un obbligo di aggiornamento – quale contenuto specifico e/o accessorio dell'obbligazione di fornitura di beni conformi – in capo al professionista: l'art. 8, par. 2, afferma che l'operatore economico assicura che al consumatore siano forniti gli aggiornamenti, anche di sicurezza, necessari al fine di mantenere la conformità, quando il contratto prevede che il contenuto digitale o il servizio digitale sia fornito in modo continuo per un determinato periodo di tempo, e per l'intera durata di tale periodo.

75 Rimane però una certa difficoltà di individuare tali *standard* abituali di qualità oggettiva, sulla base dei quali l'interprete avrà dei parametri per valutare la rispondenza del servizio o del contenuto digitale a quanto ragionevolmente il consumatore-interessato al trattamento si aspetta ragionevolmente di trovare.

76 Vedi Mazzamuto, S.: "La prospettiva dei rimedi in un sistema di *civil law*", cit., p. 842. Sono ravvisabili però alcune resistenze al rimedio del ripristino della conformità nell'ambito della Direttiva 770/2019. Anzitutto, l'art. 14, par. 2, afferma che «[i]l consumatore ha diritto al ripristino della conformità del contenuto o del servizio digitale, a meno che ciò non sia impossibile o imponga all'operatore economico costi che sarebbero sproporzionati, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, tra cui il valore che il contenuto o servizio digitale avrebbe se non ci fosse alcun difetto di conformità e l'entità del difetto di conformità». Ad esempio, potrebbe essere il caso delle c.d. *low-value apps*, come quelle che modificano i trattati somatici degli individui: riprogrammarle o fornire aggiornamenti potrebbe richiedere qui costi sproporzionati, ad esempio, se sono sviluppate e messe in commercio da una *start-up* innovativa. Ancora, problematico appare il contrasto tra il GDPR e la previsione dell'art. 8, par. 5, della Direttiva, ove si esclude la rilevanza del difetto di conformità oggettiva se al momento della conclusione del contratto il consumatore è stato specificamente informato di tale difetto ed egli abbia espressamente e separatamente accettato tale scostamento. Qui la natura "pubblicistica" della disciplina della protezione dei dati personali andrebbe considerata alla stregua di una norma imperativa e quindi, come tale, inderogabile da parte dell'autonomia

VI. DAL RISARCIMENTO DEL DANNO AI "PROVVEDIMENTI RISARCITORI".

A fronte di una violazione del GDPR integrante un difetto di conformità nella fornitura del servizio o contenuto digitale, il rispristino di conformità si mostra, neanche a dirlo, migliore del rimedio caducatorio (qual è, per esempio, la nullità di protezione), ma forse anche dello stesso strumento risarcitorio. Del resto, molte volte la lesione sofferta dall'utente di servizi digitali, in caso di violazione delle prescrizioni del GDPR da parte del titolare del trattamento, è difficilmente individuabile (in termini di conseguenze dannose prodotte) o quantificabile (trattandosi per lo più di danno non patrimoniale)[77]. A ciò si aggiunga la ridotta consapevolezza degli utenti digitali rispetto ai loro diritti e la poca propensione degli stessi ad investire tempo e denaro per avviare procedimenti giudiziari; tutti fattori che generano una diffusa apatia di iniziativa processuale del singolo[78]. Di certo l'individuo non è incentivato a chiedere ristoro, sobbarcandosi l'onere (e i costi) del giudizio, specie qualora si parli di lesioni modeste, le cui gravità e serietà non possono essere comprese se non nella loro dimensione "collettiva"[79]. Infatti, la produzione di effetti dannosi non si sostanzia soltanto nella moltiplicazione (quantitativa) di danni individuali, ma si manifesta altresì nella produzione (qualitativa) di danni seriali e massivi, che investono cioè sistematicamente «folle di danneggiati e serie indefinite di persone, peraltro nemmeno sempre catalogabili attraverso categorie predefinite»[80].

La responsabilità ordinaria di una condotta strutturalmente presente su vasta scala e rivolta verso numero indefiniti di soggetti mostra tutta la sua inefficienza, qualora rimanesse ancorata in un'ottica individualistica e volontaristica. Anche se i danni individuali fossero eventualmente riconosciuti al singolo, la dimensione globale della circolazione dei dati determinerebbe comunque un danno sociale, senza che il risarcimento del danno sia «minimamente in grado di creare un baluardo o quantomeno una deterrenza efficace»[81]. In altri termini, le regole della responsabilità per danni e la tutela offerta dal risarcimento per equivalente si mostrano inefficaci nell'allocazione dei costi tra i principali attori dei mercati digitali.

privata. Diversamente, laddove l'operatore professionale aderisse volontariamente ad un certo codice di condotta e ne prevedesse pattiziamente la deroga *in peius*, quest'ultima potrebbe dirsi comunque valida, qualora vengano garantiti livelli "minimi" di protezione conformi al GDPR.

77 *Amplius*, Gambini, M.: *Principio di responsabilità e tutela aquiliana dei dati personali*, Esi, Napoli, 2018, p. 9 ss.

78 Irti, C.: *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit., p. 192. Sulla limitata litigiosità processuale, vedi D'Ambrosio, M.: *Progresso tecnologico, "responsabilizzazione" dell'impresa*, cit., p. 110.

79 Gambini, M.: *Principio di responsabilità e tutela aquiliana dei dati personali*, cit., p. 11.

80 Camardi, C.: "Note critiche in tema di danno", cit., p. 810. Potrebbero essere gli utenti di un *social network*, categorie di consumatori individuati in base ad un criterio geografico, o in forza di un criterio di profilazione, e via dicendo.

81 Ancora Camardi, C.: "Note critiche in tema di danno", cit., p. 810, la quale afferma che l'impostazione dei rimedi contro l'offensività strutturale dell'economia digitale richiede l'utilizzazione di strumenti altri, di natura preventiva e forse non soltanto di diritto privato.

Nella prospettiva da ultimo ricordata, meglio se ad attivarsi non è l'individuo, ma un organismo di tutela dei diritti degli utenti dei servizi digitali attraverso lo strumento delle azioni "collettive": in questo senso si esprime, da ultimo, la Direttiva 2020/1828/UE relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, applicabile, peraltro, anche nel caso di violazioni del GDPR[82].

La vera novità introdotta dalla nuova Direttiva consiste nella previsione di un complesso di "provvedimenti risarcitori" (art. 9), imposti dall'autorità giudiziaria (o amministrativa) competente ai professionisti convenuti con l'azione rappresentativa, laddove tra i possibili rimedi offerti ai consumatori, oltre allo strumento (inibitorio e) risarcitorio per equivalente, vi è anche l'esplicita indicazione di ulteriori meccanismi di tutela, quali indennizzo, riparazione, sostituzione, riduzione del prezzo, risoluzione del contratto e altri eventualmente stabiliti dal legislatore nazionale. Sicché attraverso le azioni rappresentative sarà possibile far valere non soltanto le pretese creditorie, di natura risarcitoria e/o restitutoria – attualmente contemplate, nel nostro ordinamento, dall'art. 840 *bis*, comma 2, c.p.c. e un tempo previste dall'art. 140 *bis* c. cons. – ma anche altre pretese creditorie: non vi è motivo per escludere, infatti, che possano e debbano considerarsi ricomprese tutte le ipotesi in cui una disposizione di diritto dell'Unione o di diritto interno attribuisca a consumatori un diritto all'"esatto adempimento" del contratto la cui stipulazione sia stata preceduta, accompagnata o seguita dalla violazione di una delle disposizioni di tutela dei consumatori riportate nell'Allegato alla Direttiva[83].

Con il futuro esperimento delle azioni rappresentative, dunque, la possibile comminatoria di "provvedimenti risarcitori" *diversi* rispetto al risarcimento per equivalente potrà seguire pure al caso di mancata adozione di (altre) misure tecniche e organizzative (più) adeguate, tecnicamente possibili e proporzionate alla valutazione del rischio dell'attività svolta, alla stregua di una violazione del GDPR (e non per forza produttive di danno).

Per esemplificare, si pensi in proposito al noto *social network TikTok* (e delle tragiche morti di minori impegnati in pericolosissime *challenge*), per il quale il Garante *privacy* italiano ha rilevato, nel gennaio 2021, che nello impostare in via predefinita il profilo dell'utente come pubblico, è ravvisabile una violazione del principio di *data protection by default*; nell'indeterminatezza dei tempi di

82 L'art. 2 definisce l'ambito di applicazione della Direttiva, individuandolo nelle azioni rappresentative intentate nei confronti di professionisti per violazioni delle disposizioni del diritto dell'Unione di cui all'allegato I. Per un primo commento, Casarosa, F.: "Transnational collective actions for cross-border data protection violations", *Internet Policy Review*, 2020, 9(3), p. 1 ss.

83 Così De Cristofaro, G.: "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", *Nuove leggi. civ. comm.*, 2022, p. 1033, il quale aggiunge, appunto, anche le obbligazioni di *dare* o *facere* funzionali alla correzione di inesattezze o difetti che abbiano connotato l'adempimento contrattuale da parte del professionista.

conservazione, una violazione del principio di *storage limitation*; nella assenza di meccanismi di verifica dell'età "reale" per il consenso prestato da minori, una violazione dell'art. 8 GDPR sul trattamento dei dati dei minorenni[84]. Così, l'Autorità ha provvisoriamente disposto un blocco del trattamento per i dati di minori per i quali non fosse stata accertata l'età anagrafica. Successivamente, *TikTok* ha cambiato non solo le sue *policie*s, ma anche adottato nuove misure tecniche per la *age verification*, ivi compresi sistemi di *AI*[85]. Rileggendo il caso in chiave privatistica – anziché di *public enforcement* – le violazioni rilevate dall'autorità di controllo parrebbero integrare oggi un'ottima opportunità per l'esperimento delle azioni rappresentative. In particolare, alla inadeguata adozione di misure opportune per la protezione dei dati personali e, di conseguenza, alla tutela dei diritti degli interessati, si potrebbe pensare non tanto all'esperimento della «protezione minima e indefettibile»[86] rappresentata dalla tutela per equivalente, bensì ricorrendo alla tecnica rimediale in forma specifica, che ben si concretizza nel rimedio del ripristino della conformità, ascrivibile ai nuovi "provvedimenti risarcitori" richiamati dalla Direttiva 1828/2020. Con una conseguenza non da poco, dal momento che poi anche tutti i *social* simili dovrebbero aggiornare le proprie impostazioni, dal momento che gli utenti potrebbero *ragionevolmente* aspettarsi i medesimi *standard* di sicurezza, per non ricorrere gli altri titolari del trattamento, a loro volta, in un difetto di conformità. Come a dire che anche l'incremento di interventi di stampo "pro-attivo", determinerebbe, sia pur indirettamente, l'innalzamento del livello di diligenza professionale richiesta agli operatori nelle attività di trattamento dei dati personali. Detti *standard*, laddove resi vincolanti, promuoverebbero il costante miglioramento delle tecnologie a beneficio della collettività e svolgerebbero un ruolo attivo nella tutela dei diritti e delle libertà degli individui[87].

La retorica del diritto alla protezione dei dati personali come diritto fondamentale non può allora impedire di valutare l'idoneità dei meccanismi giuridici di tutela nel mutato scenario politico, economico, sociale e tecnologico attuale[88]. Così, anche le "mobili frontiere" della responsabilità civile e il suo maccanismo principale di riparazione del danno subiscono delle ibridazioni che consentono di individuare dei rimedi utili non solo in chiave compensativa[89]. In questo senso, il rispristino della conformità in caso di violazione delle regole e dei principi stabiliti dal GDPR

84 Garante per la Protezione dei Dati Personali, provv. del 22 gennaio 2021, reperibile all'indirizzo *https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9524194*. In argomento, vedi Senigaglia, R.: "Il dovere di educare i figli nell'era digitale", *Persona e mercato*, 2021, p. 524.

85 Vedi, ancora, il comunicato stampa del Garante all'indirizzo *https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9533424*.

86 Carapezza Figlia, G., Sajeva, S.: "Responsabilità civile e tutela ragionevole ed effettiva degli interessi", *Arch. giur.*, 2017, 2, p. 336.

87 Così Gambini, M.: "Algoritmi e sicurezza", cit., p. 1740.

88 Di questo avviso Perlingieri, P.: "Il «giusto rimedio» nel diritto civile", *Il giusto processo civile*, 2011, p. 1 ss.

89 Una prospettiva, questa, già segnalata da Di Majo, A.: "La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente", *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 305.

pare un rimedio utile non solo per il consumatore-interessato al trattamento, ma anche in funzione della (efficace) regolazione dei mercati digitali.

BIBLIOGRAFIA

Alessi, R.: "Il difficile percorso della «responsabilità civile europea»", *Danno resp.*, 1999, p. 377 ss.

Alpa G., Conte G. (a cura di): *La responsabilità dell'impresa*, Giuffré, Milano, 2015

Bellisario, E: "La responsabilità sociale delle imprese fra autonomia e autorità privata", *Danno e resp.*, 2013, p. 809 ss.

Bernes, A.: Enhancing Transparency of Data Processing and Data Subject's Rights through Technical Tools: the PIMS and PDS Solution", in *Privacy and Data Protection in Software Services* (edited by R. Senigaglia, C. Irti e A. Bernes), Springer, Singapore, 2022, p. 197 ss.

Bertelli, F.: *Le dichiarazioni di sostenibilità nella fornitura dei beni di consumo*, Giappichelli, Torino, p. 20 ss.

Bevivino, G.: "La responsabilità sociale delle imprese fra autonomia privata, nuovi obblighi di legge e prospettiva rimediale", in *Analisi giur. ec.*, 2018, p. 107 ss.

Bevivino, G.: *La responsabilità sociale delle imprese. Strumenti attuativi e rimedi*, Esi, Napoli, 2018, p. 65 ss.

Bilotta, F.: "La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali", in *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato* (a cura di R. Panetta), Giuffré, Milano, 2019, p. 452 ss.

Bravo, F.: "Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento illecito di dati personali", in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR* (a cura di N. Zorzi-Galgano), Cedam-Wolters Kluwer, Padova-Milano, 2019, p. 402 ss.

Califano, L.: "Il Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dati personali", in *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679* (a cura di L. Califano e C. Colapietro), Editoriale Scientifica, Napoli, p. 34 ss.

Camardi, C.: "Liability and Accountability in the "Digital" Relationships", in *Privacy and Data Protection in Software Services* (edited by R. Senigaglia, C. Irti e A. Bernes), Springer, Singapore, 2022, p. 25 ss.

Camardi, C.: "Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali", *Jus Civile*, 2020, p. 796 ss.

Camardi, C.: "Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali", *Giust. civ.*, 2019, p. 514 ss.

Carapezza Figlia, G., Sajeva, S.: "Responsabilità civile e tutela ragionevole ed effettiva degli interessi", *Arch. giur.*, 2017, 2, p. 336 ss.

Casarosa, F.: "Transnational collective actions for cross-border data protection violations", *Internet Policy Review*, 2020, 9(3), p. 1 ss.

Cocuccio, M.: "Dimensione "patrimoniale" del dato personale e tutele risarcitorie", *Dir. fam. pers.*, 2022, p. 252 ss.

D'Ambrosio, M.: *Progresso tecnologico, "responsabilizzazione" dell'impresa ed educazione dell'utente*, Esi, Napoli, 2017, p. 118 ss.

De Cristofaro, G.: "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", *Nuove leggi. civ. comm.*, 2022, p. 1033 ss.

Di Ciommo, F.: "Civiltà tecnologica e, mercato e insicurezza: la responsabilità del diritto", *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 590 ss.

Di Majo, A.: "La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente",

Eur. dir. priv., 2008, p. 305 ss.

Finocchiaro, G.: "Il principio di accountability", *Giur. it.*, 2019, p. 2778 ss.

Finocchiaro, G.: "Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 10 ss.

Franzoni, M.: "Responsabilità derivante da trattamento di dati personali", in *Diritto dell'informatica* (a cura di G. Finocchiaro e F. Delfini), Wolters Kluwer, Milano, 2014, p. 829 ss.

Gambini, M.: "Algoritmi e sicurezza", *Giur. it.*, 2019, p. 1737 ss.

Gambini, M.: "Responsabilità e risarcimento nel trattamento di dati personali, in *I dati personali nel diritto europeo* (V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto), Giappichelli, Torino, 2019, p. 1057 ss.

Gambini, M.: *Principio di responsabilità e tutela aquiliana dei dati personali*, Esi, Napoli, 2018, p. 9 ss.

Hijmans, H.; Raab, C.: "Ethical Dimensions of the GDPR, AI Regulation, and Beyond", *Direito Público*, 2022, 18(100), p. 68 ss.

Irti, C.: *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 119 ss.

Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffré, Milano, 2013, p. 199 ss.

Mazzamuto, S.: "La prospettiva dei rimedi in un sistema di *civil law*: il caso italiano", *Contr. e impr.*, 2019, p. 841 ss.

Perlingieri, P.: "Il «giusto rimedio» nel diritto civile", *Il giusto processo civile*, 2011, p. 1 ss.

Perlingieri, P.: "*Privacy* digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato", *Foro nap.*, 2018, p. 482 ss.

Piraino, F.: "Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 389 ss.

Poletti, D., Causarano, M. C.: "Autoregolamentazione privata e tutela dei dati personali: tra codici di condotta e meccanismi di certificazione", in Privacy *digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy* (a cura di E. Tosi)*,* Giuffré, Milano, 2019, *p.* 369 ss.

Quelle, C.: "Enhancing Compliance under the General Data Protection Regulation: The Risky Upshot of the Accountability and Risk-based Approach", *Eur. Journal of Risk Regulation*, 2018, 9, p. 502 ss.

Ratti, M.: "La responsabilità da illecito trattamento di dati personali nel nuovo Regolamento", in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali* (a cura di G. Finaocchiaro), Zanichelli, Bologna, 2017, p. 615 ss.

Ricciuto, V.: *L'equivoco della privacy. Persona vs. dato personale*, Esi, Napoli, 2022

Rodotà, S.: *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 51 ss.

Romeo, F.: "Il governo giuridico delle tecniche dell'informazione e della comunicazione", in *I dati personali nel diritto europeo* (a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto), Giappichelli, Torino, p. 1270 ss.

Scotti, A.: *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratto*, Giuffré, Milano, 2019, p. 17 ss-

Senigaglia, R.: "La vincolatività dei codici etici: ossimoro o sineddoche?", *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 580 ss.

Thobani, S.: "Commento all'art. 82", in *Commentario al Codice civile* (diretto da E. Gabrielli), *Delle persone* (a cura di A. Barba e S. Pagliantini), *Leggi collegate*, II, Utet- Wolters Kluwer, Milano, 2019, p. 1238 ss.

Tosi, E.: *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 125 ss.

Vettori, G.: *Effettività fra legge e diritto*, Giuffré, Milano, 2020

Zoppini, A.: *Il diritto privato e i suoi confini*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 201 ss.

LA EXCLUSIÓN DEL DAÑO PUNITIVO EN LA REPARACIÓN INTEGRAL

THE EXCLUSION OF PUNITIVE DAMAGE IN THE COMPREHENSIVE REPAIR

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 686-713

Gisela María PÉREZ FUENTES e Karla CANTORAL DOMÍNGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: En el presente artículo se analizará la forma en que México incorporó de forma jurisprudencial la figura de los daños punitivos a través de diversas sentencias, toda vez que no está regulada de forma expresa en la legislación mexicana. Los daños punitivos pueden cumplir una función ante excesos y abusos en diferentes relaciones jurídicas, principalmente en caso de derechos humanos pero también en la prestación de servicios, entrando en la esfera privada. En este contexto, se realizará un breve estudio de casos para centrarnos en la realidad mexicana, haciendo la distinción entre daño moral y daños punitivos.

PALABRAS CLAVE: Reparación integral; daño moral; daños punitivos; responsabilidad civil.

ABSTRACT: *This article will analyze the way in which Mexico jurisprudentially incorporated the figure of punitive damages through various sentences, since it is not expressly regulated in Mexican legislation. Punitive damages can play a role in the face of excesses and abuses in different legal relationships, mainly in the case of human rights but also in the provision of services, entering the private sphere. In this context, a brief case study will be carried out to focus on the Mexican reality, making the distinction between non-material damage and punitive damages.*

KEY WORDS: *Comprehensive reparation; moral damage; punitive damages; civil liability.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO EN MÉXICO.- 1. Daño moral.- 2. ¿cómo se hace efectiva la reparación integral en méxico? Estudio de caso. Amparo en revisión 1133/2019.- III. LOS DAÑOS PUNITIVOS.- 1. La función preventiva del derecho de daños en el sistema anglosajón.- 2. Evolución de los daños punitivos en méxico.- 3. Diferencia entre daño moral y daño punitivo.- IV. EVOLUCIÓN Y AJUSTE JURISPRUDENCIAL.- 1. Amparo en revisión 1133/2019.- 2. Amparo directo 153/2020 en relación con los amparos directos 154/2020 y 155/2020.- 3. Amparo directo en revisión 358/2022.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La reparación integral del daño fue recomendada a México por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Radilla Pacheco el 23 de noviembre de 2009, esto junto con la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, permitió que en México los derechos privados de carácter civil se constitucionalizaran y así puede decirse que se afianza la reparación integral del daño en todas las materias del derecho, en la que se incluyen los derechos de las personas.

En el ámbito civil se incorporó a partir de varias sentencias otra modalidad para intentar completar tal reparación integral – al menos ese fue el planteamiento jurisprudencial en un primer momento – sin embargo, al respecto hemos escrito que el denominado daño punitivo, de origen anglosajón no es parte de esa reparación integral del daño que tiene otras características distintas.

El objetivo de este trabajo es fundamentar con las últimas sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, nuestro primer planteamiento doctrinal en cuanto a que el daño punitivo desvirtúa la reparación integral.

La forma que se planteó en alguna sentencia no tuvo un fundamento racional y la ponderación fue muy débil e insostenible aunque así se aplicó; sin embargo la evolución de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido las diferencias correspondientes para cada figura y esto imprime seguridad jurídica a los procedimientos judiciales y a las personas sujetas a ellos, lo que ratifica la figura de la reparación integral del daño como una garantía sine qua nom de los derechos de las personas en México y admite también otra figura que consideramos

• Gisela María Pérez Fuentes
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México. Correo electrónico: giselapef@hotmail.com

• Karla Cantoral Domínguez
Profesora investigadora de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México. Correo electrónico: karlacantoral@gmail.com

necesaria que es la de daños punitivos cuando existe exceso de violaciones en el ámbito privado como público.

Se analizará la experiencia de los daños punitivos en México a través de diversas sentencias pues no existe en la legislación civil ni penal esta figura, pero consideramos que si puede cumplir un objetivo ante excesos y abusos en diferentes relaciones jurídicas, principalmente en caso de derechos humanos pero también en la prestación de servicios, entrando en la esfera privada.

Se realizará un breve estudio de casos en el derecho comparado para centrarnos en la realidad mexicana y las distintas posiciones que se ha tenido hasta la actual donde se presenta la separación entre ambas figuras.

II. LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO EN MÉXICO.

En el siglo XX la reparación del daño era materia de derecho civil bajo la teoría de las obligaciones, en legislación secundaria, no constitucional. A partir del año 2000 se introdujo una modificación que fue acompañada de otras tres reformas vinculadas a la protección de los derechos de las víctimas por razón de delitos. La primera reforma incluyó precisamente la facultad de solicitar una reparación del daño; todo ello cambió cuando se realizó la reforma de 10 de junio de 2011 al incluirse en el tercer párrafo del artículo 1° de la Constitución Federal, el reconocimiento de la reparación por violaciones a derechos humanos. El Senado consideró el concepto de reparación integral en el marco de las Naciones Unidas a partir de los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones[1].

En México, la reparación integral del daño se produjo a partir de la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco donde se determinó la violación de derechos humanos como el derecho a la vida, integridad personal, libertad de expresión y que en definitiva concluyó con un evidente caso de desaparición forzada condenando al Estado mexicano a la reparación integral del daño que consistió en: la publicación en el Diario Oficial de la Federación y en otros diarios de amplia circulación de varios artículos de la sentencia donde se reconoce la ilegalidad cometida por el Estado mexicano en cuanto a los hechos de desaparición forzada de Radilla Pacheco, de igual forma se señaló la necesidad de realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad, así como brindar atención psicológica gratuita e inmediata a las

1 *Cfr.* Amparo directo en revisión 5826/2015, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante sesión de fecha 8 de junio de 2016.

víctimas de carácter familiar. Por último se condenó a pagar unas cantidades fijadas por daño material e inmaterial así como el reintegro de costas y gastos a partir de la notificación del fallo[2].

En la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha establecido por jurisprudencia que el derecho a la reparación integral permite anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que debió haber existido con toda probabilidad si el acto no se hubiere cometido, de no ser posible lo anterior entonces se procede al pago de una indemnización justa de forma resarcitoria por los daños ocasionados, que no debe tener topes mínimos ni máximos pero que no genere una ganancia para la víctima sino una adecuada protección a la persona por daños de salud, lucro cesante en su trabajo, daño al proyecto de vida entre otras[3].

Como se ha señalado anteriormente, la justa indemnización vulnera el derecho humano de las víctimas directas e indirectas a una reparación integral con un carácter no negociable pues lo que se persigue es el restablecimiento de la dignidad de las víctimas por las violaciones a determinado derecho humano.

Para determinar los alcances del derecho a obtener reparaciones, se consideran:

a) Una reparación adecuada, efectiva y rápida que tiene por finalidad remediar las violaciones manifestas de derechos humanos. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido que puedan atribuirse al Estado.

b) La restitución, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos.

c) La indemnización será concedida de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como:

- El daño físico o mental.

- La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales.

2 Cfr. Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco Vs Estados Unidos Mexicanos*, sentencia dictada el 23 de noviembre de 2009.

3 Tesis de Jurisprudencia: 1ª/J.31/2017, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* libro 41, abril de 2017, tomo I, p. 752, de rubro: Derecho fundamental a una reparación integral o justa indemnización, su concepto y alcance.

- Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante.

- Los perjuicios morales.

- Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales[4].

Por lo anterior, la reparación integral del daño se diferencia de la responsabilidad civil tradicional en que esta última rige sobre los principios de la teoría de las obligaciones mientras que la reparación integral del daño se basa en el principio pro-persona.

Al respecto el Poder Judicial de la Federación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han determinado que la indemnización es un derecho sustantivo, cuya extensión debe tutelarse en favor de los gobernados y que no debe restringirse[5].

Las violaciones a derechos humanos que implican en sede civil jurisdiccional mediante una reparación civil o amparo, admiten cierto tipo de medidas reparadoras, pero lo importante en cada caso es revalorizar las indemnizaciones de modo que se consideren justas o integrales. Una indemnización debe individualizarse al considerar:

a) La naturaleza y extensión de los daños causados, esto es, si son físicos, mentales o psicoemocionales;

b) La posibilidad de rehabilitación de la persona afectada;

c) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;

d) Los daños materiales, incluidos los ingresos y el lucro cesante;

e) Los perjuicios inmateriales;

f) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos, psicológicos y sociales;

g) El nivel o grado de responsabilidad de las partes;

4 Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobados mediante Resolución 60/147 por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005.

5 Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 31/2017, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 41, abril de 2017, tomo I, p. 752.

h) Su situación económica;

i) Otras características particulares[6].

1. Daño moral.

La reparación del daño moral, aparece en el artículo 1916 del Código Civil Federal[7]:

"Artículo 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme a los artículos 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

6 Tesis: 1a. CLXXIII/2014, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* libro 5, abril de 2014, tomo I, p. 819.

7 Cfr. Código Civil Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, última reforma publicada el 11 de enero de 2021.

Estarán sujetos a la reparación del daño moral de acuerdo a lo establecido por este ordenamiento y, por lo tanto, las conductas descritas se considerarán como hechos ilícitos:

I. El que comunique a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física o moral, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien;

II. El que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa;

III. El que presente denuncias o querellas calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido,

IV. Al que ofenda el honor, ataque la vida privada o la imagen propia de una persona.

La reparación del daño moral con relación al párrafo e incisos anteriores deberá contener la obligación de la rectificación o respuesta de la información difundida en el mismo medio donde fue publicada y con el mismo espacio y la misma circulación o audiencia a que fue dirigida la información original, esto sin menoscabo de lo establecido en el párrafo quinto del presente artículo. La reproducción fiel de información no da lugar al daño moral, aun en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona, pues no constituye una responsabilidad para el que difunde dicha información, siempre y cuando se cite la fuente de donde se obtuvo."

La norma en cuestión no impone una fórmula tasada, ni topes indemnizatorios para cuantificar el daño moral, sino que encomienda a la persona juzgadora establecer el monto correspondiente, atendiendo a los factores de individualización allí enunciados. Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que aun cuando es cierta la dificultad de establecer la cuantía de una indemnización, esta metodología adoptada por el legislador para determinarla no es arbitraria, sino que resulta acorde con las premisas del derecho a la reparación integral y justa indemnización, que supone el poder identificar y apreciar las particularidades de cada caso concreto conforme a esos factores, pues debe ser el daño causado (y sus implicaciones) la base para determinar la indemnización[8].

8 *Cfr.* Amparo Directo en revisión 5826/2015.

2. ¿Cómo se hace efectiva la reparación integral en México? Estudio de caso. Amparo en revisión 1133/2019.

En este caso se explica con un ejemplo que derivó del amparo en revision 1133/2019.[9] Los hechos consistieron en que una persona y su hijo menor, promovieron juicio de amparo contra la resolución que determinó las medidas de reparación integral del daño otorgadas por la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas.

El criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se basa en que el derecho a una reparación integral es innegociable y no puede ser limitada por una cantidad si no se ha cubierto totalmente. De esta forma si la persona que presenta el amparo indicó una cuenta bancaria esto no significa que dio su consentimiento para que se le depositara cualquier cantidad como forma de compensación a su reparación integral, en este caso el reclamante, alegó violaciones a varios artículos de la Constitucion mexicana,[10] la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos[11].

Cuando se viole un derecho o libertad protegido en la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados, además si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

En este caso la Corte consideró que la Resolución de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas debió: a) inscribir y dar acceso a toda víctima que solicitaba la reparación integral; y b) llevar todo un procedimiento en el que se consideraran los elementos probatorios y los argumentos para determinar entonces si procedía o no la reparación integral.

La Ley General de Víctimas define que la Comisión Ejecutiva debe integrar un un expediente donde se especifiquen los daños sufridos con el fin de fijar la compensación por concepto de daño moral de forma que se pueda fijar una indemnización adecuada de acuerdo a una reparación integral.[12]

9 Cfr. Amparo en revisión 1133/2019 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante resolución de fecha 1 de julio de 2020.

10 Se refieren a los artículos 1, 3, 4, 8, 14, 16 y 17 de la Constitución mexicana en cuanto al reiterado principio presente desde el artículo 1° que toda autoridad en el ámbito de su competencia tiene la obligación de proteger y garantizar los derechos humanos. El Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos. De igual forrma los arttículos 14 y 17 de la Constitución garantizan el acceso efectivo a la justicia.

11 Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, con las declaraciones interpretativas al párrafo 1 del artículo 4 y al artículo 12 y la reserva al artículo 23 párrafo 2, que formuló México al proceder a su adhesión el 9 de enero de 1981.

12 *Cfr.* Artículo 145 de la Ley General de Víctimas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013, última reforma publicada el 28 de abril de 2022.

En este orden de ideas, la Comisión Ejecutiva al fijar el daño moral debió considerar el derecho lesionado, el nivel de gravedad del daño moral así como establecer la distinción entre víctimas directas e indirectas, para fijar las cantidades consideradas dentro de la integralidad compensatoria, pero no lo hizo, provocando una incertidumbre jurídica que implica saber lo que la autoridad responsable reparó.

En los criterios del caso, la Comisión Ejecutiva pretendió cuantificar con base al caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Instituto de Reeducación del Menor VS Paraguay[13].

En este caso, lo atinente era la aplicabilidad de la resolución que valora el daño moral a partir del amparo directo 50/2015 relacionado con el amparo directo 51/2015[14], en el que se determinó el pago por indemnización ante el fallecimiento de una niña que se contaminó de varicela, que no fue detectada por los médicos, estableciendo que el nexo causal precisamente fueron las violaciones graves a derechos humanos de la menor que provocaron su muerte. Los pagos se realizaron a través de un fideicomiso de fondo de ayudas extraordinarias con motivo de incendio por lo que la Corte consideró que se violó el contenido del artículo 16 constitucional, al estar indebidamente fundada la compensación, siendo omisa porque la reparación integral que incluye el daño moral implica medidas de restitución, rehabilitación, compensacion, satisacción y garantias de no repetición, y estas no se precisaron.

En el caso del daño moral analizado en el amparo 1133/2019, se comprobó que la Resolución de la Comisión Ejecutiva fue omisa en cuantificar la medida de compensación por lo que hace a la "pérdida de oportunidades", y pago de tratamientos médicos o terapéuticos.

Por lo tanto, la Comisión Ejecutiva debía determinar claramente cuál fue la finalidad de cada una de las medidas otorgadas, y con ello estar en posibilidad de emitir un plan de reparación integral en el que no se lleve a cabo la duplicidad de la reparación.

III. LOS DAÑOS PUNITIVOS.

Los daños punitivos, como afirma Ricardo De Ángel Yágüez[15] no pueden explicarse con un concepto único, inflexible o invariable. En el derecho procesal

13 El caso se refería a la responsabilidad internacional del Estado por la muerte y lesiones de niños internos en el Instituto de Reeducación del Menor "Coronel Panchito López", por las deficientes condiciones del centro. *Cfr.* Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs Paraguay*, sentencia de 2 de septiembre de 2004.

14 *Cfr.* Amparo directo 50/2015, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 3 de mayo de 2017.

15 De Ángel Yagüez, R.: *Daños punitivos*, Editorial Thomson Reuters- Civitas, Navarra, España, 2012, pp. 35-40.

norteamericano se ha establecido que, únicamente podían aplicarse los *exemplary damag*es en tres casos:

a) En los supuestos que una ley expresamente lo autorice;

b) En caso de actos opresivos, arbitrarios e inconstitucionales del gobierno o de sus agentes y

c) En caso de que el demandado haya calculado su conducta para sacar un beneficio propio[16].

El profesor Diez Picazo explicó tres supuestos en los que se admitían los daños punitivos y son los siguientes: a) cuando según el cálculo del autor del ilícito el resarcimiento de los daños del perjudicado sea inferior a las ganancias que obtenía por él; b) cuando la conducta dañosa, sobre la base de un cálculo de probabilidades, presenta poco riesgo de ser sancionada, lo cual puede ocurrir, por ejemplo, porque el coste del proceso es mucho mayor que el daño particular o porque el autor del ilícito posee una evidente posición dominante que se traduce en su falta de miedo al procedimiento judicial, y c) cuando el sujeto actúa con el fin primordial de causar un daño a otro.[17]

Los daños punitivos en el derecho comparado se han identificado como aquellas sumas de dinero fijadas en un juicio por responsabilidad civil y que se establecen al margen de las estrictamente compensatorias, las cantidades son fijadas como especie de castigo por conductas especialmente reprochables siendo dichas cantidades, tipos de penas que se suponen disuadan al infractor para un caso futuro.[18]

En el derecho comparado anglosajón los elementos que se tienen en cuenta para determinar una razonable proporcionalidad entre las metas de prevención y castigo han sido considerados de la siguiente forma:

1) Si existe una relación razonable entre el pago de daños punitivos y el daño que pueda derivarse de la conducta del demandado, considerando que el daño se ha producido en realidad.

2) El grado de reprochabilidad de la conducta del demandado, considerando su duración y la existencia de conductas similares.

16 Rookes V. Barnard AC 1129, 1964, http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html

17 Diez Picazo, L.: *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 44.

18 Pérez Fuentes, G. M.: "Los daños punitivos: análisis crítico desde el derecho comparado", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, núm. 154, enero – abril 2019, pp. 221-253.

3) La rentabilidad que la conducta ilícita produce al demandado.

4) La situación financiera de la parte demandada.

5) Las costas del proceso.

En un principio se identifican como sanciones económicas que se le paga al damnificado en un proceso civil, además de la indemnización compensatoria, con una doble función: castigar al causante del daño por conductas altamente reprobables y también tratar de evitar la existencia de estas conductas con la alta sanción económica de forma que ésta cumpla una función disuasoria. Una figura que no compensa un daño, lo ataca, y por ello, es un híbrido entre el primer elemento de la responsabilidad civil, el daño y la solución para compensarlo, mediante una sanción propia del derecho administrativo o penal, por cierto principio de última ratio. En resumen las dos funciones que cumplen los daños punitivos en la terminología americana son: punishmment and deterrence.

Para explicar la naturaleza de los daños punitivos en Estados Unidos algunos autores[19] prefieren referirse a daños extracompensatorios, en vez de daños punitivos. En la primera categoría, esto es daños extracompensatorios se incorporan las siguientes modalidades: *retributive damage, los deterrence damag*es y los *aggravated damag*es. En cada una de estas modalidades se han fijado además sus propias características y se han desarrollado instrucciones para calcular los daños extra-compensatorios, esto es muy importante porque no se dejan al arbitrio del jurado quien lo fija en Estados Unidos.[20]

Para imponer daños punitivos, es destacable la calidad de la conducta reprochable, esto es, no toda conducta. Procede otorgar daños punitivos al demandante cuando la conducta del demandado es indignante por su maliciosa intención o por una temeraria indiferencia hacia los derechos de otros pero además debe valorarse: la conducta del demandado que cree en el posible resultado dañoso y quiere que se produzca; así como que el demandado conoce el riesgo con altas probabilidades de daño y aún así realiza la actividad.

1. La función preventiva del derecho de daños en el sistema anglosajón.

La consideración de función preventiva de la responsabilidad civil está en función de evitar los costes de los accidentes incentivando comportamientos efectivamente precavidos. Frente a los argumentos de la función preventiva de la responsabilidad civil, aparecen varios argumentos entre los que aparecen, la crítica

19 *Cfr.* Markel, D.: "*How should Punitive Damages work?,* en *University of Pensilvania Law Review*, mayo 2009, 157, pp. 1383 – 1484.

20 Sebok, A. J.: "Punitive Damages: from Myth to Theory" *Iowa Law Review*, 2007, 92, pp 957-1036

sobre la circunstancia del cálculo y cuantía de la indemnización de la responsabilidad civil, según sostienen doctrinarios sólidos en la materia[21]; la existencia de la responsabilidad objetiva, donde no sólo se repara o indemniza, sino que cada vez más adquiere cierto carácter retributivo, disuasorio, de prevención de conductas antisociales y dañosas. Como también sostiene Lorenzetti[22]: Las indemnizaciones no hacen justicia por sí solas, y pueden contribuir a aumentar los daños. La existencia de seguro, el efecto cascada en los mecanismos de precios, hacen que (el coste de) las indemnizaciones se traslade, y si se mantienen en un límite razonable, son un buen negocio. De este modo el sistema de responsabilidad civil se transforma en un incentivo para mantener el daño en niveles de rentabilidad.

En lo que se coincide con Salvador y Castiñeira es que prevenir y castigar no son expresiones sinónimas pues si bien castigar implica prevenir, lo recíproco no es cierto, ya que no todas las normas y disposiciones jurídicas que tratan de prevenir, mandan a castigar a quien las incumple.[23]

Se han realizado estudios en el sistema norteamericano, que sostienen la poca eficacia de los daños punitivos para disuadir conductas reprochables o indeseables de las empresas. El estudio más importante refleja que la aplicación de daños punitivos provoca un efecto contrario en tanto reducen los incentivos económicos de seguridad, socavan la responsabilidad individual y provoca un aumento de los precios.[24] En la actualidad existe en los Estados Unidos una tendencia a la racionalización y a la restricción en los pronunciamientos de daños punitivos.

2. Evolución de los daños punitivos en México.

En México la incorporación de los daños punitivos como parte de la reparación integral del daño se produjo en la Resolución del Caso Mayan Palace a través del análisis de dos amparos directos 30/2013 y 31/2013.

Los hechos ocurridos en septiembre de 2010, provocaron el fallecimiento de un joven que cayó a un lago electrificado de un hotel donde no existían ni médicos ni paramédicos, el personal del hotel alegó afixia por inmersión, sin embargo, el personal especializado de los Servicios Médicos Forenses, determinó que el fallecimiento se produjo por electrocución en ambiente húmedo, razón por la cual los padres establecieron un juicio de daño moral por la muerte de su hijo, que concluyó con una sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del

21 Llamas Pombo, E.: "Contra los daños punitivos" en Prats Albentosa, L. y Tomás Martínez, G. (Coords.), *Culpa y responsabilidad*, Navarra, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 669–686.

22 Lorenzetti, R.: "La tutela civil inhibitoria", *La Ley,* 1995 – C, 1217.

23 Salvador Coderch, P. y Castiñeira Palou, M. T.: *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997, pp. 107, 110 y 113-115.

24 Elliot, E. D.: "Why Punitive Damage Don´t Deter Corporate Misconduct Effectively" *Alabama Law Review*, 40, 1989, pp. 1053 y ss.

Distrito Federal del 2012, a favor de los padres, sin embargo la Sociedadad dueña del Hotel ADMIVC promovió el amparo 31/2013, inconfome con las cantidades asignadas por concepto de daño moral.

La Corte atrajo este asunto y consideró que: a) la responsabilidad rebasaba el ámbito de la responsabilidad contractual, violando el principio pro-persona y b) que existieron conductas ilícitas del hotel, así como omisión de medidas de seguridad y de personal capacitado.

El Ministro Ponente consideró incorporar una figura propia del derecho anglosajón basándose en una justa indemnización por daños punitivos de 30 millones de pesos. Sin embargo, en este caso no se valoraron los dictámenes de peritos ni la afectación de los padres, tanto emocional, física como de dependencia económica.

En este caso se establecieron los daños punitivos con el objeto de prevenir hechos similares, estableciendo incentivos negativos para que se actúe con debida diligencia, señaló un Ministro que emitió voto concurrrente. Pero la posición que compartimos y hemos expresado en otros artículos fue la del voto particular del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo[25] en cuanto a los siguientes acápites:

- Inconformidad absoluta a que se haya introducido el término de daños punitivos ni que se sostenga que los daños punitivos se inscriben dentro del derecho a una justa indemnización.

- Los daños punitivos – punitive damage- se han desarrollado en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América.

- Se han definido como daños ejemplares, cuya esencia es que son sumamente altos y tienen sólo el objeto de sancionar al responsable y no de reparar el daño. Difieren de los daños compensatorios que sí tienen por objeto reparar el daño.

- Si la sentencia pretendía importarlos al orden jurídico mexicano, debió de haberlos desarrollado, haber determinado sus parámetros de aplicación y haberlos distinguido de la justa indemnización.

En el derecho civil mexicano estas conductas tienen cierta analogía en el derecho civil dentro del denominado abuso de derecho,[26] instituto que aparece

25 Voto particular formulado por el Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo en el juicio de amparo directo 30/2013, el 26 de febrero de 2014.

26 Artículo 1912.- Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho. *Cfr.* Código Civil Federal.

excepcionalmente en algunos Códigos, pero la magnitud de lo valorado por el derecho anglosajón queda trasladado en el sistema latino al Derecho penal.

3. Diferencia entre daño moral y daño punitivo.

En el caso de daño moral, se repara efectivamente un daño pero de carácter inmaterial, así que el dinero no puede desempeñar el mismo papel que el resarcimiento por daños materiales donde existe una indemnización. En el daño moral la forma de reparación debe ser diferente[27] pues no se puede lograr un equivalente al daño inmaterial causado en tanto no se puede regresar a la situación anterior antes de la afectación a cualquier derecho de la personalidad. Por otra parte, no se trata de poner un precio alto al dolor, a los sentimientos y a los derechos subjetivos afectados a partir de las primeras consecuencias señaladas. Se reconoce por la doctrina y la jurisprudencia que la reparación moral puede ser:

- Equivalente: Ocurre cuando las cosas no pueden volver al estado en que se encontraban antes del daño pero se tratará de ubicar al agraviado en una situación parecida a la que vivía.

- Satisfactoria. En ningún momento se está comerciando con los bienes inmateriales o derechos de la personalidad, lo contrario sería tipificar la figura del enriquecimiento ilícito.[28]

En el derecho mexicano las legislaciones civiles y la jurisprudencia han establecido la razón del daño moral y su cuantificación ponderativa a partir de criterios previos. En la cuantificación del daño moral deben ponderarse los siguientes factores, los cuales a su vez pueden calificarse de acuerdo a su nivel de intensidad, entre leve, medio o alto[29].

Respecto a la víctima, se deben tomar en cuenta para cuantificar el aspecto cualitativo del daño moral: el tipo de derecho o interés lesionado; y la existencia del daño y su nivel de gravedad. En cambio, para cuantificar el aspecto patrimonial o cuantitativo derivado del daño moral, se deben tomar en cuenta: los gastos devengados derivados del daño moral; y los gastos por devengar.

Por su parte, en cuanto a la responsable, se deben tomar en cuenta: el grado de responsabilidad; y su situación económica. Los elementos de cuantificación antes

27 *Cfr.* Yzquierdo Tolsada, M.: *Responsabilidad Civil Extracontractual. Parte General,* Dykinson, Madrid, 2015, p. 580.

28 Pérez Fuentes, G. M. y Gallegos Pérez N.: "Evolución legislativa y jurisprudencial del daño moral" en Pérez Fuentes, G. M. (coord.) *El Daño moral en Iberoamérica*. IEPSA-UJAT, México, 2006, p. 161; Pérez Fuentes, G. M. y Cantoral Domínguez, K.: *Daño moral y derechos de la personalidad del menor*, Tirant lo Blanch, México, 2015, p. 92.

29 Tesis: 1a. CCLV/2014, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 8, julio de 2014, tomo I, p. 158.

señalados, así como sus calificadores de intensidad, son meramente indicativos. El juzgador, al ponderar cada uno de ellos, puede advertir circunstancias particulares relevantes. Su enunciación simplemente pretende guiar el actuar de los jueces, partiendo de la función y finalidad del derecho a la reparación del daño moral, sin que ello signifique que estos parámetros constituyen una base objetiva o exhaustiva en la determinación del quántum compensatorio. En efecto, lo que se persigue es no desconocer que la naturaleza y fines del daño moral no permiten una cuantificación absolutamente libre, reservada al subjetivismo del juzgador, ni tampoco resulta de una mera enunciación de pautas, realizadas de manera genérica y sin precisar de qué modo su aplicación conduce, en el caso, al resultado al que se arriba.[30]

IV. EVOLUCIÓN Y AJUSTE JURISPRUDENCIAL.

Se ha producido una evolución en la doctrina jurisprudencial del Poder Judicial de la Federación donde se ha reconocido la distinción de la justa indemnización en caso de daño moral en relación a la función de los daños punitivos, reconociendo en estos momentos que efectivamente el daño moral y los daños punitivos son pretensiones distintas, para ello se realiza el estudio de dos sentencias que marcan dicha interpretación judicial.

1. Amparo en revisión 1133/2019.

En la resolución que sirve de estudio de caso en este artículo, aparece la distinción que empieza a realizar la Corte en cuanto al daño moral y daños punitivos. Se argumenta lo siguiente[31]:

a) Los daños punitivos persiguen la punición de determinadas conductas caracterizadas por un elemento axiológico o valorativo agravado, en contra de normas públicas, orden público y buenas costumbres, por cumplir el deber genérico de no causar daño a otra persona[32].

b) La justificación para la aplicación de los daños punitivos es el castigo y la prevención de conductas reprochables mientras que la reparación lo que evita es el enriquecimiento de las víctimas y sus sucesores.

30 *Idem.*

31 *Cfr.* Amparo en revisión 1133/2019.

32 García Matamoros, L. V. y Arévalo-Ramírez, W.: "Desarrollos recientes sobre daños punitivos en el derecho continental, en el Common Law, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el derecho internacional" *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 37, julio – diciembre 2019, pp. 183 – 217.

c) Los daños punitivos sirven como herrramientas ejemplares a la sociedad para evitar conductas idénticas o similares. La reparación integral del daño debe desestimar aquellas pretensiones de indemnizaciones que puedan resultar ejemplarizantes o disuasivas.

d) Los daños punitivos – reitera la sentencia – provienen del derecho anglosajón, que se erige como una sanción que sea ejemplo de punición como criterio de indemnización para una víctima que ha sufrido un daño causado por otra persona.

Para el distinguido jurista que fue Cançado Trindade[33], debía optarse por reparaciones con carácter sancionatorio en graves violaciones de derechos humanos, al expresar:

"…En mi entender, la realización de los propósitos ejemplarizantes o disuasivos puede —y debe— ser buscada mediante no solo las indemnizaciones, sino también otras formas (no pecuniarias) de reparación.

Independientemente de los elementos de naturaleza civil o penal de la responsabilidad […] considero innegable que la reparación pueda revestirse de un carácter sancionatorio o represivo, para asegurar la realización de la justicia y poner fin a la impunidad. Hay, además, que tener presente que, mientras la reparación (material y moral) beneficia directamente a la parte lesionada, la punición (o acción represiva contra el Estado infractor), a su vez, beneficia a la propia comunidad humana como un todo…".

2. Amparo directo 153/2020 en relación con los amparos directos 154/2020 y 155/2020.

Una persona que caminaba por la acera fue atropellada por un coche que le provocó diversas lesiones. La persona que conducía a partir de este accidente de tránsito fue detenida de inmediato, sin embargo no tenía licencia de conducir y la aseguradora alegó que se actualizaba una excluyente en el contrato de seguro. La persona lesionada demandó responsabilidad civil objetiva con motivo de las lesiones ocasionadas en virtud del accidente; en la primera instancia el juez condenó de forma solidaria a la aseguradora y a la conductora a pagar un millón de pesos por reparación de daño material y un millón de pesos por reparación de daño moral. En la segunda instancia, se modificó la sentencia y se condenó a la aseguradora a pagar la cantidad de dos millones de pesos por concepto de reparación de daño moral[34].

33 Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade: Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala,* Sentencia de 25 de noviembre de 2003.

34 *Cfr.* Amparo Directo 153/2020 relacionado con los amparos directos 154/2020 y 155/2020, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, resolución de fecha tres de septiembre de 2020.

Por otra parte, debe precisarse que fue a través de una interpretación del Código Civil de la Ciudad de México, que los daños punitivos se incorporaron de forma jurisprudencial en los términos siguientes:

"El carácter punitivo de la reparación del daño se deriva de una interpretación literal y teleológica del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal. Dicho artículo dispone que en la determinación de la indemnización, se valoren, entre otras circunstancias, los derechos lesionados, el grado de responsabilidad y la situación económica de la responsable. De esta forma, el juez no debe solamente considerar en su condena aquellos aspectos necesarios para borrar, en la medida de lo posible, el daño sufrido por la víctima, sino que existen agravantes que deeberán ponderarse en el quantun de la indemnización. Como se puede observar, este concepto no busca únicamente reparar el daño en los afectos de la víctima, sino que permite valorar el grado de responsabilidad de quien causó el daño. Tal conclusión también se deriva de los antecedenties legislativos que dieron lugar a la reforma publicada en Diario Oficial de la Fedeeración el 31 de diciembre de 1982"[35].

Aún y cuando los daños punitivos no se encuentran regulados de forma expresa, tenemos que de la tesis derivada de la Resolución de los Tribunales Colegiados en el amparo 155/2020[36], se explica que los daños punitivos o ejemplificativos son una institución del derecho anglosajón, que se edifica sobre la base de la teoría de la strict liability, absolute liability o liability withhout a fault. En la misma no influye la existencia de daño moral para la condena de daños punitivos, pues su etiología revela una finalidad netamente disuasiva, mediante un mensaje claro contundente enviado por los tribunales a todos los actores sociales, consistente en la concesión de grandes sumas de dinero a la víctima simplemente por el empleo o uso de la cosa y el daño derivado de esta acción. Entonces es evidente que la existencia de daño moral no implica la definición del daño punitivo también, pues una no depende de la otra ni son subsidiarias – señala la sentencia en comento.

Se ha valorado por algunas sentencias del Poder Judicial que los daños punitivos son la manifestación de la responsabilidad objetiva en el sistema mexicano, al proceder en caso de daños ocasionados por productos defectuosos o peligrosos vendidos al público, donde es extremadamente difícil demostrar la falta de cuidado o negligencia del fabricante o del vendedor, así como la imposibilidad del consumidor de revisar cada uno de los componentes del producto antes de usarlo para constatar si es defectuoso o peligroso.

35 Tesis: 1a. CCLXXI/2014, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 8, julio de 2014, tomo I, p. 143.

36 Amparo directo 155/2020, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, resolución de fecha tres de septiembre de 2020.

En coincidencia con Lorente los daños punitivos cumplen una triple función: castigar al responsable (función punitiva-represiva); impedir que se lucre con sus actos antijurídicos (función que busca evitar el enriquecimiento *injusto* del infractor); y disuadir al responsable y a otras personas de que realicen las actividades como las que causaron daños al demandante —víctima— (función disuasoria-preventiva)[37].

La función punitiva-represiva implica que no solo buscan compensar el daño sufrido, sino la posibilidad de imponer una suma adicional como castigo por la conducta. Es un reproche de tipo social y económico.

Al contemplar la función disuasoria, se va más allá del esquema de simple reparación, pues eso asegura que las conductas negligentes no signifiquen que el responsable se enriquezca a costa de la víctima, pues regularmente estos daños son emprendidos con el fin de evitar los costos que implican el adecuado seguimiento de la ley.

3. Amparo directo en revisión 358/2022.

Una persona física demandó responsabilidad civil en la que reclamó de un notario público y de una asociación notarial, una indemnización por daño moral, argumentando que fue afectada con motivo de la publicación de un escrito en un boletin del Colegio en la que se afectó su desempeño laboral en la notaría. En la segunda instancia del proceso, luego de la sustanciación de un primer juicio de amparo, se tuvo por acreditada la acción de daño moral.[38]

A partir de los juicios de amparo promovidos, se otorgó la protección constitucional a todos los quejosos para distintos efectos. La sentencia del juicio de amparo directo promovido por el notario fue recurrida en revisión por la parte actora, en la que see modifica entre otros temas, la interpretación del Tribunal Colegiado de Circuito en relación con el concepto de daños punitivos ante la teoría y aplicación de la justa indemnización para negar su procedencia como parte de la reparación del daño moral previsto en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal.

Para el estudio de la cuestión constitucional, tenemos que en estricto sentido sobre los pedimentos del recurrente, la sentencia se centró esencialmente en:

a) La vigencia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares.

37 Lorente Martínez, I.: "Litigación internacional, forum non conveniens y daños punitivos: El caso del accidente aéreo de Spanair" *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, España, núm. 19, 2015, pp. 211-224.

38 Cfr. Amparo directo en revisión 358/2022, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolución de 22 de junio de 2022.

Siendo este principio reconocido en la Constitución y en los criterios jurisprudenciales en cuanto tienen vigencia en las relaciones entre particulares por lo que pueden ser vulnerados, pues los derechos fundamentales tienen la doble cualidad de configurar derechos subjetivos públicos y de constituir elementos objetivos que informan todo el orden jurídico, por lo que se pueden establecer entre el Estado y los gobernados como en las relaciones jurídicas de coordinación que se establecen en el derecho privado donde se impone la ponderación casuística de la titularidad de los derechos en conflicto[39].

b) La aplicación de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la resolución de controversias entre sujetos de derecho privado.

La reforma de 10 de Junio de 2011, de conformidad con el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las autoridades públicas están vinculadas al cumplimiento de las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales en los que México sea parte, en concordancia con los artículos 1° y 133 constitucionales las normas de derechos humanos constituyen el parámetro de control de regularidad del orden jurídico interno. Por lo anterior el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos resulta vinculante para los jueces nacionales porque constituye una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal forma que su fuerza vinculante resulta del propio mandato de interpretación pro persona[40].

c) El contenido del derecho a la reparación integral, y en específico a la justa indemnización.

La obligación del Estado Mexicano de garantizar los derechos humanos exige la asunción de deberes que trascienden a la esfera jurídica de los particulares. Para las autoridades jurisdiccionales, dichas obligaciones entrañan que, en la solución de las controversias litigiosas sometidas a su decisión, ante la acreditación de violaciones a derechos humanos, impongan la reparación integral del daño por quien resulte obligado a ello, esto, se reitera, bajo la premisa de que los derechos humanos tienen una eficacia transversal e inciden en las relaciones jurídicas entre particulares.

39 Tesis: 1a./J. 15/2012, Décima Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* libro xiii, octubre de 2012, tomo 2, p. 798, bajo el rubro: Derechos fundamentales. Su vigencia en las relaciones entre particulares.

40 Tesis de jurisprudencia: P./J. 21/2014, Décima Época, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 5, abril de 2014, tomo I, p. 204, bajo el rubro: Jurisprudencia emitida por la corte interamericana de derechos humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona.

En este contexto, la Corte ha sostenido que la reparación tiene una doble dimensión: por una parte, se entiende como un deber específico del Estado que forma parte de la obligación de garantizar los derechos humanos, y por otra constituye un auténtico derecho fundamental de carácter sustantivo. Así, el incumplimiento a cualesquiera obligaciones necesarias para la adecuada tutela de los derechos humanos (entendida como género), hace surgir para la parte responsable de la violación una nueva obligación, subsidiaria, de reparar las consecuencias de la infracción, en atención a los Tratados Internacionales y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en aplicación del artículo 63.1:

"Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, y si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada."

La reparación integral, cuando comprende indemnizaciones pecuniarias (compensaciones en dinero), no debe producir un enriquecimiento injustificado de la víctima, pero tampoco su empobrecimiento, sino que debe regirse por los principios de equidad y proporcionalidad, pues se trata de establecer *una justa indemnización*. Por otra parte, la Corte Interamericana también ha advertido que, el derecho a la reparación integral de los daños causados por violación de derechos humanos no puede verse limitado por normas del derecho interno del Estado de que se trate.[41]

La Suprema Corte de Justicia de México ha considerado que en el caso de la responsabilidad civil extracontractual, la reparación del daño debe orientarse por la justa indemnización por lo que la reparación debe buscar desaparecer los efectos dañosos de la violación a derechos humanos; de modo que la naturaleza de las medidas a adoptar así como el monto de una indemnización, dependerán de los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, y las medidas solicitadas para repararlos; reiterándose que, las reparaciones no pueden implicar ni el enriquecimiento ni el empobrecimiento para la víctima o sus sucesores.

En cuanto a la indemnización se sostuvo que debe ser apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, atendiendo a: el daño físico o mental; la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; los daños materiales y la pérdida de ingresos,

41 El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone: "El derecho interno de los Estados, las reglas de las organizaciones internacionales y la observancia de los tratados. 1. Un Estado parte de un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado..."

incluido el lucro cesante; los perjuicios morales; y los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

En virtud del derecho a la justa indemnización, la compensación pecuniaria que se otorgue para resarcir los daños causados por la violación de derechos humanos objetivamente debe resultar suficiente para esa finalidad, atendiendo a todas las implicaciones del daño en las circunstancias en cada caso.

d) El daño moral derivado de responsabilidad civil extracontractual y los daños punitivos.

En la responsabilidad contractual, como la extracontractual ya sea objetiva como subjetiva, genera para la víctima el derecho a reclamar la reparación del daño causado, y para el causante o para quien tenga obligación de responder por él, la correlativa obligación de reparar.

El daño moral se refiere al carácter extrapatrimonial de una afectación, y puede estar referido a la lesión de un derecho, un bien o un interés de carácter no pecuniario; por lo que la legislación generalmente lo refiere a afectaciones en los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que tienen los demás sobre la persona (como es el caso del artículo 1916 del Código Civil para la Ciudad de México), es decir, este tipo de daño centra su objeto y contenido en los intereses no patrimoniales o espirituales que pueden verse afectados y que constituyen presupuestos de un derecho subjetivo.

Entre las características del daño moral están:

- Hay tipos de daño moral como género, de acuerdo con el interés afectado; por lo que especies reconocidas son: el daño al honor, los daños estéticos y los daños a los sentimientos.

- El daño moral puede tener consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales, así como consecuencias presentes y futuras, de modo que debe distinguirse el daño en sentido amplio y el daño en sentido estricto, y sus manifestaciones actuales de las que sea previsible que se presenten en el futuro vinculadas o derivadas de las primeras.

- El daño moral es independiente o autónomo del daño material y puede darse tanto por responsabilidad contractual como extracontractual.

- Para ser indemnizable el daño debe ser cierto -cualitativamente constatable, no eventual o hipotético- y personal, es decir referido a la persona.

En la resolución de este asunto se produjo nuevamente un voto aclaratorio del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, del cual compartimos los elementos más destacados, posición que comparten las autoras nuevamente. Estos son los siguientes:

- En relación a los daños punitivos, estos no pueden inscribirse dentro del derecho a una justa indemnización.

- Al resolver el amparo directo en revisión 1068/2011, a partir de los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Primera Sala se pronunció en torno a la justa indemnización y dicho criterio se reflejó en la tesis siguiente:

"El derecho a una reparación integral o justa indemnización es un derecho sustantivo cuya extensión debe tutelarse en favor de los gobernados, y no debe restringirse en forma innecesaria. Atendiendo a los criterios que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la reparación integral permite, en la medida de lo posible, anular todas consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que debió haber existido con toda probabilidad, si el acto no se hubiera cometido, y de no ser esto posible, es procedente el pago de una indemnización justa como medida resarcitoria por los daños ocasionados, lo cual de ninguna manera debe implicar generar una ganancia para la víctima.[42]…El derecho moderno de daños mira a la naturaleza y extensiñon del daño, a las víctimas y no a los victimarios..las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores. No se pretende que la responsabilidad sea excesiva, ya que debee sobordinarse a requisitos cualitativos… sin embargo, limitar la responsabilidad fijando un techo cuantitativo implica marginar las circunstancias concretas del caso, el valor real de la reparación o de la salud deteriorada.. Una indemnización no es justa cuando se limita con topes o tarifas, cuando en lugar de ser el juez quien la cuantifique con base en criterios de razonabilidad, es el legislador quien arbitrariamente, fija montos indemnizatorios, al margen del caso y su realidad"[43].

- Los daños punitivos no son necesarios para explicar la vertiente sancionatoria de la justa indemnización, desde el punto de vista del culpable.

- Si la sentencia pretendía importarlos al orden jurídico mexicano, debió de haberlos desarrollado, haber determinado sus parámetros de aplicación, y haberlos distinguido de la "justa indemnización", puesto que persiguen objetivos

42 A consideración de las autoras está previendo cualquier manifestación de daño punitivo que no sea ejemplarizante para la sociedad o inhiba acciones de abuso de derechos humanos.

43 Tesis: 1a. CXCV/2012, Décima Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro xii, septiembre de 2012, tomo 1, p. 502, bajo el rubro: Derecho fundamental a una reparación integral o justa indemnización. Concepto y alcance.

diversos, por ello, consideró que no se inscriben dentro del derecho a una justa indemnización.[44]

V. CONCLUSIONES.

En relación a la justa indemnización mediante la reparación integral del daño, no coincidimos en cuanto al posible carácter público del mismo, esto es válido por supuesto en la tradicional responsabilidad civil en caso de daño moral, el ejemplo más elocuente en México y que marcó un nuevo paradigma en el ámbito civil, ocurrió cuando se declararon inconstitucionales los artículos 7, fracción VII, 30 fracción I, 31, 39 y 41 de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en México declaró inconstitucional los articulos 39, 40 y 41 en el amparo directo en revisión 3236/2015 porque no puede existir razón justificativa para que el legislador imponga un monto máximo para la indemnización en cuestión, considerando que estas limitantes de las cuantías suponen una vulneración del derecho humano a la reparación integral del daño y que la propia ley dota al juzgador de márgenes de apreciación para que valore casuística y prudentemente las circunstancias bajo la intromisión a la vida privada, y sólo bajo esos parámetros otorgar una indemnización económica que respete el derecho a una justa indemnización.

Los daños punitivos o ejemplificativos de origen anglosajón se incorporaron en el derecho positivo mexicano a través de una controvertida e imprecisa- criterio de las autoras- construcción jurisprudencial de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una interpretación teleológica a pesar que algunos criterios jurisprudenciales señalen la fuente normativa del artículo 1916 a partir del daño moral, no encontramos coincidencia en ambas instituciones.

Por otra parte, consideramos que la justa indemnización implica una protección a la persona en cualquier esfera del derecho y por tanto en la responsabilidad civil y en el derecho privado, pues las dos instituciones básicas del Derecho Civil son: la persona y el patrimonio, por ello la importancia de la constitucionalización del Derecho Civil, a través del principio pro-persona.

Los daños punitivos tal y como se aplican en el derecho anglosajón no tienen a nuestro criterio relación con la responsabilidad objetiva propia del acto que se desarrolla con un instrumento que puede causar un riesgo pero que generalmente aporta un beneficio para la sociedad, tal es el caso de cualquier tipo de transporte,

44 *Cfr.* Voto Aclaratorio que formula el ministro J. M. Pardo Rebolledo en el Amparo Directo en Revisión 358/2022.

en el daño punitivo a nuestro entender sí hay una posible intención de afectar al consumidor y así ha sido reconocido por ello el carácter sancionatorio.

BIBLIOGRAFÍA.

De Ángel Yagüez, R.: *Daños punitivos*, Editorial Thomson Reuters- Civitas, Navarra, España, 2012.

Diez Picazo, L.: *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999.

Elliot, E. D.: "Why Punitive Damage Don´t Deter Corporate Misconduct Effectively" *Alabama Law Review*, 40, 1989.

García Matamoros, L. V. y Arévalo-Ramírez, W.: "Desarrollos recientes sobre daños punitivos en el derecho continental, en el Common Law, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el derecho internacional" *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 37, julio – diciembre 2019.

Llamas Pombo, E.: "Contra los daños punitivos" en Prats Albentosa, L. y Tomás Martínez, G. (Coords.), *Culpa y responsabilidad*, Navarra, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.

Lorente Martínez, I.: "Litigación internacional, forum non conveniens y daños punitivos: El caso del accidente aéreo de Spanair" *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales,* España, núm. 19, 2015.

Lorenzetti, R.: "La tutela civil inhibitoria", *La Ley,* 1995 – C, 1217.

Markel, D.: "*How should Punitive Damages work?,* en *University of Pensilvania Law Review*, mayo 2009, 157.

Pérez Fuentes G. M. y Cantoral Domínguez, K.: *Daño moral y derechos de la personalidad del menor*, Tirant lo Blanch, México, 2015.

Pérez Fuentes, G. M. y Gallegos Pérez N.: "Evolución legislativa y jurisprudencial del daño moral" en Pérez Fuentes, G. M. (coord.) *El Daño moral en Iberoamérica*. IEPSA-UJAT, México, 2006.

Pérez Fuentes, G. M.: "Los daños punitivos: análisis crítico desde el derecho comparado", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, núm. 154, enero – abril 2019.

Salvador Coderch, P. y Castiñeira Palou, M. T.: *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997.

SEBOK, A. J.: "Punitive Damages: from Myth to Theory" *Iowa Law Review*, 2007, 92.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad Civil Extracontractual. Parte General,* Dykinson, Madrid, 2015.

LA CLÁUSULA DEL BUEN SAMARITANO Y EL RÉGIMEN DE PUERTOS SEGUROS: A VUELTAS CON LA LSSI Y LA DSA*

THE GOOD SAMARITAN CLAUSE AND THE SAFE HARBOUR REGIME: A TWIST ON THE ISSL AND THE DSA

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 714-735

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación "Desafíos actuales del Registro de la Propiedad: Blockchain y protección de datos" (PID2020-113995GB-I00), financiado por MICIN/AEI. - *Work carried out in the framework of the research project "Current challenges of the Property Registry: Blockchain and data protection" (PID2020-113995GB-I00), funded by MICIN/AEI.*

Nora
RODRÍGUEZ
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Con la vista puesta en el momento en que sea de aplicación la DSA (el 17 de febrero de 2024, aunque algunas disposiciones —las previsiones destinadas a las plataformas y motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño— se aplicarán desde el 16 de noviembre de 2022, fecha de entrada en vigor) y teniendo en cuenta las previsibles modificaciones que provocará en la normativa nacional española, se vislumbran ya ciertas fricciones en el futuro de la responsabilidad de las plataformas digitales. Se centra este trabajo en el estudio de la cláusula del "buen samaritano" para analizar su compatibilidad en relación con el régimen de puertos seguros, o falta de ella, y su aplicabilidad en la realidad de la economía de las plataformas y la protección del consumidor de servicios digitales.

PALABRAS CLAVE: Prestador de servicios intermediarios; responsabilidad; régimen de puertos seguros; cláusula del buen samaritano; servicios de la sociedad de la información.

ABSTRACT: *With a view to when the DSA will apply (17 February 2024, although some provisions - the provisions aimed at very large online platforms and search engines - will apply from 16 November 2022, the date of entry into force) and taking into account the foreseeable changes it will bring about in Spanish national law, certain frictions in the future of the liability of digital platforms are already looming. This paper focuses on the study of the "good Samaritan" clause to analyse its compatibility with the safe harbour regime, or lack thereof, and its applicability in the reality of the platform economy and consumer protection of digital services.*

KEY WORDS: *Intermediary service providers; liability; safe harbour regime; good Samaritan clause; information society services.*

SUMARIO.- I. DE LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN A LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS DIGITALES. – II. EL RÉGIMEN DE PUERTOS SEGUROS O SAFE HARBORS: LA PIEDRA ANGULAR DE LA RESPONSABILIDAD DE LA LSSI Y SU ACTUALIZACIÓN EN LA DSA. – III. LA CLÁUSULA DEL BUEN SAMARITANO: SU APLICACIÓN A TRAVÉS DE LA MODERACIÓN DE CONTENIDOS. – IV. VARIAS CONCLUSIONES, ALGUNA REFLEXIÓN Y UNA PREGUNTA EXISTENCIAL.

I. DE LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN A LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS DIGITALES.

El nacimiento y la transformación de las plataformas en línea y la disrupción que las mismas han generado en la sociedad y en los actos jurídicos cotidianos es, aún, uno de los debates jurídicos más vivos de los últimos veinte años. La constante evolución de la automatización de procesos electrónicos y la creación de entornos y ecosistemas digitales han venido provocando un interés considerable en torno a la aparición de estas nuevas tecnologías e, irremediablemente, también sobre la responsabilidad en que estas puedan incurrir debido al papel que ocupan a día de hoy en la sociedad y que "afectan a la esfera personal del individuo"[1].

La migración, incluso parcial, al plano digital de las actividades de la sociedad generó la creación de normativa a nivel europeo contemplando, por primera vez, la aparición de estas nuevas formas de contratación, comercialización y conexión; así, nació la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información[2] (Directiva de comercio electrónico, en adelante DCE), transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico[3] (en adelante LSSI), en la que se incidirá en profundidad a lo largo de este estudio. Centra la DCE su actuación en el establecimiento de medidas tendentes a reforzar el mercado único interior europeo, carente de fronteras, que garantice la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información a través de la creación de un cuerpo de principios, obligaciones y regímenes de responsabilidad de los

1 Aranda Serna, F.: *Derecho y Nuevas Tecnologías. La influencia de internet en la regulación de los derechos de la personalidad y los retos digitales del ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 15.

2 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 17 de julio del 2000.

3 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. «BOE» núm. 166, de 12/07/2002.

• Nora Rodríguez García
Profesora Ayudante del Área Derecho civil
Universidad de La Laguna
nrodrigg@ull.edu.es

prestadores de servicios de intermediación y de los proveedores de servicios digitales como principales actores del comercio electrónico.

El término "servicios de la sociedad de la información" apareció por primera vez en la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio de 1998 que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, DOCE L 217/18, de 5.8.1998, definiéndolo en su segundo artículo como: "Todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. A efectos de la presente definición, se entenderá por "a distancia", un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente; "por vía electrónica", un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético; y por "a petición individual de un destinatario de servicios", un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual."

Sin embargo, a pesar de ser la Directiva 98/48/CE la que lo introduce[4], encuentran los servicios de la sociedad de la información su regulación esencial en la DCE.

En un plano menos técnico y más accesible, Peguera Poch "traduce" la definición de servicios de la sociedad de la información, que son los prestados por "aquellos sujetos que llevan a cabo las funciones técnicas que hacen posible la existencia y funcionamiento de la red, así como las conductas activas y pasivas[5] que tienen lugar en ella"[6].

Veinte años después, y tras las manifiestas preocupaciones de la doctrina[7], nace la "Digital Services Act" (en adelante DSA), de reciente publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea[8], sobre comercio electrónico, contratación electrónica y protección de consumidores, que viene a actualizar el marco jurídico de la contratación electrónica complementando a la DCE, de cara a suplir las carencias que, debido a la incesante transformación y actualización tecnológica,

4 Sustituida, a su vez, por la Directiva 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de septiembre de 2015 por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

5 Como se verá más adelante, el hecho de que las conductas sean activas o pasivas jugará un papel importante en la determinación de la (exención de) responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación.

6 Peguera Poch, M.: "La noción de servicios de la sociedad de la información", en AA.VV.: *Las transformaciones del derecho en la sociedad de la información y el conocimiento*, Editorial UOC, 2009, p. 8.

7 Como muestra, véase Arroyo i Amayuelas, E.: "La necesidad de actualizar la directiva de comercio electrónico", *Revista Del Colegio Notarial de Cataluña*, 2020, núm. 2-3, pp.130-132.

8 «DOUE» núm. 277, de 27 de octubre de 2022.

la misma no puede abarcar. La DSA se corresponde con el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales, y constituye una de las dos iniciativas legislativas presentadas por la Comisión Europea a raíz de la estrategia digital de actuación denominada "Shaping Europe's Digital Future"[9] anunciada en febrero de 2020 por Ursula von der Leyen, Presidenta de la Comisión Europea. Este Reglamento, entre una nueva batería de derechos de los consumidores y usuarios y obligaciones de diligencia debida para los intermediarios digitales, incluidas las plataformas en línea y los motores de búsqueda de muy gran tamaño[10], suprime los preceptos relativos a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios de la DCE (y, por tanto, de la LSSI), y lo sustituye por las disposiciones contenidas en los artículos 4, 5, 6 y 8 (del Reglamento). La DSA no modifica la esencia de la DCE en cuanto a responsabilidad, pero sí incluye en dichos artículos algunas consideraciones tendentes a la mejora de la comprensión y el alcance de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, tras los (necesarios) pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia Europea sobre la materia[11].

La DSA no zanja la problemática de la terminología jurídica digital[12] y su influencia en la determinación de los regímenes de exención condicionada de responsabilidad, sino que añade más terminología: prestadores de servicios intermediarios, prestadores de servicios de alojamiento de datos, plataformas en línea[13], plataformas en línea de muy gran tamaño y motores de búsqueda de muy

9 Enlace a la ficha técnica de la estrategia de la Comisión "Shaping Europe's Digital Future" (Configurar el futuro Digital de Europa): https://eufordigital.eu/wp-content/uploads/2020/04/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf

10 Serán considerados como plataformas en línea de muy gran tamaño y motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño aquellos que tengan como destinatarios y usuarios de sus servicios un umbral operativo fijado en cuarenta y cinco millones, es decir, una cifra equivalente al 10% de la población de la Unión. Ello implica que se les aplique normativa más exigente contemplada en la sección quinta del tercer capítulo del Reglamento, relativo a "obligaciones de diligencia debida para crear un entorno en línea transparente y seguro", para la gestión de riesgos sistémicos. Por riesgos sistémicos se entienden los "riesgos asociados a la difusión de contenidos ilícitos", por la "realización de actividades ilícitas", sobre "efectos reales o previsibles del servicio para el ejercicio de los derechos fundamentales", acerca de los "efectos negativos reales o previsibles sobre los procesos democráticos", y con respecto al "efecto negativo real o previsible en la protección de la salud pública, los menores y graves consecuencias negativas para el bienestar físico y mental de una persona, o en la violencia de género" (considerandos del Reglamento número 80, 81, 82 y 83, respectivamente).

11 Se recomienda la lectura de las siguientes sentencias: Sentencia de 2 de diciembre de 2010, Ker-Optika, C-108/09, EU:C:2010:725; Sentencia de 13 de mayo de 2014, Google Spain, S.L. y Google Inc/AEPD, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317; Sentencia de 11 de septiembre de 2014, Papasavvas, C-291/13, EU:C:2014:2209; Sentencia de 15 de septiembre de 2016, McFadden, C-484/14, EU:C:2016:689 y Sentencia de 10 de diciembre de 2019, Airbnb Ireland UC, C-390/18, EU:C:2019:1112; a las que alude la exposición de motivos del Reglamento.

12 Martínez Nadal, A.: "Naturaleza (y responsabilidad) de las plataformas digitales: de la directiva de comercio electrónico a la propuesta de reglamento de servicios digitales.", en AA. VV: *Derecho digital y nuevas tecnologías* (coord. M.J. Blanco Sánchez), Aranzadi, Cizu Menor, 2022, p. 389.

13 Como categoría que merece una definición autónoma, incluida en el art. 3.i) del Reglamento una plataforma es "un prestador de un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde al público información, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio y, por razones objetivas y técnicas, no pueda utilizarse sin ese otro servicio, y la

gran tamaño. ¿Son todos estos servicios de la sociedad de la información operados por prestadores de servicios para el ejercicio de actividades de intermediación, objeto, por tanto, de la LSSI? Sí; sin embargo, dado la política de la UE de "mínimos" en términos legislativos, los Estados miembros amplían su determinación en cuanto a protección y defensa de derechos, en muchos casos, fundamentales. Arroyo i Amayuelas alude, de manera más que pertinente, a la importancia de la terminología y su actualización en Europa como punto de partida para la comprensión y creación de legislación coherente para las cuestiones jurídicas relativas a la digitalización[14].

Se ha de señalar que, a pesar de haber entrado en vigor el Reglamento, no será de aplicación hasta el 17 de febrero de 2024, dando la Comisión un tiempo (más que prudencial) a los prestadores de servicios de intermediación (sobre todo aquellos susceptibles de ser considerados de muy gran tamaño) para que incorporen los mecanismos que, contenidos en las obligaciones de debida diligencia[15], dichos agentes deberán comenzar a aplicar a partir de la fecha mencionada[16].

La actualización de los preceptos relativos al régimen de exención condicionada de responsabilidad en la DSA ha venido acompañada de la inclusión de la cláusula o doctrina del "buen samaritano", siguiendo la denominación acuñada en una ley dictada en los Estados Unidos en la segunda mitad de la década de los años noventa[17], haciendo referencia a las actuaciones voluntarias por parte de los intermediarios digitales para —"motu proprio" y sin previa notificación o aviso de los destinatarios de sus servicios o bien de los alertadores fiables[18] de las plataformas— detectar, eliminar, o impedir el acceso a contenidos que

integración de la característica en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento".

14 Arroyo i Amayuelas, E., Schulze, R.: "Relaciones contractuales en la era digital", *Revista de Educación y Derecho. Education and Law Review*, vol. 24, 2021, p. 9.

15 Aunque se estudian en este artículo algunos de dichos mecanismos, conviene señalar que tales obligaciones de diligencia debida incluyen actuaciones tendentes a una mejora de la defensa de los derechos fundamentales de los consumidores a través de las siguientes medidas: establecimiento de mecanismos de detección de contenido, servicios o bienes ilícitos por parte del propio intermediario, los usuarios o los denominados "trusted flaggers" (alertadores fiables); nuevas obligaciones sobre trazabilidad de los usuarios comerciales para ayudar a la detección de posibles vendedores de productos ilegales; nuevas (y más eficaces) garantías para los usuarios y medidas adicionales de transparencia; obligaciones para las plataformas de muy gran tamaño y los motores de búsqueda de muy gran tamaño para evitar abusos en sus sistemas y análisis de la evolución de los riesgos en línea y una nueva estructura de supervisión de las plataformas muy grandes adecuada a la actual complejidad del ciberespacio.

16 Por lo que los prestadores de servicios de intermediación deberán adaptar su "construcción" y funcionamiento de cara a la correcta aplicación de las disposiciones que la DSA impone. Por supuesto, en esta afirmación cabe estudiar la posibilidad contraria: la adaptación de los organismos e instituciones de la UE para supervisar y asegurar el cumplimiento del Reglamento, para lo que la Comisión deberá adaptar su propia organización.

17 Se trata de la Ley de Decencia de las Comunicaciones de 1996 de Estados Unidos (Communications Decency Act), sobre la que se incidirá en el epígrafe tercero de este artículo.

18 Introducidos en el art. 22 del Reglamento, un alertador fiable será una entidad pública o privada que, manteniendo una relación específica con el prestador de servicios de intermediación, y dado que poseen conocimientos y competencias específicos para hacer frente a contenidos ilícitos, permiten la notificación —de manera prioritaria— de la presencia de contenidos que pueda considerar ilícitos. Sería el caso, por

la plataforma aloje, transmita o almacene, que podrán ser tanto ilícitos como aquellos que, pese a ser lícitos, sean incompatibles con las condiciones de uso de las plataformas. Todo ello, sin que se vea afectada la plataforma, en cuanto al conocimiento efectivo, grado de control y la debida diligencia para retirarlos, con los regímenes de exención condicionada ahora actualizados. No obstante, dicha cláusula parece colisionar con algunos de los principios que constituyen el régimen de puertos seguros establecido en nuestro país a través de la LSSI[19], en la que se contienen los principios rectores de la responsabilidad de las plataformas digitales, en el caso específico de los prestadores de servicios de intermediación (y no en el de los proveedores de los servicios subyacentes[20]), sobre lo que se incidirá en las próximas páginas.

La legislación de la UE se ha ido actualizando con normativa relativa a las plataformas digitales; probablemente por ello en la reciente DSA se amplía el término "servicios de la sociedad de la información" y en su lugar se ocupa de los servicios digitales (acaso como sinónimo), ampliando el marco horizontal de aplicación del Reglamento y, a su vez, complementando las normativas sectoriales de aplicación que regulan aspectos determinados de la prestación de servicios a la sociedad de la información. Sería este el caso de Directivas como la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE o la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), en las que no se detendrá este estudio, habida cuenta de su objetivo: el estudio de las posibles fricciones a nivel español de las disposiciones de futura aplicación de la DSA, sustitución de los "safe habours" y el corpus normativo de la LSSI.

II. EL RÉGIMEN DE PUERTOS SEGUROS O SAFE HARBOURS: LA PIEDRA ANGULAR DE LA RESPONSABILIDAD DE LA LSSI Y SU ACTUALIZACIÓN EN LA DSA.

El ámbito de aplicación de la LSSI está guiado por varios principios que afectan a la determinación de las plataformas en línea como objeto de la regulación de la misma: el principio de control en origen, el principio de no autorización previa

ejemplo, de las "Europol" o las organizaciones que forman parte de la red "INHOPE", según indica el considerando 64 del Reglamento.

19 Aclaración: para el caso que se estudia en este artículo, el establecimiento en la DSA de la cláusula del buen samaritano y los cambios respecto a la (aún aplicable) LSSI, se da por supuesto que las normas de conflicto nos hayan llevado a la designación de la legislación española como ley aplicable, tras el íter pertinente en base a Derecho internacional privado, ya que de lo contrario este análisis no sería posible.

20 Cuya responsabilidad será dirimida por la normativa nacional sectorial aplicable al caso concreto.

y el régimen de puertos seguros. Estos tres vértices conforman las bases de la transposición de la DCE en la LSSI y, sobre ellos, la regulación de los prestadores de servicios de la sociedad de la información en España. De cara a la comprensión del último —puertos seguros o "safe harbours"— es necesario perfilar algunos trazos sobre los principios de control en origen y de no autorización previa. Además, la DSA solo sustituye los preceptos relativos a la responsabilidad, pero no el total de la LSSI, por lo que la regulación de la economía de las plataformas en España deberá producirse de manera coordinada.

El primero de ellos, principio de control en origen, hace referencia a la sujeción de un prestador de servicios de la sociedad de la información a un único ordenamiento jurídico (el de origen y establecimiento) para el inicio de su actividad, por lo que, una vez cumplidos los requisitos en el mismo, para la correcta construcción de su estatus jurídico y prestación de servicios en la UE, no se le podrán requerir requisitos adicionales en el resto de estados. Así, Monteagudo refleja que las ventajas para el prestador de servicios son evidentes: "únicamente debe tener presente un concreto ordenamiento jurídico y, en determinados ámbitos, a unas determinadas autoridades nacionales".[21] Se contempla, pues, la eventual existencia de divergencias legislativas que permiten que en determinados estados existan disposiciones más restrictivas sin que ello penalice la "libertad" de la prestación de los dichos servicios. En segundo lugar, en cuanto al principio de no autorización previa, la LSSI establece que para el ejercicio de actividades de prestación de servicios de la sociedad de la información no se requerirá una licencia o permiso por adelantado. Sin embargo, como señalan García Cachafeiro y García Pérez, "el hecho de que un determinado servicio se preste en Internet no significa que sus prestadores puedan librarse automáticamente de cumplir con las exigencias que le serían aplicables si dicha actividad de servicios se desarrollase ¨off line¨"[22].

Estos principios refuerzan, por consiguiente, la idea de la libre circulación de servicios y mercado único, al tiempo que se protege la horizontalidad de "mínimos" de la DCE a la hora de su transposición.

Ahora bien, de cara a plasmar las nociones básicas de los puertos seguros de la LSSI se debe dejar claro que, reproduciendo prácticamente de manera íntegra el régimen de puertos seguros de la DCE en la DSA, se incidirá sobre los cambios que añade la DSA en los términos de las exenciones condicionadas, ya que dichas

21 Monteagudo Monedero, M.: "El ámbito de aplicación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico: en particular, acerca de la incidencia del principio de control en origen", *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, 2003, núm. 4, p. 50.

22 García Cachafeiro, F.; García Pérez, R.: "No sujeción a autorización previa de la prestación de servicios de la sociedad de la información (comentario al art. 6 de la LSSICE)", *Revista de la contratación electrónica*, 2004, núm. 45, pp. 39-56.

modificaciones son las que resultarán de aplicación pasado el 17 de febrero de 2024, dada la aplicación directa del Reglamento[23].

Parte este examen, resulta muy interesante el análisis de la noción de responsabilidad ofrecido por de Ángel Yagüez, que propone tratarla no como una obligación, sino como la "necesidad" de someterse a las consecuencias de hacer o no hacer algo. Más bien, a las consecuencias de "haberlo o no haberlo hecho" en pasado; dado que considera que la responsabilidad sugiere un juicio "ex post" que habla de "algo que ya ha ocurrido"[24], conviene remarcar que en la responsabilidad influyen tanto las conductas activas o pasivas.

Como es conocido, el régimen de puertos seguros hace referencia al régimen de exención absoluta de responsabilidad de las plataformas digitales siempre que (y de aquí su referencia como "exenciones condicionadas") se cumpla alguna de las siguientes premisas: el desconocimiento por parte de la plataforma de que el contenido que transmiten, alojan o difunden es ilícito o bien lesiona derechos o, en caso de que conozcan este tipo de situaciones, actúen con la diligencia debida en la eliminación del contenido o su acceso al mismo. Peguera Poch lo define como una "cobertura legal"[25] y Castelló Pastor y Fernández García de la Yedra como un "marco"[26]. Podría decirse, pues, que trata la responsabilidad de "conocimiento" y de "diligencia".

Los regímenes de exención condicionada que establece la LSSI hacen referencia única y exclusivamente a los intermediarios digitales. A pesar de la confusión que pudiera generar la redacción del texto, los prestadores del servicio subyacente, es decir, los proveedores digitales, quedarán sujetos a la normativa sectorial aplicable al caso concreto, además de la "responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico", sin perjuicio de lo dispuesto en la misma[27]. Los prestadores de servicios de intermediación serán, por

23 El reglamento como instrumento legislativo para la nueva regulación de los servicios digitales ha tenido una calurosa acogida en la doctrina. Véase: Pérez Galindo, R.: "La nueva regulación europea de intermediarios digitales: Digital services act", *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, 2022, núm. 925, pp. 41-51; Monclús Ruiz, J.; Méndez de Vigo, P.: (2021). "Nueva regulación de los servicios digitales: ¿cómo va a cambiar el entorno online con el futuro Reglamento Europeo "Digital Services Act", *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, 2021, núm. 93), pp. 69-85; Castelló Pastor, J.: "Nuevo régimen de responsabilidad de los servicios digitales que actúan como intermediarios a la luz de la propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales" en *Desafíos jurídicos ante la integración digital aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizu Menor, 2021, p. 8.; Fernández García de la Yedra, A.: "Cambios normativos en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de intermediación" en *Plataformas digitales: aspectos jurídicos* (Dir. Apolonia Martínez Nadal), Aranzadi Thomson Reuters, Cizu Menor, 2021, pp. 31-48.

24 de Ángel Yágüez, R.: "Sobre las palabras «responder», «responsable» y «responsabilidad»", *Estudios De Deusto*, núm. 50 (1), 2015, p. 39

25 Peguera Poch, M.: "La noción", cit. p. 8.

26 Castelló Pastor, J.: "Nuevo régimen de responsabilidad", cit. pp. 31-48.

27 Art. 13.1) LSSI relativo a la responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información.

tanto, y como indica la propia LSSI, aquellos relativos a la "provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador"[28].

Siguiendo la propuesta de "traducción" menos técnica de terminología jurídica digital presente en la normativa, Martínez Nadal los define como "profesionales que ponen en contacto a distintos grupos de usuarios, centralizando y canalizando la convergencia de oferta y demanda"[29], siempre y cuando realicen servicios subsumibles en cualquiera de estas cuatro categorías: servicios de operadores de red y proveedores de acceso; servicios de copia temporal; servicios de alojamiento de datos y prestadores de enlaces o instrumentos de búsqueda. Ningún prestador de servicios de la sociedad de la información que realice las actividades de intermediación de manera "neutra"[30] (elemento esencial de su determinación como intermediario y no proveedor) será responsable sobre la ilicitud del contenido que transmita, permita el acceso, guarda temporalmente, aloja o enlace cuando 1) no haya originado la transmisión, modificado el contenido ni seleccionado a los destinatarios (categoría de acceso a la red); 2) no modifique la información, permita un acceso restringido solo a los usuarios seleccionados que la soliciten, respete las normas del sector y no interfiera en la utilización lícita de la tecnología (categoría de copia temporal), 3) no conozca de la ilicitud del contenido o que el mismo lesiona derechos (categoría de alojamiento de datos) y 4) no tenga conocimiento de que la información que enlaza es ilícita. Todo ello, sumado al hecho de que, en caso que tenga conocimiento (efectivo) de la ilicitud del contenido y los parámetros recién nombrados, además, actúe con diligencia (debida) en la retirada o bien imposibilite el acceso[31]. Pues bien, estos dos "triggers", es decir, desencadenantes, permiten la subsunción de la actividad del prestador de servicios de intermediación dentro del puerto seguro: conocimiento (rol activo en sentido negativo, pues se pierde el puerto seguro si se conoce, si se

28 Exposición de motivos de la LSSI.

29 Martínez Nadal, A.: "Naturaleza (y responsabilidad"), cit., p. 389.

30 Entendida en el considerando 18 del Reglamento como un "tratamiento meramente técnico y automático de la información proporcionada por el destinatario del servicio", por el contrario, se considerará que no realizada una actividad neutra cuando "desempeñe un papel activo de tal índole que le confiera conocimiento de dicha información o control sobre ella". Se hace referencia también a la neutralidad en el considerando 20: "cuando un prestador de servicios intermediarios colabore deliberadamente con un destinatario del servicio a fin de llevar a cabo actividades ilícitas".

31 Para un análisis pormenorizado del régimen de exenciones condicionadas de responsabilidad en la LSSI, véase Rodríguez García, N.: "La responsabilidad de las plataformas de economía colaborativa a la luz de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información", *Anales de la Facultad de Derecho*, 2021, núm. 38, pp. 131-152.

"controla") y diligencia (rol activo en sentido positivo, se tiene el puerto seguro si se actúa, si se "gestiona").

Establecidas las bases sobre el régimen de puertos seguros, se deben hacer tres importantes aclaraciones: 1) en cuanto a la cuarta categoría de prestadores de servicios de intermediación (prestadores de enlaces o instrumentos de búsqueda), como se señala en un trabajo anterior[32], el legislador nacional se desvía de lo dispuesto en la directiva (que no contemplaba régimen de exención condicionada de los mismos a falta de un informe de la Comisión sobre la pertinencia del puerto seguro), y sí que los incluye como categoría adicional, siguiendo las pautas aplicables a los otros tres prestadores de servicios de intermediación; 2) como señala Arroyo i Amayuelas, la pérdida del puerto seguro no implica la correlativa imputación de responsabilidad, ya que la determinación de la misma estará regida por las disposiciones nacionales que resulten de aplicación[33]; y 3) la DSA reproduce de manera íntegra (más las adecuadas aclaraciones tras los pronunciamientos del TJUE) el régimen de puertos seguros para las categorías de acceso a la red, almacenamiento de datos y alojamiento de datos pero elimina el puerto seguro para los prestadores de servicios de intermediación de alojamiento de datos "en virtud del Derecho en materia de protección de los consumidores, de las plataformas en línea que permitan que los consumidores celebren contratos a distancia con comerciantes, cuando dicha plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control"[34]. Se añade, por tanto, una barrera adicional de cara a la efectiva consecución del puerto seguro para las plataformas en línea (subsumidas dentro de los prestadores de servicios de alojamiento de datos) de carácter subjetivo. Como expresa Martínez Nadal, será necesario, de nuevo, una valoración que atienda al caso por caso para poder identificar el grado de control que la plataforma ejerce sobre los servicios subyacentes que "gestiona"[35].

III. LA CLÁUSULA DEL BUEN SAMARITANO: SU APLICACIÓN A TRAVÉS DE LA MODERACIÓN DE CONTENIDOS.

La cláusula (o doctrina) del buen samaritano, como bien resume Colomer Segura, hace referencia a la parábola bíblica en la que un habitante de la región de

32 Rodríguez García, N: "La responsabilidad de las plataformas", cit. pp. 31-48.

33 Arroyo i Amayuelas, E.: "La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿Puertos seguros a prueba de futuro?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, núm. 1, p. 809.

34 Art. 6.3 de la DSA.

35 Martínez Nadal, A.: "Naturaleza (y responsabilidad"), cit., p. 402.

Samaria ayuda de manera desinteresada a un viajero herido por forajidos, como principio por el cual una persona "debe" ayudar a otra que está expuesta a un daño, siempre que no haya peligro de lesión para el primero[36]. Sin embargo, la autora reflexiona sobre una segunda acepción, más extendida, de esta doctrina por medio de la cual haría referencia a un principio legal que "tutela" al que ha ayudado de manera voluntaria a una víctima en peligro a través de "prescripciones civiles que protegen al que decide ayudar, planteando una alternativa a la tendencia que en ocasiones presentan nuestras legislaciones hacia un excesivo punitivismo"[37] y sobre el avance de las telecomunicaciones que resultan en una "necesidad de hablar de deberes positivos generales más allá de las fronteras nacionales"[38].

Entre las muchas acepciones que tiene la "doctrina" o la "cláusula del buen samaritano" en el ámbito jurídico[39], en lo referente a la contratación electrónica y los deberes de diligencia, responsabilidad y garantías jurídicas de las plataformas digitales, la misma "emula" la sección 230 de la Ley de Decencia de las Comunicaciones de 1996 de Estados Unidos (Communications Decency Act[40]). En ella, se exime de responsabilidad a las plataformas en línea en "todas aquellas acciones que de buena fe restrinjan el acceso a disponibilidad de material que el proveedor o usuario considere obsceno, lascivo, sucio, excesivamente violento, acosador o de otro modo objetable, independientemente de que dicho material esté protegido constitucionalmente"[41] o "toda aquella acción que permita poner a disposición de los proveedores de contenidos de información u otros los medios técnicos para restringir el acceso al material descrito"[42]. A pesar de no ser esta ley tan remota en el tiempo, resultan quizá llamativos los términos a los que alude la sección para determinar qué contenidos podrían ser considerados como inadmisibles en el entorno en línea (obsceno, sucio, lascivo); sin embargo, se

36 En este sentido, Lipkin trata la "condición de capacidad" y "la condición de dependencia" bajo las cuales —en términos de doctrina del buen samaritano en relación con el "deber de rescate"—, en primer lugar, una persona debe poder tener la capacidad de eliminar el peligro que sufre una tercera y, en segundo lugar, el establecimiento de una relación por la cual esta primera tiene el "deber" de ayudar a la tercera. Lipkin, R. J.: "Beyond Good Samaritans and Moral Monsters: An Individualistic Justification of the General Legal Duty to Rescue.", *UCLA L. Rev.*, 1983, núm. 31, pp. 265 y ss.

37 Colomer Segura, A.: "Una aproximación a los deberes positivos generales desde la doctrina del buen samaritano. Approaching General Positive Duties from the Good Samaritan Doctrine", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2012, núm. 26, p. 51 y ss.

38 Colomer Segura, A.: "Una aproximación", cit., p. 54.

39 Si le interesara al lector la relación entre el derecho y el cristianismo, como se puede apreciar en la "doctrina del buen samaritano" se recomienda la lectura de Etxeberria, X.: "Derechos humanos y cristianismo: aproximación hermenéutica", *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, 1999, núm. 4, donde el autor estudia la relación, a veces contradictoria, entre el derecho y las raíces religiosas y su relación con los Derechos humanos.

40 Para una información pormenorizada sobre esta ley, véase Barata Mir, J.: "Positive Intent Protections: Incorporating a Good Samaritan principle in the EU Digital Services Act", *Center for Democracy and Technology*, 2020.

41 Traducción propia de la sección 230 (A): "any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected".

42 Traducción propia de la sección 230 (B): "any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described".

centra la atención en la "buena fe" de cara a la eliminación de contenidos acaso improcedentes y la protección de dichas actividades.

En la DSA, esta buena fe se plasma en el art. 7: "Investigaciones voluntarias por iniciativa propia y cumplimiento del Derecho": "No se considerará que los prestadores de servicios intermediarios no reúnen las condiciones para acogerse a las exenciones de responsabilidad a que se refieren los artículos 4, 5 y 6 por la única razón de que realicen, de buena fe y de modo diligente, investigaciones por iniciativa propia de forma voluntaria, o adopten medidas con el fin de detectar, identificar y retirar contenidos ilícitos, o bloquear el acceso a estos, o adoptar las medidas necesarias para cumplir los requisitos del Derecho de la Unión y del Derecho nacional en cumplimiento del Derecho de la Unión, incluidos los requisitos establecidos en el presente Reglamento."

A su vez, se coordina con el siguiente artículo (art. 8), relativo a una inexistencia de obligación general de monitorización o de búsqueda activa de hechos.

En tanto que estas "investigaciones voluntarias por iniciativa propia" permiten la eliminación o bloqueo de contenidos que la plataforma considere ilícitos o improcedentes en su red (recordemos que en el considerando 54 de la DSA lo autoriza), es inevitable plantearse la siguiente pregunta: ¿hasta qué punto el impulso del control de contenidos ilícitos de "buena fe" de las plataformas colisiona con la defensa y protección de derechos fundamentales tan presentes en el entorno en línea como el derecho a la información o el derecho a la libertad de expresión? Ante la posibilidad de ser considerados responsables o de acogerse al puerto seguro, tal vez los prestadores de servicios de intermediación no duden en eliminar contenidos de manera preventiva. Así, Barata Mir define la cláusula del buen samaritano como una opción que permite una cierta inmunidad que, a su vez, fomenta la implementación de políticas privadas de cara a la moderación de contenidos. La eliminación de contenidos ilícitos y salvaguarda del medio digital pivotará, pues, entre la protección contra los discursos de odio, propaganda, referencias a delitos (y similares) "versus" la protección contra la eliminación de opiniones, ideas o ideologías[43].

Si se produce una fusión entre la cláusula del buen samaritano y la moderación de contenidos, con la vista puesta en la no obligación de búsqueda activa de hechos, ¿qué peso tiene la monitorización activa de contenidos en la responsabilidad de las plataformas? Queda claro que la monitorización pasiva sí que permitiría el amparo en el puerto seguro[44], pero quizá no tanto la monitorización "activa".

43 Barata Mir, J.: "Positive Intent Protections", p.3.

44 Pues así lo establece el considerando 18 de la DSA: "Las exenciones de responsabilidad establecidas en el presente Reglamento no deben aplicarse cuando, en lugar de limitarse a la prestación neutra de los servicios mediante un tratamiento meramente técnico y automático de la información proporcionada por

Contra la posible "oscuridad" en la moderación de contenidos, la DSA impone dentro de su capítulo III "obligaciones de diligencia debida para crear un entorno en línea transparente y seguro" obligaciones de cara a proteger los derechos fundamentales de los destinatarios de los servicios, —en las que no se detendrá este examen[45]— como se puede apreciar en su artículo 15 (obligaciones de transparencia informativa de los prestadores de servicios intermediarios, relativo a la moderación de contenidos, común a todos los prestadores de servicios intermediarios), artículo 16 (mecanismos de notificación y acción sobre contenidos ilícitos para los prestadores de servicios de alojamiento de datos) y artículo 17 (declaración de motivos sobre restricciones impuestas para acceder o eliminar a un contenido ilícito o incompatible con las condiciones generales del intermediario). A este tipo de medidas se sumarán, para el caso de las plataformas en línea, mecanismos de impugnación de decisiones tomadas por los prestadores de servicios de intermediación por parte de los usuarios (artículo 20), métodos alternativos de resolución de conflictos (artículo 21), la emisión de informes por parte de las plataformas de cara que desvelen la moderación realizada (artículo 24) e, incluso, mecanismos de suspensión de la actividad de prestadores de servicios que proporcionen con frecuencia contenidos manifiestamente ilícitos o suspensión de la actividad de aquellas personas físicas o entidades que envíen con frecuencia notificaciones o reclamaciones que sean manifiestamente infundadas (artículo 23)[46].

Autores como Rodríguez de las Heras Ballell manifiestan que el uso extensivo e intensivo de algoritmos desafía la interpretación tradicional de la prohibición general de monitorización de los contenidos que establece el art. 15 de la DCE[47], que a partir del 17 de febrero de 2024 será sustituido por la DSA. Pero además, si esta reflexión se pone en sintonía con lo que Garde Roca ha denominado como "solucionalismo tecnológico"[48] haciendo referencia a la tendencia a solventar todo problema con novedades tecnológicas (principalmente haciendo alusión a la inteligencia artificial), descartando quizá opciones alternativas coherentes y más productivas que necesiten de un sustrato humano, se ha de reflexionar sobre cómo

el destinatario del servicio, el prestador de servicios intermediarios desempeñe un papel activo de tal índole que le confiera conocimiento de dicha información o control sobre ella. En consecuencia, no cabe acogerse a dichas exenciones cuando las responsabilidades se deriven de información no proporcionada por el destinatario del servicio, sino por el propio prestador del servicio intermediario, incluido el caso en que la información se haya elaborado bajo la responsabilidad editorial de dicho prestador".

45 Sobre este aspecto, puede consultarse Santisteban Galarza, M.: "Garantías frente a la moderación de contenidos en la Propuesta de Reglamento Único de Servicios Digitales", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2022, núm. 41, pp. 159-179.

46 Sobre este punto, véase, por ejemplo, : Rodríguez De Las Heras Ballell, T., "The background of the Digital Services Act: looking towards a platform economy." *ERA Forum* 22, 2021, pp. 75-86. y Cauffman, C.; Cauffman, C.; Goanta, C.: "A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection", *European Journal of Risk Regulation*, 2021, núm. 12 (4), pp. 758-774,

47 Rodríguez De Las Heras Ballell, T., "The background", p.78.

48 Garde Roca, J. A: "Europa: Oportunidades y retos en inteligencia artificial, mercados y servicios digitales", *Encuentros multidisciplinares*, 2022, núm. 70, p. 5.

se ha de gestionar la (correcta) supervisión de los contenidos ilícitos en línea, en lo referente a la moderación de contenidos y aquellas actividades automatizadas que de "buena fe" las plataformas incorporen para la detección de contenidos ilícitos y nocivos, que principalmente puede darse a través del uso de algoritmos. Un aspecto más en relación con estas consideraciones: ¿puede afirmarse que se están privatizando algunas funciones que son o deberían ser públicas?, como se pregunta Castelló Pastor[49]. Se produce, empero, un cierto consenso en la doctrina sobre la necesidad de ampliar la cobertura de los derechos fundamentales en las esferas privadas de los grandes tecnológicos, como exponen Cauffman y Goanta[50]; bajo la tendencia de que las plataformas "tienen que hacer más"[51] para que el entorno en línea sea más seguro. Arroyo I Amayuelas trata también este debate, en el que la tendencia de la UE a ampliar las obligaciones de control preventivo y, por tanto, proteger los derechos fundamentales, entra en colisión con la posible limitación a la libertad de expresión e información, consecuencia de la diligencia que deben tener las plataformas de cara a no perder su puerto seguro[52].

Como resulta de este análisis, se toman (de nuevo) las palabras de Castelló Pastor cuando alude a lo complicado de mantener en la actualidad la dualidad del rol activo y pasivo del prestador de servicios de intermediación, distinción tal vez demasiado rígida de cara a las novedades que implementa la DSA[53]. En cuanto a la cláusula del buen samaritano, si la misma no afecta a los prestadores de servicios de intermediación de cara a acogerse al puerto seguro, ¿no se podría interpretar que dicho prestador de servicios, lejos de realizar un mero servicio de intermediación, y dado el control que ejerce sobre la plataforma al eliminar los contenidos, no podría acogerse directamente al régimen de exención condicionada? Si tal fuera el caso, no se necesitaría discernir sobre la pertinencia o no de exención de la responsabilidad a través del puerto seguro, sino que se dirimirá el conflicto por la legislación nacional aplicable a la acción concreta, se contenga esta dentro de normativas sectoriales, horizontales o de protección de consumidores.

IV. VARIAS CONCLUSIONES, ALGUNA REFLEXIÓN Y UNA PREGUNTA EXISTENCIAL.

La regulación de la economía de las plataformas es un tema en boga dentro de las políticas a nivel europeo encaminadas a mejorar la protección de derechos fundamentales, proporcionar mayor seguridad jurídica en las transacciones

49 Castelló Pastor, J.: "Nuevo régimen de responsabilidad", cit. p. 45.

50 Cauffman, C.; Goanta, C.: "A New Order", p. 759.

51 Barata Mir, J.: "Libertad de expresión, regulación y moderación privada de contenidos.", *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 2022, núm. 32, pp. 88-107.

52 Arroyo i Amayuelas, E.: "La responsabilidad", p. 836.

53 Castelló Pastor, J.: "Nuevo régimen de responsabilidad", cit. p. 3.

electrónicas, democratizar el entorno digital (de cara a posibilitar que puedan competir las pequeñas y medianas empresas y no solo los grandes tecnológicos), y armonizar los derechos y obligaciones de los agentes que realizan sus actividades económicas dentro este entorno, así como de los usuarios o destinatarios de dichos servicios. A lo largo de los últimos veinte años así se ha puesto de manifiesto a través de la publicación de directrices, comunicaciones, reglamentos y directivas de la Unión Europea, como parte de la estrategia de la misma para convertirse en un referente digital mundial. Esta regulación, hasta ahora, venía determinada por la prestación de servicios en la sociedad de la información, aunque como se ve, se trata de un término en proceso de actualización y superación que no da hoy cobertura terminológica exacta, aunque quizá nunca la pueda dar, a los nuevos contornos de la tecnología y su uso más que extendido por la sociedad.

Dentro de las flamantes actualizaciones legislativas que se han venido dando a lo largo de los últimos cinco años, se ocupa este estudio las novedades implementadas por la DSA, "Digital Services Act" que, en términos generales, ha tenido una buena acogida por parte de la doctrina aunque, de la misma manera, ha suscitado nuevas dudas acerca de algunos de los preceptos que pretendía armonizar horizontalmente. Es, por ejemplo, el caso de la actualización del régimen de puertos seguros, la inclusión de la cláusula del buen samaritano y la moderación de contenidos, del que se ha ocupado este análisis.

La pérdida del puerto seguro en términos de responsabilidad es detonada por el conocimiento efectivo que, hasta ahora, venía confirmado por la notificación por parte de la autoridad competente de la existencia de contenidos ilícitos en la plataforma y, por tanto, de su obligación de retirarlos. Sin embargo, si se elimina la notificación en el caso de existencia de contenido ilícito (independientemente de si se trata de una autoridad, un destinatario del servicio o un alertador fiable), ya que ha sido descubierto por la propia plataforma y no por un tercero, ¿no quedan sujetas a ningún tipo de responsabilidad las plataformas que obvien el "conocer"? De la letra de la DSA no se desprende que las mismas pierdan el puerto seguro, sino que su responsabilidad vendrá determinada por el régimen sancionador que establezcan los Estados miembros a causa del incumplimiento del Reglamento. Sin embargo, a nivel estatal, parte de la discusión se centrará (de nuevo) en el rol activo o pasivo de la plataforma, que en su caso activará las exenciones de los puertos seguros, pero es posible que se den casos en los que la "influencia" de prestador de servicios de intermediación sobre los contenidos que aloja, difunde, transmite o almacena, sea de tal magnitud que el puerto seguro no sea, siquiera, de consideración, es decir, que no quepa la posible apreciación de la exención de responsabilidad. Por otro lado, se contempla la imposición de multas por incumplimiento (que podrán llegar a un 6% del volumen anual de negocio), en los casos en los que los prestadores de servicios de intermediación

proporcionen información incorrecta, incompleta o engañosa, o cuando no la rectifiquen, si bien no se especifica si esta información puede referirse a "obviar" el conocimiento sobre la presencia de un contenido ilícito, improcedente o contrario a las condiciones generales de la plataforma.

De manera reiterada, como se expuso al inicio de este análisis, el TJUE ha tenido que pronunciarse acerca del rol activo o pasivo de las plataformas, lo que ha dado lugar a que la DSA incluyera aclaraciones tendentes a mejorar la comprensión de los regímenes de responsabilidad en la dicotomía prestador de servicios de intermediación y proveedor digital. Sin embargo, de cara a la cláusula del buen samaritano a través de las actividades de monitorización de contenidos, frente a la prohibición de búsqueda activa de hechos, de nuevo se hace relevante distinguir entre los roles de la plataforma. Ello llevará, inevitablemente, a interpretaciones desiguales con respecto a la aplicación de la DSA, que podrá derivar incluso en el planteamiento de cuestiones prejudiciales que zanjen, en la medida de lo posible, la incertidumbre que estas actividades puedan plantear en el desarrollo de sus servicios, con la consabida inseguridad jurídica que puedan desencadenar con respecto a la responsabilidad que pueden generar las acciones u omisiones de los prestadores de servicios.

A pesar de que la DSA incluye mecanismos de notificación, retirada y transparencia en cuanto a los contenidos ilícitos o lesión de derechos fundamentales, no solo por parte de los destinatarios de sus servicios sino también de los alertadores fiables, ¿es esto suficiente para asegurar o pretender "erradicar" la nocividad de los contenidos ilícitos presentes en el entorno digital?, ¿acaso es esto responsabilidad exclusiva de las plataformas? Ciertamente, la DSA recoge las preocupaciones expuestas por innumerables autores (como se desprende de este análisis) a lo largo de las últimas dos décadas; sin embargo, la operatividad y eficacia de sus disposiciones a través de la mejora de los mecanismos, al menos en la Unión Europea, está aún por verse, dado que el Reglamento no es aún aplicable. No solo habrá que esperar hasta febrero de 2024 para que sea de aplicación, sino, al menos, hasta mediados de 2025 para ver la real aplicación de sus disposiciones.

El entorno en línea y su regulación se torna a veces una cuestión farragosa, algunas veces la normativa tiende a ser demasiado restrictiva y otras excesivamente laxa, como se ha podido comprobar. Si atendemos a los principios que conforman el Derecho uniforme del comercio electrónico: equivalencia funcional (lo generado electrónicamente ha de tener el mismo valor jurídico que lo generado por medios tradicionales), neutralidad tecnológica (las normas deben abrazar la tecnología existente y la futura, sin excluir ninguna técnica) y no alteración del Derecho preexistente (no modificación sustancial del derecho de contratos), en términos de la actual existencia y la futura creación de normativa aplicable

al entorno digital, ¿es o será la DSA suficiente o insuficiente? Probablemente se trata de una pregunta que genere respuestas contrapuestas y que merece un análisis más pormenorizado, pero a la que no se puede dar contestación ahora, sin esperar por las consecuencias de la aplicación de la DSA.

BIBLIOGRAFÍA

de Ángel Yágüez, R.: "Sobre Las Palabras «responder», «responsable» Y «responsabilidad»", *Estudios De Deusto*, núm. 50 (1), 2015, pp. 11-44. https://doi.org/10.18543/ed-50(1)-2002pp11-44.

Aranda Serna, F.: "Delimitación jurídica de los servicios de la sociedad de la información.", en *Derecho Y Nuevas Tecnologías. La Influencia De Internet En La Regulación De Los Derechos De La Personalidad Y Los Retos Digitales Del Ordenamiento Jurídico Español*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 157-165.

Arroyo I Amayuelas, E.: "La necesidad de actualizar la directiva de comercio electrónico", *Revista Del Colegio Notarial de Cataluña*, 2020, núm. 2-3, pp. 130-132.

Arroyo i Amayuelas, E.: "La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿Puertos seguros a prueba de futuro?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, núm. 1, p. 808-837.

Arroyo i Amayuelas, E., Schulze, R.: "Relaciones contractuales en la era digital", *Revista de Educación y Derecho. Education and Law Review*, vol. 24, 2021, pp. 1-12.

Barata Mir, J.: "Positive Intent Protections: Incorporating a Good Samaritan principle in the E U Digital Services Act", *Center for Democracy and Technology*, 2020. Recuperado de: https://cdt.org/wp-content/uploads/2020/07/2020-07-29-Positive-Intent-Protections-Good-Samaritan-principle-EU-Digital-Services-Act-FINAL.pdf

Barata Mir, J.: "Libertad de expresión, regulación y moderación privada de contenidos.", *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 2022, núm. 32, pp. 88-107.

Barrio Andrés, M.: "La sentencia del TJUE YouTube y la responsabilidad de los operadores de plataformas digitales", *Diario La Ley*, 2021, núm. 9887, Sección Comentarios de jurisprudencia.

Bea Pérez, E.: "García Inda, Andrés. Como un Buen Samaritano. Los deberes, entre la ética y el derecho. Zaragoza: Sibirana, 2021", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2022, núm. 46, pp. 218-221.

García Cachafeiro, F.; García Pérez, R.: "No sujeción a autorización previa de la prestación de servicios de la sociedad de la información (comentario al art. 6 de la LSSICE)", *Revista de la contratación electrónica*, 2004, núm. 45, pp. 39-56.

Cauffman, C.; Goanta, C.: "A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection", *European Journal of Risk Regulation*, 2021, núm. 12:4, pp. 758-774. doi:10.1017/err.2021.8

Castelló Pastor, J.: "Nuevo régimen de responsabilidad de los servicios digitales que actúan como intermediarios a la luz de la propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales", en *Desafíos jurídicos ante la integración digital aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizu Menor, 2021.

Castelló Pastor, J.: "Nueva redacción de las reglas de internet: la propuesta de reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales (ley de servicios digitales)", en *Desafíos jurídicos ante la integración digital aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizu Menor, 2021.

Colomer Segura, A.: "Una aproximación a los deberes positivos generales desde la doctrina del buen samaritano. Approaching General Positive Duties from the Good Samaritan Doctrine", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2012, núm. 26, pp. 42-56.

Etxeberria, X.: "Derechos humanos y cristianismo: aproximación hermenéutica", *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos,* Universidad de Deusto, 1999, núm. 4.

Fernández García de la Yedra, A.: "Cambios normativos en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de intermediación", en *Plataformas digitales: aspectos jurídicos* (Dir. Apolonia Martínez Nadal), Aranzadi Thomson Reuters, Cizu Menor, 2021, pp. 31-48.

Garde Roca, J. A: "Europa: Oportunidades y retos en inteligencia artificial, mercados y servicios digitales", *Encuentros multidisciplinar*es, 2022, núm. 70.

Lipkin, R. J.: "Beyond Good Samaritans and Moral Monsters: An Individualistic Justification of the General Legal Duty to Rescue", *UCLA L. Rev.*, 1983, núm. 31, pp. 253-293

Landes, W. M.; Posner, R. A.: "Salvors, finders, good samaritans, and other rescuers: An economic study of law and altruism", *The Journal of Legal Studies* , 1978, vol. 7 - núm. 1, pp. 83-128.

Martín Alonso, N.: "Contradicción entre los ordenamientos jurídicos nacional y comunitario. El papel del juez nacional y la cuestión prejudicial", *Noticias Jurídicas: artículos doctrinales,* 2014.

Martínez Nadal, A.: "Naturaleza (y responsabilidad) de las plataformas digitales: de la directiva de comercio electrónico a la propuesta de reglamento de servicios digitales.", en AA. VV: *Derecho digital y nuevas tecnologías* (coord. M.J. Blanco Sánchez), Aranzadi, Cizu Menor, 2022, pp. 387-416.

Monclús Ruiz, J.; Méndez de Vigo, P.: (2021). "Nueva regulación de los servicios digitales: ¿cómo va a cambiar el entorno online con el futuro Reglamento Europeo "Digital Services Act", *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, 2021, núm. 93), pp. 69-85.

Monteagudo Monedero, M.: "El ámbito de aplicación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico: en particular, acerca de la incidencia del principio de control en origen", *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, 2003, núm. 4, pp.45-56.

Ñíguez Olalla, M.: "Innovación disruptiva en la Ley de Servicios Digitales". *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 987.

Peguera Poch, M.:" La noción de servicios de la sociedad de la información", en AA.VV.: *Las transformaciones del derecho en la sociedad de la información y el conocimiento*, Editorial UOC, 2009, pp. 7-11.

Pérez Galindo, R.: "La nueva regulación europea de intermediarios digitales: Digital services act", *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, 2022, núm. 925, pp. 41-51.

Rodríguez De Las Heras Ballell, T.: "The background of the Digital Services Act: looking towards a platform economy.", *ERA Forum* 22, 2021, pp. 75–86

Rodríguez García, N.: "La responsabilidad de las plataformas de economía colaborativa a la luz de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información", *Anales de la Facultad de Derecho*, 2021, núm. 38, pp. 131-152.

Santisteban Galarza, M.: "Garantías frente a la moderación de contenidos en la Propuesta de Reglamento Único de Servicios Digitales", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2022, núm. 41, pp. 159-179.

Tapia Hermida, A. J.: "La Ley Europea de Servicios Digitales. La adaptación de las normas de Derecho mercantil y civil a las entidades comerciales que operan en línea", *La Ley Unión Europea*, núm. 99, 2022.

Sentencia de 2 de diciembre de 2010, Ker-Optika, C-108/09, EU:C:2010:725.

Sentencia de 13 de mayo de 2014, Google Spain, S.L. y Google Inc/AEPD, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

Sentencia de 11 de septiembre de 2014, Papasavvas, C-291/13, EU:C:2014:2209.

Sentencia de 15 de septiembre de 2016, McFadden, C-484/14, EU:C:2016:689.

Sentencia de 10 de diciembre de 2019, Airbnb Ireland UC, C-390/18, EU:C:2019:1112.

LA RESPONSABILITÁ PATRIMONIALE DEL DEBITORE TRA GESTIONE DELL'IMPRESA E STATO DI CRISI

THE DEBTOR'S ASSET LIABILITYBETWEEN BUSINESS MANAGEMENT AND STATE OF CRISIS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 736-761

Maria Cristina
CERVALE

ARTICOLO CONSEGNATO: 13 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni, presenti e futuri. Il suddetto principio generale, che regola la responsabilità patrimoniale del debitore, negli ultimi tempi è stato messo in crisi da una legislazione speciale che tende al superamento dello stato di indebitamento del debitore attraverso soluzioni, giudiziali o stragiudiziali, nelle quali è anche ammesso un soddisfacimento parziale dei creditori. In tale contesto, è previsto tuttavia un ulteriore principio che impone in particolare all'imprenditore il dovere di predisporre un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato all'attività di impresa posta in essere, con particolare attenzione alla rilevazione tempestiva dello stato di crisi e all'adozione immediata di uno degli strumenti disciplinati dal legislatore per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale. Diviene rilevante, quindi, declinare entrambi i profili di responsabilità nell'intento di individuare un modello comportamentale del debitore, e quindi anche dell'imprenditore-debitore, che contemperi le ragioni economiche con le esigenze di tutela dei creditori.

PAROLE CHIAVE: Responsabilità patrimoniale; debitore; imprenditore; gestione impresa; crisi; insolvenza.

ABSTRACT: *The debtor is liable for the performance of obligations with all his assets, present and future. This general principle governing the debtor's asset liability has recently been undermined by special legislation that tends to overcome the debtor's state of indebtedness through judicial or extrajudicial solutions, in which partial satisfaction of creditors is also allowed. In this context, however, a further principle is envisaged that imposes on the entrepreneur the duty to prepare an organisational, administrative and accounting structure appropriate to the business activity put in place, with particular attention to the timely detection of the state of crisis and the immediate adoption of one of the instruments disciplined by the legislator for overcoming the crisis and restoring business continuity. It becomes relevant, therefore, to decline both responsibility profiles with a view to identifying a behavioural model of the debtor, and therefore also of the entrepreneur-debtor, that reconciles economic reasons with the need to protect creditors.*

KEY WORDS: *Asset liability; debtor; entrepreneur; business management; crisis; insolvency.*

SOMMARIO.- I. LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DEL DEBITORE TRA STORIA E ATTUALITÀ. – II. IL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA. – III. L'ATTUALE FORMULAZIONE DELL'ART. 2086 C.C. NELLA PROSPETTIVA DELLA RILEVANZA DEGLI ASSETTI GESTIONALI DELL'IMPRESA ANCHE IN FUNZIONE DELLO STATO DI CRISI E DEL RECUPERO DELLA CONTINUITÀ AZIENDALE. – IV. ALLA RICERCA DI UNA IDEA UNITARIA DI GESTIONE DELL'IMPRESA. – V. ALLA RICERCA DELL'IMPRENDITORE DEBITORE. – VI. ALLA RICERCA DI SOLUZIONI STRAGIUDIZIALI ALTERNATIVE: LA COMPOSIZIONE NEGOZIATA COME RIMEDIO TEMPESTIVO PER FAR FRONTE ALLA CRISI DI IMPRESA. – VII. OBBLIGHI DELL'IMPRENDITORE E ULTERIORI PROFILI DI RESPONSABILITÀ. – VIII. LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DEL DEBITORE: UN ISTITUTO IN TRASFORMAZIONE.

I. LA RESPONSABILITA' PATRIMONIALE DEL DEBITORE TRA STORIA E ATTUALITA'.

Nel 1942 viene approvato sia il nuovo codice civile italiano, che al proprio interno unifica il diritto civile e il diritto commerciale, sia la legge fallimentare, ossia il r.d. 16 marzo 1942, n. 267. L'ispirazione è comune ed è centrata sul principio espresso dall'art. 2740 c.c. relativo alla responsabilità patrimoniale, declinata nella sua forma più severa, secondo la quale: "Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni, presenti e futuri". L'ispirazione discende dalle motivazioni più radicate del pensiero liberale che, a sua volta, risente di lontani riferimenti all'etica protestante e allo spirito del capitalismo[1].

La descritta corrente di pensiero fonda l'assetto economico su due convinzioni: da un lato, la massima libertà di iniziativa, che trova il suo limite soltanto nella legge; dall'altro, il principio di responsabilità, che lega il soggetto, sia esso imprenditore o meno, alla assoluta necessità di adempiere le proprie obbligazioni. Il suddetto principio è stato oggetto, tuttavia, di un processo di erosione: dapprima, l'esercizio dell'attività economica ha portato ad una separazione dei patrimoni e all'adozione di un regime di limitazione della responsabilità in ragione dell'accentuazione del rischio che caratterizza tale attività[2]. Negli ultimi decenni, poi, il processo di erosione è proseguito utilizzando il criterio dei cosiddetti interessi meritevoli di tutela, ritenuti prevalenti sull'adempimento dell'obbligazione[3]. Ne è esempio

1 L'espressione riprende un noto libro di Max Weber del 1905, appunto, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, edito in Italia dalla Rizzoli nella collana *Classici moderni*, Milano, 1ª ed. 1991, 20ª ed. 2013.

2 Il secondo comma dell'art. 2740 c.c. consente limitazioni della responsabilità soltanto nei casi stabiliti dalla legge. Pertanto, in proposito, occorrerà verificare in che misura le più recenti previsioni normative incidano sull'applicazione del principio generale della responsabilità patrimoniale e gli effetti che tali previsioni possono avere sul comportamento economico dei soggetti coinvolti.

3 Un esempio significativo in tale senso è costituito dalla previsione dell'art. 2645-*ter* c.c. che disciplina la trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone

• Maria Cristina Cervale
Ricercatrice di diritto privato, Università degli Studi de L'Aquila
mariacristina.cervale@univaq.it

paradigmatico il fondo patrimoniale, disciplinato dalla riforma del diritto di famiglia del 1975 (legge 19 maggio 1975, n. 151), allo scopo di garantire una solidità economica al nucleo familiare, solidità ritenuta prevalente rispetto ai debiti dei componenti la famiglia[4]. Ulteriore esempio si può rinvenire nell'applicazione all'interno dell'ordinamento italiano del *trust*, istituto anglosassone a volte utilizzato al fine di sottrarre il debitore all'adempimento forzoso delle proprie obbligazioni[5].

Ancora, il principio di responsabilità patrimoniale del debitore viene ulteriormente eroso da una serie di provvedimenti procedurali che rendono più articolato il processo esecutivo[6] e che lo limitano in occasione di circostanze ritenute anch'esse meritevoli di tutela e soprattutto ispirate ai doveri di solidarietà espressi dalla Costituzione all'art. 2, secondo il quale: "La Repubblica… richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". Ovviamente, l'oggettivo indebolimento del principio di responsabilità patrimoniale ha comportato che l'inadempimento delle proprie obbligazioni venisse percepito come meno riprovevole rispetto al passato; e ciò ha reso anche il rischio di impresa affrontabile, a volte, con minore ponderazione.

La riforma della legge fallimentare, avvenuta con l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d. lgs. 19 gennaio 2019, n. 14), sembra, da un lato, assecondare la tendenza all'indebolimento del principio di responsabilità

con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche. La norma, infatti, dispone un vincolo di destinazione di beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, al fine della realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili ai soggetti ivi indicati quali beneficiari dell'atto di disposizione.

4 Infatti, attraverso la costituzione di un fondo patrimoniale, ciascuno o entrambi i coniugi, o anche un terzo, possono destinare determinati beni, immobili o mobili iscritti in pubblici registri o anche titoli di credito, per far fronte ai bisogni della famiglia (art. 167 ss. c.c.). In particolare, l'art. 169 c.c. impedisce l'alienazione, l'iscrizione di ipoteca, la costituzione di pegno o altro vincolo sui beni costituenti il fondo patrimoniale, se non espressamente consentito nell'atto di costituzione. Per una visione generale sull'istituto del fondo patrimoniale: Bellomia, V.: "La tutela dei bisogni della famiglia, tra fondo patrimoniale e atti di destinazione", *Dir. fam. e pers.*, 2013, p. 698 ss. Di recente, Lenzi, R.: "Fondo patrimoniale", *Enc. dir.*, *Famiglia, I tematici*, IV, Milano, 2022, p. 567 ss., con numerosi riferimenti bibliografici.

5 L'istituto giuridico del *trust* consente ad un soggetto, il *settlor*, attraverso il compimento di un atto *inter vivos* o *mortis causa*, di separare il proprio patrimonio, destinando beni al perseguimento di precisi interessi, a favore di specifici beneficiari o per il raggiungimento di uno scopo determinato. Ne consegue il trasferimento della titolarità e della gestione dei suddetti beni ad un altro soggetto, denominato *trustee*. Sul *trust* in generale: Lupoi, M.: *Atti istitutivi di trust*, Milano, 2017; Lupoi, M.: *Trusts*, Milano, 2ª ed., 2001. Inoltre, Spolaore, P.: *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d'impresa*, Milano, 2018; Donzelli, R.: "*Trust* e procedure concorsuali", *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 895 ss.; Spolaore, P.: "*Trust* con funzione liquidatoria e valutazione di meritevolezza", *Banca borsa tit. cred.*, 2013, p. 170; Fimmanò, F.: "*Trust* e diritto delle imprese in crisi", *Riv. not.,* 2011, p. 511 ss.; Cicero, C.: "Riflessioni su *trust* e categorie civilistiche, *Giur. comm.*, 2010, p. 899 ss.; Bianca, M.: "*Trustee* e figure affini nel diritto italiano", *Riv. not.*, 2009, p. 557 ss. E ancora: Marinelli, F.: *Cultura giuridica e identità europea*, Torino, 2020, p. 173 ss.; Martino, M.: "Destinazione dei beni e *trust* nell'interesse della famiglia", *Enc. dir.*, *Famiglia, I tematici*, IV, Milano, 2022, p. 233 ss.

6 Si pensi all'art. 480, secondo comma, c.p.c. a tenore del quale l'atto di precetto notificato al debitore deve contenere l'avvertimento che il debitore stesso, con l'ausilio di un organismo di composizione della crisi o di un professionista nominato dal giudice, può porre rimedio alla situazione di sovraindebitamento concludendo con i creditori un accordo di composizione della crisi o proponendo agli stessi un piano del consumatore. La citata disposizione è stata modificata in tal senso dall'art. 13, primo comma, lett. *a*), d.l. 27 giugno 2015, n. 83 (Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria), convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2015, n. 132.

patrimoniale attraverso alcune scelte normative di fondo[7], ma dall'altro - contestualmente - sembra tendere alla configurazione di un imprenditore professionale che nell'inizio e nello svolgimento dell'attività di impresa sia vincolato ai modelli comportamentali di diligenza, prudenza e ragionevolezza, secondo principi oggettivi non più rimessi alla individuale ed egoistica valutazione del singolo operatore. Si crea in tal modo, come si vedrà nel prosieguo del discorso, una ulteriore responsabilità in capo al soggetto imprenditore o professionista comportante la valutazione rigorosa dei presupposti economici e finanziari che consentono l'inizio dell'attività e la sua continuazione nel tempo.

Corollario della descritta impostazione, e contemporaneamente suo fondamento ideologico, è il rilievo che l'ordinamento sembra voler attribuire al valore dell'impresa, anche qui con una decisa inversione rispetto al passato. Se, infatti, già dalla tradizione medievale[8] e dalla *lex mercatoria*[9], il commerciante poco avveduto e perciò in stato di decozione veniva estromesso dal circuito economico e dal mercato (e in tale ottica, si muoveva sostanzialmente la legge fallimentare del 1942, nel suo testo originario), oggi l'attribuita considerazione del valore dell'impresa tende non già ad escludere l'imprenditore in stato di decozione ma a creare le condizioni perché lo stesso si redima finanziariamente e possa continuare la propria attività.

II. IL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA.

L'entrata in vigore, avvenuta di recente, del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza porta a compimento un intervento legislativo di riforma della materia che aveva subìto un inevitabile arresto a seguito delle vicende pandemiche in atto negli scorsi anni. Si concretizza, oggi, in Italia un cambiamento la cui portata e i cui effetti andranno analizzati nel futuro ma che, nel presente, vede sostituita la legge fallimentare con un Codice ricco di contenuti e di propositi di novità[10].

7 Si può fare riferimento, ad esempio, alla nuova disciplina dell'azione revocatoria (art. 166, Codice della crisi e, prima ancora, art. 67, legge fallimentare, così come modificato dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169), il cui ambito di applicazione è stato ridefinito e limitato dal legislatore rispetto all'originario testo della legge fallimentare e anche all'istituto della esdebitazione (art. 278 ss., Codice della crisi e, prima ancora, art. 142 ss. legge fallimentare, così come modificata dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5), di più recente introduzione, che consente al debitore di essere ammesso al beneficio della liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti, al ricorrere di determinate condizioni precisamente elencate dalle norme citate (in particolare art. 280, Codice della crisi), quali ad esempio: non aver distratto l'attivo o esposto passività insussistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento di affari o fatto ricorso abusivo al credito; non aver già beneficiato dell'esdebitazione per due volte.

8 Grossi, P.: *L'ordine giuridico medievale,* Bari-Roma, 1995, p. 195, sulla pluralità delle corporazioni e sul loro potere di disciplinare l'attività dei componenti attraverso regole normative.

9 Galgano, F.: *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, p. 29 ss., la cui prima edizione risale al 1976.

10 Il d.lgs. 19 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza), così come modificato dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83 (Modifiche al codice della crisi di impresa e dell'insolvenza), è entrato in vigore il 15 luglio 2022 in sostituzione del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa). Tra i vari commenti dedicati alla nuova normativa:

Il percorso è maturato nel tempo, un tempo nel quale il legislatore non è rimasto indifferente ma piuttosto è intervenuto con vari provvedimenti normativi volti comunque ad incidere sulle situazioni di crisi e, prima ancora, sulla stessa legge fallimentare (il già citato r.d. 16 marzo 1942, n. 267). Si vuole far riferimento, soprattutto, alla disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti e delle transazioni fiscali[11], alla cosiddetta riforma del diritto fallimentare avvenuta tra l'anno 2006 e l'anno 2007[12], alla regolazione delle crisi da sovraindebitamento, attraverso la previsione di procedure concorsuali destinate a soggetti non fallibili ed articolate nella procedura di liquidazione del patrimonio, nell'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento, nel piano del consumatore[13]. Interventi tutti che, pur se relativi a profili tra loro differenti, evidenziano, da un lato, l'esigenza del legislatore di essere vigile sull'evoluzione di tali tematiche; dall'altro, la presa di coscienza di una sempre più palese emersione di situazioni di crisi, di squilibrio finanziario, di discontinuità aziendali, conseguenti al difficile momento storico, che possono incrinare l'efficacia del principio della responsabilità patrimoniale del debitore di cui al citato art. 2740 c.c. Infatti, l'attuale stagione economico-finanziaria, se facilita con il progresso e la tecnologia a disposizione la conclusione rapida di numerose transazioni commerciali, se consente l'instaurazione di rapporti commerciali in cui i confini territoriali non costituiscono più un limite, al tempo stesso espone anche al più facile rischio di indebitamento, ad uno stato di crisi e di insolvenza di fronte al quale appare opportuno reagire con strumenti più attuali e comunque preventivi, con soluzioni negoziate anche stragiudiziali che possano essere concepite in modo più snello e concentrato nella durata.

Pertanto, il sistema di procedure elaborato dal Codice della crisi per la regolazione della crisi di impresa, dello stato di insolvenza e per la liquidazione giudiziale dell'impresa riprende, elabora e applica allo specifico settore, principi e prospettive che il legislatore aveva già indicato come obiettivi da perseguire. Inoltre, il progetto legislativo che ne consegue raccoglie e dà concretezza ad una serie di percezioni che l'analisi complessiva della materia poneva e additava di occasione in occasione.

Rodorf, R.: "Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza", *Contratti*, 2019, p. 134 ss.; Fauceglia, G.: *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 3ª ed., 2022; Fauceglia, G.: "La legislazione in tempo di pandemia e la metamorfosi del diritto della crisi", *Giur. comm.*, 2021, p. 431 ss.

11 Si veda il d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale), convertito dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 e si veda, altresì, il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 (Disposizioni integrative e correttive al r.d. 16 marzo 1942, n. 267).

12 Cfr., in particolare, il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali) nonchè il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, già in precedenza citato.

13 Legge 27 gennaio 2012, n. 3, (Disposizioni in materia di usura e di estorsione nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento), successivamente modificata dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221 (Recante ulteriori misure urgenti per la crescita). In dottrina, sulla crescente rilevanza del sovraindebitamento nel passaggio dalla società del credito alla società del debito, Contu, E.: "Povertà ed esclusione nella società del debito", *Contr. e impr.*, 2019, p. 1535 ss.

III. L'ATTUALE FORMULAZIONE DELL'ART. 2086 C.C. NELLA PROSPETTIVA DELLA RILEVANZA DEGLI ASSETTI GESTIONALI DELL'IMPRESA ANCHE IN FUNZIONE DELLO STATO DI CRISI E DEL RECUPERO DELLA CONTINUITA' AZIENDALE.

Tra le novità introdotte con il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, non si può non rilevare, preliminarmente e in relazione alle modifiche apportate al codice civile vigente, il nuovo testo dell'art. 2086 c.c. e i suoi richiami, contenuti significativamente in norme successive[14].

L'art. 2086 c.c., nella sua originaria formulazione era rubricato, con una scelta linguistica oggi desueta ma coerente con l'epoca della sua entrata in vigore, "Direzione e gerarchia dell'impresa" e si componeva di un unico comma, secondo il quale: "L'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori".

Il Codice della crisi, sin dal 2019, dispone la immediata entrata in vigore del testo novellato del citato art. 2086 c.c., il quale pertanto, ad oggi, risulta modificato nella rubrica, che recita "Gestione dell'impresa"[15] secondo una scelta anche lessicale più consona all'attuale contesto, conserva il primo comma del testo originario ma al tempo stesso aggiunge un nuovo secondo comma, a tenore del quale: "*L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi di impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*".

In proposito, la citata novella appare particolarmente significativa almeno sotto due punti di vista.

Da un punto di vista testuale, inserita all'interno del codice civile la norma evidenzia la presa di coscienza e l'esigenza di concepire a livello di diritto sostanziale - trattasi testualmente di un "dovere" per l'imprenditore - un assetto globale dell'impresa che contempli il profilo organizzativo, amministrativo e contabile della stessa, secondo un criterio di adeguatezza alla sua natura e alle sue dimensioni,

14 Si veda, in proposito, Macario, F.: "La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto del codice della crisi e dell'insolvenza e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali", *www.dirittodellacrisi.it*., 2022, p. 1 ss. Inoltre, Benazzo, P.: "Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?", *Riv. soc*., 2019, p. 274 ss.; Spolidoro, M.S.: "Note critiche sulla "gestione dell'impresa" nel nuovo art. 2086 (con una postilla sul ruolo dei soci)", *Riv. soc*., 2019, p. 253 ss.

15 Rubrica e testo sostituiti dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza), a decorrere dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del citato decreto, pubblicazione avvenuta il 14 febbraio 2019.

in ragione anche della rilevazione tempestiva della crisi di impresa e della perdita della continuità aziendale. Ciò determinerà più specifiche ipotesi di responsabilità dell'imprenditore che non potrà non tenere conto di tali prescrizioni nello svolgimento della propria attività.

Da un punto di vista con-testuale, valorizzando la collocazione sistematica della norma, occorre rilevare come la stessa sia inserita all'interno delle disposizioni sull'impresa in generale e, quindi, immediatamente dopo gli artt. 2082 e 2083 c.c., relativi rispettivamente all'imprenditore e al piccolo imprenditore. La scelta non appare casuale e può ritenersi dettata dall'intenzione di riconoscere precettivamente un principio generale che deve riguardare qualsiasi tipo di impresa, collettiva o societaria, ma anche individuale, secondo una lettura coordinata con altre disposizioni che, come si vedrà, consente di addivenire a tale conclusione onnicomprensiva.

Gli itinerari possibili, pertanto, sono numerosi in quanto la previsione dell'art. 2086 c.c. innanzi tutto determina importanti effetti sulla gestione delle società e, inoltre, sui profili di responsabilità di coloro che quelle società hanno il potere di amministrare o controllare secondo i criteri ivi indicati.

La prima immediata conferma si ha con la lettura dell'art. 2257 c.c., riguardante la disciplina della società semplice, dove si prevede che: "L'istituzione degli assetti di cui all'art. 2086, secondo comma, c.c. spetta esclusivamente agli amministratori". Il citato disposto, *per relationem*, riguarda anche la società in nome collettivo e la società in accomandita semplice e riferisce il dovere sancito dall'art. 2086 c.c. ai soci che amministrano, rispettando le specificità di ogni singolo tipo di società di persone. Sul punto, l'art. 2293 c.c., per le società in nome collettivo, rinvia per quanto non espressamente disciplinato, alle norme sulla società semplice; mentre, l'art. 2315 c.c., per le società in accomandita semplice, rinvia, per quanto non espressamente regolato, alle norme sulla società in nome collettivo. Ne consegue, quindi, un contesto normativo concatenato, all'interno del quale tutte le società di persone rispondono al criterio enunciato dall'art. 2257, primo comma, c.c.

Il principio viene poi ribadito in relazione alle società di capitali e in particolare riferito alla società per azioni, quando l'art. 2380 *bis* c.c. afferma: "La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori". A seguire, l'art. 2403, primo comma, c.c., riguardante i doveri del collegio sindacale, ne completa l'attività e gli oneri, stabilendo che l'organo di controllo debba vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto, ma anche sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, con particolare riferimento all'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e al suo concreto funzionamento. Infine, gli effetti della nuova formulazione dell'art. 2086 c.c. si esprimono anche con riguardo alle

società a responsabilità limitata, in relazione alle quali l'art. 2475 c.c. ripropone una norma di analogo tenore a quella sugli amministratori delle società per azioni.

Si consideri, inoltre, la responsabilità solidale degli amministratori nei confronti della società per i danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge, tra cui rientra il dovere di cui all'art. 2086, secondo comma, c.c. (art. 2476 c.c.) e si consideri altresì il rinvio che le norme sulla società in accomandita per azioni opera a quelle sulle società per azioni (art. 2454 c.c.), secondo una tecnica legislativa già attuata per le società di persone.

Le descritte concatenazioni tra norme diverse che, comunque, attengono ad un medesimo profilo di responsabilità collegata all'assetto gestionale, portano quindi all'emersione di un modello di impresa nel quale il ruolo dell'imprenditore non si esaurisce in un approccio soltanto gerarchico e direzionale ma deve arricchirsi di una visione totalizzante, di piena consapevolezza dell'andamento dell'attività economica e della continuità aziendale. Il contesto economico è mutato e il contesto giuridico recepisce tali mutamenti in termini di adeguatezza dell'impresa e in termini di rilevazione tempestiva degli stati di crisi e di insolvenza[16].

IV. ALLA RICERCA DI UNA IDEA UNITARIA DI GESTIONE DELL'IMPRESA.

La presente riflessione tende a ricercare una idea unitaria, di fondo, sottesa alla formulazione del Codice della crisi e al suo rapporto con il codice civile. Il primo frammento ricostruttivo in tale direzione consiste proprio nell'individuare in modo specifico gli effetti, testuali e sostanziali, che la previsione dell'art. 2086 c.c. determina all'interno della disciplina delle società ossia dell'impresa collettiva.

Tuttavia l'approccio delineato, ossia la ricerca dell'idea unitaria attorno alla quale rigenerare un nuovo modo di intendere l'attività di impresa, trova conferma nell'art. 3, Codice della crisi, il quale estende i principi previsti dal codice civile per le società, anche all'imprenditore individuale. Costui, infatti, "*deve adottare*

16 La distinzione tra stato di crisi e stato di insolvenza appare rilevante sia in relazione alla responsabilità che ne può conseguire sia in relazione alla scelta delle procedure che presuppongono l'uno o l'altro. In passato, il r.d. 16 marzo 1942, n. 267, riferiva le procedure concorsuali del fallimento e del concordato preventivo al solo imprenditore commerciale medio-grande, pur se a volte risultava nella pratica difficile poter individuare con certezza il piccolo imprenditore e, con successivi interventi normativi, all'art. 1, definiva dei parametri oggettivi da applicare per la quantificazione dello stato di grave indebitamento. Su tale aspetti, il Codice della crisi ha costituito l'*occasio legis* per definire: "crisi: lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi»; "insolvenza: lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fattori esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni»; "sovraindebitamento: lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle sturt-up innovative… e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza» (art. 2, Codice della crisi). In tal modo, si sono stabiliti criteri più certi e chiarificatori, anche ai fini di una maggiore incisività nella scelta delle procedure da attuare.

misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e *assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte*" (primo comma). E inoltre "*deve istituire un assetto organizzativo, amministrativo* e *contabile adeguato ai sensi dell'art. 2086 c.c., ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi* e *dell'assunzione di idonee iniziative*" (secondo comma).

A questo punto, la regola assurge a principio generale nel senso che tutti gli imprenditori, individuali o collettivi o societari, devono attenersi alle regole sopra enunciate in materia di assetto organizzativo, amministrativo e contabile, gestito in modo adeguato alla natura e alla dimensione dell'impresa, in funzione anche della rilevazione tempestiva della crisi di impresa e della perdita della continuità aziendale, con il dovere di attivarsi nella scelta all'adozione e attuazione di uno degli strumenti offerti dal legislatore per il superamento della crisi ed il recupero della citata continuità aziendale.

Si assiste, allora, ad una stagione giuridica nella quale la professionalità dell'imprenditore si arricchisce di nuovi contenuti, la gestione dell'impresa si completa con ulteriori profili caratterizzanti, il rischio si declina con maggior rigore in relazione a sé, ai soci, ai creditori. All'imprenditore viene attribuita una funzione, assolutamente rilevante anche in termini di responsabilità, che si sviluppa in diverse direzioni: egli deve vigilare sull'idoneità dell'assetto organizzativo a far fronte ad eventuali difficoltà determinate da sopravvenute criticità; egli deve gestire tali difficoltà nel modo più efficiente e tempestivo, per i suoi creditori, per sé, per l'economia tutta. Inoltre, l'assetto gestionale istituito dall'imprenditore deve tendere alla conservazione della continuità aziendale, includendo pertanto condotte di monitoraggio costante su tale assetto in modo vigile, abituale e sistematico. E ciò, sia se trattasi di imprenditore individuale, sia se trattasi di imprenditore collettivo: in quest'ultimo caso, verranno ulteriormente in evidenza i doveri e le responsabilità da imputare agli organi sociali, assemblea dei soci, amministratori e sindaci, ciascuno nell'ambito delle proprie prerogative e competenze e nel rispetto della normativa di riferimento.

V. ALLA RICERCA DELL'IMPRENDITORE DEBITORE.

Un ulteriore elemento di approfondimento che le norme in esame suggeriscono - e che contribuiscono ad evidenziare un secondo frammento ricostruttivo della presente riflessione - riguarda proprio il protagonista della scena giuridico-economica: l'imprenditore, in relazione al quale normalmente si sottolinea la natura commerciale o non commerciale. Sul concetto di "statuto speciale dell'imprenditore commerciale" ruota, all'interno del codice civile e della legislazione speciale in materia, un microsistema di norme entro il cui ambito ricondurre la disciplina del registro delle imprese, della rappresentanza commerciale, delle scritture contabili

e anche delle procedure concorsuali. L'imprenditore commerciale, del resto, è colui che svolge un'attività di impresa strettamente connessa all'esperienza industriale, produttiva e di intermediazione nella circolazione di beni e servizi (art. 2195 c.c.)[17].

Tuttavia anche tale visione, così consolidata ma così tradizionale, cede gradualmente spazio ad una percezione del reale diversa, meno rigida, più elastica e adattabile ai rapporti concretamente in essere.

Codice civile e Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, sotto tale aspetto, portano a rilevare un progressivo cambio di prospettiva anche in relazione alla figura di imprenditore debitore ossia del soggetto, individuale o collettivo, responsabile dell'andamento dell'attività di impresa e, sotto altro profilo, ugualmente responsabile per l'adempimento delle obbligazioni assunte nell'esercizio della suddetta attività.

Il cambiamento di prospettiva riguarda il graduale abbandono del reticolo costituito da una visione univoca dell'imprenditore coincidente con l'imprenditore commerciale. In proposito, infatti, il panorama economico globale, la crisi socio-sanitaria legata alla pandemia, gli altri eventi di natura eccezionale, quali i conflitti armati, hanno comunque inciso su un normale assetto gestionale dell'impresa, portando a riflettere sui ruoli di responsabilità anche in relazione alle probabili situazioni di indebitamento, sovraindebitamento, di crisi che non riguardano più soltanto l'imprenditore commerciale ma che, via via, si estendono anche a soggetti economici appartenenti ad altre categoria, a volta anche contrapposte all'imprenditore commerciale: si pensi, ad esempio, alla categoria dei consumatori e, nello specifico, alle già citate norme che disciplinano gli accordi di composizione della crisi, la procedura di liquidazione del patrimonio e il piano del consumatore[18].

Si pensi anche alla progressiva estensione dell'operatività del registro delle imprese (artt. 2188 ss. c.c.), nella sua funzione di pubblicità legale che supera il confine dato dalla figura dell'imprenditore commerciale sino a ricomprendere anche l'imprenditore agricolo (art. 2135 c.c.)[19]. In proposito, l'art. 2, d.lgs. 18 maggio

17 L'art. 2195 c.c. specifica le attività che possono essere esercitate dall'imprenditore commerciale, con particolare riferimento all'attività industriale di produzione di beni e servizi; all'attività di circolazione dei beni; all'attività di trasporto per terra, per acqua, per aria; all'attività bancaria e assicurativa; alle altre attività ausiliarie alle precedenti.

18 Si fa riferimento sempre alla legge 27 gennaio 2012, n. 3, al d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 e alla successiva legge di conversione 17 dicembre 2012, n. 221.

19 Anche se con incasellature differenti coincidenti con le diverse sezioni di cui esso si compone ed anche se con un valore legale differente, all'attuale regime di pubblicità realizzato dal registro delle imprese sono soggetti tutti gli operatori economici, indipendentemente dalla qualifica da essi rivestita (se persone fisiche, persone giuridiche, consorzi, enti), dalla natura dell'attività esercitata (se agricoltura, commercio o altro), dalle dimensioni dell'impresa (se piccola o medio-grande), dalla loro collocazione all'interno del diritto privato o del diritto pubblico (se imprese private o imprese pubbliche. Per un'analisi della normativa, della funzione e degli effetti del registro delle imprese: Pavone La Rosa, A.: "Registro delle imprese", *Enc. dir.*, *Annali*, IV, Milano, 2011, p. 1004 ss.

2001, n. 228 (Orientamento e modernizzazione del settore agricolo), ha stabilito che per gli imprenditori agricoli, anche piccoli, e per le società semplici esercenti attività agricola, l'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese, oltre alle funzioni di certificazione anagrafica, ha anche efficacia di pubblicità legale, volta non soltanto a rendere conoscibili gli atti iscritti, ma anche a renderli opponibili a terzi (ai sensi dell'art. 2193 c.c.)[20].

Si pensi, ancora, alla previsione contenuta nell'art. 1, Codice della crisi, che, in una formulazione di sintesi anche di precedenti disposizioni di legge, riferisce le situazioni di crisi e di insolvenza al debitore, consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo; ricomprendendovi altresì i gruppi di imprese o le società pubbliche, con l'esclusione dello Stato e degli enti pubblici. Una disposizione, quella contenuta nell'art. 1, Codice della crisi, ampia, esaustiva, che accentra in un unico termine, "il debitore", sia il consumatore sia tutte le variabili modalità di svolgimento dell'attività di impresa, che tiene conto dei nuovi *status* possibili (consumatore o professionista)[21], dei profili soggettivi (individuale o collettivo), dei profili oggettivi (attività commerciale, agricola, artigiana), dello scopo perseguito (lucrativo o non lucrativo).

20 In tal modo, si affievolisce la netta distinzione tra imprenditore commerciale e imprenditore agricolo e tra sezione ordinaria e sezioni speciali in cui si articola il registro delle imprese, secondo la previsione della legge 29 dicembre 1993, n. 580. Si ricorda che, ai sensi dell'art. 2135 c.c., è imprenditore agricolo chi esercita una delle seguenti attività, cosiddette essenziali: coltivazione del fondo, selvicoltura e allevamento di animali, connesse alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico, di carattere vegetale o animale, che utilizzino o possano utilizzare il fondo, il bosco, le acque dolci, salmastre, marine (art. 2135, primo e secondo comma, c.c.). Oltre alle attività essenziali, l'imprenditore agricolo può svolgere anche attività connesse alle precedenti, volte ad esempio alla manipolazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione dei prodotti ottenuti prevalentemente dall'esercizio delle attività essenziali, con un ruolo autentico di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione e di ospitalità (art. 2135, terzo comma, c.c.).

21 Il riferimento contenuto nell'art. 1, Codice della crisi, al consumatore e al professionista, richiama terminologia e concetti già espressi nel Codice del consumo, ossia nel d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, all'interno del quale è "consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta»; è invece "professionista: la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario» (art. 3). Tuttavia, sul concetto di consumatore, ai fini dell'applicabilità delle procedure di superamento delle crisi da sovraindebitamento, si è espressa la giurisprudenza di legittimità con il seguente principio di diritto: "Ritiene il Collegio, esprimendo il principio di diritto ai sensi dell'art. 363 c.p.c., comma 3, che, ai sensi della L. 27 gennaio 2012, n. 3, la nozione di consumatore per essa abilitato al piano, come modalità di ristrutturazione del passivo e per le altre prerogative ivi previste, non abbia riguardo in sé e per sé ad una persona priva, dal lato attivo, di relazioni di impresa o professionali, invero compatibili se pregresse ovvero attuali, purchè non abbiano dato vita ad obbligazioni residue, potendo il soggetto anche svolgere l'attività di professionista o imprenditore, invero solo esigendo l'art. 6, secondo comma, lett. *b*), una specifica qualità della sua insolvenza finale, in essa cioè non potendo comparire obbligazioni assunte per gli scopi di cui alle predette attività ovvero comunque esse non dovendo più risultare attuali, essendo consumatore solo il debitore che, persona fisica, risulti aver contratto obbligazioni - non soddisfatte al momento della proposta di piano - per far fronte ad esigenze personali o familiari o della più ampia sfera attinente agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità sociale, dunque anche a favore di terzi, ma senza riflessi diretti in un'attività d'impresa o professionale propria, salvo gli eventuali debiti di cui all'art. 7, comma 1, terzo periodo, (tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea, imposta sul valore aggiunto e ritenute operate e non versate) che sono da pagare in quanto tali, sulla base di effettività solutoria commessa al giudice nella sede di cui alla L. n. 3 del 2012, art. 12 *bis*, comma 3»: cfr. Cass., 1 febbraio 2016, n. 1869, in *www.dejure.it*.

Pertanto, il dovere degli operatori economici a perseguire un assetto gestionale organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alle finalità poste dall'art. 2086 c.c., si articola in modo ampio, collocandosi in una prospettiva che dovrebbe consentire un'applicazione del Codice della crisi più agevole e immediata. A tal fine, va segnalata l'abrogazione dell'art. 2221 c.c.[22], secondo il quale: "Gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori, sono soggetti, in caso di insolvenza, alle procedure del fallimento e del concordato preventivo, salve le disposizioni delle leggi speciali" e dell'art. 1, r.d. 16 marzo 1942, n. 267 che, affermando un analogo principio, riferiva l'applicabilità delle norma sul fallimento e sul concordato preventivo "agli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici".

VI. ALLA RICERCA DI SOLUZIONI STRAGIUDIZIALI ALTERNATIVE: LA COMPOSIZIONE NEGOZIATA COME RIMEDIO TEMPESTIVO PER FAR FRONTE ALLA CRISI DI IMPRESA.

Il proposito di adottare, senza indugio e in modo tempestivo, soluzioni di superamento della crisi di impresa e di recupero della continuità aziendale, ha comportato la previsione, da parte del Codice della crisi, della "composizione negoziata della crisi", una particolare procedura che conferma, anche all'interno della legislazione speciale in materia, la propensione dell'ordinamento giuridico verso rimedi procedurali di degiurisdizionalizzazione, da attuare, precocemente e in alternativa alla liquidazione giudiziale, in via prodromica e con il proposito di evitare una incardinazione giurisdizionale "pura" della situazione di crisi. La previsione della composizione negoziata della crisi conferma, inoltre, la tendenza alla digitalizzazione delle procedure e, più in generale, del processo civile.

Tali scelte possono costituire un terzo frammento ricostruttivo di una idea di sistema all'interno dell'ordinamento vigente e, quindi, un ulteriore cambio di prospettiva verso strumenti di tutela più aderenti alle necessità immediate dell'impresa.

L'intenzione di traslare al di fuori del contesto giudiziario vero e proprio la soluzione, anche anticipata, di future controversie giudiziarie trova attuazione, con riguardo alla crisi di impresa, già con la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Procede in senso più ampio con la disciplina della mediazione ossia con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 che, sul solco di una consolidata tradizione anglo-statunitense relativa alle *Alternative Dispute Resolution* (ADR), innova ad una mentalità processualmente rigida e introduce nel nostro ordinamento, soprattutto in determinate materie, tecniche di soluzione delle controversie meno

22 Abrogazione disposta dall'art. 389, comma primo, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

rituali ma più efficaci[23]. Nel 2012, poi, viene emanata la disciplina delle crisi da sovraindebitamento, che al suo interno include anche la costituzione di "organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento", composti da professionisti chiamati a collaborare con i debitori per il superamento dello stato di difficoltà economico-finanziaria. Nel 2014, soggiunge la disciplina della negoziazione assistita da uno o più avvocati[24], che consente di procedimentalizzare atti volti a comporre una controversia al di fuori e prima del processo civile. Si approda, dunque, all'attuale Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza che, nel più recente testo modificato dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, tra l'altro, disciplina, nel Titolo II, "La composizione negoziata della crisi, la piattaforma unica nazionale, il concordato semplificato e le segnalazioni per la anticipata emersione della crisi".

Il Codice della crisi non distingue più nettamente tra imprenditore commerciale e imprenditore agricolo ma anzi converge verso una soluzione unitaria per entrambi, superando l'ostacolo della natura dell'attività esercitata. Ai sensi dell'art. 12, Codice della crisi, pertanto: "L'imprenditore commerciale e agricolo può chiedere la nomina di un esperto al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa, quando si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa".

La presente non appare la sede opportuna per approfondire le peculiarità tecniche e operative di tale soluzione; tuttavia, occorre segnalare come il citato art. 12 si fondi su alcuni presupposti: la natura soggettiva di imprenditore commerciale o agricolo; la sussistenza di una condizione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rende probabile la crisi o l'insolvenza dell'imprenditore e che si ricollega alla nuova formulazione dell'art. 2086 c.c.; il ragionevole, perseguibile

23 Con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 il legislatore provvede a regolare la procedura di mediazione, aperta a chiunque vi voglia accedere, svolta da un terzo imparziale e finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali vertenti su diritti disponibili. Vi sono ambiti nei quali il ricorso alla procedura di mediazione è obbligatorio e costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale (ad esempio, in materia di condominio, diritti reali, divisione, successione, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria, contratti assicurativi, bancari e finanziari) e altri casi nei quali, invece, il ricorso a tale procedura può essere facoltativo ma comunque opportuno. In dottrina, sulla mediazione in generale: Nardi, S.: *La mediazione*, in *Il Codice Civile, Commentario*, Milano, 2017. Più in particolare, sulle procedure di mediazione stragiudiziali: Diozzi, F.: *Mediazione e negoziazione assistita: tecniche di gestione delle controversie*, Milano, 2017; Dalfino, D.: *Mediazione civile e commerciale*, in *Comm. cod. proc. civ.*, 2ª ed., Bologna, 2022.

24 D.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla legge 10 novembre 2014, n. 162): cfr. Cervale, M.C.: "Negoziazione assistita, autonomia contrattuale e buona fede", *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1177 ss. ed i riferimenti ivi contenuti La procedura di negoziazione assistita si svolge essenzialmente in due fasi: anzitutto, è necessario predisporre una convenzione di negoziazione assistita ossia un accordo delle parti per cooperare in via amichevole, con buona fede e lealtà, alla risoluzione di una controversia; in seguito, espletata la negoziazione e se questa ha avuto buon esito, le parti collaborano per un accordo compositivo della controversia che, se raggiunto, viene sottoscritto dalle stesse e dai rispettivi avvocati e costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Si veda, anche, Delle Monache, S.: "Profilli civilistici della negoziazione assistita", *Giust. civ.*, 2015, p. 105 ss. Prima ancora, e con riferimento alla crisi di impresa: Di Marzio, F.: *Il diritto negoziale della crisi di impresa*, Milano, 2011.

risanamento dell'impresa; la richiesta di nomina di un esperto al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa.

Da un punto di vista stragiudiziale, la digitalizzazione prevede la istituzione di una piattaforma telematica nazionale (art. 13, primo comma) accessibile agli imprenditori iscritti nel registro delle imprese attraverso il sito istituzionale di ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, contenente indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento e un protocollo per la conduzione della composizione negoziata, accessibili da parte dell'imprenditore e dei professionisti dallo stesso incaricati (art. 13, secondo comma).

Inoltre, presso ciascuna camera di commercio è formato un elenco di esperti a cui accedere per la nomina e ciò costituisce una ulteriore occasione in cui il ricorso a procedure alternative di soluzione della crisi di impresa avviene attraverso il contributo di professionalità di comprovata competenza ed esperienza formativa, anche nelle tecniche di facilitazione e mediazione (art. 13, terzo comma), valutabile all'atto della nomina come titolo di preferenza. Non si tratta certo di una assoluta novità: si pensi, come già rilevato, alla introduzione, nel 2012, degli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento, disciplinati dall'art. 15 della legge 27 gennaio 2012, n. 3, successivamente modificata dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, caratterizzati anch'essi da requisiti di indipendenza e professionalità e strettamente collegati agli ordini professionali di appartenenza[25].

Nella composizione negoziata della crisi, pertanto, almeno fino a quando non vengano formulate richieste di "misure protettive"[26] ai sensi dell'art. 18, non ci si muove avanti ad un organo giudiziario: un ruolo centrale viene svolto, invece, dalle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nella persona del Segretario generale, innanzi tutto attraverso la nomina dell'esperto che, più

25 Donzelli, R.: "Prime riflessioni sui profili processuali delle nuove procedure concorsuali in materia di sovraindebitamento", *Dir. fall.*, 2013, I, p. 613 ss.

Nell'elenco di esperti disciplinato dall'art. 13, terzo comma, Codice della crisi, possono essere inseriti gli iscritti da almeno cinque anni all'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e all'albo degli avvocati che documentano di aver maturato precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi di impresa; gli iscritti da almeno cinque anni all'albo dei consulenti del lavoro che documentano di aver concorso, almeno in tre casi, alla conclusione di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o di aver concorso alla presentazione di concordati con continuità aziendale omologati. Il tutto, si ripete, con esperienza formativa in materia, anche nelle tecniche di facilitazione e mediazione (art. 13, quinto comma).

26 Si tratta "di misure temporanee richieste dal debitore per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza, anche prima dell'accesso a uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza» (art. 2, lett. *p*, Codice della crisi). L'imprenditore può chiedere l'applicazione di misure protettive del patrimonio qualora sussistano misure esecutive o cautelari disposte nei suoi confronti e può altresì chiedere che la loro applicazione sia limitata a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori (art. 18, Codice della crisi). Il procedimento relativo alle misure protettive o cautelari richiede l'intervento dell'autorità giudiziaria, il tribunale, secondo modalità regolate dall'art. 19, Codice della crisi.

precisamente, avviene ad opera di una commissione ivi costituita che resta in carica per due anni, (art. 13, sesto e settimo comma).

L'intenzione di collocare la fase della composizione negoziata della crisi in ambito stragiudiziale è rafforzata anche dalla scelta del legislatore di escludere espressamente, ai sensi dell'art. 12, terzo comma, Codice della crisi, l'applicabilità alla composizione negoziata dell'art. 38, Codice della crisi, il quale disciplina l'iniziativa del pubblico ministero per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui abbia notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza e negli altri casi ivi previsti. Impedire in tale ambito l'iniziativa del pubblico ministero conferma la natura negoziale dello strumento in esame, la cui scelta e operatività discende dalla volontà dell'imprenditore, senza alcuna imposizione giudiziale.

La possibilità di ricorrere alla composizione negoziata della crisi e la valutazione sulla opportunità di tale opzione, costituiscono momenti riflessivi di valutazione che competono all'imprenditore, individuale o collettivo, e che richiamano costantemente l'applicazione dell'art. 2086, secondo comma, c.c., nel testo innovato dal Codice della crisi, in termini di doveri e responsabilità. Il dovere di istituire un assetto gestionale dell'impresa, organizzativo, amministrativo e contabile, adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, impone anche modalità attuative che consentano di rilevare tempestivamente la crisi di impresa e la perdita della continuità aziendale; impone altresì la scelta di attuare uno strumento adeguato, tra cui la composizione negoziata della crisi, per il recupero del momento di difficoltà economico-finanziaria. Un simile contesto richiede capacità valutative, diligenza professionale, obblighi e responsabilità per tutti coloro che sono incaricati della direzione dell'impresa e nei confronti dei creditori della stessa, siano essi lavoratori, subordinati o autonomi, fornitori, altri imprenditori.

La composizione negoziata potrà costituire una modalità agile di soluzione della crisi: l'esperto nominato agevola le trattative tra imprenditore, creditori ed eventuali altri soggetti interessati e tende ad individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, anche mediante il trasferimento di azienda o di rami di essa (art. 12, secondo comma). Da un punto di vista procedurale, la composizione negoziata della crisi ruota attorno alla piattaforma telematica nazionale, collegata alle banche dati dell'Agenzia delle entrate, dell'Inps, dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, fino alla Centrale dei rischi della Banca di Italia (art. 14, primo comma), cui l'esperto nominato può accedere senz'altro per estrarre la documentazione e le informazioni necessarie per l'avvio o la prosecuzione delle trattative con i creditori e con le parti interessate (art. 14, secondo comma).

La stessa definizione di "composizione negoziata" sottolinea i tratti caratterizzanti della partecipazione, della collaborazione, della condivisione di

una soluzione comune in tempi ragionevoli. Pertanto, il legislatore prevede che l'imprenditore partecipi personalmente alla composizione e possa farsi assistere da consulenti (art. 17, quinto comma); che, di regola, l'incarico all'esperto si considera concluso se, decorsi centoottanta giorni dall'accettazione della nomina, le parti non hanno individuato una soluzione adeguata per il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico finanziario che avevano reso necessaria la nomina (art. 17, settimo comma, Codice della crisi).

Il profilo della negoziazione, in particolare, fa emergere i criteri della correttezza e lealtà di comportamento, anche in relazione ad eventuali profili di susseguente responsabilità[27].

Come disposizione di carattere generale, l'art. 4, Codice della crisi, nel regolamentare i doveri delle parti dispone che "nella composizione negoziata, nel corso delle trattative e dei procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, debitore e creditori devono comportarsi secondo buona fede e correttezza". Più in particolare, poi, l'art. 16, sesto comma, dispone che: "Tutte le parti coinvolte nelle trattative hanno il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto e rispettano l'obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite nel corso delle trattative".

Ancora, ai sensi dell'art. 16, secondo comma, "l'esperto è terzo rispetto a tutte le parti e opera in modo professionale, riservato, imparziale e indipendente"; e, infine, l'art. 17, quinto comma, consente all'esperto di invitare le parti a rideterminare secondo buona fede il contenuto di quei contratti nei quali la prestazione è divenuta particolarmente onerosa o non più equilibrata a causa del sopraggiungere di circostanze sopravvenute.

VII. OBBLIGHI DELL'IMPRENDITORE E ULTERIORI PROFILI DI RESPONSABILITA'.

Un altro frammento ricostruttivo, l'ultimo, può essere costituito dagli ulteriori profili di responsabilità che potranno emergere all'interno del descritto contesto normativo.

L'art. 2086 c.c. infatti profila un imprenditore, considerato nelle sue multiformi tipologie, la cui professionalità deve includere, oltre all'abitualità e alla sistematicità nell'esercizio dell'attività economica, anche una più spiccata capacità di valutazione

27 Appare interessante notare come una parte della dottrina riconduca al concetto di "autotutela convenzionale» anche i casi di giurisdizione privata, nei quali una controversia attuale o potenziale è legittimamente sottratta alla valutazione di un giudice: sul punto, Addis, F.: "Autotutela contrattuale", *Enc. dir.*, *Contratto*, *I tematici*, I, Milano, 2021, p. 66.

e di orientamento all'interno delle dinamiche del mercato. E ciò, al fine di saper cogliere sia gli spunti e le occasioni di profitto, sia i segnali di allarme e di crisi[28].

Da questo punto di vista, lo spiccato profilo di responsabilità rilevato conduce ad una diversa valutazione del comportamento che l'imprenditore dovrà assumere nella gestione dell'impresa.

In passato, questioni ideologiche e culturali o semplicemente abitudinarie, potevano costituire un incentivo a ritardare il più possibile l'emersione della crisi e della discontinuità aziendale: ed in effetti, al tribunale fallimentare si ricorreva quando lo stato di insolvenza era divenuto ormai irrimediabilmente compromesso e l'intento era più liquidatorio delle passività accumulate che non di recupero della continuità aziendale. Inoltre, nella prassi e nella maggior parte dei casi, la crisi o l'insolvenza emergevano più frequentemente per iniziativa dei creditori che non per decisione autonoma dell'imprenditore: erano molto numerose, pertanto, le istanze di dichiarazione del fallimento presentate dai creditori non soddisfatti; risultavano poco frequenti, invece, le iniziative individuali dell'imprenditore di rivolgersi al giudice per affrontare e risolvere lo stato di insolvenza.

Un simile atteggiamento, attualmente, non appare più consono ad una gestione consapevole dell'impresa e, più in generale, all'attuale formulazione dell'art. 2086 c.c. che non consente una posizione di attesa o di fiduciosa speranza nel futuro ma esige, invece, una posizione di vigilanza e di allerta nel presente, un sistema di amministrazione e di controllo interno attento ad intercettare e fronteggiare tempestivamente le cause generatrici dello stato di crisi o di insolvenza[29].

Quest'ultimo atteggiamento, completo ma anche complesso, deve essere assunto a tutela dell'attività di impresa, che sicuramente rappresenta un valore economico per la società, ma anche a tutela di tutti coloro che ruotano attorno ad essa in virtù di dinamiche contrattuali che generano crediti, debiti, rapporti giuridici e anche doveri e responsabilità.

Pertanto, non possono non svolgersi ulteriori considerazioni in merito ad eventuali profili di responsabilità che pure eventualmente si rilevano quando, di fronte a scelte gestionali specificamente assunte, ne emerge la loro inopportunità. Non vi è dubbio che le scelte decisionali di qualsiasi imprenditore appartengano alla sua più ampia discrezionalità tecnica; tuttavia, tenuto conto della disposizione di

28 Cfr. Tribunale Milano, 16 luglio 2020, in *www.dejure.it*, che, a fronte di irregolarità riscontrate, fa riferimento alla regola di buon governo societario di organizzare la gestione e l'amministrazione della società secondo assetti adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa ai sensi degli artt. 2086, secondo comma, 2380 *bis*, primo comma e 2381, terzo e quinto comma, c.c.

29 Per un ripensamento della figura dell'*homo oeconomicus* in relazione agli studi di economia comportamentale anche riferiti alla razionalità dell'impresa: Zoppini, A.: "Contratto ed economia comportamentale", *Enc. dir.*, *Contratto*, *I tematici*, I, Milano, 2021, p. 320 ss.

cui all'art. 2086 c.c. ed ai successivi richiami contenuti nel codice civile (ad esempio, artt. 2257, 2380 bis, 2403, 2475, 2476, 2454 c.c.), tra i doveri dell'imprenditore rientra anche la considerazione della natura e delle dimensioni dell'impresa nonché la rilevazione tempestiva della crisi di impresa e della perdita della continuità aziendale, con l'obbligo di procedere, altrettanto tempestivamente, all'adozione di uno strumento previsto dall'ordinamento giuridico per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale.

Quindi, le decisioni e gli atti posti in essere dall'imprenditore dovranno rispondere ai criteri sanciti dall'art. 2086 c.c. che potranno costituire il parametro di valutazione della loro adeguatezza in relazione all'assetto gestionale dell'impresa e rappresentare una grave inadempienza. Pertanto, le norme generali in materia di responsabilità di contrattuale (artt. 1218 ss. c.c.) ed extracontrattuale (artt. 2043 ss. c.c.) andranno coordinate non soltanto con le norme speciali sulla responsabilità degli amministratori delle società, ma anche con la previsione dell'art. 2086 c.c. che, espressamente, rinvia anche al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Ma ancora, i principi regolatori dell'istituto della responsabilità andranno coordinati ed applicati anche in relazione a tutti quei comportamenti nei quali si richiede all'imprenditore, all'esperto se nominato, ai creditori, alle parti interessate di comportarsi con lealtà e correttezza anche nello svolgimento degli strumenti regolatori della crisi e dell'insolvenza. I richiami normativi, in tal senso e come si è già sottolineato, sono presenti e numerosi all'interno del Codice della crisi e ciò ripropone i temi della buona fede contrattuale, del rapporto tra strumenti solutori offerti ai privati e composizioni negoziali, con una risonanza giuridica ben importante in quanto si tratta di temi non circoscritti alla singola vicenda contrattuale che intercorre tra privati, ma attinenti all'impresa, all'esercizio adeguato della stessa, alla conservazione della continuità aziendale, alla regolazione dei rapporti tra imprenditore e creditori.

L'imprenditore-amministratore dovrà essere in grado di poter provare la rispondenza tra la sua condotta gestionale e le scelte attuate, riferendosi al contesto dell'esperienza reale ed eventualmente anche ai modelli elaborati dalle scienze aziendalistiche, mantenendo un costante monitoraggio sugli effetti che le scelte attuate potrebbero avere sull'attività esercitata e sui i creditori dell'impresa.

I rapporti tra rischio, doveri e responsabilità si articolano, poi, anche sul piano probatorio e si mostrano alquanto delicati in quanto lo stesso esito infausto dell'attività di impresa, di per sé, include una ragionevole valutazione negativa sulla scelta gestionale effettuata, con la necessità di dover dimostrare la sussistenza di circostanze imprevedibili e comunque anomale rispetto ad una condotta di

diligente e adeguata prassi amministrativa[30]. La tempestività e l'adeguatezza richieste all'imprenditore per far fronte ad uno stato di crisi d'impresa, se effettivamente attuate, potrebbero prevenire i veri e propri dissesti irreversibili dell'indebitamento e far sì che l'organo amministrativo ricorra agli strumenti alternativi di gestione della crisi, prima che la stessa si aggravi[31].

E lì dove, si pensi alle società di capitali ed in particolare alla società per azioni, è legislativamente previsto un organo di controllo, anche l'attività del collegio sindacale risulta caratterizzata in modo significativo dalla previsione dell'art. 2086 c.c., in quanto il collegio vigila "sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento" (artt. 2403 e 2477 c.c.). Nel vigilare sulle gravi irregolarità, il cui fondato sospetto include la possibilità di denunzia al tribunale (art. 2409 c.c.), l'organo sindacale potrebbe far rientrare anche la violazione dell'art. 2086 c.c., con riferimento alla rilevazione tempestiva della crisi di impresa e della perdita di continuità aziendale.

Ma anche il comportamento dei soci e le decisioni da essi prese potrebbero interagire con il dovere di gestione adeguato, tempestivo e preventivo di cui all'art. 2086 c.c.: si pensi, in proposito, al potere di controllo che può essere esercitato sull'operato degli amministratori e determinare un'azione di responsabilità verso gli stessi (artt. 2393 e 2393 *bis* c.c.).

Ne consegue che il rischio, il quale comunque connota l'attività di impresa, assume un ruolo ancor più incisivo, se posto in relazione alle conseguenze che un assetto gestionale poco adeguato e poco attento alla continuità aziendale può determinare in termini di responsabilità. La probabilità di non conseguire il risultato sperato, di perdere la ricchezza investita o soprattutto di perdere oltre la ricchezza investita, richiama il tema della responsabilità di colui che agisce, singolo o collettivo, con gestione a proprio rischio. E il rischio risulterà dalla declinazione di molteplici fattori: il paradigma funzionale del soggetto agente, ossia se individuale, societario, associativo; il paradigma organizzativo, ossia se società di persone o società di capitali; il paradigma oggettivo dell'attività svolta, ossia se commerciale o non commerciale[32].

30 Si veda, in proposito, sull'onere probatorio Macario, F.: "La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto del codice della crisi e dell'insolvenza e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali", cit., p. 8 ss.

31 Macario, F.: *op. cit.*, p. 10 parla di "insolvenza prospettica», di matrice economico-aziendale, per sottolineare che le soluzioni dettate in materia di crisi e di insolvenza debbano essere considerate un rimedio preventivo, come situazione di pericolo che può giustificare la segnalazione interna affidata all'organo di controllo o quella esterna, affidata ai creditori istituzionali, ai sensi degli artt. 14 e 15, Codice della crisi.

32 Sul rapporto tra rischio e responsabilità all'interno dell'attività di impresa, secondo un ampio ventaglio di possibilità: Spada, P.: *Diritto commerciale*, II, *Elementi*, Padova, 2006, p. 183 ss. Sul concetto di rischio d'impresa si è teorizzato il fondamento della responsabilità oggettiva dell'imprenditore. Si veda, in tale

VIII. LA RESPONSABILITA' PATRIMONIALE DEL DEBITORE: UN ISTITUTO IN TRASFORMAZIONE.

I recenti interventi normativi in materia di crisi e di insolvenza, anche attraverso le indicate modifiche apportate al codice civile, delineano una idea di sistema inclusiva di una serie di scelte operate nel corso degli anni dal legislatore, portate pertanto a compimento. Si è cercato di sottolineare la coerenza del Codice della crisi con le scelte normative già attuate dal legislatore negli anni passati, al fine di rendere tale Codice meno estraneo agli operatori, più introdotto nell'ordinamento vigente e pertanto più efficace nella sua operatività.

In conclusione, l'impresa e il suo artefice, l'imprenditore, rinunciano ad alcune tradizionali qualità per assumerne di nuove: l'attenzione si volge dall'imprenditore commerciale all'imprenditore *tout court*, che in taluni casi dismette la sua veste di operatore economico e assume quella più generale di debitore sino a giungere ad includere il consumatore.

La prospettiva imprenditoriale si amplia e non attiene più soltanto ad una struttura rigida e gerarchica dell'impresa ma guarda all'aspetto gestionale *in toto*, composto da organizzazione, amministrazione, contabilità e adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, secondo un approccio interdisciplinare costituito da contenuti giuridici, economici, aziendali.

La gestione dell'impresa risulta strettamente funzionale al suo andamento economico-finanziario, attraverso la previsione di una rilevazione tempestiva della crisi di impresa e della perdita della continuità aziendale. Di qui, la necessità di attivare uno degli strumenti di soluzione della crisi previsti dal Codice a fini propositivi di superamento dello stato di difficoltà economico-finanziaria e recupero della continuità aziendale. In tale ottica, la liquidazione giudiziale, che all'interno del Codice della crisi ha sostituito la procedura fallimentare, dovrebbe costituire una *ultima ratio* rispetto a soluzione alternative non solo concepite come più rapide e semplificate[33], ma anche intese come rimedi stragiudiziali di composizione, con i vantaggi che la negoziazione in sé presenta, facendo sì che le parti, ossia l'imprenditore, i creditori e gli altri soggetti eventualmente interessati, unitamente all'esperto nominato, si facciano leali protagonisti di un percorso

senso, Trimarchi, P.: "Rischio di impresa e responsabilità oggettiva", in *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano, 1982, p. 459 ss. E ancora, Calabresi, G.: "La responsabilità civile come diritto della società mista", *op. ult. cit.*, p. 496 ss.

33 Si pensi, in tale ottica, allo strumento del "concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio all'esito della composizione negoziata», ossia alla possibilità che l'esperto nominato in sede di composizione negoziata della crisi, nella relazione finale dichiari che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, che non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate non sono praticabili. Su tali presupposti, l'imprenditore può presentare, entro il termine di sessanta giorni, una "proposta di concordato per cessione dei beni unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati nell'art. 39» (art. 25 *sexies* ss., Codice della crisi).

solutorio dagli effetti benefici non solo per i soggetti coinvolti ma per l'economia in generale.

In conclusione, la tendenza illustrata volta - come si è già notato nelle premesse - ad erodere l'assolutezza del principio di responsabilità patrimoniale del debitore espresso dall'art. 2740 c.c., sembra tracciare una traiettoria che, pur tra oscillazioni, rinvii e ripensamenti, conduce verso un imprenditore il quale, se da un lato vede aumentare i suoi obblighi predittivi, dall'altro dispone di maggiori strumenti per far fronte ad un eventuale dissesto economico-finanziario. In realtà, non cambia soltanto la norma giuridica, cambia anche la percezione negativa nei confronti del debitore, sia esso imprenditore o meno. Il contesto sociale non condanna più severamente colui che contrae debiti senza poterli onorare e anzi apre ad una valutazione dello stato di indebitamento che possa tener conto di sopravvenute congiunture sfavorevoli, non desiderate ma inevitabili, nell'esigenza di garantire la continuità aziendale.

Come per ogni intervento normativo *in itinere*, sarà delicata la fase transitoria di applicazione della normativa, così come prevedibilmente sarà necessario procedere con opportuni adattamenti: è il dato reale, infatti, che ci indicherà la rotta da seguire, sarà la giurisprudenza ad indicare le vulnerabilità applicative delle norme entrate in vigore, sarà la dottrina a suggerire le soluzioni più adeguate.

BIBLIOGRAFIA

ADDIS, F.: "Autotutela contrattuale", *Enc. dir.*, *Contratto*, *I tematici*, I, Milano, 2021, p. 47 ss.

BELLOMIA, V.: "La tutela dei bisogni della famiglia, tra fondo patrimoniale e atti di destinazione", *Dir. fam.* e *pers.*, 2013, p. 698 ss.

BENAZZO, P.: "Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?", *Riv. soc.*, 2019, p. 274 ss.

BIANCA, M., "*Trustee* e figure affini nel diritto italiano", *Riv. not.*, 2009, p. 557 ss.

CALABRESI, G.: "La responsabilità civile come diritto della società mista", in *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano, 1982, p. 496 ss.

CERVALE, M.C.: "Negoziazione assistita, autonomia contrattuale e buona fede", *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1177 ss.

CICERO, C.: "Riflessioni su *trust* e categorie civilistiche, *Giur. comm.*, 2010, p. 899 ss.

CONTE, G.: *L'impresa responsabile*, Milano, 2018, p. 309 ss.

CONTU, E.: "Povertà ed esclusione nella società del debito", *Contr. e impr.*, 2019, p. 1535 ss.

DALFINO, D.: *Mediazione civile e commerciale*, in *Comm. cod. proc. civ.,* Bologna, 2ª ed., 2022.

DELLE MONACHE, S.: "Profilli civilistici della negoziazione assistita", *Giust. civ.*, 2015, p. 105 ss.

DI MARZIO, F.: "Crisi d'impresa", *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, p. 503 ss.

DI MARZIO, F.: *Il diritto negoziale della crisi di impresa*, Milano, 2011.

DIOZZI, F.: *Mediazione e negoziazione assistita: tecniche di gestione delle controversie*, Milano, 2017.

DONZELLI, R.: "*Trust* e procedure concorsuali", *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 895 ss.

DONZELLI, R.: "Prime riflessioni sui profili processuali delle nuove procedure concorsuali in materia di sovraindebitamento", *Dir. fall.*, 2013, I, p. 613 ss.

FAUCEGLIA, G.: *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 3ª ed., 2022.

FAUCEGLIA, G.: "La legislazione in tempo di pandemia e la metamorfosi del diritto della crisi", *Giur. comm.*, 2021, p. 431 ss.

FIMMANÒ, F.: "*Trust* e diritto delle imprese in crisi", *Riv. not.,* 2011, p. 511 ss.

GALGANO, F.: *Lex mercatoria*, Bologna, 2001.

GROSSI, P.: *L'ordine giuridico medievale*, Bari-Roma, 1995.

MACARIO, F.: "La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto del codice della crisi e dell'insolvenza e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali", *www.dirittodellacrisi.it*, 2022, p. 1 ss.

MARINELLI, F.: *Cultura giuridica e identità europea*, Torino, 2020, p. 173 ss.

MARTINO, M.: "Destinazione dei beni e *trust* nell'interesse della famiglia", *Enc. dir.*, *Famiglia, I tematici*, IV, Milano, 2022, p. 233 ss.

LENZI, R.: "Fondo patrimoniale", *Enc. dir.*, *Famiglia*, *I tematici*, IV, Milano, 2022, p. 567 ss.

LUPOI, M.: *Atti istitutivi di trust*, Milano, 2017.

LUPOI, M.: *Trusts*, Milano, 2ª ed., 2001.

NARDI, S.: *La mediazione*, in *Il Codice Civile, Commentario*, Milano, 2017.

PAVONE LA ROSA, A.: "Registro delle imprese", *Enc. dir.*, *Annali*, IV, Milano, 2021, p.1004 ss.

RODORF, R.: "Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza", *Contratti*, 2019, p. 134 ss.

SPADA, P.: *Diritto commerciale*, II, *Elementi*, Padova, 2006, p. 183 ss.

SPOLAORE, P.: Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d'impresa, Milano, 2018.

SPOLAORE, P.: "*Trust* con funzione liquidatoria e valutazione di meritevolezza", *Banca borsa tit. cred.*, 2013, p. 170.

SPOLIDORO, M.S.: "Note critiche sulla "gestione dell'impresa" nel nuovo art. 2086 (con una postilla sul ruolo dei soci)", *Riv. soc.*, 2019, p. 253 ss.

TRIMARCHI, P.: "Rischio di impresa e responsabilità oggettiva", in *Interpretazione giuridica* e *analisi economica*, Milano, 1982, p. 459 ss.

WEBER, M.: *L'etica protestante* e *lo spirito del capitalismo*, Milano, Rizzoli, 20ª ed., 2013.

ZOPPINI, A.: "Contratto ed economia comportamentale", *Enc. dir.*, *Contratto*, *I tematici,* I, Milano, 2021, p. 313 ss.

SOPRAVVENIENZE CONTRATTUALI NEL DINAMISMO DELLA SOCIETÀ GLOBALE: DALLA CRISI PANDEMICA A QUELLA ENERGETICA. LA NORMAZIONE INTERNAZIONALE E LE DIVERSE SOLUZIONI NAZIONALI

CONTRACTUAL SUPERVENING EVENTS IN THE DYNAMISM OF GLOBAL SOCIETY: FROM THE PANDEMIC TO THE ENERGY CRISIS. INTERNATIONAL LAW REGULATIONS AND THE DIFFERENT NATIONAL SOLUTIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 762-811

Salvatore
ACETO DI
CAPRIGLIA

ARTICOLO CONSEGNATO: 13 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: La pandemia da "SarS-Cov-2" prima e la successiva crisi energetica - anche a seguito di eventi bellici - con il conseguente aumento esponenziale dei costi delle materie prime, ha stravolto le vicende giuridiche inerenti agli ordinari rapporti negoziali. Innanzi a tale scenario, tanto gli interpreti che le Corti hanno progressivamente preso coscienza della biasimevole inadeguatezza dello strumentario a disposizione degli operatori del diritto italiani e stranieri. Il contributo osserva e analizza gli istituti di rinegoziazione del diritto internazionale e di alcune significative esperienze giuridiche al fine di fornire efficaci soluzioni de iure condendo.

PAROLE CHIAVE: Sars-Cov-2; rinegoziazione; sopravvenienze economiche e sanitarie; buona fede.

ABSTRACT: *The "SarS-Cov-2" pandemic and the subsequent energy crisis - also following war events - with the consequent exponential increase in the costs of raw materials, has upset the legal events inherent in ordinary negotiation relations. Faced with this scenario, both the interpreters and the Courts have progressively become aware of the blameworthy inadequacy of the tools available to Italian and foreign legal practitioners. The paper observes and analyses the institutes for the renegotiation of international law and some significant legal experiences in order to provide effective solutions de iure condendo.*

KEY WORDS: *Sars-CoV-2; renegotiation; economic and health contingencies; good faith.*

SUMARIO.- I. RILEVANZA GIURIDICA DELLA PANDEMIA E DELLA CRISI ENERGETICA TRA DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO. LEGISLAZIONE DELL'EMERGENZA E ASSENZA DI DISPOSIZIONI A CARATTERE GENERALE. – II. I RIMEDI APPRESTATI DAL DIRITTO INTERNAZIONALE. LE HARDSHIP CLAUSES. – III. UN AUSILIO DA PARTE DELLA SOFT LAW NELLA GESTIONE DELLE SOPRAVVENIENZE: I PRINCIPI UNIDROIT. LE PROSPETTIVE PROVENIENTI DAI PROGETTI DI ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI (PECL). – IV. GLI ORDITI NORMATIVI DI CIVIL LAW. LA RIFORMA DELLE OBBLIGAZIONI DELL'ANNO 2002 IN GERMANIA E IL §313 BGB COME CONSEGUENZA ALLE IPOTESI DI STÖRUNG. APPLICAZIONE DELLA CLAUSOLA GENERALE DI TREU UND GLAUBEN (§242 BGB). - V. L'ESPERIENZA FRANCESE: DALLA FORCE MAJEURE ALLA NOVELLA CODICISTICA DEL 2016. LA RILEVANZA GIURIDICA DELL'IMPREVISION. L'ART. 1195 CODE CIVIL. - VI. LE SOLUZIONI INDIVIDUATE NELL'ORDINAMENTO DOMESTICO: RISOLUZIONE PER IMPOSSIBILITÀ O PER ECCESSIVA ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA. -VII. L'INTERVENTO NORMATIVO: DALL'ART. 91, D.L. N.18/2020 (C.D. "CURA ITALIA") E IL D.L. N. 6/2020 AL DECRETO "SOSTEGNI TER" 4/2022. LA CREAZIONE DELLA FIGURA DEL DEBITORE "IMMUNE"? LA NECESSITÀ DI UN CORRETTO BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI MERITEVOLI DI TUTELA: VERSO LA RAGIONEVOLE CONSERVAZIONE DEI CONTRATTI. – VIII. OSSERVAZIONI CRITICHE IN MERITO AL DISEGNO DI LEGGE DI RIFORMA DEL CODICE CIVILE. UNA OCCASIONE PERSA PER IL LEGISLATORE DOMESTICO. PROSPETTIVE RICOSTRUTTIVE.

I. RILEVANZA GIURIDICA DELLA PANDEMIA E DELLA CRISI ENERGETICA TRA DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO. LEGISLAZIONE DELL'EMERGENZA E ASSENZA DI DISPOSIZIONI A CARATTERE GENERALE.

La pandemia da SARS-CoV-2[1] ha stravolto le vicende giuridiche inerenti agli ordinari rapporti negoziali. Innanzi a tale catastrofico scenario, tanto gli interpreti che le Corti hanno progressivamente preso coscienza della biasimevole inadeguatezza del nostrano ordinamento giuridico, inerente principalmente alla capacità di governare tali situazioni contrattuali tragicamente complesse. Come se non fosse sufficiente, proprio allorquando lo scenario epidemico sembrava destinato ad un tramonto che facesse ben sperare; dinanzi al mondo si è palesata una gravissima crisi energetica, caratterizzata da aumenti del costo dell'elettricità e del gas in doppia cifra percentuale. A rendere ancora più fosco l'avvenire, lo scoppio di un conflitto in pieno territorio europeo fra la Federazione Russa e l'Ucraina che ha cagionato morte, distruzione e nuova impennata dei costi delle materie prime energetiche, gas naturale *in primis.* È in tale prospettiva, sanitaria e geopolitica, che i formanti dottrinale e giurisprudenziale hanno avviato un

1 Per approfondimenti, cfr. Aa.Vv.: "Genomic characterization of the 2019 novel human-pathogenic coronavirus isolated from a patient with a typical pneumonia after visiting Wuhan", *Emerging Microbes & Infections*, 2020, vol. 9, n. 1.

• Salvatore Aceto Di Capriglia
Professore Associato di diritto privato comparato
Università degli Studi di Napoli Parthenope
salvatore.acetodicapriglia@uniparthenope.it

processo di ricerca euristica, finalizzato ad individuare una base normativa per la praticabilità di soluzioni che fossero rispettose del parametro della buona fede oggettiva, oltreché adeguate, secondo equità, al riequilibrio delle posizioni contrattuali, precedentemente compromesse. Letta nel prisma del principio di solidarietà nazionale, di cui all'art. 2 Cost., la clausola di buona fede consentirebbe la «tutela di fattispecie non contemplate dal legislatore»[2]. Tale affannosa rincorsa al rimedio ritenuto di volta in volta più adeguato è stato nei fatti ostacolata dalla frammentarietà con la quale il legislatore dell'emergenza è intervenuto nel disciplinare e regolare gli effetti scaturenti dall'evento pandemico e dalla drammatica e incontrollata ascesa dei costi energetici, quintuplicati nel giro di meno di un anno.

In via preliminare, è da segnalare che una seppur stringata disciplina di risposta a situazioni emergenziali era già contenuta, sin a partire dal 2018, all'interno del codice della protezione civile[3]. L'art. 5 del suddetto decreto costituisce oggi l'ancoraggio normativo che fonda la competenza del Presidente del Consiglio dei Ministri alla emanazione di ordinanze in materia di protezione civile, ancorché la norma fosse già prevista, da tempo, dalla legge di istituzione della Protezione Civile[4].

Di conseguenza, dunque, la cospicua serie di decreti-legge che hanno seguito, ancorché con un certo ritardo, la dichiarazione dello stato di emergenza[5]. E, *a fortiori*, sono legittimi i numerosi decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri che si sono susseguiti nel corso del tempo, anch'essi ancorati ai poteri della Presidenza

2 Testualmente Natoli, R.: "Covid-19 e sorte dei contratti di locazione commerciale durante e dopo il lockdown (nota a Trib. Roma, ord. 27 agosto 2020", *gisutiziainsieme.it* del 30 settembre 2020.

3 D. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, G.U. n. 17 del 22 gennaio 2018.

4 L. 24 febbraio 1992, n. 225, G.U. n. 64 del 17 marzo 1992. L'art. 1, comma 2, fondava una competenza sostanzialmente analoga a quella descritta dal novello testo unico. In via ulteriore, il medesimo testo, in presenza dei presupposti di cui all'art. 7, comma 1, lett. c) (eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbano, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo), consente, ai sensi dell'art. 24, la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale. Per approfondimenti, cfr. Luciani, M.: "Avviso ai naviganti nel mare pandemico", *Questione Giustizia*, 2020, 2, p. 6 ss. Il tema delle conseguenze degli eventi pandemici, o meglio dei provvedimenti per contrastare la diffusione della malattia è attualmente oggetto di molteplici studi tra i quali si segnalano, Navarretta, E.: "CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema", *Suppl. Nuova giur. civ. comm*., 2020, p. 87 ss.; Fachechi, A.: "Stato d'emergenza, alterazione del rapporto contrattuale e giusto rimedio", *Rass. dir. civ.,* 2020, p. 1103 ss.; Federico, A.: "Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, n. 12 bis, mayo 2020, p. 247 ss.; Russo, T.V.: "L'arma letale della buona fede. Riflessioni a margine della "manutenzione" dei contratti in seguito alla sopravvenienza pandemica", *Riv. dir. bancario*, 2021, p. 136 ss.; Di Raimo, R.: "Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda", *Giustiziacivile.com*, Emergenza Covid-19, Speciale n. 2, 2020, p. 151 ss.; Cipriani, N.: "L'impatto del lockdown da Covid-19 sui contratti", *Riv. dir. banc*., 2020, IV, p. 651 ss.

5 Sul ricorrere dei due presupposti della necessità e dell'urgenza, *nulla quaestio*. Sarebbe difficile negare che in una contingenza come quella odierna l'intervento dei "provvedimenti provvisori con forza di legge" previsti dall'art. 77 Cost. sia legittimo, perché ci troviamo nell'ancor più radicale condizione dell'emergenza. Sembra evidente, peraltro, che i decreti-legge in questione non possano essere iterati o reiterati: nonostante la peculiarità dello stato di emergenza, l'art. 77 Cost. non tollera d'esserne dimidiato e pretende d'essere osservato nella sua integralità. Cfr. Ruggeri, A.: "Scelte tragiche e Covid-19", *Giustizia Insieme*, 24 marzo 2020, n. 4.

previsti all'art. 5 e all'art. 3 del sopra menzionato decreto legislativo n. 1/2018. Le suddette norme vanno lette in combinato disposto con le singole previsioni degli specifici decreti legge, di cui sono risultati in ultima analisi, l'attuazione[6].

È facile avvedersi di come la componente governativa non sia intervenuta in modo uniforme in tema di materia contrattuale. La legislazione dell'emergenza Covid-19 ha toccato diverse aree del diritto privato (*lato sensu* inteso): dall'ambito lavoristico a quello societario (blocco degli obblighi di ricapitalizzazione a fronte di perdite di capitale, neutralizzazione del criterio di continuità aziendale, disapplicazione della postergazione dei finanziamenti a soci e intragruppo); dalle crisi d'impresa (slittamento di un anno dell'entrata in vigore del "codice Rordorf")[7] a numerosi interventi in ambito, appunto, negoziale.

La previsione *prima facie* di maggior rilevante portata, per la sua valenza sistemica, è stata quella introdotta[8] dall'art. 91 del decreto legge n. 18/2020. Essa sembra avere avuto due effetti: da un lato, il richiamo all'art. 1218 c.c. obbliga il giudice a valutare il rispetto delle misure di contenimento del contagio quali

6 Alla fondazione dei decreti sia sul Codice della protezione civile sia sui decreti-legge che hanno seguito la dichiarazione dello stato di emergenza consegue un effetto di rilevante importanza: i decreti possono derogare alle leggi vigenti, ma poiché non è consentito alla fonte legittimata derogare alla fonte legittimante, essi non possono disporre in difformità da quei decreti-legge. Lo stato di emergenza ha avuto fine con il 31 marzo 2022, data alla quale il Governo non ha ritenuto esserci le condizioni per rinnovare la dichiarazione (peraltro già reiterata fino al limite dell'ammissibilità). A partire da quella data i vari provvedimenti emanati e i decreti a supporto delle condizioni emergenziali hanno progressivamente perso efficacia. Per approfondimenti cfr. Allegretti, U.: "Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo", *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 marzo 2020, p. 2 ss. Non sono mancate letture critiche in merito alla legittimità formale e sostanziale degli atti normativi di natura amministrativa che si sono susseguiti nel corso di tale emergenza, cfr. Perlingieri, G.: "Pandemia da Coronavirus, rapporti contrattuali e giusti rimedi", *Foro nap.*, 1-2021, p. 77 ss., il quale sottolinea: «Si può, infatti, senz'altro discutere della legittimità formale e sostanziale di taluni provvedimenti emanati a livello nazionale e regionale nello svolgersi dell'evento pandemico… vale dubitare della conformità a Costituzione di scelte di limitazione di diritti fondamentali come libertà personale, di circolazione e soggiorno, riunione, esercizio del culto e iniziativa economica, diritto al lavoro, diritti all'istruzione e alla cultura, di difesa, di voto – visti i rinvii di elezioni regionali e comunali, nonché del referendum costituzionale – compiute mediante la tecnica normativa del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri o, a livello locale, delle ordinanze regionali o comunali, tutti atti di natura non legislativa, ma meramente amministrativa… A poco rileva che la fonte formale di attribuzione del potere di emanazione sia individuabile, come accaduto nella specie, in un decreto-legge (in particolare il n. 6/2020, il quale ha attribuito al Presidente del Consiglio il potere di adottare, con uno o piú decreti, le "misure urgenti")». Osserva inoltre l'A. sul piano sostanziale, che troppo poco rilievo è stato dato, soprattutto nella fase primigenia dell'emergenza, al bilanciamento degli interessi in gioco (ad es. applicando le stesse misure, troppo rigide e radicali, sia all'interno di metropoli site in Regioni con alta diffusione del virus, che in piccolissimi borghi situati in aree del Paese dove la malattia era di fatto assente. Con riferimento ai decreti legge 6 e 19 del 2020, in particolare alla sanzione amministrativa, divenuta "celebre", di 400 euro, prevista per coloro che fossero stati trovati, senza giustificato motivo, fuori dalle proprie abitazioni, il Giudice di pace di Frosinone aveva sollevato dinanzi alla Consulta questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 76, 77 e 78 Cost. La censura è stata dichiarata inammissibile con la Sentenza 198/2021 pubblicata il 22 ottobre 2021. La Consulta ha inoltre giudicato non fondate le questioni relative al decreto legge n.19 in quanto avrebbe semplicemente attribuito al Presidente del Consiglio la funzione attuativa del decreto da esercitare mediante atti di natura amministrativa.

7 Per approfondimenti, cfr. Rordorf, R.: "Il codice della crisi e dell'insolvenza ai tempi della pandemia", *Giustizia insieme*, 8 aprile 2020, p. 1 ss.

8 Convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27, G.U. n. 110 del 29 aprile 2020. La norma di cui all'art. 91 testualmente recita: «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

possibili cause di esclusione della responsabilità. Dall'altro, il rinvio effettuato all'art. 1223 c.c. sembra suggerire che il *lockdown* intervenuto in corso di pandemia costituisca evento idoneo a interrompere il nesso di causalità[9].

In mancanza di tale norma, si è altresì considerato che il ricorso alle categorie, alle regole, ai princìpi contenuti nel codice civile (specie quelli su inadempimento, responsabilità e sopravvenienze), con le integrazioni e gli affinamenti operati dagli interpreti, fossero inidonei a coprire le esigenze e i problemi aperti dal Covid-19. Nella logica del legislatore del 1942, a fronte di inadempimenti e soprattutto sopravvenienze, l'unico rimedio concepibile per affrontare siffatti fattori di disturbo del rapporto contrattuale è lo scioglimento di quest'ultimo. Ma è una logica insufficiente, nel momento in cui emerge che in tante occasioni il rimedio appropriato per gestire i disturbi del rapporto non è la sua cancellazione, quanto piuttosto la sua rimodulazione. In principalità, per la via della rinegoziazione, in via gradata per quella di aggiustamento giudiziale[10].

Attualmente la situazione di squilibrio contrattuale, dopo essersi a fatica ripresa dalle vicende pandemiche, è acuita dall'impennata dei costi delle materie prime (energetiche, ma non solo): in Italia il prezzo netto dell'elettricità per l'industria a gennaio 2022 è stato il secondo più alto d'Europa[11]: 225 euro per megawattora contro i 60 €/MWh di nove mesi prima. Trattasi di un valore che supera del 34% i prezzi praticati in Germania. A una base di partenza più alta rispetto a vari Paesi europei, è poi corrisposto un aumento tra i più significativi in Europa: è stato infatti stimato che da marzo 2021 i prezzi italiani dell'elettricità sono aumentati di 3,7 volte. Ciò significa che il costo dell'energia per le imprese italiane potrebbe arrivare a 37 miliardi di euro nel 2022: quasi 5 volte di più rispetto al 2019, e in salita persino rispetto ai già elevati 21 miliardi del 2021. I costi complessivi per le imprese previsti per il 2022 sarebbero così superiori all'intero ammontare dei fondi

9 La norma riguarda il nesso di causalità "giuridica" (fra danno-evento e danno-conseguenza) ai fini della determinazione del risarcimento dovuto e della necessaria selezione fra danni risarcibili e non risarcibili. Sarebbero dunque non passibili di ristoro quei danni che il creditore (o in genere il danneggiato) avrebbe ugualmente subìto per effetto dell'inadempimento (o dell'illecito extracontrattuale) anche in assenza di *lockdown*. In tal senso Roppo, V. - Natoli, R. - Conti, R.: "Contratto e Covid-19", *Giustizia Insieme*, 28 aprile 2020, p. 3 ss. Osserva Perillo, T.: "Pandemia e conservazione delle locazioni commerciali", *Ras. dir. civ.,* 3/2021, p. 1188, che vi è poi una norma settoriale introdotta attraverso l'art. 28 d.l. n. 9/2020 chiaramente «indicativa del *favor* riservato dal legislatore verso rimedi manutentivi che comportano un adeguamento secondo criteri di opportunità» e ragionevolezza. Riguarda tutti coloro che abbiano acquistato titoli di viaggio (biglietti ferroviari, aerei, per autobus di linea, navi, traghetti ecc.) e non siano in grado di utilizzarli per ragioni di impedita mobilità da misure anti-contagio (soggetti in quarantena, abitanti in zone rosse, diretti in paesi stranieri che negano l'ingresso) oppure non abbiano più interesse a utilizzarli per altre ragioni legate a dette misure (il concorso o la manifestazione o lo spettacolo per cui intendevano spostarsi sono stati cancellati o rinviati). La previsione è che il vettore rimborsi il prezzo del biglietto o emetta un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno. L'art. 88 d.l. n. 18/2020 estende questa disciplina ai contratti di soggiorno (in strutture alberghiere o assimilate), ai contratti per l'accesso a spettacoli di ogni genere, nonché a musei o altri luoghi della cultura. Si tratta, però, di norme non solo disorganiche e frammentate, ma potenzialmente aporetiche.

10 In tal senso anche Bendetti, A.M. - Natoli, R.: "Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito", *dirittobancario.it*, 25 marzo 2020.

11 Al primo posto si è collocata la Spagna con 243 €/MWh.

destinati dal PNRR al Ministero della Transizione Ecologica (34,9 miliardi di euro). Se i prezzi non dovessero diminuire, ed allo stato lo scenario è assai verosimile, la crescita del PIL italiano potrebbe essere ben inferiore a quanto previsto nel corso dell'anno, e quasi un terzo dei posti di lavoro nei settori più energivori (500mila) sarebbe a rischio[12]. Quasi superfluo ricordare come il conflitto in corso tra Russia e Ucraina, le sanzioni europee inflitte a Mosca e le ritorsioni da parte di quest'ultima consistenti in una sempre più stringata fornitura di gas ai Paesi dell'Europa occidentale, determinano un inasprimento del quadro economico globale.

È in tale prospettiva metodologica che appare necessaria un'indagine circa i rimedi correntemente praticati nella consuetudine internazionale. L'istituto delle *hardship clauses*, recepito in autorevoli strumenti di *soft law,* illumina sulla concreta esperibilità di rimedi volti alla rinegoziazione che risultino efficienti tanto quanto flessibili. L'analisi di tali discipline fornirà la chiave di volta necessaria a fondare un progetto ricostruttivo, *de iure condendo*, che possa fornire certezza ai traffici giuridici e un giusto riequilibrio delle prestazioni. Sebbene tali clausole di salvaguardia siano ormai consolidate a livello internazionale e recepite in altri ordinamenti continentali (attraverso riforme di recente attuazione), il legislatore domestico, pur avendone tenuto conto nella stesura di un progetto di modernizzazione del Codice civile, tuttavia (come si vedrà nel prosieguo dell'indagine) non ha dato attuazione a tale strumentario giuridico, il quale dopo una lunga giacenza parlamentare è definitivamente decaduto in uno con la diciottesima legislatura.

II. I RIMEDI APPRESTATI DAL DIRITTO INTERNAZIONALE. LE HARDSHIP CLAUSES.

La pratica internazionale ha introdotto le *hardship clauses*: trattasi di clausole contro le avversità, espressive della necessità di fronteggiare le difficoltà e addivenire alla esecuzione della prestazione dedotta all'interno del contratto[13].

12 "*Crisi energetica: l'Italia è diversa?*" a cura di ISPI Data Lab, pubblicato il 16 febbraio 2022; per ulteriori approfondimenti sull'aumento dei prezzi delle materie prime si veda anche "*Petrolio e gas senza freni: gli Usa vogliono colpire l'export russo e il mercato trema*" di Sissi Bellomo, pubblicato su Il Sole24Ore il 7 marzo 2022.

13 Tradizionalmente, la loro nascita si fa risalire al noto conflitto che, nel corso del 1967, venne denominato "guerra dei sei giorni" e che portò alla occupazione militare del Canale di Suez da parte dell'esercito egiziano. Per approfondimenti storici si rinvia a Mejcher, H.: *Sinai. 5 giugno 1967. Il conflitto arabo-israeliano*, Bologna, 2000, nonché a Oren, M.B.: *La guerra dei sei giorni: giugno 1967: alle origini del conflitto arabo-israeliano,* Milano, 2003. È agevole rilevare come, in quella peculiare occasione, vennero a essere alterati gli equilibri sinallagmatici in precedenza raggiunti attraverso la stipulazione di contratti (internazionali) di trasporto marittimo di merci. Da un lato, si riscontrò un ritardo nell'adempimento della prestazione (e nella consegna dei beni) non strettamente imputabile, né eziologicamente, né soggettivamente, al debitore. Dall'altro, tanto il creditore che il debitore si trovarono a sopportare costi relativi al trasporto, ben maggiori di quelli antecedentemente previsionati. L'una e l'altra conseguenza scaturirono dalla circostanza per la quale, in assenza di navigabilità dello stretto condotto, fu necessario, per raggiungere l'Europa, circumnavigare l'intero continente africano. È in tale contesto storico che le clausole *de quibus* trovarono esponenziale diffusione. Sebbene già esistenti da lungo tempo, infatti, fu con tale evento che esse divennero definitivamente una prassi consolidata di tipo commerciale.

La clausola di "avversità" si fonda ontologicamente sul ben noto istituto della forza maggiore, conosciuto pacificamente nella gran parte degli orditi nazionali. La *vis major* costruita dalla prassi internazionale si atteggia quale motivo di esonero da responsabilità. La peculiarità principale dell'istituto risiede nella circostanza che, differentemente da quanto accade nei contratti esclusivamente 'interni', sono le parti a dettare una disciplina autonoma della rilevanza giuridica dell'evento sopravvenuto. Infatti, a loro discrezione, i paciscenti possono considerare rilevanti o meno taluni eventi e non altri (ad esempio, l'incendio ma non l'epidemia, il conflitto a fuoco ma non l'inondazione, o il disastro aviatorio).

Specularmente, discrezionalmente regolano le conseguenze giuridiche di detto evento: lo scioglimento, un vero e proprio obbligo giuridico di rinegoziazione, o una mera facoltà accordata[14]. Come tale, si differenzia dal principio *rebus sic stantibus,* che pure governa la consuetudine internazionale: tale ultimo principio consente a che le disposizioni di un contratto o di un trattato non si applichino in presenza di eventi sopravvenuti, ma non riguarda esclusivamente la materia contrattuale e non implica di per sé alcuna facoltà od obbligo di risoluzione o rinegoziazione[15]. Si distingue altresì dalla "*hell or high water clause*", diffusa nei contratti internazionali di *leasing* e di significato specularmente opposto, ove la parte debitrice è tenuta ad effettuare il pagamento anche in presenza di straordinarie e difficilmente superabili difficoltà[16].

Altro fondamento inespresso della clausola è costituito dal leale dovere di cooperazione tra le parti, secondo quelle regole di correttezza e solidarietà che, negli ordinamenti interni, acquisiscono la veste della buona fede oggettiva. I contratti internazionali, infatti, caratterizzati generalmente da una lunga durata, e dalla complessità dei rapporti negoziali, sono potenzialmente soggetti ad essere incisi dalla sopravvenienza in misura largamente superiore a quanto accade con riferimento ai contratti che esauriscano i loro effetti all'interno di un unico ordinamento. Gli squilibri che possono verificarsi in tali rapporti giuridici, anche in conseguenza di diverse opzioni politiche ed economiche maturate in ordinamenti che presentano collegamenti con il contratto, sono suscettibili di alterare in misura intollerabile, per una delle parti, l'originale assetto degli interessi pattiziamente determinato. Attesa la complessità e la rilevanza dei rapporti economici dedotti nei contratti internazionali (dove accanto alle prestazioni corrispettive che qualificano il rapporto si rinvengono accordi di cooperazione, di sviluppo e gestione a lungo termine in settori economici di primaria importanza), la scelta

14 Cfr. Maskow, D.: "Hardship and Force Majeure", 40 *Am. J. Comp. L.*, 1992, p. 657 ss.

15 Per approfondimenti, si rinvia a Galletto, T.: "Clausola "rebus sic stantibus", *Dig. it., sez. civ.*, vol. II, Torino, 1988, nonché a Osti, G.: voce "rebus sic stantibus", *Noviss. dig. it.,* III, Torino, 1959, p. 353 ss.

16 Cfr. Gordon, J.: "Hell or High Water Contract Explained", *The Business Professor,* 18 dicembre 2020, nonché Bent, P.: " 'Trial of the Century' Takes on Hell or High Water", *Law Journal Newsletters,* 18 dicembre 2020.

del rimedio risolutorio a fronte della sopravvenienza di circostanze incompatibili con (l'ulteriore) adempimento si rivela inadeguata e non appagante per la stessa parte onerata[17]. In questa prospettiva si è evidenziata la sussistenza di doveri di cooperazione anche in assenza di esplicite previsioni contrattuali[18].

La tipica *hardship clau*se statuisce, innanzi tutto e come accennato, quali siano le «circostanze» da prendere in considerazione per verificare se si è in presenza di «*hardship*» o meno. Si prevede poi un meccanismo negoziale volto alla constatazione della possibile operatività della clausola, attraverso l'obbligo di comunicazione (del possibile verificarsi della «*hardship*») e di consultazione, con eventuale ricorso dell'arbitrato per determinare se possa o meno operare la clausola. Accertata la sussistenza della «*hardship*» - amichevolmente o attraverso l'intervento arbitrale - può essere consentita (per espressa previsione contrattuale) una sospensione dell'esecuzione per un determinato periodo, accompagnata dall'obbligo per le parti di rinegoziare il contenuto economico dell'accordo originario. Ove la trattativa fra le parti non abbia esito positivo, è previsto il ricorso alla clausola compromissoria[19]. La funzione dell'arbitrato, peraltro, è di natura prettamente negoziale, in quanto agli arbitri è assegnato il compito (non di dirimere una controversia ma) di colmare le lacune del contratto e persino di procedere ad una revisione dello stesso, ovvero di raccomandarne un rinnovato assetto, indicando i nuovi parametri da tenere in considerazione[20].

In via aggiuntiva, rispetto al ricorso al lodo arbitrale internazionale, è altresì possibile che le parti prevedano il ricorso al giudice competente secondo le regole del diritto internazionale privato o al giudice individuato di comune accordo dalle parti all'interno del contratto[21].

Così descritta, la clausola va tenuta distinta da quella di forza maggiore, pure contenuta nella elencazione adottata dalla ICC e recentemente revisionata[22] nel corso del marzo 2020. Essa, infatti, determina a favore della parte che la invoca la

17 In tal senso Carbone, S. - Luzzatto, R.: "I contratti del commercio internazionale", in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 11, Torino, 1984, p. 111 ss.

18 Cfr. Frignani, A.: "La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil law e common law", *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 699 ss. osserva come tali clausole "con una previsione di carattere generalissimo, tanto più necessaria in quanto non è possibile prevedere in anticipo tutte le eventuali modificazioni che interverranno nel corso di un lungo rapporto, sono in grado di porre rimedio a tutte le circostanze sopravvenute, qualunque sia la loro origine o natura"; Id, voce "Hardship Clause", *Noviss. dig. it., App.*, Torino, 1988, p. 1180 ss.

19 In tema sia consentito il rinvio a Aceto di Capriglia, S.: "Nuovi orizzonti del diritto dell'arbitrato. Focus comparatistico", *Rass. dir. civ.,* 3/ 2021 p. 1112 ss.

20 Cfr. Galletto, T.: *ult. op. cit.*; Frignani, A.: *op. cit.*, p. 1192.

21 Il testo attualmente vigente delle clausole di forza maggiore e di *hardship* è disponibile al seguente indirizzo: https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/07/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020-ita.pdf.

22 Nella edizione più recente, è stata introdotta una versione per così dire 'abbreviata' e sintetica della clausola di forza maggiore, ed è stata migliorata la intellegibilità e la chiarezza dei termini adoperati nella sua redazione.

possibilità di essere esonerata dall'obbligo di adempiere alle proprie obbligazioni, nonché da ogni tipologia di responsabilità per danni o per inadempimento. In sintesi, la clausola di forza maggiore non prevede alcun obbligo di rinegoziazione del contratto, non si pone in prospettiva conservativa e si occupa esclusivamente delle conseguenze derivanti dallo scioglimento. Si tratta, cioè, di clausole aventi natura e contenuti del tutto eterogenei.

In conclusione, è possibile considerare che il funzionamento della clausola di *hardship* è ben suscettibile di trovare applicazione feconda esattamente alle sopravvenienze derivanti dalla pandemia attualmente in corso[23]. Il fenotipo è avvenuto nel concreto proprio nelle contrattualistiche internazionali. In tale campo l'applicazione della previsione negoziale ha evitato il temuto scioglimento del rapporto obbligatorio, foriero di ulteriori costi per le parti, che invece possono comunque ricavare un utile dalla perdurante esecuzione dell'accordo. Non a caso, già da tempo una avveduta dottrina ne auspicava la applicabilità anche a quei contratti privi di connotati di 'esternalità' e interessanti parti contrattuali di cittadinanza italiana[24]. Il vantaggio insito nel ricorso a siffatta clausola sta nel fatto che l'evento straordinario non deve essere necessariamente imprevedibile.

Allo stesso tempo, tuttavia, anche ammettendone l'applicabilità ai contratti meramente domestici, essa soffre di taluni rilevanti limitazioni. *Prima facie*, è da segnalare che l'introduzione di siffatta clausola è rimessa alla comune volontà delle parti. Qualora esse non vogliano farvi ricorso, o non abbiano potuto farlo poiché non hanno considerato *ex ante* la possibilità di una pandemia, essa non potrà trovare applicazione. Secondo aspetto di non poco momento riguarda la circostanza per la quale la clausola di *hardship* non specifica le concrete modalità di rinegoziazione del contratto. Sviluppatasi nella prassi sovranazionale, essa non fa riferimento alle regole di uno specifico ordinamento, né a quelle di Trattati o Convenzioni internazionali. Né è previsto che la suddetta rinegoziazione debba avvenire secondo criteri di giustizia e di equità, né è considerato presente in essa un richiamo a doveri di correttezza e solidarietà nella fase di rimodulazione del sinallagma contrattuale.

III. Un ausilio da parte della soft law nella gestione delle sopravvenienze: i Principi Unidroit. Le prospettive provenienti dai progetti di armonizzazione del diritto europeo dei contratti (PECL).

L'art. 6.2.3 Principi Unidroit, recante la rubrica "*hardship*", dispone che l'insorgenza di eventi tali da alterare l'equilibrio delle prestazioni fornisce alla parte

23 Sul rapporto fra *hardship clauses* e gli eventi pandemici in corso, si abbia riguardo al recente Campione, R.: "Il Covid-19 nei contratti commerciali internazionali tra force majeure, material adverse change/effect e hardship", *Contr.* 2021, p. 75 ss.

24 Cfr. Frignani, A.: *ult. op. cit.*, p. 1195 ss.

svantaggiata il diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. Tale facoltà è subordinata alla condizione che la richiesta venga fatta senza ingiustificato ritardo e previa indicazione dei motivi sui quali è basata la petenza del soggetto svantaggiato.

La richiesta di rinegoziazione non dà, *ex se*, alla parte vulnerata il diritto di sospendere l'esecuzione del contratto inciso dalla sopravvenienza (art. 6.2.3 n. 2). Al contrario, è solo in caso di mancato accordo entro un termine ragionevole che ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice (art. 6.2.3 n. 3). Quest'ultimo, se accerta il ricorrere di una ipotesi di "*hardship*", può risolvere il contratto in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure modificarlo al fine di ripristinare l'originario equilibrio (art. 623 n. 4). Le diposizioni vengono inserite nel capitolo espressamente dedicato all'adempimento.

La definizione di disagio (*hardship*), che compare nell'articolo 6.2.2, è complessa, perché non solo definisce la natura dell'onere, ma anche degli altri fattori che devono coesistere al fine di renderla giuridicamente rilevante. Come presupposto, innanzitutto, si annovera il verificarsi di eventi che alterano fondamentalmente l'equilibrio del contratto, sia perché il costo della prestazione di una parte è aumentato o perché il valore della controprestazione che una parte riceve è diminuito. Più precisamente, si specifica che il ricorso alla clausola *de qua* è possibile quando l'equilibrio tra le prestazioni risulti significativamente alterato, cioè quando il valore o il costo della prestazione subisca una variazione pari o maggiore del cinquanta percento. È allora possibile avvedersi di come, anche in questo caso, la disposizione che pone l'obbligo di rinegoziazione, all'interno della calendazione dei Principi Unidroit, sia ancorato a quei fatti che, nell'ordinamento interno, legittimino la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta[25]. Difatti, come nel caso dell'impossibilità, il disagio di fatto non fa scattare automaticamente l'operatività dell'*hardship*. *A fortiori*, deve essere dimostrato che gli eventi non potevano ragionevolmente essere presi in considerazione; che essi non sono sotto il controllo della parte e che il rischio non è stato assunto contrattualmente da costei. Alcuni autori hanno suggerito che solo difficoltà realmente straordinarie e del tutto eccezionali possano giustificare la invocazione della clausola di *hardship,* quando l'oggetto della prestazione sia una obbligazione di risultato. In tale ipotesi, la parte contraente non si impegna genericamente ad adoperare i propri mezzi, ma garantisce il raggiungimento di un certo obiettivo con le conseguenze da ciò

25 Il giurista meno attento potrebbe ravvisare nei presupposti indicati dai Principi Unidroit vicende simili a quelle che legittimano la rescissione per lesione *ultra dimidium* ai sensi dell'art. 1448 c.c. Tuttavia, nonostante in tale istituto si contempli una sproporzione tra prestazioni, si richiede altresì la esistenza di uno stato di bisogno del debitore e il corrispettivo approfittamento da parte del creditore, parametri questi del tutto estranei alla fattispecie in esame. Nella rescissione per lesione, difatti, è necessario un nesso eziologico e di strumentalità tra lo stato in cui versa la parte debole e la proposizione di offerte contrattuali svantaggiose da parte del creditore. Cfr. Cass. civ., sez. II, 12 giugno 2018, n. 15338, *Pluris*.

derivanti. Il debitore potrà invocare l'*hardship* solo qualora esistano avversità tali da rendere del tutto impraticabile il raggiungimento del risultato[26].

Come nelle ipotesi di allegazione di una causa di forza maggiore, anche in quelle di '*hardship'* la prevedibilità dell'evento costituisce il fulcro centrale attorno al quale ruota l'intera costruzione normativa[27]. Il principio generale è quello secondo il quale, se l'evento è prevedibile, allora i paciscenti ne debbono necessariamente tenere conto durante la formulazione e formazione del contratto. Qualora non lo abbiano fatto e l'evento si verifichi, la parte svantaggiata da esso ne subirà le conseguenze pregiudizievoli[28].

Gli effetti del principio di *hardship* accolto nei Principi Unidroit si risolvono nella rinegoziazione delle clausole contrattuali. Se la invocazione del principio risulta fondata, la controparte è obbligata a negoziare in buona fede per adattare il contratto e alleviare l'onere derivante dalle avversità. Una parte che negozia o interrompe le trattative in malafede è responsabile delle perdite causate alla controparte. Nel caso in cui non raggiungano un accordo, ciascuna di esse può adire il Tribunale[29]. L'aspetto innovativo rispetto alla tipizzazione intervenuta da parte della Camera di Commercio Internazionale è che, all'interno dei Principi Unidroit, essa non è pensata come una clausola che le parti possono discrezionalmente aggiungere o meno. Al contrario, il principio di "*hardship*" è immanente al sistema, e riguarda, come suggerisce la collocazione topografica, l'area dell'adempimento contrattuale. In tale prospettiva, la parte non può discrezionalmente convenire o meno circa la rinegoziazione, ma è obbligata a farlo, e testualmente, sulla base della buona fede oggettiva. Si tratta di una vera e propria rivoluzione copernicana rispetto a quanto previsto nella contrattualistica internazionale. In questo ambito, la problematicità scaturente da particolari contesti geopolitici scoraggia le soluzioni eccessivamente audaci.

I Principi Unidroit[30], invece, non impongono solo *expressis verbis* un obbligo giuridico, ma lo rafforzano attraverso la previsione di una responsabilità civile in

26 Con riguardo alla dottrina straniera, si veda Veytia, H.: "The Requirement of Justice and Equity in Contracts", *Tul L. Rev.,* 1995, 69, pp. 1205-06.

27 Sull'argomento si veda Venturelli, A.: "Clausola di "hardship", in Confortini, M.: *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, Assago, 2017, p. 1035. Cfr. anche Zaccaria, E.C.: "Sopravvenuto squilibrio tra le prestazioni (hardship) e adattamento dei controlli nel commercio internazionale", in Alpa, G. - Capili, G.: *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007; Ambrosoli, M.: *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, p. 322 ss; Frignani, A.: "La Hardship Clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi neli ordinamenti di civil e di common law", *Riv. dir. civ.,* 1, 1979, p. 680 ss; Scarpa, D.: "Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano", *Contr. impr.,* 2013, 4-5, p. 951 ss.

28 Cfr. Perillo, J.: "Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Tul. J. of International Law and Comparative Law,* 1997, vol. 5, p. 6 ss.

29 Cfr. art. 6.2.3.

30 Cfr. De Nova, G.: "I Principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali", *Contr.*, 1995, p 5 ss.; Di Majo, A.: "I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit", *Contr. impr. Europa,* 1996, p. 287 ss.; Ferrari, F.: "I 'Principi per i contratti commerciali internazionali' dell'Unidroit ed

caso di inadempimento. Si tratta di una previsione di *enforcement* che dona efficacia e concretezza all'obbligo giuridico di rinegoziazione, dissuadendo la controparte da condotte scorrette o malevoli. Tuttavia, i limiti dei Principi Unidroit sono insiti nella loro stessa natura giuridica. Sebbene redatti come regole astratte, questi ultimi non sono stati elaborati in forma di Trattato internazionale o legge modello da sottoporre agli Stati per essere trasformata in legge nazionale. Essi costituiscono una fonte di *soft law*, e cioè una serie di princìpi contrattuali privi di forza vincolante diretta, l'applicazione dei quali dipende esclusivamente dal loro valore persuasivo[31]. In assenza di ulteriori argomenti sistematici e normativi, appare davvero arduo fondare su di essi soli un vero e proprio obbligo giuridico di rinegoziazione. Inoltre, anche quando gli articoli 6.2.2. e 6.2.3. dei Principi non fossero rispettati, non essendo essi vincolanti, non possono fondare una responsabilità della parte qualora non vengano espressamente accolti da una previsione contrattuale specifica, o in una disposizione di fonte primaria o subordinata a carattere nazionale.

Nello stesso senso, peraltro, sembrano direzionarsi anche i Principi di Diritto Europeo dei Contratti (c.dd. "PECL"). Essi, già a partire dall'art. 1:202, all'interno della sezione dedicata ai doveri generali delle parti, sanciscono l'onere per queste ultime di cooperare lealmente ai fini della corretta esecuzione del contratto. Nella successiva sezione sesta dedicata ai contenuti e agli effetti del negozio giuridico, il mutamento sopravvenuto di circostanze è esplicitamente preso in considerazione dall'art. 6:111. In genere, anche quando la prestazione diventi maggiormente onerosa per il debitore in un momento successivo alla stipulazione, egli sarà comunque tenuto ad adempiere (par. 1). Solo in presenza di taluni presupposti sarà possibile richiedere alla controparte (e, in seguito, al giudice) la risoluzione del contratto o la sua rinegoziazione. Non solo l'evento che ha reso la prestazione onerosa deve sopravvenire alla conclusione del negozio, ma esso deve risultare altresì non prevedibile, e non rientrare nei rischi assunti dalla parte attraverso la stipulazione. Il disposto dei PECL offre una alternativa tra terminazione dell'affare (e dunque risoluzione) e adeguamento, *ope iudicis,* in assenza di accordo tra i paciscenti (parr. 2 e 3). Fondamentale è che, in ultimo, si preveda che il giudice possa condannare al risarcimento del danno quella parte che si rifiuti di rinegoziare o che interrompa le trattative. Necessario è altresì che si specifichi che ciò debba avvenire "in modo

il loro ambito di applicazione", *Contr. impr. Europa*, 1996, p. 300 ss.; Pernazza, F.: "I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: codificazione ed innovazione in un nuovo modello di uniformazione del diritto", *Riv. dir. comm.,* 1996, p. 297 ss.

31 Per approfondimenti si rinvia a Marella, F.: *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale,* Padova, 2003, p. 63 ss.; Bortolotti, F.: *Il contratto internazionale. Manuale teorico-pratico,* Padova, 2012, p. 13 ss.; Di Majo A., *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, p. 173 ss.; Carlini Prosperetti, P.: *Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali 2010*, Milano, 2012; Perlingieri, P.: *Diritto dei Contratti fra Persona e Mercato*, Napoli, 2003; Mostacci, E.: *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.

contrario alla buona fede", confermando la costruzione dogmatica che sinora si sta tentando di solidificare[32].

Una disposizione analoga è altresì contenuta nel *Draft Common Frame of Reference* (DFCR), con struttura essenzialmente analoga a quella replicata nei PECL. In questo ambito, si pone un accento sull'aspetto della ingiustizia.

Il pagamento di una prestazione divenuta eccessivamente onerosa a seguito di eventi imprevedibili risulterebbe del tutto scorretto, e allora la parte gravata può chiedere lo scioglimento del rapporto o la sua rinegoziazione (cfr. art. III – 1:110).

IV. GLI ORDITI NORMATIVI DI CIVIL LAW. LA RIFORMA DELLE OBBLIGAZIONI DELL'ANNO 2002 IN GERMANIA E IL §313 BGB COME CONSEGUENZA ALLE IPOTESI DI STÖRUNG. APPLICAZIONE DELLA CLAUSOLA GENERALE DI TREU UND GLAUBEN (§242 BGB).

Volgendo l'attenzione sul versante degli ordinamenti di *civil law* balza subito agli occhi come tradizionalmente siano stati tutti improntati al principio *pacta sunt servanda* riconoscendo valore esclusivamente alla fattispecie della sopravvenuta impossibilità, la quale legittimava la richiesta di risoluzione del contratto. Le distinte figure della eccessiva onerosità e della "frustrazione dello scopo" le quali ricorrono allorquando l'adempimento non è oggettivamente impossibile, ma diviene economicamente più oneroso, ovvero perda completamente di interesse da parte di almeno uno dei contraenti, sono state invece oggetto di evoluzioni ed acquisizioni che risulta utile ricostruire.

Sulle sollecitazioni provenienti dall'*acquis* comunitario e internazionale, alcuni singoli ordinamenti giuridici del vecchio continente hanno avviato un processo di 'rivitalizzazione' dei grandi 'Codici', sopravvissuti alla stagione ottocentesca di stampo strettamente volontaristico, ma per molti studiosi oggi equivalenti a una 'lettera morta'[33]. Ciò che si è verificato nel corso del tempo è la progressiva opera di de-codificazione di aspetti settoriali del diritto civile, rivisitati da direttive euro-unitarie poi recepite con leggi speciali. Per tale via, il diritto dei consumatori, la disciplina dei contratti bancari e di quelli finanziari, sono stati asportati dall'originario alveo codicistico, creando una eterogeneità di *corpora* normativi, determinante una sempre maggiore entropia di sistema. Allo stesso tempo, princìpi e istituti

32 Per approfondimenti sia consentito rinviare a V. Scalisi, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Torino, 2011, p. 371 ss., Navarretta, E.: *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore, Atti del Convegno Pisa 25-26 maggio 2007*, Milano, 2007, p. 286 ss.; Roppo, V.: *Trattato del Contratto*, vol. V, Milano, 2006, p. 734 ss. Cfr. inoltre Perlingieri, G.: *Pandemia da coronavirus,* cit., p. 77 ss.

33 Così, testualmente Grundmann, S. - Schäfer, M, Le riforme del diritto contrattuale francese e tedesco, *Orizzonti del diritto commerciale*, 2020, 2, p. 317 ss. In tema di decodificazione Perlingieri P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale - I - metodi e tecniche*, 2020, *passim.*

generali enunciati dalle norme tradizionali sono poi risultati anacronistici e di difficile applicazione alle nuove situazioni sociali (si pensi, ad esempio, ai contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali[34]). Pertanto, a partire dall'inizio del nuovo secolo, si è avvertita l'esigenza di un ritorno alle origini, di un inverso processo di riconduzione a unità che affidasse nuova centralità al *codex*.

In Germania, la riforma[35] del diritto delle obbligazioni e dei contratti intervenuta nell'anno 2002 si è posta come soluzione ideale all'esigenza di accogliere, nell'ordinamento giuridico interno, la Direttiva comunitaria in materia di vendita di beni di consumo[36]. La componente legislativa, in luogo di incorporare in una legge settoriale tale disciplina (come è accaduto in Italia, ove si è preferito accorparla al codice del consumo), ha colto l'occasione per inserire organicamente la materia nel testo tradizionale codicistico, riformando nel frattempo tutto quanto fosse risultato vetusto e non adeguato alla disciplina dei casi concreti.

In tale prospettiva, posta la economica inconvenienza dell'esperimento dei rimedi risolutivi o rescissori, tra i punti focali della riforma del diritto delle obbligazioni è necessario ricordare il § 275 BGB. Esso disciplina l'impossibilità materiale, in virtù della quale, il debitore può rifiutare la prestazione quando questa non è esigibile (per causa a lui non imputabile) poiché, tenuto conto del contenuto dell'obbligazione e del principio di buona fede, il suo adempimento richiede spese eccessivamente sproporzionate rispetto all'interesse alla prestazione del creditore.

Sul tema dell'alterazione del fondamento negoziale, si deve aver riguardo al novello §313 BGB[37]. Dal tenore letterale del prefato paragrafo si comprende, *ictu oculi*, che si tratta di una norma destinata a correggere il principio *"pacta sunt servanda"*, per evitare che i paciscenti restino vincolati ad un contratto il cui adempimento comporterebbe per uno di essi un'ingiustizia insopportabile. I

34 La cui disciplina è stata introdotta, a livello europeo, dalla Direttiva n. 85/577/CE, varata dal Consiglio il 20 dicembre 1985.

35 Avvenuta con la legge 26 novembre 2001, *Bundesgesetzblatt* I, p. 3138.

36 Direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, OJEC 1999 L 171/12; per quanto riguarda la letteratura su questa misura, si veda. Bianca C.M, Grundmann S., *EU Sales Directive - Commentary*, Intersentia Uitgevers, 2002; De Cristofaro G., *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore - l'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo,* Padova, 2000; Pellet S., "La garantie légale des biens de consommation – étude comparée des droits français, anglais et communautaire", *ANRT*, 2003.

37 La teoria dell'alterazione del fondamento negoziale trovava origine nell'elaborazione di Oertmann P., *Die Geschäftsgrundlage: Ein neuer Rechtsbegriff*, Lipsia, 1921. Secondo tale autore nel caso in cui eventi sopravvenuti fossero stati in grado di frustrare le aspettative comuni delle parti esistenti al momento della conclusione dell'accordo (determinando così, il venir meno del fondamento negoziale), le corti sarebbero state legittimate a sciogliere il vincolo contrattuale o a modificarne i termini. Fu soprattutto durante il periodo del primo dopoguerra, con la mastodontica inflazione abbattutasi sul Paese che tale teoria trovò massiva applicazione (cfr. il caso *Vigogne-Spinnerei,* 3 febbraio 1922, (1992) 103 Reichsgericht Zivilsachen, p. 329 ss. in tema di una vendita il cui prezzo era stato fissato prima dello scoppio inflattivo che aveva poi determinato una notevole sproporzione tra le prestazioni, tale da indurre il Tribunale ad autorizzarne la revisione). Per una profilazione comparata in tema di gestione delle sopravvenienze, si abbia riguardo a Giusti C., *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale. Analisi comparata e prospettive di riforma*, Napoli, 2019.

prerequisiti di una tale modifica, tuttavia, sono rigidi. Si necessita un'alterazione veramente grave e profonda delle condizioni esterne che sono divenute, per ambedue le parti, esplicitamente il fondamento del contratto concluso. La metamorfosi di quelle condizioni deve essere talmente incisiva sull'equilibrio del contratto che sarebbe inconcepibile insistere sull'adempimento del negozio inalterato. È poi fondamentale notare come la norma preveda, di regola, non lo scioglimento, ma l'adeguamento del contratto in modo da salvaguardare il più possibile il rapporto creato dalle parti in base alla propria autonomia contrattuale.

La giurisprudenza alemanna aveva concepito, prima della riforma del 2002, l'adeguamento del contratto come un automatismo legale, che richiedeva soltanto la determinazione e la conferma, da parte del giudice, delle nuove condizioni contrattuali già subentrate per via di legge, ma imprevedibili per le parti. Nella nuova normativa è, invece, previsto che siano le medesime a decidere in che modo, quanto e in che senso, vogliano modificare il contratto. Lo strumento giuridico per arrivare a questo effetto non è più un automatismo di adeguamento. La nuova norma concede invece alla parte svantaggiata la pretesa di chiedere al contraente una modificazione del contratto. Se quest'ultimo si rifiuta di avviare le trattative, la parte svantaggiata ha il diritto di citarlo in giudizio per ottenere l'adeguamento[38].

Si tratta di un rimedio germogliato sul tronco fertile del principio di buona fede oggettiva previsto dal §242 BGB. In una prima versione, il BGB presentava una clausola di buona fede molto più ampia dell'attuale, poi bipartita nei paragrafi 157 e 242. Tale partizione non è, di per sé, indice di una volontà del legislatore di limitare la portata fenomenologica del canone di buona fede. Il par. 242 deve la sua rilevanza innanzitutto ai giuristi dell'epoca successiva alla emanazione del codice (avvenuta, come noto, nell'anno 1900). Essi interpretarono la norma in modo da estenderne la sua accezione oltre la fase di esecuzione del contratto. Sarebbe poi seguito, il lavorio delle Corti che, con "obbedienza ragionata", cominciarono a riempire di contenuto quella formula altrimenti troppo vaga. È quindi solo nell'epoca dello Stato sociale che il par. 242 BGB verrà trasformato da semplice "ghianda normativa" in una "quercia giurisprudenziale", che estenderà i suoi rami a moltissimi settori del diritto tedesco[39].

In sostanza, in modo analogo a precedenti orientamenti di *law in action*, il paragrafo 313 pone un obbligo giuridico di rinegoziazione, che risulta la conseguenza ontologicamente necessaria di una ipotesi di *Wegfall* (caducazione

38 Cfr. Stein U., *La modernizzazione del diritto delle obbligazioni del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB – Codice civile tedesco) sulla base della Legge del 2001 sulla riforma del diritto delle obbligazioni (Schuldrechts-Modernisierungs-Gesetz), Lezioni fiorentine 10/11/12 aprile 2017*, personaemercato.it

39 Cfr. Cruciani L., *La clausola generale di buona fede secondo il pensiero giuridico contemporaneo,* relazione presentata nel corso del Convegno *"Privato, pubblico, globale nella prospettiva del diritto comparato"*, Enna-Catania, 28-29 maggio 2010.

o eliminazione di situazioni antecedenti) o, nella dizione attuale della norma, di *Störung* (interferenze sopravvenute sul rapporto negoziale). Attualmente, a seguito della novella normativa, è indiscutibile che l'obbligo giuridico sia realmente tale.

Del resto, nel senso che i contraenti hanno l'obbligo di collaborare (*mitwirken*) per giungere all'adeguamento del contratto, si è pronunciata anche la Corte Suprema tedesca. Essa ha più volte ribadito che «il diritto della parte svantaggiata da un'interruzione della base contrattuale di modificare il negozio obbliga l'altra parte a collaborare alla modifica». Ancora, «reclamo e obbligo sono due facce dello stesso diritto»: con ciò si intende dire che il diritto a pretendere l'adeguamento del contratto, implica l'esistenza dell'obbligo di adeguare il medesimo attraverso la rinegoziazione[40]. Tale imposizione trova giustificazione nel principio di buona fede, nel senso che ogni singola parte è tenuta a comportarsi secondo correttezza nella esecuzione delle prestazioni e, soprattutto, ai sensi del §242 BGB, il creditore è tenuto ad agevolare, per quanto possibile, il debitore nell'adempimento.

Il principio è stato applicato con successo anche alle sopravvenienze contrattuali derivanti dalla pandemia SarS-CoV-2, e in particolare ai contratti di locazione di immobili a uso commerciale. All'attualità, risulta un'unica pronuncia fondamentale da parte della Corte Suprema federale, intervenuta esattamente su tali fattispecie[41]. È da sottolineare prodromicamente che la pronuncia acquisisce immensa rilevanza alla luce del fatto che, in Italia, ma anche in buona parte degli altri Paesi del vecchio continente, mancano simili arresti delle relative Corti di ultima istanza. Al momento in cui si scrive, e a livello europeo, sembra che solo la *Bundesgerichtshof* abbia provveduto a orientare gli interpreti, con soluzioni che, *mutatis mutandis*, sembrano estensibili anche ad altre esperienze.

Il *case law* riguardava due parti che avevano concluso un contratto di locazione di un immobile adibito a uso commerciale. Nel corso della pandemia esplosa tra i mesi di febbraio e marzo 2020, l'Autorità regionale locale e il Governo centrale avevano emanato talune ordinanze di urgenza, disponenti la chiusura dei locali commerciali. La mancanza di entrate pecuniarie in capo al debitore della prestazione locatizia aveva determinato un suo reiterato inadempimento circa l'obbligo di pagamento del canone. È da precisare che la parte debitrice già versava in precedenza in uno stato di insolvenza, tanto che una agenzia di riscossione del credito aveva provveduto a pignorare uno dei conti correnti del debitore. Ciò nonostante, si era riscontrato un parziale adempimento dei canoni dovuti per i mesi successivi, a partire da giugno 2020. La Corte Suprema federale chiarisce che la incidenza di provvedimenti di diritto pubblico (*factum principis*) costituisce circostanza idonea

40 Le proposizioni virgolettate sono tratte da BGH, Urt. v. 30. 9. 2011 – V ZR 17/11 (OLG Hamm), (2012) NJW, p. 373, commentata da Lüttringhaus J.D., *Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage*, 2013, 213 AcP, p. 266 ss.

41 BGH, 1° aprile 2021, 8 U 1099/20, *openJur* 2021, 16286 (https://openjur.de/u/2336856.html).

ad alterare significativamente il fondamento della contrattazione, ai sensi di quanto previsto dal § 313 BGB. Ciò, per altro, non vale solo per i mesi di febbraio e marzo 2020, ma anche per quelli che vanno da aprile a giugno, posto che nel medesimo periodo sono state promulgate leggi e altri provvedimenti che, nel diritto civile, del lavoro e anche in quello fallimentare, sono finalizzati a proteggere i lavoratori dal pericolo di licenziamento, e gli imprenditori dal rischio di decozione. La *ratio legis* risiede nella circostanza che il legislatore aborri ipotesi nelle quali la parte debole del rapporto subisca conseguenze pregiudizievoli. Secondo l'interpretazione adottata dai giudici berlinesi, l'applicazione del § 313 BGB al caso di specie si fonda su una base di tipo "commerciale", una di tipo ipotetico, e una di tipo normativo. Quanto all'argomentazione di carattere aziendale o commerciale, è da sottolineare che entrambe le parti potevano essere considerate, con riguardo alla specifica attività da ciascuna esercitata, soggetti di tipo professionale.

Il nodo gordiano, tuttavia, nella logica motivatoria, appare quello normativo strettamente ancorato al disposto del §313 BGB. Una interpretazione ragionevole di tale ultimo, porta a ritenere che nessuna delle due parti può essere tenuta a sopportare, per l'intero, ogni possibile ed astrattamente verificabile tipologia di rischio o di avversità. Né il creditore, né il debitore, infatti, sono lasciati per così dire "allo scoperto" dagli apparati legislativi, quando vengano a verificarsi eventi che fuoriescano dall'area del rischio ordinario o comunque 'consentito' per quella tipologia specifica di impresa, o attività professionale esercitata. Ai sensi del §313, e ancor più ai sensi del §242 BGB, deve ritenersi ragionevole che, in presenza di siffatti imprevisti, entrambi i paciscenti sopportino, congiuntamente, le conseguenze lesive derivanti dai medesimi.

Interessante è la presunzione (*iuris tantum*) elaborata pretoriamente dalla medesima Corte Suprema. Essa sancisce che, quando la chiusura di una attività commerciale si prolunghi per almeno un mese o anche di più, debba presumersi, anche in assenza di specifica allegazione, l'esistenza di "conseguenze esistenziali significative", idonee a giustificare, anche dal punto di vista dell'equità, una dequotazione del canone locatizio[42].

In conclusione, ciò che assume rilevanza agli occhi della Corte Suprema è un attento scrutinio del nesso eziologico. Bisogna verificare se la ragione dell'inadempimento risieda realmente e causalmente nell'evento sopravvenuto di tipo imprevedibile. Una volta conclusa tale prima fase di verifica, dovrà seguire un ulteriore controllo circa l'ordinario rischio che normalmente una parte assume nella contrattazione specifica oggetto di causa, e circa eventuali coincidenze tra rischio ordinario ed evento poi concretamente verificatosi. Solo se l'accadimento non coincida con quelli che possano rientrare nell'area del rischio 'consentito',

42 Cfr. par. 122 sent. cit.

potrà concedersi al debitore che sia incolpevole, il diritto di chiedere al giudice (in mancanza di accordo col creditore) una rimodulazione delle condizioni negoziali. È allora possibile avvedersi di come il rimedio introdotto con la riforma del diritto delle obbligazioni abbia dato buona prova di sé, nell'ambito della crisi determinata dalla pandemia. In un momento storico di fortissimo *stress* ordinamentale, la clausola di cui al §313 BGB ha svolto la funzione di 'valvola di sicurezza', che ha impedito il collasso dell'intero circuito economico-contrattuale. Il punto di forza della disposizione nascente dalla novella del 2002 è che, analogamente a quanto aspirerebbero i Principi Unidroit (che tuttavia restano relegati all'area del *soft law*[43]), essa pone un vero e proprio obbligo giuridico, coercibile dal giudice qualora la parte si comporti (come se fosse) in malafede. Deve essere individuato in tale profilo, il segreto della "formula di successo" del rimedio della rinegoziazione. Quando i presupposti del suo utilizzo siano chiari e ben determinati (evento del tutto imprevedibile, tracimazione dal rischio ordinario, sopravvenienza rispetto al periodo della stipulazione), si tratta di rimedio che non lede la certezza dei traffici giuridici, e che anzi contribuisce alla redistribuzione delle perdite secondo modalità solidaristicamente accettabili[44].

V. L'ESPERIENZA FRANCESE: DALLA FORCE MAJEURE ALLA NOVELLA CODICISTICA DEL 2016. LA RILEVANZA GIURIDICA DELL'IMPREVISION. L'ART. 1195 CODE CIVIL.

Il diritto delle obbligazioni è stato oggetto di riforma anche in Francia nell'anno 2016: in particolare a far data dal 1° ottobre è entrato in vigore il decreto 10 febbraio 2016, nr. 131 che ha profondamente innovato il Codice Napoleone in materia di obbligazioni e contratti. Si è sicuramente trattato di una delle riforme[45] più significative e radicali del Codice civile francese a far data dalla sua promulgazione nell'anno 1804.

Il Codice Napoleone nella sua formulazione originaria non aveva disciplinato la clausola *rebus sic stantibus* e più in generale aveva dato uno scarso margine anche

43 Sul fenomeno della *soft law* si abbia riguardo a Bucalo M.E., *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino, 2018.

44 Per approfondimenti sugli effetti della pandemia nella contrattualistica locatizia tedesca si rinvia a Barba V., "I rapporti contrattuali nel periodo di pandemia tra norme emergenziali e diritto comune", *Bilancio Comunità Persona*, 2020, 2, p. 14 ss. Per riferimenti alla situazione domestica, Perlingieri G., *Pandemia da Coronavirus*, cit., p. 84 ss. Più in generale sulla rinegoziazione e sulla allocazione del rischio si veda Cesaro V.M., *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 165 ss. In chiave critica rispetto al criterio del riparto del rischio economico Irti N., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2004, p. 11 ss.

45 Su cui si veda Mazeaud D., "Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese", *Riv. dir. civ.,* 2016, 2, p. 432 ss.; Pédamon C., *The New French Contract Law and Its Impact on Commercial Law: Good Faith, Unfair Contract Terms and Hardship*, in Heidemann M. - Lee J. (a cura di) *The future of the commercial contract in scholarship and law reform*, Berlino, 2018, p. 120 ss.; Chantepie G. - Latina M., *Le nouveau droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil*, Paris, 2018, p. 413 ss.; Chénedé F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats: consolidations, innovations, perspectives,* Paris, 2018, p. 9 ss.

alla rescissione del contratto per lesione. Si riteneva infatti pericoloso consentire l'ingresso nel codice ai c.d. istituti equitativi. Prevedeva, e prevede tuttora a seguito della riforma citata, la liberazione del debitore solo per il verificarsi di un evento imprevedibile, non imputabile alla responsabilità del debitore e tale da rendere la prestazione oggettivamente impossibile (con ricorso al concetto di *force majeure*)[46].

In queste condizioni per molto tempo la giurisprudenza francese ha sistematicamente negato ogni rilevanza alla sopravvenienza contrattuale in rigoroso ossequio al principio[47] *pacta sunt servanda*. Emblematica a questo proposito appare una famosa sentenza pronunciata nel 1876 dalla Corte di Cassazione, comunemente nota come *affaire du Canal de Craponne*, in cui si nega alla radice ogni spazio di operatività alla teoria dell'imprevisione[48]. Si tratta di una teorica giuridica che prevede che, nell'ambito dell'esecuzione di un contratto, una modifica generale del suo equilibrio a causa di un cambiamento di circostanze non prevedibili al momento dell'esecuzione, la parte che risulti onerata da tali cambiamenti di equilibrio possa chiedere all'altra di rinegoziare il contratto. Se la richiesta di rinegoziazione viene rifiutata dalla controparte, o fallisce, entrambi possono convenire di risolvere il contratto alla data e alle condizioni da esse stabilite o chiedere al tribunale di modificarlo. Se le parti non giungono ad un accordo entro un termine ragionevole, il tribunale può, su richiesta di una di esse, rivedere il contratto, adattandolo alle mutate circostanze, o risolverlo alla data e alle condizioni da esso stabilite[49].

46 *Code Napoléon* artt. 1147 e 1148, oggi si veda il combinato disposto degli artt. 1231-1 e 1218 del *Code Civil*. «Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu›un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l›exécution de son obligation par le débiteur. Si l›empêchement est temporaire, l›exécution de l›obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l›empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1».

47 Cfr. Gallo P., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto,* Milano, 1992, p. 85 ss.; Abas P., "La riforma del diritto delle obbligazioni in Francia con particolare riguardo alle sopravvenienze contrattuali", *Pers. merc.,* 1, 2018, p. 27 ss.

48 Cass. civ., 6 mars 1876, 6, D.P. 1876, 1, 193. Nella sua decisione, la Corte di Cassazione francese ha affermato «… dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants», sul tema Terré F., Lequette Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, vol. 2, 12e ed., Paris, 2008, p. 183. Il principio espresso nel caso *Canal de Craponne* è stato riaffermato da numerose sentenze della *Cour de Cassation*, come Cass. Civ. 15 novembre 1933, secondo la quale «La règle que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites est générale et absolue: en aucun cas, il n'appartient aux tribunaux de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et ils ne pourront davantage, sous prétexte d'une interprétation que le contrat ne rend pas nécessaire, introduire dans l'exercice du droit constitué par les contractants, des conditions nouvelles, quand bien même le régime ainsi institué paraîtrait plus équitable à raison des circonstances économiques».

49 Per approfondimenti, cfr. Tuccari E., "Prime considerazioni sulla 'Rèvision pour imprévision'" *Persona e Mercato*, 2018, 1, p. 131 ss.; Ghestin J. at al., *Traité de Droit Civil: Les effets du contrat,* Paris, 1994, pp. 310-311; Ancel P., "Imprévision", *Rép. de dr. civ.*, 2017, 1; Ancel F.: "Quel juge pour le contrat au XXIe asiècle?", *Recueil Dalloz*, 2007, 13, p. 721 ss.; Buffelan-Lanore Y., Larribau-Terneyre V.: *Droit civil. Les obligations*, Sirey, 2017, XV éd., p. 508 ss.

A partire dagli anni '90 del secolo scorso, tuttavia, la giurisprudenza della *Cour de Cassation* ha rivalutato tale principio riconoscendo, in alcuni casi specifici, l'obbligo di rinegoziare un accordo per una delle parti, in nome del principio secondo il quale le pattuizioni devono essere eseguite in buona fede, senza tuttavia consentire la modifica o la risoluzione da parte del giudice di una clausola del contratto al mutare delle circostanze[50]. In particolare, una pronuncia di poco più di dieci anni orsono, sembra aver apportato un cambiamento significativo. La Suprema Corte aveva infatti censurato una decisione con la quale il giudice di appello non aveva indagato sul fatto che un cambiamento profondo e imprevedibile delle circostanze economiche, potesse aver avuto luogo, senza quindi riconoscere che ciò costituiva evento idoneo a mettere in dubbio la debenza della prestazione da parte del debitore[51].

Una tale iniziale avversione e, in seguito, timida apertura verso la teoria della imprevisione contrastava con l'accoglimento diffuso della dottrina della forza maggiore, in ragione della quale un evento straordinario e insormontabile esonerava da ogni responsabilità. Si palesava una scissione tra ambito contrattuale, ove non era possibile addivenire a una rinegoziazione 'di diritto', e della responsabilità civile, ove invece erano ammesse zone di 'impunità'.

Il progetto di riforma del diritto contrattuale, elaborato all'inizio degli anni 2000, teneva conto dell'evoluzione giurisprudenziale degli anni '90. I nuovi articoli proposti, dal 1135-1 al 1135-3, introducevano la possibilità di impegnarsi a rinegoziare un contratto in caso di mutamento delle circostanze economiche, o di adire il giudice per ordinare tali rinegoziazioni. Il loro fallimento senza malafede conferiva a ciascuna delle parti la possibilità di risolvere il contratto gratuitamente, ma accollandosi il rischio. Tuttavia, queste disposizioni proposte non consentivano al giudice di correggere l'equilibrio del contratto modificando una clausola (fissazione dell'indennità) per consentirne la prosecuzione, come invece il giudice amministrativo francese può fare con riguardo a un contratto stipulato con la pubblica amministrazione.

L'intervento normativo del 2016, ispirato al progetto preliminare Catala[52], segna un completo abbandono della giurisprudenza "*Canal de Craponne*", andando

50 Cfr. Soc. 25 février 1992, no 89-41.634, e Com. 3 novembre 1992 no 90-18.547, *Légifrance*. Sul tema, Delmas Saint-Hilaire J.P.: *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, 1960, p. 189 ss.; Jamin C.: "Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil", *Dr. et patr.*, 1998, 1, p. 46 ss.

51 *Cour de cassation*, Chambre commerciale, 29 juin 2010, no. 09-67.369, *Légifrance*.

52 Progetto preliminare presentato dalla commissione Pierre Catala al custode dei sigilli Pascal Clément il 22 settembre 2005, art. 1135-1 a 1135-3, p. 85. Il progetto è liberamente consultabile in lingua francese al seguente indirizzo: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/ rapportcatalaseptembre2005.pdf. Sulla riforma cisalpina con riferimento alle regole dell'interpretazione contrattuale si veda Capilli G.: *L'interpretazione del contratto secondo gli usi*, Napoli, 2017. Per un'analisi della riforma francese, tra gli altri, Grundmann S. - Schäfer M.S.: *op. cit.*, p. 459 ss; Rowan S.: "The New French Law of Contract", *International & Comparative Law Quarterly*, 2, 2017, p. 805 ss.; Sirena P.: *The New Design of the French Law of Contract and Obligations:*

così ben oltre il progetto preliminare e gli sviluppi giurisprudenziali della Corte di Cassazione.

Il novellato articolo 1195 *Code civil*, pur integrando la possibilità per una parte di chiedere la rinegoziazione del contratto, permette anche al giudice civile di pronunciare la sua modifica per consentirne la prosecuzione o, in mancanza, la sua risoluzione[53].

L'art. 1195 *Code civil* dispone oramai che, qualora un cambiamento imprevedibile delle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto ne renda eccessivamente onerosa la esecuzione per una delle parti, quest'ultima potrà chiederne la rinegoziazione, continuando ad adempiere ai propri obblighi durante la fase di ritrattazione, purché essa non abbia previamente accettato il rischio dell'evento che poi si è fattualmente verificato. Si tratta dunque di una disposizione legislativa chiaramente riproducente le condizioni e i caratteri delle clausole contenute nei principi Unidroit e nei PECL, di cui risulta fondamentalmente debitrice. In tal senso è possibile oramai dichiarare chiuso, nel diritto francese, il circolo ermeneutico, posto che le elaborazioni di *soft law* hanno trovato recepimento nelle fonti di legge primaria, tali ultime, vincolanti.

Il *thelos* è quello di rimettere il contratto "nelle mani" delle parti, invitandole a "salvarlo" in caso di in esecuzione[54]. Nell'ipotesi di rifiuto o di fallimento della rinegoziazione, le parti (qualora non decidano di risolvere il contratto) possono di comune accordo adire il giudice affinché proceda alle modifiche del medesimo, o affinché gli metta termine, alla data e alle condizioni che il giudicante decida di statuire. Anche in mancanza di accordo, la parte che lo desideri potrà comunque adire l'autorità giudiziaria ai medesimi fini. Si tratta, pertanto, di una vera e propria risoluzione giudiziale del contratto, non fondata sull'inadempimento della prestazione, ma sulle circostanze che l'hanno resa eccessivamente onerosa[55].

Una volta posto il principio della 'imprevisione' all'interno del *Code civil*, parte del formante dottrinale ha ritenuto che la mera possibilità di richiedere una rinegoziazione, già peraltro esistente nella pratica, non fosse sufficiente. Sarebbe stato invece più opportuno che il legislatore avesse posto un vero e proprio obbligo giuridico di rinegoziare. Talune perplessità sono state sollevate, altresì, con

An Italian View, The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law After the 2016 Reforms, London, 2017, p. 339 ss.; Abas P.: "La riforma del diritto delle obbligazioni in Francia con particolare riferimento alla sopravvivenza contrattuale", *Persona e mercato*, 1, 2018, p. 4 ss.; Gabrielli E.: "Il Codice Napoleone, il contratto e l' operazione economica", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2018, p. 5 ss.

53 Cfr. Tuccari E.: "Note sull'introduzione della "revision pour imprevision" nel codice civile francese", *Eur. dir. priv.,* 4, 2017, p. 1517 ss. e Giusti C.: *op. cit.*, p. 136.

54 In questo senso Ancel F., Fauvarque-Cosson B.: *Il nuovo diritto francese dei contratti*, Torino, 2021, p. 203 ss.

55 Come segnalato da Ancel, Fauvarque-Cosson: *ult. op. cit.*, p. 204-205, ci sono voluti ben 124 anni per sancire la regola dell'ingiustificato arricchimento, e altri 140 per superare la giurisprudenza del canale di Craponne!

riguardo alla vastità e alla scarsa definizione dei poteri affidati al giudice che può revisionare, risolvere o adattare il contratto[56].

Presupposto applicativo dell'istituto è, in ogni caso, "l'imprevedibile e non l'inevitabile". Differentemente da quanto disposto da un precedente progetto di riforma presentato nel corso dell'anno 2008, non si richiede più che la difficoltà incontrata dalla parte sia insormontabile, alla stregua di quanto accade per la forza maggiore. Il tenore testuale così formulato fu considerato eccessivamente restrittivo, in quanto appunto ricalcante integralmente, per questi profili, il testo dell'art. 1218 *Code civil*[57].

L'istituto giuridico della rinegoziazione ha trovato applicazione anche durante la crisi da SarS-CoV-2. Nei casi in cui la pandemia e le misure sanitarie successive non soddisfino le condizioni per qualificarsi come eventi di forza maggiore, ma rendano più oneroso per una parte l'adempimento degli obblighi derivanti da un contratto, quest'ultima può quindi usufruire del beneficio della disposizione di legge sulla rinegoziazione. Invero, tuttavia, la situazione appare ben diversa rispetto a quella esistente in territorio alemanno. Infatti, *prima facie*, manca una pronuncia della Corte Suprema francese che anzi, anche prima della crisi pandemica, si è mostrata assai restia[58] ad applicare l'art. 1195 *Code civil*. Anche taluni precedenti delle Corti di merito, pur sempre anteriormente all'evento pandemico, preferivano far riferimento alla clausola di forza maggiore[59], piuttosto che a quella di rinegoziazione. Allo stesso tempo, per patologie diverse dal "Covid", si è talvolta negato che l'epidemia costituisca un evento "straordinario e imprevedibile"[60].

Un atteggiamento della *law in action*, dunque, caratterizzato ancora da diffidente prudenza, quasi a voler mantenere artificiosamente in vita la vecchia teoria fondata sull'antico brocardo "*pacta sunt servanda*". In tale prospettiva sembrano ben lontani, in territorio francese, gli echi dell'esperienza tedesca, tutta costruita sul 'felice tronco fertile' della buona fede oggettiva. Con particolare riferimento al virus SarS-Cov-2, la Corte d'Appello di Colmar ha preferito richiamare la clausola di forza maggiore, ritenendo che il passaggio della zona dell'Alto e del Basso Reno da rischio "2" a rischio "3" e le relative misure restrittive costituissero eventi eccezionali, straordinari e insormontabili[61].

56 Per approfondimenti, cfr. *ult. op. cit.*, p. 208-209.

57 Fédou J.F. : "Le juge et la révision du contrat", *Rev. de contr.*, 2016, 1, p. 382 ss.; Revet T.: *Le juge et la révision du contrat*, *ibidem*, p. 373 ss.

58 Come è possibile avvedersi consultando il Commentario di diritto civile (sub. art. 1195) presso il sito *Dalloz*, la Cassazione francese non ha mai applicato detto articolo sino al 2019, nonostante che la disposizione sia entrata in vigore a partire dal gennaio 2017.

59 In tema di forza maggiore si abbia riguardo a Diana A.G.: L*a forza maggiore nella crisi dei rapporti contrattuali*, Milano, 2021, *passim*.

60 Cfr. CA Basse-Terre, 17 dicembre 2018, no. 17/00739, *Légifrance*. Il caso aveva ad oggetto la stipulazione di un contratto di viaggio "tutto compreso".

61 Cfr. CA Colmar, 16 marzo 2020, no. 20/01142 in *Dalloz* (*online*).

La conseguenza è la sopravvenuta impossibilità di esecuzione della prestazione e scioglimento del contratto, senza peraltro che sia imputabile al debitore alcuna forma di responsabilità (*force majeure*). Con particolare riguardo all'istituto della rinegoziazione, invece, è da specificare che esso sarà applicabile esclusivamente ai contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore della nuova norma (art. 1195 *Code civil*)[62].

Nodo gordiano dell'intera problematica giuridica indagata è stabilire se la pandemia da SarS-CoV-2 possa essere idonea a determinare un mutamento sopravvenuto delle circostanze tale da inficiare il sinallagma negoziale e garantire la tenuta del sistema. Quesito al quale la Corte Suprema tedesca ha fornito, senza dubbi, risposta affermativa. Chiaramente, anche l'art. 1195 *Code civil* richiede, e questa volta *expressis verbis*, che l'evento non rientri nel rischio ordinario normalmente ed eziologicamente riconnesso alla esecuzione dello specifico contratto. In mancanza di una pronuncia *ad hoc* della *Cour de Cassation*, dovranno dunque escludersi dalla applicazione della rinegoziazione, tutti quei contratti precipuamente stipulati tenendo bene a mente l'evento emergenziale. Data la portata di quest'ultimo, si potrebbe probabilmente sostenere che esso, ma soprattutto le sue conseguenze (restrizioni ai viaggi, chiusura delle frontiere, divieto di assembramenti, obbligo del *green pass*, ecc.) costituiscano un cambiamento rilevante di circostanze fattuali. Dimostrare l'imprevedibilità di questo cambiamento sarà più difficile. Essa dovrà essere valutata in concreto con riferimento ad una persona o professionista ragionevole. È pertanto necessario, che sussista al momento della conclusione del contratto. Occorre quindi determinare quale fosse lo stato dell'emergenza sanitaria al momento perfezionativo. In caso di rinnovo o rinnovo tacito, è in tale data che deve essere valutata la natura ragionevolmente imprevedibile[63]. I contratti conclusi prima del 31 dicembre 2019 beneficeranno senza dubbio dell'imprevedibilità della pandemia. Quelli conclusi all'inizio dell'anno 2020 saranno sicuramente studiati con maggiore precisione: a seguito della dichiarazione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), avvenuta il 30 gennaio 2020 è difficile dire se l'evento fosse ancora imprevedibile. Certamente esso risultava prevedibile, in territorio francese, a partire dal 12 marzo 2020, giorno in cui si sono poste in essere le prime misure di restrizione da parte del governo. Quanto al versante della eccessiva onerosità, il solo aumento del costo di un servizio o la diminuzione del valore della sua controparte non può essere una ragione sufficiente a fondare la richiesta di rinegoziazione. La forza vincolante del contratto implica infatti che ciascun contraente sopporti i rischi delle normali variazioni del valore delle cose. Inoltre, sarà necessario dimostrare il nesso eziologico tra

62 Cfr. Hontebeyrie A.: "Contrat et Covid-19: le point sur « l'imprévision »", 26 marzo 2020, in racine.eu.

63 Cfr. Fabre M. : *Covid 19 et révision pour imprévision*, 5 maggio 2020, *Affiches Parisiennes* (affiches-parisiennes.com). Precedentemente all'evento pandemico, per una ricostruzione dell'applicazione della *théorie de l'imprévision* ai contratti di durata, cfr. Bouthinon-Dumas H.: "Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision", *Revue internationale de droit économique*, 1, 2001, p. 339 ss.

l'epidemia e/o le sue conseguenze e le eccessive difficoltà incontrate dal debitore nell'adempimento della sua obbligazione contrattuale. Previa dimostrazione che tutte queste condizioni sono state soddisfatte, una parte potrebbe richiedere una revisione del contratto a causa dell'epidemia da Covid-19, nonché delle misure governative attualmente in vigore.

Una analisi di alcune recenti pronunce giurisprudenziali risulta utile al fine di cercare di delineare un orientamento prevalente, il quale, come si vedrà, appare non ben definito. Il fenotipo che è stato posto più di frequente all'attenzione del giudicante è quello relativo alle debenze di un conduttore di un locale adibito ad esercizio commerciale che si è visto ridurre drasticamente il volume d'affari – ovvero azzerato – a seguito delle disposizioni sanitarie emergenziali (lockdown). In molti casi i conduttori hanno chiesto una riduzione del canone mensile invocando l'art. 1218 *Code civil* in tema di forza maggiore. Al riguardo il formante giurisprudenziale se ha sicuramente riconosciuto alla diffusione del virus le caratteristiche proprie dell'evento di forza maggiore[64], ne ha spesso respinto l'applicazione al caso di specie, riservando un marcato *favor* nei confronti dei locatori. I giudici hanno il più delle volte ribadito che la forza maggiore non si applica nelle obbligazioni pecuniarie basandosi sulla giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema[65].

Tuttavia, la Corte d'Appello di Parigi[66] sembra ritenere che la forza maggiore possa costituire un grave motivo che giustifica l'annullamento del pagamento del canone se il locatario è in grado di dimostrare «difficoltà di flusso di cassa che rendono impossibile il pagamento dei canoni e degli oneri». In altre parole, il locatario deve fornire la prova della mancanza di liquidità che rende impossibile il pagamento del canone dovuto.

Con riferimento all'art. 1219 del *Code*, pure sollevato nelle questioni relative ai pagamenti dei canoni di locazione si riscontra una scarsa adesione da parte dei Tribunali alle tesi sostenute dai conduttori. Sul punto, si è ritenuto che il locatore non sia garante né del turbamento del godimento derivante dalla chiusura amministrativa dell'attività del locatario né della «chalandise des lieux loués et la stabilité du cadre normatif, dans lequel s'exerce son activité»[67]; e che «la fermeture administrative [n'est] pas en lien avec un manquement du bailleur qui aurait rendu le local inexploitable au regard de l'activité prévue au bail»[68] mentre una sentenza della Corte d'Appello ha ricordato che «le bail commercial n'a pas subordonné

64 Trib. comm. Parigi, 20 maggio 2020, RG 2020160407 «la diffusion du virus, revêt, à l'évidence, un caractère extérieur aux parties, qu'elle est irrésistible et qu'elle était imprévisible comme en témoignent la soudaineté et l'ampleur de son apparition».

65 Corte app. Parigi, 3 febbraio 2021, n. 19/16222; Corte app. Grenoble, 5 novembre 2020, n. 16/04533.

66 Decisione del 7 maggio 2021 n. 20/15102.

67 Trib. Parigi, 25 febbraio 2021, n. 18/02353.

68 Trib. Lione, 17 novembre 2020, n. 2020J00420.

le paiement des loyers à une occupation particulière des locaux ni à aucun taux de remplissage»[69]. Infine è da riscontrare che l'art. 1195 c.c. in tema di *imprevision* ha avuto scarso rilievo ed è stato raramente invocato negli atti processuali. Si segnalano le pronunce del Tribunale di Commercio di Parigi[70] secondo il quale «le montant du loyer contractuellement dû est resté le même pendant les évènements et n'est donc pas devenu "excessivement onéreux"» nonché del Tribunale civile di Parigi[71] il quale ha affermato che «il ne peut être jugé en référé, compte tenu de l'existence de ces circonstances imprévisibles ainsi que des négociations engagées, uel es loyers échus pendant cette période du troisième trimestre 2020 sont exigibles en intégralité».

In conclusione dunque, il diritto francese appare "divisato" tra un ramo normativo fortemente all'avanguardia e un ramo giurisprudenziale sostanzialmente paralizzato e scarsamente in armonia. L'inerzia e l'esitazione della Cassazione rischiano di cagionare lacune applicative in danno di debitori incolpevoli. La situazione, tuttavia, potrebbe essere destinata a mutare già nei prossimi mesi, ove la Suprema Corte potrebbe avere l'occasione di pronunciarsi *ex professo* sull'art. 1195 *Code civil* relativamente all'epidemia in corso[72]. Un'occasione da non perdere, tale ultima, per abbandonare definitivamente il tradizionale orientamento che nega ogni rilevanza giuridica in funzione rinegoziale delle circostanze sopravvenute. È meritevole di lode, in ogni caso, l'intervento in senso riformatore del legislatore del 2016, che ha fornito uno strumento efficace, per il tramite della possibilità di ricorrere al giudice in caso di mancanza di accordo. Questo ultimo, a prescindere dall'eccezionalità dell'evento sanitario in corso, ha di fatto ribadito il "nuovo" ruolo del giudice, il quale si viene a configurare come una sorta di mediatore il cui operato deve ormai superare gli schemi tradizionali che contrappongono, nella logica del contemperamento dei contrasti emersi nei rapporti contrattuali, ad un vincitore un "perdente". Lo schema odierno, come delineato dalle moderne riforme invoca a gran voce il novello schema[73] "win-win".

69 Corte app. Grenoble, 5 novembre 2020, n.16/04533. Inoltre Corte App. Parigi 7 maggio 2021 fa esplicito riferimento a due sentenze risalenti della *Cour de Cassation* del 12 luglio 2000 e del 3 luglio 2012 per ribadire che «il n'existe pas d'obligation légale pour le bailleur d'un local situé dans un centre commercial ou une galerie commerciale d'assurer le maintien de l'environnement commercial, qui lui imposerait de maintenir les commerces ouverts ou d'assurer une fréquentation maximale de la galerie commerçante, celui-ci n'étant tenu que d'assurer la délivrance, l'entretien et la jouissance de la chose louée».

70 Decisione dell'11 dicembre 2020, n. 2020035120.

71 Sent. del 21 gennaio 2021 n. 20/55750.

72 Cfr. Genicon T.: *L'impatto del Covid-19 sul diritto dei contratti in Francia*, *Annuario del Contratto 2020*, Torino, 2020, p. 113 ss e spec. p. 139 «Un gran numero di decisioni giudiziarie sono già state pubblicate… i giudici dicono tutto e il contrario di tutto… il massimo che si può notare è l'incredibile varietà di argomenti utilizzati dai giudici, che a volte invocano la forza maggiore, a volte la *caducité*, a volte l'art. 1218, a volte l'art. 1722, a volte l'art. 1186, a volte il dovere di buona fede ... Un pasticcio deplorevole, insomma: dobbiamo ovviamente aspettare la posizione unificante della Corte di Cassazione.»

73 Testualmente C. Giusti: *op. cit.,* p. 139.

VI. LE SOLUZIONI INDIVIDUATE NELL'ORDINAMENTO DOMESTICO: RISOLUZIONE PER IMPOSSIBILITÀ O PER ECCESSIVA ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA.

In Italia, il processo di rivitalizzazione del codice civile del 1942 non si è ancora compiuto: era allo studio un disegno di legge, recante delega al Governo per la revisione ed integrazione del codice civile (decaduto con la XVIII legislatura). Esso conteneva, tra i princìpi e criteri direttivi ai quali il Governo si sarebbe dovuto attenere nell'esercizio della delega, «il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti» [art. 1, lett. i)][74].

La teoria dell'obbligo di rinegoziare nasce, in territorio italiano, nel corso degli anni '90 del secolo scorso, sulla scia del diritto tedesco. La fonte generatrice di tale dogmatica si rinviene nel disagio, avvertito dagli interpreti innanzi al testo dell'art. 1467 c.c., il quale pone quale unica soluzione, in ipotesi di sopravvenienze che determinino una eccessiva onerosità, la risoluzione dei contratti di durata o a esecuzione periodica[75]. Ciò tuttavia non risponde all'esigenza del contraente onerato di conseguire, per propria iniziativa e in via giudiziale, il riequilibrio delle prestazioni. Se si osservasse il fenomeno della rinegoziazione nel prisma dell'art. 1467 c.c. si aprirebbe un'alternativa povera di soluzioni. O i contraenti raggiungono un accordo modificativo prima – o in occasione – del processo, o la riduzione ad equità della prestazione compete alla parte non onerata che, convenuta in giudizio con la domanda di risoluzione, deciderà, secondo la propria valutazione di convenienza, sul come disporre dei propri interessi. *Mutatis mutandis*, l'adeguamento del rapporto al mutarsi dello stato di fatto è problema che investe l'esercizio del potere di autonomia privata. È in questi termini che il nostro ordito normativo fornisce risposta, con una disciplina generale ed esaustiva, rispetto al tema dell'adeguamento in sede giudiziale del contratto. Si potrebbe dire che si è in presenza di una lacuna in senso, non tecnico, ma ideologico: non manca la norma, ma è carente la disposizione che si desidera ci fosse[76].

74 D.d.l. n. 1151, comunicato alla Presidenza il 19 marzo 2019, disponibile al seguente indirizzo: https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/342884.pdf.

75 Di recente, si veda Cass., sez. I, ord. 26 gennaio 2018, n. 2047, in *Pluris*, secondo la quale "nei contratti a prestazioni corrispettive la parte che subisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione può solo agire in giudizio per la risoluzione del contratto, *ex* art. 1467, comma 1, c.c., purché non abbia già eseguito la propria prestazione, ma non ha diritto di ottenere l'equa rettifica delle condizioni del negozio, la quale può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione, ai sensi del comma 3 della medesima norma, in quanto il contraente a carico del quale si verifica l'eccessiva onerosità della prestazione non può pretendere che l'altro contraente accetti l'adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite".

76 Così Gambino, F.: "Il rinegoziare delle parti e il potere del giudice", *Jus Civile*, 2019, 4, p. 397 ss.

Il problema, com'è ovvio, si è riproposto con maggiore veemenza in presenza dell'evento pandemico di recente verificatosi ed attualmente con la drammatica crisi energetica. In breve, è possibile affermare che due sono i filoni dottrinali che hanno acquisito consistenza e che trovano nutrita adesione. Una prima corrente, innanzi alle sopravvenienze contrattuali e soprattutto a quelle derivanti dal SarS-CoV-2, invoca il disposto dell'art. 1463 c.c. nella parte in cui dispone la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione[77].

Per i fautori della prefata teoria, la pandemia, ma anche le altre sopravvenienze, risultano un fattore esterno imprevedibile e straordinario idoneo a determinare impossibilità sopravvenuta. Difatti, con particolare riguardo all'evento epidemico, uno degli effetti più frequenti delle misure emergenziali è costituito dall'improvvisa interruzione delle attività commerciali e dalla conseguente impossibilità per i debitori di dare esecuzione alla prestazione dovuta. Le limitazioni all'esercizio di attività commerciali integrano un *factum principis*, in virtù del quale si verifica l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, con conseguente liberazione del *solvens*[78]. Nei contratti a prestazioni corrispettive ciò incide direttamente sul sinallagma contrattuale, facendo venir meno il nesso di reciprocità tra le prestazioni, provocando la risoluzione del contratto ed il sorgere, in capo alla controparte, del diritto alla ripetizione di quanto prestato. Il rimedio della risoluzione per impossibilità sopravvenuta tuttavia, se si dimostra efficace quando concerne il singolo contratto, può portare a conseguenze devastanti per l'impresa ove involga l'intero fascio dei rapporti contrattuali stipulati nell'esercizio della propria attività.

La restituzione di somme di denaro per gran parte delle operazioni negoziate, infatti, minerebbe la stessa sopravvivenza dell'impresa e, in grande scala, finirebbe per aggravare una situazione economica drammatica, rallentando la ripartenza dei consumi e delle attività economiche in generale[79]. La questione energetica è ancora più scottante in quanto, se è riscontrabile che gli aumenti del costo dell'energia retrodatano a ben prima di eventi bellici o puntuali, occorre rendere giustizia della circostanza che tali aumenti stanno attraversando una fase di crescita esponenziale, quale non si vedeva da parecchi lustri.

77 Per approfondimenti cfr. Lombardi, A.: *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2007; Marchesini, C.: *L'impossibilità sopravvenuta nei recenti orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2008; Pontecorvo, A.: *La impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 2007; Zaccheo, M.: *Rischio e risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Trento, 2021. In giurisprudenza si veda Cass., sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958, *DeJure*.

78 Cfr. Barbi, L.: "La solidarietà sociale come risposta alla crisi del contratto: una disamina della legislazione emergenziale nell'era Covid-19", *JusCivile*, 2021, 2, p. 406 ss.; Gigliotti, F.: "Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate", in *Giustiziacivile.com*; 1° aprile 2020; si veda pure Macario, F.: "Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di 'coronavirus'", *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020.

79 Cfr. Barbi, L.: *ult. op. cit.*, p. 409.

Altra teoria, pure con séguito nutrito, fa invece riferimento al medesimo disposto dell'art. 1467 c.c. È indubbio che in questo caso l'evento pandemico abbia rappresentato un fatto straordinario (essendo statisticamente la prima volta che accadeva da oltre un secolo) e imprevedibile (considerato che nessuno avrebbe potuto immaginarlo usando il criterio di ordinaria diligenza). Ed è altrettanto indubbio che in molti casi (soprattutto con riguardo alle attività che non sono state vietate dal legislatore) l'evento pandemia abbia prodotto un forte squilibrio del sinallagma contrattuale, che poteva legittimare la richiesta di risoluzione del contratto *ex* art. 1467 c.c.[80]. In particolare, si effettua un rinvio alla equità[81], che è diversa dalla buona fede, in quanto non è cogente e si applica solo in caso di lacune. L'equità, in sintesi, si esprime nella clausola di cui al terzo comma, che prevede la possibilità per la parte di una offerta di *reductio ad equitatem*. Tuttavia, come si è già avuto modo di ricordare, questa tesi è frustrata dalla circostanza che la possibilità dell'offerta è rimessa solo alla parte convenuta in giudizio e non è coercibile. Pertanto, una parte della dottrina richiama il disposto dell'art. 1349 c.c., che disciplina la determinazione dell'oggetto del contratto. Tale ultima disposizione consente alle parti di rimettere al terzo la determinazione dell'oggetto del contratto: in questo caso pur non essendo determinato, è determinabile, perché le parti sanno che sarà il terzo a specificarlo. I paciscenti scelgono di rimettersi al suo equo apprezzamento, oppure al suo mero arbitrio. Le conseguenze sono assolutamente diverse: nel primo caso, se il terzo non procede all'identificazione

80 Cfr. Zaccheo, M.: "Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19", *Giustizia Civile*, 2020, 2, p. 245 ss. In particolare si veda Giusti, C.: *op. cit.,* p. 75 ss. il quale afferma come la causa dell'accordo negoziale deve essere considerata non come il modello astratto suggerito nei codici e applicato dai paciscenti nel testo dell'accordo, ma bensì nella funzione effettiva che le parti hanno voluto loro assegnare. Pertanto è da ritenersi ovvio che sia stata effettuata una attenta valutazione dei rischi connessi alle attività che si stavano per intraprendere con la conseguenza che gli eventi sconvolgenti e successivi dovranno essere considerati come del tutto straordinari. In dottrina, *ex plurimis*, D'Adda, A.: "Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del Co-ViD19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale?", *Nova. Giur. civ. comm*., suppl., 2020, p. 102 ss.; Cuffaro, V.: "*Le locazioni alla prova dell'emergenza"*, in Cicero, C.: *I rapporti giuridici al tempo del Covid-19,* Napoli, 2020, p. 25 ss.; Id.: "Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia", *giustiziacivile.com*, 31 marzo 2020, p. 3 ss.; Salanitro, U.: "La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus", *ivi*, 21 aprile 2020, p. 3 ss.; Ferro Luzzi, F.: "Effetti secondari del Covid-19: la sopravvenuta, momentanea, modifica del dna dell'oggetto del contratto di locazione di esercizio commerciale", *ivi*, 9 giugno 2020; Dolmetta, A.A.: "Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per misure di contenimento pandemico", *ilcaso.it*, 23 aprile 2020, p. 2 ss.; Ruggiero, V.: "La pandemia e la sorte dei canoni di locazione commerciale", *ivi*, 2, maggio 2020, p. 2 ss; Signorelli, M.: "La locazione commerciale al tempo della pandemia: prime prospettive di sistema e soluzioni resilienti", *Resp. civ. prev.,* 2020, p. 1683 ss; Pandolfini, V.: "Epidemia Covid-19 e contratti di locazione commerciale: quali rimedi per i conduttori?", *Contr.*, 2020, p. 308 ss.; Macario, F.: "Covid e locazioni commerciali: silenzio del legislatore e risposte "urgenti" della giurisprudenza", *ivi*, p. 525 ss.; Carapezza Figlia, G.: "Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?", *Actual. Jur. Iberoam*., 2020, p. 422 ss; Id.: "Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali", *Danno resp.,* 2020, p. 698 ss.; Id.: "Rimedi contrattuali e disfunzioni delle locazioni commerciali. Problemi e limiti dell'attivismo giudiziale nell'emergenza Covid-19", *Contr.*, 2020, p. 712 ss.; Barba, V.: "Las intervenciones del legislador italiano en relación con los aspectos de derecho civil para hacer frente a la emergencia del Covid-19", *Rev. der. civ.,* 2020, 2, p. 75 ss.

81 In tema di equità e rinegoziazione si vedano: Marasco, G.: *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006; Russo, D.: *Sull'equità dei contratti,* Napoli, 2001; Tommasini, R.: *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003.

dell'oggetto, o se essa è iniqua o erronea, le parti potranno ricorrere al giudice. Nella seconda ipotesi, invece, nelle medesime condizioni, si configura la nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto. Anche tale articolo si ritiene essere espressione di un principio di equità. In sostanza le parti, facendo leva su un obbligo di rinegoziazione discendente dall'equità, possono rimettere al giudice, in caso di sopravvenienze, la rideterminazione dell'oggetto (e del contenuto) del contratto, con applicazione[82] dell'art. 1349 c.c.

Non è mancato, poi, chi ha suggerito un'applicazione analogica della norma disciplinante il contratto di appalto (art. 1664 c.c.). Il comma 1 della disposizione, con particolare riguardo alle circostanze sopravvenute che determinino un aumento o una riduzione del costo della manodopera o dei materiali, consente di richiedere la revisione del prezzo se l'aumento o la riduzione supera il decimo del prezzo originariamente pattuito. Secondo un certo orientamento dottrinale, il primo comma costituirebbe una norma ad applicazione generale, una vera e propria "norma trans-tipica", che si applica al di là della fattispecie specifica in cui è posta e che trova spazio in tutti gli altri rami delle attività contrattuali[83].

È da segnalare che altra corrente dottrinale sottolinea che nel moderno ordinamento civile, pur non esistendo un istituto generale che obblighi alla rinegoziazione, esistono tuttavia una pluralità di disposizioni specifiche interessanti singole pattuizioni. A titolo esemplificativo, la preferenza del legislatore per il mantenimento in vita del contratto si ritrova in alcune norme sui contratti tipici, come l'art. 1560 c.c. sulla somministrazione, la cui entità può essere stabilita nel corso dell'esecuzione. L'art. 1561 c.c. che individua i criteri sulla base dei quali può essere stabilito il corrispettivo, e l'art. 1938 sulla fideiussione *omnibus*, in cui si ammette la determinazione dell'oggetto della prestazione *per relationem* (oltre ai casi regolati dalle disposizioni che riguardano soprattutto le circostanze sopravvenute).

Ergo, dall'esame sistematico dei prefati articoli si ricava che l'obbligo di rinegoziazione nasce come espressione di un principio generale ricavabile dall'art. 1467 c.c., dalla clausola di buona fede e dalle norme di legge che prevedono la rinegoziazione e che offrono una soluzione all'alternativa tra l'insoddisfazione derivante dal rispetto dei patti intercorsi e lo scioglimento del rapporto contrattuale, nel caso di sopravvenienze che determinano un grave squilibrio. Difatti, esempi di rinegoziazione nella trama legislativa si rintracciano, oltre ai casi

82 Si veda in particolare Gabrielli, E.: "Poteri del giudice ed equità del contratto", *Contr. e impr*, 1991, p. 495 ss.; Macario, F.: "I rimedi manutentivi, L'adeguamento del contratto e la rinegoziazione", in *Tratt. Roppo*, V, 2, Milano, 2006, p. 705 ss.; Cesaro, V.M.: *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 260 ss.; Gambino F., "Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato", *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 52 ss.

83 Cfr. Barcellona, M.: "Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze", *Europa e diritto privato*, 2003, 3, p. 467 ss.

citati, nelle locazioni della P.A., nelle locazioni di immobili ad uso abitativo (art. 2, co. 5, l. 9.12.1998, n. 431), in alcune tipologie di mutuo (art. 46, l. 23.12.1999, n. 488, art. 46; art. 29 l. 15.5.1999, n. 133, art. 29), negli artt. 1537 e 1540 c.c. sulla vendita cumulativa o a misura, negli artt. 1623 sulle sopravvenienze in tema di affitto e appunto il 1664 c.c. in tema di appalto. A queste fattispecie si addizionano quelle più sfumate delle variazioni concordate o necessarie del progetto nell'appalto (artt. 1659-1660), delle modifiche del mandato per circostanze sopravvenute (art. 1710) e delle istruzioni fornite dal mittente in caso di impedimento del trasporto (art. 1686)[84], dell'art. 1450 c.c. che attribuisce al contraente contro il quale è stata avanzata azione di rescissione del contratto, il potere di evitarla dietro l'offerta di una sua modificazione idonea a ricondurlo ad equità.

In ultimo è da mentovare quella dottrina che fonda, invece, l'obbligo di rinegoziare sulla buona fede oggettiva, in continuità con la dottrina tedesca, e che in tale prospettiva adopera l'art. 2932 c.c. (esecuzione in forma specifica). Questa è la tesi più risalente nel tempo, nata agli albori degli anni '90 del secolo scorso e fortemente sostenuta per un lungo periodo. In particolare, viene suggerita, al fine di attribuire al fenomeno un senso conclusivo e unitario, l'applicazione dell'art. 2932 c.c.; così da schiudere la via – per l'ipotesi di inadempimento dell'obbligo di rinegoziare – di un intervento costitutivo-determinativo del giudice[85].

VII. L'INTERVENTO NORMATIVO: DALL'ART. 91, D.L. N.18/2020 (C.D. "CURA ITALIA") E IL D.L. N. 6/2020 AL DECRETO "SOSTEGNI TER" 4/2022. LA CREAZIONE DELLA FIGURA DEL DEBITORE "IMMUNE"? LA NECESSITÀ DI UN CORRETTO BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI MERITEVOLI DI TUTELA: VERSO LA RAGIONEVOLE CONSERVAZIONE DEI CONTRATTI.

Prima di dirimere la matassa delle svariate tesi dottrinali, e verificare quale sia stato l'atteggiamento pretorio adottato nel concreto, è d'uopo completare l'esame del quadro normativo menzionando le novità settoriali che hanno fornito nuova linfa alle discussioni dogmatiche. Si è già avuto modo di segnalare che la novità di maggiore rilevanza sistematica è quella introdotta dall'art. 91, d.l. n. 18/2020, che ha riguardato in via generale tutto il campo della responsabilità civile contrattuale, con specifico riguardo al periodo emergenziale pandemico. Tale articolo (contenuto nel c.d. decreto Cura Italia e convertito poi dalla l. 27 aprile 2020, n. 27) dispone l'aggiunta del comma 6 *bis* all'art. 3, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (nel frattempo convertito con modificazioni in l. 5 marzo 2020, n. 13, e per larga parte poi abrogato dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19). Il prefato comma 6-*bis* espressamente statuisce che «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto

84 Per questa tesi si veda Gentili, A.: "La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto", *Contr. e impr.*, 2003, p. 704 ss.

85 Cfr. Gambino, F.: *Il rinegoziare*, cit., p. 399.

è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». Si tratta di norma di ardua interpretazione su due prospettive differenti. La prima: la responsabilità del debitore inadempiente a causa della necessità di rispettare le misure di contenimento sembrerebbe elisa già in virtù della lettera dell'art. 1218 c.c., non a caso richiamato dalla disposizione di nuovo conio. La seconda: la norma non esclude, *tout court,* la responsabilità "da adeguamento" alle misure "anti-Covid", piuttosto stabilendo che il rispetto di queste sia "sempre valutato" ai fini del giudizio di responsabilità. L'obbligato, nondimeno, rimane onerato di dimostrare che è stato proprio l'ossequio alle misure di contenimento ad avergli impedito di eseguire la prestazione. Il nesso causale fra rispetto delle misure e inadempimento va provato e contestualizzato. Ma è sufficiente dimostrare che sono state le misure ad aver bloccato o trattenuto la prestazione. Avendo nei fatti vietato o ritardato l'esercizio di un'attività, per smarcare il debitore dall'area della responsabilità, gli hanno consentito di porre il rapporto contrattuale in una situazione di peculiare quiescenza. Il principio guida rimane, dunque, quello secondo il quale "spetta al debitore dimostrare di aver fatto uso della ordinaria diligenza per rimuovere gli ostacoli creati all'esatta esecuzione degli impegni contrattualmente assunti"[86].

La norma, poi, contiene anche un richiamo all'art. 1223 c.c., lasciando dedurre che l'esistenza di misure di contenimento dovute alla pandemia sia circostanza idonea a incidere anche sui criteri di liquidazione del danno. Secondo un'acuta impostazione ermeneutica, la norma attenderebbe alla finalità di sterilizzare gli effetti sostanziali che deriverebbero dall'inadempimento del debitore in una situazione fisiologica. Il legislatore avrebbe inteso regolare una causa emergenziale di giustificazione, destinata ovviamente a cessare con la fine dell'emergenza. Ne discenderebbe una figura di debitore definibile come "immune"[87]. Residua il quesito relativo ai margini di reazione del creditore nei confronti del debitore "protetto" dalla norma "emergenziale" indagata. Pertanto, il creditore sembrerebbe potersi avvalere dell'*exceptio inadimpleti contractus* per sospendere l'esecuzione della propria prestazione, quand'anche la stessa, come accade di regola per le obbligazioni pecuniarie, sia per definizione sempre possibile e non ostruita neppure dalle misure di contenimento[88].

In sostanza, a sostegno della tesi della 'causa di giustificazione', il nuovo comma 6-*bis* introdotto nell'art. 3 del d.l. n. 6/2020 implicherebbe una causa di esclusione di responsabilità *ex lege* per l'inadempimento. Tuttavia, tale affermazione va rivista

86 In questo senso, già in precedenza, Cass., sez. I, 16 aprile 2009, n. 9026, *Italgiure*.

87 Cfr. Benedetti, A.M.: "Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?", *Giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020; Id: "Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto "cura italia", *Contratti*, 2020, 2, p. 213 ss.

88 Così la relazione n. 56/2020, dell'Ufficio del massimario, p. 10.

in un'ottica di critica ricostruttiva, alla luce del testo del disposto normativo. Difatti, sino a tempi recentissimi, vi è stata gran parte della dottrina che ha respinto tale teoria, statuendo che il legislatore non abbia introdotto una scriminante legale, ma che si sia limitato a imporre al giudice un obbligo di prudente valutazione dell'inadempimento. Il giudicante deve valutare in concreto se il debitore sia stato inadempiente per rispettare le misure "anti-Covid". Sarà quest'ultimo a dover dimostrare, secondo le regole generali, la causa a lui non imputabile: deve fornire la prova che l'inadempimento sia causalmente (ecco perché il richiamo all'art. 1223 c.c. che compie la norma) riconducibile alla normativa (*factum principis*) che ha imposto misure di contenimento del Covid. Il giudice dovrà valutare se effettivamente l'inadempimento dipenda dall'obbligo di rispetto di queste misure[89].

La norma inoltre, nonostante la formulazione apparentemente chiara, nasconde diverse insidie interpretative. In primo luogo, il comma 6-*bis* è sì formulato in termini generali, ma è stato aggiunto dall'art. 91, il quale reca quale rubrica *"Disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici"*. La rubrica, letteralmente, sembra suggerire esclusivamente una applicazione ai contratti conclusi con la pubblica amministrazione, anche se non è stata poi interpretata in tal senso. La dottrina e le poche pronunce di merito, unanimemente, hanno affermato che si tratta di norma di applicazione generale, scissa dalla rubrica testuale della disposizione additiva. Dunque, non si riferisce solo ai contratti pubblici, ma anche ai contratti di diritto privato[90]. Chiaramente, accogliendo la tesi della natura 'generale' della norma, si esclude conversamente la tesi della natura eccezionale. Tuttavia, non è invece esclusa la natura di norma transeunte, che chiaramente troverà spazio solo nel perimetro del periodo emergenziale. Si tratta, allora, di una previsione che, seppur temporanea, ha applicazione estensiva, che non conosce limiti oggettivi e soggettivi. Difatti, la scelta del legislatore italiano è stata quella di tutelare non categorie specifiche (consumatori, professionisti, etc.) ma la categoria generale dei debitori, forse proprio posta la mancanza di un obbligo generale di rinegoziazione invece esistente nelle esperienze giuridiche allogene.

Altra *quaestio iuris* affrontata dalla componente dogmatica e inerente l'art. 91, d.l. n. 18/2020, riguarda la sua applicabilità con riferimento a misure restrittivamente

89 Nello stesso senso va, come visto, la Relazione dell'Ufficio del Massimario. Per approfondimenti si vedano Rosina, S. - Menarin, P.: *Dall'emergenza sanitaria da covid-19 alla normativa - anche fiscale - in favore di privati e imprese,* Padova, 2020, (*ebook*), par. 3; Aa.Vv.: "La legislazione emergenziale di interesse notarile", *Notariato*, 2020, p. 61 ss. Di recente anche Iorio, G.: "Gli oneri del debitore fra norme emergenziali e principi generali (a proposito dell'art. 91 del d.l. n. 18/2020, "Cura Italia")", *Act. Jur. Iberoam.*, 2020, p. 368 ss.; in tema generale di inadempimento si veda *ex multis*, Trimarchi, P.: *Il contratto: inadempimento* e *rimedi*, Milano, 2010, p. 62 ss.; Perlingieri, P.: "Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, Art. 1230-1259", *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 328 ss.; Bianca, C.M.: "Dell'inadempimento delle obbligazioni", *ibidem*, p. 183.

90 Cfr. Iorio, G.: *op. cit.,* nonché Semprini, A.: "Inadempimenti 'emergenziali': colpa del debitore, inesigibilità della prestazione, e nuovo art. 3 comma 6-bis, D.L. n. 6/2020", *Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche,* 2020, vol. 71, fasc. 3/4, p. 759 ss.

non previste nel medesimo decreto-legge. Il comma 6-*bis* si riferisce espressamente "al presente decreto". Allora, non solo le misure restrittive "anti-Covid" previste nel decreto *de quo*, ma tutte le misure restrittive previste da fonti primarie e subordinate (ivi compresi i d.P.C.M.), dovranno essere valutate dal giudice quando si trovi innanzi all'inadempimento del debitore[91].

In ultimo, la norma si applica plasticamente alle prestazioni di *facere*, o di dare una cosa determinata. Difatti, in *subjecta materia* le misure di contenimento possono impedire la esecuzione della prestazione. Purtuttavia, si è detto che le prestazioni di dazioni di somme di denaro sono sempre possibili, in quanto *genus numquam perit*. In verità, un nutrito indirizzo dottrinale di non trascurabile momento, ha sostenuto che il comma 6*bis* sia insuscettibile di applicazione alle obbligazioni pecuniarie esattamente per tali motivazioni[92]. Il legislatore emergenziale (salvo interventi settoriali volti in taluni casi ad agevolare la posizione di chi si trova in difficoltà economico-finanziarie) non ha in ogni caso dettato una disciplina apposita[93]. Ciò nonostante, altra corrente si mostra invece favorevole ad una applicazione generalizzata della clausola normativa anche al settore delle obbligazioni pecuniarie. Questo tanto in virtù della summenzionata natura generale della disposizione, quanto in considerazione che l'evento pandemico può eziologicamente determinare, secondo l'*id quod plerumque accidit,* una carenza di liquidità materiale idonea a impedire di fatto l'adempimento della prestazione. In sostanza, pur essendo indubbiamente vero, in astratto, che il genere non perisce, materialmente deve darsi una interpretazione della norma più vicina ai canoni di solidarietà, considerando 'scusabile' l'inadempimento quando la carenza materiale di pecunia sia indipendente dalla volontà del debitore[94]. In tal senso, peraltro, sembrano essersi pronunciate anche talune Corti di merito. Un precedente deciso dal Tribunale di Bologna in sede cautelare, ad esempio, ha inibito alla parte resistente (i) di porre all'incasso o di girare a terzi le cambiali,

91 Per approfondimenti si vedano Liace, G.: "Titoli di credito e Covid 19", *Analisi giuridica dell'economia,* 2020, 2, p. 621 ss.; Tincani, C.: "La sorte dei contratti di soggiorno in occasione della pandemia di Covid-19", *Rivista italiana di diritto del turismo*, 2020, p. 362 ss.; Serrao D'Aquino, P.: "L'ombra del cigno nero sui rapporti negoziali: il riequilibrio contrattuale nelle locazioni ad uso commerciale a seguito delle restrizioni per il Covid-19", *Biodiritto*, 11 aprile 2020; Novella Bugetti, M.: "Brevi note su inadempimento e risoluzione ai tempi della pandemia", *Il diritto degli affari*, 2020, 2, p. 3 ss.; Carapezza Figlia, G.: "Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?", *Act. Jur. Iberoam.*, 2020, 12, p. 422 ss.; Gallarati, F.: "La reazione alla pandemia di Covid-19 negli ordinamenti composti: una panoramica comparata", *DPCE online,* 2021, vol. 47, 2, *online*.

92 Si vedano, tra gli altri, Alpa, G.: "Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata", *Nuova giur. comm*., 2020, 3 suppl., p. 57 ss.; Benedetti, A.M.: "Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto", *GiustiziaCivile.com*, 29 aprile 2020; Gentili, A.: "Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus", *GiustiziaCivile.com, Emergenza Covid-19 - Speciale* n. 3, p. 388 ss.

93 Per approfondimenti, cfr. Thobani, S.: "Emergenza sanitaria e rimedi contrattuali: quali scenari"*, Rivista di Diritto Bancario*, 2021, 1, p. 79 ss.

94 Cfr., per questo indirizzo, Bellisario*,* E.: "Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato", *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 3,* p. 129 ss.; Sirena, P.: "L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid-19", *Nuova giur. comm*., 2020, 3 suppl., p. 73 ss.; De Mauro, A.: "Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta", *Giustiziacivile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 1,* p. 227 ss.

con scadenza i giorni 30 giugno 2020, 30 luglio 2020, 30 agosto 2020; nonché (ii) di sottoporre tali cambiali a protesto, di richiedere un protesto, di consentire che terzi, presso cui abbiano posto all'incasso tali titoli, sottopongano a protesto la debitrice. La pronuncia del Tribunale felsineo rileva, infatti, in quanto propone una ricostruzione della portata dell'art. 91 d.l. 18/2020. La disposizione non introduce una nuova causa di estinzione dell'obbligazione, o un caso di inesigibilità, ma si limita ad escludere la responsabilità del debitore. Inoltre, riconoscendo uno spazio estensivo di applicazione della norma suddetta a tutte le obbligazioni, (ivi comprese quelle pecuniarie), la stessa viene letta nel senso di consentire al giudice di utilizzarla "tutte le volte in cui l'inadempimento conduca ad esiti che, ragionevoli in condizioni normali, sono eccessivi in relazione alla concreta situazione"[95].

Successivamente all'emergenza pandemica, una nuova criticità si è palesata innanzi ai governanti europei: una crisi energetica risultante in aumenti del costo dell'energia elettrica e del gas naturale. Il costo dell'energia elettrica è in continuo aumento, dal mese di giugno 2021 quando il prezzo della corrente all'ingrosso ha iniziato a crescere, con un'impennata che ha raggiunto il picco massimo nel mese di agosto 2022 con il costo della corrente arrivato a fine agosto a 0,70642 €/kWh (30/8/22) per una media mensile di agosto del costo energia pari a 0,543150 €/kWh, contro 0,061€ di marzo 2021 ed uno 0,032 € di marzo 2020[96]. In quale forma questa drammatica evenienza riverberi sul tema specifico della rinegoziazione vi è traccia nel decreto "Sostegni-Ter" d.l. 27 gennaio 2022, n. 4 (poi convertito con modifiche dalla L. 28 marzo 2022, n. 25) il quale reca, all'art. 29, un intervento strutturale volto ad introdurre un obbligo generalizzato di prevedere[97], su base

95 Cfr. Trib. Bologna, ord. 4 giugno 2020, n. 11, in centroanomaliebancarie.it. Nel medesimo senso si vedano altresì Trib. di Rimini, decreto n. 6251/2020 del 25 maggio 2020; Trib. di Bologna, decreto n. 4976/2020 del 12 maggio 2020; nonché decreto n. 3634/2020, Trib. di Genova, 1° giugno 2020, pubblicati in data 8 giugno 2020 nella sezione Osservatorio "Diritto dell'Impresa dopo la Pandemia", in dirittobancario.it. In dottrina Perlingieri, G.: *Pandemia da Coronavirus,* cit., p. 83, osserva acutamente che «Senz'altro il difetto di una regolazione organica delle storture procurate ai rapporti contrattuali può disorientare, ma evitando inadeguate generalizzazioni con riferimento a fattispecie ipotizzabili e rimedi esperibili, la lacuna legislativa finisce per rivelarsi piú apparente che reale. La valutazione va svolta su base casistica e la soluzione piú adeguata e congrua ricavata dall'indagine sul livello di incidenza della sopravvenienza sul rapporto negoziale. Essenziale è individuare gli interessi meritevoli di protezione e successivamente il rimedio piú adeguato al caso di specie. Il compito dell'interprete è quello di tentare di valorizzare le norme che già ci sono, piuttosto che proporre talora inutili – e in alcune ipotesi pericolose – modifiche legislative».

96 Le cause di tale aumento sono molteplici e non è obiettivo della presente indagine sceverarne le origini remote e geopolitiche. Basti osservare come la ripresa delle attività produttive post-Covid ha generato un notevole aumento della richiesta (che aveva toccato i suoi minimi durante il *lockdown* del 2020) e che il prezzo del gas naturale (dal quale deriva necessariamente quello dell'elettricità, essendo quest'ultima prodotta anche in centrali termoelettriche alimentate a gas) sta letteralmente salendo alle stelle a causa degli eventi bellici e politici nell'est Europa. I governi, e quello italiano non fa eccezione, stanno promuovendo una serie di interventi a sostegno di tale contingenza che rischia di portare al fallimento innumerevoli attività produttive, ma le manovre attuate non appaiono allo stato sufficienti: il decreto-legge n. 115/22 "Aiuti Bis" approvato dal Cdm, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 9 agosto, ha destinato 17 miliardi di euro per contrastare il caro bollette di energia elettrica, gas e carburanti, di cui 1,1 miliardi per gli oneri sociali del settore elettrico grazie ai quali questi ultimi sono stati annullati anche per il IV trimestre 2022 come già operato nel I, II e III trimestre 2022.

97 Specificatamente alla lettera a si legge è obbligatorio l'inserimento, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo, del decreto

negoziale, meccanismi volti a tutelare le parti contraenti dai fenomeni inflattivi di particolare intensità. In pratica ciò che in precedenza era solo facoltativo (ai sensi del D.l. 50/2016): l'inserimento di apposite clausole per la revisione dei prezzi, diviene ormai obbligatorio sebbene solo per un periodo limitato, e cioè fino al 31 dicembre 2023. L'ambito di applicazione concerne le procedure di affidamento dei contratti pubblici, i cui bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, qualora l'invio degli inviti a presentare le offerte sia effettuato successivamente alla data di entrata in vigore del decreto: il 29 marzo del 2022.

VIII. OSSERVAZIONI CRITICHE IN MERITO AL DISEGNO DI LEGGE DI RIFORMA DEL CODICE CIVILE. UNA OCCASIONE PERSA PER IL LEGISLATORE DOMESTICO. PROSPETTIVE RICOSTRUTTIVE.

Il principio volontaristico, di origine francese e che fonda sin dall'ottocento anche la matrice civilistica italiana, osta a che il contenuto del negozio venga successivamente riveduto da un terzo, seppur munito di potere giurisdizionale, terzo che sia diverso dalle parti originarie del contratto. Né, se il creditore rifiuta di rinegoziare, è passibile di alcun rimprovero: la rinegoziazione impone infatti un 'sacrificio apprezzabile', destinato a riverberarsi negativamente sulla sua sfera giuridica patrimoniale. Se il contratto soffre di sopravvenienze negative che lo inficiano, non può essere imposto alcun obbligo giuridico alla parte di addivenire a una nuova stipulazione, poiché solo la parte singola conosce quali siano i propri interessi e meglio può valutarli, e comunque non può essere destinataria di una limitazione della propria autonomia contrattuale. Pertanto, come evidenziato dalla relazione al codice civile italiano del 1942, l'unica soluzione è quella dello scioglimento del rapporto obbligatorio.

Senonché, tale indirizzo ermeneutico appare eccessivamente ancorato al dato letterale delle disposizioni codicistiche, tralasciando l'opportunità (molto avvertita, oggi) di una interpretazione costituzionalmente orientata del sistema civilistico moderno, e in particolare delle norme che regolano lo scioglimento e la modifica del contratto[98]. Interpretazione assiologicamente orientata che risulta ancor più necessaria, oggi, alla luce della mancanza di un intervento normativo sistemico che invece ha interessato i modelli alemanno e francese. Gli artt. 1175 e 1375 c.c., pur presenti nell'impianto generale codicistico, e pur avendo invece portato a frutti maturi in altri campi comunque relativi alla negoziazione, sono rimasti

legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fermo restando quanto previsto dal secondo e dal terzo periodo del medesimo comma 1.

98 Cfr. Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV vol. *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, p. 88 ss.

essenzialmente 'sterili', per le ragioni evidenziate: la perdurante ostilità delle Corti di merito e, per un verso, della medesima Cassazione, ad intervenire nell'ambito dell'autonomia privata.

Appaiono, invece, assolutamente meritevoli di lode i tentativi della dottrina, che attraverso più strade ha cercato di aprire la via a una maggiore flessibilità del diritto dei contratti. Raffinata appare la ricostruzione volta a rivisitare l'art. 2932 c.c. in chiave generale, legandolo a doppio filo all'art. 1375 c.c. È innegabile che, al tempo in cui fu redatto, l'art. 2932 c.c. venne pensato, se non come norma eccezionale, quantomeno come norma 'speciale', riferentesi al contratto preliminare[99]. Tuttavia è la stessa Cassazione che, anche in tempi non risalenti, ha chiarito che l'art. 2932 c.c. si estende a tutti gli obblighi di contrarre comunque previsti dall'ordinamento giuridico[100]. Se il primo passo ermeneutico della Cassazione è andato nel senso di generalizzare l'applicazione del rimedio costitutivo per tutti gli obblighi legali di contrarre, non è disagevole concludere che un tale obbligo possa discendere anche dal combinato disposto degli artt. 1175 e 1375 c.c. La buona fede oggettiva, infatti, costringe la parte a fare tutto ciò che appare necessario per il buon esito dell'operazione[101]. Né è possibile affermare che la rinegoziazione è un sacrificio apprezzabile a carico del creditore, posto che anche costui ha interesse alla prosecuzione del rapporto e che da essa potrebbe trarre benefici maggiori rispetto allo scioglimento. Più che un sacrificio apprezzabile, si tratta di una opzione foriera di guadagni futuri.

Peraltro, nel senso di instillare vitalità e rilevanza all'obbligo giuridico di rinegoziare sembra porsi la medesima Corte di Cassazione, in una nota relazione tematica[102].

Si richiama, a fondamento di un obbligo di rinegoziare, l'art. 1374 c.c. Anche attraverso la norma richiamata si è sottointesa, nei contratti a lunga durata, una clausola di rinegoziazione, "in virtù della quale il dato obsoleto, o non più funzionale, possa essere sostituito da quello aggiornato e opportuno"[103]. Inoltre,

99 Cfr. Relazione del Ministro Guardasigilli, cit., par. 166.

100 Una delle poche eccezioni sembra essere quella del 'preliminare del preliminare', ove invece non è concessa la tutela costitutiva in considerazione della fase embrionale delle trattative e della vaghezza dell'accordo sinora raggiunto, qui sì in applicazione dei principi di buona fede oggettiva. Cfr. Cass., Sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, *Pluris*.

101 Sul tema si veda in dottrina Gallo, P.: *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Torino, 2014 e Villanacci, G.: *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013.

102 N. 56/2020, sopra citata, spec. p. 21: a parere della Suprema Corte, i contratti sembrano dover essere rigidamente rispettati nella loro formulazione primigenia nella sola misura in cui rimangano inalterati i presupposti e le condizioni di cui le parti hanno tenuto conto al momento della stipula. Per converso, ogni qualvolta una sopravvenienza rovesci il terreno fattuale e l'assetto giuridico-economico sul quale si è eretta la pattuizione negoziale, la parte danneggiata *in executivis* deve poter avere la possibilità di rinegoziare il contenuto delle prestazioni. Qualora a lungo termine, gli accordi dei paciscenti paiono valere "*rebus sic stantibus*".

103 Cfr. Sacco, R.: *Il contratto*, 3a ed., Torino, 2004, II, p. 722 ss., il quale ritiene che i contraenti possano escludere convenzionalmente il descritto obbligo, attraverso una clausola di "non revisibilità" dell'accordo.

sempre secondo l'orientamento della Suprema Corte, l'art. 1467 c.c. è norma dispositiva che può essere derogata sia dalla volontà delle parti che da norme imperative di legge, nel cui novero si inscrive proprio il precetto che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.). Fondamentale è l'affermazione, contenuta nella relazione, secondo la quale la buona fede rappresenta, dunque, un importante metro di approccio alle problematiche correlate all'esecuzione del contratto, possedendo valore d'ordine pubblico[104], collocandosi fra i principi portanti del nostro ordinamento sociale e rivelando un fondamento etico che trova rispondenza nell'idea di una morale sociale attiva o solidale. Gli artt. 1175 e 1375 c.c. sono, dunque, espressione del principio solidaristico (di matrice costituzionale, all'art. 2) che innerva il nostro sistema, con riferimento al quale ogni interpretazione restrittiva della clausola generale anzidetta smarrisce ogni significazione[105]. *Expressis verbis*, la relazione sancisce che proprio la portata sistematica della buona fede oggettiva nella fase esecutiva del contratto *ex* art. 1375 c.c. assume assoluta centralità, postulando la rinegoziazione come cammino necessitato di adattamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute[106]. La correttezza è suscettibile di assolvere, nel contesto dilaniato dalla pandemia, la funzione di salvaguardare il rapporto economico sottostante al contratto nel rispetto della pianificazione convenzionale[107]. In conclusione, il contemperamento tra istanze creditorie e debitorie relative alle prestazioni temporaneamente impossibili o eccessivamente onerose va intrapreso attraverso il ricorso alla rinegoziazione[108]. Il venir meno dei flussi di cassa, infatti, è un contagio diffuso, rispetto al quale la terapia non è la cesura del vincolo negoziale, ma la sospensione, postergazione, riduzione delle obbligazioni che vi sono annesse[109]. La risposta all'esigenza manutentiva del contratto e di rinegoziazione necessaria del suo contenuto va ritrovata nell'attuale diritto dei contratti riletto al lume del principio di solidarietà e rivitalizzato in un'ottica costituzionalmente orientata attraverso la clausola di buona fede, che di quel principio è il portato codicistico. La clausola generale di buona fede diviene, in questa prospettiva, garanzia di un comportamento corretto nella fase di attuazione delle previsioni contrattuali[110].

104 Si abbia riguardo sul tema a Perlingieri G. - Zarra G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019.

105 Cfr. relazione tematica n. 56/2020, cit., p. 22.

106 La Corte, cioè, sembra fare sue le tesi già esposte a suo tempo da Roppo, V.: *Il contratto*, 2 ed., in *Trattato di diritto privato*, Iudica - Zatti, Milano, 2011, p. 968.

107 In tal senso anche Scognamiglio, C.: "L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?", *Giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020.

108 Sul tema della rinegoziazione, in generale Gambino, F.: *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; Sicchiero, G.: *Rinegoziazione*, cit., p. 774 ss.; Macario, F.: "Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione", *Riv. dir. civ.,* 2002, I, p. 63 ss; Id.: *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit.; Caccavale, C.: *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005.

109 Cfr. Relazione tematica, *cit*., p. 23.

110 Cfr. Galgano, F.: "Libertà contrattuale e giustizia del contratto", *Contr. e impr. Europa*, 2005, p. 509 ss.; Roppo, V.: "Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?", *Politica dir.,* 2007, p. 451 ss.

Se eventi sopravvenuti influenzano la funzionalità e i presupposti del contratto, il rimedio dello scioglimento (o, peggio, della nullità) non appare funzionale allo stesso scopo che si è prefissati di raggiungere, e allora l'istituto della rinegoziazione interviene a ristabilire un bilanciato meccanismo contrattuale, che rende la realizzazione della causa concretamente possibile.

Come si è avuto modo di vedere, se appare evidente che le parti non avrebbero concluso il contratto, o comunque non alle medesime condizioni, se avessero conosciuto l'evento sopravvenuto in anticipo, è lapalissiano che detto contratto va rivisto, se non altro per evitare costose e poco efficaci caducazioni definitive del negozio che comunque può continuare, se manutenuto, a svolgere le sue funzioni ed apportare esternalità positive per le parti[111].

Ciò nonostante, gli appelli e i moniti rivolti da più parti (dogmatiche e pretorie a un tempo) non sono stati finora accolti dal legislatore ordinario. Un disegno di legge era allo studio delle Camere, ma la prematura fine della legislatura ne ha sostanzialmente interrotto l'*iter* (salvo una possibile, ma poco probabile per le situazioni emergenziali in corso, ripresentazione). L'art. 1, lett. i), del d.d.l. n. 1151 del 2019 espressamente prevedeva «il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti». La disposizione conteneva, finalmente, un riferimento espresso e di diritto positivo alla buona fede oggettiva, che dunque sembrava essere confermata nel suo ruolo di base normativa e ideale a un tempo. Inoltre, appariva anche 'ripresa' la 'tradizione' giuridica inaugurata con le clausole di *hardship* e con i principi Unidroit, ove la rinegoziazione è un rimedio coercibile dal giudice in mancanza di accordo tra le parti, ciò che rende l'istituto particolarmente efficace e dotato di valido *enforcement*, evitando che resti lettera morta.

Allo stesso modo venivano riprodotti i medesimi requisiti previsti dalle clausole di *hardship* e dal *soft law*: la straordinarietà e la imprevedibilità dell'evento sopravvenuto. Nonostante la natura piuttosto 'ermetica' della disposizione contenuta nel disegno di legge, dunque, si sarebbe trattato di una norma di agevole interpretazione, considerato il *background* internazionale, pretorio e dogmatico, cui era possibile fare riferimento per la sua chiarificazione.

111 Cfr. Benedetti, A.M. - Natoli, R.: "Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito", *dirittobancario.it*, 2020; Vettori, G.: "Persona e mercato al tempo della pandemia", *Pers. merc.*, 2020, p. 5; Grondona, M.: "Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione", *Act. Jur. Iber.*, 12 *bis*, p. 314 ss.

Il legislatore italiano, quantomeno in sede progettuale, sembrava aver prescisso da requisiti, ritenendoli irrilevanti, quale l'esame del rischio contrattualmente assunto dalle parti (ritenendolo, forse, inutile, in quanto si porrebbe in ogni caso come requisito inespresso in sede di esame giudiziale), né menzionando l'argomento ipotetico. Invero, entrambi i requisiti sarebbero apparsi di necessaria introduzione nel testo normativo definitivo[112].

Qualsiasi *discussant* sul testo del disegno di legge appare tuttavia sterile, data la sua condizione di testo decaduto a seguito della fine della XVIII legislatura[113]. Appare così indubbio che il legislatore primario debba quanto prima colmare la lacuna normativa, riavviando il percorso formativo della legge, dando definitivamente soluzione al problema delle sopravvenienze contrattuali. Si tratta infatti, soprattutto con riguardo ai recenti eventi pandemico - energetici, di una problematica che non può essere più ignorata dal Parlamento. La 'crisi' risulta tanto più evidente quando si consideri l'atteggiamento assolutamente restrittivo adottato dalle Corti di merito, che invece continuano a negare l'esistenza di tale obbligo di rinegoziazione, nonostante i numerosi argomenti normativi e dogmatici spesi in suo favore. La conseguenza della sua negazione si traduce, tuttavia, soprattutto in considerazione della dinamicità e imprevedibilità del quadro socio economico moderno unitamente ad un rischio di considerevole danno del sistema produttivo. La risoluzione del contratto infatti comporta, nella stragrande maggioranza dei casi, anche il risarcimento del danno da parte del debitore. Ciò finisce per aggravare ancora di più la sua già tragica situazione in campo patrimoniale, data la scarsità di liquidità economica generata dall'evento sopravvenuto. L'insolvenza dei debitori, e soprattutto delle imprese, può portare a procedure di liquidazione e concorsuali che hanno, quale risultato, solo quello di annientare il tessuto produttivo della nazione: una eventualità, questa, chiaramente da scongiurare.

112 La rinegoziazione quale strumento di governo delle sopravvenienze contrattuali è stata oggetto di approfondita indagine da parte di numerosi interpreti. *Ex multis*, si segnalano i contributi di Macario, F.: *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; Grande Stevens, F.: "Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata", in Lipari N.: *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, pp. 193 ss.; Sicchiero, G.: "La rinegoziazione", *Contr. impr.*, 2002, pp. 796 ss.; Barcellona, M.: "Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze", *Eur. dir. priv.*, 2003, pp. 476 ss.; Gentili, A.: "La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto", *Contr. impr.*, 2003, pp. 701 ss.; Gambino, F.: *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004.

113 Le ultime notizie reperibili si riferiscono ad uno stato di "discussione in sede di Commissione" da luglio dell'anno 2019 (cfr. il sito www.senato.it).

BIBLIOGRAFIA

Abas P., "La riforma del diritto delle obbligazioni in Francia con particolare riguardo alle sopravvenienze contrattuali" en *Pers. merc.*, 2018, 1.

Aceto di Capriglia S.: "Nuovi orizzonti del diritto dell'arbitrato. Focus comparatistico", en *Rass. dir. civ.*, 2021, 3.

Allegretti U.: "Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo", en *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 marzo 2020.

Alpa G.: "Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata", en *Nuova giur. comm.*, 2020, 3 suppl.

Ambrosoli M.: *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002.

Ancel F.: Fauvarque-Cosson B.: *Il nuovo diritto francese dei contratti*, Torino, 2021.

Ancel F.: "Quel juge pour le contrat au XXIe siècle?" en *Recueil Dalloz*, 2007, 13, p. 721.

Ancel P.: "Imprévision", en *Rép. de dr. civ.*, 2017, 1.

Barba V.: "Las intervenciones del legislador italiano en relación con los aspectos de derecho civil para hacer frente a la emergencia del Covid-19", en *Rev. der. civ.*, 2020, 2.

Barba V.: I rapporti contrattuali nel periodo di pandemia tra norme emergenziali e diritto comune, *Bilancio Comunità Persona*, 2020, 2.

Barbi L.: "La solidarietà sociale come risposta alla crisi del contratto: una disamina della legislazione emergenziale nell'era Covid-19", en *JusCivile*, 2021, 2.

Barcellona M.: "Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze", en *Europa e diritto privato*, 2003, 3.

Bellisario E.: "Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato", en *GiustiziaCivile.com.*

Benedetti A.M., Natoli R.: "Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito", en *dirittobancario.it.*

Benedetti A.M.: "Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto", en *GiustiziaCivile.com*, 29 aprile 2020.

Benedetti A.M.: "Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?", en *Giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020.

Bent P.: "'Trial of the Century' Takes on Hell or High Water", en *Law Journal Newsletters*, 18 dicembre 2020.

Bianca C.M.: *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c. Scialoja* e *Branca*, Bologna-Roma, 1979.

Bianca C.M., Grundmann, S.: *EU Sales Directive - Commentary*, Intersentia Uitgevers, 2002.

Bonilini G.: "Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale", en *Foro it.*, 2000, I.

Bortolotti F.: *Il contratto internazionale. Manuale teorico-pratico*, Padova, 2012.

Bouthinon-Dumas H.: "Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision", *Revue internationale de droit économique*, 2001, 1.

Bucalo M.E.: *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino, 2018.

Buffelan-Lanore Y., Larribau-Terneyre V.: *Droit civil. Les obligations*, Sirey, 2017, XV éd.

Caccavalle C.: *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005.

Campione R.: "Il Covid-19 nei contratti commerciali internazionali tra *force majeure, material adverse change/effect* e *hardship*", en *Contr.* 2021.

Capilli G., *L'interpretazione del contratto secondo gli usi*, Napoli, 2017.

Carapezza Figlia G.: "Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?", en *Actal. Jur. Iberoam.*, 2020.

Carbone S., Luzzatto R.: *I contratti del commercio internazionale*, en *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 11, Torino, 1984.

Carlini Prosperetti P.: *Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali 2010*, Milano, 2012.

Cesaro V.M.: *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.

Chantepie G. - Latina M., *Le nouveau droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil*, Paris, 2018.

Chénedé F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats: consolidations, innovations, perspectives,* Paris, 2018.

Cipriani N.: "L'impatto del lockdown da Covid-19 sui contratti", en *Riv. dir. banc.*, 2020, IV.

Cuffaro V.: *Le locazioni alla prova dell'emergenza*, en C. Cicero (coord.) I *rapporti giuridici al tempo del Covid-19,* Napoli, 2020.

Cuffaro V.: "Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia", *GiustiziaCivile.com.*

D'Adda A.: "Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD1-9: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale?", en *Nova. Giur. civ. comm., suppl.*, 2020.

De Cristofaro G.: *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore - l'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo,* Padova, 2000.

Delmas Saint-Hilaire J.P.: *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, 1960.

De Mauro A.: "Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta", en *Giustiziacivile.com.*

De Nova G.: "I Principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali", en *Contr.*, 1995.

Diana A.G.: *La forza maggiore nella crisi dei rapporti contrattuali*, Milano, 2021.

Di Majo A.: *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019.

Di Majo A.: "I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit", en *Contr. impr. Europa*, 1996.

Di Raimo R.: "Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda", en *Giustiziacivile.com*

Dolmetta A.A.: "Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per misure di contenimento pandemico", en *ilcaso.it.*

Fachechi A.: "Stato d'emergenza, alterazione del rapporto contrattuale e giusto rimedio", en *Rass. dir. civ.*, 2020,

Federico A.: "Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali", en *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2020, 12.

Fédou J.F.: "Le juge et la révision du contrat", en *Rev. de contr.*, 2016, 1.

Ferro Luzzi F.: "Effetti secondari del Covid-19: la sopravvenuta, momentanea, modifica del dna dell'oggetto del contratto di locazione di esercizio commerciale", en *giustiziacivile.com*.

Frignani A.: "La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil law e common law", en *Riv. dir. civ.,* 1979, I.

Gabrielli E.: "Il Codice Napoleone, il contratto e l'operazione economica", en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2018.

Gabrielli E.: "Poteri del giudice ed equità del contratto", en *Contr.* e *impr,* 1991.

Galgano F.: "Libertà contrattuale e giustizia del contratto", en *Contr.* e *impr.* Europa, 2005.

Gallarati F.: "La reazione alla pandemia di Covid-19 negli ordinamenti composti: una panoramica comparata", en *DPCE online*, 2021, vol. 47, 2.

Galletto T.: *Clausola "rebus sic stantibus*", en *Dig. it., sez. civ.*, vol. II, Torino, 1988.

Gallo P.: *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Torino, 2014.

Gambino F.: "Il rinegoziare delle parti e il potere del giudice", en *Jus Civile,* 2019, 4.

Gambino F.: "Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato", en *Riv. dir. civ.,* 2010.

Gambino F.: *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004.

Genicon T.: *L'impatto del Covid-19 sul diritto dei contratti in Francia*, *Annuario del Contratto 2020*, Torino, 2020.

GENTILI A.: "Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus", en *GiustiziaCivile.com*.

GENTILI A.: "La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto", en *Contr. e impr.*, 2003.

GHESTIN J. at AL.: *Traité de Droit Civil: Les effets du contrat,* Paris, 1994.

GIGLIOTTI F.: "Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate", en *Giustiziacivile.com*.

GIUSTI C., *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale. Analisi comparata e prospettive di riforma*, Napoli, 2019.

GORDON J.: "Hell or High Water Contract Explained", en *The Business Professor*, 18 dicembre 2020.

GRANDE STEVENS F.: *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, en N. Lipari (coord.), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998.

GRONDONA M.: "Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 *bis*.

GRUNDMANN S., SCHÄFER M.: Le riforme del diritto contrattuale francese e tedesco, en *Orizzonti del diritto commerciale*, 2020, 2.

IORIO G.: "Gli oneri del debitore fra norme emergenziali e principi generali (a proposito dell'art. 91 del d.l. n. 18/2020, "Cura Italia")", en *Act. Jur. Iberoam.*, 2020.

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2004.

JAMIN C., Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, en *Dr. et patr.*, 1998, 1.

LIACE G.: "Titoli di credito e Covid 19", en *Analisi giuridica dell'economia*, 2020, 2.

LOMBARDI A.: *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2007.

LUCIANI M.: "Avviso ai naviganti nel mare pandemico", en *Questione Giustizia*, 2020, 2.

MACARIO F.: "Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di 'coronavirus'", en *Giustiziacivile.com.*

MACARIO F.: "Covid e locazioni commerciali: silenzio del legislatore e risposte "urgenti" della giurisprudenza", en *Contr.* 2020.

MACARIO F.: "L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa", en *Questione Giustizia*, 2016, 4.

MACARIO F.: *I rimedi manutentivi, L'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, en *Tratt. Roppo*, V, 2, Milano, 2006.

MACARIO F.: "Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione", en *Riv. dir. civ.*, 2002, I.

MACARIO F.: *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

MARASCO G.: *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale,* Padova, 2006.

MARCHESINI C.: *L'impossibilità sopravvenuta nei recenti orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2008.

MARELLA F.: *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, 2003.

MASKOW D.: "Hardship and Force Majeure", en *Am. J. Comp. L.*, 1992, 40.

MAZEAUD D.: Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese en *Riv. dir. civ.,* 2016, 2.

MEJCHER H.: *Sinai. 5 giugno 1967. Il conflitto arabo-israeliano*, Bologna, 2000.

MOSTACCI E.: *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.

NATOLI R.: "Covid-19 e sorte dei contratti di locazione commerciale durante e dopo il lockdown (nota a Trib. Roma, ord. 27 agosto 2020)", en *giustiziainsieme.it*

NAVARETTA E.: "CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema", en *Suppl. Nuova giur. civ. comm.*, 2020.

NAVARETTA E.: *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore, Atti del Convegno Pisa 25-26 maggio 2007*, Milano, 2007.

NOVELLA BUGETTI M.: "Brevi note su inadempimento e risoluzione ai tempi della pandemia", en *Il diritto degli affari,* 2020, 2.

OERTMANN P.: *Die Geschäftsgrundlage: Ein neuer Rechtsbegriff*, Lipsia, 1921.

OREN M.B.: *La guerra dei sei giorni: giugno 1967: alle origini del conflitto arabo-israeliano*, Milano, 2003.

OSTI G.: voce "*rebus sic stantibus*", en *Noviss. dig. it.,* III, Torino, 1959.

PALMIERI A.: "La riducibilità «ex officio» della penale e il mistero delle «liquidated damages clauses»"; en *Contratti*, 2000.

PANDOLFINI V.: "Epidemia Covid-19 e contratti di locazione commerciale: quali rimedi per i conduttori?", en *Contratti*., 2020.

PÉDAMON C.: *The New French Contract Law and Its Impact on Commercial Law: Good Faith, Unfair Contract Terms and Hardship*, in HEIDEMANN M. - LEE J. (a cura di) *The future of the commercial contract in scholarship and law reform*, Berlino, 2018.

PELLET S.: "La garantie légale des biens de consommation – étude comparée des droits français, anglais et communautaire", en *ANRT*, 2003.

PERILLO J.: "Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", en *Tul. J. of International Law and Comparative Law,* 1997, vol. 5.

PERILLO T.: "Pandemia e conservazione delle locazioni commerciali", en *Rass. dir. civ*., 2021, 3.

PERLINGIERI G.: "Pandemia da Coronavirus, rapporti contrattuali e giusti rimedi", en *Foro nap*., 2021, 1.

PERLINGIERI G., ZARRA G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019.

PERLINGIERI P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, IV vol. Attività e responsabilità,* Napoli, 2020.

PERLINGIERI P.: *Diritto dei Contratti fra Persona e Mercato*, Napoli, 2003.

Perlingieri P.: *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2000.

Perlingieri P.: *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, Art. 1230-1259*, en *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1979.

Pernazza F.: "I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: codificazione ed innovazione in un nuovo modello di uniformazione del diritto", en *Riv. dir. comm*., 1996.

Pilia C.: "Le Tutele dei diritti durante la pandemia Covid - 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali", en *Pers. merc*. 2020, 2.

Pontecorvo A.: *La impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 2007.

Roppo V.: Natoli R., Conti R., "Contratto e Covid-19", en *Giustizia Insieme*, 28 abril 2020.

Roppo V.: *Il contratto*, 2 ed., en *Trattato di diritto privato*, *Iudica - Zatti*, Milano, 2011.

Roppo V.: "Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?", en *Politica dir*., 2007.

Roppo V.: *Trattato del Contratto*, vol. V, Milano, 2006.

Rordorf R.: "Il codice della crisi e dell'insolvenza ai tempi della pandemia", en *Giustizia insieme*, 8 abril 2020.

Rosina S., Menarin P.: *Dall'emergenza sanitaria da covid-19 alla normativa - anche fiscale - in favore di privati e imprese*, Padova, 2020.

Rowan S., "The New French Law of Contract", en *International & Comparative Law Quarterly*, 2, 2017.

Ruggeri A.: "Scelte tragiche e Covid-19", en *Giustizia Insieme*, 24 marzo 2020.

Ruggiero V.: "La pandemia e la sorte dei canoni di locazione commerciale", en *Giustizia Insieme*, 2, majo 2020.

Russo D.: *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001.

Sacco R.: Il *contratto*, 3a ed., Torino, 2004.

SALANITRO U.: "La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus", en *giustiziacivile.com*

SCALISI V.: *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Torino, 2011.

SCARPA D.: "Ricostruzione ermeneutica della *hardship clause* nel diritto positivo italiano", en *Contr. impr.*, 2013, 4-5.

SCOGNAMIGLIO C.: "L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?", en *Giustiziacivile.com*.

SEMPRINI A.: "Inadempimenti 'emergenziali': colpa del debitore, inesigibilità della prestazione, e nuovo art. 3 comma 6-*bis*, D.L. n. 6/2020", en *Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche*, 2020, vol. 71.

SERRAO D'AQUINO P.: "L'ombra del cigno nero sui rapporti negoziali: il riequilibrio contrattuale nelle locazioni ad uso commerciale a seguito delle restrizioni per il Covid-19", en *Biodiritto*, 11 abril 2020.

SIGNORELLI M.: "La locazione commerciale al tempo della pandemia: prime prospettive di sistema e soluzioni resilienti", en *Resp. civ. prev.*, 2020.

SIRENA P.: "L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid-19", en *Nuova giur. comm.*, 2020, 3 suppl.

SIRENA P.: *The New Design of the French Law of Contract and Obligations: An Italian View*, en *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law After the 2016 Reforms*, London, 2017.

TERRÉ F., LEQUETTE Y.: *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, vol. 2, 12e ed., Paris, 2008.

THOBANI S.: "Emergenza sanitaria e rimedi contrattuali: quali scenari", en *Rivista di Diritto Bancario*, 2021, 1.

TINCANI C.: "La sorte dei contratti di soggiorno in occasione della pandemia di Covid-19", en *Rivista italiana di diritto del turismo,* 2020.

TOMMASINI R.: *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale,* Torino, 2003.

TRIMARCHI P.: *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010.

Tuccari E.: "Prime considerazioni sulla "Rèvision pour imprévision" en *Persona e Mercato*, 2018, 1.

Tuccari E., "Note sull'introduzione della "revision pour imprevision" nel codice civile francese" *Eur. dir. priv.,* 4, 2017

Venturelli A.: *Clausola di "hardship"*, en M. Confortini, *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, Assago, 2017.

Vettori G.: "Persona e mercato al tempo della pandemia", en *Pers. merc.*, 2020, 1.

Veytia H.: "The Requirement of Justice and Equity in Contracts", en *Tul L. Rev.,* 1995, 69.

Villanacci G.: *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013.

Zaccaria E.C.: *Sopravvenuto squilibrio tra le prestazioni (hardship) e adattamento dei controlli nel commercio internazionale,* en G. Alpa; G. Capili, *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007.

Zaccheo M.: *Rischio e risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Trento, 2021.

Zaccheo M.: "Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19", en *Giustizia Civile*, 2020, 2.

NUOVE SFIDE REGOLATORIE DEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO NEL PRISMA DELLA SOSTENIBILITÀ. LA PROPOSTA DI DIRETTIVA SULLA CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE*

NEW REGULATORY CHALLENGES OF EUROPEAN PRIVATE LAW IN THE NAME OF SUSTAINABILITY. THE PROPOSAL FOR A DIRECTIVE ON CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 812-855

* *La pubblicazione è stata realizzata dalla ricercatrice con contratto di ricerca cofinanziato dall'Unione europea - PON Ricerca e Innovazione 2014-2020 ai sensi dell'art. 24, comma 3, lett. a), della Legge 30 dicembre 2010, n. 240 e s.m.i. e del D.M. 10 agosto 2021 n. 1062*

Francesca
DEGL'INNOCENTI

ARTICOLO CONSEGNATO: 6 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il perseguimento di obiettivi di sostenibilità, in conformità ai propositi enunciati nel Green Deal Europeo e ai Sustainable Development Goals delle Nazioni Unite, si è di recente tradotto in un progetto normativo che interviene sul piano degli obblighi di diligenza facenti carico alle imprese. La proposta di direttiva sulla Corporate Sustainability Due Diligence, adottata dalla Commissione europea il 23 febbraio 2022, delinea un sistema di regole e di obblighi che si radicano in capo ad operatori commerciali che, per dimensioni e capacità economica o per l'attività ad alto impatto che svolgono, sono chiamati, nell'ambito della value chain cui partecipano, ad implementare processi e misure suscettibili di identificare, prevenire e mitigare i possibili rischi connessi alla tutela dell'ambiente e dei diritti umani. Il rispetto degli obblighi di due diligence posti a carico delle imprese e dei loro amministratori è affidato ad un sistema misto di public e private enforcement. A partire dai nuovi paradigmi dettati dal principio di sostenibilità, il saggio intende, in particolar modo, soffermarsi sui risvolti civilistici del progetto normativo, con particolare riguardo alla fattispecie generale di responsabilità civile per violazione degli obblighi di diligenza e all'incidenza dei nuovi vincoli sulla libertà contrattuale.

PAROLE CHIAVE: Sostenibilità; Sustainable Development Goals; responsabilità civile; responsabilità di impresa; responsabilità sociale di impresa; principio di precauzione; obblighi di diligenza dell'impresa; ambiente; diritti umani; ESG.

ABSTRACT: *The sustainability goals, in accordance with the purposes set out in the European Green Deal and the United Nations Sustainable Development Goals, have recently been translated into a regulatory project that intervenes on the level of the due diligence obligations for companies. The proposal for a directive on Corporate Sustainability Due Diligence, adopted by the European Commission on February 23, 2022, outlines a system of rules and obligations that apply to commercial operators who, due to their size and economic capacity or high- impact activity that they carry out, are required, within the context of the value chain in which they participate, to implement appropriate processes and measures to identify, prevent and mitigate possible risks related to the protection of the environment and human rights. Compliance with the due diligence obligations placed on companies and their directors is entrusted to a mixed mechanism of public and private enforcement. Beginning with the new paradigms introduced by the principle of sustainability, the essay specifically intends to dwell on the civil law implications of the regulatory project, with particular regard to the civil liability for breach of due diligence obligations and the impact of the new constraints on contractual freedom.*

KEY WORDS: *Sustainability; Sustainable Development Goals; Liability Rules; Enterprise Liability; Corporate Social Responsibility; Precautionary Principle; Corporate Due Diligence; Environment; Human Rights; ESG.*

SOMMARIO.- I. OBIETTIVI DI SOSTENIBILITÀ E NUOVE SFIDE REGOLATORIE. – II. LA PROPOSTA DI DIRETTIVA SULLA *CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE:* UN QUADRO DI SINTESI DELLA DISCIPLINA NORMATIVA. – III. STAKEHOLDERISM E OBBLIGHI DI DUE DILIGENCE NELL'AMBITO DELLA *VALUE CHAIN*. – IV. MISURE PREVENTIVE E DI ATTENUAZIONE DI «IMPATTI NEGATIVI POTENZIALI». POSSIBILI RISVOLTI APPLICATIVI ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE. - V. *SEGUE*. LA RESPONSABILITÀ CIVILE PER VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO DI *DUE DILIGENCE*. - VI. NUOVE PROSPETTIVE DI RILEVANZA DELL'«INTERESSE GENERALE» SULL'AUTONOMIA CONTRATTUALE? – VII. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. OBIETTIVI DI SOSTENIBILITÀ E NUOVE SFIDE REGOLATORIE.

Le ragioni che si pongono a fondamento di una nuova impostazione delle relazioni fra *shareholders* e *stakeholders* hanno radici profonde in una concezione "contrattualistica" o, secondo un'impostazione parzialmente difforme, "istituzionalista" dell'impresa, cui si lega la riflessione sulla *Corporate Social Responsability* e, più di recente, sui nuovi paradigmi posti dalla sostenibilità nell'esercizio dell'attività di impresa.[1]

Su questo versante, i limiti all'agire dell'impresa sono concepiti in funzione di riequilibrio della posizione di *shareholders* e *stakeholders*, al fine cioè di mitigare gli effetti di un sistema in cui ai primi compete il potere, mentre sui secondi gravano i costi derivanti dall'esternalizzazione del rischio di impresa. In una prospettiva di ribilanciamento di tali interessi, l'impostazione del legislatore europeo, che si orienta

1 Sulle concezioni che si pongono a fondamento della *CSR* e sul ruolo dell'impresa nel contesto socio-economico di riferimento, anche in rapporto alle categorie di soggetti, a vario titolo, interessate dalla sua attività, cfr. Costi, R.: "Responsabilità di impresa e diritto azionario italiano", in A.A.V.V: *La responsabilità di impresa*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 89 ss. In argomento, fra i plurimi contributi, cfr. anche: Angelici, C: "Divagazioni sulla «responsabilità sociale» d'impresa", *Riv. soc.*, 2018, 1, pp. 1 ss.; Stella Richter Jr., M.: "Società benefit e società non benefit", *ODC*, 2017, 2, pp. 1 ss.; Rossi, S.: "Il diritto della Corporate Social Responsibility", *ODC*, 2021, pp. 99 ss.; Conte, G. (a cura di): *La responsabilità sociale di impresa*, Laterza, Bari-Roma, 2008, *passim*; Libertini, M.: "Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa", *Riv. soc.*, 2009, 1, pp. 1 ss. e, più di recente, Id.: "Sulla proposta di Direttiva UE su "Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese"", *Riv. soc.*, 2021, 2-3, pp. 325 ss., il quale si sofferma anche sulle diverse leve di sviluppo della *CSR*, dapprima identificate con ragioni di tipo etico e successivamente, in una logica di maggiore conciliazione con i meccanismi competitivi di mercato, con i benefici di tipo reputazionale. Sugli effetti della valorizzazione dello sviluppo sostenibile sullo scopo della grande società azionaria, le posizioni nella letteratura sono plurime, essenzialmente distinguendosi a seconda che il perseguimento degli interessi degli *stakeholders* sia considerato o meno un fine della società, da contemperare con lo scopo lucrativo; secondo un approccio più cauto, fondato sull'"*enlightened shareholder value*", gli interessi "esterni" all'impresa possono essere apprezzati nelle scelte gestorie nella misura in cui siano strumentali alla creazione di valore nel *long-term* e, quindi, pur sempre in relazione alla massimizzazione dell'investimento dei soci (in base ad un approccio analogo a quello recepito nel *Companies Act UK* del 2006); in argomento e per una diversa declinazione di tali interessi, cfr., *ex pluribus*, Tombari, U.: «Potere» e «Interessi» nella grande impresa azionaria, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 79 ss., e Bebchuk, L.A. - Tallarita, R.: "The Illusory Promise of Stakeholder Governance", 106 *Cornell Law Review* 91, 2020-2021, pp. 91 ss.

• Francesca Degl'Innocenti
Ricercatrice di diritto privato, Università degli Studi di Firenze
francesca.deglinnocenti@unifi.it

a promuovere strumenti e meccanismi istituzionali di maggiore coinvolgimento degli *stakeholders*, è reputata favorevolmente nella logica di ridimensionare un approccio di *short-termism*, ovverosia in cui le scelte del soggetto agente sono dettate più dai benefici attesi nell'immediato, che in rapporto ai vantaggi futuri, anche laddove la riduzione dell'incidenza negativa di alcuni fenomeni potrebbe (e dovrebbe) essere raggiunta con maggiore efficacia adottando una visione di più lungo periodo.[2]

La pervasività del principio dello "sviluppo sostenibile", declinato negli SDGs dell'Onu in un più vasto programma d'azione costituito da 169 *target* o traguardi da raggiungere in ambito non solo ambientale, ma anche economico e sociale, e quindi la convergenza fra lotte sociali e lotte ecologiche, ha inevitabilmente ampliato e diversificato i "portatori di interesse" in grado di influire sulle decisioni degli operatori economici e contribuito in maniera decisiva a rifondare le strategie d'azione, pubblica e privata, nel raggiungimento di tali obiettivi.

Più precisamente, da un sistema in cui il bilanciamento fra iniziativa economica privata e tutela dei diritti umani e dell'ambiente è, per lo più, rimessa all'assunzione di impegni su base volontaria da parte degli operatori economici (si pensi ai vari codici di condotta o etici, alle *best practice*s o agli standard comportamentali dettati dalle varie ISO e, in generale, dalle norme internazionali volontarie), si è passati, nel solco di un ritrovato "istituzionalismo forte", a sistemi in cui l'impegno verso e per la sostenibilità si declina in una serie di precetti e obblighi comportamentali per l'imprese, quanto meno per quelle di più grandi dimensioni o a maggiore impatto.[3]

Ne è la riprova la corposa regolamentazione europea che di recente è intervenuta su più fronti a disciplinare aspetti sempre più complessi e tecnici delle dinamiche economiche e negoziali.

Il pensiero corre, ad esempio, al regolamento UE 2020/852 sulla tassonomia delle attività economiche eco compatibili, per quanto concerne la finanza sostenibile, ma anche alla direttiva 2014/95/UE in materia di informazioni di carattere non finanziario (*Non Financial Reporting Directive - NFRD*) per società quotate, istituti di credito e compagnie assicurative, recentemente oggetto di revisione da parte della direttiva in materia di comunicazione societaria sulla sostenibilità (*Corporate Sustainability Reporting Directive – CSRD*), nonché all'introduzione di bilanci sociali

2 Sul tema cfr. ampiamente, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, Denozza, F.: "Incertezza, azione collettiva, esternalità, problemi distributivi: come si forma lo short-termism e come se ne può uscire con l'aiuto degli stakeholders", *Riv. soc.*, 2021, 2-3, pp. 297 ss.

3 L'espressione è di Libertini, M.: "Sulla proposta di Direttiva", cit., pp. 333 ss. Nel contesto normativo, la disciplina del terzo settore è un esempio significativo di come il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, nello svolgimento di attività tipicamente qualificate come di interesse generale, si sia emancipato dall'area del *soft law* e dal carattere volontario delle pratiche socialmente responsabili, integrando lo scopo stesso dell'organizzazione, in aderenza e in attuazione al principio di sussidiarietà orizzontale *ex* art. 118, 4 comma, Cost.

per società benefit, enti del terzo settore di ampie dimensioni, incluse in ogni caso le imprese sociali, e, in generale, per quelle organizzazioni che volontariamente se ne vogliano dotare.[4]

Le ragioni di questa parabola evolutiva sono molteplici. In un primo momento, l'arretramento dello Stato nella tutela di alcuni diritti e la sua incapacità di imporre il rispetto di norme generali, in un contesto di mercato fortemente concorrenziale, hanno contribuito alla diffusione di sistemi di autoregolamentazione, che, in buona misura, consentono di creare le condizioni per il raggiungimento degli obiettivi di tutela attraverso scelte autonomamente compiute dai soggetti coinvolti - molto spesso motivate dai loro interessi economici - senza intervenire in maniera più diretta a conformare o modificare lo scopo – in tesi, coincidente pur sempre con lo *shareholder value* – o la funzione economica dell'impresa.[5]

Nell'attuale panorama giuridico si registra, invece, una tendenza inversa, e cioè l'avvio di un complesso iter regolatorio in cui le legittime aspirazioni ad uno "sviluppo sostenibile" si traducono in norme sempre più cogenti per gli operatori privati. La responsabilità dell'impresa va, dunque, perdendo la sua connotazione meramente "sociale", come tale in massima parte apprezzabile sul piano reputazionale, ed assume sempre più le vesti di una responsabilità giuridica in senso stretto.[6] L'impegno ad assumere condotte improntate alla correttezza, alla trasparenza, alla cooperazione e alla cautela nei confronti degli *stakeholders* non si esaurisce (più), dunque, nell'enunciazione di principi generali che confluiscono in codici etici o linee guida, a cui gli operatori economici si affidano per un agire responsabile ed etico; al contempo, gli strumenti di autodisciplina non svolgono (più ed esclusivamente) una mera funzione di *moral suasion*, ma - come vedremo – assumono, anche nel progetto normativo che in questa sede è posto in commento, un ruolo strategico nel rafforzamento del *private enforcement*.

Si tratta di un percorso evolutivo indotto dal mancato conseguimento di risultati soddisfacenti, nella realizzazione di uno statuto imprenditoriale più sostenibile, ad opera di meccanismi fondati, per lo più, su obblighi di *disclosure* in tema di ESG,

4 Sui recenti sviluppi regolatori in materia di gestione sostenibile dell'impresa azionaria, cfr. Genovese, A.: "Bilanci di sostenibilità, tassonomia UE delle attività economiche ecosostenibili e governo societario", *ODC*, 2022, 2, pp. 497-560, e Rolli R.: "Dalla Corporate Social Responsibility alla Sustainability, alla Environmental, Social and Governance", *Rivista di Corporate Governance*, 2022, pp. 41 ss.

5 Sotto questo specifico profilo, cfr. Buonocore, V.: "Etica degli affari, impresa etica e impresa socialmente responsabile", in *La responsabilità sociale dell'impresa* (a cura di G. Conte), cit., p. 60 ss. Per una riflessione sulla differenza fra "interesse sociale" (e più nello specifico, fra l'oggetto o scopo-mezzo) e "scopo dell'impresa" (scopo-fine), si rinvia alla recente riflessione sviluppata da Spolidoro, M.S.: "Interesse, funzione e finalità. Per lo scioglimento dell'abbraccio fra interesse sociale e Business Purpose", *Riv. soc.*, 2022, 2-3, pp. 325 ss.

6 Sulla scarsa forza persuasiva della leva reputazionale, al fine di orientare in senso socialmente responsabile l'impresa, allorchè si renda necessario comprimere i costi, cfr. le osservazioni di Reich, R.B.: *Supercapitalism: The Transformation of Business, Democracy, and Everyday Life*, Knop, New York, 2007, *passim* (trad. it., Fazi, Roma, 2008).

i quali scontano l'assenza di indici affidabili e condivisi di riferimento e, quindi, l'incertezza derivante dalla permanenza di significativi margini di discrezionalità delle imprese su ciò che deve essere comunicato all'esterno.[7]

Si è, peraltro, evidenziato come, in realtà, più semplicemente, il cambio di passo del legislatore europeo sia posto dalla necessità di fronteggiare le storture del capitalismo avanzato affrontando sfide importanti, che inevitabilmente reclamano la cooperazione fra i "principali poteri in gioco", e cioè fra Stati e grandi imprese.[8]

Sul piano civilistico, il rinnovato slancio sul fronte della tutela di interessi sociali particolarmente meritevoli di tutela è il precipitato di una primigenia espansione delle maglie applicative del principio di solidarietà sociale ed economica, sempre più sollecitata dalla rilettura in chiave costituzionale e personalistica dei rapporti intersoggettivi e, in particolar modo, dal riconoscimento di un'assoluta centralità dell'art. 2 Cost. nelle dinamiche relazionali e sociali, ora anche sul piano intergenerazionale.[9]

I dati normativi più recenti e le prospettive regolatorie a livello europeo evidenziano come le regole e gli obblighi di condotta e di protezione che si radicano in capo agli operatori commerciali, al fine di prevenire eventi di danno, vadano oltre quelli che si potrebbero ragionevolmente pretendere in ragione di un generale dovere di solidarietà che grava su ciascun consociato o sulle organizzazioni, implicando forme di socialità solidale maggiormente determinate a livello istituzionale e mediate attraverso norme e pratiche sempre più condivise.[10]

7 Il riferimento è alla direttiva europea in materia di informazione non finanziaria del 2014; sul punto, cfr. le osservazioni di Tombari, U.: "Riflessioni sullo «statuto organizzativo» dell'«impresa sostenibile» tra diritto italiano e diritto europeo", *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2022, 1, pp. 135 ss. e, sull'evoluzione delle regole di informazione non finanziaria, Rescigno, M.: "Note sulle «regole» dell'impresa «sostenibile». Dall'informazione non finanziaria all'informativa sulla sostenibilità", *ivi*, 2022, 1, pp. 165 ss.; in argomento, cfr. anche Knapp V.: "Sustainable Corporate Governance: A Way Forward?", *European Company and Financial Law Review*, 2021, 18, pp. 218 ss.

8 Tombari, U.: "Corporate purpose e diritto societario: dalla «supremazia degli interessi dei soci» alla libertà di scelta dello «scopo sociale»?", *Riv. soc.*, 2021, 1, pp. 1 ss., e Id., "Riflessioni sullo «statuto organizzativo»", cit., p. 135. Non manca chi evidenzi come l'affidamento di compiti propri dello Stato ai privati celi, in realtà, una crisi democratica: cfr. Reich, R.B.: *Supercapitalism*, cit., *passim*.; sull'arretramento degli Stati nel fronteggiare le sfide sociali ed economiche, incluse quelle climatiche, cfr. anche Renner, M.: "Private Ordering", in *New Private Law Theory: A Pluralist Approach* (Eds. S. Grundmann, H.W. Micklitz, M. Renner), Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 484 ss.

9 Per un'impostazione che mette in immediata correlazione sviluppo sostenibile e visione personalistica e solidale dell'ordinamento giuridico, cfr. Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile e solidarietà ambientale", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di M. Pennasilico), ESI, Napoli, 2014, pp. 49 ss., e Id.: "Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto", *Persona e Mercato*, 2015, p. 37 ss.; in termini più generali, sullo stretto rapporto fra persona e solidarietà e sul valore cogente dei principi costituzionali nei rapporti fra privati, cfr. Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 2006, pp. 433 ss., e, con particolare riferimento al concetto di sviluppo sostenibile, Id.: *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, ESI, Napoli, 2005, pp. 71 ss.

10 Sulla solidarietà quale bisogno ineliminabile nella dimensione dei legami sociali e quale tratto imprescindibile di un sistema politico "democratico", si rinvia alla riflessione di Rodotà, S.: *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma, 2014.

Tale mutamento è confermato anche dal rilievo crescente che la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema trova nelle costituzioni riformate; significative al riguardo sono l'esperienza francese della *Charte de l'environnement* e più di recente la modifica della Carta costituzionale italiana, attuata con legge costituzionale n. 1/2022, che ratifica un'evoluzione interpretativa già in atto, segnando il passaggio da una concezione dell'ambiente quale interesse di natura generale e sovra-individuale e materia per il riparto delle competenze legislative, al suo riconoscimento quale valore costituzionale primario e sistemico, suscettibile di imprimere particolari vincoli alla libera iniziativa privata e di orientare l'attività economica pubblica e privata verso fini "sociali e ambientali" (art. 41 Cost.).[11] Tali principi richiedono di essere calati sul piano della concretezza giuridica e, sotto questo profilo, l'aspirazione del sistema non sembra possa realisticamente risiedere nella riduzione dell'impresa ad attività socialmente utile o, quanto meno, innocua, a detrimento di un obiettivo – giudicato di per sé "meno nobile" – di arricchimento patrimoniale e personale.

L'approccio adottato dal legislatore europeo per contrastare fenomeni che hanno un impatto a livello mondiale, quale il *climate change*, è quello di introdurre norme imperative che intervengono sul piano degli obblighi di *governance* e di controllo delle imprese, e dei loro amministratori, fino a coinvolgere – come previsto dalla recente proposta di direttiva sulla *Corporate Sustainability Due Diligence*, cui sono dedicate le pagine a seguire - tutta la catena del valore, e quindi anche i rapporti contrattuali con i fornitori abituali.

L'inasprimento di detti obblighi è diretto a prevenire il compimento, o quanto meno a ridurre l'impatto, di illeciti suscettibili di deteriorare o di ledere anche irrimediabilmente le risorse naturali o i diritti umani. I margini di discrezionalità concessi alle imprese vanno, dunque, assottigliandosi e si rafforzano vincoli e obblighi, sempre più "standardizzati", che pongono nuovi interrogativi in relazione agli adempimenti richiesti e ai sistemi di *enforcement* in funzione degli obiettivi di *policy*.

11 La riforma del 2022 è intervenuta ad allineare definitivamente i principi costituzionali al quadro sovranazionale, ma si pone in sostanziale continuità con significative aperture alle nuove istanze di tutela già emerse a livello interpretativo; valga citare, al riguardo, Corte Cost., 20 luglio 2012, n. 200, la quale individua fra i limiti all'iniziativa economica privata non solo quelli posti dall'art. 41 Cost. (come risultanti nella sua originaria formulazione, antecedente alla riforma costituzionale), ma anche quelli enucleabili dai principi costituzionali, nonché dagli impegni internazionali e comunitari in relazione alla tutela dell'ambiente e della biodiversità. Sull'*iter* legislativo della riforma, si veda l'approfondimento di Leccese, E.: "L'ambiente: dal codice ambientale alla costituzione, un percorso al contrario?", in *Liber amicorum per G. Vettori* (a cura di G. Passagnoli, F. Addis, G. Capaldo, A. Rizzi, S. Orlando), www.personaemercato.it, Firenze, 2022, pp. 1843 ss., e Alpa, G.: "Note sulla riforma della costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali", *Contr. Impr.*, 2022, 2, pp. 361 ss.

II. LA PROPOSTA DI DIRETTIVA SULLA *SUSTAINABILITY CORPORATE DUE DILIGENCE*: UN QUADRO DI SINTESI DELLA DISCIPLINA NORMATIVA

Una forte sollecitazione al dibattitto sugli obblighi facenti capo alle imprese, nella logica di attuare il principio di sostenibilità, in conformità agli SDGs tracciati dall'ONU, e per realizzare un migliore bilanciamento fra le istanze che fanno capo agli *shareholders* e agli *stakeholders*, è data dalla proposta di direttiva della Commissione Europea sulla *Corporate Sustainability Due Diligence* del 23 febbraio 2022, modellata su precedenti normative già esistenti nel quadro europeo, in particolare in Francia e in Germania.[12]

Come si desume dall'*Inception Impact Assessment* della Commissione Europea del 2020, il legislatore comunitario ha assunto l'iniziativa regolatoria con l'obiettivo di introdurre un generale principio di *not to do harm* per gli operatori commerciali e precisi obblighi per i loro amministratori al fine di indurli, nell'ambito del processo decisionale, a considerare anche interessi "esterni", non direttamente riferibili alla compagine societaria. Nella successiva Risoluzione del Parlamento UE del 10 marzo 2021, tale proposito si traduce nell'identificazione di standard di diligenza per le imprese stabilite in UE, suscettibili di prevenire e governare potenziali impatti negativi su ambiente e diritti umani, oltre che di incidere sulla buona *governance* dell'impresa.[13]

Le esternalità negative che derivano dalla produzione o dal consumo nel mercato comunitario e che si riverberano sui diritti umani e sull'ambiente sono plurime. La relazione alla proposta di direttiva individua, in particolare, alcuni fenomeni sui quali si concentra l'azione normativa europea, quali il lavoro coatto o minorile, lo sfruttamento o l'inadeguatezza delle condizioni di lavoro,

12 "Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937" (Bruxelles, 23.2.2022 COM(2022) 71 final). Per quanto riguarda le iniziative legislative già intraprese da alcuni Paesi membri, il riferimento è in particolare alla Francia, con la *Loi relative au devoir de vigilance* del 2017, e alla Germania, con la *Sorgfaltspflichtengesetz* del 2021, che hanno introdotto una disciplina normativa orizzontale in materia di diligenza; altri Paesi hanno, invece, emanato leggi più mirate, ad esempio, i Paesi Bassi, nel 2019, in tema di lavoro minorile (*Wet zorgplicht kinderarbeidm*). Per un commento alla proposta di direttiva in comparazione anche con la legge tedesca del 2021, si rinvia a Hübner L.; Habrich V.; Weller, M.P.: "Corporate Sustainability Due Diligence – Der EU-Richtlinienentwurf für eine Lieferkettenregulierung", *NZG*, 2022, pp. 644-651 ed anche a Barcellona E., *Shareholderism versus stakeholderism. La società per azioni contemporanea dinanzi al «profitto»*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 171 ss.; per un approfondimento sulla legge francese, cfr., invece, Scognamiglio, G.: "Sulla tutela dei diritti umani nell'impresa e sul dovere di vigilanza dell'impresa capogruppo. Considerazioni a margine di un confronto fra la legislazione francese e quella italiana", *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2019, pp. 545 ss.

13 Il riferimento è alla Risoluzione del Parlamento UE recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la diligenza e la responsabilità delle imprese (2020/2129(INL). Per un commento, anche in chiave critica, sulla proposta di direttiva, si rimanda ai contributi pubblicati su *Rivista delle Società*, 2021, 2-3, fra i quali, in particolare, Ventoruzzo, M.: "Note minime sulla responsabilità civile nel progetto di direttiva Due Diligence", *ivi*, pp. 380 ss., Enriques, L.: "The European Parliament Draft Directive on Corporate Due Diligence and Accountability: Stakeholder-Oriented Governance on Steroids", *ivi*, pp. 319 ss.; più favorevoli, Marchetti, P.: "Il bicchiere mezzo pieno", *ivi*, pp. 336 ss., e Libertini, M.: "Sulla proposta di Direttiva", cit., pp. 325 ss.; si veda anche Bevivino, G.: "Nuovi inputs euro-unitari. La «sostenibilità» come ponderazione normativa degli interessi di shareholders e stakeholders", *Analisi giuridica dell'economia*, 2022, 1, pp. 115 ss.

le emissioni di gas ad effetto serra e l'inquinamento, la perdita della biodiversità ed il degrado degli ecosistemi. Delegare la risposta a tali problemi a scelte autonome e differenziate degli enti sovrani è reputata evidentemente un'opzione poco efficiente, poiché contribuirebbe ad incrementare la frammentazione della regolamentazione giuridica, a discapito di esigenze di certezza, sul piano degli standard comportamentali richiesti, e di parità di condizioni nella competizione fra operatori economici entro il mercato unico europeo.

Del resto, la complessità delle catene del valore entro cui le organizzazioni operano a livello transfrontaliero, le pressioni del mercato e la carenza di adeguate informazioni, a fronte di costi, presunti od effettivi, elevati, rappresentano fattori che rendono di difficile attuazione le iniziative "socialmente responsabili" o - come ora è preferibile qualificarle - "sostenibili", ove queste non siano convogliate in uno sforzo normativo congiunto, dotato di ampio spettro applicativo.[14]

Recependo tali esigenze e dando seguito alla risoluzione del Parlamento europeo, la Commissione europea ha, quindi, adottato la proposta di direttiva, con l'obiettivo di introdurre un impianto giuridico trasversale che favorisca, in tutti i settori economici, meccanismi di prevenzione o, quanto meno, in grado di attenuare gli impatti negativi derivanti dalla violazione degli obblighi e dei divieti posti negli accordi internazionali a tutela dei diritti umani e dell'ambiente.

Il testo presentato dalla Commissione UE il 24 febbraio 2022 è stato, peraltro, sottoposto a numerose consultazioni e, da ultimo, il Consiglio UE, in data 30 novembre 2022, ha approvato la propria posizione negoziale suggerendo, con il suo orientamento generale, alcune opportune modifiche al provvedimento.[15]

Al fine di meglio chiarire l'articolato disegno normativo, si reputa utile e opportuno offrire un quadro di sintesi della proposta in commento, tentando poi - con la necessaria cautela che accompagna l'interprete che decida di cimentarsi con un'analisi del dato normativo, a percorso legislativo ancora in corso - di offrire una lettura ragionata dei possibili risvolti critici del progetto europeo, ma anche dei suoi aspetti maggiormente innovativi. In particolare, il discorso verrà affrontato prendendo in considerazione alcuni temi che paiono nevralgici sul piano civilistico, e cioè concernenti il contenuto degli obblighi di diligenza, anche in relazione ad impatti negativi solo potenziali, i presupposti applicativi della fattispecie di

14 Libertini, M.: "Persona, ambiente", cit., pp. 479 ss., pone l'accento sulla centralità del ruolo dell'autorità pubblica, quale unico soggetto democraticamente legittimato e idoneo "ad affrontare e risolvere i grandi problemi ambientali" di natura globale, che non potrebbero essere, invece, efficacemente risolti "affidandone la soluzione al giudice civile che, di solito, risolve problemi relazionali intersoggettivi, nella prospettiva di norme già conosciute".

15 La posizione del Consiglio UE e il nuovo testo della proposta direttiva sono consultabili al seguente link: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/it/pdf.

responsabilità civile per violazione di tali obblighi, la previsione di vincoli che incidono sulla libertà contrattuale.

In via preliminare, giova precisare quale sia il perimetro applicativo che, sul piano soggettivo, il legislatore europeo ha inteso fissare.

I destinatari selezionati sono rappresentati da imprese di ampie dimensioni o con un determinato fatturato, attive in qualsiasi settore produttivo e anche con effetti extraterritoriali, o da imprese – pur sempre di significative dimensioni – operanti in settori sensibili o ad alto impatto, quali, per esempio, la fabbricazione di tessuti e pellami, l'agricoltura e la silvicoltura, la pesca e l'estrazione di risorse minerarie.[16]

Se il riferimento ad attività potenzialmente più rischiose è una scelta comprensibile, in quanto si tratta di imprese più facilmente coinvolte nella produzione di immissioni nocive, l'applicazione della disciplina ad operatori con un numero di dipendenti o un fatturato netto particolarmente elevati sembrerebbe sottendere ragioni di tipo economico, più che un diverso atteggiarsi dell'interesse sociale, e cioè un maggiore grado di rilevanza degli interessi esterni alla società, in relazione alle più ampie dimensioni dell'impresa. In altre parole, la scelta legislativa di escludere fra i destinatari degli obblighi introdotti le PMI, che pure rappresentano oltre il 90% del tessuto imprenditoriale europeo, sottende una logica di ragionevolezza, che tiene conto dei possibili risvolti applicativi derivanti da un'estensione incondizionata dell'obbligo di *due diligence*: l'imposizione di costi di implementazione delle misure di diligenza non sostenibili per attività con ridotta capacità economica e, nella maggior parte dei casi, prive di preesistenti procedure di diligenza e del *know-how* necessario per attuarle.

Ciononostante - già lo si anticipa - tale proposito rimane fatalmente disatteso nella misura in cui anche le imprese di più modeste dimensioni rimangono concretamente coinvolte (seppure indirettamente) dalla normativa in parola, quali soggetti che partecipano alla catena di valore delle imprese destinatarie dirette degli obblighi normativi.[17]

Ciò chiarito in relazione all'ambito di applicazione della proposta di direttiva in termini soggettivi e passando al contenuto delle nuove prescrizioni normative, la proposta interviene ad introdurre obblighi di diligenza "in materia di diritti

16 Più precisamente, le destinatarie del provvedimento sono sia le imprese che abbiano un numero di dipendenti pari ad almeno 500 e con un fatturato netto di oltre 150 milioni a livello mondiale, nell'ultimo esercizio per il quale è stato redatto il bilancio d'esercizio, sia le imprese che, pur avendo un numero di dipendenti e un fatturato netto inferiori, ma comunque rispettivamente pari a 250 e di almeno 40 milioni di euro, generano almeno metà di detto fatturato in settori sensibili, ovverosia ad alto impatto.

17 Non a caso, nella relazione introduttiva si fa riferimento ad ipotetiche risorse economiche che gli Stati, nel rispetto della normativa anti-trust, dovranno mettere a disposizione delle PMI, alle quali si aggiungono altre misure di sostegno garantite dalle società destinatarie della direttiva.

umani e di ambiente", come meglio formulati agli articoli da 5 a 11, che incombono sulle società destinatarie, con riferimento non solo alla loro attività, ma anche a quella delle loro controllate e dei partner, nell'ambito della catena del valore, con i quali intrattengano un "rapporto d'affari consolidato". L'integrazione del dovere di diligenza nelle politiche societarie implica "interventi di individuazione, prevenzione, attenuazione, arresto e minimizzazione nell'entità riguardo agli impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente", effettivi o anche solo potenziali, sulla base di indicatori qualitativi e quantitativi (art. 10).

Sulla distinzione fra impatti negativi effettivi e potenziali si sviluppa, quindi, un'articolata disciplina degli obblighi di diligenza, i quali sono declinati in una pluralità di condotte, essenzialmente riconducibili all'*individuazione* degli impatti negativi effettivi e potenziali (art. 6), alla *prevenzione* e *attenuazione* degli impatti negativi potenziali (art. 7), all'*arresto* e *minimizzazione* degli impatti negativi effettivi (art. 8).

Con un articolato complesso e di non sempre agevole comprensione sul piano tecnico disciplinare, la portata di tali obblighi è estesa, secondo un "sistema a cascata", a tutti i partner commerciali, mediante la previsione di garanzie contrattuali che assicurino il rispetto del codice di condotta predisposto dalla società, contenente norme e principi per dipendenti e filiazioni, e, se del caso, per i partner commerciali diretti e indiretti, o del piano d'azione correttivo, che eventualmente si sia reso necessario predisporre per implementare le misure preventive.

In presenza di impatti negativi effettivi, se risulta "impossibile" neutralizzare o minimizzare tali effetti con le misure di *due diligence*, è fatto obbligo alla società di astenersi dall'intraprendere un nuovo rapporto d'affari o di prolungarne uno esistente con il partner "con il quale o nella catena del valore del quale è emerso l'impatto", con conseguenze anche sul rapporto contrattuale in atto: la società, se legittimata in base alla legge applicabile, può sospendere temporaneamente il rapporto - al contempo assicurandosi che le iniziative volte ad arrestare o minimizzare l'entità dell'impatto siano assunte – o, in presenza di condizioni di particolare gravità, perfino cessare la relazione d'affari (art. 8, 6 comma).

Peraltro, ove le misure previste per assolvere gli obblighi di diligenza non consentano, a seconda della tipologia di impatto negativo, effettivo o potenziale, rispettivamente di arrestare e prevenire o comunque di minimizzare ed attuenuare sufficientemente l'effetto negativo, "la società può adoperarsi a concludere un contratto con un partner con il quale intrattiene un rapporto indiretto al fine di assicurare il rispetto del codice di condotta o del piano d'azione", rispettivamente, correttivo o di prevenzione (art. 8, 4 comma, e art. 7, 3 comma).

Le garanzie contrattuali, inoltre, devono essere accompagnate da misure di monitoraggio per la verifica della conformità delle condotte agli obblighi posti, con possibilità di richiamare idonee iniziative di settore o di valersi di un terzo soggetto indipendente, esente da possibili conflitti di interesse e con adeguate esperienza e competenza, che svolga l'attività di controllo.

A talune imprese, individuate sulla base di un criterio dimensionale, è inoltre richiesto di adottare un piano al fine di garantire che il modello di *business* e la strategia aziendale siano compatibili con il processo di transizione verso un'economia sostenibile e con l'obiettivo di riduzione del riscaldamento globale, propugnato nell'Accordo di Parigi del 2016 sui cambiamenti climatici, ove – come è noto – è posto come ambizioso proposito, a livello europeo, la riduzione progressiva delle emissioni di anidride carbonica, fino al raggiungimento della neutralità climatica nel 2050 (art. 15).

La complessità degli obblighi introdotti e la necessità di apprestare strumenti in grado di favorire il loro adempimento ha indotto il legislatore a contemplare una pluralità eterogenea di misure, all'insegna della cooperazione e dello scambio di flussi informativi fra le diverse organizzazioni coinvolte. In questa direzione, in particolare, sono previste: i) l'adozione di orientamenti da parte della Commissione sulle clausole tipo d'uso volontario da adottare per garantirsi che le controparti commerciali rispettino i principi e le regole sancite nel codice di condotta della società o il piano operativo di prevenzione che sia stato predisposto, oltre che in relazione alle garanzie contrattuali che devono essere fornite dagli ulteriori soggetti partecipi alla catena di valore; ii) l'emanazione di orientamenti anche specifici a determinati settori o a determinati impatti negativi che si intendono prevenire o attutire, al fine di assistere autorità pubbliche e privati nella definizione delle modalità con cui gli obblighi di diligenza devono essere assolti; iii) iniziative orientate a raccogliere e condividere informazioni - fra istituzioni pubbliche, società e loro partner commerciali, e acquisite anche mediante consultazioni con i vari "portatori di interesse" - che favoriscano l'adempimento degli obblighi posti, anche tramite siti web, piattaforme o portali dedicati; iv) misure di sostegno, mirato e proporzionato, anche economico, da parte delle società a favore delle PMI coinvolte nella catena di valore, per le quali potrebbero risultare economicamente insostenibili il rispetto del codice di condotta o del piano d'azione correttivo o i costi di verifica del terzo indipendente *ex* art. 7, 4 comma; v) l'istituzione, infine, da parte della Commissione, di una rete europea delle autorità di controllo - designate da ciascuno Stato membro per vigilare sull'attuazione della direttiva – con lo scopo di agevolare il coordinamento e l'allineamento delle prassi regolamentari, di vigilanza e sanzionatorie.

Per quanto concerne il sistema di *enforcement*, nel solco di quanto già sperimentato in tema di pratiche commerciali sleali, diritto antistrust e mercati regolamentati, si prevede un doppio binario: da una parte, un sistema di controllo affidato ad un'autorità indipendente, a tale scopo designata dagli Stati membri e dotata di penetranti poteri istruttori e sanzionatori (artt. 17-18, art. 20); dall'altra parte, un sistema di responsabilità civile connesso al mancato adempimento dei doveri di diligenza e condizionato alla verificazione di un danno (art. 22).[18] A ciò si aggiungono ampie facoltà concesse agli *stakeholders*, legittimati a presentare reclamo, qualora temano che dalle attività della società possano derivare impatti negativi, anche solo potenziali, sui diritti umani e sull'ambiente, e ad effettuare segnalazioni circostanziate alle autorità (art. 19).

Per quanto qui di interesse, sul piano del *private enforcement*, è contemplata una fattispecie di responsabilità civile, la cui operatività è condizionata alla sussistenza di rapporti d'affari consolidati, ovverosia duraturi, per intensità o periodo interessato, e che rappresentano una parte non trascurabile, né meramente accessoria della catena del valore della società. Ai sensi dell'art. 22, primo comma, la società è considerata "responsabile per i danni" se non ha ottemperato agli obblighi di *due diligence*, sanciti a livello normativo, e se da tale inadempienza sia derivato "un impatto negativo che avrebbe dovuto essere individuato, prevenuto, attutito, arrestato o minimizzato nell'entità mediante le misure adeguate" sancite dalla direttiva "e che ha causato danni".

Al secondo e terzo comma sono, sostanzialmente, previste alcune clausole di esonero della responsabilità. Più precisamente, la società non è considerata responsabile per non aver evitato o arrestato il danno a livello dei rapporti d'affari indiretti – e quindi per i danni derivanti dal fatto imputabile al partner commerciale -, se ha utilizzato un sistema a cascata e ha introdotto adeguate garanzie contrattuali e messo in atto misure per verificarne il rispetto, a meno che, nello specifico caso, fosse irragionevole attendersi che il concreto intervento, anche per quanto riguarda la verifica della conformità, fosse atto a prevenire, attenuare o arrestare l'impatto negativo o minimizzarne l'entità. Inoltre, è specificatamente previsto che la valutazione dell'*esistenza* o della *portata* della responsabilità debba tenere conto delle iniziative avviate dalla società per conformarsi ai provvedimenti correttivi richiesti dall'autorità di controllo, oltre che degli investimenti effettuati o delle azioni di sostegno fornite; si individuano, così, una serie di circostanze che potranno essere apprezzate, nel caso concreto, dall'organo giudicante chiamato a valutare il corretto assolvimento degli obblighi di *due diligence* e che fungono da incentivo per le imprese.

18 Sulle esperienze pregresse e, in generale su sistemi che si affidano ad un *enforcement* sia pubblico che privato, cfr. Maugeri, M.; Zoppini A. (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, Bologna, 2009.

La proposta di direttiva intende introdurre un sistema di tutela minima, come è reso evidente dalla circostanza che la previsione di una fattispecie di responsabilità *ad hoc*, per la lesione dei diritti umani e per gli impatti negativi sull'ambiente, lasci impregiudicate le norme che disciplinano fattispecie di responsabilità in situazioni non regolate dalla normativa in esame o che prevedono regimi di responsabilità più rigorosi. In particolare, la fattispecie delineata all'art. 22 si pone in termini di complementarietà rispetto a quella prevista dalla direttiva sulla responsabilità per danno ambientale 2004/35/CE, che - come è noto - introduce un quadro comune in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale per le attività di impresa, basato sul principio "chi inquina paga", senza tuttavia ricomprendere le catene del valore delle società.

Autonoma considerazione riceve, infine, la disciplina dei doveri degli amministratori, il cui *duty of care* - tradotto nella versione italiana in un inedito "dovere di sollecitudine" – si traduce nell'obbligo di agire nell'interesse "superiore" della società, che include la considerazione, nelle scelte gestorie, delle conseguenze in termini di sostenibilità, in un orizzonte di breve, medio e lungo termine (art. 25), nonché nella predisposizione di sistemi di gestione attuativi degli obblighi di diligenza posti a carico dell'ente, sui quali sono tenuti a vigilare (art. 26). Sono, inoltre, previste regole di quantificazione della remunerazione variabile degli amministratori collegate al loro contributo "alla strategia aziendale, agli interessi a lungo termine e alla sostenibilità ambientale" (art. 15, 3 c.).

Queste ultime disposizioni, peraltro, sono fra quelle che la recente posizione negoziale del Consiglio UE del 30 novembre 2022, recependo le forti preoccupazioni esternate dalle delegazioni nazionali in sede di consultazione, propone di estromettere dall'articolato della direttiva, sul presupposto che la loro applicazione andrebbe ad interferire sui diversi sistemi di governo societario, che ciascuno ordinamento giuridico contempla, e sulle scelte discrezionali rimesse alla società, in assenza, peraltro, di paradigmi precettivi dotati di sufficiente certezza e chiarezza per orientare la condotta e l'azione degli organi sociali.[19]

In realtà, pare assunto tutto da dimostrare che la rimozione *tout court* di ogni disposizione in tema di doveri e responsabilità degli amministratori - e, quindi, la "lacuna" normativa che deriverebbe dal recepimento in via definitiva dell'emendamento proposto - sia congeniale a preservare gli insopprimibili spazi

19 Sembrerebbe così confermata l'idea che "se attendevamo una risposta a livello europeo in tema di scopo della società e doveri degli amministratori siamo destinati a rimanere delusi": così Tombari, U: "Riflessioni sullo «statuto organizzativo»", cit., p. 143. Sul tema delle scelte gestorie, la letteratura è sconfinata; con precipuo riferimento alla proposta di direttiva in commento, sulla discrezionalità dell'organo gestorio nella valutazione e ponderazione degli interessi terzi all'impresa, cfr. Marchetti, P.: "Il bicchiere mezzo pieno", cit., pp. 340 ss. e, sulla difficoltà di tradurre il concetto di sostenibilità e il *long term-approach* in regole operative sicure, viste le loro plurime accezioni (e anche declinazioni), cfr. Montalenti P., "Società, mercati finanziari e fattori ESG: ultimi sviluppi", *Rivista di Corporate Governance*, 2022, pp. 11 ss., e in argomento, anche Rolli, R.: "Dalla Corporate Social Responsibility", cit., pp. 75 ss.

discrezionali che competono all'organo gestorio; è dato chiedersi se, al contrario, la mancata disciplina di tale profilo presti il fianco a maggiori licenze interpretative e ad operazioni costruttive da parte delle corti chiamate a sindacare l'operato degli amministratori. Ciò in considerazione del fatto che gli effetti sul governo societario sono comunque pervasivi, ancorché indiretti, e le scelte gestionali non possono comunque sottrarsi al rispetto della cornice normativa introdotta a tutela di interessi esterni all'impresa[20]. Al riguardo, giova osservare come le previsioni contenute nel provvedimento in commento, in tema, per esempio, di obblighi di consultazione dei portatori di interesse o in relazione alle procedure di reclamo, siano in ogni caso suscettibili di rafforzare gli obblighi di motivazione degli organi societari che decidano di non tenere conto delle richieste inoltrate.[21]

Per quanto concerne gli ulteriori emendamenti suggeriti, in sede di compromesso, dal Consiglio UE, si osserva come la proposta scrutinata rimanga sostanzialmente confermata nell'impianto dispositivo e nelle finalità che se ne pongono a fondamento. Per quel che qui maggiormente interessa e in una prospettiva di maggiore semplificazione e chiarezza degli obblighi derivanti dal dettato normativo, il Consiglio UE propone in ogni caso: i) di sostituire il concetto di "catena del valore" con quello, più ristretto, di "catena dell'attività", sostanzialmente identificabile con i rapporti di approvvigionamento, con maggiore evidenza, altresì, delle attività suscettibili di rientrare in tale definizione ed esclusione della fase di utilizzo dei prodotti della società o della fornitura di servizi; ii) di delineare in modo maggiormente puntuale gli obblighi di diligenza a livello di gruppo; iii) di introdurre regole che consentano alle imprese di stabilire un ordine di priorità fra i diversi impatti negativi da prevenire, in base alla loro gravità o probabilità di verificazione; iv) di articolare in maniera più precisa la fattispecie della responsabilità civile *ex* art. 22, introducendo quale presupposto applicativo l'elemento soggettivo della "intenzionalità" o "negligenza" della condotta posta in violazione degli obblighi di diligenza, nonché la sussistenza di un danno derivante "all'interesse giuridico della persona fisica o giuridica tutelato dal diritto nazionale", con pieno riconoscimento del risarcimento quale strumento di riparazione, ma esclusa, ogni forma di sovra-compensazione o di risarcimento punitivo.

III. *STAKEHOLDERISM* E OBBLIGHI DI DUE DILIGENCE NELL'AMBITO DELLA *VALUE CHAIN*

Compiuta questa sommaria rassegna delle disposizioni normative più significative della proposta di direttiva in parola e dei più recenti orientamenti per

20 Mosco, G.D.-Felicetti, R.: "Prime riflessioni sulla proposta di direttiva UE in materia di Corporate Sustainability Due Diligence", *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2022, 1, p. 200, ritengono che sia "ragionevole pensare che il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato già ricomprenda quello di considerare i fattori ESG e gli interessi di chi è toccato dall'attività della società".

21 Per tale rilievo, cfr. Libertini, M.: "Sulla proposta di Direttiva", cit., p. 332, il quale preconizza che la *business judgment rule* "potrà rivelarsi fragile strumento a difesa del regime tradizionale".

la sua revisione, giova sin da subito evidenziare come i primi commenti si siano prevalentemente posti in chiave critica e, da più parti, è stato avanzato l'auspicio di una revisione della proposta durante l'iter di approvazione.[22]

Principalmente le difficoltà sorgono dall'estensione della moltitudine di soggetti e degli interessi suscettibili di influenzare i processi decisionali e degli strumenti, quali il reclamo o le segnalazioni alle autorità competenti, a tal fine concessi.

Nel panorama legislativo, il c.d. *multistakeholders approach* non è un elemento di per sé innovativo. La presenza degli *stakeholders* nei processi decisionali delle formazioni sociali è aspetto che trova già disciplina, per esempio, nell'ambito del terzo settore, e in particolare in relazione all'impresa sociale, ove il coinvolgimento dei lavoratori e degli altri portatori di interessi è aspetto identificativo della stessa organizzazione. Tuttavia, la categoria degli *stakeholders* presa in considerazione nella proposta di direttiva assume tratti di singolare ampiezza: non è rappresentata solo da coloro che vantano un rapporto di lavoro o di tipo commerciale con l'impresa, segnatamente i fornitori o gli altri partner della *value chain*, ma anche dalla comunità collettivamente intesa, e ciò da coloro che, nelle più diverse fogge e a vario titolo, possono rimanere condizionati dall'attività d'impresa, pur in assenza di uno specifico rapporto giuridico intrattenuto con essa.[23]

Ne consegue un problema di potenziali contrasti non solo derivanti dalla dicotomica contrapposizione fra interessi dei soci e istanze esterne alla compagine societaria, ma anche fra i diversi obiettivi di sostenibilità posti, riconducibili a beni e valori fra loro eterogenei – i diritti umani, l'ambiente, la buona *governance* -, e dalla mutevole e sfumata identificazione dei "portatori di interessi" legittimati ad "interferire" con le strategie di impresa. La più ampia platea di *stakeholders* può dare origine a possibili conflitti fra i diversi portatori di interessi, da comporre secondo un ordine di priorità non sempre così lampante, ed espone le organizzazioni non solo ad un maggiore impegno sul piano dei doveri di informazione, di trasparenza e di consultazione, ma anche ad un aumento esponenziale delle segnalazioni, dei

22 Cfr., fra gli altri, in riferimento alla risoluzione del Parlamento, Ventoruzzo, M.: "Note minime sulla responsabilità", cit., pp. 380 ss., il quale contesta principalmente il contenuto ampio e indefinito dei nuovi doveri di diligenza, di controllo e di vigilanza, avanzando più di un timore sulle "diverse letture da parte dei giudicanti" cui si prestano regole che sanzionano comportamenti illeciti "anche solo omissivi, che offendono beni non chiaramente definiti" (p. 382); dello stesso A. cfr. anche Id., "Troppa responsabilità per l'impresa", *lavoce.info*, 2 aprile 2021.

23 Per questa distinzione vedi già Costi, R.: "Responsabilità di impresa e diritto azionario", cit., pp. 86-89. Sulle concrete modalità con cui può assicurarsi il coinvolgimento degli *stakeholders*, cfr. Strampelli, G.: "La strategia dell'Unione europea per il capitalismo sostenibile: l'oscillazione del pendolo tra amministratori, soci e stakeholders", *Riv. soc.*, 2021, 2-3, pp. 365 ss. (specie p. 371 ss.). In tema, cfr. anche Alpa, G.: "Responsabilità degli amministratori di società e principio di «sostenibilità»", *Contr. impr.*, 2021, 3, pp. 721 ss., il quale sottolinea come la combinazione nella gestione dell'impresa dell'"interesse al profitto con la tutela di interessi diffusi della comunità civile" comporti "l'integrazione del contenuto dell'interesse proprio della società che si pone pertanto come entità autonoma rispetto ai propri soci" (p. 726).

reclami o delle azioni cui sono soggette, tanto più in mancanza di adeguati filtri rispetto alla lesione di interessi sovra-individuali.

L'implementazione di tali obblighi è particolarmente difficoltosa ove venga ad interessare i partner di più modeste dimensioni, sui quali verrebbero a gravare consistenti oneri amministrativi e finanziari. Per fronteggiare tale problema, la Commissione Europea ha previsto l'introduzione di misure di sostegno da parte degli Stati, nel rispetto della normativa antitrust (art. 14, 1 e 2 c., ma anche considerando 47 della proposta), e sono contemplate forme di supporto delle PMI a carico delle società, principali destinatarie degli obblighi di diligenza. Ciò ovviamente induce ad interrogarsi non solo su come tali misure di sostegno potranno essere concretamente stanziate e garantite, ma anche sul riflesso di tale previsione sulla scelta della controparte contrattuale, ben potendo la società, in un'ottica di riduzione degli oneri su di essa incombenti o non disponendo di risorse congrue allo scopo, preferire intrattenere rapporti negoziali con partner dotati di maggiore capacità economica o in grado di meglio implementare le procedure di diligenza, estromettendo così, dai rapporti d'affari e dal novero dei fornitori, le PMI meno solide, che sarebbe chiamata in qualche misura a supportare.[24]

La sostenibilità economica di tali misure non rappresenta, dunque, una variabile di poco conto. In base ad una lettura orientata a valorizzare il rapporto fra costi e benefici attesi, l'obiettivo da perseguire dovrebbe consistere nella riduzione dei *costi sociali* degli incidenti, che comprendono non solo i costi derivanti dai sinistri (dipendenti tanto dalla loro incidenza sotto il profilo numerico, quanto dalla loro gravità in termini di impatto sulla collettività e sull'ecosistema), ma anche i costi per prevenirli; è dato allora chiedersi se sia davvero sostenibile – qui, nel senso di affrontabile sul piano dei costi e dell'efficienza complessiva - per l'impresa, ma anche per il sistema economico-sociale, una siffatta estensione di obblighi e di responsabilità, che evidentemente deve rispondere anche ad una logica di ragionevolezza e di proporzionalità.[25]

In questo contesto, la previsione di standard comportamentali fondati su parametri di valutazione quanto più possibile certi ed uniformi rappresenta la

24 Al considerano 34 si precisa che il supporto mirato e proporzionato che la società è tenuta ad offrire alla PMI con la quale intrattenga un rapporto d'affari consolidato, ai fini di una "prevenzione globale degli impatti negativi effettivi e potenziali" include "sostegno finanziario attraverso finanziamenti diretti, prestiti a tasso agevolato, garanzie di approvvigionamento continuo e assistenza nell'ottenere finanziamenti per contribuire all'attuazione del codice di condotta o del piano operativo di prevenzione, o orientamenti tecnici, ad esempio sotto forma di formazione, potenziamento dei sistemi di gestione, e collaborare con altre società".

25 La prospettiva che guarda alla minimizzazione dei costi complessivi degli incidenti, in risposta ad esigenze di efficienza del sistema, è di matrice gius-economica; in tema, si veda per tutti, Calabresi, G.: *The Cost of Accident: A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven-London, 1970, trad. it. *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica* (a cura di A. De Vita; V. Varano; V. Vigoriti), Giuffrè, Milano, 1975 (rist- 2015, con presentazione di S. Rodotà e di E. Al Mureden), pp. 50 ss., e più di recente, Id., *Il futuro del Law and Economics: saggi per una rimeditazione ed un ricordo*, Giuffrè, Milano, 2018.

chiave di volta di un disegno politico che richieda un modello di *business* e di strategia aziendale compatibile con la transizione verso un'economia sostenibile.

Comprensibili, dunque, sono le perplessità di fronte ad un progetto normativo caratterizzato da una rigorosa e poderosa rimodulazione degli obblighi di condotta degli operatori commerciali, non accompagnata da previsioni dotate di sufficiente determinatezza e con strumenti rimediali giudicati sproporzionati nei loro effetti. In realtà, tali legittimi timori possono ritenersi in parte superati dalla revisione, in senso migliorativo, ad opera della Commissione, della precedente risoluzione del Parlamento europeo e anche dalle ultime modifiche proposte dal Consiglio UE, che, su certi aspetti disciplinari, ha suggerito soluzioni di compromesso a fronte delle criticità emerse anche in fase di consultazione con gli Stati membri.

Permangono, in ogni caso, alcune incertezze sul piano ricostruttivo delle varie responsabilità, che la nuova regolamentazione comporta, ed incognite sotto il profilo applicativo - che, però, potranno essere risolte in sede di recepimento del provvedimento euro-unitario -, in particolar modo connesse agli oneri probatori che gravano sulle imprese, al fine di dimostrare l'adempimento degli obblighi di *due diligence*, e alle garanzie che ciascun operatore è chiamato a fornire circa l'attuazione di specifiche misure di diligenza anche da parte delle proprie affiliate e dei partner con i quali intrattenga rapporti d'affari.

Volgendo l'attenzione alle previsioni normative che maggiormente interessano sul piano civilistico, come addietro si è già evidenziato, il complesso sistema introdotto dalla regolamentazione europea si estrinseca in una serie di obblighi "a cascata": le procedure di implementazione degli obblighi di diligenza anche nel lungo periodo, l'adozione di codici di condotta, che integrino le regole e le politiche di *due diligence* e di prevenzione, i piani d'azione correttivi riguardano non solo le imprese direttamente interessate dalla normativa, ma anche i loro partner commerciali, diretti e indiretti. L'impianto normativo richiede di tradurre tali obblighi in specifiche e adeguate garanzie contrattuali che mettano l'impresa al riparo da possibili contestazioni sul contegno tenuto dalle controparti commerciali e, a loro volta - in base ad ulteriori e conformi impegni che dovranno essere assunti -, dai partner di queste ultime.

Sennonché, la complessità della catena di valore in un contesto di incertezza sui dati tecnico-scientifici e socio-economici, a livello globale e non solo di settore, accentuata da un quadro geopolitico sempre più instabile e fortemente condizionato dalle pressioni del mercato, rappresentano condizioni di oggettiva difficoltà nell'adempimento degli obblighi di *due diligence*. Ciò potenzialmente incide sul raggiungimento degli obiettivi di prevenzione e deterrenza che il disegno politico vorrebbe realizzare, oltre che sulla capacità degli operatori economici di stabilire le proprie strategie d'impresa in maniera più consapevole.

Quel che si evince direttamente dalla proposta di direttiva, è che i doveri di diligenza si atteggiano come "obblighi di mezzi" (considerando 15). Al di là del (forse) improprio rimando ad una distinzione, quella fra obbligazioni di mezzi e di risultato, che tradizionalmente – quanto meno nell'ordinamento italiano - attiene ad un rapporto obbligatorio propriamente detto, in cui sia determinato o quanto meno determinabile il soggetto titolare della posizione attiva e quindi l'interesse creditorio che si voglia soddisfare, quel che emerge e che vale a delimitare le possibilità di sindacato dell'*agere* privato, da valutare in un orizzonte temporale anche di lungo termine, è che le imprese debbano adoperarsi per evitare o attenuare le possibilità di generare esternalità negative, senza offrire alcuna garanzia al riguardo (considerando 30).[26] Ci si muove, cioè, sempre nel contesto di modelli o assetti astrattamente adeguati a prevenire l'illecito o l'impatto negativo, secondo quanto già previsto dalla disciplina sulla responsabilità amministrativa da reato degli enti di cui al d. lgs. n. 231/2001 e in conformità ai principi di adeguatezza organizzativa di cui agli artt. 2086, 2 c., 2381, 3 e 5 c., 2403, 1 c. c.c.[27]

L'approccio seguito non si concretizza più soltanto in meccanismi volti ad addossare le esternalità negative a chi le produce o ad imporre un "prezzo" a chi consuma le risorse naturali, secondo la tradizionale impostazione dell'azione europea, fondata sul principio "chi inquina paga".[28] Il risarcimento del danno non, è, dunque l'unico strumento incentivante per favorire la transizione verso un'economia *green* (o per tutelare i diritti umani). La stimolazione di reazioni preventive, rispetto al risarcimento, avviene anche tramite strumenti di tipo negoziale o mezzi alternativi, quale l'uso del reclamo. L'agire in prevenzione viene valorizzato sempre di più in relazione non solo a rischi effettivi e dimostrati, ma anche a fenomeni la cui verificazione rimane incerta.

26 Senz'altro condivisibile è la totale revisione, nella proposta di direttiva formulata dalla Commissione, della disposizione normativa sulla responsabilità civile di cui all'art. 19 della Risoluzione del Parlamento UE del 10 marzo 2021; il precedente articolo, infatti, introduceva un regime di responsabilità particolarmente rigido, con oneri probatori difficili da soddisfare, sancendo che il rispetto degli "obblighi in materia di dovuta diligenza non esonera l'impresa dall'eventuale responsabilità nella quale può incorrere a norma del diritto nazionale" e ammettendo una responsabilità dell'impresa per avere, essa stessa o le sue controllate, causato o contribuito a causare "con atti od omissioni" "qualsiasi danno derivante da impatti negativi effettivi o potenziali sui diritti umani, sull'ambiente o sulla *buona governance*", fatta salva la prova liberatoria "di aver agito con tutta la dovuta diligenza" o che "il danno si sarebbe comunque prodotto anche se fossero state adottate tutte le precauzioni del caso".

27 Ritiene che gli obblighi introdotti siano affini a quelli regolati dalla disciplina sulla responsabilità penale di impresa, Marchetti, P.: "Il bicchiere mezzo pieno", cit., pp. 346-347. Altrove, avevamo già teorizzato la stretta correlazione che intercorre fra prevenzione e adeguatezza degli assetti predisposti dall'impresa, sostenendo come quest'ultimo principio assurga a paradigma sul quale misurare la diligenza dell'impresa nella predisposizione di misure a carattere preventivo: Degl'Innocenti, F.: *La responsabilità di impresa. Obblighi di condotta e regimi di imputazione*, ESI, Napoli, 2019, *passim*, specie pp. 182-183, pp. 232 ss., pp. 277-278.

28 Meli, M.: "Persona, mercato e cambiamenti climatici", in *Liber amicorum per G. Vettori*, cit., p. 2196, e più approfonditamente sul principio chi inquina paga, Id.: *Il principio comunitario chi inquina paga*, Giuffrè, Milano, 1996 e, da ultimo, Id.: "Oltre il principio chi inquina paga: verso un'economia circolare", *Riv. cr. del dir. priv.*, 2017, 1, pp. 63 ss.

Per quanto concerne l'onere incombente sulle imprese, la proposta di direttiva richiede che le misure da assumere in base agli obblighi di diligenza – e ciò per impatti negativi sia effettivi che potenziali - siano "adeguate", e cioè commisurate "al grado di gravità e alla probabilità dell'impatto negativo e ragionevolmente disponibili per la società, considerate le circostanze del caso specifico, comprese le caratteristiche del settore economico e dello specifico rapporto d'affari e l'influenza della società al riguardo, e la necessità di rispettare l'ordine di priorità degli interventi", con l'ulteriore precisazione che, in attuazione del principio di proporzionalità, la delimitazione del perimetro applicativo soggettivo dell'atto normativo è in funzione dell'"onere per le società derivante dai costi di conformità", il quale, difatti, "è stato adattato alle dimensioni, alle risorse disponibili e al profilo di rischio" (relazione introduttiva alla direttiva, pag. 15, e considerando 29). La portata delle misure introdotte, che investono anche la catena del valore (o, in termini più circoscritti, la catena di approvvigionamento, se verranno definitivamente recepiti gli emendamenti proposti dal Consiglio UE), è tale che le imprese potrebbero essere chiamate a rispondere anche per omessa vigilanza sull'integrazione della diligenza nelle politiche e nei sistemi di gestione del rischio dei partner commerciali e forse anche per l'improvvida preselezione della controparte contrattuale.[29]

Vi è da dire che le esigenze di contenere un'estensione incontrollata ed eccessiva degli obblighi e delle responsabilità dell'operatore economico non sono del tutto pretermesse. Su tale profilo, è intervenuto con maggiore incisività il recente orientamento generale del Consiglio UE.

Si ammette, per esempio, in presenza di un nesso eziologico diretto fra danno cagionato e condotta dei partner commerciali, l'esclusione di una responsabilità (per fatto altrui) della società, cui non sia riferibile alcun apporto causale (considerando 56, come formulato nell'ultima versione della proposta). Anche la valutazione della concreta *inesigibilità* della condotta non è scevra di conseguenze. Al riguardo, si consideri come gli obblighi di diligenza - in base al comma 1*bis* dell'art. 6, introdotto dal Consiglio UE, in recepimento di un principio già espresso nei considerando della precedente versione della proposta di direttiva – includano anche una corretta mappatura dei rischi connessi alle attività proprie, nonché a quelle delle filiazioni e dei partner commerciali collegate, al fine di classificare gli impatti negativi che devono essere affrontati con priorità, in ragione della loro *gravità* e *probabilità* di verificazione. Ebbene, ferma una preliminare valutazione della correttezza dell'ordine di priorità stabilita, sembrerebbe esclusa una responsabilità per "eventuali danni derivanti da eventuali impatti negativi meno significativi che non erano stati affrontati" a causa dell'impossibilità di gestire contestualmente e in modo soddisfacente tutti gli impatti individuati (considerando 57).

29 Sul punto, cfr. anche Ventoruzzo, M: "Note minime sulla responsabilità", cit., p. 382, il quale conviene che, in realtà, la responsabilità si radicalizzi rispetto ai soggetti controllati.

IV. MISURE PREVENTIVE E DI ATTENUAZIONE DI "IMPATTI NEGATIVI POTENZIALI". POSSIBILI RISVOLTI APPLICATIVI ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE

Come precedentemente chiarito, la proposta di direttiva prescrive l'integrazione della diligenza nelle politiche societarie anche in relazione agli impatti negativi *potenziali.*

Il riferimento a rischi potenziali - che del tutto comprensibilmente rappresenta uno degli aspetti più controversi nella proposta di direttiva - non rappresenta, in realtà, una novità nel panorama normativo. Sulla tenuta delle regole tradizionali in rapporto a condizioni di rischio incerto, è da tempo sorto un nutrito dibattitto nella letteratura specialistica, supportato da significativi dati positivi. Chi si sia cimentato con lo studio del diritto ambientale è consapevole che già la direttiva europea 2004/35 e, in recepimento di essa, il codice ambientale, d. lgs. n. 152/2006 (e successive modifiche), pongono regole, in tema di prevenzione e ripristino, che anticipano la soglia di tutela a situazione anche di mero pericolo in grado di evolvere in danno, mediante meccanismi di tipo inibitorio o conformativo anche in funzione di minimizzazione dei danni.[30]

La previsione di misure protettive laddove, in base ad una preliminare valutazione obiettiva svolta sulla base dei dati scientifici e statistici a disposizione, sussista il ragionevole timore – ancorché sprovvisto di prova certa - che si verifichino effetti potenzialmente pericolosi per l'ambiente e per la salute, in effetti, altro non è che il precipitato del principio di precauzione, principio fondante della politica europea in materia ambientale (art. 191 TFUE) e parametro di valutazione, a carattere generale, suscettibile di orientare le scelte politiche in presenza di eventi temuti gravi o irreversibili, come di recente è emerso anche in relazione all'emergenza pandemica.

E l'idea precauzionale è del tutto coerente con una logica di intervento di lungo periodo.[31]

Sui corollari applicativi del principio nella prospettiva privatistica ci si limita ad osservare come non ci sia uniformità di vedute. In base ad un'interpretazione che si ritiene preferibile, gli obblighi di agire in precauzione, per arginare la potenziale verificazione di eventi dannosi, possono essere variamente declinati e non richiedono una rigida tipizzazione, potendo gravare sugli operatori economici

30 Puntuali riferimenti normativi al principio di precauzione si rinvengono anche altrove, ad esempio nelle legislazioni in materia di elettromagnetismo o di commercializzazione di OGM.

31 Lo scenario temporale di riferimento è messo bene in luce dalla nota Comunicazione della Commissione Europea sul Principio di precauzione del 2 febbraio 2000 (COM 2000), che evidenzia come esso superi "le problematiche connesse con i rischi in un orizzonte di breve o medio termine (…) la cui portata temporale è il lungo periodo e il benessere delle generazioni future".

anche in assenza di una puntuale previsione normativa, se sussiste un rischio potenziale comunque riconducibile all'attività esercitata o alla sfera giuridica e di controllo del soggetto agente (e non anche a quella di terzi).[32]

Rispetto a questo tipo di rischi, la capacità predittiva degli impatti correlati a determinate condotte è chiaramente ridotta e l'incertezza del rischio del danno si traduce inevitabilmente in incertezza delle misure idonee a contrastarlo, in base ad una valutazione *ex ante*.[33]

Vero è che la promozione di regole cautelari diffuse e condivise è in grado di facilitare l'osservanza degli obblighi; tuttavia, in presenza di situazioni di incertezza e di ridotte capacità predittive, tali regole più facilmente riguarderanno il *modus operandi* dell'impresa, investendo le procedure informative e i sistemi di controllo e di gestione, in grado di favorire il contenimento dei rischi sotto una certa soglia o di minimizzare gli impatti negativi.[34] La proposta di direttiva sembrerebbe recepire queste indicazioni interpretative.

Resta inteso che se il rischio potenziale è, per la natura dell'attività esercitata o le sue dimensioni, strutturale e stabile, le misure precauzionali non potranno che essere durevoli, ancorché suscettibili di periodica revisione e di aggiornamento. Ciò non toglie l'obbligo di intervenire anche in presenza di un rischio occasionale "aggiuntivo", che richiede comunque la predisposizione di cautele appropriate in base al caso concreto.

Tanto premesso, l'assenza di acquisizioni certe sulla natura pericolosa di un dato prodotto o di una data attività rimane un problema complesso e sostanzialmente aperto in relazione alla ponderazione di rischi potenziali e all'individuazione degli strumenti di prevenzione più adeguati a prevenirli. Da questo punto di vista, non pare che la normativa affronti in maniera puntuale il tema del c.d. ignoto

32 Per questa impostazione teorica (e anche per gli opportuni riferimenti bibliografici e casistici), sia consentito il rinvio a Degl'Innocenti, F.: *La responsabilità di impresa*, cit., pp. 167 ss., ove si considera quale presupposto dell'agire in precauzione "la sussistenza di un rischio potenziale aggiuntivo rispetto al quale una particolare condotta preventiva del soggetto agente possa considerarsi esigibile" (p. 180) e, dal riconoscimento del principio di precauzione, si ricava un particolare rafforzamento dei doveri gravanti sugli operatori economici "riconducibili vuoi ad un obbligo di agire con particolare prudenza, vuoi ad obblighi di vigilanza, vuoi ancora ad obblighi di informazione" (p. 171); sulla responsabilità dell'operatore in presenza di un "rischio particolarmente qualificato", cfr. anche Trimarchi, P.: *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 36 ss. e Barcellona, M.: *Trattato della responsabilità civile*, Utet, Torino, 2011, p. 257; in argomento cfr. anche Nivarra, L.: "Azione inibitoria e principio di precauzione", in *Principi europei e illecito ambientale* (a cura di A. D'Adda; I.A. Nicotra; U. Salanitro), Giappichelli, Torino, 2013, p. 200, secondo il quale il principio si traduce in una "tecnica legislativa flessibile" impiegata nei settori che maggiormente richiedono standard elevati di sicurezza, e Zoppini, A: *Il diritto privato e i suoi confini*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 163, sulla pluralità di funzioni del principio in parola. Nella letteratura francese, ove il principio di precauzione è da tempo al centro di un ampio dibattito, cfr., *ex multis*, Viney, G.; Kourilsky, M.P.: *Rapport au premier ministre sur le principe de precaution*, Paris, 2000, e Ewald, F.; Gollier, C.; de Sadeleer, N.: *Le principe de précaution*, PUF, Paris, 2001.

33 Montinaro, R.: *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 9.

34 Degl'Innocenti, F.: *La responsabilità di impresa*, cit., p. 182; nei medesimi termini, Montinaro, R.: *Dubbio scientifico*, cit., pp. 9-10.

tecnologico, né si faccia carico di circoscrivere la responsabilità dell'impresa in presenza di c.d. "rischi da sviluppo" (connessi cioè all'emersione successiva di nuove evidenze tecnico-scientifico circa gravità e probabilità dell'evento temuto). Vero è che tale lacuna potrà essere colmata in sede di recepimento da parte dei Paesi membri; si tratta, tuttavia, di un *vulnus* difficilmente giustificabile in un progetto normativo che intenda sanzionare l'inadeguatezza delle misure intraprese anche in relazione a impatti negativi meramente potenziali e suscettibile di aprire la via al riconoscimento di ampi spazi discrezionali degli operatori economici, nell'implementazione delle strategie di diligenza, e ad elaborazioni costruttive dei giudici chiamati a giudicare gli standard comportamentali recepiti.

Per la verità, in via interpretativa, si potrebbe sostenere che la questione venga indirettamente risolta alla stregua di quello che sembra delinearsi come un di "principio di priorità di intervento". Come già precisato, infatti, il carattere prioritario di un obiettivo è valutato sulla base della *gravità* e della *probabilità* di verificazione dell'impatto, con la conseguenza - ricavabile quale corollario di tale premessa - che, al diminuire, in base ad oggettivi e aggiornati riscontri scientifici (rapportati alla data della valutazione svolta), delle possibilità di verificazione dell'evento in termini probabilistici, si riducono anche i margini per contestare una responsabilità dell'operatore, che sia invece attivato per contrastare fenomeni più facilmente verificabili e, quindi, sul piano normativo, reputati maggiormente prioritari. Tale criterio selettivo degli interventi da compiere, a fronte di una sequenza potenzialmente indefinita di conseguenze pregiudizievoli da affrontare, introduce un elemento di "gradazione" delle tutele, in grado di temperare i rigorosi (e difficilmente esigibili) adempimenti, altrimenti gravanti sull'operatore economico.

Sul piano esegetico, appare fondato ritenere che alcuna contestazione possa essere mossa se i rischi non erano prevedibili con sufficiente probabilità, e quindi prevenibili alla luce delle migliori acquisizioni scientifiche e tecnologiche condivise nel settore di riferimento.[35]

35 È lo stesso principio di precauzione che dovrebbe indurre a tale conclusione: è, infatti, *ius receptum* (già a partire dalla Comunicazione della Commissione Europea sul Principio di precauzione del 2 febbraio 2000) che il rischio potenziale, rilevante a tali fini, sia quello sorretto da una (ancorché minima) evidenza scientifica; circostanza quest'ultima che dovrebbe escludersi se le regole tecniche e lo stato dell'arte delle conoscenze scientifiche, al momento del compimento dell'attività o dell'immissione del prodotto, non sono in alcun modo in grado di evidenziare il fattore di rischio o le conseguenze pregiudizievoli rispetto al bene protetto. Sui presupposti applicativi del principio di precauzione, cfr., nella giurisprudenza comunitaria, *ex multis*, Corte Giust., Grande sez., 1 ottobre 2019, causa C-616/7, *Giornale di dir. amm.*, 2020, 1, pp. 69 ss., con nota di Bevilacqua, D.: "La regolazione dei prodotti fitosanitari e il precautionary test", secondo la quale "Qualora risulti impossibile determinare con certezza l'esistenza o la portata del rischio asserito a causa della natura non concludente dei risultati degli studi condotti, ma persista la probabilità di un danno reale per la salute pubblica nell'ipotesi in cui il rischio si realizzasse, il principio di precauzione giustifica l'adozione di misure restrittive"; occorre tuttavia compiere "una valutazione complessiva del rischio per la salute basata sui dati scientifici disponibili più attendibili e sui risultati più recenti della ricerca internazionale".

V. SEGUE. LA RESPONSABILITÀ CIVILE PER VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO DI *DUE DILIGENCE*

La previsione di obblighi di diligenza per prevenire impatti negativi anche solo potenziali non dovrebbe, in ogni caso, indurre a sancire una responsabilità dell'operatore economico unicamente sulla base del rischio creato. Tale conclusione sembrerebbe confermata dallo stesso dato normativo, che sanziona l'inadempimento degli obblighi di condotta, dal quale consegua un impatto negativo sull'ambiente o sui diritti umani, con "violazione di uno dei divieti o degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali" elencate nell'allegato alla direttiva, purché tale inadempimento abbia *causato* un *danno* (art. 22).

Dunque, in assenza di un danno accertato e concreto - che superi certe soglie di tollerabilità e che non abbia un impatto modesto - non è dato comminare un risarcimento per la sola violazione di una norma, né sembrerebbe ipotizzabile che possano essere richieste tutele risarcitorie prima ancora o in attesa della manifestazione di un pregiudizio o, ancora, in rapporto al rischio che ciascun operatore si suppone abbia creato.[36]

La regola precauzionale piuttosto è suscettibile di impattare, oltre che sul riconoscimento della tutela cautelare, sull'operazione di riconduzione causale dell'evento dannoso, ben potendo l'incertezza del rischio interferire (anche) sul giudizio *ex post* che presiede all'imputabilità dell'evento alla condotta del soggetto agente.[37] A tale riguardo, è plausibile che l'onere probatorio - che potrà gravare sul soggetto di cui si lamenta l'inadempimento - sia valutato con minore rigore e possa ritenersi soddisfatto sulla base di un principio di "causalità debole".[38]

Si consideri, peraltro, che laddove non sia possibile arrestare o prevenire determinati impatti negativi, la proposta normativa richiede quanto meno di *minimizzare* o *attenuare* i pregiudizi che ne possono discendere; evidentemente, in tale frangente, dalla verificazione del danno tutt'al più può scaturire una responsabilità dell'impresa che rimane commisurata al maggior aggravio che eventualmente si sia verificato a causa della mancata adozione di misure adeguate per minimizzare l'impatto.

36 Sulla diffusione, soprattutto negli orientamenti delle corti americane, di impostazioni tese a facilitare la prova del nesso eziologico (il riferimento è ad esempio alla *market share liability theory*), anche per fronteggiare i problemi connessi al risarcimento dei c.d. "danni anonimi", cfr. Al Mureden, E.: Presentazione a Calabresi, G.: *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Giuffrè, Milano, 2015, XXV-XXVI e ivi opportuni riferimenti bibliografici; in tema, fra gli altri, Shavell, S.: *Economic Analysis of Accident*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1987, p. 123 ss.

37 È ciò che si sostiene in Degl'Innocenti, F.: *La responsabilità di impresa*, cit., pp. 173 ss.

38 Stando al testo della direttiva e anche alle successive modifiche proposte dal Consiglio UE, la scelta su chi fare ricadere la dimostrazione dell'inadeguatezza delle misure apprestate dalla società, così come l'individuazione dei soggetti legittimati a contestare tali condotte, è rimessa ai legislatori nazionali, chiamati a recepire la normativa europea (si veda il considerando 58).

Il tenore della norma è tale che la sussistenza dell'illecito sanzionabile dovrebbe, invece, escludersi in presenza del corretto adempimento degli obblighi di diligenza.[39] La proposta ha, pertanto, mitigato il regime particolarmente severo introdotto dalla regola originariamente proposta nella risoluzione del Parlamento UE (art. 19), a tenore della quale il rispetto delle obbligazioni di dovuta diligenza non esime da responsabilità, e assume, invece, i caratteri di una responsabilità per colpa particolarmente aggravata. Al riguardo, è significativo il recente orientamento generale del Consiglio UE: l'art. 22, nella sua ultima versione, prevede che l'inadempimento sanzionabile debba essere avvenuto "intenzionalmente o per negligenza" (art. 22, lett. a) e, in ogni caso, è esclusa la responsabilità della società "se il danno è stato causato solo dai suoi partner commerciali nella sua catena di attività", così risultando ridotti, nell'ipotesi in cui non sussista alcun apporto causale della società nella produzione dell'evento, anche i margini di una possibile responsabilità da "posizione" o per omessa vigilanza.[40]

Come precedentemente chiarito, in base all'art 22, la responsabilità civile dell'operatore consegue ad un impatto negativo sull'ambiente o sui diritti umani, determinato dalla mancata assunzione di misure di *due diligence* con "violazione di uno dei divieti o degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali" in materia ed elencate nell'allegato alla direttiva (nell'art. 22 dell'orientamento del Consiglio UE si fa riferimento a "il diritto, il divieto o l'obbligo elencato nell'allegato I").

Per come formulata, dunque, la proposta di direttiva sanziona condotte *contra legem*, ossia poste in essere in violazione di Convenzioni o Trattati internazionali, che divengono, per tale via, vincolanti anche nei rapporti fra privati e non solo fra gli enti sovrani firmatari.[41] Il requisito dell'ingiustizia del danno dovrebbe, pertanto, ritenersi assorbito dalla previsione della violazione della norma, verosimilmente in

39 Nel considerando 29 (orientamento generale Consiglio UE) si esclude, per esempio, che possano essere mosse contestazioni alla società che non sia stata messa nelle condizioni di adottare misure di diligenza adeguate per carenza di "informazioni necessarie a causa di ostacoli di fatto o di diritto", dipendenti dal rifiuto del partner commerciale. Da tale valutazione rimarrebbe estranea la considerazione del costo delle misure di prevenzione, che non potrebbe essere eccepito da organizzazioni – quelle rientranti nell'ambito applicativo soggettivo della normativa – caratterizzare da una dimensione ed una capacità economica elevate, ferma la possibilità di considerare le risorse a disposizione al fine di definire "i tempi ragionevoli" nel rispetto dei quali le società sono tenute ad affrontare gli impatti negativi più significativi, cui hanno attribuito priorità (vd. considerando 32) orientamento generale Consiglio UE).

40 Si noti come l'orientamento del Consiglio UE, per superare possibili equivoci legati all'uso di terminologie che hanno peculiari significati nelle diverse esperienze giuridiche cui trova applicazione la direttiva, abbia precisato che la responsabilità della società possa derivare tanto dalla *causazione* del danno (*causation*), quanto dal contributo causale (*contribution*), in concorso con le proprie affiliate o con i partner commerciali. In relazione a quest'ultima ipotesi (e quindi anche al fine di stabilire il corretto adempimento dell'obbligo di vigilanza), occorre altresì tenere in debito conto del *level of involvement of the company in an adverse impact* e della capacità della società di influenzare il partner commerciale associato all'impatto negativo, ad esempio, anche tramite incentivi di tipo commerciale (considerano 33). Evidentemente tale capacità di influenza e correlativamente l'obbligo di vigilanza sono tanto più penetranti nei rapporti infragruppo, alla cui disciplina è riservato il nuovo art. 4 *bis*.

41 Si consideri come la previsione di una condotta colposa posta in essere *contra legem* sia presente anche nell'art. 311 cod. amb. (e ancora prima, nell'art. 18, l. n. 349/1986) - come formulato prima dell'ultima revisione del codice dell'ambiente - disciplinante la responsabilità per danno ambientale. Su tali aspetti, in commento alla disciplina del codice dell'ambiente ora richiamata, sia consentito rinviare in maniera più

funzione di maggiore certezza circa i parametri, certi e univoci, cui la responsabilità dovrebbe essere correlata.[42] Al riguardo, valga osservare come associare la condotta proibita alla violazione di norme sovranazionali e primarie non è, di per sé, determinante al fine di decretare la tipicità dell'illecito; tale qualificazione dipende, in realtà, dal grado di precisione con cui le categorie di soggetti o di beni tutelati sono definiti e da come le norme richiamate, che non devono essere violate, sono concretamente formulate, e se cioè esse si traducano in precetti sufficientemente individuati o, al contrario, abbiano un contenuto eccessivamente ampio ed astratto.[43]

Si noti come l'orientamento generale del Consiglio si muova nella direzione di circoscrivere, in maniera più puntuale, tanto gli obblighi di *due diligence*, quanto la fattispecie di responsabilità civile. In primo luogo, la nuova formulazione proposta dell'art. 22 introduce un criterio di imputazione soggettivo, riferendosi alla "intenzionalità" o alla "negligenza" della mancata attuazione da parte della società di un'adeguata diligenza, il quale chiaramente andrà misurato sui parametri di valutazione che concretamente troveranno applicazione nelle decisioni degli organi giudicanti e sui criteri di ripartizione dell'onere probatorio introdotti dai legislatori nazionali in sede di recepimento. La norma, inoltre, precisa che il danno risarcibile è quello arrecato "all'interesse giuridico della persona fisica o giuridica tutelato dal diritto nazionale". La previsione sembrerebbe un inutile pleonasmo, se volta a qualificare il danno *ingiusto*, essendo evidente che il danno debba essere riconosciuto in capo al soggetto titolare della posizione protetta, come già precisato nel comma precedente, senonché – come si evince dal considerando 56) – tale inciso va letto in riferimento al presupposto causale e, più precisamente, nel senso di escludere la risarcibilità di un "danno derivato", cioè dei c.d. *consequential damag*es causati indirettamente a soggetti terzi ed estranei al "bene della vita" la cui lesione legittima la tutela risarcitoria ai sensi della direttiva.

La *ratio* di tala norma è evidentemente quella di delimitare le conseguenze pregiudizievoli del fatto lesivo da ricondurre giuridicamente al responsabile, spesso difficilmente prevedibili e suscettibili di comportare oneri anche ingenti.

Fra le integrazioni suggerite, vale, infine, menzionare il secondo comma dell'art. 22, che, in maniera opportuna, introduce criteri maggiormente identificativi del

approfondita a Degl'Innocenti, F.: "I criteri di imputazione della responsabilità per danno ambientale", *Contr. impr.*, 2013, 3, pp. 741 ss., specie pp. 759 ss.

42 Su tali esigenze di certezza, con riferimento all'originaria disciplina della responsabilità per danno ambientale, cfr. Corte Cost., 30 dicembre 1987, n. 641, la quale ha chiarito che, per tale via, la responsabilità ambientale è legata a "parametri certi e univoci", e cioè alle previsioni di legge e dei relativi provvedimenti attuativi, "la cui violazione determina l'ingiustizia del danno".

43 In tema, cfr. Degl'Innocenti, F.: "I criteri di imputazione", cit., pp. 760 ss., specie p. 762, sulla tipicità o atipicità dell'illecito ambientale; cfr. anche Gambaro, A.: *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. Cicu; F. Messineo; L. Mengoni), Giuffrè, Milano, 2012, pp. 380-381.

danno, anche ai fini della sua quantificazione, non contemplati nella precedente versione della disposizione in parola. Più precisamente si riconosce il diritto del soggetto leso a pretendere una riparazione integrale del danno causato, con esclusione espressa di possibili curvature ultra-compensative o punitive del risarcimento.[44]

VI. NUOVE PROSPETTIVE DI RILEVANZA DELL'«INTERESSE GENERALE» SULL'AUTONOMIA CONTRATTUALE?

Dal complesso quadro normativo che si è inteso tratteggiare emerge un dato di grande rilievo. La mancata osservanza degli impegni ad agire in maniera diligente e sostenibile è suscettibile di integrare un illecito extracontrattuale, ma è altresì idoneo ad incidere sulle dinamiche negoziali delle società interessate dalla proposta di direttiva. Le novità, al riguardo, non sono di poco momento. La violazione degli obblighi derivanti dai codici di condotta o dai piani d'azione correttivi e in generale delle procedure di diligenza da parte delle controparti commerciali – sul cui rispetto l'impresa è tenuta a vigilare - è suscettibile di determinare la cessazione del rapporto contrattuale o la sua sospensione ("the company shall (…) temporarily suspend commercial relationships (..) or terminate the business relationship"), con incidenza anche sulla libertà di contrattazione, mediante previsione di un obbligo di astenersi dall'intrattenere nuove relazioni contrattuali con l'operatore inadempiente ("the company shall refrain from entering into new or extending existing relations with the partner").

La questione meriterebbe ben altro approfondimento; in questa sede, sia sufficiente considerare come la previsione di rimedi contrattuali caducatori, quale sanzione al mancato rispetto degli impegni di sostenibilità da parte dell'altro contraente, induca ad interrogarsi sui mutamenti dei limiti di accettabilità sociale dello scambio e sulla sussistenza di nuovi presupposti giustificativi del controllo dell'atto di autonomia negoziale.

La funzionalizzazione del contratto non solo al soddisfacimento degli interessi particolari ed egoistici dei contraenti, ma anche in rapporto ad interessi collettivi

44 Sul piano del *public enforcement*, nel solco di quanto già previsto in precedenti discipline normative (si pensi al regolamento europeo *GDPR*), è pregevole la scelta di commisurare la sanzione pecuniaria al fatturato netto a livello mondiale della società, al momento dell'irrogazione, ma anche l'invito, rivolto ai legislatori, ad introdurre ulteriori criteri, che tengano conto della situazione economica della società (considerando 54). In generale, sull'opportunità di correttivi che consentano di rapportare l'entità del danno risarcibile anche alle condizioni economiche del responsabile, in base a criteri di ragionevole proporzionalità, cfr. Di Raimo, R.: "Note minime su responsabilità civile e funzione di "costruzione del sistema", in ID.: *Frantumi di autonomia. Temi di diritto patrimoniale*, ESI, Napoli, 2018, pp. 168 ss. Sulle problematiche connesse ad un riconoscimento generalizzato dei danni ultra-compensativi a gravare sulle imprese, sia consentito rinviare alle considerazioni espresse in Degl'Innocenti, F.: "Danni da attività di impresa e risarcimento ultracompensativo", in *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazioni e contaminazioni tra sistemi* (a cura di D. Bianchi-M. Rizzuti), Giappichelli, Torino, 2020, pp. 79 ss., specie pp. 88 ss.

non è un profilo inedito nel diritto.[45] Complici alcuni indici normativi e l'evoluzione degli orientamenti esegetici, il giurista è ormai avvezzo all'introduzione di limitazioni dell'autonomia contrattuale giustificate dall'esigenza di offrire tutela ad una categoria di soggetti o alla collettività, e non solo al singolo contraente, che sul piano rimediale si traducono spesso in invalidità di protezione. In presenza di sperequazioni contrattuali e disuguaglianze informative, il controllo causale non si arresta alla verifica della giustificazione attributiva, su un piano meramente formale, ma si estende alla valutazione dell'equità contrattuale, sulla base di un giudizio di meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti *ex* art. 1322 c.c. e alla stregua del canone di buona fede o in base alle clausole generali dell'ordine pubblico o di buon costume *ex* art. 1343 c.c.[46]

Tuttavia e a ben vedere, il controllo sotteso al disegno politico che va delineandosi esula dal proposito e dalla necessità di riequilibrare situazioni contrattuali sperequate o caratterizzate da forti asimmetrie informative e si profila piuttosto quale strumento per misurare l'idoneità del contratto a soddisfare istanze latamente solidaristiche. Tale giudizio di idoneità segna un decisivo passo avanti nelle strategie di tutela dell'ambiente e dei diritti umani.

Nei precedenti arresti normativi, il dovere di tutelare l'ambiente, gli ecosistemi naturali e il patrimonio culturale è posto a carico di tutti coloro, soggetti pubblici e privati, che sono in grado di incidere sugli equilibri ambientali (art. 3-*ter* cod. amb.), di talché "ogni attività umana giuridicamente rilevante" è tenuta a "conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile" (art. 3-*quater* cod. amb.).[47] Gli attuali sviluppi regolatori introducono un quadro di protezione ancora più avanzato: lo sviluppo

45 Sulla solidarietà come termine di funzionalizzazione del contratto, si vedano le osservazioni di Mattei, U.-Quarta, A.: "Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti", *giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020, i quali qualificano come "proattiva" la solidarietà che opera come strumento di conformazione del contratto.

46 Di recente, in argomento, Delfini, F.: "Norme dispositive e determinazione del contenuto del contratto", in *Liber amicorum per G. Vettori*, cit., pp. 865 ss. Sulla progressiva valorizzazione giudiziale del parametro della meritevolezza, senza, tuttavia, la presenza, nelle diverse argomentazioni offerte dalla giurisprudenza, di un'"aspirazione di fondo comune", né di una concezione "sufficientemente definita e condivisa", cfr. Piraino, F.: "Meritevolezza degli interessi", *Enc. del diritto*, *I tematici*, I-2021, *Contratto* (diretto da G. D'Amico), Giuffrè, Milano, 2021, pp. 667-699; sul tema, cfr., di recente, anche Lener, G.: "La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale", *Riv. dir. civ.*, 2020, pp. 615 ss.

47 Buona parte della dottrina nega la diretta applicabilità della norma ai rapporti fra privati; di questo avviso, fra gli altri, Salanitro, U.: "I principi generali nel Codice dell'ambiente", *Giorn. dir. amm.*, 2009, pp. 103 ss., spec. p. 108, il quale pone l'accento sull'assenza di "uno specifico apparato sanzionatorio"; cfr. anche Fracchia, F.: *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti e istituti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 145, che ne ammette l'applicazione "soltanto in presenza di una norma che tipizzi il vincolo in capo alla persona". Al contrario, aperto a riconoscere un grado di precettività del principio dello sviluppo sostenibile "in considerazione del contesto normativo di riferimento, vale a dire secondo la fonte (di rango costituzionale o legislativo) che lo ha prodotto", è Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile, legalità", cit., p. 44 ss. In realtà, da un angolo di osservazione più attento alle ricadute applicative dei principi, emerge come le scelte compiute dal legislatore in tema di riparazione del danno ambientale (d. lgs. n. 152/2016) siano coerentemente orientate sul piano assiologico e delle scelte rimediali a realizzare un modello fondato sul principio dello sviluppo sostenibile, del quale il principio chi inquina paga, la valorizzazione del ripristino dello stato dei luoghi, le procedure di informazione e di coinvolgimento dei privati, rappresentano stretti corollari; per tali considerazioni, sia consentito il rinvio a Degl'Innocenti, F.: "La responsabilità per danno ambientale come efficace strumento di tutela per uno sviluppo sostenibile?", in *Ambiente, energia,*

sostenibile non svolge più soltanto la funzione di indirizzo da tenere conto nei vari processi decisionali, ma opera quale fattore di integrazione nelle dinamiche relazionali e contrattuali.[48] Ciò espone la libertà contrattuale a nuovi schemi valutativi da parte dell'ordinamento giuridico.

Attribuire rilevanza nell'atto di scambio o nella libera contrattazione fra partner commerciali ad interessi di natura generale, estranei alle utilità conseguibili dalle parti, equivale ad ammettere la necessità di un raccordo fra la causa in concreto del contratto - quale sintesi degli interessi dei contraenti e parametro di valutazione della congruenza del contenuto e del rapporto negoziali a tali interessi - con una ragione giustificativa esterna, attinente ad un'esigenza di socialità e utilità sociale dell'atto di autonomia. Sarebbe a questo punto facile farsi tentare dall'idea di una reviviscenza della funzione economico sociale del contratto.[49]

Nel provvedimento in esame, attraverso l'intermediazione della norma, la "causa esterna" penetra nel rapporto contrattuale ostacolandone la prosecuzione, in funzione correttiva delle dinamiche di mercato e quale incentivo per gli operatori privati a tenere comportamenti virtuosi, a tutela di beni e "portatori di interessi" particolarmente qualificati per l'ordinamento. Tuttavia, il presupposto di funzionalizzazione non sembrerebbe tanto elemento qualificante in positivo l'atto di autonomia privata, ma semmai assurge a limite negativo. Invero, non è questa la sede opportuna per addentrarsi nel complesso dibattito sorto su una supposta depatrimonializzazione del contratto o *rectius* su una sua ipotizzata "riconcettualizzazione" in chiave "sostenibile", di guisa che il contratto dovrebbe ora intendersi come fonte di rapporti "patrimoniali eco-sostenibili", e non già

alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile (a cura di G.C. Feroni; T.E. Frosini L. Mezzetti; P.L. Petrillo), vol. 1, tomo 1, 2016, Cesifin, Firenze, p. 337 ss.

48 Sulla nuova configurazione dell'interesse ambientale quale "dato immanente" o "limite interno alle politiche di sviluppo", cfr. Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile, legalità", cit., p. 39, secondo il quale il principio dello "sviluppo sostenibile", in presenza della norma, non ha più un'accezione meramente programmatica, ma si traduce per i privati in vincoli, corredati da appositi rimedi. Più prudente Libertini, M.: "Persona, ambiente e sviluppo", in B*enessere e regole dei rapporti civili, lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° convegno nazionale della Sisdic, ESI, Napoli, 2015, p. 479 ss., p. 480, il quale lo definisce "principio insincero", se riferito a risorse non rinnovabili, mentre, se riferito a quelle rinnovabili, in realtà, non farebbe altro che ribadire il "tradizionale criterio dell'uso razionale delle risorse naturali". Diversa la prospettiva di Dell'Anno, P.: "Il ruolo dei principi del diritto ambientale europeo: norme di azione o di relazione?", in *La forza normativa dei principi* (a cura di D. Amirante), 2006, Cedam, Padova, pp. 117 ss., pp. 131-132, per il quale "più che un principio giuridico, lo sviluppo sostenibile sembra rivestire un contenuto etico, attraverso il riconoscimento dei diritti delle future generazioni che impone un limite al nostro attuale godimento delle risorse ambientali (...) secondo un criterio paritario per quanto riguarda le opportunità presenti e future ed un criterio compensativo per equivalente per le scelte irreversibili".

49 Per un compiuto approfondimento sul "senso profondo di funzione, adoperato per connotare la causa non soltanto in senso oggettivo ma anche in senso sociale", a partire dall'apporto teorico di Emilio Betti, cfr. Piraino, F.: "Meritevolezza degli interessi", cit., pp. 670 ss.; in argomento cfr., di recente, anche Scognamiglio, C.: *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto* (diretto da V. Roppo), *II-Regolamento* (a cura di G. Vettori), Giuffrè, Milano, 2022, pp. 83 ss., il quale evidenzia come il ritorno al centro del dibattito dottrinale in tema di causa del criterio di meritevolezza degli interessi, complici anche i recenti sviluppi giurisprudenziali, è "caratterizzato da una curvatura in termini di funzionalizzazione ai valori che l'interprete ritenga fondamentali all'interno del sistema", in relazione, fra l'altro, "al perseguimento di interessi sovraindividuali" (p. 210).

soltanto patrimoniali; concezione quest'ultima avversata da impostazioni teoriche più inclini ad ammettere semmai "un'articolazione separata della disciplina del contratto", ma non "la categorizzazione di un nuovo concetto".[50]

Nella proposta di direttiva in commento gli strumenti rimediali, interruttivi degli effetti del contratto o preclusivi di nuovi rapporti contrattuali, agiscono quale reazione dell'ordinamento giuridico rispetto ad atti di autonomia privata e relazioni negoziali reputati in contrasto con gli obiettivi di sostenibilità che permeano il nuovo ordine economico-sociale e in grado di favorire o arrecare pregiudizi, anche potenziali, per l'ambiente o per i diritti umani tutelati dalla norma. [51] In altre parole, la sospensione o caducazione del rapporto interviene laddove il contratto travalichi i limiti previsti dai dettati normativi. Al riconoscimento – e alla rilevanza ad esse attribuita – delle ricadute del contratto sul fronte esterno e su soggetti terzi fa, dunque, da *pendant* un controllo più penetrante sulla natura di tali effetti, che giustifica – ove essi per l'appunto non superino lo scrutinio di coerenza e conformità con l'ordine sociale di sistema – la caducazione o sospensione del rapporto giuridico, al fine di rimuovere o paralizzare l'effetto temuto o lesivo.[52]

Sicuramente resta da verificare come tali previsioni verranno concretamente recepite dagli Stati nazionali sul fronte interno.

50 Sulla progressiva conformazione ecologica dell'autonomia negoziale e sul concetto di "contratto ecologico", ove l'interesse ambientale "penetra e colora la causa del contratto", cfr. Pennasilico, M.: "Contratto e uso responsabile delle risorse naturali", *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 753 ss., Id.: "L'uso responsabile delle risorse naturali e il "contratto ecologico", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., pp. 161 ss., Id.: "Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale", *Giust. civ.*, 2017, pp. 809 ss. e, più di recente, Id.: "Economia circolare e diritto: ripensare la "sostenibilità"", *Persona e Mercato*, 2021, 4, pp. 71 ss. In chiave critica rispetto a questa impostazione, vedi, invece, Pagliantini, S.: "Sul c.d. contratto ecologico", *La nuova giur. civ. comm.*, 2016, 2, pp. 339-340, il quale, pur ammettendo che il riferimento ai limiti dell''utilità sociale" e della "funzione sociale", rispettivamente previsti, per l'iniziativa privata, dall'art. 41, 2 comma, Cost., e, per la proprietà, dall'art. 42, 2 comma, Cost., consentano "al legislatore una strategia conformativa dell'agire d'impresa e della proprietà orientata alla sostenibilità ambientale", contro-deduce che "Epperò la sensazione che il binomio ambiente – solidarietà, quando restituisce l'immagine di una metamorfosi del contratto ormai trasfigurato in una fattispecie costitutiva di rapporti patrimoniali eco – sostenibili, voglia essere una (lodevole) provocazione argomentativa più che l'avvio di una riconcettualizzazione categoriale, rimane". In argomento, cfr. anche Jannarelli, A.: "Principi ambientali e conformazione dell'autonomia negoziale: considerazioni generali", in *Contratto e ambiente, l'analisi ecologica del diritto contrattuale* (a cura di M. Pennasilico), ESI, Napoli, 2016, pp. 19 ss., spec. p. 22; Landini, S.: "Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni", *Diritto pubblico*, 2015, 2, pp. 611 ss.; Ricciuto, V.: "Regolazione del mercato e "funzionalizzazione" del contratto", in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, ESI, Napoli, 2008, pp. 1611 ss.; Mattei, U.-QUARTA, A.: *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Aboca, Sansepolcro, 2018.

51 Significativo è il tentativo, nella letteratura francese, da sempre particolarmente attenta alle nuove prospettive giuridiche poste dalla tutela ambientale, di elaborare una concezione di ordine pubblico ecologico: cfr. Boutelet, M.; Fritz, J.C.: *Towards an ecological public order*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

52 Sull'efficacia esterna del contratto si vedano le considerazioni di Lipari, N: *Introduzione* agli Atti del convegno, Bari 22-23 ottobre 2015, in *Contratto e ambiente, l'analisi ecologica del diritto contrattuale* (a cura di M. Pennasilico), cit., il quale, muovendo dalla premessa che, in ragione del rapporto fra contratto e ambiente, è necessario "superare un altro dei tradizionali paradigmi (…): il principio secondo il quale il contratto produce effetti solo tra le parti", trae la conclusione che "Se l'atto di autonomia incide su di un bene comune, allora automaticamente deve escludersi che gli effetti di quell'atto possano essere limitati alle parti contraenti e che solo ad esse possa essere riservata la tutela dei suoi effetti".

Ad una prima valutazione, sembra delinearsi sul piano della libertà contrattuale un duplice cambio di paradigma, apparentemente di segno opposto: un effetto conformativo – e quindi latamente limitativo - dell'autonomia privata, al fine del perseguimento di interessi generali, ma allo stesso tempo la valorizzazione del contratto quale strumento di contrasto di fenomeni lesivi, e, quindi, come strumento di *enforcement* per raggiungere obiettivi di politica del diritto. La previsione di nuove regole di condotta induce ad una crescente responsabilizzazione delle imprese, le quali, al contempo, però, in un contesto di sempre maggiore raccordo fra diritto pubblico e diritto privato, assumono (indirettamente) le vesti di "garanti" della tutela di interessi di natura generale - esterni anche al proprio perimetro organizzativo -, sostanzialmente ponendosi a presidio della stessa legalità.[53]

Al fine di integrare le regole e le politiche di *due diligence* e quale tecnica strategica nel contrasto a rischi sistemici, risulta particolarmente potenziato il ruolo dei codici di condotta. L'autoregolamentazione, per definizione, assicura una certa flessibilità nelle soluzioni proposte, tuttavia, nella prospettiva esaminata, anche i tradizionali caratteri identificativi del fenomeno giuridico autoregolativo parrebbero in parte mutare. Sia sufficiente qui osservare come i codici di condotta, che devono essere predisposti dall'impresa e rispettati dai suoi partner, non traggano più "legittimazione" da un'adesione volontaristica e spontanea ad un sistema di precetti e di limiti, da parte degli operatori privati, ma, al contrario, sono concepiti sempre più come iniziative "indotte" e condizionate, nei loro contenuti ed effetti, da uno specifico apparato normativo e sanzionatorio.

VII. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La riflessione sulla proposta di direttiva si è finora prevalentemente sviluppata sui temi dello scopo dell'impresa e degli obblighi di condotta degli amministratori; ciò per lo più si deve, oltre ad un atteggiamento prudenziale nel valutare un progetto normativo *in fieri*, sul quale necessariamente il giudizio rimane sospeso e di cui ancora non è data comprendere l'effettiva e complessiva portata applicativa, anche ad un primato, pressoché indiscusso, dei gius-commercialisti nell'attenzione riservata al tema.

Rimane ancora sullo sfondo un approfondimento e un dibattito incentrato sulla responsabilità dell'impresa, che è altra rispetto a quella dei gestori, e sulle

53 Sull'azione congiunta dello Stato e dei cittadini nella tutela dell'ambiente, che legittima "la costruzione di un "diritto civile dell'ambiente", nella sua peculiare valenza "civil-costituzionale"", cfr. Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile, legalità", cit., p. 39; in argomento, cfr. anche Pozzo, B.: "Le nuove regole dello sviluppo: dal diritto pubblico al diritto privato", in *Benessere e regole dei rapporti civili*, cit., pp. 71 ss., e, in generale, su un metodo ermeneutico rivolto allo studio dei problemi oltre gli steccati disciplinari e attingendo dai principi di legalità costituzionale, Perlingieri, P.: "Il diritto civile nella legalità", cit.; Id.: "La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale", *Rass. dir. civ.*, 2007, pp. 497 ss.; Id., "Il principio di legalità nel diritto civile", *ivi*, 2010, pp. 164 ss.

implicazioni dei nuovi standard di condotta sul versante dell'autonomia negoziale. Rispetto a quest'ultimo profilo, il riferimento alla *value chain* – mutuata nella legge tedesca, e probabilmente anche nel testo della direttiva che verrà approvato in via definitiva, nella *supply chain* - come complesso di relazioni che legano l'impresa ai propri partner commerciali richiede di superare un'impostazione che dia rilievo ai soli rapporti infra-gruppo, valorizzando invece il tema delle relazioni contrattuali, che presiedono alla prestazione dei servizi, all'approvvigionamento delle materie prime, alla fabbricazione o allo smaltimento dei prodotti o dei rifiuti.

Comunque la si intenda, la sostenibilità pare assurgere a nuovo paradigma in grado di incidere in maniera via via crescente sull'esercizio dell'autonomia privata e richiede, pertanto, al giurista una riflessione ad ampio spettro sui nuovi parametri di conformazione della libertà contrattuale, che, nell'ambito del complesso contesto europeo ed internazionale, si aggiungono a quelli tradizionalmente fondati sulle clausole generali di buona fede e di ordine pubblico.[54]

La proposta di direttiva in commento rappresenta un ulteriore tassello di questo percorso ermeneutico, che, nella logica del legislatore europeo, è giustificato dalla necessità di preservare interessi collettivi e generali, contrastando la proliferazione di effettive o potenziali lesioni all'ambiente e di profonde disuguaglianze economico-sociali, su scala globale.

A dispetto delle criticità (*rectius* incognite) che tutt'ora permangono sotto il profilo disciplinare, è senz'altro pregevole la volontà di introdurre una riflessione comune sul tema della sostenibilità e della responsabilità d'impresa a lungo termine, nella consapevolezza che l'azione individuale rimessa al singolo ente sovrano, per fronteggiare eventi e fenomeni, come l'inquinamento e il *climate change*, che hanno una dimensione transfrontaliera e globale, è inadeguata o comunque è suscettibile di essere compromessa da previsioni difformi delle singole discipline nazionali, con riflessi considerevoli, in questo caso, anche sul corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali.

Sul piano teorico, l'introduzione di una fattispecie legale generale di responsabilità civile di impresa, a carattere trasversale - ancorché legata alle dimensioni o al settore di attività -, è, nell'attuale scenario giuridico, fortemente innovativa. Pare così avallata l'idea, già caldeggiata da parte della scienza giuridica

54 Tralasciamo in questa sede il problema della polisemia della sostenibilità e del suo declinarsi in plurime accezioni, significati e valenze: principio, clausola generale, canone ermeneutico, etc. In argomento, cfr. Alpa, G.: "Responsabilità degli amministratori", cit., pp. 721 ss., il quale, premesso che "L'indeterminatezza del termine è propria della indeterminatezza e della elasticità delle clausole generali, di per sé necessariamente indefinite", riconosce che, con l'ingresso nel mondo del diritto, "il termine diviene un concetto normativo, e come tale esprime un comando, che, se non osservato, importa una sanzione, o (…) un metro di giudizio, sulla base del quale stabilire se sia applicabile o meno una sanzione" (pp. 721-722); per un'analisi che prende avvio dalla casistica, cfr. Mignone, C.: "Diritti e sostenibilità. Una ricostruzione per immagini", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2021, 4, pp. 208 ss.

che si è occupata del tema, che all'impresa sia riconducibile un complesso di regole ispirate ad una logica propria.[55] Ciò si pone in linea con una tendenza, radicata da tempo nella legislazione speciale, nonché nel formante giurisprudenziale, ad inasprire sia i parametri di valutazione dell'adempimento contrattuale dei vari operatori economici, sia i criteri di imputazione della responsabilità, non (più) riconducibili ad un paradigma unitario, indistintamente applicabile a prescindere dalle qualità "soggettive" dell'autore del danno.[56] Ne consegue anche una maggiore propensione a sindacare gli atti di esercizio delle libertà negoziali che si pongono in collisione con gli obiettivi regolativi posti dal diritto sovranazionale e in contrasto con l'ordine sociale e di mercato.

Nell'attuale scenario giuridico, la dimensione dell'"interesse generale" assume, dunque, un peso sempre maggiore in rapporto ad attività qualificate, come quelle di impresa, in ragione della particolare incisività, rispetto ad esse, del principio solidaristico e - volgendo lo sguardo al nostro ordinamento – anche in considerazione del rafforzamento dei limiti costituzionali dell'"utilità sociale" (art. 41, 2 comma, Cost.).[57] Ne sono conferma le interpretazioni sempre più evolutive della giurisprudenza delle Corti europee e internazionali, che si aprono al riconoscimento di posizioni giuridiche soggettive inedite, come il diritto alla protezione e alla manutenzione da parte dei governi riconosciuto alla Foresta amazzonica (cui la sentenza della Corte Suprema della Colombia, 5 aprile 2018, n. 4360, ha attribuito la soggettività giuridica per arginare il fenomeno della deforestazione), o di nuova qualificazione giuridica, come il "diritto al clima", che trascendono sempre più dalla considerazione "privata" delle posizioni delle parti.[58] Proprio nell'ambito dell'emergente contenzioso climatico, la responsabilità civile è sempre più valorizzata quale strumento di contrasto del *climate chang*e, esperibile tanto nei confronti degli enti sovrani che rimangano inerti, quanto nei confronti degli operatori economici reputati maggiormente inquinanti (sono particolarmente noti, rispettivamente, il caso olandese *Urgenda* e il caso *Royal Dutch Shell*).[59]

55 Per tali profili ricostruttivi, si rinvia a quanto dedotto in maniera più approfondita in Degl'Innocenti, F.: *La responsabilità di impresa*, cit., *passim*; in tale prospettiva, già Libertini, M.: "Autonomia individuale e autonomia di impresa", in *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia* (a cura di G. Gitti; M. Maugeri; M. Notari), vol. I, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 33 ss.

56 Degl'Innocenti, F.: *La responsabilità di impresa*, cit., pp. 108-109, pp. 114 ss., pp. 276 ss.

57 Sul punto e sull'incidenza dei principi costituzionali in materia di responsabilità civile, soprattutto in relazione all'attività di impresa, cfr. Salvi, C.: *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 30 s. e Libertini, M.: "Autonomia individuale", cit., p. 50. In generale, sui limiti all'agire privato derivanti dal principio di solidarietà, si rinvia al pensiero già espresso da Rodotà, S.: *Il problema della responsabilità civile,* Giuffrè, Milano, 1964, pp. 89 ss.;

58 Alcune pronunce giurisprudenziali, molte delle quali appartenenti alle Corti internazionali dei diritti umani, ma anche alle Corti europee, hanno fatto da apripista alla c.d. *Climate Change Justice*. Per un approfondimento sul contenzioso climatico, cfr. Posner, E.A.; Weisbach, D.: *Climate Change Justice*, Princeton University Press, Princeton, 2015 e Meli, M.: "Persona, mercato", cit., pp. 2206 ss.; di recente si veda anche l'approfondimento di Pisanò, A., *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, ESI, Napoli, 2022.

59 Ci si riferisce alla sentenza del Tribunale distrettuale dell'Aja del 24 giugno 2015, confermata in sede d'appello, *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*, commentata tra i molti, da Cox, P.: "The Decision of the

Da quanto detto, possono trarsi alcune considerazioni di insieme.

La sorprendente accelerazione che nell'ultimo decennio l'integrazione della tutela di interessi generali sul piano privatistico ha conosciuto è un percorso destinato a progredire, nell'ottica funzionale di realizzare la transizione verso un'economia (più) sostenibile.

Al di là delle ragioni fondanti del diffuso "sentimento" per il bene comune, che, per le imprese, verosimilmente celano anche oculate strategie di marketing o opportunismi di parte – banalmente al fine di rendersi maggiormente attrattivi agli occhi di investitori o consumatori particolarmente virtuosi - è un dato che i fattori culturali e il senso comune siano mutati: le istituzioni e le opinioni pubbliche manifestano una maggiore sensibilità per i temi del cambiamento climatico, delle disuguaglianze non solo economiche ma anche sociali, della responsabilità intergenerazionale, dello sfruttamento delle posizioni di potere.[60]

Sembrerebbe, dunque, ormai segnata la crisi di un sistema la cui forza generatrice e propulsiva risiede nella competizione in funzione della massimizzazione del profitto, e cioè del modello liberale neoclassico concorrenziale, strutturato su apparati produttivi e livelli e tipologie di consumo giudicati, nell'opinione dominante, mezzi inadeguati a soddisfare esigenze e aspirazioni irriducibili alla logica del profitto e orientate a garantire una maggiore giustizia sociale, diverse forme di inclusività, la

Hague District Court in the climate case Urgenda Foundation v. the State of the Netherlands", *Journal of Planning&Env.L*, 2016, e alla sentenza *Milieu defensie v. Royal Dutch Shell*, commentata, fra i molti, da Mayer, B.: "Judicial Interpretation of Tort Law in Milieudefensie v. Shell: A Rejoinder", *Trasnational Enviromental Law*, vol. 11, Issue 2, 2022, pp. 433-436. In quest'ultimo caso, in particolare, la Corte Distrettuale dell'Aja, con pronuncia del 26 maggio 2021, è intervenuta a condannare per inazione climatica la multinazionale petrolifera Royal Dutch Shell, ritenendo i livelli delle emissioni della società una minaccia al pieno godimento dei diritti umani per i cittadini olandesi e le politiche ambientali attuate dall'operatore privato inadeguate e incompatibili con l'obiettivo europeo, fissato nell'accordo di Parigi, dell'azzeramento delle emissioni entro il 2050. Le prospettive ermeneutiche sono particolarmente evolutive, se si considera come, al fine di contenere la responsabilità e di ancorarla a requisiti certi, l'impostazione generale adottata dalla direttiva sulla responsabilità per danno ambientale 2004/35/CE è, invece, quella di escludere la responsabilità per danni che siano riconducibili a forme di inquinamento diffuso e su larga scala, quali per esempio i cambiamenti climatici per emissioni di CO2 o l'inquinamento atmosferico causato dal traffico, rispetto ai quali è particolarmente complessa l'operazione di riconduzione causale del fenomeno alla condotta di uno o più soggetti determinati (fatta salva la prova in concreto, art. 4, 5 comma). Inoltre, è la ricorrenza stessa di un "incidente" che parrebbe mancare rispetto ai cambiamenti climatici, rappresentando questi ultimi la conseguenza di un "processo di industrializzazione che si è stratificato nel tempo" e di ulteriori fenomeni esterni all'attività di impresa, come il disboscamento, responsabili del surriscaldamento globale; di questo avviso, Meli, M.: "Persona, mercato", cit., p. 2210.

60 Libertini, M.: "Sulla proposta di Direttiva", cit., p. 327, evidenzia come la potente accelerazione dello *stakeholderism*, registrata nell'ultimo decennio, abbia ragioni profonde, che l'A. riconduce essenzialmente a fattori culturali, ma anche ad interessi specifici del *top management* delle grandi imprese e delle imprese stesse, in contrapposizione all'aggressività degli investitori istituzionali e alle incertezze causate dal populismo dilagante nelle democrazie occidentali; l'A. evidenzia come, nell'attuale contesto, siano gli investitori – e quindi la c.d. "finanza sostenibile" – più che i consumatori, con le loro preferenze, a fungere da leva reputazionale per le imprese (p. 334). Ritiene che l'apparato normativo volto ad instaurare "uno scenario economico virtuoso", più attento al minore impatto ambientale, sia "satisfattorio di un interesse al consumo *green oriented*" e, quindi, in realtà, "ben si incardina nel paradigma ordo–liberale di una massimizzazione dei consumi individuali come condizione per il funzionamento ottimale di un mercato competitivo eletto ad istituzione di utilità sociale", Pagliantini, S.: "Sul c.d. contratto ecologico", cit., pp. 342-343.

protezione dell'ecosistema. L'inversione di rotta induce, inevitabilmente, anche ad un ripensamento del ruolo strategico dello Stato e del suo rinnovato interventismo – già rafforzato dalla centralità assunta dagli enti sovrani nel contrasto di fenomeni globali come la recente pandemia -, il quale – pur con sembianze diverse da quelle di stampo dirigistico - pone nuove coordinate per la realizzazione di un'economia sociale di mercato, all'insegna di una riconfigurazione dei legami sociali, al suo interno, in termini più aggreganti e solidali.[61]

Perché le nuove linee di sviluppo possano tradursi in regole operative e misure dotate di una qualche effettività, è primaria la ricerca e l'acquisizione di un linguaggio comune, sulla base di informazioni omogenee e dati affidabili che facilitino l'individuazione e la selezione dei fattori ambientali e sociali da considerare nei processi decisori e sui quali fondare strategie e parametri di valutazione dell'*agere* pubblico e privato quanto più possibile condivisi. L'idoneità delle regole ad essere osservate richiede, inoltre, un maggiore intervento sul piano degli incentivi, per evitare che gli operatori economici rimangano comunque scoraggiati dall'intraprendere costose procedure di controllo e di monitoraggio che irrigidiscono l'attività e i rapporti con i partner commerciali.

La disciplina legislativa finora scrutinata non è ancora norma vigente e, pertanto, rimane ancora prematura, prima dell'approvazione definitiva e del suo recepimento, ogni valutazione sull'astratta idoneità degli strumenti giuridici ivi previsti a realizzare gli obiettivi di *policy*; analisi, peraltro, che potrebbe più compiutamente essere svolta solo da un angolo di osservazione di lungo periodo, ove sono destinati a manifestarsi i tanto attesi benefici.

In mancanza di argomenti decisivi, l'adesione in senso entusiastico e quasi fideistico alle nuove iniziative non pare l'approccio corretto. Ciononostante, l'apertura verso proposte normative innovative, che in larga parte recepiscono soluzioni già attuate a livello di *soft law* e presenti nella dimensione sociale, richiedono di superare una certa ritrosia a scardinare tradizionali postulati dogmatici, e, allo stesso tempo, una propensione a condurre la riflessione sulla sostenibilità e sui fenomeni connessi su un piano di confronto che non sia prettamente ideologico

61 Sulla necessità di ripensare il capitalismo e di interrogarsi sul ruolo dello Stato nell'economia, cfr. Mazzucato, M.: *Missione economia. Una guida per cambiare il capitalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2021. Per un'interessante e puntuale ricostruzione, in chiave sociologica, degli effetti innescati dal capitalismo avanzato e per una mappatura delle posizioni critiche al neoliberismo, cfr. Bruni, L.: *Solidarietà critica. Patologie neoliberali e nuove forme di socialità*, Meltemi, Milano, 2021, anche per gli opportuni richiami bibliografici. Molte sono le correnti di pensiero che propugnano il superamento della logica capitalistica del mercato e del profitto, giudicata incompatibile con le esigenze di salvaguardia dell'ambiente: una riflessione, radicale e anti-sistemica, è quella di Löwy, M.: *Qu'est-ce que l'écosocialisme?, Le Temps des Ceries*, Montreuil, 2020, trad. a cura di G. Moscato, *Ecosocialismo. Una alternativa radicale alla catastrofe capitalista*, Ombre Corte, Verona, 2021; in argomento, cfr. anche Smith, E.D.: *Global Burning. Rising Antidemocracy and the Climate Crisis*, Stanford University Press, California, 2022, specie pp. 67 ss.; si vedano anche le note posizioni sulla "decrescita felice" di Latouche, S.: *Breve trattato sulla decrescita serena*, (2007), trad. di F. Grillenzoni, Bollati Boringhieri, Torino, 2008 e Id.: *Come si esce dalla società dei consumi. Corsi e percorsi della decrescita*, (2010), trad. di F. Grillenzoni, Bollati Boringhieri, Torino, 2011.

e neppure sociologico. Il dibattito sulla sostenibilità, che legittimamente si sviluppa nella ricerca di soluzioni coerenti con scelte sostanziali di sistema, informate ai suoi principi fondanti, è sovente incentrato sull'idea che le organizzazioni siano mezzi che contribuiscono alla costruzione di una società più vivibile e giusta, e non solo strumenti di produzione e di distribuzione della ricchezza. Al giurista, tuttavia, è richiesto di traslare sul piano giuridico-positivo i fenomeni che prendono avvio nei cambiamenti culturali e sociali, scremandoli da ideali spesso utopistici e traducendoli in precetti normativi e in regole operative attuabili, all'insegna del rigore scientifico e in funzione della certezza del diritto.[62]

62 Sui limiti dell'attività interpretativa del giurista, che "è sempre vincolata alle peculiarità dei fatti e ai fondamenti normativi utilizzati nell'argomentazione", cfr. Perlingieri, G.: "Legge, giudizio e diritto civile", *Annali della SISDIC*, 2018, 2, pp. 63 ss., il quale, in particolare, mette in luce come la sociologia, il "comune sentire", l'"accettabilità sociale", la prassi sono componenti indefettibili nel procedimento di applicazione del diritto, ma non possono sostituirsi al dato positivo, composto di regole e principi fondamentali.

BIBLIOGRAFIA

A.A.V.V: *La responsabilità di impresa*, Giuffrè, Milano, 2006.

Al Mureden, E.: Presentazione a Calabresi, G.: *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Giuffrè, Milano, 2015, V-XLIX.

Alpa, G.: "Responsabilità degli amministratori di società e principio di «sostenibilità»", *Contr. impr.*, 2021, 3, pp. 721 ss.

Id.: "Note sulla riforma della costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali", *Contr. Impr.*, 2022, 2, pp. 361 ss.

Angelici, C: "Divagazioni sulla «responsabilità sociale» d'impresa", *Riv. soc.*, 2018, 1, pp. 1 ss.;

Barcellona E., *Shareholderism versus stakeholderism. La società per azioni contemporanea dinanzi al «profitto»*, Giuffrè, Milano, 2022.

Barcellona, M.: *Trattato della responsabilità civile*, Utet, Torino, 2011.

Bebchuk, L.A.; Tallarita, R.: "The Illusory Promise of Stakeholder Governance", 106 *Cornell Law Review* 91, 2020-2021, pp. 91 ss.

Bevivino, G.: "Nuovi inputs euro-unitari. La «sostenibilità» come ponderazione normativa degli interessi di shareholders e stakeholders", *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2022, 1, pp. 115 ss.

Boutelet, M.; Fritz, J.C.: *Towards an ecological public order*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

Bruni, L.: *Solidarietà critica. Patologie neoliberali e nuove forme di socialità*, Meltemi, Milano, 2021.

Buonocore, V.: "Etica degli affari, impresa etica e impresa socialmente responsabile", in *La responsabilità sociale dell'impresa* (a cura di G. Conte), Laterza, Bari-Roma, 2008, p. 60 ss.

Calabresi, G.: *The Cost of Accident: A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven-London, 1970, trad. it. *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica* (a cura di A. De Vita; V. Varano; V. Vigoriti), Giuffrè, Milano, 1975 (rist- 2015, con presentazione di S. Rodotà e di E. Al Mureden).

Id., *Il futuro del Law and Economics: saggi per una rimeditazione ed un ricordo*, Giuffrè, Milano, 2018.

Conte, G. (a cura di): *La responsabilità sociale di impresa*, Laterza, Bari-Roma, 2008.

Cox, P.: "The Decision of the Hague District Court in the climate case Urgenda Foundation v. the State of the Netherlands", *Journal of Planning&Env.L*, 2016.

Degl'Innocenti, F.: *La responsabilità di impresa. Obblighi di condotta e regimi di imputazione*, ESI, Napoli, 2019.

Id.: "Danni da attività di impresa e risarcimento ultracompensativo", in *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazioni e contaminazioni tra sistemi* (a cura di D. Bianchi; M. Rizzuti), Giappichelli, Torino, 2020, pp. 79 ss.

Id.: "La responsabilità per danno ambientale come efficace strumento di tutela per uno sviluppo sostenibile?", in *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile* (a cura di G.C. Feroni; T.E. Frosini; L. Mezzetti; P.L. Petrillo), vol. 1, tomo 1, 2016, Cesifin, Firenze, p. 337 ss.

Id.: "I criteri di imputazione della responsabilità per danno ambientale", *Contr. impr.*, 2013, 3, pp. 741 ss.

Delfini, F.: "Norme dispositive e determinazione del contenuto del contratto", in *Liber amicorum per G. Vettori* (a cura di G. Passagnoli; F. Addis; G. Capaldo; A. Rizzi; S. Orlando), www.personaemercato.it**,** Firenze, 2022, pp. 865 ss.

Dell'Anno, P.: "Il ruolo dei principi del diritto ambientale europeo: norme di azione o di relazione?", in *La forza normativa dei principi* (a cura di D. Amirante), 2006, Cedam, Padova, pp. 117 ss.

Denozza, F.: "Incertezza, azione collettiva, esternalità, problemi distributivi: come si forma lo short-termism e come se ne può uscire con l'aiuto degli stakeholders", *Riv. soc.*, 2021, 2-3, pp. 297 ss.

Di Raimo, R.: "Note minime su responsabilità civile e funzione di "costruzione del sistema", in ID.: *Frantumi di autonomia. Temi di diritto* patrimoniale, ESI, Napoli, 2018, pp. 168 ss.

Enriques, L.: "The European Parliament Draft Directive on Corporate Due Diligence and Accountability: Stakeholder-Oriented Governance on Steroids", *Riv. soc.*, 2021, 2-3, pp. 319 ss.

Ewald, F.; Gollier, C.; de Sadeleer, N.: *Le principe de précaution*, PUF, Paris, 2001.

Fracchia, F.: *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti e istituti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

Gambaro, A.: *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. Cicu; F. Messineo; L. Mengoni), Giuffrè, Milano, 2012.

Genovese, A.: "*Bilanci di sostenibilità, tassonomia UE delle attività economiche ecosostenibili e governo societario*", *ODC*, 2022, 2, pp. 497 ss.

Hübner L.; Habrich V.; Weller, M.P.: "Corporate Sustainability Due Diligence – Der EU-Richtlinienentwurf für eine Lieferkettenregulierung", *NZG*, 2022, pp. 644 ss.

Jannarelli, A.: "Principi ambientali e conformazione dell'autonomia negoziale: considerazioni generali", in *Contratto e ambiente, l'analisi ecologica del diritto contrattuale* (a cura di M. Pennasilico), ESI, Napoli, 2016, pp. 19 ss.

Knapp V.: "Sustainable Corporate Governance: A Way Forward?", *European Company and Financial Law Review*, 2021, 18, pp. 218 ss.

Landini, S.: "Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni", *Diritto pubblico*, 2015, 2, pp. 611 ss.

Latouche, S.: *Breve trattato sulla decrescita serena*, (2007), trad. di F. Grillenzoni, Bollati Boringhieri, Torino, 2008.

Id.: *Come si esce dalla società dei consumi. Corsi e percorsi della decrescita*, (2010), trad. di F. Grillenzoni, Bollati Boringhieri, Torino, 2011.

Leccese, E.: "L'ambiente: dal codice ambientale alla costituzione, un percorso al contrario?", in *Liber amicorum per G. Vettori* (a cura di G. Passagnoli; F. Addis; G. Capaldo; A. Rizzi; S. Orlando), www.personaemercato.it**,** Firenze, 2022, pp. 1843 ss.

Lener, G.: "La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale", *Riv. dir. civ.*, 2020, pp. 615 ss.

Libertini, M.: "Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa", *Riv. soc.*, 2009, 1, pp. 1 ss.

Id.: "Persona, ambiente e sviluppo", in *Benessere e regole dei rapporti civili, lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° convegno nazionale della Sisdic, ESI, Napoli, 2015, pp. 479 ss.

Id.: "Sulla proposta di Direttiva UE su "Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese"", *Riv. soc.*, 2021, 2-3, pp. 325 ss.

Id.: "Autonomia individuale e autonomia di impresa", in *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia* (a cura di G. Gitti; M. Maugeri; M. Notari), vol. I, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 33 ss.

Lipari, N: *Introduzione* agli Atti del convegno, Bari 22-23 ottobre 2015, in *Contratto e ambiente, l'analisi ecologica del diritto contrattuale* (a cura di M. Pennasilico), ESI, Napoli, 2016.

Lòwy, M.: *Qu'est-ce que l'écosocialisme?, Le Temps des Ceries*, Montreuil, 2020, trad. a cura di G. Moscato, *Ecosocialismo. Una alternativa radicale alla catastrofe capitalista*, Ombre Corte, Verona, 2021.

Marchetti, P.: "Il bicchiere mezzo pieno", *Riv. soc.*, 2021, 2-3, pp. 336 ss.

Mattei, U.-QUARTA, A.: *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Aboca, Sansepolcro, 2018.

Id.: "Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti", *giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020.

Maugeri, M.- Zoppini A. (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, Bologna, 2009.

Mazzucato, M.: *Missione economia. Una guida per cambiare il capitalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2021.

Mayer, B.: "Judicial Interpretation of Tort Law in Milieudefensie v. Shell: A Rejoinder", *Trasnational Enviromental Law*, vol. 11, Issue 2, 2022, pp. 433 ss.

Meli, M.: "Persona, mercato e cambiamenti climatici", in *Liber amicorum per G. Vettori* (a cura di G. Passagnoli; F. Addis; G. Capaldo; A. Rizzi; S. Orlando), www.personaemercato.it**,** Firenze, 2022, pp. 2191 ss.

Id.: *Il principio comunitario chi inquina paga*, Giuffrè, Milano, 1996.

Id.: "Oltre il principio chi inquina paga: verso un'economia circolare", *Riv. cr. del dir. priv.*, 2017, 1, pp. 63 ss.

MIGNONE, C.: "Diritti e sostenibilità. Una ricostruzione per immagini", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2021, 4, pp. 208 ss.

MONTALENTI P., "Società, mercati finanziari e fattori ESG: ultimi sviluppi", *Rivista di Corporate Governance*, 2022, pp. 11 ss.

MONTINARO, R.: *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2012.

MOSCO, G.D.-FELICETTI, R.: "*Prime riflessioni sulla proposta di direttiva UE in materia di Corporate Sustainability Due Diligence*", *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2022, 1, pp. 185 ss.

NIVARRA, L.: "Azione inibitoria e principio di precauzione", in *Principi europei e illecito ambientale* (a cura di A. D'ADDA; I.A. NICOTRA; U. SALANITRO), Giappichelli, Torino, 2013, pp. 196 ss.

PENNASILICO, M.: "Sviluppo sostenibile e solidarietà ambientale", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di M. PENNASILICO), ESI, Napoli, 2014.

ID.: "Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto", *Persona e Mercato*, 2015, p. 37 ss.

ID..: "Contratto e uso responsabile delle risorse naturali", *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 753 ss.

ID.: "L'uso responsabile delle risorse naturali e il "contratto ecologico", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di M. PENNASILICO), ESI, Napoli, 2014, pp. 161 ss.

ID.: "Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale", *Giust. Civ.*, 2017, pp. 809 ss.

ID.: "Economia circolare e diritto: ripensare la "sostenibilità"", *Persona e Mercato*, 2021, 4, pp. 71 ss.

PAGLIANTINI, S.: "Sul c.d. contratto ecologico", *La nuova giur. civ. comm.*, 2016, 2, pp. 337 ss.

PERLINGIERI, G.: "Legge, giudizio e diritto civile", *Annali della SISDIC*, 2018, 2, pp. 63 ss.,

PERLINGIERI, P.: "La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale", *Rass. dir. civ.*, 2007, pp. 497 ss.;

Id., "Il principio di legalità nel diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 2010, pp. 164 ss.

Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 2006.

Id.: *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, ESI, Napoli, 2005.

Piraino, F.: "Meritevolezza degli interessi", *Enc. del diritto, I tematici*, I-2021, *Contratto* (diretto da G. D'Amico), Giuffrè, Milano, 2021, pp. 667 ss.

Pisanò, A., *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, ESI, Napoli, 2022.

Posner, E.A.; Weisbach, D.: *Climate Change Justice*, Princeton University Press, Princeton, 2015.

Pozzo, B.: "Le nuove regole dello sviluppo: dal diritto pubblico al diritto privato", in *Benessere e regole dei rapporti civili, lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° convegno nazionale della Sisdic, ESI, Napoli, 2015, pp. 71 ss.

Reich, R.B.: *Supercapitalism: The Transformation of Business, Democracy, and Everyday Life*, Knop, New York, 2007 (trad. it., Fazi, Roma, 2008).

Renner, M.: "Private Ordering", in *New Private Law Theory: A Pluralist Approach* (Eds. S. Grundmann; H.W. Micklitz; M. Renner), Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 484 ss.

Rescigno, M.: "Note sulle «regole» dell'impresa «sostenibile». Dall'informazione non finanziaria all'informativa sulla sostenibilità", *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2022, 1, pp. 165 ss.

Ricciuto, V.: "Regolazione del mercato e "funzionalizzazione" del contratto", *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, ESI, Napoli, 2008, pp. 1611 ss.

Rodotà, S.: *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma, 2014.

Id..: *Il problema della responsabilità civile,* Giuffrè, Milano, 1964.

Rolli R.: "Dalla Corporate Social Responsibility alla Sustainability, alla Environmental, Social and Governance", *Rivista di Corporate Governance*, 2022, pp. 41 ss.

Rossi, S.: "Il diritto della Corporate Social Responsibility", *ODC*, 2021, pp. 99 ss.

SALANITRO, U.: "I principi generali nel Codice dell'ambiente", *Giorn. dir. amm.*, 2009, pp. 103 ss.

SCOGNAMIGLIO, C.: *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto* (diretto da V. ROPPO), *Il-Regolamento* (a cura di G. VETTORI), Giuffrè, Milano, 2022, pp. 83 ss.

SALVI, C.: *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2005.

SCOGNAMIGLIO, G.: "Sulla tutela dei diritti umani nell'impresa e sul dovere di vigilanza dell'impresa capogruppo. Considerazioni a margine di un confronto fra la legislazione francese e quella italiana", *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2019, pp. 545 ss.

SHAVELL, S.: *Economic Analysis of Accident*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1987.

SMITH, E.D.: *Global Burning. Rising Antidemocracy and the Climate Crisis*, Stanford University Press, California, 2022.

SPOLIDORO, M.S.: "Interesse, funzione e finalità. Per lo scioglimento dell'abbraccio fra interesse sociale e Business Purpose", *Riv. soc.*, 2022, 2-3, pp. 325 ss.

STRAMPELLI, G.: "La strategia dell'Unione europea per il capitalismo sostenibile: l'oscillazione del pendolo tra amministratori, soci e stakeholders", *Riv. soc.*, 2021, 2-3, pp. 365 ss.

STELLA RICHTER JR., M.: "Società benefit e società non benefit", *ODC*, 2017, 2, pp. 1 ss.

TOMBARI, U.: «Potere» e «Interessi» nella grande impresa azionaria, Giuffrè, Milano, 2019.

ID.: "Riflessioni sullo «statuto organizzativo» dell'«impresa sostenibile» tra diritto italiano e diritto europeo", *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2022, 1, pp. 135 ss.

ID.: "Corporate purpose e diritto societario: dalla «supremazia degli interessi dei soci» alla libertà di scelta dello «scopo sociale»?", *Riv. soc.*, 2021, 1, pp. 1 ss.

TRIMARCHI, P.: *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Giuffrè, Milano, 2017.

VENTORUZZO, M.: "Note minime sulla responsabilità civile nel progetto di direttiva Due Diligence", *Riv. soc.*, 2021, 2-3, pp. 380 ss.

Id.: "Troppa responsabilità per l'impresa", *lavoce.info*, 2 aprile 2021.

Viney, G.; Kourilsky, M.P.: *Rapport au premier ministre sur le principe de precaution*, Paris, 2000.

Zoppini, A: *Il diritto privato e i suoi confini*, Il Mulino, Bologna, 2020.

LA (IN)SUFICIENCIA DEL BAREMO DE TRÁFICO EN LA VALORACIÓN DEL DAÑO DENTAL

THE (IN)ADEQUACY OF THE SPANISH `TRAFFIC SCALE´ IN THE ASSESSMENT OF DENTAL DAMAGE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 856-885

Luis CORPAS PASTOR

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: El propósito de este trabajo consiste en realizar una propuesta de mejora del actual «baremo de tráfico», introducido como Anexo IV por la Ley 35/2015 y concretamente su adaptación hacia una valoración más precisa del tratamiento que dicho baremo otorga a los daños en el sistema osteoarticular y boca (códigos 02042 al 02058 de dicho baremo) y su adaptación a los producidos como consecuencia del ejercicio de la Odontología.

Ante la inexistencia actualmente de un baremo específico para daños producidos por la actividad sanitaria, previsto en la Disposición adicional 3ª de la Ley 35/2015, de continuo se utiliza analógicamente el «baremo de tráfico» introducido como Anexo IV por dicha ley; que se utiliza en la práctica forense para cuantificar el daño bucodental. Sin embargo, la valoración del daño ocasionado como consecuencia de la actividad del dentista, en ciertos casos, no puede realizarse correctamente por la insuficiencia del instrumento generalmente utilizado para estos casos.

Concretamente, este trabajo pone su foco en una propuesta «de lege ferenda» en la valoración del daño dental, dado que, en su configuración actual, el baremo de tráfico resulta insuficiente para ser aplicado en la esfera odontoestomatológica, lo que crea una indeseable inseguridad jurídica.

PALABRAS CLAVE: Daño; responsabilidad civil; ejercicio de la Odontología; valoración; baremo.

ABSTRACT: *It is the aim of this paper making a proposal to improve the current "traffic scale" which was introduced as Annex IV by Law 35/2015, and its adaptation towards a more precise assessment of the treatment that the scale grants to damages in the osteoarticular system and mouth (codes 02042 to 02058 of the scale) and its adaptation to oral bodily injuries and bodily harm caused by the doctor as a consequence of the practice of Dentistry.*

Due the current absence of a specific scale for damages caused by healthcare activities, provided for in Additional Provision 3 of Law 35/2015, the "traffic scale" introduced as Annex IV by said law is continuously used analogically; used in forensic practice to quantify oral damage. However, the assessment of the damage caused as a consequence of the dentist's activity, in certain cases, cannot be carried out correctly due to the inadequacy of the instrument generally used for these cases.

Specifically, this work focuses on a "de lege ferenda" proposal in the assessment of dental damage, given that, in its current configuration, the traffic scale is insufficient to be applied in the oral sphere, which creates undesirable legal uncertainty.

KEY WORDS: *Damage; civil liability; practice of Dentistry; valuation; scale.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. - 1. El daño. - *A) el daño y el daño indemnizable. - B) el daño corporal y el daño moral. - C) el daño dental. Especial referencia a los daños causados en el ejercicio de la odontología.* - II. LA VALORACIÓN ECONÓMICA DEL DAÑO. - 1. Necesidad de la cuantificación. - 2. Cálculo del quantum. - *A) «ad vultum tuum» («da mihi factum dabo tibi ius»). - B) el sistema del baremo (supuestamente en favor del perjudicado).* - III. EL BAREMO DE TRÁFICO APLICADO A LA ACTIVIDAD DENTAL. - IV. EL (AMPLIO) MARGEN DE MEJORA EN LA VALORACIÓN DEL DAÑO DENTAL. - 1. Especificaciones del «baremo de tráfico» para valorar el daño dental. - 2. Propuesta «de lege ferenda». - *A) daño en pieza dental sin que se llegue a perder. - B) inclinación excesiva de dientes. C) pérdida completa de dientes. - D) pérdida de hueso alveolar.* - E) disfunción de la ATM. - V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

No hay duda que la aplicación de las leyes resulta compleja y, en ocasiones, lo que el legislador ha regulado de una forma clara, en un momento determinado, requiere de una interpretación posterior para su aplicación en el caso concreto. Nada nuevo, si atendemos al Capítulo II de nuestro Código Civil. No solo existe este único elemento dentro del conjunto que implica tal complejidad, porque, en ocasiones como la que queremos poner de manifiesto en este trabajo, el operador jurídico debe aplicar por analogía, en sede de responsabilidad civil contractual, principios y normas que estaban pensados para un régimen de responsabilidad civil distinto. En el primer caso, encontramos que las disposiciones legales vigentes en España articulan una responsabilidad objetiva en la indemnización de daños producidos como consecuencia de la actividad sanitaria, tanto en el ámbito público como en el privado. Dejando al margen las normas de responsabilidad patrimonial, recogidas básicamente en los artículos 32 a 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de aplicación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la responsabilidad civil sanitaria se regula en el orden civil, fundamentalmente, a través del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, y el Código civil, en sede contractual. Si bien es verdad que la jurisprudencia ha interpretado que las normas objetivas deben aplicarse de forma restrictiva en responsabilidad sanitaria, cercenando en nuestra opinión su correcta aplicación, pues la responsabilidad objetiva "no parece compatible con el carácter de una obligación de medios atribuido a la obligación de un médico, en la que, por definición, no es exigible resultado alguno." [1]. En el segundo caso, vemos a diario que nuestros Tribunales aceptan ampliamente la aplicación de instrumentos normativos previstos para valoración de daños y perjuicios ocasionados como

1 Sobre el tema, recientemente, Busto Lago, J. M.: *La responsabilidad civil profesional y su seguro*, Fundación Inade, Vigo, 2022, pp. 141-143.

• Luis Corpas Pastor
PSI Ayudante Doctor Área de Derecho Civil
Universidad de Málaga
lcorpas@uma.es

consecuencia de la producción de accidentes de tráfico, que están destinados, en principio, a su empleo en sede de responsabilidad civil extracontractual; y cuyos presupuestos son distintos en ambos casos[2].

Se puede afirmar con cierta solvencia que la producción de daños corporales como consecuencia de la asistencia sanitaria tiene una alta probabilidad de materializarse, precisamente por el objeto sobre el que recae la prestación; es decir, la salud e integridad personales del acreedor. Principalmente, porque se trata de una actividad que se desenvuelve mayoritariamente en el ámbito privado a través de un contrato y que, por diferentes motivos, el ejercicio de la odontología ha derivado en la actualidad en una proliferación de combinaciones prestacionales esencialmente complejas, en las que es difícil deslindar responsabilidades debido a su configuración y la heterogeneidad de la oferta asistencial dental y la permeabilidad de los dentistas tradicionales a prácticas de consumo, en cuanto a marketing, financiación, oferta de servicios, publicidad, etc., y al cambio en el modelo de paciente, ávido de información, comparador, reclamador, exigente de sus derechos como consumidor[3].

En el ámbito del Derecho privado español, la doctrina científica autorizada viene diferenciando clásicamente entre el «interés positivo» ("interés de cumplimiento, o "interés de la ejecución de un contrato"), frente al denominado «interés negativo», que está "determinado por la falta de validez o por la frustración del contrato y es el llamado «interés de confianza»."[4]. El «interés contractual positivo» constituye la "regla general como indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual"[5]; es decir, la indemnización tiene como objetivo restablecer la posición del acreedor insatisfecho, en términos económicos, como si se hubiera cumplido el contrato. Yzquierdo Tolsada explica que el resarcimiento es en realidad un "fenómeno de tratamiento jurídico unitario"[6]. En el mismo sentido, Morales Moreno reconoce que ante un incumplimiento contractual, además de la satisfacción de su interés, en el caso de resolución, la indemnización está dirigida

2 La Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE de 23 de septiembre), en su conocido "Anexo IV" (en adelante, «baremo de tráfico»), sistematiza el cálculo del «quantum» con vocación de resarcimiento «ad integrum» del menoscabo psicofísico derivado de accidentes de circulación). Decimos «en principio» porque dicha ley, que consta de un artículo único con nueve apartados, junto con varias disposiciones transitorias, derogatoria y finales y tres disposiciones adicionales, entre las que destaca la "Disposición adicional tercera. Baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria"; que establece que este sistema de valoración «servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria».

3 Sobre este tema, *vid.* Corpas Pastor, L.: "El derecho de consumidores y usuarios en los servicios sanitarios odontológicos", *Rev Actualidad del Derecho Sanitario,* 2018, núm. 262, pp. 837-882.

4 Por todos, Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. 1, Introducción; Teoría del contrato*, 6ª Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 235.

5 Gómez Pomar, F.: "El incumplimiento contractual en Derecho español", *InDret*, 3/2007, p. 20.

6 Yzquierdo Tolsada, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría General*, Reus S.A., Madrid, 1989, pp. 7-13.

también "a repararle a la víctima otros daños"[7] como el daño corporal, e incluso moral, por el objeto mismo del contrato, que incluye con cierta frecuencia la vulneración de la integridad del paciente.

La valoración del daño en términos económicos constituye un tema de estudio de máxima actualidad, y justifica un estudio crítico no solo sobre el concepto de «daño indemnizable», sino también acerca de aquellos instrumentos que permiten a los operadores jurídicos calcular la cuantía a indemnizar. Además, el problema de la valoración de daños derivados de la actuación sanitaria, actualmente, alcanza relevancia de naturaleza substancial por motivos obvios, pero también procesal; debido a que la cuantificación de la demanda, en las prestaciones de hacer, se debe calcular "en el importe de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento", alternativamente al "coste de aquello cuya realización se inste" a tenor del artículo 251.11º LEC. Finalmente, la cuantificación de la indemnización es tarea jurisdiccional, por lo que, en nuestra opinión, sería altamente recomendable contar con instrumentos adecuados para ello[8].

Monterroso sostiene que "la sociedad reivindicativa de unas actuaciones intachables promueve las reclamaciones de todo aquel profesional que ocasiona un daño en el desempeño de su profesión, máxime en un sector que afecta a la salud de las personas y difícilmente el daño causado resulta reparable"[9]. Recordemos que la «ley de autonomía del paciente»[10] dejó sin resolver el problema de la valoración de daños sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria. Pareciera que hubiese sido intencionado el olvido, sobre todo porque dicha ley se hizo a semejanza de la «Ley 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario»[11] promulgada en Francia apenas ocho meses antes, pero esta sí que regulaba "la reparación de los daños derivados de la actividad sanitaria sistema."[12]. Aunque existen alternativas al mismo, el «baremo de tráfico» es frecuentemente utilizado para valoración del daño como consecuencia de la actividad sanitaria, sin que pueda afirmarse que sea la panacea y se vislumbren en él algunas carencias, cuando se aplica a la valoración de este daño (y más concretamente en la valoración de las secuelas de un tratamiento dental).

7 Morales Moreno, A. M.: *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante,* Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 188.

8 Corpas Pastor, L.: *La responsabilidad civil en el ejercicio de la Odontología*, Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 340 y ss.

9 Monterroso Casado, E.: "Responsabilidad civil médica: análisis de los criterios de imputación", en aa. vv., (Coord. por E. Monterroso Casado). *Responsabilidad Profesional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 37-38.

10 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. (BOE núm. 274 de 15 de noviembre).

11 Ley 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario («Journal Officiel de la République Française de 5 de marzo)».

12 Seuba Torreblanca, J. C.: "Breve presentación de la Ley francesa 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario", *InDret,* 2/2002, 6 pp.

El asunto no pasó inadvertido al legislador: la Disposición adicional tercera de la Ley 35/2015 hacía referencia a su intención de crear un "(b)aremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria", reflejo del «baremo de tráfico»; lo cual ha ocasionado más incertidumbre que otra cosa. De hecho, hay quien afirma que no es necesario un baremo específico para valorar daños originados por la actividad sanitaria… Sea como fuere, lo cierto es que no existe hoy por hoy fórmula específica para la valoración correcta del daño derivado de la actuación sanitaria. Efectivamente, con fecha 18 de enero de 2017, se presentó en el Senado una moción del grupo parlamentario Popular, por la que se instaba al Gobierno "a regular el baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria, tal como se recoge en la Disposición adicional tercera de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación" (expediente 661/000389). Dicha moción, que había sido presentada en solitario por el grupo parlamentario Popular en el Senado, se retiró el 13 de marzo de 2017. Esta retirada se dejó sin efecto a su vez, por un escrito de la misma fecha del propio grupo Popular. El motivo no parece otro que el acuerdo alcanzado con el resto de Grupos parlamentarios, para su modificación que culminó con la presentación, con fecha 21 de marzo de 2017, de una «Propuesta de modificación» de dicha moción, suscrita de manera conjunta por los Grupos Socialista, Esquerra Republicana, Grupo Vasco y Grupo Mixto. A esta propuesta, se presentaron sendas enmiendas del Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea y otra, del Grupo Socialista. Finalmente, el 28 de marzo de 2017, se comunicó "la aprobación por la Comisión de Sanidad y Servicios Sociales, en su sesión del día 14 de marzo de 2017, de la propuesta de modificación presentada por los Grupos Parlamentarios Popular en el Senado, Socialista, de Esquerra Republicana, Vasco en el Senado (EAJ-PNV) y Mixto, de la moción suscrita por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, por la que se insta al Gobierno a regular el baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria, tal como se recoge en la Disposición adicional tercera de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación". Desde entonces, se pide al Gobierno que desarrolle dicha Disposición prevista en la Ley 35/2015 (lacónicamente, la Comisión de Sanidad y Servicios Sociales del Senado insta al Gobierno no solo a "(c)ontemplar, en el marco de reformas legales sobre el funcionamiento de la justicia y del sistema sanitario" dicho baremo sanitario específico, sino a "(e)laborar un Real Decreto para la implantación generalizadas de este baremo"[13]); sin que hasta la fecha se haya procedido a su concreción.

13 Comisión de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, Senado de España, Acuerdo N° 661/ 000389/ 0008, de 21 de marzo de 2017.

Independientemente de la naturaleza y alcance que llegue a tener tal baremo específico, hasta la fecha no existe otro instrumento legal de referencia para realizar la valoración económica del daño sanitario en general; por lo que en procedimientos de indemnización como consecuencia de la actividad sanitaria (y concretamente en la actividad dental) resulta frecuente la aplicación del «baremo de tráfico»; el cual sistematiza el cálculo del «quantum» indemnizatorio del menoscabo provocado, con vocación de resarcimiento «ad integrum» de la víctima y de los perjudicados por accidentes de tráfico.

Doctrina consolidada como Monterroso, sostiene que "la sociedad reivindicativa de unas actuaciones intachables promueve las reclamaciones de todo aquel profesional que ocasiona un daño en el desempeño de su profesión, máxime en un sector que afecta a la salud de las personas y difícilmente el daño causado resulta reparable"; refiriéndose a un «derecho de daños sanitarios» como tal, que necesita un marco normativo específico, en su opinión, dotado de una "regulación específica de la responsabilidad en el ámbito médico" y "un baremo sanitario para la valoración de los daños causados" [14]. Se apoya tanto en la escasa e imprecisa legislación en materia de responsabilidad profesional médica, como en las consecuentes "interpretaciones y reinterpretaciones judiciales" (refiriéndose al cambio de criterio del Tribunal Supremo sobre los supuestos de medicina satisfactiva, tratados primeramente como obligación de resultado y posterior criterio de considerarlos como obligación de medios, salvo que se haya asegurado tal resultado; con la consecuente inversión de la carga de la prueba; o a las piruetas de una supuesta unidad de culpa civil, en la que se ha admitido la yuxtaposición de responsabilidad contractual y extracontractual, superada actualmente). Sin embargo, no es pacífica la doctrina, pues en palabras de Muñoz-Alonso López, no hay duda que "el cuadro de secuelas puede ser insuficiente pero no por ello es preciso otro baremo", coincidiendo con su opinión de que "es más productivo utilizar el que existe ya y adaptarlo en su caso a cada sector profesional"[15].

Concretamente, en este trabajo focalizamos en la valoración del daño como consecuencia de la actividad del dentista, porque el «baremo de tráfico» podría resultar insuficiente para ser aplicado en la esfera odontoestomatológica, lo que crearía una indeseable inseguridad jurídica. El propósito de este trabajo, por tanto, es proponer su adaptación a los daños producidos como consecuencia de tratamientos dentales, es decir, una mejora del actual «baremo de tráfico» que, de continuo, se utiliza en la práctica forense para cuantificar el daño bucodental; incluso aplicado analógicamente en la valoración del daño producido como consecuencia de la actividad sanitaria.

14 Monterroso Casado, E.: "Responsabilidad civil", cit., pp. 37-38 y 105.

15 Muñoz-Alonso López, M.: "Fórmulas correctoras en el sistema de valoración de daño corporal", *DS*, 2019, Vol. 29, Nº. Extra 1, (XXVIII Congreso: Ética, innovación y transparencia en salud), p. 185.

I. El daño

A) El daño y el daño indemnizable

La naturaleza polisémica de la palabra «daño» despierta cierto interés jurídico, en la medida que no deja de ser, precisamente, el elemento que justifica una indemnización, pues en nuestro sistema, sin daño no es posible indemnizar. En su definición semántica, el Diccionario de la Real Academia Española lo describe, en su primera acepción, como "el efecto de dañar"; es decir, "causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia"[16]. Pero con la palabra «daño» nos podemos estar refiriendo habitualmente a un conglomerado de lesiones, derivadas de un hecho jurídico muchas veces difícil de identificar[17]. Conviene recordar que el concepto jurídico de daño tiene origen en el «damnum»[18] del Derecho romano, que no podemos dejar de analizar, siquiera someramente; pues aquella ficción traductora en términos económicos del daño aquíleo perdura hasta nuestros días: el daño entendido como perjuicio económico tiende a traducirse en una cuantía determinada cuando se trata de calcular una indemnización que repare el patrimonio del dañado, denominado «quantum» indemnizatorio, o resarcitorio. Sin embargo, definir «el daño» en su vertiente de «menoscabo de un interés jurídico» nos acerca al concepto de daño en el ámbito normativo. Los tipos de daños resarcibles en el Derecho romano, en palabras de Díez-Picazo, no son sino el resultado de la evolución de la jurisprudencia romana del derecho al resarcimiento "por la vía de las acciones útiles y las acciones «in factum»"[19].

16 Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*. 2020 (https://dle.rae.es/).

17 Bello Janeiro, D.: *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*, Reus, Madrid, 2013, pp. 33-50.

18 Díaz-Bautista Cremades, A.: "De la «actio legis Aquiliae» a la responsabilidad civil extracontractual. Una hipótesis temprana", en aa.vv.: *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón,* Tomo II, (coord. por Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A.), Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, p. 61. Según este autor, el término «*damnum»*, concepto capital de la regulación aquiliana, significaba "toda lesión en el patrimonio de un hombre libre" incluyendo las lesiones causadas a los esclavos (patrimonio) y –por extensión– mediante la acción *utilis*, las causadas por negligencia a *alieni iuris*. Ya que las lesiones dolosas causadas a «hombres libres» se castigaban en el Derecho romano por la *Lex Cornelia de iniuriis*. Para una mayor profundidad en cuanto al daño "aquiliano", entendido como ilícito productivo de una *obligatio* y *delictum* del *ius civile*, base de la actual responsabilidad extracontractual, *Cfr.,* Valditara, G.: *Damnum iniuria datum*, G. Giappichelli, Torino, 1996, pp. 4 y ss. La importancia del término *damnum* en la *Lex Aquilia,* reside según este autor, en que probablemente, se refiriese al perjuicio de naturaleza patrimonial ocasionado al propietario (*dominus)* del bien dañado, y no a un daño material del propio bien; daño económico coincidente con la pérdida del bien o con su disminución de valor ocasionada por el ilícito.

19 Díez-Picazo, L.: *Fundamentos Derecho,* cit., pp. 71 y ss. Resulta interesante lo que señala en primer lugar, en relación al daño, acerca de la admisión tardía en el Derecho romano de "cualquier culposa producción del daño" que fue posterior a la regulación del «*damnum iniuria datum»,* delito privado nacido de la mera lesión o daño intencional, o la destrucción dolosa o culposa, de una cosa ajena, y del *damnum corpori datum*, que requería un acto material, *corpore,* y un nexo causal explícito. A consecuencia de la promulgación del plebiscito de la *Lex Aquilia*, se requería generalmente, una acción positiva con relación causal con el daño (aunque posteriormente se dio cabida a algunas omisiones, citando expresamente como ejemplo, el caso del "médico que inicia la curación del enfermo interviniendo quirúrgicamente con éxito, pero abandonándolo posteriormente"). En segundo lugar, considera las «lesiones corporales y muerte de una persona», por una aplicación analógica a las lesiones corporales sufridas por las personas, de los principios normativos del daño a las cosas (en estos casos, el resarcimiento incluía los gastos de curación, las ganancias dejadas de obtener y la disminución de la capacidad para adquirir en el futuro, "pero no se podía pretender nada como *pretium doloris"*). En tercer lugar, los «daños causados por los animales», requiriendo

Yzquierdo Tolsada afirmaba "hay que obtener un concepto de daño que pueda englobar, no simplemente el daño en sí mismo, sino también los factores que tienen que ver con la posibilidad de evaluarlo y repararlo.". El daño exige su certeza, al menos relativa, para que sea resarcible. "Y en esa certeza es donde comienzan los problemas: ¿se debe reponer el valor de mercado del objeto destruido? ¿Hay que descontar de la indemnización las ganancias que la acción dañosa haya generado? ¿Qué hacer con el valor o precio de afección?"[20]. La respuesta a tales interrogantes debe quedar pospuesta por el momento.

B) El daño corporal y el daño moral

El concepto médico-legal de daño viene relacionado íntimamente con una «disfuncionalidad» o funcionalidad alterada, que abarca una "actividad alterada, operatividad alterada, capacidad alterada de expansión en el ámbito social, etc."[21]. Laborda Calvo explica que "el concepto de daño corporal resulta de la confluencia de dos perspectivas, la médica y la jurídica" y planea sobre "cualquier alteración somática o psíquica que, de una forma u otra, perturbe, amenace o inquiete la salud de quien la sufre, o simplemente, limite o menoscabe la integridad personal del afectado, ya en lo orgánico, ya en lo funcional, es suficiente cualquier merma de la integridad de la biología individual, con independencia de sus repercusiones prácticas en uno o más campos de la actividad humana" y a "las consecuencias que un suceso traumático determinado ha tenido sobre la integridad psicofísica y la salud de una persona"[22]. Hay que tener en cuenta que el daño corporal producido como consecuencia de la actividad sanitaria siempre es potencialmente reversible, salvo cuando sea permanente. Si se trata de un daño reversible, hablamos de una «lesión». Esa lesión tendrá un periodo de curación o estabilización. Si hablamos de un daño permanente («daños permanentes o duraderos», en ocasiones denominados también «originarios o primarios»), estaremos refiriéndonos a una «secuela». Como esencialmente el daño es reversible, ha sido necesaria la concreción jurisprudencial de lo que por secuela podamos entender. Así, estos daños permanentes se han definido jurisprudencialmente como "todos aquellos

"negligencia" en su custodia y "la falta de destreza o de plena capacidad cuando se guía" un animal, o se cabalga sobre él, en un lugar frecuentado. A continuación, se refiere a la «acción de dolo», la acción aquiliana, "incluso bajo la forma de *actio utilis o in factum*", exclusivamente limitada a casos de destrucción o quebrantamiento de cuerpos; a través de la cual, se resarcía cualquier daño patrimonial injusto y malévolo, que no pudiera ser resarcido por otra vía. Finalmente, la «acción de iniuria», que incluía un gran número de causas, como "las ofensas" y la "*contumelia*", pero también cualquier manifestación de desprecio de la personalidad "intencional e injusta". Pena también privada, "que debía ser mensurada por el juez tomando en consideración el perjuicio pecuniario experimentado." Sobre el daño aquiliano, Valditara, G.: *Damnum iniuria,* cit., pp. 5-6.

20 Yzquierdo Tolsada, M.: *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 6ª Ed., Dykinson, Madrid, 2020, p. 184.

21 Villanueva Cañadas, E., y Hernández Cueto, C.: "Capítulo 39. Problemas médico-legales de la valoración del daño corporal", en Gisbert Calabuig, J. A.: *Medicina legal y toxicología* (edit. por Villanueva Cañadas), 6ª ed., Masson, Barcelona, 2004, p. 506.

22 Laborda Calvo E.: "¿Qué esperamos de la valoración del daño corporal en el futuro?", 2008, 10 pp., online, https://www.aEds.org/congreso/congresos-aEds/docs/elc2.doc

que se producen y manifiestan en un momento determinado, si bien pueden persistir sus efectos a largo del tiempo, incluso son la posibilidad cierta «de agravarse por factores ajenos a la acción u omisión del demandado»"[23].

Por otra parte, en cuanto al «daño moral», su definición no es del todo pacífica, radicando su dificultad en su "capacidad para cambiar de significado, incluso dentro de un mismo país"[24]. Díez-Picazo argumenta que el daño moral es un concepto "nítidamente diferente del daño en sentido estricto, que es el daño patrimonial", señalando el "criterio marcadamente restrictivo" que han seguido diferentes Códigos Civiles en el tratamiento de la indemnización por daño moral.", concluyendo que por daño moral únicamente debe entenderse aquel "sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona"[25]. Finalmente, el reconocimiento de la existencia de un daño moral genuino en sede de responsabilidad contractual no resulta tampoco pacífico. Puig Peña afirmaba de antiguo, que también era daño el causado sobre las personas, bien fuera en su libertad, en su salud, etc. El problema lo constituye determinar "si los daños morales se pueden reparar económicamente y si constituían daños indemnizables"[26].

La doctrina más autorizada niega la existencia de un concepto normativo de daño, con respecto al daño derivado del cumplimiento defectuoso –o de un incumplimiento de un contrato–. Carrasco Perera sostiene que el concepto más simple de daño define aquel como cualquier lesión de un interés, sea éste de naturaleza patrimonial o no patrimonial y, el artículo 1106 CC no excluye en modo alguno "la indemnización del daño no patrimonial"[27]. Ya Castán Tobeñas afirmaba que "no faltan civilistas que entienden –con razón a (su) juicio– que, admitido el daño moral como susceptible de indemnización en el campo extracontractual, no se ve razón por la que haya de ser excluido del campo de las obligaciones contractuales."[28]. Morales Moreno, favorable a la concepción del daño moral desde

23 Avilés García, J.: "Problemas hermenéuticos de los daños continuados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en aa.vv.: *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón, Tomo I*, (coord. por Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, p. 514.

24 Barrientos Zamorano, M.: *El resarcimiento del daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 37.

25 Diez-Picazo, L.: *Derecho daños*, cit., pp. 324-329. «Así, por ejemplo, el Código italiano, recogiendo una regla que se encontraba en el Código civil alemán, preceptúa que el daño moral sólo se indemniza en los casos determinados por la ley, […], en nuestro Derecho, la situación es obviamente distinta», haciendo alusión al reflejo del Código Civil francés que podemos mirar en el artículo 1902 y aunque se hace mención a éste en diferentes leyes especiales (la vigente Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen; o la parcialmente derogada Ley de Ordenación de los Seguros Privados que «al baremar las indemnizaciones debidas como consecuencia de accidentes en la circulación de vehículos de motor ha tomado también para evaluarlo y baremarlo, el daño moral».

26 Puig Peña, F.: "Daños y perjuicios", en aa. vv.: *Nueva enciclopedia jurídica*, Vol. VI, (Dir. Por C. E. Mascareñas), Ed. F. Seix, Barcelona, 1954, p. 218.

27 Carrasco Perera, Á.: *Derecho de Contratos*, Aranzadi, 3ª Ed., Cizur Menor, Pamplona, 2021, p. 1289.

28 Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español común y foral, Tomo Tercero. Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 14ª Ed. Reus S.A., Madrid, 1988, p. 245.

una óptica más amable, lo considera afirmativamente en sede de indemnización en Responsabilidad contractual[29]. Opinión con la que estamos plenamente de acuerdo.

C) El daño dental. Especial referencia a los daños causados en el ejercicio de la Odontología.

Las clínicas dentales se han convertido en un auténtico «hervidero de demandas» y debido a su proliferación en las últimas décadas, estamos asistiendo a un incremento paulatino de reclamaciones a dentistas por daños causados en el ejercicio de su profesión.

Por su propia naturaleza, las intervenciones diagnósticas y terapéuticas bucodentales no están exentas de riesgos para la integridad física y psicológica del paciente. Estos riesgos, cuando se concretan como consecuencia del ejercicio de la Odontología, pueden servir de orientación acerca de los daños que se vayan a identificar y deban ser valorados, y a los cuales remitimos para un mayor análisis en próximas publicaciones[30].

II. LA VALORACIÓN ECONÓMICA DEL DAÑO

1. Necesidad de la cuantificación

Siguiendo la argumentación anterior sobre el «damnum» del Derecho romano, ante la muerte o daño corporal sufrido por un esclavo, se podía ejercer la acción directa de la «Lex Aquilia» contra el responsable, siguiendo un fragmento del «Comentario al edicto provincial» de Gayo[31], en casos como el que relata, de un médico que causa daño a un esclavo, por impericia, al usar un medicamento equivocado, o de forma errónea; o hubiera realizado una operación quirúrgica correctamente, pero luego abandona al paciente, desentendiéndose de la curación del esclavo y con ello este sufriera algún daño, incluso la muerte. Sin embargo, esto no era así cuando quien sufría el daño era un hombre libre; porque según Ulpiano, «dominus membrorum suorum nemo videtur»[32]. Entonces, mediante una ficción jurídica, se permitía la «actio utilis o in factum de la Lex Aquilia» para el «resarcimiento del daño corporal» producido ilícitamente al hombre libre; pero no la directa. Así, desde el Derecho romano, y en sus diferentes acciones permitidas

29 Morales Moreno, A. M.: *La Modernización del Derecho de Obligaciones,* Thomson Civitas, Madrid, 2006, pp. 21 y 22.

30 Corpas Pastor, L.: *Mala Praxis dental*, Aranzadi, Pamplona, 2023, en prensa.

31 D. 9, 2,8 (*Gai., 7, ad ed. prov.*). El texto del digesto se trata de un fragmento, puesto que comienza diciendo, «el mismo derecho hay, si…» *"idem uris est, si medicamento perperam usus fuerit. Sed er qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpae reus intellgiur."*. (Trad. «reo de culpa», *in fine*).

32 D. 9, 2,13 (*Ulp.*, 18, *ad ed.*). *N.B.* Seguimos la edición del Digesto de Mommsen, T., y Krueger, P.: *Corpus Iuris Civilis,* Vol. I, 13ª edición, Apud Weidmannos, Berlín, 1920.

por la evolución jurisprudencial de la «Lex Aquilia» (esto es, básicamente, la acción directa, o mediante ficción jurídica), surge el concepto económico del daño corporal «cuantificable económicamente» en una de las acepciones del término «damnum»[33], como una lesión que es indemnizable o resarcible cumpliendo ciertos requisitos.

Hoy, desde esta visión económica del daño, Diez-Picazo, siguiendo la denominada Teoría de la diferencia[34], expone que "el daño se concreta en la diferencia entre la situación, valorada económicamente, del patrimonio del dañado que éste tendría si el hecho dañoso no se hubiera producido y aquella que tiene efectivamente tras el hecho dañoso"[35]. A lo que, inmediatamente, oponemos la circunstancia de que una percepción tan abstracta de daño podría dejar de lado ciertas particularidades del caso concreto. Díez-Picazo aclara que "(e)l concepto de daño que resulta de la denominada teoría de la diferencia ha sido objeto de críticas en la doctrina más autorizada[36], que han seguido varios caminos. […] los postulados de la teoría de la diferencia pueden ser en la mayor parte de las ocasiones, un buen criterio de cálculo del daño, pero no suministran en rigor un concepto jurídico suficiente"[37].

Si bien, ante un incumplimiento contractual (englobando cualquier forma de cumplimiento defectuoso) la regla general aboga por la satisfacción del «interés

33 D´Ors Pérez-Peix, A.: *Derecho privado romano*, Ediciones Universidad de Navarra. EUNSA, Pamplona, 2004, p. 475 (nota núm. 373). Explica el autor que el término *damnum* es un concepto dinámico, que, aunque puede traducirse aceptablemente por "daño", también significaba originariamente "la pérdida que debe imponerse como pena al autor de un delito"; pérdida entendida como detrimento económico.

34 *Cfr.,* Iniesta Delgado, J. J.: "Calificación y valoración del daño en el Derecho de la Responsabilidad", en aa.vv.: *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón, Tomo II*, (coord. por Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, p. 1467. El autor lo define como "la conclusión de un proceso de cambio o transformación de un estado de la realidad […]. Sin daño no hay situación regulada por las normas de responsabilidad", de ahí su relevancia en este ámbito del Derecho. En la misma línea, *vid.* Solarte Rodríguez, A.: "La reparación in natura del daño", *Rev Vniversitas*, 54 (109), 2005, p. 205. Define daño como "cualquier detrimento, perjuicio, menoscabo o dolor o molestia por efecto de una acción que puede repararse mediante el resarcimiento material (o in natura) del mismo, o bien, su compensación con una determinada cantidad". Expone que el resarcimiento material del daño corporal será muy difícil, mientras que la compensación será posible siempre en todos los ámbitos.

35 Diez-Picazo, L.: *Derecho daños*, cit., p. 309, en el mismo sentido, Carrasco Perera, Á., *Derecho Contratos*, cit., p. 1292.

36 *Cfr.,* Pantaleón Prieto, F.: "Resolución por incumplimiento e indemnización", *ADC,* 42, 4, 1989, pp. 1165 y ss. El autor es uno de los más críticos con la *teoría de la diferencia.* Refiriéndose a la indemnización que se deriva de la resolución del contrato, expresa que la debida al acreedor que opta por resolver el contrato no debe cuantificarse atendiendo a la situación económica hipotética que existiría de no haber celebrado el contrato, pues de ordinario, no será él quien haya celebrado un mal negocio ni quien tenga, en absoluto, interés en la recomposición de una situación ajena al mismo. Algo sorprendente, probablemente cuando uno mira la indemnización por incumplimiento de forma miope: puesto que hay daños extraordinarios, que pudieron preverse al inicio del contrato y en los cuales parece no repararse en ellos. Claro que los ojos de un civilista se apartan a veces del daño producido a consecuencia de un contrato fallido de tratamiento odontológico: el consumidor tendrá que ser repuesto a su estado anterior, pues su salud se encuentra ahora empeorada…

37 Diez-Picazo, L.: *Derecho daños*, cit., pp. 312-314, en la misma línea, *Cfr.,* Yzquierdo Tolsada, M.: *Responsabilidad civil,* cit., p. 186. La *compensatio lucri cum damno* es resultado directo de la «teoría de la diferencia», la cual afirma el autor que puede enervar la acción indemnizatoria de existir "un curso causal alternativo y *posterior* que habría producido como resultado el mismo daño (o un daño superior)".

positivo» del contrato (es decir, dejar al acreedor en la misma posición en la que estaría de haberse cumplido el contrato), sin embargo, en la valoración de daños como consecuencia de actos u omisiones de una prestación sanitaria, lógicamente, esta valoración debe contemplar en términos económicos el daño en la integridad psicofísica del acreedor y no solo la indemnización por el mero incumplimiento. Esto quiere decir que el daño producido en la integridad psicofísica de un paciente, como consecuencia de una determinada actividad sanitaria, tendría que abarcar –en nuestra opinión– no solo la cuantificación del detrimento patrimonial del paciente como si se hubiera cumplido el contrato, sino añadiendo de forma adicional, la valoración de cualquier daño psicofísico derivado de tal actuación, pues como es lógico, la indemnización debe dejar al paciente en la misma posición económica que tendría si se hubiera cumplido el contrato, pero nunca en una situación peor…

2. Cálculo del quantum

A) «Ad vultum tuum» («Da mihi factum dabo tibi ius»)

Como hemos referido, la cuantificación de la indemnización no deja de ser tarea jurisdiccional, pero jueces y magistrados se encuentran con ciertas exigencias en esta tarea de determinación del «quantum» indemnizatorio; entre ellas, las meramente legales como, por ejemplo, la congruencia de sus sentencias, sin perjuicio de su potestad de moderación, según su leal saber y entender, de la cuantía de la indemnización, pero nunca por encima de lo rogado en la correspondiente demanda. Es en la demanda, precisamente, cuando se debe concretar la cuantía, que se va a basar en el cálculo de la valoración del daño, entre otros aspectos. Para ello, puede el actor acudir a otras sentencias previas en las que se otorgue una indemnización concreta para un caso similar, aunque lo habitual será que acompañe a la demanda una valoración económica, detallando en el caso concreto los argumentos que llevan a ese cálculo, ya sean meramente relativos, como cuantías otorgadas en sentencias previas, o acudiendo a presupuestos emitidos por otros profesionales o clínicas dentales, junto con la cuantía extraída de las correspondientes facturas (artículo 251.11º LEC). Sin embargo, lo habitual será que se acuda a instrumentos «objetivos» de valoración, tales como los baremos al uso, como vemos a continuación.

B) El sistema del Baremo (supuestamente en favor del perjudicado)

Ya hemos señalado que el anexo IV de la Ley 35/2015 se viene utilizando frecuentemente para calcular la indemnización de daños derivados de la actividad sanitaria, a decir de la SAP IB 19 febrero 2020, "la aplicación de este sistema de valoración del daño corporal más allá del ámbito que le es propio, pero siempre con carácter orientativo y no vinculante (sentencias del Tribunal Supremo de 20

de junio de 2003, 1 de mayo de 2011, 30 de noviembre de 2011, 18 de junio de 2013, 27 de mayo de 2015 o 8 de abril de 2016)"[38]. Que sean orientadores y no vinculantes, tiene razón de ser, explicada y justificadamente, por parte de la doctrina jurisprudencial del alto tribunal. Bandrés Moya y cols., dicen que "el argumento del Tribunal Supremo es formalmente intachable: donde no hay identidad de razón, no cabe analogía. Lo cuestionable, precisamente, es que no la haya: producido un accidente lo verdaderamente relevante para la responsabilidad civil es el daño, el mejor modo de repararlo y prevenirlo, y no quién haya sido su causante, cómo se haya producido, en qué concreto sector de actividad haya tenido lugar o, en última instancia, cuál sea el régimen de responsabilidad aplicable" [39].

Lo que necesitamos, en mi opinión, son mecanismos útiles y pertinentes para poder reparar el daño, sea cual sea el instrumento, para reparar en lo posible, o compensarlo. En la Tabla 1 podemos observar el sistema por el cual el «baremo de tráfico» define los daños que son objeto de valoración: «muerte», «secuelas» y «lesiones temporales» (artículo 34), "de acuerdo con lo previsto en los artículos siguientes y con lo reflejado, respectivamente, en las tablas 1, 2 y 3 contenidas en el Anexo"; separando, según lo establecido en el número 2 del mismo artículo, la reparación de los «perjuicios personales básicos» (tablas 1.A, 2.A y 3.A), de los «perjuicios personales particulares» (tablas 1.B, 2.B y 3.B) y de los «perjuicios patrimoniales» (tablas 1.C, 2.C y 3.C), que se muestran en la siguiente tabla (Tabla 1).

Tabla 1. Tablas de Perjuicio ("P.")

	P. Personal Básico	P. Personal Particular	P. Patrimonial
Muerte	1.A	1.B	1.C
Secuelas	2.A	2.B	2.C
Lesiones Temporales	3.A	3.B	3.C

Nota.- Elaboración Propia. Modificado de Pomares Barriocanal, J.A. (2018). *Reglas para la valoración del daño corporal. Sistema legal de indemnizaciones por daños personales en accidentes de tráfico*. Ed. Dykinson Madrid, p.36.

En este baremo, "la modificación y organización del listado de secuelas es por aparatos/sistemas y órganos (sentidos), a diferencia del anterior, que presentaba una organización por regiones anatómicas, aparatos y órganos-estructuras anatómicas", dándole una ordenación «diferente»[40]. El baremo atiende la valoración sobre tres conceptos axiales: la «estabilización lesional», el «principio de equidad»

38 SAP IB 19 febrero 2020 (Cendoj: 07040370042020100042).

39 Bandrés Moya, F., Delgado Bueno, S., Sánchez-Caro, J., (Eds.): *Cuadernos del Máster en Derecho Sanitario*. F. Medicina U.C.M. 2001, Madrid, 2004, p. 32.

40 Pera Bajo, F. J., y Perea Pérez, B., "Nueva tabla 2. A.1. del baremo médico. Clasificación y valoración de las secuelas en accidentes de circulación en España", *Rev Esp Med Legal*, 2015, 41 (4), p. 143.

y el de «proporcionalidad;» y sus principios fundamentales, recogidos en el artículo 33, son el de la «reparación íntegra del daño» (es decir, "situar a la víctima en una posición lo más parecida posible a la que tendría de no haberse producido el accidente") y su preparación vertebrada; o «de integración», valorando por separado los daños patrimoniales y los no patrimoniales y, dentro de unos y otros, los diversos conceptos perjudiciales. Lo que se pretende es la «objetivación en la valoración del daño»[41].

El artículo 104 establece el «régimen de valoración económica de las secuelas», de forma inversamente proporcional a la edad del lesionado, y evidentemente, se incrementa, según aumenta ésta, la puntuación que se alcance. Remite a la «tabla 2.A.2.», de valoración del perjuicio estético y del perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial con el daño moral que le corresponde, según la duración, extensión e intensidad del perjuicio. Hay que recordar que el aparato estomatognático, en concreto el sistema dentario, cumple básicamente las funciones masticatoria, fonética y estética, por lo que la valoración del perjuicio estético derivado de la pérdida de un diente debe ser consecuente con la posición que ocupa en la arcada; no es lo mismo un diente anterior que uno posterior, al igual que el daño derivado de la función masticatoria, dentro de la secuela de pérdida dentaria, es mayor si el diente tiene una posición premolar o molar (2 puntos) o incisivo-canina (1 punto de secuela) como se contempla actualmente, porque a cada pieza se le debe asignar un valor según la función que realiza en el sistema estomatognático. En concreto, sobre las secuelas estéticas, el artículo 102 gradúa el perjuicio estético, que se realiza mediante la asignación de una horquilla de puntuación a cada uno de los grados (importantísimo, muy importante, importante, medio, moderado y ligero)[42]; teniendo en cuenta cuatro factores: el grado de visibilidad ordinaria del perjuicio, la atracción a la mirada de los demás, la reacción emotiva que provoque y la posibilidad de que ocasione una alteración en la relación interpersonal del perjudicado. Lo cual hace pensar a estos autores que también se ha conseguido hacer los rangos de puntuación "más homogéneos en este nuevo baremo: la horquilla de puntos se va alargando de una forma proporcionada y progresiva al ir incrementándose el grado de severidad del perjuicio estético, y se ponderan

41 *Cfr.* Diez-Picazo, L.: *Derecho daños*, cit., pp. 41-42), acerca de la irreparabilidad del daño.

42 *Cfr.* Bares Jalón, V., Arnáiz Seco, M. D., García Espinosa, C.: "El perjuicio estético en el nuevo baremo". *Rev Esp Med Legal,* 2015;41(4), pp. 210-211. Los autores recogen literalmente los grados del perjuicio estético que se definen en el baremo, incluso los ejemplos que contiene: a) Importantísimo: corresponde a un perjuicio de enorme gravedad, como el producido por las grandes quemaduras, las grandes pérdidas de sustancia y las grandes alteraciones de la morfología facial o corporal. b) Muy importante: de menor entidad que el anterior, como el que produce la amputación de 2 extremidades o tetraplejía. c) Importante: de menor entidad que el anterior, como el producido por la amputación de alguna extremidad o la paraplejía. d) Medio: de menor entidad que el anterior, como el producido por la amputación de más de un dedo de las manos o de los pies, la cojera relevante o las cicatrices especialmente visibles en la zona facial o extensas en otras zonas del cuerpo. e) Moderado: de menor entidad que el anterior, como el que producen las cicatrices visibles en la zona facial, las cicatrices en otras zonas del cuerpo, la amputación de un dedo de las manos o de los pies o la cojera leve. f) Ligero: corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que producen las pequeñas cicatrices situadas fuera de la zona facial.

menos los niveles más leves a favor de los niveles más graves". Lo que consideran "una mejora en la «cualificación» del perjuicio, en su graduación y puntuación". Acerca del perjuicio estético, "cuando se describen los grados del perjuicio estético, se toma lógicamente como una de sus referencias la zona facial. Y este hecho facilita la valoración del daño estético odontológico y maxilofacial"[43].

El baremo no desconoce el «daño moral», por lo que sí lo considera, pero no como daño separado, sino ínsito en la valoración de las secuelas, salvo que sean de aplicación, dentro del perjuicio personal particular, los artículos 105 y 106 (cuando una sola secuela funcional alcance al menos sesenta puntos; o si al aplicar la fórmula de Balthazar, para secuelas funcionales concurrentes, se alcance al menos ochenta puntos y para la valoración del «daño moral complementario en las secuelas estéticas», cuando se alcance al menos treinta y seis puntos, respectivamente). Únicamente en estos dos casos, se podrá valorar daño moral complementario, con base en este baremo. Sin embargo, el «baremo de tráfico» permite valorar separadamente el perjuicio moral que ocasionan las secuelas, pérdida de la calidad de vida ocasionada por las secuelas que impiden o limitan su autonomía personal en el desarrollo de su vida diaria ordinaria o su desarrollo personal mediante actividades específicas (art. 107). Las piezas dentarias colaboran en la articulación de las palabras[44]. El perjuicio por pérdida de calidad de vida puede ser muy grave, grave, moderado o leve (art. 108). En este sentido, es importante señalar que la medición de dicho perjuicio por pérdida de calidad de vida se determina según sea la importancia y el número de las actividades afectadas y la edad del lesionado que expresa la previsible duración del perjuicio. Se valoran por separado el «perjuicio moral» y el «perjuicio patrimonial por la repercusión de las secuelas» (art. 113. "Gastos previsibles de asistencia sanitaria futura, después de la estabilización de la lesión"), dentro de las disposiciones relativas a la «tabla 2.C)» (Perjuicio patrimonial), que, en su apartado de «daño emergente» incluye los gastos de renovación de «prótesis y ortesis» entre los que lógicamente figuran las prótesis dentales"[45].

En cuanto al «lucro cesante» derivado de las secuelas, hay que acudir al artículo 126 que recoge su definición ("consiste en la pérdida de capacidad de ganancia por trabajo personal y, en particular, en el perjuicio que sufre el lesionado por

43 Perea Pérez, B.: "Novedades sobre la valoración del daño oral y maxilofacial en el nuevo baremo de tráfico", *Rev Esp Med Legal*, 2015, 41 (4), p. 162.

44 Maldonado, M. B.: "Lesiones dentarias: valoración del daño odontológico", *Cuad Med Forense*, 2005, 4 (1), p. 58. La autora explica cómo "hay letras que se pronuncian apoyando la lengua contra los incisivos superiores, por lo tanto, al estar estos ausentes, se produce un sonido sibilante. En las letras F-V actúa como órgano activo el labio inferior y como pasivo, el borde de los incisivos superiores. En las letras ínter dentarias, por ejemplo, la Z, el órgano activo es la punta de la lengua y el pasivo, el borde de los incisivos superiores. En las letras dentales explosivas, como la T-D, el órgano activo es la lengua y el pasivo, la cara lingual (posterior o interna) de los incisivos superiores. También participan los premolares y molares, en la letra LL".

45 Perea Pérez, B.: "Novedades baremo", cit., p. 162.

la pérdida o disminución neta de ingresos provenientes de su trabajo") y a los artículos 128 y 129 del baremo para su cuantificación, en función de "la pérdida de ingresos de trabajo personal del lesionado que corresponda por su grado de incapacidad laboral de acuerdo"; en relación a los ingresos "del año anterior al accidente o la media de los obtenidos en los tres años anteriores al mismo, si ésta fuera superior".

III. EL BAREMO DE TRÁFICO APLICADO A LA ACTIVIDAD DENTAL

La aplicación del «baremo de tráfico» a los daños dimanantes un contrato de servicios odontológicos no está exenta de complicación para los médicos valoradores del daño corporal, puesto que se exigen unos conocimientos que, de continuo, carecen los médicos, al ser una profesión diferente la de dentista.

Las secuelas relativas al sistema osteoarticular y a la boca se describen en el «apartado D» de la tabla 2. A.1. del baremo de tráfico, sobre la cual, Morte Tamayo realiza diversas precisiones[46]. La primera, sobre la medición de la restricción en la apertura bucal, utiliza el índice de disfunción de Helkimo; el cual constituye una medición indirecta de la afectación de la articulación témporo-mandibular (ATM). Concretamente tendremos que acudir a la sección 2ª del baremo y las tablas 2 y 3 de «indemnización por secuelas» y de «indemnización por lesiones temporales», respectivamente, del "baremo de tráfico" contenido en el ya descrito Anexo IV que incorpora la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Mientras la «tabla 3» del baremo describe la forma de contemplar económicamente los perjuicios personales (básico, particular y patrimonial) en las llamadas «lesiones temporales», la «tabla 2», relativa a las secuelas, contiene tres secciones: la «tabla 2.A» establece la cuantía del perjuicio personal básico de acuerdo con los criterios y reglas de este sistema. La determinación de la indemnización por secuelas se realiza de acuerdo con el baremo económico contenido en la tabla 2.A.2. (Baremo económico por puntos y edad del lesionado). La «tabla 2.B», por su parte, establece la cuantía de los perjuicios personales particulares y excepcionales de acuerdo con los criterios y reglas de este sistema. Mientras que la «tabla 2.C» establece la cuantía de los perjuicios patrimoniales, distinguiendo las categorías del «daño emergente» y del «lucro cesante», de acuerdo con los criterios y reglas de este sistema.

46 Morte Tamayo, N.: *Manual para la aplicación del baremo de la Ley 35/2015,* La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 70 y ss.

Esquemáticamente, la sistemática del baremo es simple (dentro de la complejidad que entraña), pero merece la pena una mirada a vista de pájaro: básicamente, cuando un jurista se adentra en la exégesis del sistema de valoración de daños corporales, se encuentra con dos apartados muy definidos: la indemnización por lesiones (temporales) y por secuelas, que, de forma muy esquemática en la siguiente tabla (Tabla 2):

Tabla 2.- Indemnización por Lesiones y Secuelas

Indemnización por Lesiones Temporales:
Perjuicio personal básico (Tabla 3.A).
Perjuicio personal particular (Tabla 3.B).
Perjuicio personal patrimonial (Tabla 3.C).
a) daño emergente.
b) lucro cesante.
Indemnización por secuelas:
Perjuicio personal básico (Tabla 2.A). Secuelas psicofísicas.
Perjuicio personal particular (Tabla 2.B).
Perjuicio personal patrimonial (Tabla 2.C).
a) daño emergente.
b) lucro cesante.

Nota.- Elaboración propia. Fuente: «baremo de tráfico» (Ley 35/2015).

IV. EL (AMPLIO) MARGEN DE MEJORA EN LA VALORACIÓN DEL DAÑO DENTAL

1. Especificaciones del «baremo de tráfico» para valorar el daño dental

Como hemos avanzado, el baremo de referencia y más frecuentemente utilizado en la valoración del daño corporal, viene recogido en el Anexo IV que introdujo la Ley 35/2015. Si bien este baremo debemos recordar, se aplica siempre de forma orientativa y en ningún caso vinculante para la valoración del daño ocurrido con ocasión de la práctica médica.

Hay que tener en cuenta que, pese a sus aspectos positivos en cuanto a una regla más o menos objetiva, también proyecta sombras; sobre todo en cuanto a la valoración del daño odontológico.

En nuestra opinión podría considerarse positivo la elaboración de otro baremo específico para daños producidos como consecuencia de la actividad sanitaria, fundamentalmente porque el baremo de tráfico se ha pensado básicamente para utilizarse en sede extracontractual; aunque sería más práctico mejorar algunos aspectos concretos del mismo.

Sea como fuere, la valoración específica de las secuelas dentales como menoscabo económicamente cuantificable es muy reciente[47] y los instrumentos legales para su cuantificación podrían tener un amplio margen de mejora, como veremos a continuación.

Lo cierto es que, en todas las disposiciones normativas específicas sobre valoración de secuelas se ha mantenido la idea de un baremo, con un sistema de puntos en rango variable, atendiendo a la mayor o menor amplitud de «menoscabos funcionales» producidos como consecuencia de una secuela. Se atiende al «menoscabo funcional» como consecuencia de la generación de una secuela bucodental, que se traduce a una cuantificación económica o fijación de un quantum indemnizatorio para abordar un aspecto que entraña gran dificultad, seguramente, por lo complejo que resulta darle un valor económico a la reparación de algo que, recordemos, casi siempre es irreparable[48]. Lo hacemos conscientes de la existencia de una incertidumbre, en la que, para casos similares, la cuantía de la indemnización que recibe el titular del derecho de crédito indemnizatorio, actualmente, no es la misma.

Se ha afirmado, en relación a los baremos, que, desde que se establecieron en el ordenamiento español, "Jueces y Magistrados los ha aplicado orientativamente a otro tipo de accidentes" (refiriéndose a los derivados no por accidente de circulación, por vehículos a motor, sino que su fuerza expansiva los lleva a ser considerados en otro tipo de accidentes, e incluso a los daños generados en la práctica sanitaria). Sin embargo (dice), existe una "disparidad de criterios jurisprudenciales sobre la

47 *Cfr.,* Rodríguez Menacho, D., Ruíz Jiménez, J., Serrano Gil, A.D., y Castaño Séiquer, A.L.: "Evolución histórica de la baremación del daño dental derivado de la responsabilidad profesional". *RCOE: Revista del Ilustre Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España*, Vol. 24, núm. 3, (septiembre), 2019, pp. 95-98. Tiene cierta importancia porque señala los antecedentes históricos de la valoración legal del daño dental, cuando dice "la norma más antaña sobre la materia fue el *Reglamento del Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria*, al que se anexaba un «cuadro de lesiones y enfermedades» (Real Decreto 712/1977, de 1 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria y el cuadro de lesiones y enfermedades anexo al mismo, BOE núm. 96, de 22 de abril). En dicho Reglamento, la conversión de lesiones en valores económicos no era automática, sino que ya consideraba la «alteración funcional» producida con ocasión de la secuela y un sistema de «puntos» para aquellas de gran entidad (1-15 puntos, cuando la consistía en la *pérdida completa o casi completa de los dientes superiores e inferiores y de los alveolos con prótesis tolerada y mejoría funcional comprobada* o una horquilla entre 15 y 30 puntos, cuando concurriese la *imposibilidad de tolerar la prótesis*). Hasta la regulación actual, por tanto, el baremo permite interpretar *de lege lata* un rango de valoración en «puntos de secuela», (según la mayor o menor intensidad del *menoscabo funcional permanente* sufrido.

48 Díez-Picazo, L.: *Derecho de daños,* Civitas, Madrid, 1999 (Reimp.), 2000, pp. 41-42.

aplicación analógica de los baremos para la valoración de daños personales […]''[49], con cita de la STS de 20 de junio de 2003, que así lo rechaza. Pese a sus carencias, no podemos obviar que son muchas las ventajas que tiene la existencia de un baremo: ''(f)acilita la comprensión del informe pericial: uniformiza los criterios de cuantificación, aproximando los casos de valoración a lo más cercano posible al concepto de Justicia, de tal modo que casos similares sean tratados de igual forma''. Habilita con mayor facilidad la posibilidad de cerrar ''acuerdos amistosos fuera de la vía judicial'' y a las mutuas y compañías aseguradoras, ''les permite hacer previsiones económicas'' necesarias para su funcionamiento[50].

En la actualidad son dos los baremos de referencia a la hora de calcular en términos económicos dicho quantum indemnizatorio: el Baremo de daños del Consejo General de Colegios Oficiales de Dentistas de España[51], que remite al baremo de tráfico, modificado por el Anexo IV introducido por la Ley 35/2015. La cual pretendía incrementar la protección de las víctimas mediante la garantía de una indemnización suficiente; pues, ''una vez transpuestas las sucesivas directivas comunitarias que pretenden armonizar la responsabilidad civil […], nos seguimos encontrando con una enorme disparidad en las cuantías indemnizatorias al compararlas con otros países miembros de la Unión Europea, siendo evidente que nuestro país se sitúa detrás de los países europeos más avanzados en esta materia.''.

El Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor tiene vocación de servir como referente para la indemnización de daños por mala praxis médica. La peculiaridad introducida por esta reforma, entre otras, fue ''la obligatoriedad de usar el baremo descrito en el Título IV para la baremación de la valoración del daño y los perjuicios personales y patrimoniales acaecidos en los accidentes de tráfico''[52]. Sin embargo, la descripción completa de las secuelas del sistema osteoarticular maxilofacial y la boca, (contenidas en la página 405 del baremo del texto consolidado en PDF, y página 84877 del BOE), recoge los códigos y la descripción de las posibles secuelas, junto con sus puntuaciones correspondientes. Por tanto, en la cuantificación de las secuelas bucodentales, tendremos que acudir a las descritas desde el código 02042 al 02058; en cuanto a las secuelas maxilofaciales propiamente dichas.

49 Ídem.

50 Bandrés Moya, F., Delgado Bueno, S., Sánchez-Caro, J., (Eds.): *Cuadernos del Máster en Derecho Sanitario.* Tomo III. Madrid. D. Toxicología y Legislación Sanitaria. F. Medicina U.C.M. 2001, Madrid, 2004, p. 31.

51 Ilustre Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España: *Sistema de valoración de daños y perjuicios causados en el ejercicio profesional de la Odontoestomatología, derivados de la responsabilidad profesional.* Aprobado por unanimidad, por la Asamblea General en la reunión de 30 de septiembre/1 de octubre de 2005 (Acuerdo AA27/2005). 35 pp.

52 Calixto Galán J.: "Reflexiones jurisprudenciales sobre el Baremo aplicado en las indemnizaciones por daño sanitario". *XXII Congreso AEDS*, 2015, p. 28.

Por otra parte, las novedades que incorporó este baremo, en cuanto a la valoración de los daños orales y maxilofaciales, son la inclusión de cinco secuelas dentro del apartado «Sistema osteoarticular» (Capítulo II. Apartado D.1), se refieren a una alteración traumática de la oclusión dental por lesión inoperable, deterioro estructural de maxilar superior o inferior[53]; pérdida de sustancia palatina; limitación de la apertura de la articulación temporomandibular, señalando el rango de la apertura mandibular afectada, como criterio para establecer los puntos de secuela y finalmente, se mantiene el material de osteosíntesis, como ya estaba en el baremo anterior; y por otra parte, en cuanto al «apartado de Boca» (Capítulo II, Apartado D.2.), destaca como novedades relativas a la valoración del daño dental, que se amplía a dos los puntos por "pérdida completa traumática" si la superficie masticatoria es mayor (premolares y molares); aunque se sigue considerándose cada incisivo o canino como 1 punto de secuela. Este autor señala que "otra novedad importante es la corrección de la valoración del daño dental en función de la rehabilitación protésica utilizada para sustituir los dientes ausentes. Esta corrección se realiza sobre el resultado de la suma del valor de todos los dientes rehabilitados (redondeando al número entero superior si es necesario). En caso de rehabilitación mediante prótesis removible, se resta el 25% del valor; si la rehabilitación se realiza mediante prótesis fija dentosoportada (la que se apoya en los dientes remanentes) se resta un 50% del valor; y si la rehabilitación se hace utilizando prótesis fija implantosoportada se resta el 75% del valor de los dientes afectados y rehabilitados"[54], cosa que es cuando menos, discutible, a tenor de nuestra propuesta.

Valorar no es una tarea precisamente fácil, y requiere, en nuestra opinión, ciertas dosis de intuición y de conocimiento empírico, científico y legal, a partes iguales. "los daños estomatológicos y maxilofaciales son consecuencia frecuente, no solo de los accidentes de circulación, sino también de otro tipo de circunstancias (accidentes deportivos, agresiones, mala praxis odontológica, etc.) que son habitualmente valoradas mediante el baremo de secuelas de accidentes de tráfico"[55].

Definitivamente, valorar (adaptar la realidad del daño al baremo) no es tarea fácil: en eso coincidimos con Pomares, cuando opina que "en algunos supuestos existen tratamientos muy específicos «odontológicos, psiquiátricos, estéticos, de extracción de material de osteosíntesis...» que ofrecen importantes dudas

53 Perea Pérez, B.: "Novedades baremo", cit., p. 161. Señala el autor que en la valoración de esta secuela se han introducido modificaciones respecto a la anterior versión; diferenciándose la afectación de una o de ambas hemiarcadas. Se excluye de la valoración el hueso alveolar «cuyas variaciones están asociadas generalmente a la presencia o no de dientes, y que se valora en otro apartado». Finalmente, «se amplía la horquilla de valoración a los 20-75 puntos» (frente a los 40-75 de la versión anterior).

54 Perea Pérez, B.: "Novedades baremo", cit., pp. 161-162.

55 Perea Pérez, B.: "Novedades baremo", cit., p. 169.

en cuanto a su consideración como período de baja o como mero tratamiento secuelar realizado tras la estabilización de las lesiones. […] Sin embargo, la nota del baremo médico contenida en la tabla 2.A.1, reproduciendo la regla 3 de la tabla VI del anterior sistema, indica: Las denominadas secuelas temporales, es decir, aquellas que están llamadas a curarse a corto o medio plazo, no tienen la consideración de secuela, pero se han de valorar de acuerdo con las reglas de lesiones temporales, computando en su caso, los efectos que producen y con base en el cálculo razonable que se estime de su duración, después de haberse alcanzado la estabilización lesional, y hasta su total curación. Es decir, aquellas secuelas que están llamadas a curarse a corto o medio plazo no tienen la consideración de tales, calculándose su duración a efectos de cómputo como «lesiones temporales». No obstante, esta declaración es una precisión conceptual que, al no estar contenida en el texto articulado sino en el Anexo -y además mediante nota- goza de menor rango jurídico que el artículo 93 de la Ley, por lo que su eficacia está limitada a un mero alcance interpretativo del baremo médico"[56]. La particularidad de este baremo es que no se puede indemnizar de forma diferente ni cualitativa ni cuantitativamente el daño, puesto que la premisa fundamental es la objetividad.

2. Propuesta «de lege ferenda»

Pese a que algunos autores sostienen que la tabla "2.A.1." del sistema indemnizatorio introducido por la reforma del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, constituyó una positiva "nueva modificación y organización del listado de secuelas por aparatos/sistemas y órganos (sentidos)" a diferencia del anterior, que presentaba una organización "por regiones anatómicas, aparatos y órganos-estructuras anatómicas"[57]; en nuestra opinión, en el baremo de tráfico actual, echamos de menos algunos aspectos prácticos; concretamente en dicha tabla "2.A.1.", de Clasificación y valoración de las secuelas, dentro del Capítulo II (apartado D, "Maxilofacial y Boca"; códigos 02042 a 02058), podrían tener cierto margen de mejora, relativo a los siguientes aspectos:

A) Daño en pieza dental sin que se llegue a perder

Actualmente no se puede valorar la pérdida anatómica parcial de un diente, sin que llegue a perderse este completamente.

Evidentemente, en estos casos, empeora su pronóstico de viabilidad a medio plazo; como, por ejemplo, cuando se realizan tallados (limados) excesivos, bien para mejorar la oclusión, o bien para preparar dientes para restauraciones fijas, que luego obligan a endodonciar, o en el caso del acortamiento de la raíz de

56 Pomares Barriocanal, J. A.: *Reglas para la valoración del daño corporal. Sistema legal de indemnizaciones por daños personales en accidentes de tráfico*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 223.

57 Pera Bajo, F. J., y Perea Pérez, B., "Nueva tabla", cit., pp. 142-143.

la pieza provocado por movimientos excesivos en tratamientos de ortodoncia, o en aquellos casos en los que existe un quiste no tratado, ya sea de origen odontógeno o no...

En estos ejemplos, como decimos, el menoscabo funcional por tallados excesivos que luego obligan a realizar una endodoncia, el acortamiento de la raíz de la pieza debido a movimientos dentarios por ortodoncia, o por la producción de quiste periapical no tratado, por ejemplo, empeoran el pronóstico de calidad de vida, por lo que conforme al sistema debería considerarse como secuela y actualmente, no se contemplan en absoluto, y no pueden valorarse de ninguna forma.

B) Inclinación excesiva de dientes

Son también casos en los que no se llega a perder la pieza, pero su inclinación excesiva, debería incluirse como secuela valorable, sacando literalmente las raíces dentarias de sus bases óseas como consecuencia, frecuentemente, de movimientos de ortodoncia. La inclinación excessiva de dientes constituye una secuela que no se puede valorar conforme a baremo, actualmente.

C) Pérdida completa de dientes

La puntuación que se le otorga en los códigos 02054 y 02055 del baremo de trafico a la pérdida de un diente, aunque diferencia si se trata de dientes con menor o mayor superficie masticatoria, debería aumentarse en casos de «reposición con implante dental»; porque el paciente no deja de perder una pieza propia y no existe seguridad del éxito del implante. Además, la puntuación que se otorga es ridícula: es cierto que en estos casos se coloca un implante unitario, pero el paciente no deja de perder su propio diente y el implante no hay seguridad de que tenga éxito.

La puntuación se otorga en el baremo únicamente por pérdida de piezas dentales permanentes, por lo que no existe posibilidad de valorar la «pérdida de dientes deciduos» («de leche», o temporales). Su admisión como secuela valorable no está contemplada en el baremo, lo que ocasiona distorsiones importantes, y también va en contra el principio de restitución integral que propugna la propia ley.

Finalmente, cuando se hacen «poliexodoncias injustificadas» y se deja al paciente edéntulo, debería puntuarse mejor que pérdidas de piezas aisladas: la poliexodoncia, además de la pérdida en sí de las piezas dentales, ocasiona irremediablemente una pérdida ósea futura de los rebordes alveolares, es decir, de la porción de hueso maxilar o mandibular que aloja las raíces de los dientes, por

la falta de función de estos y en la actualidad, no se contempla expresamente este daño; por lo que debería valorarse de forma diferente, al alza, la poliexodoncia; en lugar de la valoración independizada de cada pieza dentaria, por el principio de restitución «ad integrum».

D) Pérdida de hueso alveolar

La destrucción total de hueso alveolar (afectación limitada a la porción alveolar de hueso maxilar o mandibular) tiene como máximo una puntuación de 5 puntos (código 02049).

En nuestra opinión, debería puntuarse por separado si se produce en en maxilar y en mandíbula: si hay una destrucción total de hueso alveolar, la puntuación de 5 puntos que se da es, simplemente, ridícula. La horquilla de puntos debería ampliarse desde la actual hacia una específica para esta secuela (5-15 puntos, por ejemplo), considerada en relación con la horquilla actual de los códigos 02047 (comunicación inoperable) y 0248 (pérdida de sustancia ósea sin comunicación con la cavidad oral), que están entre los 20 y 40 puntos.

Por tanto, el deterioro estructural definitivo de maxilar superior y/o inferior (códigos 02045 02046 y 02049) debería puntuarse por separado en maxilar y en mandíbula, incluyendo doble valoración cuando se concreta dicha pérdida en ambas estructuras óseas.

Además, la «pérdida parcial de tabla vestibular» –que es muy frecuente, por ejemplo, a nivel de una sola pieza–, no puede valorarse correctamente conforme a la tabla, a salvo de "meter con calzador" el código 02049, que, además, tiene una horquilla ridícula (1 a 5 puntos), respecto de la pérdida producida. También debería valorarse como secuela de pérdida parcial de tabla vestibular a nivel de una sola pieza (1-5 puntos).

E) Disfunción de la ATM

La disfunción de la articulación témporomandibular solo viene recogida la limitación de apertura, lo cual resulta más que lógico, porque es evidente la correlación entre la restricción de la apertura bucal y la alteración funcional de la ATM, puesto que aquella refleja dicha alteración ya que esta articulación permite el movimiento de la mandíbula. Sin embargo, se trata de una observación demasiado básica, en la que no se tienen en cuenta, ni se recogen aspectos frecuentes e importantes, como por ejemplo desviaciones de disco y condilares, dolor que provocan tanto a nivel facial, cabeza, cuello, etc. Estas variaciones deberían contemplarse, porque en la práctica, son muy frecuentes.

Por tanto, los códigos 02050 a 02052 (limitación de la apertura de la ATM) deberían ampliarse cualitativamente a otras secuelas de disfunción de la ATM, como por ejemplo las alteraciones del disco articular o las desviaciones condilares; por la pérdida de la calidad de vida que producen estas secuelas (dolor irradiado a nivel facial, craneal, o cervical).

V. CONCLUSIONES

A modo de sucinta conclusión, podremos afirmar que el daño producido como consecuencia del ejercicio profesional del dentista, casi siempre como resultado de una ejecución deficiente del contrato de asistencia dental, necesita un tratamiento más cualificado en cuanto a su valoración legal que el que ofrece el actual «baremo de tráfico».

No es que estemos absolutamente a favor de un baremo específico para daños como consecuencia de la actividad sanitaria, pero sí recomendaríamos al legislador ciertos aspectos de mejora del propio instrumento actual, ampliando conceptos secuelares en el sentido expuesto, porque la valoración de los daños corporales bucodentales se hace muy compleja y es susceptible de interpretaciones de gran laxitud, lo que indefectiblemente, ocasiona una inseguridad jurídica indeseable en un Estado como España; constitucionalmente enunciado como social, democrático y de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Avilés García, J.: "Problemas hermenéuticos de los daños continuados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en aa.vv.: *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón, Tomo II*, (coord. por Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A.), Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 509-567.

Bandrés Moya, F., Delgado Bueno, S., y Sánchez-Caro, J. (Eds.): *Cuadernos del Máster en Derecho Sanitario.* Tomo III, D. Toxicología y Legislación Sanitaria. F. Medicina U.C.M., 2001, Madrid, 2004, 622 pp. ISBN: 8493114022.

Bares Jalón, V., Arnáiz Seco, M. D., y García Espinosa, C.: "El perjuicio estético en el nuevo baremo". *Rev Esp Med Legal,* 2015, 41(4), pp. 208-211.

Barrientos Zamorano, M.: *El resarcimiento del daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, 573 pp.

Bello Janeiro, D.: *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*, Reus, Madrid, 2013, 240 pp.

Busto Lago, J. M.: *la responsabilidad civil profesional y su seguro*, Fundación Inade, Vigo, 2022, 201 pp.

Calixto Galán J.: "Reflexiones jurisprudenciales sobre el Baremo aplicado en las indemnizaciones por daño sanitario". *XXII Congreso AEDS*, 2015, 28 pp., online, http://www.aeds.org/congreso/XXIIcongreso/J.%20Calixto%20Galan.pdf).

Carrasco Perera, Á.: *Derecho de Contratos*, Aranzadi, 3ª Ed., Cizur Menor, Pamplona, 2021, 1416 pp.

Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español común y foral, Tomo Tercero. Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 14ª Ed. Reus S.A., Madrid, 1988, 744 pp.

Corpas Pastor, L.: "El derecho de consumidores y usuarios en los servicios sanitarios odontológicos", *Rev Actualidad del Derecho Sanitario,* 2018, núm. 262, pp. 837-882.

Corpas Pastor. L.: *La responsabilidad civil en el ejercicio de la Odontología*, Aranzadi, Pamplona, 2022, 396 pp.

Corpas Pastor, L.: *Mala Praxis dental*, Aranzadi, Pamplona, 2023, en prensa.

Díaz-Bautista Cremades, A.: "De la «actio legis Aquiliae» a la responsabilidad civil extracontractual. Una hipótesis temprana", en aa.vv.: *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón, Tomo II*, (coord. por Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A.), Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 57-77.

Díez-Picazo, L.: *Derecho de daños,* Civitas, Madrid, 1999 (Reimp.), 2000. 367 pp.

Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. I, Introducción; Teoría del contrato,* 6ª Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007, 657 pp.

Diez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. V, La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Civitas Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011, 514 pp.

D´Ors Pérez-Peix, A.: *Derecho privado romano*, Ed. Univ. Navarra. EUNSA, Pamplona, 2004, 685 pp.

Gómez Pomar, F.: "El incumplimiento contractual en Derecho español", *InDret* 3/2007, 49 pp., *online*, www.indret.com.

Hernández Cueto, C.: "El uso de baremos en la valoración de daños personales: la reforma del baremo de tráfico", *Cuad Med forense* 2014, Vol. 20, n. 4, pp. 147-150, online, https://dx.doi.org/10.4321/S1135-76062014000300001.

Hernández Cueto, C., y Villanueva Cañadas, E.: "Importancia del estado anterior en la valoración del daño corporal", *Ciencia Forense,* 7, 2005, pp. 193-204.

Iniesta Delgado, J. J.: "Calificación y valoración del daño en el Derecho de la Responsabilidad", en aa.vv.: *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón, Tomo II*, (coord. por Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A.), Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 1461-1544.

Laborda Calvo E.: "¿Qué esperamos de la valoración del daño corporal en el futuro?", 2008, 10 pp., online, https://www.aEds.org/congreso/congresos-aEds/docs/elc2.doc.

Le Roy, M.: *L´e evaluation du prejudice corporel,* 9ª Ed., *LITEC,* Paris, 1983, 248 pp.

Maldonado, M. B.: "Lesiones dentarias: valoración del daño odontológico", *Cuad Med Forense,* 2005, 4 (1), p. 53-65.

Mommsen, T. y Krueger, P.: *Corpus Iuris Civilis,* Vol. I, 13ª edición, Apud Weidmannos, Berlín, 1920.

Monterroso Casado, E.: "Responsabilidad civil médica: análisis de los criterios de imputación", en aa. vv., (coord. por E. Monterroso Casado), *Responsabilidad Profesional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 37-109.

Morales Moreno, A. M.: *La Modernización del Derecho de Obligaciones,* Thomson Civitas, Madrid, 2006, 353 pp.

Morales Moreno, A. M.: *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, 191 pp.

Morte Tamayo, N.: *Manual para la aplicación del baremo de la Ley 35/2015,* La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2016, 210 pp.

Muñoz-Alonso López, M.: "Fórmulas correctoras en el sistema de valoración de daño corporal", *DS*, 2019, Vol. 29, Nº. Extra 1, (XXVIII Congreso 2019: Ética, innovación y transparencia en salud), pp. 180-185.

Pantaleón Prieto, F.: "Resolución por incumplimiento e indemnización", *ADC*, 42, 4, 1989, pp. 1143-1168.

Pera Bajo, F. J., y Perea Pérez, B.: "Nueva tabla 2. A.1. del baremo médico. Clasificación y valoración de las secuelas en accidentes de circulación en España", *Rev Esp Med Legal*, 2015, 41 (4), pp. 142-143.

Perea Pérez, B.: *Metodología para la evaluación del daño bucodental*, Tesis Doctoral, 1993 (Pub.), Univ. Complutense de Madrid, 2005, 418 pp., online https://elibro--net.uma.debiblio.com/es/ereader/uma/92006?page=4.

Perea Pérez, B.: "Novedades sobre la valoración del daño oral y maxilofacial en el nuevo baremo de tráfico", *Rev Esp Med Legal*, 2015, 41 (4), pp. 160-162.

Pereña Muñoz, J. J.: "Análisis del nuevo Baremo aprobado por la Ley 35/2015: indemnizaciones por secuelas y lesiones temporales", *Rev Responsabilidad civil y Seguro*, 2016, 57, pp. 9-48.

Pomares Barriocanal, J. A.: *Reglas para la valoración del daño corporal. Sistema legal de indemnizaciones por daños personales en accidentes de tráfico*, Dykinson, Madrid, 2018, 399 pp.

Puig Peña, F.: "Daños y perjuicios", en aa. vv.: *Nueva enciclopedia jurídica*, Vol. VI, (Dir. Por C. E. Mascareñas), Ed. F. Seix, Barcelona, 1954, pp. 215-220.

Rodríguez Menacho, D., Ruíz Jiménez, J., Serrano Gil, A. D., y Castaño Séiquer, A.L.: "Evolución histórica de la baremación del daño dental derivado de la responsabilidad profesional". *RCOE*, Vol. 24, (3), 2019, pp. 95-98.

Rodríguez Valiente, A., y Vázquez Sasot, A.: "Revisión y crítica de la valoración del daño estético. Propuesta de un nuevo baremo", *Cuad. Med. Forense*, 2014, 20(1), pp. 26-35.

Seuba Torreblanca, J. C.: "Breve presentación de la Ley francesa 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario", *InDret,* 2/2002, 6 pp., online, www.indret.com.

Solarte Rodríguez, A.: "La reparación *in natura* del daño", *Rev Vniversitas*, 54(109), 2005, pp. 187-238.

Valditara, G., *Damnum iniuria datum*, G. Giappichelli, Torino, 1996, 113 pp.

Villanueva Cañadas, E., y Hernández Cueto, C.: "Capítulo 39. Problemas médico-legales de la valoración del daño corporal", en Gisbert Calabuig, J. A.: *Medicina legal y toxicología* (edit. por Villanueva Cañadas), 6ª ed., Masson, Barcelona, 2004, pp. 516-533.

Yzquierdo Tolsada, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría General*, Reus S.A., Madrid, 1989, 456 pp.

Yzquierdo Tolsada, M.: *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 6ª Ed., Dykinson, Madrid, 2020, 761 pp.

RIFLESSIONI SU NUOVE TECNOLOGIE, TUTELE E PRINCIPIO DI SOSTENIBILITÀ

REFLECTIONS ON NEW TECHNOLOGIES, PROTECTIONS AND THE PRINCIPLE OF SUSTAINABILITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 886-975

Luca DI NELLA

ARTICOLO CONSEGNATO: 8 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Lo scritto analizza il concetto e le applicazioni della IA, degli *smart contract*, delle *DLT* e delle *blockchain* ed espone la disciplina in materia, anche nell'ottica *de iure condendo*. Su questa base vengono svolte delle considerazioni sulla *Legal Technologie* e si affronta il tema dell'impatto delle nuove tecnologie sui mercati, concentrando l'attenzione sulla economia della piattaforma, sulle negoziazioni algoritmiche nei mercati finanziari e sulla circolazione dei dati personali e non personali. Viene altresì analizzata la nozione di consumatore nell'*Ecommerce*. Infine, si propone di applicare il principio di sostenibilità quale strumento per risolvere i problemi posti dalle nuove tecnologie.

PAROLE CHIAVE: Intelligenza artificiale; *Smart Contract; Blockchain; Legal Tecnologie;* Economia della piattaforma; Mercati finanziari; Negoziazioni algoritmiche; Dati personali; Dati non personali; Circolazione; Ecommerce; Consumatore; Principio di sostenibilità.

ABSTRACT: *The paper analyzes the concept and applications of AI, Smart Contracts, DLTs and Blockchains and describes legislation in the area, including from the perspective of de iure condendo. Legal Tech is discussed on this basis and the impact of new technologies on the markets is addressed, with a focus on the platform economy, algorithmic trading in financial markets and the movement of personal and non-personal data. The role and status of the E-commerce consumer is analysed in the light of the recent ruling by the European Union Court of Justice. Finally, application of the principle of sustainability is proposed as a tool for solving the problems posed by new technologies.*

KEY WORDS: *A.I.; Smart Contract; Blockchain; Legal Tecnologie; Platform Economy; Financial Markets; Algorithmic trading; Personal Data; Non-Personal Data; Ecommerce; Consumer; Sustainability Principle.*

SOMMARIO.- I. INTRODUZIONE. - II. INTELLIGENZA ARTIFICIALE E RESPONSABILITÀ. - III. BLOCKCHAIN, SMART CONTRACT E DIRITTO DEI CONTRATTI. - IV. CONSIDERAZIONE SULLA LEGAL TECH. - V. L'IMPATTO DELLE NUOVE TECNOLOGIE SUI MERCATI: L'ECONOMIA DELLA PIATTAFORMA; I MERCATI FINANZIARI E LE NEGOZIAZIONI ALGORITMICHE. - VI. LA CIRCOLAZIONE DEI DATI PERSONALI E LE TUTELE. - VII. LA CIRCOLAZIONE DEI DATI NON PERSONALI. - VIII. L'E-COMMERCE E IL CONSUMATORE. - IX. L'EVOLUZIONE TECNOLOGICA E LE TUTELE NEL PRISMA DEL PRINCIPIO DI SOSTENIBILITÀ.

I. INTRODUZIONE.

Tra le molteplici questioni che impegnano l'esperienza giuridica contemporanea, in ragione della posta in gioco sicuramente suggestive sono quelle dell'impatto delle nuove tecnologie sulla realtà, della tutela della persona, della emersione di nuovi mercati e della circolazione dei dati personali e di quelli non sensibili. Siffatte problematiche pongono delle sfide che i legislatori italiano e unionale sono chiamati oggi ad affrontare, prestando più che mai attenzione al domani, ossia alle conseguenze sulla società e sull'ambiente che la normativa produce in una prospettiva di medio e lungo periodo[1]. Il riferimento inevitabile è quindi al principio sostenibilità, altra parola chiave della travagliata epoca contemporanea.

Le riflessioni che seguono vogliono rappresentare soltanto un primo approccio ad alcune tematiche che necessariamente andrà sviluppato in una chiave sistematica che è resa complessa dalla varietà degli argomenti trattati e dalla normativa applicabile, ma che ciò non ostante è imprescindibile per dare risposte coerenti ai problemi (presenti e futuri) da affrontare[2]. Una prima chiave di lettura non può che essere il principio di sostenibilità.

II. INTELLIGENZA ARTIFICIALE E RESPONSABILITÀ.

Tra le innovazioni sicuramente più avanzate e, nel contempo, accattivanti per tutti i risvolti connessi va annoverata l'intelligenza artificiale (IA)[3]. Le reti neuronali

1 Tra i molti scritti in materia, un attento specchio di dette questioni, e non solo di queste, si rinviene negli *Scritti in onore di Antonio Flamini*, I e II, a cura di R. Favale e L. Ruggeri, Napoli, 2020.

2 Dette riflessioni sono sviluppate nell'àmbito delle attività di ricerca svolte dal Laboratorio sul diritto del mercato e delle nuove tecnologie (DIMETECH LAB) del Dipartimento di Scienze Economiche e Aziendali dell'Università di Parma.

3 Sul tema, v. Caterini, E.: "Il «germe» dell'intelligenza artificiale", in AA. VV.: *Scritti in onore di Antonio Flamini*, I, (a cura di R. Favale e L. Ruggeri), Esi, Napoli, 2020, p. 211 ss., nonché Id.: *L'intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di socializzazione del diritto civile*, Napoli, 2020; tra i numerosi scritti sul tema, v., per un'analisi accurata di molti aspetti, Ruffolo, U. (a cura di): *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*,

• Luca Di Nella
Professore ordinario di Diritto privato
Università degli Studi di Parma
luca.dinella@unipr.it

artificiali simulano la funzionalità della fisiologia umana, del sapere e del conoscere. Le reti imparano attraverso l'esperienza. La potenza computazionale e la capacità di autodecisione crescente della macchina orientano l'automazione verso la predizione. In alcuni casi, degli esperimenti sembrano aver dimostrato che alcune macchine non hanno soltanto potenza di calcolo, ma anche 'immaginazione': la creatività potrebbe forse essere automatizzabile. Nel 2017 il campione coreano di *Go* - gioco nel quale, fra due o quattro giocatori, vince chi riesce a piazzare per primo cinque pedine in altrettante caselle consecutive orizzontali sopra una scacchiera di quattrocento caselle - ha perso quattro volte su cinque contro *AlphaGo*, un *supercomputer* di *Deep Mind* che ha escogitato una mossa strategica mai eseguita prima da alcun giocatore, quindi non programmata.

Questo esito sembra essere dovuto al fatto che, negli ultimi anni, grazie agli algoritmi di *deep learning* si è passati da una visione dell'IA come metodo matematico - in grado di far svolgere a un computer determinate attività attraverso l'inserimento di dati - finalizzato a sostituire l'uomo in mansioni meccaniche, a una visione in cui l'IA diventa una intelligenza autonoma in grado di apprendere dai dati e fornire soluzioni creative. Si va dalla produzione di un testo alla composizione di musica, fino alla creazione di dipinti d'arte, come ad esempio nell'ambito della pittura il quadro *The Next Rembrandt* stampato con una stampante 3D e 'creato' dall'intelligenza artificiale dopo aver studiato per 18 mesi 346 dipinti del famoso pittore olandese[4].

La predittività dell'agire computazionale si manifesta in molteplici settori (dalla medicina preventiva alla mobilità urbana, dalle negoziazioni finanziarie alla giustizia predittiva) ed è connotata da un alto livello di prevedibilità, grazie anche al sempre più elevato impiego di banche dati. In conseguenza di questa evoluzione, il giurista sembra dover spostare la sua formazione dalla conoscenza del sistema a quella dei casi, salvaguardando però l'unitarietà dell'ordinamento incentrato sul sistema italo-europeo delle fonti e sulla posizione prioritaria della Costituzione. Nel settore del diritto se ne prefigura dunque l'applicazione a vari livelli, tra i quali anche l'emanazione di decisioni prospettando il c.d. "giudice macchina" (*smart judge*).

Giuffrè, Milano, 2020, nonché v., per alcuni spunti, D'Alessio, A.: "La responsabilità civile dell'intelligenza artificiale antropocentrica", *Persona e merc.*, 2022, 2, p. 243 ss.; Di Gregorio, V.: "Intelligenza artificiale e responsabilità civile: quale paradigma per le nuove tecnologie", *Danno e resp.*, 2022, 1, p. 51 ss.; Franzoni, M.: "Lesione dei diritti della persona, tutela della privacy e intelligenza artificiale", *Juscivile*, 2021, 1, p. 4 ss.; Frattari, F.: "Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale", *Contr. impr.*, 2020, 1, p. 458 ss.; Finocchiaro, G.: "Intelligenza artificiale e responsabilità", *Contr. e impresa*, 2020, 2, p. 713 ss.; Ruffolo, U. (a cura di): *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milano, 2020; Alpa, G. (a cura di): *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile*, Pisa, 2020; Santosuosso, A.: *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Giuffrè, Milano, 2020.

4 Sul punto va tuttavia evidenziato che secondo altre opinioni di artisti che si avvalgono delle nuove tecnologie i risultati artistici dell'IA sono solo il riflesso dei desideri, o quanto meno della impostazione, del suo creatore (cfr., per esempio, l'intervista di un grafico italiano pubblicata in *https://www.repubblica.it/tecnologia/2022/10/21/news/intelligenza_artificiale_video_virale_evoluzione_uomo-370902133/*).

Occorre allora, in primo luogo, chiedersi con maggior precisione cosa sia l'AI. Di recente, il Consiglio di Stato ha affrontato propria la questione di quando si può parlare di intelligenza artificiale[5]. Il caso verte sulla nozione di algoritmo, che assume notevole importanza anche per le necessarie conseguenze di carattere giuridico. In particolare, tramite l'esatta perimetrazione tecnica della nozione di «algoritmo di trattamento» nell'ambito di una procedura nazionale di gara per la fornitura di *pacemaker* di alta fascia viene approfondita detta nozione, evidenziandone le differenze sostanziali rispetto alla intelligenza artificiale.

Il Consiglio ha osservato che l'«algoritmo è una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato. Tale nozione quando è applicata a sistemi tecnologici, è ineludibilmente collegata al concetto di automazione ossia a sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento umano. Cosa diversa, invece, è l'intelligenza artificiale. In questo caso l'algoritmo contempla meccanismi di *machine learning* e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico».

Il Consiglio di Stato chiarisce quindi correttamente come la nozione comune e generale di algoritmo richiami «semplicemente una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato». La nozione, quando è applicata a sistemi tecnologici, è ineludibilmente collegata al concetto di automazione, ossia a sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento umano. Il grado e la frequenza dell'intervento umano dipendono dalla complessità e dall'accuratezza dell'algoritmo che la macchina è chiamata a processare.

Cosa ben diversa, invece, è l'intelligenza artificiale. In questo caso, l'algoritmo contempla meccanismi di *machine learning* e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole del *software* e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, quindi in virtù di un processo di apprendimento automatico.

La distinzione non però è affatto scontata, poiché si può fare confusione fra sistemi automatici e sistemi di IA. Considerato che questi ultimi attualmente sono

5 Consiglio di Stato, Sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891, con commento di Iaselli, M.: "Consiglio di Stato: quando si può parlare di intelligenza artificiale?", *www.altalex.com/documents/news/2021/12/10/consiglio-di-stato-quando-si-puo-parlare-di-intelligenza-artificiale*, del quale questa parte dello scritto è debitrice.

oggetto di particolare attenzione a livello nazionale ed europeo, anche nell'àmbito giuridico la chiara differenziazione diventa rilevante.

La stessa Commissione Europea nella Proposta di Regolamento per un *Artificial Intelligence Act* del 21 aprile 2021[6] chiarisce che la «nozione di sistema di IA dovrebbe essere chiaramente definita per garantire la certezza del diritto, fornendo nel contempo la flessibilità necessaria per accogliere i futuri sviluppi tecnologici. La definizione dovrebbe essere basata sulle caratteristiche funzionali chiave del *software*, in particolare la capacità, per un dato insieme di obiettivi definiti dall'uomo, di generare *output* quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano l'ambiente con cui il sistema interagisce, sia in una dimensione fisica che digitale. I sistemi di intelligenza artificiale possono essere progettati per funzionare con diversi livelli di autonomia ed essere utilizzati in modo autonomo o come componente di un prodotto, indipendentemente dal fatto che il sistema sia fisicamente integrato nel prodotto (incorporato) o serva la funzionalità del prodotto senza esservi integrato (non incorporato)» (considerando n. 6). Sulla base di tali considerazioni l'art. 3 della Proposta definisce il sistema di IA come «un software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono».

Dall'analisi dei considerando e della definizione sembrerebbe che la Commissione Europea voglia accogliere una definizione piuttosto circostanziata di intelligenza artificiale, delimitandone con una certa precisione i confini. In realtà, come si ricava anche dalla *Relazione*, detta definizione intende essere *future proof*, ossia mira ad essere il più possibile neutrale dal punto di vista tecnologico e in questo senso adeguata alle esigenze future. In tal senso, il considerando n. 3 evidenzia che l'«intelligenza artificiale consiste in una famiglia di tecnologie in rapida evoluzione che può contribuire al conseguimento di un'ampia gamma di benefici a livello economico e sociale nell'intero spettro delle attività industriali e sociali». L'Allegato I, richiamato dalla definizione, fa riferimento: a) ad approcci di apprendimento automatico (tipici del *machine learning*), compreso l'apprendimento supervisionato, non supervisionato e per rinforzo, con l'utilizzo di un'ampia gamma di metodi tra cui l'apprendimento profondo (*deep learning*); b) ad approcci basati sulla logica e sulla conoscenza, compresi la rappresentazione della conoscenza, la programmazione induttiva (logica), le basi di conoscenze, i motori inferenziali e deduttivi, il ragionamento (simbolico) e i sistemi esperti; c) nonché persino ad approcci statistici, stima bayesiana, e a metodi di ricerca e ottimizzazione.

6 Si tratta della *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione*, 21 aprile 2021, COM(2021) 206 *final*.

L'art. 4 della Proposta di Regolamento dispone che tale allegato debba essere adattato dalla Commissione in linea con i nuovi sviluppi tecnologici e di mercato. La Commissione, anche al fine di evitare problematiche interpretative, ha dunque voluto ampliare al massimo la nozione di intelligenza artificiale ricomprendendo in essa sia l'intelligenza artificiale forte, in grado di comprendere e di possedere stati cognitivi, sia l'intelligenza artificiale debole, capace di prestazioni normalmente attribuite all'intelligenza umana, pur senza assumere alcuna analogia tra le menti e i sistemi informatici.

In tal senso, il Consiglio di Stato segnala come i confini fra sistemi informatici e sistemi intelligenti rischiano di diventare molto labili. Mentre la distinzione è evidente in presenza di un algoritmo probabilistico proprio del *machine learning*, la questione diventa più complessa in presenza di un algoritmo deterministico proprio dell'intelligenza artificiale debole.

In proposito, è opportuno precisare che le attività intelligenti si basano su un impiego attivo, non rigidamente predeterminato, della conoscenza. Di qui l'esigenza di sviluppare un nuovo tipo di sistemi informatici, i c.dd. sistemi basati sulla conoscenza, mediante i quali ci si propone di usare in modo intelligente le informazioni, trasformando i dati in conoscenza.

I programmi informatici tradizionali, pur non essendo basati sulla conoscenza, ne incorporano una, ossia la descrizione della procedura (l'algoritmo) per svolgere un certo compito, e possono essere sviluppati solo tenendo conto delle caratteristiche di quel compito. Ciò posto, è possibile, su questa base, delineare delle differenze tra i sistemi informatici tradizionali e quelli basati sulla conoscenza.

Nei primi la conoscenza non è mai rappresentata esplicitamente e non è mai separata dalle procedure che la usano e che ne disciplinano l'elaborazione; è applicata in modo rigidamente predeterminato; non è possibile aggiungere nuova conoscenza senza modificare le procedure; il sistema non è in grado di esporre la conoscenza sulla quale si basa, né di spiegare perché, sulla base della stessa, sia giunto a determinati risultati[7].

Diversamente, nei sistemi basati sulla conoscenza, questa è contenuta in una determinata base, dove è rappresentata in un linguaggio ad alto livello, cioè in una forma relativamente vicina al linguaggio usato nella comunicazione umana; è possibile adottare una rappresentazione dichiarativa del compito affidato al sistema informatico, lasciando al sistema l'individuazione della procedura da seguire per svolgere quel compito; la conoscenza è usata da un motore inferenziale, ovvero da un meccanismo in grado di interpretare il contenuto della base di conoscenza ed

7 Iaselli, M.: "Consiglio di Stato: quando si può parlare di intelligenza artificiale?", cit.

effettuare deduzioni logiche in modo da risolvere il problema posto al sistema; la base di conoscenza può essere arricchita da nuove informazioni, senza intervenire sul motore inferenziale; il sistema è in grado di esporre in forma comprensibile le premesse e le inferenze che hanno condotto ad un determinato risultato, cioè di giustificare le conclusioni cui giunge[8].

La problematica della corretta distinzione tra diverse tipologie di sistemi informatici anche avanzati e sistemi di IA diventerà centrale, quando si arriverà a definire in modo compiuto le prime forme di regolamentazione dell'IA con riferimento agli aspetti legali ed etici e alle necessarie implicazioni in tema di *privacy* e responsabilità.

In proposito, l'Unione Europea ha prodotto negli ultimi anni una copiosa serie di documenti, azioni e proposte normative in materia di IA. Tra queste ultime, di grande interesse sono la proposta di regolamento per un *Artificial Intelligence Act* sulle regole armonizzate in materia di intelligenza artificiale e le due proposte di direttiva sull'adattamento delle regole di responsabilità civile all'Intelligenza Artificiale 2022 e sulla responsabilità da prodotto difettoso, entrambe del 28 settembre 2022.

Con il documento COM(2021) 206 *final* del 21 aprile 2021, recante «Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione», la Commissione europea ha pubblicato una proposta volta a fissare un quadro di divieti e di requisiti per i sistemi di IA, comprensivo di un apparato sanzionatorio e istituzionale. La Proposta di *AI Act* comprende la «Bozza di Regolamento», i relativi «Allegati» la «Relazione» esplicativa[9].

La Relazione illustra le molteplici iniziative adottate dalla UE in argomento[10] e spiega che la Bozza si basa sui valori e sui diritti fondamentali della UE, prefiggendosi

8 Iaselli, M.: "Consiglio di Stato: quando si può parlare di intelligenza artificiale?", cit.

9 Sulla Proposta di Regolamento, v. Amidei, A.: "La proposta di Regolamento UE per un Artificial Intelligence Act: prime riflessioni sulle ricadute in tema di responsabilità", *Tecnologie e Diritto*, 2022, 1, p. 1 ss.; Casonato, C. e Marchetti, B.: "Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale", *Bio-Law Journal*, 2021, 3, p. 415 ss.

10 Tra le principali iniziative adottate negli ultimi anni dalle istituzioni dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale, per quanto riguarda il Consiglio Europeo, vengono menzionati: *European Council meeting (19 October 2017) - Conclusion EUCO 14/17*, 2017, p. 8; *Artificial intelligence b) Conclusions on the coordinated plan on artificial intelligence-Adoption* 6177/19, 2019; *Special meeting of the European Council (1 and 2 October 2020) – Conclusions*, EUCO 13/20, 2020, p. 6; *Presidency conclusions - The Charter of Fundamental Rights in the context of Artificial Intelligence and Digital Change*, 11481/20, 2020. Quanto al Parlamento europeo - oltre alla *Risoluzione del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, 2015/2103(INL), sulla quale v. Amidei, A.: "Robotica intelligente e responsabilità: profili e prospettive evolutive del quadro normativo europeo", in Ruffolo, U. (a cura di): *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 77 ss., e Rodi, F.: "Gli interventi dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale e robotica: problemi e prospettive", in Alpa, G. (a cura di): *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, p. 188 ss. -, vengono evidenziare le risoluzioni adottate nell'ottobre

di dare alle persone e agli altri utenti la fiducia necessaria per adottare le soluzioni di IA e di incoraggiare le imprese a svilupparle. Si tratta dunque di uno strumento legislativo orizzontale fondato su un approccio equilibrato e proporzionato basato sul rischio che pone i requisiti legali per le imprese che immettono soluzioni di IA nel mercato nella misura minima necessaria per affrontare i relativi «rischi» e «problemi».

La Bozza prevede regole armonizzate sulla progettazione, sviluppo e uso di determinati sistemi di IA ad alto rischio, nonché integra la legislazione esistente sulla non discriminazione al fine di minimizzare il rischio di «discriminazione algoritmica». Secondo l'art. 6, un «sistema di IA è considerato ad alto rischio se sono soddisfatte entrambe le condizioni seguenti: a) il sistema di IA è destinato a essere utilizzato come componente di sicurezza di un prodotto, o è esso stesso un prodotto, disciplinato dalla normativa di armonizzazione dell'Unione elencata nell'allegato II; b) il prodotto, il cui componente di sicurezza è il sistema di IA, o il sistema di IA stesso in quanto prodotto è soggetto a una valutazione della conformità da parte di terzi ai fini dell'immissione sul mercato o della messa in servizio di tale prodotto ai sensi della normativa di armonizzazione dell'Unione elencata nell'allegato II. 2. Oltre ai sistemi di IA ad alto rischio di cui al paragrafo 1, sono considerati ad alto rischio anche i sistemi di IA di cui all'allegato III»[11].

2020 sull'etica, la responsabilità civile e il *copyright* (precedute dalla pubblicazione di tre *draft report* della Commissione *JURI* dell'aprile 2020: la *European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a framework of ethical aspects of artificial intelligence, robotics and related technologies*, 2020/2012(INL): la *European Parliament resolution of 20 October 2020 on a civil liability regime for artificial intelligence*, 2020/2014(INL), la *European Parliament resolution of 20 October 2020 on intellectual property rights for the development of artificial intelligence technologies*, 2020/2015(INI)); vi sono poi i documenti del 2021 in materia di diritto penale e in materia di educazione, cultura e settore audiovisivo: European Parliament Draft Report, *Artificial intelligence in criminal law and its use by the police and judicial authorities in criminal matters*, 2020/2016(INI); European Parliament Draft Report, *Artificial intelligence in education, culture and the audiovisual sector*, 2020/2017(INI). Quanto alla Commissione Europea, importanti sono il libro bianco sulla IA, ossia lo Commissione Europea, *Libro Bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM(2020) 65 *final*, 2020, nonché il *Digital Education Action Plan 2021- 2027: Resetting education and training for the digital age, which foresees the development of ethical guidelines in AI and Data usage in education - Commission Communication* COM(2020) 624 *final*; v. anche High-Level Expert Group on AI, *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence*, 8 aprile 2019.

11 I sistemi di IA ad alto rischio sono quelli elencati in uno dei settori indicati di seguito: «1. Identificazione e categorizzazione biometrica delle persone fisiche: a) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per l'identificazione biometrica remota "in tempo reale" e "a posteriori" delle persone fisiche. 2. Gestione e funzionamento delle infrastrutture critiche: a) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati come componenti di sicurezza nella gestione del traffico stradale e nella fornitura di acqua, gas, riscaldamento ed elettricità. 3. Istruzione e formazione professionale: a) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati al fine di determinare l'accesso o l'assegnazione di persone fisiche agli istituti di istruzione e formazione professionale; b) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per valutare gli studenti negli istituti di istruzione e formazione professionale e per valutare i partecipanti alle prove solitamente richieste per l'ammissione agli istituti di istruzione. 4. Occupazione, gestione dei lavoratori e accesso al lavoro autonomo: a) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per l'assunzione o la selezione di persone fisiche, in particolare per pubblicizzare i posti vacanti, vagliare o filtrare le candidature, valutare i candidati nel corso di colloqui o prove; b) l'IA destinata a essere utilizzata per adottare decisioni in materia di promozione e cessazione dei rapporti contrattuali di lavoro, per l'assegnazione dei compiti e per il monitoraggio e la valutazione delle prestazioni e del comportamento delle persone nell'ambito di tali rapporti di lavoro. 5. Accesso a prestazioni e servizi pubblici e a servizi privati essenziali e fruizione degli stessi: a) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità pubbliche o per conto di autorità pubbliche per valutare l'ammissibilità delle persone fisiche alle prestazioni e ai servizi di assistenza pubblica, nonché per concedere, ridurre, revocare o recuperare tali prestazioni e servizi; b) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per valutare l'affidabilità creditizia

Con riferimento a detti sistemi di IA ad alto rischio relativi a prodotti disciplinati dalla legislazione del c.d. *New Legislative Framework (NLF)*[12], come ad esempio macchinari, dispositivi medici, giocattoli ecc., la Relazione specifica che i requisiti per i sistemi di IA previsti nella Bozza di Regolamento dovranno essere verificati nel contesto delle procedure di controllo di conformità previsti dalla

delle persone fisiche o per stabilire il loro merito di credito, a eccezione dei sistemi di IA messi in servizio per uso proprio da fornitori di piccole dimensioni; c) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per inviare servizi di emergenza di primo soccorso o per stabilire priorità in merito all'invio di tali servizi, compresi vigili del fuoco e assistenza medica. 6. Attività di contrasto: a) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità di contrasto per effettuare valutazioni individuali dei rischi delle persone fisiche al fine di determinare il rischio di reato o recidiva in relazione a una persona fisica o il rischio per vittime potenziali di reati; b) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità di contrasto, come poligrafi e strumenti analoghi, o per rilevare lo stato emotivo di una persona fisica; c) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità di contrasto per individuare i "deep fake" di cui all'articolo 52, paragrafo 3; d) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità di contrasto per la valutazione dell'affidabilità degli elementi probatori nel corso delle indagini o del perseguimento di reati; e) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità di contrasto per prevedere il verificarsi o il ripetersi di un reato effettivo o potenziale sulla base della profilazione delle persone fisiche di cui all'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva (UE) 2016/680 o per valutare i tratti e le caratteristiche della personalità o il comportamento criminale pregresso di persone fisiche o gruppi; f) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità di contrasto per la profilazione delle persone fisiche di cui all'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva (UE) 2016/680 nel corso dell'indagine, dell'accertamento e del perseguimento di reati; g) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per l'analisi criminale riguardo alle persone fisiche, che consentono alle autorità di contrasto di eseguire ricerche in set di dati complessi, correlati e non correlati, resi disponibili da fonti di dati diverse o in formati diversi, al fine di individuare modelli sconosciuti o scoprire relazioni nascoste nei dati. 7. Gestione della migrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere: a) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità pubbliche competenti, come poligrafi e strumenti analoghi, o per rilevare lo stato emotivo di una persona fisica; b) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità pubbliche competenti per valutare un rischio (compresi un rischio per la sicurezza, un rischio di immigrazione irregolare o un rischio per la salute) posto da una persona fisica che intende entrare o è entrata nel territorio di uno Stato membro; c) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità pubbliche competenti per verificare l'autenticità dei documenti di viaggio e dei documenti giustificativi delle persone fisiche e per individuare i documenti non autentici mediante il controllo delle caratteristiche di sicurezza; d) i sistemi di IA destinati ad assistere le autorità pubbliche competenti nell'esame delle domande di asilo, di visto e di permesso di soggiorno e dei relativi reclami per quanto riguarda l'ammissibilità delle persone fisiche che richiedono tale status. 8. Amministrazione della giustizia e processi democratici: a) i sistemi di IA destinati ad assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti».

12 Nell'Allegato II, Sezione A della Bozza di Regolamento, sono elencati i seguenti atti della legislazione *NLF*: Direttiva 2006/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2006, relativa alle macchine e che modifica la Direttiva 95/16/CE (che si prevede sarà abrogata dal nuovo regolamento sui prodotti macchina); Direttiva 2009/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, sulla sicurezza dei giocattoli; Direttiva 2013/53/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 2013, relativa alle imbarcazioni da diporto e alle moto d'acqua e che abroga la Direttiva 94/25/CE; Direttiva 2014/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, per l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative agli ascensori e ai componenti di sicurezza per ascensori; Direttiva 2014/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, concernente l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative agli apparecchi e sistemi di protezione destinati a essere utilizzati in atmosfera potenzialmente esplosiva; Direttiva 2014/53/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, concernente l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alla messa a disposizione sul mercato di apparecchiature radio e che abroga la Direttiva 1999/5/CE; Direttiva 2014/68/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, concernente l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alla messa a disposizione sul mercato di attrezzature a pressione; Regolamento (UE) 2016/424 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, relativo agli impianti a fune e che abroga la Direttiva 2000/9/CE; Regolamento (UE) 2016/425 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sui dispositivi di protezione individuale e che abroga la Direttiva 89/686/CEE del Consiglio; Regolamento (UE) 2016/426 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sugli apparecchi che bruciano carburanti gassosi e che abroga la Direttiva 2009/142/CE; Regolamento (UE) 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medici, che modifica la Direttiva 2001/83/CE, il Regolamento (CE) n. 178/2002 e il Regolamento (CE) n. 1223/2009 e che abroga le Direttive 90/385/CEE e 93/42/CEE del Consiglio; Regolamento (UE) 2017/746 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medicodiagnostici in vitro e che abroga la Direttiva 98/79/CE e la Decisione 2010/227/UE della Commissione.

legislazione *NLF* di volta in volta applicabile. Per quanto riguarda la questione del coordinamento tra i vari e diversi requisiti, la Relazione precisa che mentre la Bozza di Regolamento intende occuparsi dei rischi di sicurezza tipici dei sistemi di IA attraverso la predisposizione di specifici requisiti, la legislazione *NLF* è intesa ad assicurare la sicurezza complessiva del prodotto finale e può, di conseguenza, contenere la previsione di specifici requisiti che riguardano condizioni per integrare in modo sicuro un sistema di IA in un prodotto finale[13]. Invece, per quanto riguarda i sistemi di IA ad alto rischio relativi a prodotti disciplinati dalla legislazione del vecchio approccio[14] (ad esempio, aeromobili, autoveicoli ecc.) la Proposta di *AI Act* non si applica direttamente, ma gli essenziali requisiti *ex ante* per i sistemi di IA di alto rischio dovranno essere presi in considerazione, quando si adotteranno normative attuative o delegate della medesima legislazione[15].

La Bozza persegue i seguenti obiettivi specifici: assicurare che i sistemi di IA immessi e utilizzati nel mercato dell'Unione siano sicuri e rispettino la normativa esistente sui diritti fondamentali e i valori dell'Unione; assicurare certezza del

13 Al riguardo, la Relazione sottolinea che tale approccio è seguito dalla proposta di *Machinery Regulation*, ossia la *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on machinery products* COM(2021) 202 (in *https://ec.europa.eu/docsroom/documents/45508*), che è stata adottata il 21 aprile 2021, quindi lo stesso giorno della Proposta di *IA Act*.

14 Ciò è ribadito nel *considerando* 29 e nell'art. 2, § 2, della Bozza di Regolamento, relativamente ai seguenti atti della *Old Approach Legislation*: Regolamento (CE) 300/2008 che istituisce norme comuni per la sicurezza dell'aviazione civile; Regolamento (UE) No 167/2013 sull'omologazione e la vigilanza del mercato dei veicoli agricoli e forestali; Regolamento (UE) No 168/2013 sull'omologazione e la vigilanza del mercato dei veicoli a motore a due o tre ruote e dei quadricicli; Direttiva 2014/90/UE sull'equipaggiamento marittimo; Direttiva (UE) 2016/797 sull'interoperabilità del sistema ferroviari dell'Unione europea; Regolamento (UE) 2018/858 sull'omologazione e la vigilanza del mercato dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché dei sistemi, dei componenti e delle entità tecniche indipendenti destinati a tali veicoli; Regolamento (UE) 2018/1139 recante norme comuni nel settore dell'aviazione civile e che istituisce un'Agenzia dell'Unione europea per la sicurezza aerea; Regolamento (UE) 2019/2144 sui requisiti di omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché di sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli, per quanto riguarda la loro sicurezza generale e la protezione degli occupanti dei veicoli e degli altri utenti vulnerabili della strada. Il *considerando* n. 29 della Bozza di Regolamento sottolinea che è opportuno modificare tali atti per far sì che la Commissione, nell'adottare qualsiasi futuro provvedimento attuativo o delegato sulla base dei medesimi atti, possa tener conto dei requisiti obbligatori *ex ante* stabiliti nella Bozza di Regolamento per i sistemi di IA ad alto rischio, sulla base delle specificità tecniche e regolamentari di ciascun settore; l'art. 2, par. 2, della Bozza prevede che ai sistemi di IA ad alto rischio, che costituiscono componenti di sicurezza di prodotti o sistemi o che sono essi stessi prodotti o sistemi disciplinati dai predetti atti, si applica soltanto l'art. 84, il quale affida alla Commissione alcuni compiti in materia di revisione della normativa. L'art. 2, § 4, esclude l'applicazione del regolamento alle «autorità pubbliche di un paese terzo [e] alle organizzazioni internazionali […], laddove tali autorità o organizzazioni utilizzino i sistemi di IA nel quadro di accordi internazionali per la cooperazione delle autorità di contrasto e giudiziarie con l'Unione o con uno o più Stati membri».

15 Per quanto concerne i sistemi di IA forniti o utilizzati da enti creditizi regolamentati, le autorità competenti per il controllo sulla legislazione dell'Unione in materia di servizi finanziari dovrebbero essere designate come autorità competenti per il controllo dell'osservanza dei requisiti previsti dalla Proposta di *AI Act*, al fine di assicurare un'applicazione coerente della normativa unionale in materia di servizi finanziari, là dove i sistemi di IA siano in una certa misura implicitamente regolamentati in relazione al sistema di *governance* interna degli enti creditizi. A tal proposito, l'art. 9, § 9, prevede che per gli enti creditizi disciplinati dalla Direttiva 2013/36/UE (la Direttiva sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale) le previsioni dettate dagli altri §§ del medesimo articolo in materia di gestione dei rischi si debbano osservare, includendole nelle procedure di gestione dei rischi previste dall'art. 74 di detta Direttiva. Infine, la Relazione dichiara che la Proposta di *AI Act* è coerente con la legislazione unionale applicabile ai servizi, compresi i servizi di intermediazione regolati dalla Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, e la recente proposta della Commissione per la legge sui servizi digitali (*Digital Services Act*).

diritto al fine di facilitare l'investimento e l'innovazione in IA; rafforzare l'effettiva applicazione della normativa esistente sui diritti fondamentali e sui requisiti di sicurezza applicabili ai sistemi di IA; facilitare lo sviluppo di un mercato unico per applicazioni di IA legittime, sicure e meritevoli di fiducia ed evitare la frammentazione di mercato.

Quanto ai contenuti della Bozza[16], il Titolo I (artt. 1-4) definisce l'oggetto del regolamento e l'àmbito di applicazione delle nuove regole concernenti l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'utilizzo di sistemi di IA. L'art. 2, § 1, stabilisce che la Bozza di Regolamento si applica: a) ai fornitori che immettono sul mercato o mettono in servizio sistemi di IA nell'Unione, indipendentemente dal fatto che siano stabiliti nell'Unione o in un paese terzo; b) agli utenti dei sistemi di IA situati nell'Unione; c) ai fornitori e agli utenti di sistemi di IA situati in un paese terzo, là dove l'*output* prodotto dal sistema sia utilizzato nell'Unione[17]. L'art. 3 della Bozza di Regolamento stabilisce le definizioni utilizzate in tutto l'atto, tra le quali quella di AI sopra analizzata. L'art. 3 descrive anche gli "*operatori*" lungo l'intera catena del valore dell'IA, ossia il «fornitore», compreso quello «di piccole dimensioni», l'«utente», il «rappresentante autorizzato», l'«importatore» e il «distributore», considerando tanto gli operatori pubblici quanto quelli privati.

Molto interessante è il Titolo II, il quale prevede nell'art. 5 quattro «pratiche» di IA vietate. Coerentemente con l'approccio basato sul rischio, la Bozza differenzia tra gli usi dell'IA che creano un rischio inaccettabile, un rischio alto, un rischio basso o minimo: le «pratiche» vietate *ex* art. 5 sono quelle che creano un rischio inaccettabile. Le prime tre «pratiche» consistono nella «immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso» di un sistema di IA, mentre la quarta nel solo «uso». Le prime due pratiche (lett. *a*, *b*) riguardano sistemi di IA basati su tecniche subliminali che sono idonei a distorcere materialmente il comportamento delle persone in modo tale da procurare loro o ad altri un «danno fisico o psicologico»: sembrerebbe trattarsi di pratiche commerciali scorrette attuate con le nuove tecnologie che pongono a rischio la salute dell'utente[18]. La terza (lett. *c*) riguarda sistemi di IA di c.d. *social scoring* e il divieto si applica solo se le pratiche sono poste in essere da autorità pubbliche o per loro conto e se tali sistemi sono idonei a

16 Sul contenuto della proposta, v. la completa illustrazione di Orlando, S.: "Verso l'Artificial Intelligence Act: la Proposta di Regolamento del 21.04.2021 su regole armonizzate in materia di intelligenza artificiale", *Persona e mercato*, 2021, 2, p. 444 ss.

17 L'art. 2, § 3, prevede che la Bozza di Regolamento non si applica ai sistemi di IA sviluppati o usati per scopi esclusivamente militari.

18 Sono proibiti *ex* art. 5, § 1, lett. *a*, *b*: «a) l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che utilizza tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole al fine di distorcerne materialmente il comportamento in un modo che provochi o possa provocare a tale persona o a un'altra persona un danno fisico o psicologico; b) l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che sfrutta le vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età o alla disabilità fisica o mentale, al fine di distorcere materialmente il comportamento di una persona che appartiene a tale gruppo in un modo che provochi o possa provocare a tale persona o a un'altra persona un danno fisico o psicologico».

produrre determinati «trattamenti pregiudizievoli o sfavorevoli» per determinate persone o gruppi di persone[19]. La quarta (lett. *d*) consiste invece nell'uso di sistemi di IA di identificazione biometrica remota «in tempo reale» in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto svolte dalle autorità per la prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati o per esecuzione di sanzioni penali, fatta salva l'applicazione di talune eccezioni limitate[20].

Il Titolo III (artt. 6-51) contiene regole specifiche per i sistemi di IA che creano un «rischio alto» per la salute e la sicurezza o per i diritti fondamentali delle persone fisiche. Tali sistemi sono consentiti sul mercato europeo subordinatamente al rispetto di determinati requisiti obbligatori e a una valutazione della conformità *ex ante*. La classificazione di un sistema di IA come ad alto rischio si basa sulla sua finalità prevista, in linea con la normativa vigente dell'UE in materia di sicurezza dei prodotti: la classificazione come ad alto rischio non dipende dunque solo dalla

19 Sono proibiti *ex* art. 5, § 1, lett. *c*: «c) l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi di IA da parte delle autorità pubbliche o per loro conto ai fini della valutazione o della classificazione dell'affidabilità delle persone fisiche per un determinato periodo di tempo sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali o della personalità note o previste, in cui il punteggio sociale così ottenuto comporti il verificarsi di uno o di entrambi i seguenti scenari: i) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di interi gruppi di persone fisiche in contesti sociali che non sono collegati ai contesti in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti; ii) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di interi gruppi di persone fisiche che sia ingiustificato o sproporzionato rispetto al loro comportamento sociale o alla sua gravità».

20 È proibito *ex* art. 5, § 1, lett. *d*: «d) l'uso di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto, a meno che e nella misura in cui tale uso sia strettamente necessario per uno dei seguenti obiettivi: i) la ricerca mirata di potenziali vittime specifiche di reato, compresi i minori scomparsi; ii) la prevenzione di una minaccia specifica, sostanziale e imminente per la vita o l'incolumità fisica delle persone fisiche o di un attacco terroristico; iii) il rilevamento, la localizzazione, l'identificazione o l'azione penale nei confronti di un autore o un sospettato di un reato di cui all'articolo 2, paragrafo 2, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, punibile nello Stato membro interessato con una pena o una misura di sicurezza privativa della libertà della durata massima di almeno tre anni, come stabilito dalla legge di tale Stato membro». Secondo l'art. 5, § 2, l'uso dei predetti sistemi di identificazione biometrica, «a fini di attività di contrasto per uno qualsiasi degli obiettivi di cui al paragrafo 1, lettera d), tiene conto dei seguenti elementi: a) la natura della situazione che dà luogo al possibile uso, in particolare la gravità, la probabilità e l'entità del danno causato dal mancato uso del sistema; b) le conseguenze dell'uso del sistema per i diritti e le libertà di tutte le persone interessate, in particolare la gravità, la probabilità e l'entità di tali conseguenze. L'uso di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto per uno qualsiasi degli obiettivi di cui al paragrafo 1, lettera d), rispetta inoltre le tutele e le condizioni necessarie e proporzionate in relazione all'uso, in particolare per quanto riguarda le limitazioni temporali, geografiche e personali». L'art. 5, § 3, relativamente alla lett. *d* e al § 2, dispone che ogni singolo uso «è subordinato a un'autorizzazione preventiva rilasciata da un'autorità giudiziaria o da un'autorità amministrativa indipendente dello Stato membro in cui deve avvenire l'uso, rilasciata su richiesta motivata e in conformità alle regole dettagliate del diritto nazionale di cui al paragrafo 4. Tuttavia, in una situazione di urgenza debitamente giustificata, è possibile iniziare a usare il sistema senza autorizzazione e richiedere l'autorizzazione solo durante o dopo l'uso. L'autorità giudiziaria o amministrativa competente rilascia l'autorizzazione solo se ha accertato, sulla base di prove oggettive o indicazioni chiare che le sono state presentate, che l'uso del sistema di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in questione è necessario e proporzionato al conseguimento di uno degli obiettivi di cui al paragrafo 1, lettera d), come indicato nella richiesta. Nel decidere in merito alla richiesta, l'autorità giudiziaria o amministrativa competente tiene conto degli elementi di cui al paragrafo 2». Infine, *ex* art. 5, § 4, uno «Stato membro può decidere di prevedere la possibilità di autorizzare in tutto o in parte l'uso di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto, entro i limiti e alle condizioni di cui al paragrafo 1, lettera d), e ai paragrafi 2 e 3. Tale Stato membro stabilisce nel proprio diritto nazionale le necessarie regole dettagliate per la richiesta, il rilascio, l'esercizio delle autorizzazioni di cui al paragrafo 3, nonché per le attività di controllo ad esse relative. Tali regole specificano inoltre per quali degli obiettivi elencati al paragrafo 1, lettera d), compresi i reati di cui al punto iii), le autorità competenti possono essere autorizzate ad utilizzare tali sistemi a fini di attività di contrasto».

funzione svolta dal sistema, ma anche dalle finalità e modalità specifiche di utilizzo dello stesso.

Il Capo 1 fissa le regole di classificazione e individua nell'art. 6 due categorie principali di tali sistemi di IA: quelli destinati ad essere utilizzati come componenti di sicurezza di prodotti, o che sono essi stessi prodotti, soggetti a valutazione di conformità e*x ant*e da parte di terzi, ai sensi della normativa di armonizzazione dell'Unione di cui all'Allegato II; altri sistemi c.dd. «indipendenti» che presentano implicazioni principalmente in relazione ai diritti fondamentali esplicitamente elencati nell'Allegato III[21]. Al fine di assicurare che il Regolamento possa essere adattato in futuro agli usi e alle applicazioni emergenti dell'IA, è previsto che la Commissione possa ampliare l'elenco dei sistemi ad alto rischio utilizzati all'interno di alcuni settori predefiniti, applicando una serie di criteri e una metodologia di valutazione dei rischi.

Il Capo 2 definisce i requisiti giuridici per i sistemi di IA ad alto rischio in relazione a dati e *governance* dei dati (art. 10), documentazione (art. 11 e Allegato IV) e conservazione delle registrazioni, trasparenza e fornitura di informazioni agli utenti, sorveglianza umana, robustezza, accuratezza e cibersicurezza.

Il Capo 3 definisce una serie di obblighi orizzontali per i fornitori di sistemi di IA ad alto rischio, i rappresentanti autorizzati e gli importatori (artt. 16 ss.). Obblighi proporzionati sono imposti anche ai distributori, importatori, utenti e altri terzi (artt. 28 ss.).

Il Capo 4 definisce il quadro normativo per le autorità e per gli organismi notificati che saranno coinvolti come terze parti indipendenti nelle procedure di valutazione della conformità, mentre il Capo 5 prevede le procedure di valutazione della conformità da seguire per ciascun tipo di sistema di IA ad alto rischio. A tali procedure si riferiscono gli Allegati V, VI, VII e VIII.

Il Titolo IV prevede all'art. 52 «Obblighi di trasparenza» per i sistemi di IA che interagiscono con gli esseri umani, sono utilizzati per rilevare emozioni o stabilire un'associazione con categorie (sociali) sulla base di dati biometrici oppure generano o manipolano contenuti (*deep fake*). Il § 1 prevede che le persone debbano essere informate quando interagiscono con un sistema di IA, ma tale obbligo non si applica quando ciò risulti dalle circostanze e dal contesto e si tratti di sistemi di

21 L'elenco di sistemi di IA ad alto rischio di cui all'Allegato III contiene una descrizione tipologica di 21 sistemi afferenti ai seguenti otto settori, dichiaratamente scelti dalla Commissione per il fatto che i relativi rischi si sono già «concretizzati» o «potrebbero concretizzarsi nel prossimo futuro»: i) identificazione e categorizzazione biometrica delle persone fisiche; ii) gestione e funzionamento delle infrastrutture critiche; iii) istruzione e formazione professionale; iv) occupazione, gestione dei lavoratori e accesso al lavoro autonomo; v) accesso a prestazioni e servizi pubblici e a servizi privati essenziali e fruizione degli stessi; vi) attività di contrasto di reati; vii) gestione della migrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere; (viii) amministrazione della giustizia e processi democratici.

IA autorizzati dalla legge ad accertare, prevenire, indagare e perseguire reati. Il § 2 dispone lo stesso obbligo anche quando il riconoscimento delle emozioni o la categorizzazione biometrica delle persone avvenga attraverso mezzi automatizzati, salvo che i sistemi di categorizzazione biometrica, che siano autorizzati dalla legge per accertare, prevenire e indagare reati. Quando un sistema di IA viene utilizzato per generare o manipolare immagini o contenuti audio o video che assomigliano notevolmente a contenuti autentici, il § 3, comma 1, dispone l'obbligo di rivelare che tali contenuti sono generati ricorrendo a mezzi automatizzati; il comma 2 esclude l'applicazione del primo comma se l'uso è autorizzato dalla legge per accertare, prevenire, indagare e perseguire reati o se è necessario per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione e del diritto alla libertà delle arti e delle scienze garantito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, fatte salve le tutele adeguate per i diritti e le libertà dei terzi.

Il Titolo V (artt. 53-55), intitolato «Misure di sostegno all'innovazione», prevede alcune disposizioni in materia di «spazi di sperimentazione normativa per l'IA» (*sand-boxes*)[22].

Il Titolo VI (artt. 56-59) delinea la *governance* pubblica per i sistemi di IA con l'istituzione di un Comitato europeo per l'IA (*European Artificial Intelligence Board*), costituito da rappresentanti degli Stati membri e della Commissione europea. A livello nazionale, è previsto che gli Stati membri dovranno designare una o più autorità nazionali competenti e, tra queste, l'autorità nazionale di controllo, al fine di controllare l'applicazione e l'attuazione del regolamento.

Il Titolo VII contempla la creazione e il mantenimento di una banca dati a livello dell'UE per sistemi di IA ad alto rischio «indipendenti» che presentano principalmente implicazioni in relazione ai diritti fondamentali. La banca dati è gestita dalla Commissione e alimentata con i dati messi a disposizione dai fornitori dei sistemi di IA, che saranno tenuti a registrare i propri sistemi prima di immetterli sul mercato o altrimenti metterli in servizio (art. 60).

22 Secondo l'art. 53, § 1, detti spazi, «istituiti da una o più autorità competenti degli Stati membri o dal Garante europeo della protezione dei dati forniscono un ambiente controllato che facilita lo sviluppo, le prove e la convalida di sistemi di IA innovativi per un periodo di tempo limitato prima della loro immissione sul mercato o della loro messa in servizio conformemente a un piano specifico. Ciò avviene sotto la guida e il controllo diretti delle autorità competenti al fine di garantire la conformità ai requisiti del presente regolamento e, se del caso, di altre normative dell'Unione e degli Stati membri controllate all'interno dello spazio di sperimentazione». Tra le altre disposizioni, vanno menzionate le seguenti: da un lato, gli spazi «non pregiudicano i poteri correttivi e di controllo delle autorità competenti. Qualsiasi rischio significativo per la salute e la sicurezza e i diritti fondamentali individuato durante lo sviluppo e le prove di tali sistemi deve comportare l'adozione di immediate misure di attenuazione e, in mancanza di ciò, la sospensione del processo di sviluppo e di prova fino a che tali rischi non risultino attenuati» (art. 53, § 3); dall'altro, i «partecipanti allo spazio di sperimentazione normativa per l'IA restano responsabili ai sensi della normativa applicabile dell'Unione e degli Stati membri in materia di responsabilità per eventuali danni arrecati a terzi a seguito della sperimentazione che ha luogo nello spazio di sperimentazione» (art. 53, § 4).

Nel Titolo VIII, «Monitoraggio successivo all'immissione sul mercato, condivisione delle informazioni, vigilanza del mercato», gli artt. 61-68 stabiliscono gli obblighi in materia di monitoraggio e segnalazione in capo ai fornitori di sistemi di IA per quanto riguarda il controllo successivo all'immissione sul mercato e la segnalazione di incidenti e malfunzionamenti correlati all'IA nonché le indagini in merito. Il Regolamento (UE) 2019/1020 sulla vigilanza dei mercati e sulla conformità dei prodotti si applicherà ai sistemi di IA disciplinati dalla Bozza in esame[23].

Il Titolo IX, recante la disciplina dei «Codici di condotta», mira a incoraggiare i fornitori di sistemi di IA non ad alto rischio ad applicare volontariamente i requisiti obbligatori previsti per i sistemi di IA ad alto rischio di cui al Titolo III, Capo 2, sulla base di specifiche tecniche e soluzioni che costituiscono mezzi adeguati per garantire la conformità a tali requisiti alla luce della finalità prevista dei sistemi (art. 69)[24].

Il Titolo X (artt. 70-73), intitolato «Riservatezza e sanzioni», contiene alcune importanti disposizioni. L'art. 70 prevede che le autorità nazionali competenti e gli organismi notificati che partecipano all'applicazione del regolamento debbano rispettare la riservatezza delle informazioni e dei dati ottenuti nello svolgimento dei loro compiti e delle loro attività in modo da tutelare, *inter alia*, i diritti di proprietà intellettuale e le informazioni commerciali riservate o i segreti commerciali di una persona fisica o giuridica, compreso il codice sorgente, salva l'applicazione dell'art. 5 della Direttiva 2016/943 sulla protezione del *know-how* riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali). L'art. 71 infligge sanzioni amministrative pecuniarie per la violazione del divieto di cui all'art. 5 (pratiche vietate) e la mancata osservanza dei requisiti di conformità di cui all'art. 10 (dati e *governance* dei dati) nella misura di un importo fino a 30 milioni di euro o, in caso di società, di un importo fino al 6% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore. Sanzioni amministrative pecuniarie con tetti massimi inferiori sono previste per l'inosservanza di altre disposizioni, diverse da quelle contenute negli artt. 5 e 10.

I Titoli XI e XII contengono le regole per l'esercizio della delega e delle competenze di esecuzione e alcune disposizioni finali, tra cui la previsione

23 L'art. 63 statuisce che, «ai fini dell'efficace applicazione del presente regolamento: a) ogni riferimento a un operatore economico a norma del regolamento (UE) 2019/1020 si intende fatto anche a tutti gli operatori di cui al titolo III, capo 3, del presente regolamento; b) ogni riferimento a un prodotto a norma del regolamento (UE) 2019/1020 si intende fatto anche a tutti i sistemi di IA che rientrano nell'ambito di applicazione del presente regolamento».

24 In particolare, «la Commissione e il Comitato incoraggiano e agevolano l'elaborazione di codici di condotta intesi a promuovere l'applicazione volontaria ai sistemi di IA dei requisiti relativi, ad esempio, alla sostenibilità ambientale, all'accessibilità per le persone con disabilità, alla partecipazione dei portatori di interessi alla progettazione e allo sviluppo dei sistemi di IA e alla diversità dei gruppi che si occupano dello sviluppo sulla base di obiettivi chiari e indicatori chiave di prestazione volti a misurare il conseguimento di tali obiettivi (art. 69 , § 2)».

dell'esclusione di applicazione del regolamento ai sistemi di IA che sono componenti di «sistemi IT su larga scala» come istituiti dagli atti giuridici elencati nell'Allegato IX, che siano stati immessi sul mercato o messi in servizio in un periodo antecedente alla futura entrata in vigore del regolamento[25].

Oltre alla predisposizione della proposta di *AI* Act, è stata elaborata da parte del Parlamento europeo anche la Risoluzione del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020/2014(INL)), contenente una serie di raccomandazioni e indicazioni finalizzate ad indirizzare la futura disciplina della responsabilità civile applicabile al funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale e una proposta di regolamento[26]. Da parte sua, la Commissione europea ha pubblicato il 28 settembre 2022 due proposte di direttiva che si collocano all'interno di un pacchetto di misure atte a sostenere gli obiettivi di «eccellenza e fiducia» relativi all'IA come già delineati nei precedenti documenti istituzionali dell'Unione: una riguarda la nuova direttiva sulla responsabilità da prodotto difettoso che abroga la Direttiva 85/374/CEE (*Product Liability Directive*)[27], l'altra l'armonizzazione delle regole di responsabilità civile adeguate alle caratteristiche dei moderni sistemi di IA (*AI Liability Directive*)[28].

La proposta di *AI Liability Directive* è volta ad armonizzare alcuni profili probatori inerenti ai regimi di responsabilità civile esistenti negli Stati membri e fondati sul criterio della colpa, in modo da garantire che i soggetti danneggiati da un sistema di IA c.d. «ad alto rischio» godano di un livello di protezione equivalente a quello di cui godrebbero se i danni in questione fossero stati causati senza il coinvolgimento di un sistema di IA (*considerando* n. 7). A tal fine, si prevedono in favore del danneggiato meccanismi di semplificazione probatoria potenzialmente in grado di supplire alle difficoltà generate dalle peculiarità dei sistemi di IA, caratterizzati da funzioni di c.d. auto-apprendimento, nonché da scarsa comprensibilità da parte del soggetto danneggiato chiamato a provare in giudizio la condotta colposa del responsabile e il nesso di causalità tra questa e il danno.

25 L'Allegato IX elenca la legislazione dell'Unione nei seguenti sette settori: Sistema di informazione Schengen; Sistema di informazione visti; Eurodac; Sistema di ingressi/uscite; Sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi; Sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari riguardo ai cittadini di paesi terzi e apolidi; Interoperabilità.

26 Sulla proposta del Parlamento Europeo, v. D'Alessio, A.: "La responsabilità civile dell'intelligenza artificiale antropocentrica", *Persona e mercato*, 2022, 2, p. 243 ss.

27 De Mari Casareto Dal Verme, T.: "Verso la nuova Product Liability Directive: la proposta della Commissione europea del 28 settembre 2022 per una nuova direttiva sulla responsabilità da prodotto difettoso che abroga la Direttiva 85/374/CEE", *Persona e mercato*, 2022, 1, p. 502 ss.

28 De Mari Casareto Dal Verme, T.: "Verso la AI Liability Directive: la proposta della Commissione europea del 28 settembre 2022 per una direttiva sull'adattamento delle regole di responsabilità civile all'Intelligenza Artificiale", cit., p. 500 ss.

L'art. 1 circoscrive oggetto e scopo chiarendo che la direttiva pone regole armonizzate in tema di «divulgazione di elementi di prova relativi a sistemi di intelligenza artificiale (IA) ad alto rischio» per consentire all'attore in un'azione civile di responsabilità extracontrattuale per colpa di motivare adeguatamente la domanda di risarcimento del danno nonché di onere della prova nei casi di richieste di risarcimento danni proposte davanti ai giudici nazionali a titolo di responsabilità extracontrattuale fondate sul criterio di imputazione della colpa. Allo stesso tempo, precisa la Commissione, la direttiva non incide: sulle norme del diritto dell'Unione che disciplinano le condizioni di responsabilità nel settore dei trasporti, sui diritti da chiunque azionabili in virtù delle norme nazionali di recepimento della Direttiva 85/374/CEE sulla responsabilità del produttore, sulle norme nazionali che regolano l'onere della prova, il grado di certezza richiesto in ordine alla stessa, ovvero il modo in cui viene definita la colpa, al di fuori di quanto previsto dagli articoli 3 e 4. Il *considerando* n. 11 precisa che agli Stati membri è consentito adottare o mantenere norme nazionali più favorevoli per i danneggiati, purché compatibili con il diritto dell'Unione, dunque anche regimi di responsabilità oggettiva fondati su elementi diversi dal difetto del prodotto.

Dalle definizioni di cui all'art. 2 emerge il coordinamento tra la proposta in esame e la proposta di *AI Act*, il cui contenuto viene richiamato *per relationem* con riguardo alle nozioni di «sistema di IA» (n. 1), «sistema di IA ad alto rischio» (n. 2), «fornitore» (n. 3) e «utente» (n. 4). Inoltre, viene precisato il significato di alcune locuzioni, tra cui quella di «domanda di risarcimento del danno» (n. 5), che viene circoscritta al danno causato da un *output* prodotto da un sistema di IA o dall'omissione di tale sistema nel produrre un *output* che avrebbe dovuto essere prodotto[29]. Infine, l'«obbligo di diligenza» è definito come «il livello di condotta richiesto, stabilito dal diritto nazionale o dell'Unione, al fine di evitare danni agli interessi giuridici riconosciuti dal diritto nazionale o dell'Unione, tra cui la vita, l'integrità fisica, la proprietà e la tutela dei diritti fondamentali» (n. 9).

Gli artt. 3 e 4 introducono dei sistemi di semplificazione probatoria in favore del danneggiato. L'art. 3 prevede un meccanismo di c.d. «divulgazione» degli elementi di prova (*disclosure* nella versione inglese), cui consegue eventualmente una presunzione di colpa del fornitore o di un soggetto ad esso equiparato ovvero dell'utente del sistema di IA. Il giudice nazionale ha il potere di ordinare a tali soggetti di produrre prove relative a specifici sistemi di IA ad alto rischio sospettati di aver causato un danno, purché la relativa richiesta sia necessaria e proporzionata. Non è specificato in cosa debbano consistere tali prove, prevedendosi soltanto che per stabilire se una richiesta di prove sia proporzionata il giudice deve prendere in

29 Questa la definizione proposta dall'art. 2, n. 5: «domanda nel quadro di un'azione civile di responsabilità extracontrattuale per colpa volta a ottenere il risarcimento del danno causato dall'output di un sistema di IA o dalla mancata produzione di un output che avrebbe invece dovuto essere prodotto da tale sistema».

considerazione i segreti commerciali nel significato di cui all'art. 2, § 1, Direttiva n. 2016/943 e le informazioni confidenziali, quali quelle relative alla sicurezza pubblica o nazionale. Tale potere è esercitabile dal giudice in due casi: in via anticipatoria, qualora venga proposta istanza da un «attore potenziale» (la persona fisica o giuridica che non ha ancora proposto domanda giudiziale, art. 2, n. 7), il quale abbia previamente richiesto con «ogni sforzo proporzionato» tale esibizione ai suddetti soggetti senza ottenere riscontro, purché fornisca elementi sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda risarcitoria; nel corso di un giudizio già avviato su richiesta dell'attore. In questo modo si consente al danneggiato di ottenere informazioni che devono essere conservate a norma dell'*AI Act*, il quale tuttavia non prevede il corrispondente diritto del danneggiato di accedervi (*considerando* 16)[30]. Il giudice può anche ordinare la conservazione della prova nei modi che ritenga più consoni.

Qualora il convenuto non ottemperi all'ordine di esibizione o conservazione della prova, scatta la presunzione di «non conformità a un pertinente obbligo di diligenza da parte del convenuto, che gli elementi di prova richiesti erano intesi a dimostrare ai fini della domanda di risarcimento del danno». In sostanza, si presume l'inosservanza da parte del convenuto dei doveri diligenza relativi al sistema di IA per cui era stato pronunciato l'ordine, rilevanti a livello nazionale ed europeo, con particolare riferimento ai requisiti posti dall'*AI Act*. Detta presunzione ha carattere relativo, in quanto è superabile dal convenuto fornendo prova contraria (*considerando* n. 21, art. 3, § 5). L'art. 3 delinea, dunque, un regime di responsabilità per colpa di fornitori e utenti per la mancata ottemperanza agli standard posti dall'*AI Act*, la cui prova gravante sul danneggiato viene alleggerita tramite un meccanismo di divulgazione posto a carico del convenuto e una eventuale sua presunzione di colpa, che interviene nel caso di sua mancata ottemperanza all'ordine di divulgazione. Esso contempla solo quei danni che siano la manifestazione di un rischio specificamente contemplato dalla normativa di sicurezza *ex ante* (*considerando* n. 22 e 25)[31].

30 «L'accesso alle informazioni su specifici sistemi di IA ad alto rischio sospettati di aver causato danni è un fattore importante per decidere se chiedere un risarcimento e motivarne la richiesta. Inoltre, per i sistemi di IA ad alto rischio, [la legge sull'IA] stabilisce requisiti specifici in materia di documentazione, informazioni e registrazione, ma non riconosce al danneggiato il diritto di accesso a tali informazioni. È pertanto opportuno stabilire, ai fini dell'accertamento della responsabilità, norme sulla divulgazione degli elementi di prova pertinenti da parte di coloro che ne hanno la disponibilità. Ciò dovrebbe rappresentare anche un ulteriore incentivo a rispettare l'obbligo di documentare o registrare le pertinenti informazioni previsto dalla [legge sull'IA]»

31 Secondo il *considerando* n. 22, «Per porre rimedio alla difficoltà di 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, è opportuno prevedere, a determinate condizioni, una presunzione di causalità. Anche se in un'azione per colpa l'attore deve solitamente dimostrare il danno, l'azione o l'omissione umana che costituisce un comportamento colposo del convenuto e il nesso di causalità che li unisce, la presente direttiva non armonizza i criteri in base ai quali gli organi giurisdizionali nazionali accertano l'esistenza della colpa. Tali criteri rimangono disciplinati dal diritto nazionale e, ove siano armonizzati, dal diritto dell'Unione applicabile. Allo stesso modo, la presente direttiva non armonizza i criteri relativi al danno, ad esempio i tipi di danno risarcibile, che rimangono anch'essi disciplinati dal diritto nazionale e dell'Unione applicabile. Affinché si possa applicare

Il secondo strumento presuntivo, fissato dall'art. 4 concerne il nesso di causalità tra la condotta colposa del convenuto e l'*output* prodotto dal sistema di IA, oppure, secondo il caso, tra la condotta colposa del convenuto e la mancata produzione da parte del sistema di IA dell'*output* che detto sistema avrebbe dovuto produrre. Tale presunzione opera, ed è rilevante, subordinatamente all'avverarsi di tutte le seguenti condizioni: a) l'attore ha provato, o il giudice ha presunto *ex* art. 3, la colpa del convenuto, consistente nella violazione di uno degli obblighi di diligenza rilevanti a livello nazionale ed europeo, diretti a prevenire la tipologia di danno occorso; b) si può ritenere ragionevolmente probabile, in base alle circostanze del caso, che la colpa del convenuto abbia influenzato l'*output* generato dal sistema, ovvero la sua mancata produzione; c) l'attore ha provato il nesso di causalità tra il danno subito e l'*output* o la sua mancata produzione da parte del sistema di IA. L'art. 4, §2, specifica che la condizione di cui alla lett. *a* dovrebbe ritenersi integrata unicamente qualora l'attore abbia dimostrato che il fornitore o l'utente non si sono conformati ai requisiti stabiliti dai Capi 2 e 3 del Titolo III dell'*AI Act*. In particolare, si fa riferimento alla inosservanza degli obblighi: a) di cui all'art. 10, §§ 2-4 dell'*AI Act*, in caso di mancato sviluppo del sistema tramite fasi di addestramento, convalida e test di set di dati che soddisfano i criteri di qualità ivi contenuti; b) di trasparenza (art. 13 *AI Act*); c) di supervisione umana (art. 14 *AI Act*); d) di accuratezza, robustezza e cybersicurezza (artt. 15 e 16 *AI Act*). La disposizione considera, poi, specificamente i profili di colpa dell'utente, facendo riferimento alla violazione degli obblighi previsti dall'art. 29 dell'*AI Act* (obbligo di utilizzare il sistema secondo le istruzioni per l'uso, obbligo di interrompere l'uso quando necessario, qualora abbia

la presunzione di causalità prevista dalla presente direttiva, è opportuno che la colpa del convenuto accertata consista in un comportamento umano attivo od omissivo non conforme a un obbligo di diligenza, stabilito dal diritto dell'Unione o nazionale, direttamente inteso a proteggere dal danno verificatosi. Tale presunzione può pertanto trovare applicazione, ad esempio, nelle domande di risarcimento del danno per lesioni fisiche se l'organo giurisdizionale accerta che la colpa del convenuto consiste nell'inosservanza delle istruzioni per l'uso intese a prevenire danni alle persone fisiche. Il mancato rispetto di obblighi di diligenza non direttamente intesi a proteggere dal danno verificatosi, ad esempio la mancata presentazione della documentazione richiesta alle autorità competenti da parte del fornitore, non comporta l'applicazione della presunzione nelle domande di risarcimento del danno per lesioni fisiche. Dovrebbe inoltre essere previsto che 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. Infine l'attore dovrebbe essere comunque tenuto a dimostrare che l'output o la mancata produzione di un output ha causato il danno». Per il *considerando* n. 25, «Anche qualora sia accertato un comportamento colposo consistente nella non conformità a un obbligo di diligenza direttamente inteso a proteggere dal danno verificatosi, non tutte le fattispecie di colpa dovrebbero comportare l'applicazione della presunzione relativa che stabilisce il nesso tra la colpa e l'output del sistema di IA. Tale presunzione dovrebbe applicarsi solo se si può ritenere ragionevolmente probabile, in base alle circostanze in cui si è verificato il danno, 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, che a sua volta ha causato il danno. Si può ad esempio ritenere ragionevolmente probabile che il comportamento colposo abbia influito sull'output o sulla mancata produzione di un output se la colpa risiede nella violazione di un obbligo di diligenza consistente nel definire l'ambito di funzionamento del sistema di IA e il danno si è verificato al di fuori di tale ambito di funzionamento. Al contrario una violazione dell'obbligo di presentare determinati documenti o di registrarsi presso un'autorità, anche se tale obbligo è previsto per una data attività o addirittura specificamente applicabile al funzionamento di un sistema di IA, non può essere ritenuta ragionevolmente idonea a influire sull'output di un sistema di IA o sulla mancata produzione di un output da parte di tale sistema». Il *considerando* n. 24 precisa che «Nei settori non armonizzati dal diritto dell'Unione continua ad applicarsi il diritto nazionale e la colpa deve essere accertata in base al diritto nazionale applicabile».

esposto il sistema a *input* rientranti nel suo controllo) e precisando che, qualora si tratti di utente non professionale, la presunzione opera solo se dimostrato che questo abbia concretamente interferito con il funzionamento del sistema. Anche la presunzione di causalità di cui all'art. 4 è superabile dal convenuto, dimostrando, ad esempio, che la sua condotta non può aver cagionato il danno (*considerando* n. 30, art. 4, § 7)[32]. Inoltre, la presunzione è preclusa *ab origine* all'attore, qualora il convenuto dimostri che la prova di cui è stata ordinata la divulgazione era facilmente accessibile al danneggiato (art. 4, § 4). Occorre rilevare, infine, che la medesima disposizione contempla l'ipotesi di danni cagionati da sistemi di IA non ad alto rischio (non soggetti ai requisiti obbligatori di cui all'*AI Act*), prevedendo che la presunzione di causalità debba applicarsi tutte le volte in cui il giudice ritenga eccessivamente complesso per il danneggiato fornire la relativa prova (art. 4, § 5).

Ai sensi dell'art. 5, la Direttiva sarà sottoposta a revisione dopo cinque anni dalla sua entrata in vigore al fine di valutare l'eventuale opportunità di introdurre forme di responsabilità oggettiva e di assicurazione obbligatoria.

Le suddette proposte consentono di svolgere alcune osservazioni. La Bozza di Regolamento mira ad allestire una strumentazione di *public enforcement* che si affianca a quella di *private enforcement* la quale è imperniata sulla disciplina della responsabilità civile per i danni causati da sistemi di IA[33]: il modello del doppio *enforcement* ripete *mutatis mutandis* quello già adottato in altri settori, come l'*antitrust*. La *AI Liability Directive* si propone infatti di completare il quadro di tutele approntate dall'*AI Act*, che prevede l'imposizione di taluni obblighi gravanti *ex ante* su fornitori e utenti di sistemi di IA «ad alto rischio» nella fase di immissione del *software* sul mercato. La proposta di Direttiva vuole contribuire a rendere effettivi i suddetti requisiti, poiché la non conformità del sistema di IA agli standard previsti dall'*AI Act* è in grado di attivare *ex post* i meccanismi di alleggerimento probatorio in caso di verificazione di eventi dannosi causalmente riconducibili al sistema stesso.

La normativa sul risarcimento del danno ha formato oggetto di specifica e separata considerazione da parte del Parlamento europeo in studi e progetti normativi culminati nella Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020/2014(INL)), contenente una serie di raccomandazioni e indicazioni finalizzate ad indirizzare la futura disciplina della responsabilità civile applicabile al funzionamento dei sistemi di intelligenza

32 Il *considerando* n. 30 lapidariamente afferma che, «Poiché la presente direttiva introduce una presunzione relativa, il convenuto dovrebbe poter confutarla, in particolare dimostrando che il danno non può essere conseguenza di una sua colpa».

33 Così, Orlando, S.: "Verso l'Artificial Intelligence Act: la Proposta di Regolamento del 21.04.2021 su regole armonizzate in materia di intelligenza artificiale", cit., p. 449.

artificiale e una proposta di regolamento[34]. Alla Risoluzione è seguita la proposta di Direttiva sull'armonizzazione di alcuni profili probatori inerenti ai regimi di responsabilità civile esistenti negli Stati membri e fondati sul criterio della colpa[35], in modo da garantire che i soggetti danneggiati da un sistema di IA c.d. «ad alto rischio» godano di un livello di protezione equivalente a quello di cui godrebbero se i danni in questione fossero stati causati senza il coinvolgimento di un sistema di IA (*considerando* n. 7). A tal fine, come già illustrato, sono previsti in favore del danneggiato meccanismi di semplificazione probatoria potenzialmente in grado di supplire alle difficoltà generate dalle peculiarità dei sistemi di IA, caratterizzati da funzioni di c.d. autoapprendimento, nonché da scarsa comprensibilità da parte del soggetto danneggiato chiamato a provare in giudizio la condotta colposa del responsabile e il nesso di causalità tra questa e il danno. La proposta di Direttiva non ha molto in comune con la suddetta proposta di Regolamento del Parlamento europeo. A parte la differente scelta dello strumento normativo, la *AI Liability Directive* introduce una forma di armonizzazione dei regimi di responsabilità civile esistenti tra gli Stati membri, mentre la Risoluzione del 2020 elaborava in capo agli operatori di sistemi di IA nuove forme di responsabilità *ad hoc*, non limitative di altri regimi di responsabilità, introducendo le nozioni di operatore di *back-end* e di *front-end*. Da ultimo, mentre la proposta di Regolamento prevedeva un regime di responsabilità oggettiva di detti operatori fondata sul rischio e sul grado di controllo su di esso esercitato da ciascuno, la Commissione ha scelto di armonizzare unicamente i regimi di responsabilità per colpa esistenti a livello nazionale, demandando alla futura revisione della direttiva la valutazione dell'opportunità di introdurre regimi di responsabilità oggettiva e di forme di assicurazione obbligatoria.

III. *BLOCKCHAIN, SMART CONTRACT* E DIRITTO DEI CONTRATTI.

Quanto finora scritto si intreccia a perfezione con le tematiche degli *smart contract*, già esistenti da molti anni[36], e della *blockchain,* presentata nel 2008[37]

34 Sulla proposta del Parlamento Europeo, v. D'Alessio, A.: "La responsabilità civile dell'intelligenza artificiale antropocentrica", *Persona e mercato*, 2022, 2, p. 243 ss.

35 De Mari Casareto Dal Verme, T.: "Verso la AI Liability Directive: la proposta della Commissione europea del 28 settembre 2022 per una direttiva sull'adattamento delle regole di responsabilità civile all'Intelligenza Artificiale", *Persona e mercato*, 2022, 1, p. 500 ss.

36 Il concetto di *smart contract* è stato elaborato da Nick Szabo (N. Szabo, *Smart contracts: building block for digital markets*, in *Phonetic Sciences Amsterdam* 1996 (*http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html*); Id., *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, in *First Monday*, 1997, 2, n. 9 - 1 September 1997 (*http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469*); in argomento, v. Perugini, M.L.: *Distributed Ledger e sistemi di blockchain. Digital currency, smart contract e altre applicazioni*, Vicalvi, 2018 (e-book), p. 29 ss., spec. 33 ss.

37 Satoshi Nakamoto, *Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash Sistem*, del 2008, in *https://bitcoin.org/-bitcoin.pdf*, e nella versione italiana Id., *Bitcoin: un sistema di moneta elettronica peer-to-peer*, in *https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_it.pdf*. Nel novembre del 2008 Satoshi Nakamoto (pseudonimo dell'inventore di cui non si conosce l'identità) pubblicò il protocollo Bitcoin su *The Cryptography Mailing list* sul sito *metzdowd.com*. Nel 2009 ha distribuito la prima versione del software client e successivamente ha contribuito al

che è sempre più spesso utilizzata, tra l'altro, per l'implementazione dei primi in ragione dell'autonomia e immodificabilità dei processi in esso programmati. Si tratta di nuove tecnologie che stanno cambiando la realtà[38]. Il dibattito civilistico in argomento è oramai avviato in Italia[39], nel quadro della ricchezza dei contributi sul tema dei contratti informatici[40], e in altre esperienze[41].

progetto in via anonima insieme ad altri sviluppatori, per ritirarsi dalla comunità di Bitcoin nel 2010 (v. in proposito, v. Perugini, M.L.: *Distributed Ledger e sistemi di blockchain*, cit., p. 36 ss.).

38 A tal riguardo, il Parlamento Europeo ha pubblicato nel il *paper* EPRS - P. Boucher, *Come la tecnologia blockchain può cambiarci la vita. Analisi approfondita*, Bruxelles, febbraio 2017, in *http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS_IDA(2017)581948_IT.pdf*, riconoscendo che «le blockchain rappresentano una modalità particolarmente trasparente e decentralizzata per la registrazione di elenchi di transazioni» ed analizzando quali possano essere gli utilizzi concreti oltre la registrazione di criptovalute, quali quelli nel settore dei brevetti, della gestione dei diritti dei contenuti digitali, del voto elettronico, degli *smart contract*, delle catene di approvvigionamento, dei servizi pubblici e delle organizzazioni autonome decentralizzate.

39 In letteratura, tra gli altri, v. Maugeri, M.: Smart contracts *e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021, p. 19 ss.; Federico, A.: "Equilibrio contrattuale e contrattazione algoritmica", e Benedetti, A.M.: "Contrattazione, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari", entrambi in *Rapporti civilistici* e *intelligenze artificiali*, Atti Convegno SISDIC, Napoli, 2021, rispettivamente p. 85 ss. e p. 69 ss.; Di Sabato, D.: "Autonomia negoziale e distibuted ladger technology", in Valentino, D. (a cura di): *Nuovi contratti della* digital economy, *Singoli contratti. Leggi collegate,* II, Commentario UTET, Torino, 2 ed., 2020, p. 245 ss.; Di Giovanni, F.: "Sui contratti delle macchine intelligenti", in Ruffolo, U. (a cura di): *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 251 ss.; Finocchiaro, G. e Bomprezzi, C.: "A legal analysis of the use of blockchain technology for the formation of smart legal contracts", *Riv. dir. media*, 2020, 2, (*http://www.medialaws.eu/rivista/a-legal-analysis-of-the-use-of-blockchain-technology-for-the-formation-of-smart-legal-contracts/*), p. 1 ss.; Pernice, C.: "Distributed ledger technology, blockchain e smart contracts: prime regolazioni", *Tecn. dir.*, 2020, 2, p. 490 ss.; Bellomia, V.: "Il contratto intelligente: questioni di diritto civile", *www.judicium.it/contratto-intelligente-questioni-diritto-civile/*, 2020; Remotti, G.: "Blockchain smart contract: primo inquadramento e prospettive di indagine (commento all'art. 8 ter D.L. 14 dicembre 2018, n. 135)", *ODCC*, 2020, p. 189 ss.; Giaccaglia, M.: "Gli Smart Contracts. Vecchi e nuovi(?) paradigmi nella prospettiva della protezione dei consumatori", www.dimt.it/wp-content/uploads/2020/08/Giaccaglia-SmartContracts-completo.pdf; Id.: "Considerazioni su Blockchain e smart contracts (oltre le criprovalute)", *Contr. impr.*, 2019, p. 944 ss.; Perugini, M.L.: "Distributed Ledger e sistemi di blockchain", cit., p. 29 ss.; Battaglini, R. e Giordano, M.T. (a cura di): Blockchain e smart contract. *Funzionamento, profili giuridici e internazionali, applicazioni pratiche*, Giuffrè, Milano, 2019; Pardolesi, R. e Davola, A.: "«Smart contract»: lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia", *Foro it.*, 2019, V, p. 195 ss.; Di Sabato, D.: "Gli Smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale", *Contr. impr.*, 2017, p. 378 ss.; v. anche Rundo, F. e Conoci, S.: "Tecnologia "blockchain": dagli smart contracts allo smart driving", *SeG_III_MMXVII* (*www.sicurezzaegiustizia.com, 2017, III*); sia consentito rinviare anche a Di Nella, L.: "Smart Contract, Blockchain e interpretazione dei contratti", *Rass. dir. civ.*, 2022, p. 48 ss.

40 In letteratura, per tutti, v. AA. VV.: *Diritto dell'informatica,* (a cura di F. Delfini e G. Finocchiario), 2014, Torino; Clarizia, R. (a cura di): *I contratti informatici*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2007; Follieri, L.: *Il contratto concluso in* Internet, Esi, Napoli, 2005; Pennalisico, M.: "La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione", *Dir. inf.*, 2004, p. 810 ss.; Tosi, E.: "La conclusione dei contratti on-line", in Id. (a cura di): *I problemi giuridici di Internet (dall'E-Commerce all'E-Business*), Giuffrè, Milano, 2003, p. 101 ss.; Delfini, F.: *Contratto telematico* e *commercio elettronico*, Giuffrè, Milano, 2002; Ricciuto, V. e Zorzi, N. (a cura di): *Il contratto telematico*, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, XXVII, Padova, 2002; Giova, S.: *La conclusione del contratto via* Internet, Esi, Napoli, 2000; Delfini, F.: "Il commercio elettronico", in Vaccà, C. (a cura di): *Il commercio elettronico*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 27 ss.; Finocchiaro, G.: *I contratti informatici*, in *Tratt. Dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, XXII, Padova, 1997; Giannantonio, E.: *Diritto dell'informatica*, Giuffrè, Milano, 1997; Id.: *Manuale di diritto dell'informatica*, Cedam, Padova, 1994; Borruso, R.: *Computer e diritto*, II, *Problemi giuridici dell□informatica*, Giuffrè, Milano, 1988; Parisi, F.: *Il contratto concluso mediante computer*, Cedam, Padova, 1987; Clarizia, R.: *Informatica e conclusione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1985.

41 Senza pretese di completezza, nella letteratura di lingua tedesca, v. Brägelmann, T. e Kaulartz, M. (a cura di): *Rechtshandbuch Smart Contracts*, München, 2019; Fries, M.e Paal, B.P. (a cura di): *Smart Contracts*, Tübingen, 2019, p. 1 ss.; Schuhmacher, E. e Fatalin, M.: "Compliance-Anforderungen an Hersteller autonomer Software-Agenten. Fünf Grundprinzipien für gesetzliche Instrumente", *Computer und Recht (CR)*, 2019, p. 200 ss.; Vorpeil, K.: „Digitalisierung der Außenhandelfinanzierung - Neue ICC-Richtlinien zur elektronischen Vorlage von Dokumenten bei Akkreditiven und Imkassi - Teil I", *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 2019, 32, p. 1469 ss.; Weiss, S.: *Potenziale und Risiken der Blockchain Technologie im Bankenbereich*, München, 2018; Zimmermann, A.S.: *Blockchain-Netzwerke und Internationales Privatrecht*

Non ostante il nome con cui sono diffusamente chiamati, gli *smart contract* non sono contratti, bensì programmi informatici che automaticamente agevolano, controllano o fanno rispettare la negoziazione o l'esecuzione di un contratto; di solito, hanno anche una interfaccia utente e spesso simulano la logica delle clausole contrattuali[42]. Il carattere *smart* è rappresentato dal fatto che le parti raggiungono un accordo sulle clausole contrattuali e sui tempi sfruttando la logica *If This - Then That* (*IFTTT*), per la quale se si verifica un presupposto (*this*) allora consegue un

oder: der Sitz dezentraler Rechtverhältnisse, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2018, 6, p. 566 ss.; Spindler, G.: *Gesellschaftsrecht und Digitalisierung*, in *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2018, p. 17 ss.; Heckelmann, M.: *Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts*, in *NJW*, 2018, p. 504 ss.; Linardatos, D.: *Smart Contracts – einige klarstellende Bemerkungen*, in *Kommunikation & Recht*, 2018, p. 85 ss.; Söbbing, T.: *Smart Contracts und Blockchain-Technologie. Definition, Arbeitswiese, Rechtsfragen*, in *ITRB*, 2018, p. 43 ss.; Paulus, D. e Matzke, R.: *Smart Contracts und das BGB. Viel Lärm um nichts?*, in *ZfPW*, 2018, p. 431 ss.; Idd.: *Digitalierung und private Rechtsdurchsetzung. Relativierung der Zwangsvollstreckung durch smarte IT-Lösungen?*, in *Computer und Recht (CR)*, 2017, p. 769 ss.; Sattler, A.: *Der Einfluss der Digitalisierung auf das Gesellschaftsrecht*, in Betriebsberater, 2018, p. 2243 ss.; Müller, M.: *Bitcoin, Blockchain und Smart Contracts. Technische Grundlagen und mögliche Anwendungsbereiche in der Immobilienwirtschaft*, in Zeitschrift für *Immobilienrecht*, 2017, p. 600 ss.; Schrey, J. e Thalhofer, T.: *Rechtliche Aspekte der Blockchain*, in *NJW*, 2017, p. 1431 ss.; Börding, A., Jülicher, T., Röttgen, C. e von Schönfeld, M.: *Neue Herausforderungen der Digitalisierung für das deutsche Zivilrecht: Praxis und Rechtsdogmatik*, in *Computer und Recht*, 2017, p. 134-140; Buchleitner, C. e Rabl, T.: *Blockchain und Smart Contracts*, in *ecolex*, 2017, p. 4-14; Djazayeri, A.: *Rechtliche Herausforderungen durch Smart Contracts*, in *jurisPR-BKR*, 2016, 12, no. 1; Jacobs, C. e Lange-Hausstein, C.: *Blockchain und Smart Contracts: zivil- und aufsichtsrechtliche Bedingungen*, in *IT-Rechts-Berater (ITBR)*, 2017, p. 10-15; Jünemann, M. e Kast, A.: *Rechtsfragen beim Einsatz der Blockchain*, in *Kreditwesen*, 2017, p. 531-536; Mann, M.: *Die Decentralized Autonomous Organization - Ein neuer Gesellschaftstyp? Gesellschaftrechtliche und kollisionsrechtliche Implikationen*, in *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2017, p 1014 ss.; Kaulartz, M. e Heckmann, J.: *Smart Contracts - Anwendung der Blockchain-Technologie*, in *Computer und Recht (CR)*, 2016, p. 618-624; Kaulartz, M.: *Herausforderungen bei der Gestaltung von Smart Contracts*, in *Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht (InTeR)*, 2016, p. 201-206; Id.: *Die Blockchain-Technologie: Hintergründe zur Distributed Ledger Technology und zu Blockchain*, in *Computer und Recht (CR)*, 2016, p. 474 ss.; Gless, S. e Seelmann, K. (a cura di): *Intelligente Agenten und das Recht*, Baden-Baden, 2016; Treiber, K.: *Aus der Praxis: Schuldscheindarlehen als Smart Contracts*, in *REthinking Law*, 2018, 1, p. 10 ss. Nella letteratura di lingua inglese, v. Finck, M.: *Blockchain Regulation and Governance in Europe*, Cambridge, 2019, p. 161 ss.; Durovic, M. e Janssen, A.: *The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law*, *European Review of Private Law* (ERPL), p. ss., e Idd.: *The Formation of Smart Contracts and Beyond: Shaking the Fundamentals of Contract Law?*, in *https://www.researchgate.net/publication/327732779_The_Formation_of_Smart_Contracts_and_Beyond_Shaking_the_Fundamentals_of_Contract_Law*, versione ampliata del primo lavoro; Bourque, S. e Fung Ling Tsui, S.: *A Lawyer's Introduction to Smart Contracts*, in *Lask: Scientia Nobilitat*, 2014, p. 4-23; Casey, A.J. e Niblett, A.: *Self-Driving Contracts*, in 43 *Journal of Corporation Law*, 2017, p. 1-33; Catchlove, P.: *Smart Contracts: A New Era of Contract Use*, ssrn.com/abstract=3090226; Finck, M.: *Blockchains: Regulating the Unknown*, in *German Law Journal*, 2018, 19, p. 665-691; Guggenheim, N.: *The Potentional of Blockchain for the Conclusion of Contracts*, in Schulze, R., Staudenmeyer, D. e Lohse, S. (a cura di): *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Baden-Baden, 2017, p. 83-97; De Filippi, P. e Wright, A.: *Blockchain and the Law: The Role of the Code*, Harvard University Press 2018; I-H Hsiao, J.: *Smart Contract on the Blockchain-Paradigm Shift for Contract Law*, in *US-China Law Review*, 2017, 14, p. 685-694; Mik, E.: *Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity*, in 10 *Journal of Law, Innovation and Technology (JLIT)*, 2017, p. 269-300; O'Shields, R.: *Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain*, in 21 *North Carolina Banking Institute*, 2017, p. 177-194; Paech, P.: *The Governance of Blockchain Financial Networks*, in 80 *Modern Law Review*, 2017, p. 1072-1100; Raskin, M.: *The Law and Legality of Smart Contracts*, in 1 *Georgetown Technology Review*, 2017, p. 305-341; Reyes, C.L.: *Conceptualizing Cryptolaw*, in 96 *Nebraska Law Review*, 2017, p. 384-445; Ryan, P.: *Smart Contract Relations in e-Commerce: Legal Implications of Exchanges Conducted on the Blockchain*, in 7 *Technology Innovation Management Review*, 2017, p. 10-17; Savelyev, A.: *Contract Law 2.0: «Smart» Contracts As the Beginning of the End of Classic Contract Law*, ssrn.com/abstract=2885241; Scholz, L.H.: *Algorithmic Contracts*, in 20 *Stanford Technology Law Review*, 2017, p. 101-147; Sklaroff, J.M.: *Smart Contracts and the Cost of Inflexibility*, in 166 *University Pennsylvania Law Review*, 2017, p. 263-303; Werbach, K. e Cornell, N.: *Contracts Ex Machina*, in 67 *Duke Law Journal*, 2017, p. 313-382. Nella letteratura di lingua olandese, Tjong Tjin Tai, T.F.E.: *Juridische aspecten van blockchain en smart contracts*, in 54 *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2017, p. 563-608; Id.: *Smart contracts en het recht*, in 93 *Nederlands Juristenblad*, 2017, p. 176-182.

42 Cfr., Paulus, D. e Matzke, R.: *Smart Contracts und das BGB*, cit., p. 433 s.; Brägelmann, T.: *Incomplete Contracts: Eine Sisyphusaufgabe für Legal Tech-Fans*, in *REthinking Law*, 2018, 1, p. 34 ss.; Kaulartz, M. e Heckmann, J.: *Smart Contracts - Anwendung der Blockchain-Technologie*, cit., p. 618.

risultato (*that*). Per il resto, lo *smart contract* ha la capacità di far rispettare le proprie clausole ed entrare in esecuzione senza il supporto di una parte esterna. Pertanto, gli *smart contracts* possono svolgere diverse funzionalità nell'intera vicenda contrattuale.

In generale, detti programmi possono rappresentare un contratto concluso secondo le regole generali e/o porre in essere automaticamente, secondo determinati dati, processi giuridicamente rilevanti di esecuzione del contratto (ad es., pagamenti, accesso ad un bene, spedizione di merci ecc.), evitando così in via preventiva anche inadempimenti contrattuali[43].

Uno *smart contract* può essere anche programmato in modo da reagire a violazioni del contratto digitalmente accertabili, ad esempio tramite ripetizione parziale del pagamento in caso di ritardo nell'esecuzione della prestazione o di esecuzione parzialmente scorretta, oppure tramite lo spegnimento di apparecchi messi a disposizione della controparte o la limitazione dell'accesso o dell'utilizzo di beni (c.d. *smart lock*) in caso di ritardo del pagamento o di scadenza del termine contrattuale.

Inoltre, gli *smart contract* possono essere strumenti per rendere dichiarazioni di volontà negoziali o per porre in essere comportamenti concludenti e atti reali o materiali[44].

Infine, gli *smart contract* possono anche concludere dei contratti, così come accade per i distributori automatici: anche in tal caso, non sarebbero dei negozi giuridici, dovendosi piuttosto discorre di *software*-agenti automatici[45].

43 Secondo Szabo, N.: *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, cit., «The basic idea behind smart contracts is that many kinds of contractual clauses (such as collateral, bonding, delineation of property rights, etc.) can be embedded in the hardware and software we deal with, in such a way as to make breach of contract expensive (if desired, sometimes prohibitively so) for the breacher. A canonical real-life example, which we might consider to be the primitive ancestor of smart contracts, is the humble vending machine. Within a limited amount of potential loss (the amount in the till should be less than the cost of breaching the mechanism), the machine takes in coins, and via a simple mechanism, which makes a freshman computer science problem in design with finite automata, dispense change and product according to the displayed price. The vending machine is a contract with bearer: anybody with coins can participate in an exchange with the vendor. The lockbox and other security mechanisms protect the stored coins and contents from attackers, sufficiently to allow profitable deployment of vending machines in a wide variety of areas». Pertanto, la *vending machine* (distributore automatico) sarebbe il prototipo primitivo degli *smart contracts* e il fenomeno della 'automatizzazione' dei contratti non sarebbe quindi nuovo.

44 In tal senso, cfr. Paulus, D. e Matzke, R.: *Smart Contracts und das BGB*, cit., p. 434.

45 V., Heckelmann, M.: *Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts*, cit., p 505 s.; D. Linardatos, *Smart Contracts - einige klarstellende Bemerkungen*, cit., p. 88 s.; Sartor, G.: "Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?", *Contr. impr.*, 2002, II, p. 465 ss., definiva detti programmi (detti anche agenti digitali, elettronici, o informatici) come programmi informatici capaci di azione autonoma in ambienti complessi, caratterizzati da alcune attitudini tipiche, che concorrono, in misura variabile e in diverse combinazioni, a costituire la loro capacità di azione: la reattività al proprio ambiente (adeguano il proprio comportamento agli stimoli forniti dal contesto nel quale operano), la pro-attività (assumono iniziative per realizzare i propri obiettivi), la persistenza (la loro esecuzione si protrae nel tempo) la capacità d'interazione comunicativa e strategica (inviano e ricevono messaggi, e adeguano il proprio comportamento a quello dei partner), l'intelligenza (sono in grado di acquisire ed elaborare conoscenze, e di apprendere dall'esperienza), la flessibilità (sono

L'importanza degli *smart contract* sta attualmente crescendo a seguito della diffusione dei processi di digitalizzazione e di messa in rete di attività e di beni nel pubblico e nel privato: ad esempio, per le imprese la negoziazione di titoli, gli ordinativi di merce ecc., per i privati gli acquisti o le locazioni di immobili, auto o altri mezzi per brevi periodi effettuati tramite delle applicazioni, oppure il collegamento alla rete di determinate cose, come le serrature di appartamenti o stanze di albergo e i 'lucchetti' di mezzi di trasporto - c.dd. *smart lock* -, di frigoriferi per ordinare generi alimentari o richiedere interventi tecnici, discorrendosi in tali ultimi casi del noto fenomeno dell'*internet* delle cose (*Internet of Things*).

In ragione di siffatta rapida evoluzione e del crescente bisogno di automazione, agli *smart contract* è potenzialmente aperto un gran numero di possibili impieghi digitali rispetto a valori patrimoniali che sono oggetto della prestazione o della controprestazione di un contratto o di prestazioni risarcitorie o compensative in caso di inadempimento[46]. In particolare, è incrementata la loro applicazione insieme alla *distributed ledger technology* (tecnologie basate su registri distribuiti, ossia le strutture di banche dati diffuse che pubblicamente e decentralmente registrano la sequenza delle transazioni, abbreviate in *DLT*), quindi anche con l'ambiente operativo di una *blockchain*[47]. Nel novero degli ambiti di applicazione delle *DLT*, anche sulla scorta di quanto riconosciuto in uno studio del *Financial Stability Board*[48], lo stesso Parlamento Europeo ha in più occasioni evidenziato come uno degli ambiti di maggior impatto dell'utilizzo delle tecnologie *DLT* possa essere rappresentato proprio dagli *smart contract*. Sia nel *paper* del febbraio 2017, sia nella risoluzione del 3 ottobre 2018, il Parlamento Europeo ha riconosciuto che «i contratti intelligenti sono un elemento importante abilitato dalle *DLT* e possono fungere da fattori chiave delle applicazioni decentralizzate».

È alle *DLT* che va quindi rivolta l'attenzione. La locuzione *distributed ledger technologies* (tecnologie a registri distribuiti), indica un insieme di protocolli che permettono a una rete composta da nodi di attori di pari entità (*peer nodes*) di gestire un registro, o *ledger*, sincronizzato tra i partecipanti grazie all'utilizzo della crittografia e senza necessità di un unico nodo centrale che si occupi della gestione e del controllo del registro.

Le *DLT* abilitano la possibilità di gestire un registro in cui le evoluzioni dei dati custoditi siano condivise e controllate da più attori contemporaneamente. Un

in grado di affrontare situazioni complesse ed imprevedibili), la mobilità (possono spostarsi nell'ambiente, al fine di individuare le risorse di cui abbisognano e i partner con cui collaborare).

46 Paulus, D. e Matzke, R.: *Smart Contracts und das BGB*, cit., p. 435, riportano un esempio di uso degli *smart contracts* nella *sharing economy* e uno nell'*e-commerce*.

47 V., in proposito, Spindler, G.: *Gesellschaftsrecht und Digitalisierung*, in *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, cit., p. 44; De Filippi, P. e Wright, A.: *Blockchain and the Law: The Role of the Code*, cit., p. 13 ss.

48 Financial Stability Board, *Financial Stability Implications from FinTech. Supervisory and Regulatory Issues that merit Authorities' attention*, 27 June 2017.

sottoinsieme di tali protocolli, indicato con il termine di *blockchain*, individua quelli in cui l'evoluzione dei dati del registro è governata attraverso strutture a blocchi crittograficamente concatenati l'uno all'altro. In generale, e in via semplificata, una *blockchain* è una banca dati particolarmente sicura che effettua registrazioni di diversi dati e si differenzia da altre banche dati essenzialmente per l'utilizzo di diversi procedimenti criptografici e per la sua fondamentale autonomia e immodificabilità[49]. Siffatte caratteristiche trovano applicazione nell'ambiente *peer-*

49 Cfr. la definizione di *blockchain,* riferito alla criptovalute, elaborata dalla CONSOB: «Un *distributed ledger* o *blockchain* (quest'ultimo nome è in genere accomunato all'utilizzo del bitcoin e in italiano si traduce letteralmente in 'catena di blocchi') è un registro aperto e distribuito che può memorizzare le transazioni tra due parti in modo sicuro, verificabile e permanente. I partecipanti al sistema vengono definiti 'nodi' e sono connessi tra di loro in maniera distribuita. Nella sostanza è una lista in continua crescita di record, chiamati *block*, che sono collegati tra loro e resi sicuri mediante l'uso della crittografia. I dati in un blocco sono per loro natura immutabili (non possono essere retroattivamente alterati senza che vengano modificati tutti i blocchi successivi ad esso; per fare ciò, dati la natura del protocollo e lo schema di validazione, servirebbe il consenso della maggioranza della rete). La natura distribuita e il modello cooperativo rendono particolarmente sicuro e stabile il processo di validazione, pur dovendo ricorrere a tempi e costi non trascurabili, in gran parte riferibili al prezzo dell'energia elettrica necessaria per effettuare la validazione dei blocchi (questo nel caso della Blockchain del bitcoin) e alla capacità computazionale necessaria per risolvere complessi calcoli algoritmici (attività che viene comunemente definita come 'mining'). L'autenticazione avviene tramite la collaborazione di massa ed è alimentata da interessi della comunità. La Blockchain è un registro pubblico delle transazioni Bitcoin in ordine cronologico. È utilizzata per memorizzare in modo permanente le transazioni Bitcoin e per prevenire il fenomeno del cosiddetto 'double spending' (per evitare che possa spendere i bitcoin più di una volta nello stesso momento). Come già osservato, la Blockchain è un insieme di blocchi fra loro concatenati: ogni blocco è identificato da un codice, contiene le informazioni di una serie di transazione, e contiene il codice del blocco precedente, così che sia possibile ripercorrere la catena all'indietro, fino al blocco originale (una sorta di DNA delle transazioni Bitcoin). Tutti i nodi della rete memorizzano tutti i blocchi e quindi tutta la Blockchain», in *http://www.consob.it/web/investor-education/criptovalute*. Cfr. anche la definizione del *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsich* (abbreviato in *BaFin*, autorità federale pubblica e indipendente per la supervisione del settore finanziario, soggetta alla stretta vigilanza tecnica e legale del Ministero Federale della Finanza tedesco): «Blockchains sind fälschungssichere, verteilte Datenstrukturen, in denen Transaktionen in der Zeitfolge protokolliert, nachvollziehbar, unveränderlich und ohne zentrale Instanz abgebildet sind. Mit der Blockchain-Technologie lassen sich Eigentumsverhältnisse direkter und effizienter als bislang sichern und regeln, da eine lückenlose und unveränderliche Datenaufzeichnung hierfür die Grundlage schafft», in *https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/Blockchain/blockchain_node.html*. Rundo, F. e Conoci, S.: "Tecnologia "blockchain": dagli smarts contracts allo smart driving", *SeG_III_MMXVII* (*https://www.sicurezzaegiustizia.com*, 2017) forniscono questa descrizione della blockchain: «L'infrastruttura blockchain può essere descritta semplicemente come una rete globale di dispositivi interconnessi (nodi) e nella quale è opportunamente memorizzato un registro digitale pubblico condiviso (denominato in gergo "Global Distributed Ledger") il quale è riprodotto opportunamente su ciascuno dei dispositivi-nodi. Pertanto, all'interno della rete blockchain è memorizzato un notevole quantitativo di dati distribuito opportunamente tra i vari records informativi presenti su ciascun dispositivo-nodo. Tali records sono in continua evoluzione sia in relazione al loro numero che in relazione all'informazione in essi contenuta. L'elevata sicurezza dei dati memorizzati nella blockchain è garantita dal meccanismo di funzionamento, di fatto estremamente innovativo. Elemento chiave del funzionamento della blockchain è la tecnica di memorizzazione dei dati: una copia dell'intero registro della blockchain (ledger) è memorizzata su ciascun dispositivo-nodo partecipante. Ogni record informativo del ledger memorizzato su un dispositivo-nodo è composto dalle seguenti due parti: - transazioni: includono i dati in un formato prestabilito; blocchi: questi dettagliano il flusso di operazioni sulle transazioni, in opportuno ordine temporale. Ogni blocco include un codice hash di sicurezza. Le transazioni sono generate dai partecipanti alla rete blockchain in relazione all'utilizzo applicativo che intendono perseguire (smart contracts, accesso dati, comunicazione tra nodi remoti, trasmissione o invio dati o altro, etc..), mentre i blocchi sono generati da partecipanti speciali, i cosiddetti miners (letteralmente "minatori"), che utilizzano software, hardware specializzato e potenti algoritmi matematici per validare le transazioni e creare i blocchi. Quando una transazione digitale viene completata, viene inclusa in un raggruppamento di transazioni (blocco) opportunamente criptato (di solito vengono raggruppati più blocchi ad intervalli di tempo regolari, tipicamente 10 minuti) e diffusa nell'intera blockchain dove sarà validata dai miners, mediante opportuni algoritmi matematici alquanto complessi. Ad ogni blocco validato dai miners viene assegnata (sempre mediante un algoritmo complesso) una c.d. marca temporale (Timestamp). Ogni blocco validato con marca temporale, sarà aggregato agli altri blocchi in una catena lineare, cronologicamente ordinata e sempre aggiornata, dunque, sarà inviato a tutta la blockchain: in tal modo ogni dispositivo-nodo della blockchain conterrà una copia di questi blocchi in un registro

to-peer, ossia nel collegamento e comunicazione tra nodi paritari (*peer*) in una rete aperta o chiusa priva di una unità centrale di controllo o di archiviazione dei dati. Si possono configurare le più diverse tipologie di *blockchain* tra loro anche molto differenti, non esistendone quindi una unica[50].

La principale caratteristica delle *blockchain*, rispetto alle *DLT*, è proprio che in ciascun nodo della rete vi è una copia completa del registro contenente tutte le transazioni effettuate da tutti gli attori. Le *DLT* che non rientrano in questa definizione di *blockchain*, invece, non sono basate su una struttura a blocchi e permettono quindi di creare sottogruppi di *data disclosure* dove ciascun nodo detiene solo una parte del registro delle transazioni, ovvero quelle in cui il nodo stesso è originatore o ricevente, per garantire maggiore *privacy* tra i partecipanti.

Si può quindi affermare che mentre nelle *DLT*, diversamente dai registri centralizzati (i classici *database*), il controllo dell'evoluzione dei dati è condiviso tra alcuni partecipanti della rete, nelle *blockchain*, sottoinsieme delle *DLT*, il controllo dell'evoluzione dei dati tracciati nel registro è condiviso tra tutti i partecipanti della rete.

Una transazione è l'elemento chiave di una *blockchain*: è il modo con cui un generico attore (nodo) può richiedere una modifica al registro andandone ad alterare il contenuto. Il registro non sarà altro che il risultato di tutte le transazioni fatte da tutti i nodi dal momento esatto in cui è nata la *blockchain* fino al momento attuale in cui la si osserva.

In una *blockchain*, infatti, ciascun nodo ha una propria copia completa del registro delle transazioni. Il protocollo prevede che solo un nodo della rete per volta (e mai lo stesso) possa aggregare tutte le transazioni fatte dai nodi in un intervallo di tempo definito (a seconda della rete) in una struttura dati chiamata 'blocco'. Questo blocco viene legato crittograficamente a quello precedente, includendo al suo interno l'impronta digitale (*hash*) dell'ultimo blocco disponibile sulla rete, e successivamente viene inviato a tutti i partecipanti.

Ciascun nodo (o partecipante) andrà ad aggiornare il proprio registro locale sulla base delle transazioni presenti nel blocco ricevuto. In questo modo si ha

distribuito (ledger). In tal modo la struttura della blockchain sarà decentralizzata e priva di un arbitro o di un server centrale di aribitraggio oltre che protetta da potenti algoritmi di crittografia. Queste caratteristiche rendono le transazioni della blockchain "autonome" nel senso che queste avvengano automaticamente senza l'intervento di intermediari. Se un hacker volesse violare un blocco della blockchain, dovrebbe violare tutti i blocchi costituenti la catena associata a quel blocco eseguendo delle azioni non autorizzate su ciascuno dei ledgers associati ad ogni dispositivo-nodo, il cui numero è di fatto sconosciuto a priori e può, ben essere, elevato rendendo praticamente e materialmente impossibile eseguire un cyber-attacco o un qualsivoglia tentativo di corruzione dati».

50 Così, Paulus, D. e Matzke, R.: *Smart Contracts und das BGB*, cit., p. 434; *contra*, Wilsch, H.: „Die Blockchain-Technologie aus der Sicht des deutschen Grundbuchrechts", *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 2017, p. 761, sembra prendere le mosse da un concetto unitario.

la ragionevole certezza che tutti i nodi della rete abbiano, in locale, un registro perfettamente identico a quello degli altri partecipanti.

Questa tecnologia ha dei risvolti interessanti: non esiste una copia centrale da alterare, qualora si voglia modificare un'informazione inclusa nel registro attraverso una transazione passata. Un ipotetico nodo malevolo dovrebbe cambiare tutti i registri di tutti i nodi della rete. Inoltre, cambiare l'informazione equivale a modificare il blocco passato, ma questa operazione ne cambia anche la sua impronta digitale, richiedendo la modifica (o il ricalcolo) anche del blocco successivo e di tutti gli altri blocchi della catena fino a quello attuale.

Questa riscrittura dell'intera catena può avvenire solo in alcuni tipi di *blockchain* e solo se tutti i nodi (o almeno la maggioranza) sono concordi nell'effettuarla. In alcuni casi questa operazione è improbabile: ad esempio nelle *blockchain* c.dd. *permissionless* (sia per lo pseudonimato dei partecipanti, sia per i disincentivi dovuti al *proof-of-work*) la probabilità di riuscire a riscrivere i blocchi è prossima allo zero. In alcune *blockchain* c.dd. *permissioned*, invece, gli attori sono tutti noti, ma se il numero è sufficientemente elevato e la *governance* della rete tiene conto di alcuni aspetti, anche in questo caso la probabilità di effettuare una riscrittura potrebbe in teoria essere ridotta al minimo.

Per questo motivo alcune *blockchain*, ma non tutte, hanno una caratteristica (anche giuridicamente) molto interessante: le informazioni al loro interno sono immutabili e riconducibili a un particolare istante nel tempo.

La diffusione di queste tecnologie rende oramai necessario intervenire per predisporre una regolamentazione. Qualche Paese ha già emanato provvedimenti in tal senso. Il Parlamento Europeo, nella *Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione (2017/2772(RSP))* proprio in merito agli *smart contract* ha sottolineato la necessità che la Commissione effettui una valutazione approfondita delle potenzialità e delle implicazioni giuridiche, ad esempio i rischi relativi alla giurisdizione e la necessità di dare certezza alla validità di una firma digitale crittografata quale passo fondamentale per favorire gli *smart contract*. Allo stesso tempo, ha invitato la Commissione a promuovere l'elaborazione di norme tecniche a livello delle pertinenti organizzazioni internazionali, quali ISO, UIT e CEN-CELENEC ed a condurre un'analisi del quadro giuridico esistente nei vari Stati membri in relazione all'applicabilità degli *smart contract*, cercando anche di rafforzare la loro validità attraverso il coordinamento giuridico o il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri.

Il Parlamento Europeo ha individuato due macroambiti di interesse che richiederebbero ulteriori approfondimenti e una definizione certa del quadro

giuridico, al fine di garantire la certezza necessaria agli operatori per poter applicare quanto ipotizzato:

l'inquadramento degli *smart contract* nell'ambito degli ordinamenti giuridici nazionali, superando il contrasto che si verrebbe a creare tra una tecnologia fondata sulla immutabilità di termini e condizioni e ordinamenti giuridici fondati, almeno in parte, sull'autonomia delle parti che potrebbero decidere di modificare determinate condizioni in corso di validità del contratto;

il riconoscimento della validità di una firma digitale crittografata, anche attraverso l'elaborazione di norme tecniche da parte delle organizzazioni internazionali competenti.

A tal fine, il Parlamento Europeo ha espressamente incaricato la Commissione Europea di promuovere l'introduzione di tali tecniche, nonché il superamento di potenziali ostacoli all'utilizzo di tali contratti nel c.d. mercato digitale unico (*digital single market*).

In Italia le *DLT* e gli *smart contract* sono disciplinati dall'art. 8-*ter* d.l. n. 135 del 2018, convertito con modifiche in l. n. 12 del 2019. Il comma 1 descrive le «tecnologie basate su registri distribuiti», di cui le *blockchain* sono sottoinsiemi, come «le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili»[51]. Il comma 3 ne regola gli effetti quale mezzo di prova in procedimenti giudiziali: la «memorizzazione di un documento informatico attraverso l'uso di tecnologie basate su registri distribuiti produce gli effetti giuridici della validazione temporale elettronica di cui all'articolo 41 del Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014»[52]. Ai sensi del comma 4, «Entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, l'Agenzia per l'Italia digitale individua gli standard tecnici che le

51 La Bank for International Settlements - Committee on Payments and Market Infrastructures, *Distributed ledger technology in payment, clearing and settlement*, February 2017, ha definito le tecnologie basate su registri distribuiti come «processes and related technologies that enable nodes in a network (or arrangement) to securely propose, validate and record state changes (or updates) to a synchronised ledger that is distributed across the network's nodes», evidenziando come la natura di tali tecnologie sia insita nell'utilizzo delle c.dd. reti di nodi, che collegati gli uni agli altri rendono possibile lo scambio di dati tra un utente ed un altro.

52 Questo il testo dell'art. 41 reg. UE 910/2014 «Effetti giuridici della validazione temporale elettronica. 1. Alla validazione temporanea elettronica non possono essere negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziali per il solo motivo della sua forma elettronica o perché non soddisfa i requisiti della validazione temporanea elettronica qualificata. 2. Una validazione temporale elettronica qualificata gode della presunzione di accuratezza della data e dell'ora che indica e di integrità dei dati ai quali tale data e ora sono associate. 3. Una validazione temporale elettronica rilasciata in uno Stato membro è riconosciuta quale validazione temporale elettronica qualificata in tutti gli Stati membri».

tecnologie basate su registri distribuiti debbono possedere ai fini della produzione degli effetti di cui al comma 3».

Il comma 2 definisce lo «smart contract» come «un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli smart contract soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

Queste disposizioni inducono a svolgere alcune riflessioni. La disciplina fissa gli effetti delle tecnologie basate su registri distribuiti quali mezzi di prova in procedimenti giudiziali, al ricorso di determinate condizioni fissate dall'AGID: la «memorizzazione di un documento informatico attraverso l'uso di tecnologie basate su registri distribuiti» produce gli effetti giuridici della «validazione temporale elettronica». Queste prescrizioni fanno sorgere alcuni dubbi. In base a siffatta definizione, un registro distribuito erogato da un singolo attore utilizzando tre *server* di un servizio *cloud* dovrebbe poter beneficiare degli effetti giuridici della validazione temporale elettronica: in questo caso però un qualsiasi esperto (ad esempio, in caso di contestazione della validità di tale tecnologia in sede giurisdizionale) potrebbe dimostrate la semplice alterabilità del contenuto da parte dell'attore e quindi farne decadere gli effetti giuridici. È importante, dunque, fissare con precisione i requisiti tecnici entro i quali ricade un registro distribuito o una *blockchain* per poter essere considerata immutabile e conseguentemente beneficiare degli effetti giuridici definiti dalla normativa.

Allo stesso modo, è fondamentale delineare tecnicamente i concetti di «distribuito, condiviso e replicabile»: mentre alcune *blockchain* prevedono una copia completa del registro su tutti i nodi della rete, altre tecnologie innovative di registri distribuiti contemplano una distribuzione, condivisione e replicazione dei dati solo tra i nodi interessati alla transazione (*on a need to know basis*). È importante quindi porre attenzione alla definizione, se si vuole evitare di lasciare questo ultimo tipo di registri distribuiti al di fuori dell'ambito di applicazione della normativa.

Lo *smart contract* è definito nell'art. 8-*ter* come un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Secondo siffatta disposizione uno *smart contract*, per essere considerato tale, deve possedere congiuntamente le seguenti caratteristiche: essere un programma per elaboratore; operare su tecnologie basate su registri distribuiti; l'esecuzione vincola automaticamente due o più parti; gli effetti sono predefiniti dalle stesse.

Mentre i primi due requisiti sono comuni a tutte le tipologie di *smart contract* e non sembrano creare particolari questioni, gli altri due pongono dei problemi.

Molto spesso in rete una delle parti offre un prodotto o un servizio predisponendo unilateralmente il regolamento negoziale, ciò che accade anche per l'acquisto di *token* contro criptovalute. Tale fattispecie è riconducibile all'offerta al pubblico *ex* art. 1336 c.c. e si configura come una proposta, spesso irrevocabile, i cui termini sono unilateralmente predeterminati dal proponente. È quest'ultimo, infatti, che decide il quantitativo di *token* che trasferirà in cambio della criptovalute e che può stabilire altri vincoli accessori in capo a colui che accetta la proposta, come, tra gli altri, limiti temporali alla libera negoziabilità dei *token* trasferiti. In tale contesto gli effetti del contratto non sono «predefiniti» dalle parti, ma vengono unilateralmente determinati da una di esse ed eventualmente accettati da coloro ai quali l'offerta è diretta[53]. In base al tenore letterale della disposizione, una tale fattispecie contrattuale rimarrebbe irragionevolmente esclusa dall'applicazione della norma, mancando la congiunta predeterminazione degli effetti tra le parti. Una possibile interpretazione che potrebbe superare questa infelice previsione è quella per la quale con il termine «predefiniti dalle stesse» si intende discorrere di effetti predisposti da entrambe le parti, oltre che soltanto da una di esse come solitamente accade. In tal modo, si ricomprendono nel perimetro della definizione anche i casi in cui gli *smart contract* attuano un regolamento di interessi che è il frutto delle classiche trattative prenegoziali intercorse tra i contraenti. Infine, va altresì ricordato che, in ogni caso, gli effetti non sono soltanto quelli previsti dal predisponente o dai contraenti, bensì anche quelli fissati dalla legge ai sensi dell'art. 1374 c.c.: in tal senso, peraltro, sarebbe più corretto discorrere di effetti "individuati" dalle parti.

Anche il requisito secondo il quale uno *smart contract* vincola automaticamente le parti in conseguenza della sua esecuzione pone dei dubbi. Il termine "esecuzione" potrebbe essere riferito sia al fatto che lo *smart contract*, essendo un programma per elaboratore, viene eseguito (nel senso dell'elaborazione da parte della macchina delle istruzioni in esso contenute), sia all'esecuzione delle obbligazioni e prestazioni in senso stretto. Si osserva in proposito che si tratta di due momenti distinti che in concreto potrebbero non coincidere: l'esecuzione in senso informatico di uno *smart contract* non necessariamente comporta l'esecuzione delle prestazioni contrattuali, qualora, ad esempio, non si avverino le condizioni nello stesso previste, oppure riguardi soltanto una parte di esse,

53 V., Rampone, F.: "Linee guida AGID e il paradosso della forma scritta", *https://associazioneblockchain.it/wp-content/uploads/2020/02/20.02.14-Le-Linee-Guida-dellAgID-su-smart-contract.pdf*, p. 2, il quale afferma quanto segue: «poiché gli utenti, in genere, non partecipano alla stesura di uno smart contract prima di eseguirlo, né comprendono il significato del codice laddove potessero leggerlo, la "predefinizione degli effetti" deve essere intesa in senso restrittivo, come mera selezione delle variabili dello smart contract per indirizzare la sua esecuzione, proprio come la selezione sul pannello di un distributore automatico fa sì che questo eroghi il prodotto scelto».

ad esempio il pagamento tramite criptovalute, presupponendo un contratto già formato. Inoltre, far dipendere il sorgere del vincolo dall'esecuzione del contratto intesa quale esecuzione della prestazione, sembra richiamare l'art. 1327 c.c. relativo alla conclusione del contratto mediante inizio dell'esecuzione e in alcune ipotesi sembra persino far ricadere gli *smart contract* nell'ambito dei contratti reali che si perfezionano al momento della consegna materiale della cosa. In tale ottica, fin quando non sono eseguite le prestazioni, uno *smart contract* non vincolerebbe le parti in quanto non ancora concluso. Siffatta interpretazione comporta dunque dei problemi di diversa natura. Si ipotizzi che due parti decidano di regolare tra loro un determinato rapporto prevedendo, per la fase esecutiva, il ricorso ad uno *smart contract* che a scadenze determinate provveda a trasferire una criptovaluta quale corrispettivo di una prestazione, magari da svolgere *off-chain*. L'oblato di detta prestazione la esegue confidando nello *smart contract*, mentre la parte debitrice della controprestazione, per sfuggire alla stessa, non provvede al deposito sull'indirizzo dello *smart contract* della criptovaluta corrispondente. In questo caso, il contratto non andrebbe in esecuzione in quanto non viene attuato alcun trasferimento e secondo la norma non sarebbe suscettibile di tutela, proprio perché ancora non perfezionato. Oltre a questo aspetto critico sul piano fattuale, va altresì rilevato che gli *smart contract* possono svolgere nel contesto della operazione contrattuale diverse funzioni, generando ad esempio le manifestazioni di volontà dei contraenti, dando esecuzione alle stesse, oppure attuando alcuni aspetti del rapporto o determinando la cessazione delle prestazioni allo scadere del termine finale. È evidente, dunque, che la caratteristica in esame non può essere intesa come riferita a un modo di formazione tipico e necessario dei contratti in cui si fa ricorso a uno *smart contract*. Piuttosto, sembrerebbe potersi ritenere che i negozi in cui è utilizzato uno *smart contract* abbiano piena rilevanza giuridica, a prescindere dalla modalità consensuale o reale con cui si formano, dal tipo di effetti obbligatori e/o reali che producono e dalle modalità di esecuzione. Interpretata in tal senso, la previsione in esame sembrerebbe allora non porre un requisito, ma dare pieno riconoscimento al ruolo svolto dall'esecuzione degli *smart contract*, ossia dei programmi, nella vicenda contrattuale e di conseguenza al relativo contratto. Detto riconoscimento è anche automatico, non essendo richiesto a tal fine alcun altro elemento, come ad esempio un consenso specifico all'uso dello *smart contract* o una dichiarazione di consapevolezza dell'intervento degli stessi emessa da una o da entrambe le parti. Ai fini della individuazione della disciplina applicabile, occorrerà di volta in volta individuare quale operatività hanno detti programmi per comprenderne la funzione (di manifestazione di volontà, di trattativa, di determinazione del contenuto, di esecuzione totale o parziale del rapporto ecc.) nella complessiva vicenda contrattuale.

La seconda parte della disposizione statuisce che lo *smart contract* soddisfa il requisito della forma scritta nel caso di previa identificazione informatica delle

parti interessate, tramite un processo i cui requisiti devono essere fissati da AGID. Pertanto, uno *smart contract* sembra poter soddisfare il requisito della forma scritta. In proposito, va osservato innanzi tutto che tale forma è un *vestimentum* di un contratto ai sensi dell'art. 1325 c.c. per gli atti indicati dall'art. 1350 c.c., non di un programma per elaboratore, il quale può svolgere una serie di funzioni anche soltanto esecutive del programma contrattuale alle quali non è estendibile la forma scritta[54]. Oltre a questi rilievi già decisivi sulla portata della disposizione, si deve considerare che, essendo un programma per elaboratore, in assenza di un'espressa previsione potrebbero sorgere dubbi sulla conformità di uno *smart contract* al requisito dell'immodificabilità di cui all'art. 3, comma 2, del DPCM 13 novembre 2014 e a quanto previsto dall'art. 4, comma 3 del DPCM 22 febbraio 2013 secondo cui non può considerarsi immodificabile un documento informatico che contiene macroistruzioni o codici eseguibili (questi ultimi contenuti, per definizione, in uno *smart contract*). In assenza di una previsione espressa lo *smart contract*, pertanto, potrebbe non essere in grado di rientrare nell'ambito della categoria di documento informatico immodificabile, con la conseguenza che ne verrebbe meno la validità da questo punto di vista.

Tale seconda disposizione sembra inoltre richiamare l'art. 20, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 82 del 2005, che stabilisce i presupposti per cui un documento informatico è idoneo a soddisfare il requisito della forma scritta. Detto art. 20, inoltre, individua anche gli strumenti di attribuzione della paternità del documento informatico (firma elettronica qualificata, firma elettronica avanzata, firma "identificata", nonché firme elettroniche "semplici" a seguito della valutazione del giudice) che consentono di conferirgli tale efficacia.

Ad ogni modo, la definizione di *smart contract* necessita di un approfondimento importante da parte di AGID e forse anche di una rimodulazione. Nella sostanza uno *smart contract* non è altro che una logica di *business* applicata a una transazione effettuata su un registro distribuito, essendo quindi non riconducibile al classico concetto di "contratto" anche da questo punto di vista[55]. L'aspetto più delicato

54 In tal senso, v. Rampone, F.: "Linee guida AGID e il paradosso della forma scritta", cit., p. 2 e 5, ove osserva che «lo smart contract non può avere forma scritta in quanto non è un atto o un contratto, ma solo un ingranaggio digitale. Al contrario, forma scritta può averla la manifestazione di volontà delle parti in ordine alla determinazione degli effetti («effetti predefiniti dalle stesse», art. 8-ter, comma 2, primo periodo). Solo in questa fase di "riempimento" di contenuti specifici dello smart contract può intervenire un protocollo che conferisca forma scritta (art. 2702 c.c.) alla manifestazione di volontà dell'utente (o delle parti). Se dobbiamo infatti riconoscere - come effettivamente è - che l'utente ha di fronte una vending machine virtuale e che la sua manifestazione di volontà è limitata al più alle sole variabili da lui selezionate nello smart contract, dobbiamo allora riconoscere che l'art. 8-ter nella sua attuale formulazione estende la forma scritta anche ad elementi che non sono manifestazioni di volontà. Si finisce infatti per attribuire il requisito della forma scritta a cose (la vending machine, *aka* smart contract) o a fatti e comportamenti (la mera esecuzione di un programma per elaboratore)».

55 Secondo Rampone, F.: "Linee guida AGID e il paradosso della forma scritta", cit., p. 2, il sillogismo espresso dalla norma sulla forma degli *smart contract* [«A. tutti gli smart contract sono programmi per elaboratore; B. gli smart contract (a certe condizioni) soddisfano la forma scritta; C. la forma scritta è attributo di atti e contratti; quindi: D. i programmi per elaboratore sono atti e contratti, sono cioè atti umani o

è proprio dovuto al fatto che il vero vantaggio di uno *smart contract* rispetto ad un generico *software* è la possibilità di poter automaticamente dare esecuzione delle logiche codificate rispetto ad *asset* tracciati sul registro distribuito. Per meglio chiarire questo concetto si pensi ad esempio a un registro distribuito che tracci *asset* puramente digitali e quindi esistenti unicamente sullo stesso registro (ad esempio, voti, euro, *bitcoin* o altre *cryptocurrencies*). In questo caso, uno *smart contract* è in grado, da solo, di dare esecuzione alle regole di *business* in esso codificate: "permetti l'assegnazione di un voto solo se il chiamante non ha già effettuato altre transazioni in passato". Lo *smart contract* è autonomo nel decidere se la transazione è lecita e non necessita di intervento da parte di soggetti esterni. Le potenzialità degli *smart contract* al di fuori dell'*enforcement* automatico di regole di *business* codificate sono marginali: l'identificazione certa, la non ripudiabilità, la codifica informatizzata ecc., sono caratteristiche offerte da molte tecnologie preesistenti come la crittografia PKI, la *digital identity* o le funzioni di *hashing*.

Detto vantaggio, però, lo si può sfruttare solo in contesti in cui lo *smart contract* agisce su *asset* tracciati dal registro distribuito: nel caso in cui l'*asset* sia presente nel mondo reale, ma solo rappresentato in formato digitale su una *blockchain*, allora lo *smart contract* ha bisogno di supporto dal mondo esterno. Ad esempio, un registro distribuito che traccia proprietà fisiche (come beni immobili o auto), avrà al suo interno *asset* univoci che fanno riferimento al mondo reale. In questi casi, tuttavia, uno *smart contract* non è in grado di effettuare *enforcing* delle logiche di *business*: è possibile verificare attraverso uno *smart contract* il passaggio da un proprietario (ad esempio, lo scrivente) ad un altro (ad esempio, il lettore), tuttavia quello sarà solo un passaggio della rappresentazione digitale. Nel mondo reale lo scrivente potrebbe rifiutarsi di cedere la proprietà dell'oggetto al lettore.

Qui entra in gioco la regolamentazione e, dunque, le specifiche tecniche dell'AGID: definire come e quando è possibile creare una relazione tra ciò che appartiene al mondo fisico/reale ed il relativo *digital twin* tracciato nel registro distribuito, in modo che uno scambio effettuato sul registro (*on-chain*) da uno *smart contract* sia legale (ed *enforceable*) anche per il suo corrispondente nel mondo reale.

Inoltre, sia per quanto riguarda il caso di *asset* puramente digitale sia quello di *digital twin*, il lavoro di AGID è molto delicato: dando piena efficacia a uno

manifestazioni di volontà che assumono rilevanza per l›ordinamento giuridico»] è «paradossale. Tanto più se consideriamo un elemento niente affatto secondario, e cioè che il contenuto di uno smart contract non è quasi mai intellegibile alle parti e non può quindi costituire espressione della loro volontà: non può cioè essere nemmeno un *atto umano*, trattandosi semmai di un fatto, ovvero un elemento esterno che preesiste rispetto alla volontà e coscienza delle parti (è lontanamente paragonabile ad un modulo o formulario *ex* art. 1342 c.c. scritto in una lingua incomprensibile all'aderente). Come ho sottolineato molte volte, uno smart contract è un'istruzione rivolta ad una macchina e non un *medium* del dialogo tra esseri umani che invece si svolge sul differente piano del linguaggio naturale» (i corsivi sono nel testo).

smart contract, sembrerebbe confermarsi quell'aspetto che è stato definito *code-is-law*[56]. A prescindere dal fatto che il codice non è la legge del contratto, ma soltanto - appunto - un codice di programma, l'esperienza insegna che gli *smart contract* possono essere soggetti a malfunzionamenti e *bug* che possono essere sfruttati da attori malevoli per far eseguire a detti programmi istruzioni non espressamente volute dall'utilizzatore o dall'autore. In questi casi, occorre fare attenzione: se valesse la logica del *code-is-law*, allora anche le azioni non volute (potenzialmente fraudolente) sarebbero considerabili come 'legali' e quindi fonte di pretese tutelabili. Diversamente, invece, si dovrebbe valutare caso per caso cosa è accaduto in concreto in relazione ai parametri normativi per concedere o negare tutela secondo la conformità di quanto previsto dal codice alla normativa. Un possibile accorgimento da adottare da un punto di vista tecnico potrebbe essere quello di prevedere la necessità per ciascuno *smart contract* di includere l'*hash* di un contratto tradizionale che descriva a parole quello che è stato codificato nello *smart contract*. Alcune tecnologie (cfr. Corda) hanno introdotto questo concetto di *Legal Prose*: se un attore malevolo dovesse sfruttare un *bug* del codice per eseguire delle operazioni non previste dalla *Legal Prose*, allora la transazione potrebbe essere ritenuta invalida e l'attore malevolo sarebbe costretto ad effettuare la transazione contraria (nel caso di *asset* reali non ci sarebbe tutela). Ad ogni modo, sarà necessario uno studio attento dei possibili risvolti delle specifiche proposte da AGID.

Nel complesso, comunque, l'approccio seguito dal legislatore italiano sembra inserirsi nel dibattito internazionale sugli *smart contract* e sulle *blockchain*. Va però evidenziato che queste tecnologie sono deputate a essere applicate in tutta l'Unione Europea, oltre che nel mondo. Questo pone dei problemi dal punto di vista normativo sia per i profili evidenziati nella citata Risoluzione UE (giurisdizione, certezza della validità delle firme elettroniche utilizzate), sia per i possibili conflitti che potrebbero sorgere tra i diversi principi e istituti giuridici applicati nei Paesi membri. Più opportunamente forse si dovrebbe tener conto di tali aspetti, non cercando di regolare nel dettaglio requisiti e validità degli *smart contract*, ma ponendo quelle regole necessarie ad incentivarne l'utilizzo eliminando le incertezze degli operatori, senza creare conflitti interpretativi e normativi.

56 Sul tema, v gli scritti di Lessing, L.: *Code: And Other Laws of Cyberspace. Version 2.0,* New York, 2006, e Id.: *Code,* nonché Id.: "Code Is Law. On Liberty in Cyberspace", *Harvard Magazine*, 1.1.2000 (*https://www.harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html*). In argomento, v. anche Hassan, S. e De Filippi, P.: "The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code", *Field Actions Science Reports The journal of field actions*, *Special Issue* 17|2017, *Artificial Intelligence and Robotics in the City,* scaricabile alla *URL: https://journals.openedition.org/factsreports/4518*; De Filippi, P. e Wright, A.: *Blockchain and the Law. The Rule of Code*, Harvard, 2018.

IV. CONSIDERAZIONE SULLA *LEGAL TECH*.

Sulla base di quanto esposto a proposito della *AI*, della *blockchain* e degli *smart contract* sinteticamente si possono svolgere le seguenti considerazioni di portata generale che riguardano la c.d. *Legal Tech*.

Sicuramente non può essere stigmatizzato il ricorso a *blockchain* e *smart contract* in sede di negoziazione e di esecuzione del contratto. I vantaggi sono sotto gli occhi di tutti: grande agevolazione nel trovare ciò che serve in rete con incremento quindi di opportunità per clienti e offerenti, facilitazione nell'acquisto di beni e servizi a distanza, riduzione dei costi di produzione e transazione e conseguente abbassamento dei prezzi.

Del pari, sono però evidenti anche gli svantaggi legati al ricorso dei suddetti strumenti digitali: negazione di diritti di autotutela ai clienti, eccessiva rigidità nei processi di formazione ed esecuzione del contratto, in ultima analisi possibilità di lesione anche dei diritti fondamentali delle persone.

A tutto questo è possibile porre rimedio con adeguati e mirati interventi legislativi, là dove lo si ritenga necessario. Ma il presidio più importante resta in ogni caso questo: l'interpretazione del contratto e della legge deve essere considerata un'attività esclusivamente umana, che pertanto non può essere affidata ad un programma, algoritmo o intelligenza artificiale che sia. Come è stato autorevolmente affermato, l'interprete opera non soltanto come giurista, ma anche come psicologo, sociologo, esperto di linguistica, esperto del settore ecc. che valuta dei fatti collocati nella realtà unitaria per coglierne il valore e attuare la Costituzione nella individuazione della normativa da applicare al caso concreto[57]. Il giurista interviene dunque nel processo ermeneutico sia come tecnico caratterizzato da una propria cultura giuridica e non solo, sia come persona che ha una propria sensibilità ed un vissuto fatto di esperienze di vita e di relazioni umane. Tutto questo non può essere replicato da un programma e

57 Rizzo, V.: *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Esi, Camerino-Napoli, 1985, p. 11 ss.

semmai soltanto con grandi difficoltà da una intelligenza artificiale[58], almeno allo stato attuale dell'evoluzione tecnologica[59].

Ne consegue allora che anche l'elaborazione di sentenze e decisioni analoghe, come i lodi arbitrali, è un'attività umana non delegabile a programmi, algoritmi o all'intelligenza artificiale[60]. Da parte di alcuni si ventila invece l'opportunità di affidare funzioni giudicanti a tali sistemi[61]. Sul punto, nell'economia di questo scritto si ritiene sufficiente muovere, tra le altre, quattro critiche a questa tendenza[62].

La prima è quella di metodo. Come verrebbero prodotte queste decisioni? Nella letteratura tedesca si discorre in proposito di algoritmi di sussunzione e di ricostruzione dogmatica delle decisioni di futuri programmi in base agli elementi legali della fattispecie[63]. Ma se si ritorna alla sussunzione, si rischia di negare rilievo alle circostanze del caso concreto e alla valutazione del fatto e dei valori da esso espressi. In generale, allora questo sembra configurarsi come un ritorno al formalismo insito nella dialettica fatto-norma, negando quella fatto-valore e affermando così un metodo formalistico digitale simile a quello degli inizi del

58 Sull'intelligenza artificiale, v. il libro bianco realizzato dall'AGID, *L'intelligenza artificiale al servizio del cittadino*, versione 1.0, marzo 2020, in *https://ia.italia.it/assets/librobianco.pdf*, ove se ne prospettano le diverse possibili applicazioni: «L'Intelligenza Artificiale, oggi, può guidare al posto nostro, prendersi cura delle persone anziane o malate, svolgere lavori pericolosi o usuranti, aiutarci a prendere decisioni ponderate, basate sulla gestione razionale di grandi moli di dati. Ci può permettere di comunicare in lingue che non conosciamo, può seguirci nello studio e aumentare le esperienze culturali o di intrattenimento a nostra disposizione. Nella Pubblica amministrazione può essere utilizzata con profitto nel sistema sanitario, scolastico, giudiziario, nel pubblico impiego, nella sicurezza e, più in generale, nella gestione delle relazioni coi cittadini, che possono venire semplificate e rese allo stesso tempo più efficaci, veloci ed efficienti». Sui complessi rapporti tra intelligenza artificiale e diritto, tra gli altri, v. Ruffolo, U. (a cura di): *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, cit.; *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile*, cit.; Santosuosso, A.: *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Giuffrè, Milano, 2020; Ashley, K.D.: *Articificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambrigde University Press, 2014; Sartor, G.: *Intelligenza artificiale e diritto. Un'introduzione*, Giuffrè, Milano, 1996; in argomento, v. anche la sezione monografica del fasc. 7/2019 della rivista *Giur. it*., dedicato al tema «Intelligenza Artificiale e diritto», a cura di E. Gabrielli e U. Ruffolo.

59 V., AGID, *L'intelligenza artificiale al servizio del cittadino*, cit., p. 10: «l'Intelligenza Artificiale non è ancora in grado di riprodurre il funzionamento complesso della mente umana, ma solo alcune sue capacità circoscritte. Uno degli obiettivi è dunque quello di rendere queste tecnologie un po' più simili al nostro modo di relazionarci col mondo, pur essendo qualcosa ancora da costruire».

60 In tal senso, Gambino, A.: "I sette vizi capitali dei giudici-robot (tra blockchain e AI)", ù*www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/i-sette-vizi-capitali-dei-giudici-robot-tra-blockchain-e-ai*, 11 dicembre 2018; Kaissis, A.: "Recourse to Courts in times of Alternative Dispute Resolution and Disruptive Technologies", in Apalagaki, C. e Pipsou, L.-M. (a cura di): *Dikaio Choris Synora - Liber Amicorum Athanassios Kaissis*, Atene-Salonicco, 2018., p. 301 ss. (la traduzione del titolo dal greco all'inglese è del Prof. Kaissis).

61 Cfr., ad esempio, Fries, M.: "PayPal Law and Legal Tech - Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2016, p. 2862 ss. e 2684 ss., il quale discorre di «Digitalisierung der Justiz»; Heckelmann, M.: *Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts*, cit., p. 509 s., il quale parla di «Smart Judge» e si chiede «Warum soll Software nicht imstande sein, eines Tages auch die Rolle eines Richters zu übernehmen?».

62 Cfr., in argomento, Messinetti, R.: "La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata", *Contr. impr.*, 2019, p. 861 ss.

63 Cfr., Fries, M.: *PayPal Law and Legal Tech - Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?*, cit., p. 2862 ss. e 2684 ss., ove utilizza il termine «Subsumtionsautomat», e p. 2865.

ventesimo secolo che l'attuale teoria dell'interpretazione ha superato in molti paesi, dando così piena attuazione al dettato costituzionale[64].

La seconda è quella della controllabilità delle sentenze. La correttezza della decisione adottata da un algoritmo può essere soltanto limitata alla corrispondenza tra i precedenti e la decisione concreta? Se così è, per un verso, la motivazione non avrebbe più alcun ruolo e con essa il procedimento argomentativo assiologico che porta ad adottare la sentenza e a consentirne il controllo di conformità al sistema complessivo; per l'altro, si pone il problema dei fatti nuovi mai decisi prima e, soprattutto, dell'evoluzione dell'ordinamento e della interpretazione che genera nuovi orientamenti in superamento di quelli precedenti anche in ragione del mutato contesto socio economico di riferimento, che una macchina non è per definizione in grado di conoscere e considerare.

La terza critica è quella relativa alla tutela della persona. Un algoritmo che operi in base alla fattispecie e alle precedenti decisioni applicative di una norma rischia in molti casi di negare protezione alla personalità umana. In proposito, è paradigmatico un famoso caso deciso dal *BVerfG* in materia di fideiussione bancaria sottoscritta dal figlio a favore dei genitori: pur se la fideiussione era in sé e per sé inoppugnabile, i Giudici costituzionali tedeschi l'hanno dichiarata nulla in quanto negava i diritti fondamentali del figlio, costretto per tutta la sua esistenza per tentare di restituire un mutuo che lo avrebbe schiacciato e gli avrebbe negato il diritto a perseguire una vita felice[65]. Come avrebbe deciso un algoritmo?

Quarta critica è quella dell'accettazione sociale di un programma che giudica, quindi di uno *smart judge*. Come reagirebbe un cittadino di fronte alla decisione emessa da un programma che gli dà torto, magari nei confronti di una impresa? La questione non è certamente di stretto diritto, ma impatta pienamente sulla visione della giustizia nella collettività. Mettendola seriamente in discussione. La conseguenza è che ci potrebbe essere una reazione di rifiuto del "giudice macchina" che porterebbe anche a porne in dubbio la sua imparzialità, posto che si tratta di sistemi programmati da imprese che peraltro sono tanto difficilmente

64 Per tutti, v. Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4 ed., Esi, Napoli, 2020, p. 278 ss.

65 *BVerfG*, 19 ottobre 1993, in *Neue jur. Wochenschr.*, 1994, p. 36 ss.: «Die Zivilgerichte müssen – insbesondere bei der Konkretisierung und Anwendung von Generalklausel wie § 138 und 242 BGB – die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2 I GG beachten. Daraus ergibt sich ihre Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträgen, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind»; tra gli altri, sulla decisione v., oltre al commento di Adomeit, K.: *Die gestörte Vertragsparität - ein Trugbild*, *ivi*, p. 2467 ss. e alla critica (di portata piú generale) di Medicus, D.: *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht? Erscheinungsformen, Gefahren, Abhilfen*, Köln, 1994, p. 7 ss., la nota di Barenghi, A.: "Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco", *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 202 ss., e Id.: "Il dibattito tedesco sulla fideiussione bancaria: a proposito di un recente saggio", *Banca borsa tit. cred.*, 1995, p. 101 ss.; in argomento v. Di Nella, L.: "La tutela del garante nell'esperienza tedesca e negli ordinamenti europeo e italiano: la Mithaftung von Nahbereichpersonen", *Rassegna di diritto civile*, 2012, 4, p. 1191 ss.

controllabili anche da tecnici esperti, quanto facilmente manipolabili e indirizzabili verso certi esiti da chi abbia i mezzi e la possibilità di farlo.

In conclusione, si ritiene fondato il timore di chi paventa che le nuove tecnologie del ventunesimo secolo possano annullare la rivoluzione umanistica, qualora l'uomo si spogli della prerogativa di giudicare e lo affidi ad algoritmi[66]. Con questo non si vuol escludere l'evoluzione tecnologica dall'àmbito del diritto[67]: la *Legal Tech* deve supportare in modo sostenibile le attività degli operatori, non sostituirsi ad essi disumanizzando l'esperienza giuridica. La complessità e imprevedibilità dei sistemi aperti come quelli dei rapporti umani non è infatti paragonabile alla complessità di sistemi chiusi come quelli riferiti, ad esempio, a macchine, cose, fenomeni fisici, gioco degli scacchi o quant'altro.

V. L'IMPATTO DELLE NUOVE TECNOLOGIE SUI MERCATI: L'ECONOMIA DELLA PIATTAFORMA; I MERCATI FINANZIARI E LE NEGOZIAZIONI ALGORITMICHE.

La potenza computazionale dei nuovi strumenti modifica anche il paradigma di funzionamento di alcuni mercati.

L'economia della piattaforma è incentrata sulla integrazione delle risorse: tutti gli attori sono beneficiari di un servizio scambiato e sono coinvolti nel generare un valore che diviene dunque sistemico e co-generato.

L'esempio di *Airbnb* aiuta a comprendere la nuova realtà. Si tratta di un portale *online* che mette in contatto persone in cerca di un alloggio o di una camera per brevi periodi, con persone, generalmente privati, che dispongono di uno spazio extra di qualsiasi tipo da affittare. *Airbnb* mette a disposizione la risorsa della piattaforma. A sua volta, chi dispone di uno spazio, integra la propria risorsa (ad esempio, la casa) per attivare il servizio creando una inserzione di offerta. Il prodotto della piattaforma è il servizio o esperienza di locazione che viene creato mettendo insieme le risorse degli attori dell'ecosistema. Chi usa la stanza, integra la propria risorsa cognitiva (tempo di ricerca nella piattaforma, capacità di muoversi, *social rating*).

66 Questo l'ammonimento di Harari, Y.N.: *Homo Deus. Eine Geschichte von Morgen*, traduzione dall'inglese di A. Wirthensohn, 2017, München, p. 465.

67 In Italia, il Consiglio di Stato (Cons. Stato, 8 aprile 2019, n. 2270, sulla quale v. Prosperetti, E.: "Obbligo di motivazione e procedimenti in cui non è nota a priori la logica dell'algoritmo", *www.dirittomercatotecnologia.it.*), seguendo la dottrina maggioritaria, ha deciso che il ricorso a *software* di produzione automatica di provvedimenti amministrativi sia ammissibile solo riguardo all'attività vincolata della p.a. in cui vi è, per definizione, corrispondenza univoca tra dati da esaminare, regole da applicare e risultato del procedimento, senza spazi di elasticità, in perfetta consonanza con la logica deterministica che è propria dell'elaborazione elettronica: in argomento, con ampi riferimenti di letteratura, v. di Martino, A.: "Intelligenza artificiale e decisione amministrativa automatizzata", *Tecn. dir.*, 2020, 1, p. 83 ss.

In questo tipo di mercato, dunque, il valore si crea con l'uso, in rete e tramite lo scambio. Il consumatore assume un ulteriore ruolo di co-creatore. Qualcuno, forse non del tutto correttamente, asserisce che il consumatore non è più al centro del sistema: l'affermazione non è corretta, poiché il problema delle asimmetrie informative e della posizione di forza della controparte permangono comunque. A prescindere da questo aspetto, sicuramente si può dire che il valore è ecosistemico.

La nuova tecnologia incide radicalmente anche sul funzionamento di mercati tradizionali. Tra gli altri, questo è il caso dei mercati finanziari e delle negoziazioni algoritmiche ad altra frequenza, regolate dalla Direttiva 2014/65/UE (MifID II).

La tecnologia della negoziazione ha subito una profonda evoluzione nell'ultimo decennio. Attualmente numerosi partecipanti al mercato utilizzano la negoziazione algoritmica. Questa è definita in maniera ampia, al fine di ricomprendere qualsiasi modalità di negoziazione in cui un algoritmo calcolato tramite computer determina automaticamente parametri individuali di ordini (ossia momento di immissione dell'ordine, tempi di esecuzione, prezzo o quantità dell'ordine) senza alcun intervento umano, pur se limitato (art. 4, § 1, n. 39 dir.)[68]. Questa definizione ricomprende inevitabilmente un numero elevato di sistemi elettronici.

I rischi derivanti dal ricorso a siffatta tecnologia sono ora oggetto di regolamentazione. Innanzi tutto, la negoziazione algoritmica viene intesa in un modo specifico in relazione alla disciplina in esame e al suo scopo: la sua definizione è pertanto indipendente da definizioni quali quella di «attività di supporto agli scambi (*market making*)» di cui al Regolamento n. 236/2012[69]. Le imprese di investimento che effettuano negoziazioni algoritmiche perseguendo una strategia di *market making* sono tenute ad attivare controlli e sistemi adeguati per siffatta attività. Esse devono svolgere la stessa in modo continuo in una fascia specifica dell'orario di contrattazione della sede di negoziazione, garantendo che detta fascia sia rilevante rispetto all'orario di contrattazione totale, tenuto conto della liquidità, delle dimensioni nonché della natura del mercato specifico e delle caratteristiche degli strumenti finanziari negoziati[70].

68 V. in proposito il *considerando* 59 dir.: tale è quella svolta con un algoritmo informatizzato che determina automaticamente taluni aspetti di un ordine con intervento umano minimo o nullo; secondo lo stesso considerando, «l'utilizzo di algoritmi nel trattamento post-negoziazione delle operazioni eseguite non costituisce una negoziazione algoritmica».

69 Regolamento (UE) n. 236/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 marzo 2012, relativo alle vendite allo scoperto e a taluni aspetti dei contratti derivati aventi ad oggetto la copertura del rischio di inadempimento dell'emittente (*credit default swap*), in GUUE L 86 del 24.3.2012, pag. 1; in argomento v. il *considerando* n. 60: «Le imprese di investimento che effettuano negoziazioni algoritmiche perseguendo una strategia di "market making" dovrebbero porre in essere controlli e sistemi adeguati per tale attività. Tale attività dovrebbe essere intesa in un modo specifico in relazione al suo contesto e al suo scopo. La definizione di tale attività è pertanto indipendente da definizioni quali quella di "attività di supporto agli scambi (market making)" di cui al regolamento (UE) n. 236/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio».

70 Così il *considerando* n. 59 dir.

Un tipo specifico è costituito dalla «negoziazione algoritmica ad alta frequenza» (art. 17, § 2, comma 5, dir.), per la quale «un sistema di negoziazione analizza dati o segnali del mercato a velocità elevata per poi inviare o aggiornare un gran numero di ordini entro un tempo brevissimo in risposta all'analisi»[71]. Tale tecnica è caratterizzata da: «a) infrastrutture volte a ridurre al minimo le latenze di rete e di altro genere, compresa almeno una delle strutture per l'inserimento algoritmico dell'ordine: co-ubicazione, *hosting* di prossimità o accesso elettronico diretto a velocità elevata; b) determinazione da parte del sistema dell'inizializzazione, generazione, trasmissione o esecuzione dell'ordine senza intervento umano per il singolo ordine o negoziazione, e c) elevato traffico infragiornaliero di messaggi consistenti in ordini, quotazioni o cancellazioni» (art. 4, § 1, n. 40 dir.). Siffatta negoziazione contiene dunque requisiti quali l'inizializzazione, la generazione, la trasmissione e l'esecuzione dell'ordine che sono determinati dal sistema senza intervento umano per ciascun singolo ordine o negoziazione, un tempo breve per la creazione e la liquidazione delle posizioni, un elevato indice giornaliero di rotazione del portafoglio, un elevato rapporto infragiornaliero ordini/operazioni e la chiusura del giorno di negoziazione in una posizione *flat*, o prossima a essa. Nel «determinare che cosa costituisce un traffico infragiornaliero elevato di messaggi, si dovrebbe tenere conto dell'identità del cliente al quale è riconducibile l'attività in ultima analisi, della lunghezza del periodo di osservazione, della comparazione con l'attività complessiva del mercato durante tale periodo e della concentrazione o frammentazione relativa di attività»[72].

La negoziazione algoritmica ad alta frequenza è generalmente utilizzata dagli operatori che impegnano capitale proprio per la negoziazione e, anziché essere una strategia in sé, consiste piuttosto nell'uso di tecnologie sofisticate per attuare strategie di negoziazione più tradizionali, come le attività di supporto agli scambi (*market making*) o l'arbitraggio.

Il ricorso della tecnica ad alta frequenza è facilitato dalla co-ubicazione degli impianti dei partecipanti al mercato in stretta vicinanza fisica al motore di confronto di una sede di negoziazione. Al fine di garantire condizioni di ordinato e corretto svolgimento delle negoziazioni, è indispensabile richiedere alle sedi di negoziazione di fornire tali servizi di co-ubicazione su base non discriminatoria, equa e trasparente (art. 48, § 8, dir.)[73].

Siffatta nuova tecnica reca con sé ovviamente vantaggi e svantaggi. Quanto ai vantaggi, essa ha aumentato la velocità, la capacità e la complessità delle modalità di negoziazione degli investitori; ha consentito agli operatori dei mercati di facilitare

71 V. il *considerando* n. 61 dir.

72 Così il *considerando* n. 61 dir.

73 V. il *considerando* n. 62 dir.

l'accesso elettronico diretto agli stessi per i loro clienti mediante l'utilizzo dei loro sistemi di negoziazione oppure tramite l'accesso diretto ai mercati o l'accesso sponsorizzato[74]. In generale, dunque questa tipologia di negoziazione ha apportato vantaggi sia al mercato, sia ai partecipanti, quali l'opportunità di una più ampia partecipazione agli scambi, un aumento di liquidità, dei differenziali più ridotti, una minore volatilità a breve termine e i mezzi per ottenere una migliore esecuzione degli ordini per i clienti.

Quanto agli svantaggi, tale tecnica è anche fonte di una serie di problemi, quali un aumento del rischio di sovraccarico dei sistemi nelle sedi di negoziazione a causa del gran numero di ordini, i rischi che vengano generati ordini erronei o doppi o che comunque i sistemi non funzionino correttamente e generino così disordine nel mercato. Esiste inoltre il rischio che i sistemi di negoziazione algoritmica reagiscano in modo eccessivo ad alcuni eventi, esacerbando così la volatilità, qualora preesista un problema di mercato. Infine, come ogni altra tradizionale forma, anche la negoziazione algoritmica e quella ad alta frequenza, se non utilizzate correttamente, possono prestarsi a talune forme abusive di comportamento, vietate dalla normativa sugli abusi di mercato[75]. Considerati i vantaggi in termini di informazione forniti a chi la pratica, la negoziazione ad alta frequenza può anche indurre gli investitori a scegliere di effettuare gli scambi nelle sedi dove possono evitare contatti con gli operatori che effettuano siffatte negoziazioni.

Molto importante è l'introduzione di norme per l'utilizzo di algoritmi per lo svolgimento delle negoziazioni (art. 17 dir.). In particolare, è opportuno sottoporre le tecniche ad alta frequenza che rispondono a determinate caratteristiche a uno speciale controllo regolamentare. Sebbene si tratti prevalentemente di tecniche basate sulla negoziazione per conto proprio, il controllo regolamentare deve riguardare anche i casi in cui l'esecuzione della tecnica è strutturata in modo tale da evitare che si svolga per conto proprio. Per mitigare tali rischi potenziali derivanti da un maggior ricorso alla tecnologia, la nuova disciplina ha approntato una combinazione di misure e controlli specifici del rischio diretti alle imprese

74 Secondo l'art. 4, § 1, n. 41: l'«accesso elettronico diretto» è «un accordo in base al quale un membro di una sede di negoziazione o un suo partecipante o cliente consente a una persona di utilizzare il proprio codice di negoziazione in modo da trasmettere per via elettronica ordini relativi a uno strumento finanziario direttamente alla sede di negoziazione e comprende gli accordi che implicano l'utilizzo da parte della persona dell'infrastruttura del membro, del partecipante o del cliente, o di qualsiasi sistema di collegamento fornito dal membro, partecipante o cliente per trasmettere gli ordini (accesso diretto al mercato) e gli accordi che non prevedono l'uso di una siffatta infrastruttura da parte di tale persona (accesso sponsorizzato)».

75 L'art. 12, comma 2, lett. *c*, reg. n. 396/2014 ha esteso la definizione di manipolazione del mercato anche agli ordini di negoziazione effettuati attraverso mezzi elettronici, come le strategie di negoziazione algoritmiche e ad alta frequenza. In proposito, v. il considerando n. 68 dir.: «Al fine di garantire il mantenimento dell'integrità del mercato in seguito agli sviluppi tecnologici nei mercati finanziari, l'ESMA dovrebbe periodicamente avvalersi dei contributi degli esperti nazionali sugli sviluppi relativi alla tecnologia di negoziazione, compresa la negoziazione ad alta frequenza e le nuove pratiche suscettibili di costituire abusi di mercato, per identificare e promuovere strategie efficaci di prevenzione e trattamento di tali abusi».

che effettuano negoziazioni algoritmiche o adottano tecniche di negoziazione algoritmica ad alta frequenza e che forniscono un accesso elettronico diretto, e di altre misure dirette ai gestori delle sedi di negoziazione a cui tali imprese hanno accesso[76]. Gli interventi si diramano così in due direzioni.

Per un verso, al fine di potenziare la "resistenza"[77] dei mercati agli sviluppi tecnologici, le misure e i controlli devono rispecchiare gli orientamenti tecnici adottati dall'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati ESMA[78], emanati nel febbraio 2012 ed intitolati «Sistemi e controlli in un ambiente di negoziazione automatizzato per piattaforme di negoziazione, imprese di investimento e autorità competenti»[79]. È importante poi che tutte le imprese che effettuano negoziazioni algoritmiche ad alta frequenza siano autorizzate (artt. 44, 48 dir.). Tale autorizzazione deve garantire che siano soggette ai requisiti di organizzazione previsti dalla MiFID II e ad un'adeguata vigilanza. Tuttavia, gli enti che sono autorizzati e controllati a norma del diritto europeo sul settore finanziario ed esenti dall'applicazione della disciplina in materia, ma che effettuano negoziazioni algoritmiche, devono essere soggetti alle misure e ai controlli volti a contrastare il rischio specifico derivante da tali tipi di negoziazione. In tal senso, l'ESMA è chiamata a svolgere un importante ruolo di coordinamento, definendo le idonee dimensioni dello scostamento di prezzo, così da assicurare l'ordinato funzionamento dei mercati dell'Unione[80]. Proprio al fine di assicurare una vigilanza efficace e di consentire alle autorità competenti di adottare misure adeguate e tempestive contro le strategie algoritmiche difettose o scorrette, è necessario segnalare tutti gli ordini generati mediante negoziazione algoritmica. Attraverso la segnalazione, le autorità competenti sono in grado di identificare e distinguere gli ordini provenienti da algoritmi differenti e di ricostruire e valutare efficacemente le strategie utilizzate dagli operatori che adottano siffatte negoziazioni. Ciò dovrebbe attenuare il rischio che gli ordini non siano assegnati inequivocabilmente a una strategia algoritmica o a un operatore. La segnalazione consente alle autorità competenti di reagire in modo efficiente ed efficace contro le strategie di negoziazione algoritmica che costituiscono un comportamento vietato o creano rischi per il corretto funzionamento del mercato[81].

76 Cfr. il *considerando* n. 63 dir.

77 L'art. 48 dir. discorre di «Resilienza dei sistemi» e di «interruttori di circuito», mentre nella versione tedesca della MiFID II sono utilizzate le espressioni «Belastbarkeit der Systeme» e «Notfallsicherungen („circuit breakers")», ossia di capacità di resistenza dei sistemi e di interruttori di sicurezza.

78 V., Mezzacapo, S.: *La regolamentazione dell'*algorithmic trading *nell'UE*, in Troiano, V. e Motrone, R. (a cura di), *La MiFID II. Rapporti con la clientela - regole di* governance *- mercati*, cit., p. 341 ss.

79 «Systems and controls in an automated trading environment for trading platforms, investment firms and competent authorities» - ESMA/2012/122, febbraio 2012.

80 V. il considerando n. 63 dir.

81 Così, il *considerando* n. 67 dir.

Per l'altro, sia le imprese di investimento, sia le sedi di negoziazione devono provvedere affinché siano messe in atto solide misure per assicurare che le tecniche di negoziazione algoritmica o di negoziazione algoritmica ad alta frequenza non creino un mercato disordinato e non possano essere utilizzate per porre in essere comportamenti abusivi o vietati dalle sedi di negoziazione ad esse collegate. Le sedi di negoziazione devono inoltre garantire che i loro sistemi di negoziazione siano resistenti e adeguatamente testati per far fronte ad un aumento del flusso degli ordini o a condizioni critiche dei mercati e che presso le sedi di negoziazione siano in funzione degli interruttori per arrestare temporaneamente o vincolare le negoziazioni se si verificano all'improvviso movimenti di prezzo inattesi (art. 17, § 1, dir.)[82].

Oltre alle predette misure, la nuova disciplina vieta alle imprese di investimento di fornire ai clienti un accesso elettronico diretto ai mercati, se tale accesso non è soggetto a sistemi e controlli adeguati. Indipendentemente dalla forma di accesso elettronico diretto fornito, le imprese devono valutare e riesaminare l'idoneità dei clienti che utilizzano tale servizio e provvedere affinché siano imposti controlli del rischio connesso all'utilizzo del servizio: senza tali controlli, è vietato l'accesso elettronico diretto. Esse sono anche responsabili per le negoziazioni effettuate dai loro clienti mediante l'uso dei loro sistemi o l'utilizzo dei loro codici di negoziazione (art. 17, § 5, commi 1 e 2, dir.). Requisiti di organizzazione dettagliati concernenti tali nuove forme di negoziazione devono essere prescritti in modo più circostanziato nelle norme tecniche di regolamentazione. In tal modo si assicura che i requisiti possano essere modificati in funzione della necessità di tener conto tempestivamente di ulteriori innovazioni e sviluppi in tale settore[83].

VI. LA CIRCOLAZIONE DEI DATI PERSONALI E LE TUTELE.

Le nuove tecnologie hanno contribuito anche alla creazione del mercato dei dati personali, divenuto oramai una realtà economica molto significativa che porta a discorrere di una nuova economia *data driven*[84]. In estrema sintesi, in questo mercato molti servizi (ad esempio, *social network*) vengono offerti in rete ai consumatori ai quali viene chiesto di prestare il consenso al trattamento dei propri dati personali per finalità ulteriori da quelle legate alla mera prestazione del servizio, senza che ciò costituisca una condizione necessaria per l'erogazione.

82 V. il *considerando* 64 dir.

83 Cfr. il *considerando* n. 66 dir.

84 In argomento, v. Ricciuto, V.: "La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno", *Dir. inf.*, 2018, p. 689 ss.; Resta, G.: "I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679", in AA. VV.: *Fornitura di servizi digitali e «pagamento» con la prestazione dei dati personali. Un discusso profilo dell'economia digitale* (a cura di V. Ricciuto e C. Solinas), Milano, 2022, p. 53, ove si evidenzia che i dati personali, come i dati *tout court*, possiedono oggi un rilevante valore economico: l'«intero sistema dell'industria 4.0, che è tipicamente *data driven*, non può essere compreso prescindendo da tale assunto».

Il senso e il valore economico di questa operazione si colgono nel fatto che l'operatore che chiede, e magari ottiene, i dati personali, li utilizza esso stesso per rielaborarli oppure li cede a terzi, questa volta dietro il pagamento di un "classico" corrispettivo, affinché li si possa utilizzare per varie finalità quali ad esempio indagini di mercato, analisi dell'andamento degli orientamenti culturali, politici e sociali ecc.[85]. Il tema della circolazione dei dati personali nel mercato "digitale" si pone dunque con forza all'attenzione del giurista.

Un importante caso in materia è stato deciso con il provvedimento n. 27432 del 2018 dell'Autorità *antitrust* che ha riconosciuto l'esistenza di una pratica commerciale scorretta e ha sanzionato *Facebook Ireland Ltd.* e la sua controllante *Facebook Inc.*[86]. L'Autorità ha accertato che *Facebook*, in violazione degli artt. 21 e 22 c. cons., ha indotto ingannevolmente gli utenti consumatori a registrarsi nella sua piattaforma, non informandoli adeguatamente e immediatamente, in fase di attivazione dell'*account*, dell'attività di raccolta con fini commerciali dei dati da loro forniti, e più in generale delle finalità remunerative che sottendono la fornitura del servizio di *social network*, enfatizzandone solo la gratuità. In tal modo, i consumatori hanno assunto una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso (registrazione al *social network* e permanenza nel medesimo). Le informazioni fornite risultano generiche e incomplete senza adeguatamente distinguere tra l'utilizzo dei dati necessario per la personalizzazione del servizio (con l'obiettivo di facilitare la socializzazione con altri consumatori) e l'utilizzo dei dati per realizzare campagne pubblicitarie mirate. L'Autorità ha altresì accertato che *Facebook*, in violazione degli artt. 24 e 25 c. cons., attua una pratica aggressiva in quanto esercita un indebito condizionamento nei confronti dei consumatori registrati, i quali subiscono senza espresso e preventivo consenso la trasmissione per finalità commerciali dei propri dati da *Facebook* a siti *web/app* di terzi e viceversa. L'indebito condizionamento deriva dall'applicazione di un meccanismo di preselezione del più ampio consenso alla condivisione di dati. La decisione dell'utente di limitare il proprio consenso comporta, infatti, la prospettazione di rilevanti limitazioni alla fruibilità del *social network* e dei siti *web/app* di terzi. Questo condiziona gli utenti a mantenere la scelta preimpostata da *Facebook*. Successivamente sono intervenuti il TAR Lazio (n. 260/2020)[87] e il Consiglio di Stato (n. 2631/2021)[88] che hanno confermato la decisione dell'AGCM.

85 Per la descrizione del funzionamento di questi mercati, detti *two-sided* e *multisided* secomdo la loro conformazione, delle operazioni economiche sottostanti e dell'inquadramento di queste attività nell'impresa, v. C. Solinas, *La circolazione dei dati personali nell'ottica dello scambio tra diritti*, in *Fornitura di servizi digitali e «pagamento» con la prestazione dei dati personali. Un discusso profilo dell'economia digitale*, cit., p. 109 ss.

86 AGCM, PS11112 - FACEBOOK-CONDIVISIONE DATI CON TERZI, provv. n. 27432, in *Bollettino*, 2018, n. 46, p. 22 ss. (in *https://www.agcm.it/dotcmsdoc/bollettini/2018/46-18.pdf*).

87 TAR Lazio, 10 gennaio 2020, n. 260, in *Giur. it.*, 2021, II, p. 320 ss., con nota di C. Solinas, *Trattamento dei dati personali e pratiche commerciali scorrette*.

88 Cons. Stato, 29 marzo 2021, n. 2631, in *Foro it.*, 2021, VI, p. 325 ss., con nota di Davola, A. e Pardolesi, R.: "Protezione dei dati personali, tutela della concorrenza e del consumatore (alla prese con i 'dark pattern'):

Sulla scorta di questo precedente, l'AGCM con i provvedimenti n. 29888 e n. 29890 del 2021 ha sanzionato anche *Apple Distribution International Ltd.* e *Google Ireland Ltd.*[89]. L'Autorità ha riscontrato da parte di ciascuna delle società due violazioni del Codice del Consumo, consistenti in carenze informative e in pratiche aggressive collegate all'acquisizione e all'utilizzo dei dati dei consumatori a fini commerciali[90]. Quanto alla prima violazione degli artt. 21 e 22 c. cons., *Google* sia nella fase di creazione dell'account, indispensabile per l'utilizzo di tutti i servizi offerti, sia durante l'utilizzo dei servizi stessi, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore ha bisogno per decidere consapevolmente se accettare che la società raccolga e usi a fini commerciali le proprie informazioni personali; *Apple* sia nella fase di creazione dell'*ID Apple*, sia in occasione dell'accesso agli *Store* (*App Store*, *iTunes Store* e *Apple Books*), non fornisce all'utente in maniera immediata ed esplicita alcuna indicazione sulla raccolta e sull'utilizzo dei suoi dati a fini commerciali, enfatizzando solo che la raccolta dei dati è necessaria per migliorare l'esperienza del consumatore e la fruizione dei servizi. Riguardo alla seconda violazione, è stato dimostrato che le due società hanno attuato una pratica aggressiva ai sensi degli artt. 24 e 25 c. cons. Nella fase di creazione dell'*account*, *Google* preimposta l'accettazione dell'utente al trasferimento e/o all'utilizzo dei propri dati per fini commerciali; questa preattivazione consente il trasferimento e l'uso dei dati da parte di *Google*, una volta che questi vengano generati, senza la necessità di altri passaggi in cui l'utente possa di volta in volta confermare o modificare la scelta preimpostata dall'azienda. Nel caso di *Apple*, invece, l'attività promozionale è basata su una modalità di acquisizione del consenso all'uso dei dati degli utenti a fini commerciali senza prevedere per il consumatore la possibilità di scelta preventiva ed espressa sulla condivisione degli stessi; siffatta architettura di acquisizione predisposta da *Apple* non rende possibile l'esercizio della propria volontà sull'utilizzo a fini commerciali dei propri dati, venendo il consumatore condizionato nella scelta di consumo e subendo pertanto la cessione delle informazioni personali, di cui *Apple* può disporre per le proprie finalità promozionali effettuate in modalità diverse.

parallele convergenti?"; *Giorn. dir. amm.*, 2021, VI, p. 609 ss., con nota di Midiri, F.: "Proteggere i dati personali con le tutele del consumatore"; *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, V, p. 1079 ss., con nota di D'Alberti, D.: "Tutele "multilivello" e l'effettività dei rimedi per gli utenti online".

89 AGCM PS11150 – ICLOUD, provv. n. 29888, e AGCM PS11147 - GOOGLE DRIVE-SWEEP 2017, provv. n. 29890, pubblicati in *Bollettino*, 2021, n. 47, p. 153 ss. e p. 196 ss. (in *https://www.agcm.it/dotcmsdoc/bollettini/2021/47-21.pdf*).

90 Dal punto di vista del modello di *business* queste sono le differenze individuate dall'AGCM tra le due società. *Apple* raccoglie, profila e utilizza a fini commerciali i dati degli utenti attraverso l'utilizzo dei suoi dispositivi e dei suoi servizi. Quindi, pur senza procedere ad alcuna cessione di dati a terzi, *Apple* ne sfrutta direttamente il valore economico attraverso un'attività promozionale per aumentare la vendita dei propri prodotti e/o di quelli di terzi attraverso le proprie piattaforme commerciali *App Store*, *iTunes Store* e *Apple Books*. *Google* invece fonda la propria attività economica sull'offerta di un'ampia gamma di prodotti e di servizi connessi a *internet*, che comprendono tecnologie per la pubblicità *online*, strumenti di ricerca, *cloud computing*, *software* e *hardware*, basata anche sulla profilazione degli utenti ed effettuata grazie ai loro dati.

Vi è dunque il decisivo riconoscimento della rilevanza giuridica del mercato dei dati[91], sussistendo un rapporto di consumo tra gli utenti e gli operatori, pur in assenza di esborso monetario, la cui "controprestazione" sembra essere rappresentata dai dati che i consumatori cedono utilizzando i servizi offerti dai professionisti. Tale questione ha ovviamente suscitato un acceso dibattito tra chi è favorevole alla configurazione dello scambio dei dati contro l'erogazione di un servizio digitale e chi si oppone vivamente in nome della non mercificazione della persona per il tramite dei suoi dati. In proposito, per quanto qui interessa, occorre in primo luogo analizzare sinteticamente tre aspetti dal punto di vista normativo: il dato, il trattamento e la libera circolazione dei dati personali.

Il «dato personale» è definito dall'art. 4, n. 1, GDPR come «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile ("interessato"); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale». Alcuni *considerando* aiutano a delineare il concetto di dato anche attraverso il suo riferimento soggettivo alle persone fisiche, indipendentemente dalla loro nazionalità e dalla residenza[92]; non sono invece destinatarie della tutela predisposta dal GDPR le persone giuridiche e le persone decedute, salvo diversa scelta del legislatore interno[93]. Ciò posto dal punto di

91 Sulle vicende esaminate e sulle pronunce intervenute, oltre agli scritti menzionati nelle precedenti note, v. Matera, D.M.: "Patrimonializzazione dei dati e pratiche commerciali scorrette", *Tecnologie e Diritto*, 2022, 1, p. 155 ss.; Ricciuto, V. e Solinas, C.: "Fornitura di servizi digitali e prestazione di dati personali: punti fermi ed ambiguità sulla corrispettività del contratto", *Giust. civ.*, 2021, p. 3 ss.; Giannone Codiglione, G.: "I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la "consumerizzazione" della privacy", *Dir. inf.*, 2017, p. 418 ss.; Scorza, G.: "Facebook non è gratis? Nota a Consiglio di Stato, sentenza 29 marzo 2021, n. 2631", *Dir. internet*, 2021, III, p. 561 ss.

92 V. il *considerando* n. 2: «I principi e le norme a tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale ("dati personali") dovrebbero rispettarne i diritti e le libertà fondamentali, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali, a prescindere dalla loro nazionalità o dalla loro residenza», e il *considerando* n. 14 «È opportuno che la protezione prevista dal presente regolamento si applichi alle persone fisiche, a prescindere dalla nazionalità o dal luogo di residenza, in relazione al trattamento dei loro dati personali».

93 Per le persone giuridiche, v. il *considerando* n. 14 («Il presente regolamento non disciplina il trattamento dei dati personali relativi a persone giuridiche, in particolare imprese dotate di personalità giuridica, compresi il nome e la forma della persona giuridica e i suoi dati di contatto»), per le persone decedute il *considerando* n. 27 («Il presente regolamento non si applica ai dati personali delle persone decedute. Gli Stati membri possono prevedere norme riguardanti il trattamento dei dati personali delle persone decedute»). [«(26) È auspicabile applicare i principi di protezione dei dati a tutte le informazioni relative a una persona fisica identificata o identificabile. I dati personali sottoposti a pseudonimizzazione, i quali potrebbero essere attribuiti a una persona fisica mediante l'utilizzo di ulteriori informazioni, dovrebbero essere considerati informazioni su una persona fisica identificabile. Per stabilire l'identificabilità di una persona è opportuno considerare tutti i mezzi, come l'individuazione, di cui il titolare del trattamento o un terzo può ragionevolmente avvalersi per identificare detta persona fisica direttamente o indirettamente. Per accertare la ragionevole probabilità di utilizzo dei mezzi per identificare la persona fisica, si dovrebbe prendere in considerazione l'insieme dei fattori obiettivi, tra cui i costi e il tempo necessario per l'identificazione, tenendo conto sia delle tecnologie disponibili al momento del trattamento, sia degli sviluppi tecnologici»]. Qualora il dato risulti anonimo, raccolto anche per scopi di ricerca scientifica o statistici, non è sottoposto alla disciplina del GDPR [«(26) I principi di protezione dei dati non dovrebbero pertanto applicarsi a informazioni anonime, vale a dire informazioni che non si riferiscono a una persona fisica

vista soggettivo, la portata del concetto di dato sembra essere descritta in modo molto ampio, per garantire una tutela effettiva alla persona fisica identificata o anche soltanto identificabile. Qualora il dato risulti anonimo, raccolto ad esempio anche per scopi di ricerca scientifica o statistici, non è sottoposto alla disciplina del GDPR: tale è l'informazione non riferibile a una persona fisica identificata o identificabile o a dati personali resi sufficientemente anonimi da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato[94].

Per «trattamento» il n. 2 del medesimo articolo intende «qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione»[95]. Il considerando n. 4 chiarisce il fine normativo del trattamento, osservando che «dovrebbe essere al servizio dell'uomo», e il suo rapporto con diritto alla protezione dei dati di carattere personale che «non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità»[96].

Una particolare attenzione è dedicata alla pseudonomizzazione, ossia a quel trattamento «tale che i dati personali non possano più essere attribuiti a

identificata o identificabile o a dati personali resi sufficientemente anonimi da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato. Il presente regolamento non si applica pertanto al trattamento di tali informazioni anonime, anche per finalità statistiche o di ricerca»]. Infine, il *considerando* n. 30 precisa che «Le persone fisiche possono essere associate a identificativi online prodotti dai dispositivi, dalle applicazioni, dagli strumenti e dai protocolli utilizzati, quali gli indirizzi IP, marcatori temporanei (*cookies*) o identificativi di altro tipo, quali i tag di identificazione a radiofrequenza. Tali identificativi possono lasciare tracce che, in particolare se combinate con identificativi univoci e altre informazioni ricevute dai server, possono essere utilizzate per creare profili delle persone fisiche e identificarle».

94 V. ancora il *considerando* n. 26: «I principi di protezione dei dati non dovrebbero pertanto applicarsi a informazioni anonime, vale a dire informazioni che non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile o a dati personali resi sufficientemente anonimi da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato. Il presente regolamento non si applica pertanto al trattamento di tali informazioni anonime, anche per finalità statistiche o di ricerca»].

95 Il *considerando* n. 10 chiarisce che, per «quanto riguarda il trattamento dei dati personali per l'adempimento di un obbligo legale, per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento, gli Stati membri dovrebbero rimanere liberi di mantenere o introdurre norme nazionali al fine di specificare ulteriormente l'applicazione delle norme del presente regolamento. In combinato disposto con la legislazione generale e orizzontale in materia di protezione dei dati che attua la direttiva 95/46/CE, gli Stati membri dispongono di varie leggi settoriali in settori che richiedono disposizioni più specifiche. Il presente regolamento prevede anche un margine di manovra degli Stati membri per precisarne le norme, anche con riguardo al trattamento di categorie particolari di dati personali («dati sensibili»). In tal senso, il presente regolamento non esclude che il diritto degli Stati membri stabilisca le condizioni per specifiche situazioni di trattamento, anche determinando con maggiore precisione le condizioni alle quali il trattamento di dati personali è lecito».

96 Il considerando n. 4 assicura che il GDPR rispetta «tutti i diritti fondamentali e osserva le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta, sanciti dai trattati, in particolare il rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni, la protezione dei dati personali, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione e d'informazione, la libertà d'impresa, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, nonché la diversità culturale, religiosa e linguistica».

un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile» (art. 4, n. 5, GDPR). Detto trattamento è considerato quale strumento di tutela della persona e pertanto incentivato[97] in quanto contribuisce a ridurre i rischi per gli interessati e, nel contempo, ad aiutare i titolari e i responsabili del trattamento a rispettare i loro obblighi di protezione dei dati, non essendo intesa a precludere altre misure di tutela[98]. I dati personali sottoposti alla pseudonomizzazione, che possono essere attribuiti a una persona fisica mediante l'utilizzo di ulteriori informazioni, sono considerati informazioni su una persona identificabile[99].

Il *considerando* n. 30 chiarisce che le «persone fisiche possono essere associate a identificativi *online* prodotti dai dispositivi, dalle applicazioni, dagli strumenti e dai protocolli utilizzati, quali gli indirizzi IP, marcatori temporanei (*cookies*) o identificativi di altro tipo, quali i tag di identificazione a radiofrequenza. Tali identificativi possono lasciare tracce che, in particolare se combinate con identificativi univoci e altre informazioni ricevute dai server, possono essere utilizzate per creare profili delle persone fisiche e identificarle».

Quanto alla libera circolazione, il *considerando* n. 12 sottolinea che l'«articolo 16, paragrafo 2, TFUE conferisce al Parlamento europeo e al Consiglio il mandato di stabilire le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale e le norme relative alla libera circolazione di tali dati». Il *considerando* n. 13 precisa che per «il buon funzionamento del mercato interno è necessario che la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione non sia limitata né vietata per motivi attinenti alla

97 V. il considerando n. 29: «Al fine di creare incentivi per l'applicazione della pseudonimizzazione nel trattamento dei dati personali, dovrebbero essere possibili misure di pseudonimizzazione con possibilità di analisi generale nell'ambito dello stesso titolare del trattamento, qualora il titolare del trattamento abbia adottato le misure tecniche e organizzative necessarie ad assicurare, per il trattamento in questione, l'attuazione del presente regolamento, e che le informazioni aggiuntive per l'attribuzione dei dati personali a un interessato specifico siano conservate separatamente. Il titolare del trattamento che effettua il trattamento dei dati personali dovrebbe indicare le persone autorizzate nell'ambito dello stesso titolare del trattamento».

98 Così il considerando n. 28: «L'applicazione della pseudonimizzazione ai dati personali può ridurre i rischi per gli interessati e aiutare i titolari del trattamento e i responsabili del trattamento a rispettare i loro obblighi di protezione dei dati. L'introduzione esplicita della "pseudonimizzazione" nel presente regolamento non è quindi intesa a precludere altre misure di protezione dei dati».

99 V. il *considerando* n. 26: «È auspicabile applicare i principi di protezione dei dati a tutte le informazioni relative a una persona fisica identificata o identificabile. I dati personali sottoposti a pseudonimizzazione, i quali potrebbero essere attribuiti a una persona fisica mediante l'utilizzo di ulteriori informazioni, dovrebbero essere considerati informazioni su una persona fisica identificabile. Per stabilire l'identificabilità di una persona è opportuno considerare tutti i mezzi, come l'individuazione, di cui il titolare del trattamento o un terzo può ragionevolmente avvalersi per identificare detta persona fisica direttamente o indirettamente. Per accertare la ragionevole probabilità di utilizzo dei mezzi per identificare la persona fisica, si dovrebbe prendere in considerazione l'insieme dei fattori obiettivi, tra cui i costi e il tempo necessario per l'identificazione, tenendo conto sia delle tecnologie disponibili al momento del trattamento, sia degli sviluppi tecnologici».

protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali», e che «Per assicurare un livello coerente di protezione delle persone fisiche in tutta l'Unione e prevenire disparità che possono ostacolare la libera circolazione dei dati personali nel mercato interno, è necessario un regolamento che garantisca certezza del diritto e trasparenza agli operatori economici, comprese le micro, piccole e medie imprese, offra alle persone fisiche in tutti gli Stati membri il medesimo livello di diritti azionabili e di obblighi e responsabilità dei titolari del trattamento e dei responsabili del trattamento e assicuri un controllo coerente del trattamento dei dati personali, sanzioni equivalenti in tutti gli Stati membri e una cooperazione efficace tra le autorità di controllo dei diversi Stati membri»[100].

Ciò posto dal punto di vista normativo, occorre partire da una riflessione di fondo sulla disciplina di tutela della riservatezza. La normativa è correttamente rivolta a tutelare il singolo contro il trattamento algoritmico dei suoi dati. Questo lo si fa giustamente per proteggere l'individuo contro l'uso illecito dei propri dati e il bilanciamento di interessi è tarato nell'ottica della relazione titolare di dati-titolare del trattamento. Vi sono però delle situazioni in cui la raccolta e l'elaborazione dei dati è utile per la collettività e persegue degli scopi meritevoli di tutela: anche in tali casi si manifesta con forza l'applicazione della tutela di portata individuale e si afferma l'illegittimità della raccolta dei dati.

In letteratura vi è però anche un altro approccio. Dopo aver inquadrato il nuovo fenomeno e le questioni della sua regolazione, che va anche oltre il GDPR approdando al diritto *antitrust* e a quello contrattuale, consumeristico e dei servizi digitali, viene disegnato il passaggio dei dati dalla dimensione schiettamente personale a quella patrimoniale, con le conseguenze che reca la loro circolazione anche dalla prospettiva della tutela dei diritti fondamentali, sottolineando la piena dimensione normativa del trasferimento delle posizioni giuridiche dei dati anche in assenza di un corrispettivo[101]. Siffatta lettura del fenomeno del trattamento dei dati anche in termini contrattuali discende dall'affermazione normativa della centralità del principio di libera circolazione dei dati personali sancito dall'art. 1 GDPR e dalla costatazione che questi costituiscono la nuova forma di ricchezza che alimenta l'economia digitale e non solo[102].

100 V. anche il *considerando* n.10: «Al fine di assicurare un livello coerente ed elevato di protezione delle persone fisiche e rimuovere gli ostacoli alla circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione, il livello di protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche con riguardo al trattamento di tali dati dovrebbe essere equivalente in tutti gli Stati membri».

101 Ricciuto, V.: "Circolazione e scambio dei dati personali. Il problema della regolazione del nuovo fenomeno patrimoniale, in Fornitura di servizi digitali e «pagamento» con la prestazione dei dati personali. Un discusso profilo dell'economia digitale", cit., p. 7 ss.

102 V. ancora Ricciuto, V.: "Circolazione e scambio dei dati personali. Il problema della regolazione del nuovo fenomeno patrimoniale", cit., p. 25 ss.

Vanno allora individuate nel dettaglio anche alcune problematiche centrali che si pongono in questo acceso dibattito.

In primo luogo, vi è la questione del dato personale, oggetto del contratto e manifestazione della personalità del titolare, e della sua patrimonializzazione e sfruttamento commerciale da parte del cessionario in sede di circolazione dello stesso[103]. L'opinione di parte della dottrina e della giurisprudenza, elaborata dal punto di vista ontologico-ricostruttivo, secondo la quale il dato personale è un bene e*xtra commercium* in ragione della sua natura di diritto fondamentale di cui non si può disporre, sembra oggi essere non del tutto corretta. Nel momento stesso in cui per legge è possibile autorizzare il trattamento dei dati, allora di questi si può logicamente disporre. L'art. 9 GDPR stabilisce con nettezza che una delle modalità (individuate nel § 2) per poter trattare i dati particolari elencati nel § 1, ossia i dati sensibili, è proprio quella dell'autorizzazione al trattamento e il *considerando* n. 4 del GDPR discorre del dato personale in una dimensione di utilizzabilità in ragione della sua funzione sociale: pertanto, il GDPR afferma che il dato personale e la sua tutela dovrebbero essere al servizio dell'individuo[104]. La normativa europea e interna prende quindi atto dell'attuale evoluzione digitale delle società contemporanee e positivizza il fatto che il dato personale sarà la vera ricchezza della persona fisica e costituirà un bene giuridicamente percepibile con una vocazione innegabilmente economica, con la conseguenza che la sua patrimonializzazione non dovrebbe essere demonizzata[105]. A questo punto, per evitare eventuali pregiudizi al soggetto cui pertengono i dati, diviene necessario che venga assicurata una puntuale regolazione del fenomeno che tipizzi la loro patrimonializzazione e le forme contrattuali per il loro utilizzo: diversamente, l'atipicità dello utilizzo contrattuale rischia di esporre l'interessato a possibili sfruttamenti indebiti del dato stesso. Tra l'altro, la tutela dovrebbe garantire la dettagliata informazione del consumatore sul destino dei suoi dati e su chi li sfrutterà realmente in ambito finale[106].

103 Toschei, S.: "Dalla dimensione personale del dato alla sua tutela patrimoniale", in AA. VV.: *Fornitura di servizi digitali e «pagamento» con la prestazione dei dati personali. Un discusso profilo dell'economia digitale*, cit., p. 29 ss., spec. 40 s.

104 Toschei, S.: *Dalla dimensione personale del dato alla sua tutela patrimoniale*, cit., p. 35 s.

105 Tra i vari studi che approfondiscono il tema dello scambio e del valore dei dati personali, oltre quelli in seguito citati, v., tra gli altri, Langhanke, C. e Schmidt-Kessel, M.: "Consumer data as consideration", *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015, p. 218 ss.; De Franceschi, A.: *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Esi, Napoli, 2017, p. 67 ss.; Thobani, S.: *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Giuffrè, Milano, 2018; Zorzi Galgano, N. (a cura di): *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Giuffrè, Milano, 2019; Irti, C.: *Consenso «negoziato» e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021; Perlingieri, C.: *Profili civilistici dei social networks*, Esi, Napoli, 2014. Anche la Commissione Europea, *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, COM(2016) 320 *final*, Bruxelles, 25.5.2016, in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0163&from=IT*, ha costatato che «i dati personali, le preferenze dei consumatori, e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico *de facto* e vengono venduti a terzi» (punto 3.4.1) e che «il valore economico delle informazioni relative alle preferenze dei consumatori, dei dati personali e di altri contenuti generati dagli utenti è sempre più riconosciuto» (punto 1.4.10).

106 Toschei, S.: *Dalla dimensione personale del dato alla sua tutela patrimoniale*, cit., p. 40 s. e 42.

Dalla prospettiva della circolazione, si precisa che non circola il dato ma la posizione giuridica cui lo stesso si riferisce e si evidenzia che il modello di *business* è insito nell'aggregazione dei dati della «folla» di utenti dei servizi digitali[107]. Si osserva che se, da un lato, il *gap* informativo di chi ne autorizza l'utilizzo e il meccanismo dell'*opt-out* sono oggi gli strumenti abilitanti del trasferimento, dall'altro, il GDPR esige invece l'*opt-in* e che vi sia la piena consapevolezza del cedente, il suo consenso informato all'utilizzo da parte di terzi. L'inquadramento giuridico della fase di accesso alle piattaforme *web* in un rapporto negoziale a titolo gratuito - con l'operatore che si impegna a offrire «gratis» l'accesso al servizio e l'utente che consegna elementi utili al *business* delle società di *marketing* - mostra la reale dimensione economica del fenomeno, rilevandone la prospettiva «massiva» di relazioni singole che assumono «compiuta rilevanza giuridica» solo nella fase successiva della cessione a terzi dei dati raccolti: la trasmissione dei dati del singolo alla piattaforma *web* è quindi un atto negoziale «fuori mercato», sottoposto al vaglio dell'*Antitrust* per tutelare la libertà di scelta del consumatore, la quale non ha un contenuto soltanto economico[108]. Secondo questa impostazione, dunque, l'accesso alle piattaforme *web* non può avvenire soltanto con un accordo non idoneo ad avere come oggetto un bene che per natura e scelta di sistema non è suscettibile di essere trattato come patrimonio economico. È invece necessario il consenso del titolare ad aprire le porte della propria sfera personale, dovendosi quindi considerare soltanto la prospettiva prenegoziale soggettivo-informativa dell'utente-persona-consumatore. Il consenso esplica quindi la propria efficacia tanto nell'àmbito *antitrust* delle pratiche scorrette, quanto in quello del trattamento dei dati personali e nel contesto del rapporto strettamente negoziale, soddisfacendo le prescrizioni di tutte queste discipline[109].

In parziale adesione alla ricostruzione sopra illustrata, per un verso, si ritiene che la «de-patrimonializzazione» dei dati non è una strategia che il diritto può realisticamente perseguire, essendo impossibile invertire processi sociali, economici e tecnologici oramai fortemente radicati a livello globale: a questa affermazione non osta il *considerando* n. 24 della Direttiva n. 2019/770, ove si «riconosce appieno che la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce», in quanto ciò non implica necessariamente l'impossibilità di ricorrere «a schemi di remunerazione del consenso, com'è tipico, appunto, dei modelli servizi contro dati», che è regolato dalla predetta Direttiva proprio al fine di concedere a questo tipo di negoziazione

107 Gambino, A.M.: "La circolazione dei dati personali, la configurabilità di un mercato e i diritti fondamentali", in AA. VV.: *Fornitura di servizi digitali e «pagamento» con la prestazione dei dati personali. Un discusso profilo dell'economia digitale*, cit., p. 45 ss.

108 Gambino, A.M.: *La circolazione dei dati personali, la configurabilità di un mercato e i diritti fondamentali*, cit., p. 48.

109 Gambino, A.M.: *La circolazione dei dati personali, la configurabilità di un mercato e i diritti fondamentali*, cit., p. 49.

un livello di tutela parificabile a quello con cui i servizi vengono acquistati dietro il pagamento del classico corrispettivo in denaro[110]. Per l'altro, si osserva che il *considerando* n. 38 di detta Direttiva precisa che il trattamento dei dati personali relativo ai contratti ivi disciplinati deve comunque rispettare il GDPR e che il consenso fornito a tal fine deve essere conforme agli artt. 4, n. 11, 6, § 1, lett. *a*, e 7, comma 4, reg. n. 2017/679, ossia deve consistere in una manifestazione di volontà informata, specifica e «libera», nel senso di non influenzata da pressione psicologica derivata da situazioni di vulnerabilità o da strutturali asimmetrie di potere (cfr. *considerando* n. 43) e non condizionante l'esecuzione del contratto nei casi in cui non sia strettamente necessario all'adempimento della prestazione da parte del professionista (c.d. *Kopplungsverbot*, art. 7). Tali requisiti del consenso non sono di ostacolo alla configurazione della liceità dei modelli «servizi contro dati», tra l'altro, per il fatto che il consenso è qui necessario per il perfezionamento dello stesso contratto e che l'art. 7 introduce non un divieto, ma uno dei parametri di valutazione della libertà di quest'ultimo, che deve rappresentare una «effettiva espressione dell'autodeterminazione informativa» della persona[111].

La struttura contrattuale risente della natura peculiare del consenso ora illustrata. Pur se l'operazione economica è unitaria, si configura una ricostruzione giuridica secondo la quale il consenso al trattamento dei dati e il contratto di accesso al servizio sono due atti distinti sottoposti a una diversa disciplina. Il consenso è un atto unilaterale che attua l'esercizio del diritto alla autodeterminazione informativa, la cui validità dipende dalla libertà, dall'informazione e dalla specificità, mentre il contratto di fornitura di servizi e contenuti digitali opera "a valle" rispetto all'atto che ne costituisce "a monte" il presupposto indispensabile per il lecito trattamento dei dati personali, con la duplice conseguenza che il consenso non è elemento costitutivo del sinallagma contrattuale e che i due negozi sono collegati, con tutte le conseguenze che discendono dal collegamento[112].

Segue la conseguente tematica della qualificazione del relativo contratto in termini di corrispettività o gratuità, prospettandosi la dazione del dato quale presupposto del servizio e una terza tipologia contrattuale di contratti atipici a titolo gratuito ai quali resta estraneo l'interesse economico perseguito dal fruitore del servizio, la quale si collocherebbe tra i contratti a prestazioni corrispettive e

110 Resta, G.: "I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679", in AA. VV.: *Fornitura di servizi digitali e «pagamento» con la prestazione dei dati personali. Un discusso profilo dell'economia digitale*, cit., p. 81 ss.

111 Resta, G.: "I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679", cit., p. 70 s. Esprime il medesimo principio Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, in *Giur. it.*, 2019, p. 530 ss., con nota di Thobani, S.: "Operazioni di tying e libertà del consenso"; in argomento, v. Id.: "La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità", *Europa e dir. priv.,* 2016, 2, p. 513 ss.

112 Resta, G.: "I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679", cit., pp. 74 ss., 78 ss.

gli atti di liberalità[113]. Non si rinvengono comunque ostacoli normativi insuperabili alla qualificazione trattamento dei dati personali come corrispettivo di un servizio, al ricorrere di alcune condizioni[114]; in tal senso, depone la differenza profonda che esiste tra la titolarità di un diritto fondamentale, quindi indisponibile, e il suo esercizio che è invece disponibile, purché ciò non si traduca nel trasferimento del diritto e si assicuri un adeguato bilanciamento tra le ragioni del mercato e la tutela della persona[115].

Importante è allora la precisa descrizione dell'operazione economica di circolazione dei dati, nel prisma della loro "irriducibilità" a merce, alla luce, tra l'altro, del loro valore economico e dei modelli di circolazione "a più stadi", nel quadro di quanto ha affermato già a suo tempo la Commissione europea[116]. In

113 Scorza, G.: "Il dato personale: manifestazione della personalità vs. forma di ricchezza", in AA. VV.: *Fornitura di servizi digitali e «pagamento» con la prestazione dei dati personali. Un discusso profilo dell'economia digitale*, cit., pp. 85 ss. e 100, il quale osserva che nel caso *Facebook* non si può parlare di corrispettività del contratto, poiché «la prestazione del consenso» al trattamento dei dati «è solo eventuale e il servizio è destinato a essere fornito anche laddove l'utente non presti tale consenso. Di più. È circostanza incontestabile quella secondo la quale tale consenso è sempre revocabile ma tale eventuale revoca non ha un riflesso sull'obbligo del fornitore del servizio di continuare a adempiere alle proprie obbligazioni» (p. 95).

114 Scorza, G.: "Il dato personale: manifestazione della personalità vs. forma di ricchezza", cit., p. 103 ss., il quale elenca una serie di condizioni a favore degli interessati-utenti, suscettibile di approfondimenti e modifiche, affinché il trattamento dei dati personali possa rappresentare l'oggetto del contratto: a) l'oggetto deve essere rigorosamente determinato o determinabile; b) in ipotesi di dubbio, l'oggetto deve essere interpretato restrittivamente; c) il regolamento contrattuale non può privare l'interessato dei diritti riconosciutigli dal GDPR e non può subordinare il loro libero esercizio al preventivo adempimento di qualsivoglia obbligazione contrattuale; d) la disciplina contrattuale deve essere compatibile con il GDPR (in particolare, con riferimento non esclusivo alla proporzionalità, alla minimizzazione del trattamento, alla *privacy by design*, alla *privacy by default*); e) l'eventuale scambio economico diretto (sconto, riconoscimento di altra utilità in denaro o equivalente) riconosciuto all'interessato non può essere tale da indurlo a concedere più dati e/o diritti per conseguire un vantaggio maggiore; f) il contratto non può riguardare i dati particolari alla luce del GDPR; g) il contratto non può avere durata ultra annuale, né prevedere clausole di rinnovo tacito alla scadenza; h) il contratto deve essere redatto nella lingua dell'interessato e prevedere che questi possa far valere i propri diritti dinanzi al giudice competente del Paese di residenza anche nelle forme dell'art. 80 GDPR; i) non può essere prevista la facoltà di modifica unilaterale del contratto e/o della informativa relativa al trattamento dei dati: le eventuali modificazioni devono essere oggetto di nuova esplicita approvazione da parte dell'interessato; j) deve essere esclusa la possibilità di cessione a terzi o di successione nel diritto al trattamento, salvo l'ipotesi di cessione di azienda o di un suo ramo; k) divieto di comunicare i dati personali a soggetti diversi da quelli espressamente individuati nel contratto e divieto di diffonderli; l) in caso di interessato minorenne, il contratto deve essere perfezionato con i soggetti esercenti la responsabilità genitoriale.

115 Scorza, G.: "Il dato personale: manifestazione della personalità vs. forma di ricchezza", cit., p. 101 ss. In tal senso, Thobani, S.: "Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali", cit., p. 62 ss., osserva che l'indisponibilità dei diritti della personalità costituisce retaggio della concezione proprietaria degli stessi che ha condotto a ritenere che il contratto abbia la funzione di «"disporre" del (nel senso di trasferire il) proprio diritto della personalità», mentre in questo «ambito oggetto del contratto non è necessariamente il trasferimento del diritto della personalità, ma ben può essere l'assunzione di una obbligazione avente ad oggetto una determinata prestazione».

116 La Commissione Europea, *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, COM(2016) 320 *final*, cit., ha affermato che nella commercializzazione di servizi *online* il consumatore è, a volte, «tenuto a fornire» i dati che «vengono venduti a terzi» dal professionista (punto 3.4.1). Anche il Garante Europeo dei dati personali ha riconosciuto il valore economico assunto di fatto dai dati personali già nel documento EDPS, *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection*, marzo 2014, in *https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/14-03-26_competitition_law_big_data_en.pdf* (v. punto 2.2: «Consumers provides richly detailed information about their preferences through their online activities wich permits individuals, not groups, to be targeted with far greater precision than ever before. For consumers, therefore, personal information operates as a currency, and sometimes the sole currency, in the exchange of online services»), nonché nei pareri resi in occasione del procedimento di adozione della Direttiva UE

alcuni casi si può in effetti pervenire a configurare lo scambio servizi/dati, inteso più correttamente come scambio del diritto al trattamento contro il diritto al servizio[117]: in particolare, là dove il consumatore è tenuto a fornirli per godere della controprestazione offerta dal professionista, il quale a sua volta li trasferisce a terzi non dovendoli utilizzare soltanto ai fini della erogazione del servizio[118]. Va precisato che la portata del diritto acquisito dall'impresa è circoscritta dagli specifici fini del trattamento che devono essere indicati e accettati dal consumatore[119]: si può quindi configurare l'acquisto di un numero di siffatti diritti corrispondente alle finalità perseguite con il trattamento dei dati che quindi conformano le predette situazioni giuridiche variandone il contenuto[120]. In questi contratti, dunque, in assenza di previsioni in tal senso nel GDPR, il diritto contrattuale consente di cogliere la giustificazione funzionale dell'accordo nella reciproca attribuzione dell'interessato del diritto al trattamento dei dati per finalità patrimoniali esterne al negozio e dell'impresa del diritto ad avvalersi della erogazione del servizio offerto. A ciò non osta, come già considerato *supra*, l'art. 7, § 4, GDPR, il quale si limita a garantire la libertà del consenso del consumatore contro eventuali «costrizioni», tali da far degradare la scelta in una imposizione senza alternative, ma non dichiara illegittimo di per sé lo scambio tra consenso al trattamento e accesso al servizio[121].

La riflessione sulla Direttiva sui contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali ha evidenziato le criticità dei negozi di acquisto dei servizi digitali e di

2019/770 (EDPS, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, 14 marzo 2017, in *https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf*) e della Direttiva UE 2019/2161 (EDPS, *Opinion 8/2018 on the legislative package "A New Deal for Consumers"*, 5 ottobre 2018, in *https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-10-05_opinion_consumer_law_en.pdf*), ma ha altresì sostenuto che tali pratiche non dovrebbero ottenere alcun tipo di riconoscimento o approvazione in un atto legislativo della UE (EDPS, *Opinion 8/2018 on the legislative package "A New Deal for Consumers"*, cit., punto 27).

117 Solinas, C.: "La circolazione dei dati personali nell'ottica dello scambio tra diritti", cit., pp. 114 ss., 120; per un'altra lettura del fenomeno, v. Quarta, A.: *Mercati senza scambi. La metamorfosi del contratto nel capitalismo*, Esi, Napoli, 2020.

118 Sul punto, v. Solinas, C.: "La circolazione dei dati personali nell'ottica dello scambio tra diritti", cit., p. 119, la quale precisa che «in tutte quelle ipotesi in cui il dato personale richiesto dal professionista non sia meramente necessario per l'esecuzione di una prestazione da lui contrattualmente assunta e laddove non ricorrano le altre ipotesi che per l'ordinamento giustificano il trattamento dei dati personali (art. 6 GDPR), la condivisione con il professionista del dato personale da parte dell'utente deve necessariamente trovare titolo nella volontà, nel consenso, di quest'ultimo»; pertanto, in tale caso «il trattamento *per dette finalità* [commerciali ulteriori riferibili al professionista] è lecito solo se è fondato sull'apposito consenso (*per* quel tipo di trattamento) da parte dell'utente interessato (art, 6, lett. a, GDPR)» (corsivo nel testo). Sulla base di considerazioni fondate sulla natura di diritto fondamentale del diritto alla protezione dei dati personali e della sua indisponibilità e sulla irriducibilità dei dati personali a merce o moneta, affermano la non possibile rilevanza giuridica del dato personale come corrispettivo Bravo, F.: *Il diritto a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Cedam, Padova, 2018; Messinetti, R.: "Circolazione dei dati personali e autonomia privata", in Zorzi Galgano, N.: *Persona e mercato dei dati*, cit., p. 140 e 160 ss.

119 L'art. 6, § 1, lett. *a*, GDPR dispone che il consenso al trattamento è sempre espresso «per una o più specifiche finalità».

120 Ai sensi dell'art. 5, § 1, lett. *b*, GDPR, infatti, i dati personali devono essere «raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità».

121 In tal senso, v. Solinas, C.: "La circolazione dei dati personali nell'ottica dello scambio tra diritti", cit., p. 133 ss., per la quale «la libertà o meno del consenso va dunque concretamente valutata con riferimento al contesto, alle possibili alternative di accesso al bene (ivi comprese quelle connesse alla struttura del mercato)».

quelli in cui vi è la fornitura dei dati personali del consumatore al professionista-operatore economico che pongono la questione dell'unità o pluralità delle strutture contrattuali lasciata aperta dal legislatore unionale.

Resta sullo sfondo la necessità di sciogliere la contraddizione insita nello scambio servizi/dati dalla prospettiva del GDPR e da quella del diritto consumeristico, che ne fonderebbero, nel contempo, la illiceità e la liceità. Questa discrasia può essere risolta garantendo la libera circolazione, purché non determini il verificarsi dei rischi derivanti dal trattamento[122].

L'attento esame dei profili contrattuali deve partire dalla costatazione che elemento costitutivo di questa specifica dinamica negoziale è il consenso del consumatore. Vi è poi la questione dei riflessi sulla validità ed efficacia del contratto prodotti dalla violazione delle norme sul trattamento dei dati, con particolare attenzione al difetto di conformità, alla nullità di protezione e alla risoluzione.

L'indagine va poi spostata sul dato personale usato nella *blockchain* come fattore di sviluppo economico, alla quale si applica il GDPR in ragione della natura di sistema "pseudonimo" di quest'ultima con le problematiche che ciò comporta in termini di compatibilità con i principi di tutela dei dati personali.

Infine, è necessario disegnare il quadro normativo del mercato dei dati, analizzando il profilo della corretta informazione sul valore economico dei dati come pratica commerciale e quello più generale del diritto del mercato e della concorrenza, traendo indicazioni dall'esperienza tedesca.

Il tema delle tutele offerte in caso di violazione dei dati personali è a dir poco centrale in questo àmbito[123]. L'art. 82, § 1, reg. 2016/679/UE, il GDPR, pone la regola generale sul «Diritto al risarcimento e responsabilità» nel settore del trattamento dei dati personali, disponendo che «chiunque subisca un danno materiale o immateriale (*rectie*, patrimoniale o non patrimoniale) causato da una violazione del regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare o dal responsabile del trattamento».

La disciplina vuole quindi garantire al danneggiato pieno ed effettivo risarcimento[124] per il pregiudizio subito dall'illecito trattamento dei dati personali, come impone l'inerenza di tale attività ai diritti e alle libertà fondamentali della persona, ritenuti insopprimibili in una società ispirata al sempre più intenso garantismo in chiave solidaristica e personalistica.

122 Solinas, C.: "La circolazione dei dati personali nell'ottica dello scambio tra diritti", cit., p. 110 ss.

123 In argomento v. Gambini, M.: "Il danno (patrimoniale e non patrimoniale) da trattamento illecito di dati personali", in AA. VV.: *Scritti in onore di Antonio Flamini* (a cura di R. Favale e L. Ruggeri), I, cit., p. 529 ss.

124 V. il *considerando* n. 146 del GDPR.

Il legislatore europeo riconosce la generale risarcibilità del danno patrimoniale e non patrimoniale in tutti i casi in cui risulti generato dalla violazione del GPDR o, secondo il *considerando* n. 146, degli atti delegati, degli atti di esecuzione adottati in conformità del regolamento e delle disposizioni del diritto degli Stati membri che specifichino le disposizioni de GDPR. Inoltre, il *considerando* n. 146 precisa che il concetto di danno deve essere interpretato in senso ampio, alla luce della giurisprudenza della CGUE.

Occorre indagare il ruolo del rimedio risarcitorio nel più vasto ambito della tutela della persona, indissolubilmente intrecciato con quello della protezione dei danni personali. In proposito, si accoglie l'orientamento elaborato delle Sezioni Unite del 2008 in materia di risarcimento del danno che individua un sistema bipolare che vede l'art. 2043 c.c. riferirsi ai danni patrimoniali l'art. 2059 c.c. ai danni non patrimoniali e conferma il superamento della distinzione tra danno-evento (lesione in sé e per sé della situazione soggettiva) e danno-conseguenza (conseguenze concrete pregiudizievoli oggettivamente apprezzabili derivate dalla lesione della situazione), già deciso dalla Cassazione del 2003. Secondo le Sezioni Unite, l'obbligo di risarcire il danno non patrimoniale sorge solo casi previsti dalla legge: tali non sono soltanto quelli prodotti da reati, ma anche quelli arrecati da una condotta che ha leso in modo significativo interessi della persona aventi il rango e la dignità di situazioni protette dalla Costituzione in base ad una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. Le Sezioni Unite hanno anche formulato quale strumento selettivo del pregiudizio risarcibile il duplice criterio della gravità della lesione e della serietà di pregiudizio. In tal modo si è posto un freno alla proliferazione ingiustificata della categoria del danno non patrimoniale risarcibile e delle pretese risarcitorie futili. È inaugurata così una nozione omnicomprensiva del danno non patrimoniale, posto a presidio degli interessi aredditiali della persona, rispetto al quale i singoli aspetti del pregiudizio subito assumono una funzione meramente descrittiva, escludendosi dunque un'autonoma liquidazione di plurime voci di danno non patrimoniale. È così superata la distinzione di tale danno in sottocategorie tipizzate (danno morale, danno biologico, danno esistenziale) in quanto ciò che rileva ai fini del risarcimento è l'effettiva sussistenza ed entità del pregiudizio, stante l'obbligo del giudice di tener conto in sede di liquidazione unitaria del danno di tutte le conseguenze pregiudizievoli causate dall'illecito nel caso concreto in ossequio del principio dell'integralità del risarcimento. Inoltre, è ammessa la personalizzazione del risarcimento del danno non patrimoniale in presenza di circostanze specifiche ed eccezionali, allegate dal danneggiato, che rendano il danno più grave e che valgano a superare le conseguenze ordinarie liquidate in via forfettaria dalle previsioni tabellari.

La recente giurisprudenza della Cassazione ha applicato al danno non patrimoniale da violazione della *privacy* i suddetti principi, compreso il duplice

criterio della gravità della lesione, concernente il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, e della serietà del danno, intesa quale perdita di natura personale effettivamente patita. Anche in tale ambito opera il principio di solidarietà dell'art. 2 cost. di cui il principio di tolleranza della lesione minima è intrinseco precipitato.

La Suprema Corte di recente ha chiarito a proposito del danno, patrimoniale e non, da illecito trattamento dei dati personali l'articolazione dell'onere probatorio, specie con riferimento alla prova del danno e alla sua quantificazione. Si richiede quindi che del danno sia dia prova specifica secondo la teoria del danno-conseguenza: il richiedente il risarcimento deve provare la sussistenza di un effettivo pregiudizio oggettivamente apprezzabile da lui patito derivante dalla lesione dell'interesse protetto, anche non patrimoniale.

A conferma della scelta del risarcimento del danno conseguenza milita anche il GDPR. L'art. 82 discorre di risarcimento di danno causato o cagionato dal trattamento illecito, mostrando che il danno non coincide con il trattamento in sé. Il *considerando* n. 75, a proposito dei rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche che possono derivare dal trattamento di dati personali, utilizza l'espressione «suscettibili di cagionare un danno fisico, materiale o immateriale […] o qualsiasi altro danno economico o sociale significativo». Ancora, il *considerando* n. 85 sottolinea che la violazione dei dati personali «può […] provocare danni fisici, materiali o immateriali alle persone fisiche». Peraltro, l'aggettivazione come fisico, materiale, immateriale, economico e sociale riferita al danno prodotto dal trattamento illecito, induce a ritenere che essa presupponga necessariamente una valutazione concreta in merito alla natura e all'entità del danno.

Il danneggiato ha quindi l'onere di provare l'ingiustizia del danno e il pregiudizio concreto subito con riguardo al *quantum* da risarcire. L'onere della prova può essere assolto anche con meccanismi presuntivi per provare l'esistenza del danno. Il ricorso alla presunzione è giustificato dalla difficoltà di provare il danno non patrimoniale come conseguenza del fatto lesivo: il danneggiato avrà dunque l'onere di indicare tutti gli elementi necessari per ricostruire la serie concatenata dei fatti noti che permettano al giudice di risalire presuntivamente al fanno ignoto.

La quantificazione del danno non patrimoniale prodotto dalla violazione della normativa in materia di dati personali è operazione complessa, di norma rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito che procede secondo equità, stante l'impossibilità o l'estrema difficoltà per il danneggiato di provare il suo ammontare, operazione che sfugge ad una valutazione economica oggettiva.

Nella individuazione dei criteri che possano guidare l'equità nella liquidazione del danno non patrimoniale è avvertita l'esigenza di definire un nucleo probatorio

forte costituito da criteri costanti, oggettivamente affidabili e non manipolabili, dai quali inferire le ricadute negative di tipo esistenziale ed emotivo sul danneggiato, al fine di favorire una qualche uniformità e prevedibilità delle soluzioni adottate. Da tempo, è avvertita però anche la necessità di impiegare criteri elastici e flessibili nella quantificazione del danno non patrimoniale da trattamento illecito dei dati personali, che consentano di adeguare la liquidazione alla sofferenza effettivamente patita dal danneggiato e a tutte le circostanze del caso concreto in quanto è la regola stessa dell'equità che impone di trattare in maniere diversa fatti differenti. In giurisprudenza si rinvengono entrambi gli orientamenti, ciascuno dei quali mostra i suoi limiti che vanno dall'applicazione di parametri rigidamente fissati in astratto a decisioni ondivaghe che a volte riconoscono risarcimenti simbolici, a volte superiori ai precedenti in materia.

La rilevanza riconosciuta alle circostanze concrete induce a riflettere sulla funzione del risarcimento del danno non patrimoniale da violazione della *privacy*, che risulta difficilmente conciliabile con la tradizionale finalità reintegrativa dell'istituto. Si discute così della complessa questione dei limiti di operatività del rimedio risarcitorio nell'ambito della tutela dei dati personali, ciò che ha portato parte della dottrina a contestare l'importanza della regola della responsabilità civile in questa materia. Detti limiti discendono dal carattere non omogeneo del ristoro riconosciuto e del pregiudizio subito dal danneggiato che, considerata la natura del bene protetto (diritti e libertà fondamentali della persona) sfugge per definizione a una valutazione economica oggettiva, potendo essere misurato in denaro con grande fatica ed elevato grado di arbitrarietà. Ne consegue che il valore persona, una volta leso, non può più essere ricostituito e che il risarcimento del danno non patrimoniale nell'àmbito della protezione dei dati personali assolve (non la funzione reintegrativa tradizionale, ma) la funzione solidaristico satisfattiva, potendosi soddisfare la vittima per la perdita patita soltanto tramite la corresponsione di una somma di denaro che rappresenta una consolazione per il male subito, tesa a consentirle una migliore qualità della vita a garanzia della solidarietà sociale.

VII. LA CIRCOLAZIONE DEI DATI NON PERSONALI.

Oltre ai dati sensibili vi sono i «dati non personali», oggetto della disciplina di cui al Regolamento UE n. 2018/1807, il cui àmbito di applicazione è quello dell'attività di trattamento dei dati elettronici «diversi dai dati personali»[125]. Anche

125 Secondo l'art. 3, n. 1, tali sono «i dati diversi dai dati personali definiti all'articolo 4, punto 1, del regolamento (UE) 2016/679». La classificazione della informazione in una o nell'altra categoria dipende anche dalla qualità del soggetto che la raccoglie (Agenzia delle Entrate, Polizia, Ministero della Salute, Registro delle imprese, OMS ecc.): alcune raccolte di dati sono infatti lecite esclusivamente se attuate da determinati enti e per scopi definiti. Il tema è affrontato da Di Sabato, D.: "I dati non sensibili tra libero accesso e appartenenza

in questo settore l'UE favorisce lo scambio tra Stati dei dati non personali[126], la cui circolazione è considerata indispensabile per lo sviluppo dell'economia nel suo complesso, quindi non soltanto di quella digitale[127]. Sono dati di questo tipo le informazioni relative a fatti, cose, mondo vegetale e animale, ambiente ecc. che possono essere liberamente raccolte ed elaborate[128]; come già esposto, possono essere considerate neutre anche le informazioni relative a persone, ma gestite in forma anonima: quando il soggetto non è riconoscibile, non si configurano rischi di lesioni ai suoi diritti. Pur se l'ordinamento preserva la sfera personale dell'individuo, non vi sarebbe in effetti possibilità di ingerenza in condizioni di effettivo anonimato.

Il trattamento dei dati è sicuramente uno strumento molto positivo che serve imprescindibilmente, ad esempio, ai fini dell'accrescimento e della diffusione della conoscenza, dello sviluppo scientifico, della gestione della cosa pubblica nonché, in ultima analisi, del miglioramento della qualità della vita dell'uomo. La raccolta dati è evidentemente anche utile per il perseguimento di scopi lucrativi: si pensi, ad esempio, alle nuove tecniche di *marketing* e alla possibilità di studiare le preferenze dei consumatori per stimolarli selettivamente all'acquisto. Tuttavia, le nuove tecnologie recano con sé anche, tra l'altro, il rischio che, superando l'anonimato oramai sempre più precario[129], le informazioni raccolte consentano di conoscere i comportamenti, le opinioni e le scelte dei cittadini, quindi di schedarli, per condizionarne l'esercizio dei diritti democratici, minando alla base il funzionamento

pubblica necessaria!, in AA. VV.: *Scritti in onore di Antonio Flamini* (a cura di R. Favale e L. Ruggeri), I, cit., p. 407 ss.

126 Così recita l'art. 1: «Il presente regolamento mira a garantire la libera circolazione dei dati diversi dai dati personali all'interno dell'Unione stabilendo disposizioni relative agli obblighi di localizzazione dei dati, alla messa a disposizione dei dati alle autorità competenti e alla portabilità dei dati per gli utenti professionali». In tal senso, tra l'altro, v. anche il *considerando* n. 11: «Per istituire un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione e creare il fondamento per lo sviluppo dell'economia dei dati e il rafforzamento della competitività dell'industria dell'Unione, è necessario stabilire regole giuridiche chiare, complete e prevedibili per il trattamento di dati diversi dai dati personali nel mercato interno».

127 V. il *considerando* n. 1: «L'economia si sta velocemente digitalizzando. Le tecnologie dell'informazione e della comunicazione non costituiscono più un settore a sé stante, bensì sono la base stessa di tutti i sistemi economici e delle società innovativi e moderni. I dati elettronici sono al centro di tali sistemi e, quando sono analizzati o utilizzati in associazione a servizi e prodotti, possono generare un ingente valore».

128 V. il *considerando* n. 9: «L'espansione dell'Internet degli oggetti, l'intelligenza artificiale e l'apprendimento automatico rappresentano fonti importanti di dati non personali, ad esempio a seguito del loro utilizzo in processi automatizzati di produzione industriale. Fra gli esempi specifici di dati non personali figurano gli insiemi di dati aggregati e anonimizzati usati per l'analisi dei megadati, i dati sull'agricoltura di precisione che possono contribuire a monitorare e ottimizzare l'uso di pesticidi e acqua, o i dati sulle esigenze di manutenzione delle macchine industriali».

129 In proposito d'Avack, L.: "La rivoluzione tecnologica e la nuova era digitale: problemi etici", in Ruffolo, U. (a cura di): *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 23, osserva che la «enorme quantità di dati raccolti e profilati rende evanescente la riservatezza, perché è sempre possibile da alcune informazioni incrociate risalire all'identità, rendendo più difficile l'anonimizzazione totale e definitiva. Pertanto, è anche necessario dare attuazione a un riconoscimento effettivo del 'diritto all'oblio', stabilendo con procedure chiare e trasparenti la possibilità per il soggetto di richiedere la cancellazione dei dati personali, di modo che questi non siano più accessibili al pubblico sotto qualsiasi forma (copie o riproduzione)».

delle democrazie. In questa ipotesi torna ad applicarsi la disciplina a tutela della *privacy* recata dal GDPR[130].

Come già visto, però, il GDPR è rivolto a proteggere l'individuo contro l'elaborazione illecita dei suoi dati, rappresentata ad esempio dalla raccolta di informazioni vietate e/o non rese anonime oppure dalla deviazione dello scopo per cui è consentita: a tal fine, il bilanciamento di interessi è tarato nell'ottica del rapporto sorto tra il titolare di dati e il titolare del trattamento. Si osserva che il Regolamento non sembra per questo motivo offrire tecniche di intervento sufficienti a combattere i suddetti rischi: il consenso del titolare non basta, da solo, a tal fine, potendo anzi trasformarsi in una sorta di «patente indiscriminata di liceità»[131]. È pertanto necessario individuare degli strumenti efficaci di tutela attivabili in caso di un siffatto uso illecito. Si ritiene che detti pericoli debbano essere fronteggiati con le tecniche di controllo sociale, che le schedature realizzate per scopi illeciti siano da considerare proibite pur se consentite dall'interessato e aventi ad oggetto dati non sensibili, che debbano essere vietate l'utilizzazione dei dati per finalità diverse da quelle che hanno fondato la raccolta lecita e la cessione dei dati a terzi per il perseguimento di scopi diversi[132].

L'approccio proposto analizza la natura dei dati e il regime giuridico cui dovrebbero essere sottoposti. Considerato che i dati non personali sono beni diversi da quelli sensibili e idonei a produrre utilità differenti da questi ultimi, l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale consente di annoverarli tra i beni immateriali in grado di essere oggetto di diritti. Viene così proposta una ricostruzione nel quadro di una nozione di bene che valorizza le utilità che lo stesso è in grado di produrre e che contempla la possibilità che esse siano sfruttate attraverso un accesso plurimo. I dati aggregati sono dunque dei beni in senso giuridico, frutto della elaborazione delle informazioni grezze riferibili a una massa di persone e oggetto di diritti e di atti di disposizione. L'attività di elaborazione tramite gli algoritmi fonda la titolarità di chi lavora ai dati, in applicazione della regola dominicale della specificazione quale modo di acquisto della proprietà imperniato sulla trasformazione della materia. Il titolare del dato è il "proprietario" della materia, l'elaboratore è chi la lavora con il trattamento algoritmico[133].

130 V. il *considerando* n. 9: «Se i progressi tecnologici consentono di trasformare dati anonimizzati in dati personali, tali dati sono trattati come dati personali e si applica di conseguenza il regolamento (UE) 2016/679».

131 Così, Di Sabato, D.: "I dati non sensibili tra libero accesso e appartenenza pubblica necessaria", cit., p. 411, la quale nella nota n. 6 richiama lo scritto di Rodotà, S.: *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Torino, 1973, p. 51.

132 Così, Di Sabato, D.: "I dati non sensibili tra libero accesso e appartenenza pubblica necessaria", cit., p. 412.

133 Di Sabato, D.: "I dati non sensibili tra libero accesso e appartenenza pubblica necessaria", cit., p. 413 ss., ove si richiama la letteratura che configura un diverso concetto di bene che va oltre il tradizionale legame, oramai considerato superato, tra la proprietà e la soddisfazione del bisogno, e che riconosce l'accesso al bene per il tempo nella misura sufficiente alla soddisfazione del bisogno, svincolandosi dallo *jus escludendi* la cui ricorrenza nel diritto dominicale dipende dalla natura del bene: si sposta così l'attenzione dal valore di scambio al valore di uso dei beni.

Al titolare del dato reso anonimo non spetta alcuna pretesa sui dati aggregati e nessuna quota degli ingenti profitti derivanti dalla loro circolazione. A questo risultato si giunge anche applicando la regola della specificazione, se si considera l'inconsistenza dell'indennizzo a fronte dei costi del trattamento algoritmico, a prescindere dalla probabile rinuncia collegata al consenso al trattamento. Inoltre, il titolare dei dati sensibili non subisce interferenze nella propria sfera giuridica dalla elaborazione e dall'utilizzo dei dati aggregati[134].

La soluzione al problema rappresentato dalla possibilità di risalire dal dato aggregato al dato sensibile non sembra essere quella della sua incommerciabilità, essendo peraltro prevista la sua portabilità dall'art. 20 GDPR, dal quale si desume il riconoscimento di un valore suscettibile di circolazione. Quale strumento di tutela preventiva non sembra efficace neanche il ricorso al consenso informato, dovendosi osservare che forse non è tale un consenso reso in assenza di consapevolezza del valore di ciò che si sta cedendo. Puntare sul consenso avrebbe come unico effetto quello di appesantire l'informazione preliminare fornita al cedente[135].

Ad esiti differenti si giunge invece considerando che oggetto della lavorazione algoritmica non è il singolo dato, bensì una massa di dati non sensibili riferibili ad una collettività di individui che ha un valore che trascende quello risultante dalla sommatoria dei dati singolarmente considerati. I dati aggregati sono in grado di fornire utilità diverse e indefinite, tra le quali anche la possibilità di essere sfruttati per lo svolgimento dell'attività di elaborazione. Questa massa di dati costituisce quindi un bene in grado di recare utilità e di soddisfare bisogni attraverso un accesso plurimo e non dovrebbe essere oggetto di godimento esclusivo, ma essere lasciata nella disponibilità di tutti: a questo bene si ritiene addire la definizione di bene comune individuata nella proposta di legge elaborata dalla Commissione Rodotà nel 2007[136]. I beni comuni sono quelli funzionali al libero sviluppo della persona e all'esercizio dei diritti fondamentali, tra i quali rientra il diritto alla conoscenza e al progresso culturale. Detti beni dovrebbero essere soggetti al regime di libero accesso e a essi dovrebbe essere assegnato un valore almeno equivalente a quello del lavoro necessario alla creazione del nuovo bene costituito

134 Di Sabato, D.: "I dati non sensibili tra libero accesso e appartenenza pubblica necessaria", cit., p. 416.

135 Di Sabato, D.: "I dati non sensibili tra libero accesso e appartenenza pubblica necessaria", cit., p. 417; cfr., sulla questione se il consenso si ritenga informato in assenza della consapevolezza del valore di ciò che si sta cedendo, Resta, G.: "Diritti fondamentali e diritti privato nell'era digitale", in Caggia, F. e Resta, G.: *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 2019, p. 219 ss.

136 Di Sabato, D.: "I dati non sensibili tra libero accesso e appartenenza pubblica necessaria", cit., p. 417 ss. La proposta di legge della Commissione Rodotà nel 2007 ha enucleato una nuova definizione di bene di cui all'art. 810 c.c. (che ricomprende i beni immateriali) e le categorie dei beni comuni a titolarità diffusa e beni pubblici distinti a loro volta in beni ad appartenenza pubblica necessaria, beni sociali e beni fruttiferi. Dei beni ad appartenenza pubblica necessaria lo Stato non può in alcun caso disfarsi e sono lo zoccolo della proprietà pubblica: sono beni che producono utilità indispensabili per l'esercizio del potere statuale, senza i quali lo Stato non è Stato e non è in grado di esercitare le proprie prerogative. Sono dunque beni funzionali alla sovranità di cui lo Stato non può perdere il controllo. Oggetto di riserva allo Stato non sono i beni, bensì le utilità che questi producono.

dall'informazione dinamica. Pertanto, si formula l'ipotesi che il dato aggregato prodotto dell'elaborazione algoritmica non possa essere oggetto di un diritto esclusivo, così come non possa esserlo la massa di dati oggetto di elaborazione: sono beni della conoscenza di cui tutti devono poter godere[137].

Si evidenzia che l'argomento ricorrente per contrastare siffatta proposta è l'esigenza di compensare il creatore dei *big data* per i costi sopportati e l'attività svolta e di incoraggiarlo a ulteriori investimenti che saranno ulteriormente ripagati. Attualmente si discute se i *big data* possano essere assimilati alle banche dati e ricevere la tutela a queste riservata o se possano assurgere a segreti industriali ed essere assoggettati alla relativa disciplina. In tal senso, il legislatore riconosce con una certa generosità diritti di sfruttamento esclusivo sui nuovi beni prodotti dal progresso tecnologico. Si critica questa scelta politica e si osserva che per i *big data* sarebbe inappropriata. Peraltro, un diritto esclusivo sui *big data* sarebbe difficilmente attuabile e la stessa conformazione di questi beni suggerisce il ridimensionamento della esclusiva a favore del libero accesso alle utilità che sono in grado di offrire: l'economia dei dati è molto dinamica e le informazioni trattate suscettibili di ulteriori elaborazioni. I *big data* sono quindi estremamente volatili e difficilmente attribuibili a un soggetto determinato. Il profitto ricavato dal trattamento algoritmico è anch'esso volatile, pertanto i *big data* non dovrebbero produrre rendite come quelle ricavabili dalle invenzioni: all'autore dovrebbe spettare una ricompensa per l'attività svolta e il risultato della stessa dovrebbe essere soggetto a un regime di godimento plurimo e di libero accesso. Si ritiene così essere compito dei giuristi impedire che la posizione di monopolio raggiunta dalle *big company* si rafforzi con il riconoscimento di un diritto di esclusiva e che si attivi il processo di «giuridificazione» dei *big data* tramite il riconoscimento del risarcimento per le utilizzazioni non concesse dal titolare. Si ritiene che gli sforzi tecnologici compiuti per la raccolta e l'elaborazione dei *big data* siano ampiamente compensati dal regime di monopolio in cui l'attività è svolta[138]

Il regime di accesso diffuso ai dati non sensibili non è una soluzione sempre valida, dovendosi considerare quei dati, sensibili e non, destinati a produrre utilità il cui perseguimento rientra nelle prerogative degli stati: dette raccolte, lecite in virtù delle finalità perseguite, non sono sottoponibili al libero accesso. In tal caso, si prospetta una soluzione che potrebbe essere attuata in presenza di una disciplina della proprietà pubblica riformata. Sulla base di quanto elaborato dalla proposta Rodotà, relativamente ai beni ad appartenenza pubblica necessaria, si evidenzia che l'esercizio dei poteri sovrani dello Stato nell'epoca attuale si basa inevitabilmente sul controllo del traffico dei dati che è funzionale non soltanto alla difesa nazionale da possibili aggressioni, ma anche alla tutela dell'identità nazionale,

137 Di Sabato, D.: "I dati non sensibili tra libero accesso e appartenenza pubblica necessaria", cit., p. 418 ss.

138 Di Sabato, D.: "I dati non sensibili tra libero accesso e appartenenza pubblica necessaria", cit., p. 416.

al funzionamento corretto delle strutture democratiche e alla tutela della salute pubblica. Si ritiene fondamentale assicurare alla UE e agli Stati membri il controllo su quella mole di dati essenziale per l'esercizio delle proprie prerogative, senza lasciarli alla libera appropriazione da parte dei poteri economici. Siffatti «dati sensibili» dello Stato devono essere trattati in considerazione delle utilità che sono in grado di produrre ed essere sottoposti a un regime equivalente a quello dei dati sensibili della persona. In tale ottica si propone di leggere il Regolamento n. 2018/1807, interpretando in modo ampio il riferimento alla sicurezza pubblica e considerando quindi consentiti tutti quegli obblighi di localizzazione dei dati che siano funzionali alla tutela delle prerogative proprie degli Stati. D'altra parte, l'art. 2, comma 3, dispone la non applicazione del Regolamento alle attività estranee al diritto unionale: in questi settori lo Stato può dunque sottrarre al regime di libero accesso i dati utili all'esercizio delle sue funzioni e gestirli esso stesso nell'esercizio dei poteri sovrani nonché può anche porre obblighi di localizzazione[139].

La proposta, pur se interessante in sé, non sembra essere però praticabile. Innanzi tutto, la ricostruzione dei dati aggregati non è convincente e comunque sarebbe in contrasto con la normativa europea che ne consente la libera circolazione. In proposito bisogna partire da una considerazione di fondo. Da una parte, è vero che i *big data* sono oggi nelle mani di pochi colossi stranieri che hanno creato quindi una situazione di oligopolio, essendo partiti per primi e da anni con l'esercizio di questa attività. Ma, dall'altra, questo oligopolio è contrastabile, poiché possono essere costituiti altri soggetti che elaborano masse di informazioni creando dati aggregati. Questo è reso possibile dal fatto che il dato, bene immateriale, è per sua natura cedibile un numero elevato di volte a soggetti diversi, non essendo possibile attuare una limitazione al loro trasferimento: si pensi a tutte le volte che una persona ha dato il consenso al trattamento dei suoi dati a soggetti differenti e tra loro magari anche in concorrenza (*social media*, grande distribuzione, commercio *online*, assicurazioni, banche ecc.). Questa è una parte della soluzione del problema complessivo e sembra essere la via percorsa dalla UE che sta cercando di creare nell'Unione dei centri di elaborazione di *big data* e ha assegnato a Bologna un ruolo importante in tal senso[140]. Se ci saranno nel mercato

139 Di Sabato, D.: "I dati non sensibili tra libero accesso e appartenenza pubblica necessaria", cit., p. 420 ss.

140 Il riferimento è al progetto del CINECA di realizzazione del supercomputer Leonardo che verrà collocato all'interno del Tecnopolo di Bologna (per una prima informazione v. il sito della *International Foundation Big Data and Artificial Intelligence for Human Development - IFAB -*, *https://www.ifabfoundation.org/it/tecnopolo-di-bologna/*, e quello della Regione Emilia Romagna, *https://www.regione.emilia-romagna.it/datavalley/big-data-technopole*), il quale è stato scelto come progetto italiano da *EuroHPC Joint Undertaking*, l'impresa comune europea che acquisirà, creerà e implementerà in tutta Europa un'infrastruttura di calcolo ad alte prestazioni (*HPC*) all'avanguardia e sosterrà anche un programma di ricerca e innovazione per sviluppare le tecnologie e le macchine (*hardware*), nonché le applicazioni (*software*) destinate ai supercomputer. Leonardo è dunque uno degli otto supercomputer *pre-exascale* che formeranno la rete di calcolo europea ad alte prestazioni *EuroHPC* (così, si discorre di Emilia Romagna come *Data Valley* europea, che è destinata a divenire sempre più piattaforma e *hub* internazionale per lo studio e le applicazioni su *big data* e intelligenza artificiale). Il supercomputer Leonardo troverà impiego in diversi settori strategici: grazie a una potenza di calcolo di 270 *petaflops*, sarà in grado di elaborare i dati prodotti dai più importanti progetti internazionali ai quali partecipano l'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare e l'Istituto Nazionale di Astrofisica, come LHC,

più soggetti europei che raccolgono ed elaborano masse di informazioni creando dati aggregati, si sarà ridotto il potere degli oligopolisti che non saranno più tali e si sarà reso più democratico il funzionamento del sistema economico e non solo. Ci saranno anche più *big data* disponibili, frutto di differenti elaborazioni quindi con informazioni differenti e con prezzi di accesso anche più bassi.

Altro aspetto critico è che l'argomento dei costi di elaborazione non è in realtà superato dalle considerazioni sopra illustrate, ed è invece centrale in quanto la creazione dei dati aggregati e dei *big data* richiede ingenti e continui investimenti per la gestione e il costante sviluppo delle tecnologie necessarie a tal fine, che devono essere in qualche modo coperti. Nella proposta si dice che il soggetto che li elabora va retribuito, ma non è chiarito come e, soprattutto, da chi. Non sembra facilmente concepibile un intervento pubblico in tal senso, poiché significherebbe acquistare con risorse statali i *big data* per metterli a disposizione di tutti, comprese le imprese private. Questa ipotesi configurerebbe, peraltro, un aiuto di stato contrario al diritto della UE.

Altro problema è che i dati aggregati, così acquistati e resi liberamente accessibili in quanto considerati come un bene comune, a chi vanno affidati? Restano a chi li ha creati oppure vanno consegnati a un soggetto pubblico che li renda disponibili a chi ne faccia richiesta? La prima ipotesi sarebbe singolare in quanto si acquisterebbe un bene per lasciarlo nella disponibilità del venditore che potrebbe anche rielaborarlo e venderlo di nuovo al medesimo (unico) acquirente, se non a terzi. L'ipotesi di un soggetto pubblico quale "custode" dei dati è molto rischiosa per i possibili abusi, di ogni genere, di cui anche questo potrebbe macchiarsi per perseguire "scopi" di pubblica utilità. Lo Stato e le varie amministrazioni sono già in possesso di una serie rilevante di informazioni: mettergli a disposizione anche quelli attinente prettamente alla vita privata dei cittadini sarebbe oltremodo pericoloso in quanto l'eventuale "schedatura" della persona sarebbe pressoché totale, a differenza di quelle che potrebbe predisporre un ente privato. Le vicende italiane degli ultimi anni hanno purtroppo conosciuto casi del genere. Peraltro, proprio perché di natura pubblica, è anche tecnicamente più difficile predisporre adeguati ed efficaci strumenti giuridici di tutela contro gli eventuali usi illegittimi dei dati ad opera di un soggetto pubblico, anche considerato che la P.A. è normalmente dominata da una politica che è oggi alla costante ricerca del consenso e della prevaricazione dell'avversario. Inoltre, va altresì menzionato il fatto che funzionamento degli enti pubblici, in Italia, non è certo caratterizzato dall'efficienza, quanto piuttosto - come minimo - da una soffocante quanto bizantina burocrazia che genera spesso lungaggini e disservizi: dalla prospettiva del servizio a favore della collettività

SKA e VIRGO, ma anche dal consorzio Cineca, che ospiterà e gestirà il supercomputer, per consentire studi nell'ambito dell'intelligenza artificiale, della robotica, della farmacologia, dei nuovi materiali ecc. La macchina potrà essere messa a disposizione degli istituti di ricerca, delle università, ma anche delle aziende per le loro necessità.

non si vede dunque quale senso avrebbe pubblicizzare il "custode" del dato. Infine, occorrerebbe creare un ente di dimensioni notevoli e molto costoso per conservare in modo tecnologicamente adeguato e sicuro tutti i dati liberamente disponibili: questo comporterebbe un ulteriore aumento strutturale del debito pubblico, magari a scapito delle voci di bilancio che si è solito sacrificare per prime - vedi università e scuola - in caso di ricerca di fondi pubblici.

Piuttosto, un intervento che potrebbe essere concepito è l'implementazione del sistema dei controlli pubblici, introducendo ad esempio l'obbligo di registrazione delle imprese che elaborano e cedono i dati, e magari anche l'obbligo di comunicazione delle cessioni degli stessi, al fine di controllare chi opera nel settore, le finalità che persegue e a chi vengono ceduti i dati. Peraltro, questo permetterebbe anche di verificare l'uso effettivo degli stessi e di intervenire sugli usi difformi da quelli dichiarati, prevedendo una serie di sanzioni che potrebbero andare dal blocco dell'attività, alla nullità dei contratti di cessione e al sequestro, con relativa distruzione, dei dati aggregati illecitamente elaborati. Questo sistema è già operante nel settore dei mercati finanziari in forza della MiFID II per gli intermediari che utilizzano algoritmi per le negoziazioni. L'autorizzazione deve garantire che siano soggette ai requisiti di organizzazione previsti dalla MiFID II e ad un'adeguata vigilanza. Anche gli enti che sono autorizzati e controllati a norma del diritto europeo sul settore finanziario ed esenti dall'applicazione della disciplina in materia, ma che effettuano negoziazioni algoritmiche, devono essere soggetti alle misure e ai controlli volti a contrastare il rischio specifico derivante da tali tipi di negoziazione. In tal senso, l'ESMA è chiamata a svolgere un importante ruolo di coordinamento, definendo le idonee dimensioni dello scostamento di prezzo, così da assicurare l'ordinato funzionamento dei mercati dell'Unione[141]. Proprio al fine di assicurare una vigilanza efficace e di consentire alle autorità competenti di adottare misure adeguate e tempestive contro le strategie algoritmiche difettose o scorrette, è anche necessario segnalare tutti gli ordini generati mediante negoziazione algoritmica. Attraverso la segnalazione, le autorità competenti sono in grado di identificare e distinguere gli ordini provenienti da algoritmi differenti e di ricostruire e valutare efficacemente le strategie utilizzate dagli operatori che adottano siffatte tecniche di negoziazioni.

VIII. L'*E-COMMERCE* E IL CONSUMATORE.

Quanto in precedenza osservato invita conseguenzialmente a spostare l'attenzione sull'*E-Commerce*[142]. Nell'àmbito degli scambi telematici il tema

141 V. il *considerando* n. 63 MIDIF II.

142 Il tema è affrontato da Lazzarelli, F.: "E-commerce e contraente debole (non consumatore). Considerazioni sistematiche a margine dei recenti interventi del legislatore UE e della Corte di Giustizia", in AA. VV.: *Scritti in onore di Antonio Flamini* (a cura di R. Favale e L. Ruggeri), I, cit., p. 667 ss.

dell'equilibrio contrattuale è rinvigorito da profili nuovi, scaturiti dall'uso delle nuove tecnologie, che alimentano anche il dibattito sul contraente debole identificato nel consumatore (*cyber*consumatore) protetto dalla relativa disciplina.

Il *cyber*consumatore è, a volte, vittima di condotte abusive e a causa dell'incertezza sull'*an* e sul *quomodo* rinuncia spesso a far valere le proprie ragioni. Nella prospettiva di incentivare l'attività economica di piccole e medie imprese e la relativa concorrenza nel mercato digitale, la UE ha rilasciato un pacchetto di misure, tra le quali va segnalata la Direttiva 770/2019/UE, relativa ad alcuni aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e dei servizi digitale, e la Direttiva 771/2019/UE, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita dei beni. La disciplina è sicuramente tale da garantire una effettiva tutela al consumatore. Ma si intravede un problema nella solita circoscrizione dell'àmbito di applicazione al solo consumatore, con esclusione dunque dei non consumatori, ossia le imprese, specie piccole e medie, e i professionisti che si trovino nelle transazioni *online* in una posizione di debolezza contrattuale.

Si osserva che detta posizione del legislatore sembra trovare una battuta di arresto nella decisione Costea della CGUE che ha elaborato linee interpretative nuove, utili per estendere le tutele consumeristiche oltre le rigide maglie della definizione legislativa[143]. Si auspica dunque di applicare la normativa di tutela anche ai non consumatori che, in concreto, si trovino in una posizione di debolezza.

In proposito, si osserva che la Corte di Giustizia in realtà non ha innovato la definizione di consumatore. Il concetto europeo di consumatore è strumentalizzato e funzionalizzato, essendogli assegnato un ruolo attivo nella realizzazione del mercato interno[144]. Siffatti ruolo e funzione possono però essere svolti e adempiuti

143 CGUE, 3 settembre 2015, Causa C-110/14, Costea c. SC Volksbank România SA, in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014CJ0110&from=IT,* la quale ha deciso quanto segue: «L'articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che una persona fisica che eserciti la professione di avvocato e stipuli con una banca un contratto di credito nel quale lo scopo del credito non sia specificato può essere considerata un "consumatore", ai sensi di tale disposizione, qualora un simile contratto non sia legato all'attività professionale di detto avvocato. La circostanza che il credito sorto dal medesimo contratto sia garantito da un'ipoteca concessa da tale persona in qualità di rappresentante del suo studio legale e gravante su beni destinati all'esercizio della sua attività professionale, quale un immobile appartenente a detto studio legale, non è in proposito rilevante».

144 Micklitz, H.-W.: *Vorbemerkung Vor §§ 13, 14,* in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. I, *Allgemeiner Teil*, 4 ed., München, 2001, p. 369 s., individua due fasi nella concezione europea del consumatore, quella prima del 1986, ispirata al modello sociale di protezione contraente debole e racchiusa nel «Verbraucher*schut*zrecht» (corsivo dell'a.), e quella successiva, fondata sul moderno concetto funzionale di consumatore che «wird instrumentalisiert und funktionalisiert» ed espressa nel «Verbraucherrecht» inteso come «Marktverhaltensrecht» (cfr., in proposito, Reich, N. e Micklitz, H.-W.: *Europäisches Verbraucherrecht*, 4 ed., Baden-Baden, 2003, p. 281 ss.). Cosí anche Heiss, H.: *Verbraucherschutz im Binnenmarkt: Art. 129a EGV und die wirtschaftlichen Verbraucherinteressen*, in *ZEuP*, 1996, p. 641 ss., il quale discorre di «Nachfragefreiheit des Verbrauchers» e della «Wichtigkeit des grenzüberschreitenden Agierens des Verbrauchers für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes» e rileva che la piú recente politica europea dei consumatori «betont immer mehr die Rolle des Verbrauchers im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarktes»; Joerges, C. e Brüggemeier, G.: „Europäisierung des Vertragsrechts und Haftungsrechts", in Müller-Graff, P.-C.: *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2

efficacemente soltanto se il consumatore sia consapevole di ciò e normativamente fornito di quelle competenze e di quei poteri in concreto specificamente necessari per l'effettiva attuazione della sua funzione. Secondo tale concezione il consumatore non è soltanto il soggetto strutturalmente piú debole e neppure il soggetto informato ed illuminato, quindi responsabile[145]. Piuttosto, è la persona che consapevolmente adempie la sua funzione nel, e per il mercato interno in virtú dei poteri di volta in volta giuridicamente concessigli[146]. La tutela del consumatore va dunque fondamentalmente letta come disciplina del relativo ruolo di domanda svolto da tale soggetto sul mercato. La «protezione» del consumatore in effetti non si esaurisce nella tutela di questo quale parte debole del rapporto contrattuale. Pur esistendo una parziale sovrapposizione tra tali due problematiche potendo presentarsi il consumatore quale contraente debole, si è tuttavia già da tempo evidenziato che non si può giungere a una loro completa identificazione in quanto, da un lato, il contraente debole può non essere consumatore, mentre, dall'altro, quest'ultimo a volte è preso in considerazione dall'ordinamento non nella veste di contraente[147].

Elementi centrali della figura in esame sono la persona fisica (elemento soggettivo), l'agire per acquistare o cedere un bene o un servizio o prestare una garanzia (elemento oggettivo), lo scopo non imprenditoriale o professionale dell'acquisto o dell'utilizzo (elemento funzionale).

Dal punto di vista dell'elemento soggettivo, la definizione appare restrittiva poiché soltanto la persona fisica può essere qualificata come consumatore o utente. Nelle proposte di iniziativa parlamentare e nelle proposte formulate in sede dottrinale si auspicava invece una definizione più ampia che ricomprendesse anche le persone giuridiche non votate al perseguimento di intenti di lucro, come i comitati e le associazioni di ogni genere.

ed., Baden-Baden, 1999, p. 328, che accolgono l'idea dell'«aktiver Binnenmarkt-Verbraucher» e della sua funzione di «Binnenmarkt-Akteur».

145 Sul concetto di consumatore responsabile assunto dalla giurisprudenza europea, v. Causa C-238/89, Pall Corp., in *Raccolta*, 1990, p. I-4849.

146 Cfr. Micklitz, H.-W.: *Vorbemerkung Vor §§ 13, 14*, cit., p. 370 s.: «Der im Binnenmarktkonzept geforderte Verbraucher muß für die Wahrnehmung seiner Rolle und Funktion erst rechtlich mit den notwendigen Kompetezen und Befugnissen ausgestattet werden. Insofern reicht der Verbraucherbegriff des Binnenmarktes über die freiheitliche Privatrechtsordnung hinaus»; Heinrich, C.: *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit*, cit., p. 157. In materia di liceità delle misure restrittive della libera circolazione delle merci la Corte di giustizia (Causa C-220/98, Estée Lauder Cosmetics, in *Raccolta*, 2000, p. I-146 s., e Causa C-210/96, Gut Springenheide e Tusky, *ivi*, 1998, p. I-4657) ha assunto quale criterio di valutazione l'aspettiva presunta di un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto.

147 Cosí, Rizzo, V.: *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Esi, Camerino-Napoli, 1983, p. 108 ss. V. anche, per tutti, Roppo, V.: *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali d'impresa*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 153 s.; Mazzoni, C.M.: *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 149 s.

Dalla prospettiva dell'elemento oggettivo la definizione risulta invece formalmente estensiva, in quanto l'espressione consumatore non riguarda solo la persona fisica che "consuma" un bene, ma anche l'utente di un servizio pubblico o privato. È chiaro che quasi in tutti i paesi dell'Unione ed anche nel linguaggio normativo europeo la definizione di consumatore ricomprende implicitamente non solo chi consuma beni, ma anche chi utilizza servizi. Dal punto di vista del diritto italiano la definizione è comunque innovativa poiché l'espressione «servizio» non è definita legislativamente con formule di tenore generale, a differenza di quanto accade per la definizione di «bene», contenuta nell'art. 810 cod. civ., ponendosi cosí la questione della sua individuazione. Poiché nell'accezione di servizio della disciplina europea si includono anche i servizi bancari e i servizi di investimento in valori mobiliari così come i servizi assicurativi, si può ritenere che la disciplina quadro in esame si applichi anche ai consumatori-risparmiatori, ai clienti delle compagnie di assicurazione, ai clienti degli intermediari finanziari e così via, senza limitazioni, salvo quella incentrata sullo scopo dell'acquisto o dell'utilizzazione, che non deve essere riferibile all'attività imprenditoriale e professionale dell'acquirente e dell'utente.

L'elemento funzionale è previsto in negativo potendo cosí rientrare nella definizione qualsiasi tipo di acquisto o di utilizzo di bene o di servizio, purché non destinati a fini professionali o imprenditoriali. La previsione dell'elemento funzionale non pone dunque alcun problema in merito alla qualificazione come consumatore anche del professionista/imprenditore che compia un acquisto o utilizzi un servizio per scopi estranei alla propria attività professionale/imprenditoriale. Questo sembra essere il senso della decisione della CGUE che non ha quindi innovato la nozione di consumatore.

Si può certamente configurare la necessità di estendere le tutele e può essere anche condivisa. Tuttavia, si ritiene che questa estensione non possa sfociare in una totale parificazione tra professionisti e consumatori per due ragioni. In primo luogo, la situazione delle piccole e medie imprese e dei professionisti non è sempre parificabile a quella dei consumatori in quanto spesso non vi sono né quelle posizioni strutturali di debolezza, né le asimmetrie informative che fondano invece gli interventi giusconsumeristici; là dove invece dette posizioni si rinvengono, ben può essere ampliata la platea dei destinatari delle tutele, come peraltro già è avvenuto, ad esempio, nel caso delle pratiche commerciali scorrette e nel settore finanziario, ove si discorre genericamente di clienti al dettaglio. In secondo luogo, la situazione di detti soggetti è fondamentalmente diversa e per loro sembra più opportuno destinare una disciplina di settore che risolva specificamente i loro problemi, come accaduto ad esempio con la legge sulla subfornitura, nel rispetto del principio di proporzionalità.

IX. L'EVOLUZIONE TECNOLOGICA E LE TUTELE NEL PRISMA DEL PRINCIPIO DI SOSTENIBILITÀ.

L'impatto delle nuove tecnologie sulla realtà e, di riflesso, sull'ordinamento giuridico è molto forte, introducendo trasformazioni epocali che incidono profondamente sul tessuto sociale e imprenditoriale. Tra l'altro, cambiano i paradigmi di funzionamento dei mercati, mutano gli equilibri socioeconomici della società, emergono nuove esigenze di tutela. In presenza di siffatte evoluzioni, una delle difficoltà da affrontare è quella di trovare una sintesi normativa efficace che sia in grado di comporre gli opposti interessi all'interno di una visione globale della realtà che non sia schiacciata sul presente o sul futuro prossimo, ma che sia capace di guardare lontano. Il richiamo è dunque alla sostenibilità, assurta oggi a vera e propria chiave di lettura del contesto temporale e dei mutamenti sociali che investe pressoché tutti gli àmbiti tematici che vanno, tra l'altro, dall'ambiente all'economia, dall'agricoltura al turismo, dalla *governance* societaria alle stesse strutture della democrazia.

Lo strumento normativo che consente di conciliare le diverse esigenze nell'ottica di lungo periodo è il principio di sostenibilità, menzionato già da tempo nell'art. 3, § 3, TUE e di recente introdotto negli artt. 9, comma 3, e 41, comma 2, cost. La disposizione unionale affida all'Unione il compito di adoperarsi «per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico». La Costituzione assegna alla Repubblica il compito di tutelare «l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni» e prescrive che l'iniziativa economica privata, libera, non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, alla salute e all'ambiente. Come emerge da queste disposizioni, il concetto di sviluppo sostenibile non è facilmente definibile in maniera univoca.

A livello internazionale, il principio lo si ritrova nel celebre rapporto del 1987 della Commissione Bruntland delle Nazioni Unite[148], intitolato «Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future»[149]. Il rapporto ne elabora una prima definizione identificando come sostenibile lo «sviluppo che soddisfi i bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri». Da allora, la sostenibilità

148 Sulle attività dell'ONU in tema, v. *https://sustainabledevelopment.un.org.*

149 Il documento è consultabile in *https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf.*

è diventata un canone etico e politico che ha conquistato ampi spazi nelle scelte politiche e nelle decisioni giuridiche e normative, anche di livello costituzionale[150].

Secondo il glossario predisposto dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), la sostenibilità è «la continuità dei benefici prodotti da un intervento di sviluppo dopo la sua conclusione e la probabilità di ottenere benefici di lungo periodo. Il criterio verifica inoltre la resistenza al rischio dei flussi di benefici netti nel corso del tempo»[151].

A livello interno, l'art. 3 *quater*, comma 1, d.lgs. n. 152 del 2006 (Codice dell'ambiente), intitolato «Principio dello sviluppo sostenibile», dispone che «Ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future».

Il concetto, rispetto alle sue prime versioni, ha fatto registrare una profonda evoluzione che, partendo da una visione centrata preminentemente sugli aspetti ecologici, è approdata verso un significato più globale, che tiene conto, oltre che della dimensione ambientale, di quella economica e di quella sociale. I tre aspetti sono stati comunque considerati in un rapporto sinergico e sistemico e, combinati tra loro in diversa misura, sono stati impiegati per giungere a una definizione di progresso e di benessere che superasse in qualche modo le tradizionali misure della ricchezza e della crescita economica basate sul PIL. La sostenibilità, dunque, ha oggi molte accezioni: ambientale, finanziaria, economica, istituzionale, socioculturale, tecnologica.

La sostenibilità ambientale indica se e quanto l'iniziativa produce effetti negativi sull'ambiente e come affronta le problematiche ambientali, facendo particolare riferimento a quanto previsto in materia dalla normativa vigente, che prevede la c.d. Valutazione di Impatto Ambientale (VIA) e la Valutazione Strategica (VAS).

150 Cfr., per tutti, D'Aloia, A.: *Sostenibilità e responsabilità sociale delle imprese. Note preliminari*, in AA. VV.: *Sostenibilità, responsabilità sociale d'impresa e nuove aspettative dei consumatori: nuovi paradigmi di qualità?* (a cura di M. Cocconi), Napoli, 2019, p. 7 ss.

151 Per un primo riferimento, da varie prospettive, sulla sostenibilità, v. Perlingieri, P.: "«Sostenibilità», ordinamento giuridico e «retorica dei diritti»", *Foro nap.*, 2020, p. 101 ss.; *Sostenibilità, responsabilità sociale d'impresa e nuove aspettative dei consumatori: nuovi paradigmi di qualità?*, cit.; Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Esi, Napoli, 2018; Bologna, G.: *Manuale della sostenibilità. Idee, concetti, nuove discipline capaci di futuro*, 2 ed., Giuffrè, Milano, 2008; D'Aloia, A. e Bifulco, R. (a cura di): *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Esi, Napoli, 2008; Castellucci, L.: "Sviluppo sostenibile", *Dizionario di Economia e Finanza*, Treccani, Torino, 2012; Daly, H.E.: *Oltre la crescita. L'economia dello sviluppo sostenibile*, Roma, 2001; Davico, L.: *Sviluppo sostenibile. Le dimensioni sociali*, Roma, 2004; Dedeurwaerdere, T.: *Sustainability Science for Strong Sustainability*, Université catholique de Louvain, 2013; Griggs, D., Stafford-Smith, M., Gaffney, O., Rockström, J., Öhman, M. C., Shyamsundar, P., Steffen, W., Glaser, G., Kanie, N. e Noble, I.: "Policy: Sustainable development goals for people and planet", *Nature*, n. 495, 20 marzo 2013, p. 305 ss.

La sostenibilità finanziaria si concentra sull'equilibrio finanziario dell'iniziativa dal punto di vista unicamente del soggetto responsabile della sua esecuzione e del suo funzionamento, che deve accertare l'equilibrio tra entrate ed uscite finanziarie in modo da evitare che l'iniziativa si blocchi o fallisca per mancanza di liquidità finanziaria.

La sostenibilità economica fa riferimento, invece, all'intera collettività di riferimento del progetto o iniziativa, prendendo in considerazione i costi e ricavi o benefici di natura economica e sociale dell'intervento, presenti e futuri, non legati dunque alle uscite o entrate di cassa. In sostanza, si guarda alla possibilità per i beneficiari di accedere ai servizi o prodotti, alle modalità e grado di copertura dei costi, alla capacità di sopportare lo sfasamento tra risultati economici e impegni finanziari.

La sostenibilità socioculturale si focalizza sulla rispondenza del progetto o dell'iniziativa ai bisogni e alle aspettative del gruppo destinatario dell'intervento stesso e della collettività in generale. In particolare, analizza come le diverse componenti della società siano coinvolte e ottengano benefici dal progetto, là dove le persone non sono viste come meri beneficiari passivi, ma come protagonisti attivi del cambiamento politico. Implicitamente, il termine assume il concetto di equa distribuzione delle condizioni di benessere umano (sicurezza, salute, istruzione), quindi del rafforzamento delle capacità e opportunità di tutta la popolazione.

Il concetto di sviluppo sostenibile è dunque una categoria giuridica ancora imperfetta nei contenuti e nella capacità vincolativa a causa della sua dimensione olistica, essendo trasversale a tutte le grandi aree tematiche. Ma si è già affermato quale un principio generale del diritto che, come tale, deve essere necessariamente elaborato e maggiormente puntualizzato nei contenuti.

Come evidenziato da autorevole dottrina, parlare di sviluppo sostenibile significa innanzi tutto chiedersi qual è il senso del progresso[152], prendendo atto che le decisioni e i comportamenti di oggi avranno una influenza sul futuro di cui occorre tenere conto assumendosene la responsabilità. In tal senso, due sono le implicazioni fondamentali del principio in esame. Sostenibilità significa, in primo luogo. guardare al futuro con una attenzione protettiva, custodiale e pertanto inserire nel sistema giuridico un dovere di protezione degli interessi delle generazioni future. Il costituzionalismo contemporaneo di regge su due pilastri: ragionevolezza e consapevolezza che diritti e doveri fanno parte di un'unica visione dell'uomo e di un disegno unitario di società: il futuro è dunque un bene giuridico da proteggere e la sostenibilità ne è lo strumento di protezione. In secondo

152 D'Aloia, A.: "Sostenibilità e responsabilità sociale delle imprese. Note preliminari", cit., p. 8; Id.: "Generazioni future (diritto costituzionale)", *Enc. Dir., Annali*, IX, Milano, 2016, p. 331 ss.

luogo, alla luce della Costituzione la sostenibilità è una «impresa "collettiva"» che ha bisogno di condivisione, partecipazione, impegno da parte di tutti i soggetti pubblici e privati dell'ordinamento. Quindi anche dei soggetti economici e, in particolare; delle imprese che hanno in tal senso una grande responsabilità, fondata sul rovesciamento virtuoso dell'art. 41, comma 2, cost. per il quale il limite della sicurezza e dignità umana diviene impegno di costruire una società più giusta ed inclusiva per oggi e per domani grazie ad un'attività economica ispirata al principio di sostenibilità[153].

La sostenibilità deve dunque essere il principio di riferimento per bilanciare all'interno degli interventi le esigenze di tutela della persona, dell'ambiente in tutte le sue declinazioni, del consumatore e dell'impresa con gli interessi del sistema economico e finanziario in una prospettiva di medio e lungo periodo che sia volta a garantire la continuità dei benefici prodotti da un intervento di sviluppo dopo la sua entrata in vigore e la probabilità di ottenere benefici di lungo periodo di natura economica e sociale. Questa potrebbe essere la linea da seguire per evitare regolazioni contraddittorie e incerte quanto agli effetti che si vogliono produrre e i soggetti che si pensa di tutelare, omettendo una - oramai - imprescindibile visione duratura da porre alla base degli interventi. Effetti che nel breve periodo possono forse proteggere l'impresa, il consumatore e, più in generale, la persona, ma nel tempo possono ripercuotersi contro i beneficiari per le reazioni indotte negli *stakeholder* e nel sistema da effetti negativi non sufficientemente ponderati: si tratta di soggetti e di mercati che sono, tutti, comunque parte del complesso sistema impresa-consumatore-mercato-ambiente-società dalla cui considerazione complessiva e prospettica non è (più) possibile prescindere.

In questa ottica operativa di interventi normativi improntati sulla sostenibilità quale criterio di bilanciamento tra contrapposti interessi e principi, una ulteriore importante indicazione di metodo potrebbe essere quella che si coglie in un interessante studio sulla rinnovata concezione economica del rapporto tra pubblico e privato che devono cooperare sulla base di un obiettivo comune[154]. Si afferma che, al momento, è raro trovare governi che operino con obiettivi chiari e che magari collaborino tra loro, come anche dovrebbero collaborare pubblico e privato ma con fini delineati e condivisi. Il problema si pone quando lo Stato finanzia privati o autorizza *outsourcing* che però non hanno *target* condivisi. Lo studio rileva che si assiste ad una "ultrafinanziarizzazione" del settore privato: le aziende top del S&P 500 hanno recentemente investito 4 trilioni di dollari nel riacquisto di loro azioni o in *bonus*, ma non nell'economia. Gli investimenti, gestiti da pubblico e privato, devono invece avere un obiettivo chiaro e comune per tutte le istituzioni

153 D'Aloia, A.: *o.c.*, p. 8 ss.

154 V. l'interessante studio di Mazzucato, M.: *Mission Economy. A Moonschoot Guide to Changin Capitalism*, London, 2021.

e i soggetti coinvolti. Per questo bisogna reinventare il capitalismo, che è in crisi in quanto la finanza oramai finanzia sé stessa, molte aziende si basano principalmente sulle trimestrali e i governi esitano invece di essere veri *leader*. Vi è poi il nodo del cambiamento climatico, che impone una rivoluzione del sistema. Per questo, per ripartire anche dopo la pandemia, i governi, le imprese, la finanza e l'economia dovrebbero basarsi su regole competitive e su un investimento pubblico più strategico. Pertanto, servono una *leadership* con una visione, innovazione, agilità e flessibilità organizzative, ma soprattutto un'alleanza vera tra Stato e settore privato, non solo a livello finanziario, ma anche in termini di obiettivi e sfide comuni.

Quanto ora scritto induce a spostare l'attenzione sulle imprese che sono i motori primari dei processi globali. Le loro azioni generano effetti positivi o negativi sulla sostenibilità economica e sugli obiettivi sostenibili. Non sorprende quindi che negli ultimi anni il ruolo delle corporazioni, principalmente delle multinazionali, sia stato oggetto di studi giuridici e politici[155]. Tale valutazione ha portato alla definizione dei nuovi principi sulla responsabilità sociale d'impresa (CSR) e ne ha favorito l'applicazione nelle legislazioni a livello internazionale e nazionale. Tuttavia, la CSR non è sufficiente per impedire alle imprese di danneggiare l'ambiente e di incidere a volte negativamente sulla crescita della società, soprattutto nel lungo periodo. Occorre in proposito osservare che le imprese possono agire in diversi paesi e sono legalmente considerate come gli attori in grado di perseguire o minacciare obiettivi di lungo termine. Storicamente le corporazioni sono state create come persone giuridiche per superare i limiti di agenzia dei semplici individui. Di conseguenza, la loro azione è stata significativa, a volte più dei governi colpiti dall'instabilità politica, per i processi economici e le trasformazioni durevoli che in qualche modo oggi rappresentano una minaccia per il pianeta e le generazioni future. Questa caratteristica intrinseca, che dipende dalla loro natura giuridica, è ovviamente rilevante quando si tratta di sostenibilità e obiettivi sostenibili che, a loro volta, consistono nel soddisfare i bisogni delle generazioni attuali senza compromettere i bisogni delle generazioni future, garantendo al tempo stesso un equilibrio tra crescita economica, tutela dell'ambiente e benessere sociale. Va evidenziato che la prima forma corporativa non è stata creata per scopi commerciali o, per lo meno, la teoria dell'incorporazione non mirava a servire direttamente scopi economici. Tracce di questa natura originaria si colgono in alcuni elementi della forma societaria, nello specifico la perpetuità e le finalità.

155 Sulla sostenibilità nel diritto societario, v. gli interessanti studi di Anello, G.: "Perpetuals by Nature. The Moral Core of Corporations", *Diacronia*, 2, 2022, (bozza dell'articolo gentilmente concessa dall'autore) e Anello, G., Arafa, M. e Gramitto Ricci, S.A.: "Sacred Corporate Law", *Seattle University Law Review*, vol. 45, 2021, p. 413 ss., di cui le considerazioni nel testo sono debitrici; in argomento, da diverse prospettive, v. Imbruglia, D.: "Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori", *Pers. merc.*, 2021, 3, p. 495 ss.; Tombari, U.: *"Potere" e "interessi" nella grande impresa azionaria*, Giuffrè, Milano, 2021; Id.: "Corporate Purpose e Diritto societario: scopo sociale: dalla supremazia degli interessi dei soci" alla libertà di scelta dello "scopo sociale"?", *Riv. soc.*, 2021, 1, p. 1 ss.; Capaldo, G.: "Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile", *Pers. merc.*, 2020, 4, p. 334 ss.

Siffatta natura continua a dettare il successo di questo strumento giuridico: la combinazione di lunga durata e la centralità degli interessi ha giustificato l'impresa nel suo insieme in quanto strumento perfetto per superare i limiti temporali della vita umana e raggiungere obiettivi di vasta portata. Non è un caso che, secondo questa logica, la forma societaria "moderna" sia stata definita come un soggetto giuridico autonomo con propri interessi, non influenzato da quelli di altri. Al giorno d'oggi, il profilo perpetuo della forma societaria originaria appare ancora trascurato. La forma corporativa è stata adottata nel diritto commerciale in modo del tutto acritico, senza alcuna approfondita revisione delle sue peculiari origini escatologiche e delle sue conseguenze sull'agenzia legale e sui suoi poteri. Anche se le società sono state considerate entità efficienti, auto-rinnovantisi e "immortali" sin dalle loro origini, ci sono solo poche norme riguardanti le implicazioni per le società commerciali dell'agire in una prospettiva di lungo termine, e sono pochi gli studi sulla morale e sulle implicazioni giuridiche del raggio d'azione perpetuo delle persone giuridiche commerciali. Nell'esperienza angloamericana il diritto, i giudici e gli avvocati hanno ribadito la dottrina che una società è un'entità "eterna", ma nonostante l'enorme effetto che la perpetuità ha avuto nella storia del diritto le sue implicazioni nel settore economico di oggi sono in gran parte sotto esame. Per questo motivo, la natura perpetua delle società commerciali dovrebbe essere studiata e collegata alla sostenibilità e agli obiettivi sostenibili, giacché tale perpetuità porta con sé conseguenze sociali ed economiche ampiamente sottovalutate. È quindi importante evidenziare la connessione ontologica tra perpetuità e forma corporativa per individuarne le implicazioni allo stato attuale e governarle. Un'indagine su questo argomento può offrire una visione più profonda delle implicazioni sociali e a lungo termine della teoria delle corporazioni. Ma può rivelarsi utile anche per motivi pratici: attualmente, una serie di questioni relative alla teoria della corporazione dipendono dai presupposti del comportamento degli attori legali coinvolti nell'attività di impresa quali ad esempio la visione di lungo e breve periodo, i problemi di agenzia, la separazione e la titolarità della proprietà, il primato dei soci.

Oltre agli aspetti sopra evidenziati, vi è anche un'altra dimensione applicativa del principio di sostenibilità che non può non manifestarsi in sede ermeneutica e applicativa, considerato il suo rango di principio ancorato nel TFUE e nella Costituzione.

A proposito della responsabilità civile, autorevole dottrina osservava il «punto centrale della responsabilità oggi, infatti, non è tanto l'*an* (l'individuazione della meritevolezza dell'interesse - là dove ormai alcuni interessi di rilevanza costituzionale non possono essere tenuti fuori dalla tutela anche risarcitoria), ma il

quantum damni in una prospettiva di solidarietà sostenibile, attenta al bilanciamento dei principi e valori costituzionali»[156].

Altro spunto sin coglie a proposito di quanto scritto in un altro contesto tematico e in citazione di risalente letteratura tedesca si afferma relazione alla giurisprudenza che «sacra non è la legge ma il diritto e il giudice a sua volta è subordinato solamente al diritto. In una visione ottimistica quindi la legge dovrebbe possedere tutti quei caratteri per sostenere una costruzione sostenibile del diritto positivo»[157].

La sostenibilità sembra dunque assumere anche il ruolo di strumento ermeneutico che orienta l'operatore verso soluzioni applicative del diritto che siano anche sostenibili, ossia porta l'interprete ad individuare un punto di equilibrio fra gli interessi contrapposti che travalichi la dimensione del caso concreto proiettandolo in una visione sistemica rivolta al futuro attraverso un bilanciamento che tenga conto non soltanto degli interessi delle parti, ma anche di interessi generali di natura sistemica che li salvaguardi nel medio nel lungo periodo.

Questa sembra essere oggi la sfida per gli operatori del diritto, consistente nella valutazione dal punto di vista della sostenibilità della disciplina applicabile al caso concreto quale *enforcement* del relativo principio.

156 Così, Perlingieri, P.: "Le funzioni della responsabilità civile", *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 118.

157 Favale, R.: "Nullità di protezione dei contratti d'investimento mobiliare e l'ascesa del principio di buona fede", in AA. VV.: *Scritti in onore di Antonio Flamini* (a cura di R. Favale e L. Ruggeri), Esi, Napoli, 2020, p. 454. V. anche per le indicazioni interessanti sul tema, Goldschmidt, J.: "Gesetzesdämmerung", *JW*, 1924, p. 245 ss.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV.: *Diritto dell'informatica*, (a cura di F. Delfini e G. Finocchiario), 2014, Torino

Alpa, G. (a cura di): *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile*, Pisa, 2020

Amidei, A.: "La proposta di Regolamento UE per un Artificial Intelligence Act: prime riflessioni sulle ricadute in tema di responsabilità", *Tecnologie e Diritto*, 2022, 1, p. 1 ss.

Anello, G., Arafa, M. e Gramitto Ricci, S.A.: "Sacred Corporate Law", *Seattle University Law Review*, vol. 45, 2021, p. 413 ss.

Anello, G.: "Perpetuals by Nature. The Moral Core of Corporations", *Diacronia*, 2, 2022

Ashley, K.D.: *Articificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambrigde University Press, 2014

Barenghi, A.: "Il dibattito tedesco sulla fideiussione bancaria: a proposito di un recente saggio", *Banca borsa tit. cred.*, 1995, p. 101 ss.

Barenghi, A.: "Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco", *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 202 ss.

Battaglini, R. e Giordano, M.T. (a cura di): Blockchain e smart contract. *Funzionamento, profili giuridici e internazionali, applicazioni pratiche*, Giuffrè, Milano, 2019

Bellomia, V.: "Il contratto intelligente: questioni di diritto civile", *www.judicium.it/contratto-intelligente-questioni-diritto-civile/*, 2020

Benedetti, A.M.: "Contrattazione, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari", in *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali*, Atti Convegno SISDIC, Napoli, 2021

Bologna, G.: *Manuale della sostenibilità. Idee, concetti, nuove discipline capaci di futuro*, 2 ed., Giuffrè, Milano, 2008

Börding, A., Jülicher, T., Röttgen, C. e von Schönfeld, M.: *Neue Herausforderungen der Digitalisierung für das deutsche Zivilrecht: Praxis und Rechtsdogmatik*, in *Computer und Recht*, 2017, p. 134-140

Borruso, R.: *Computer e diritto*, II, *Problemi giuridici dell'informatica*, Giuffrè, Milano, 1988

Bourque, S. e Fung Ling Tsui, S.: *A Lawyer's Introduction to Smart Contracts*, in *Lask: Scientia Nobilitat*, 2014, p. 4-23

Brägelmann, T. e Kaulartz, M. (a cura di): *Rechtshandbuch Smart Contracts*, München, 2019

Brägelmann, T.: *Incomplete Contracts: Eine Sisyphusaufgabe für Legal Tech-Fans*, in *REthinking Law*, 2018, 1, p. 34 ss.

Bravo, F.: *Il diritto a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Cedam, Padova, 2018

Buchleitner, C. e Rabl, T.: *Blockchain und Smart Contracts*, in *ecolex*, 2017, p. 4-14

Capaldo, G.: "Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile", *Pers. merc.*, 2020, 4, p. 334 ss.

Casey, A.J. e Niblett, A.: *Self-Driving Contracts*, in 43 *Journal of Corporation Law*, 2017, p. 1-33

Casonato, C. e Marchetti, B.: "Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale", *Bio-Law Journal*, 2021, 3, p. 415 ss.

Castellucci, L.: "Sviluppo sostenibile", *Dizionario di Economia e Finanza*, Treccani, Torino, 2012

Catchlove, P.: *Smart Contracts: A New Era of Contract Use*, ssrn.com/abstract=3090226

Caterini, E.: "Il «germe» dell'intelligenza artificiale", in AA. VV.: *Scritti in onore di Antonio Flamini*, I, (a cura di R. Favale e L. Ruggeri), Esi, Napoli, 2020, p. 211 ss.,

Caterini, E.: *L'intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di socializzazione del diritto civile*, Napoli, 2020

Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Esi, Napoli, 2018

Clarizia, R. (a cura di): *I contratti informatici*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2007

Clarizia, R.: *Informatica e conclusione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1985

D'Alessio, A.: "La responsabilità civile dell'intelligenza artificiale antropocentrica", *Persona e merc.*, 2022, 2, p. 243 ss.

D'Aloia, A. e Bifulco, R. (a cura di): *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Esi, Napoli, 2008

D'Aloia, A.: "Generazioni future (diritto costituzionale)", *Enc. Dir., Annali*, IX, Milano, 2016, p. 331 ss.

D'Aloia, A.: *Sostenibilità e responsabilità sociale delle imprese. Note preliminari*, in AA. VV.: *Sostenibilità, responsabilità sociale d'impresa e nuove aspettative dei consumatori: nuovi paradigmi di qualità?* (a cura di M. Cocconi), Napoli, 2019, p. 7 ss.

d'Avack, L.: "La rivoluzione tecnologica e la nuova era digitale: problemi etici", in Ruffolo, U. (a cura di): *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 23

Daly, H.E.: *Oltre la crescita. L'economia dello sviluppo sostenibile*, Roma, 2001

Davico, L.: *Sviluppo sostenibile. Le dimensioni sociali*, Roma, 2004

De Filippi, P. e Wright, A.: *Blockchain and the Law: The Role of the Code*, Harvard University Press 2018

De Franceschi, A.: *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Esi, Napoli, 2017, p. 67 ss.

De Mari Casareto Dal Verme, T.: "Verso la nuova Product Liability Directive: la proposta della Commissione europea del 28 settembre 2022 per una nuova direttiva sulla responsabilità da prodotto difettoso che abroga la Direttiva 85/374/CEE", *Persona e mercato*, 2022, 1, p. 502 ss.

Dedeurwaerdere, T.: *Sustainability Science for Strong Sustainability*, Université catholique de Louvain, 2013

Delfini, F.: "Il commercio elettronico", in Vaccà, C. (a cura di): *Il commercio elettronico*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 27 ss.

Delfini, F.: *Contratto telematico e commercio elettronico*, Giuffrè, Milano, 2002

Di Giovanni, F.: "Sui contratti delle macchine intelligenti", in Ruffolo, U. (a cura di): *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 251 ss.

Di Gregorio, V.: "Intelligenza artificiale e responsabilità civile: quale paradigma per le nuove tecnologie", *Danno e resp.*, 2022, 1, p. 51 ss.

di Martino, A.: "Intelligenza artificiale e decisione amministrativa automatizzata", *Tecn. dir.*, 2020, 1, p. 83 ss.

Di Nella, L.: "La tutela del garante nell'esperienza tedesca e negli ordinamenti europeo e italiano: la Mithaftung von Nahbereichpersonen", *Rassegna di diritto civile*, 2012, 4, p. 1191 ss.

Di Nella, L.: "Smart Contract, Blockchain e interpretazione dei contratti", *Rass. dir. civ.*, 2022, p. 48 ss.

Di Sabato, D.: "Autonomia negoziale e distibuted ladger technology", in Valentino, D. (a cura di): *Nuovi contratti della* digital economy, *Singoli contratti. Leggi collegate,* II, Commentario UTET, Torino, 2 ed., 2020, p. 245 ss.

Di Sabato, D.: "Gli Smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale", *Contr. impr.*, 2017, p. 378 ss.

Di Sabato, D.: "I dati non sensibili tra libero accesso e appartenenza pubblica necessaria!, in AA. VV.: *Scritti in onore di Antonio Flamini* (a cura di R. Favale e L. Ruggeri), I, cit., p. 407 ss.

Djazayeri, A.: *Rechtliche Herausforderungen durch Smart Contracts*, in *jurisPR-BKR*, 2016, 12, no. 1

Durovic, M. e Janssen, A.: *The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law, European Review of Private Law* (ERPL), p. ss.

Durovic, M. e Janssen, A.: *The Formation of Smart Contracts and Beyond: Shaking the Fundamentals of Contract Law?*, in *https://www.researchgate.net/publication/327732779_The_Formation_of_Smart_Contracts_and_Beyond_Shaking_the_Fundamentals_of_Contract_Law*

Favale, R.: "Nullità di protezione dei contratti d'investimento mobiliare e l'ascesa del principio di buona fede", in AA. VV.: *Scritti in onore di Antonio Flamini* (a cura di R. Favale e L. Ruggeri), Esi, Napoli, 2020, p. 454.

Federico, A.: "Equilibrio contrattuale e contrattazione algoritmica", in *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali*, Atti Convegno SISDIC, Napoli, 2021

Finck, M.: *Blockchain Regulation and Governance in Europe*, Cambridge, 2019, p. 161 ss.

Finck, M.: *Blockchains: Regulating the Unknown*, in *German Law Journal*, 2018, 19, p. 665-691

Finocchiaro, G. e Bomprezzi, C.: "A legal analysis of the use of blockchain technology for the formation of smart legal contracts", *Riv. dir. media*, 2020, 2, (*http://www.medialaws.eu/rivista/a-legal-analysis-of-the-use-of-blockchain-technology-for-the-formation-of-smart-legal-contracts/*), p. 1 ss.

Finocchiaro, G.: "Intelligenza artificiale e responsabilità", *Contr. e impresa*, 2020, 2, p. 713 ss.

Finocchiaro, G.: *I contratti informatici*, in *Tratt. Dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, XXII, Padova, 1997

Follieri, L.: *Il contratto concluso in* Internet, Esi, Napoli, 2005

Franzoni, M.: "Lesione dei diritti della persona, tutela della privacy e intelligenza artificiale", *Juscivile*, 2021, 1, p. 4 ss.

Frattari, F.: "Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale", *Contr. impr.*, 2020, 1, p. 458 ss.

Fries, M.: "PayPal Law and Legal Tech - Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2016, p. 2862 ss.

Fries, M. e Paal, B.P. (a cura di): *Smart Contracts*, Tübingen, 2019, p. 1 ss.

Gambini, M.: "Il danno (patrimoniale e non patrimoniale) da trattamento illecito di dati personali", in AA. VV.: *Scritti in onore di Antonio Flamini* (a cura di R. Favale e L. Ruggeri), I, cit., p. 529 ss.

Gambino, A.: "I sette vizi capitali dei giudici-robot (tra blockchain e AI)", *www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/i-sette-vizi-capitali-dei-giudici-robot-tra-blockchain-e-ai*, 11 dicembre 2018

Gambino, A.M.: "La circolazione dei dati personali, la configurabilità di un mercato e i diritti fondamentali", in AA. VV.: *Fornitura di servizi digitali e «pagamento» con la prestazione dei dati personali. Un discusso profilo dell'economia digitale*, cit., p. 45 ss.

Giaccaglia, M.: "Considerazioni su Blockchain e smart contracts (oltre le criprovalute)", *Contr. impr.*, 2019, p. 944 ss.

Giaccaglia, M.: "Gli Smart Contracts. Vecchi e nuovi(?) paradigmi nella prospettiva della protezione dei consumatori", www.dimt.it/wp-content/uploads/2020/08/Giaccaglia-SmartContracts-completo.pdf

Giannantonio, E.: *Diritto dell'informatica*, Giuffrè, Milano, 1997

Giannantonio, E.: *Manuale di diritto dell'informatica*, Cedam, Padova, 1994

Giannone Codiglione, G.: "I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la "consumerizzazione" della privacy", *Dir. inf.*, 2017, p. 418 ss.

Giova, S.: *La conclusione del contratto via* Internet, Esi, Napoli, 2000

Gless, S. e Seelmann, K. (a cura di): *Intelligente Agenten und das Recht,* Baden-Baden, 2016

Goldschmidt, J.: "Gesetzesdämmerung", *JW*, 1924, p. 245 ss.

Griggs, D., Stafford-Smith, M., Gaffney, O., Rockström, J., Öhman, M. C., Shyamsundar, P., Steffen, W., Glaser, G., Kanie, N. e Noble, I.: "Policy: Sustainable development goals for people and planet", *Nature*, n. 495, 20 marzo 2013, p. 305 ss.

Guggenheim, N.: *The Potentional of Blockchain for the Conclusion of Contracts*, in Schulze, R., Staudenmeyer, D. e Lohse, S. (a cura di): *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps,* Baden-Baden, 2017, p. 83-97

Harari, Y.N.: *Homo Deus. Eine Geschichte von Morgen*, traduzione dall'inglese di A. Wirthensohn, 2017, München, p. 465

Hassan, S. e De Filippi, P.: "The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code", *Field Actions Science Reports The journal of field actions*, *Special Issue* 17|2017, *Artificial Intelligence and Robotics in the City,* scaricabile alla *URL: https://journals.openedition.org/factsreports/4518*

Heckelmann, M.: *Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts*, in *NJW*, 2018, p. 504 ss.

Heiss, H.: *Verbraucherschutz im Binnenmarkt: Art. 129a EGV und die wirtschaftlichen Verbraucherinteressen*, in *ZEuP*, 1996, p. 641 ss.

Iaselli, M.: "Consiglio di Stato: quando si può parlare di intelligenza artificiale?", *www.altalex.com/documents/news/2021/12/10/consiglio-di-stato-quando-si-puo-parlare-di-intelligenza-artificiale*

I-H Hsiao, J.: *Smart Contract on the Blockchain-Paradigm Shift for Contract Law*, in *US-China Law Review*, 2017, 14, p. 685-694

Imbruglia, D.: "Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori", *Pers. merc.*, 2021, 3, p. 495 ss.

Jacobs, C. e Lange-Hausstein, C.: *Blockchain und Smart Contracts: zivil- und aufsichtsrechtliche Bedingungen*, in *IT-Rechts-Berater (ITBR)*, 2017, p. 10-15

Joerges, C. e Brüggemeier, G.: „Europäisierung des Vertragsrechts und Haftungsrechts", in Müller-Graff, P.-C.: *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2 ed., Baden-Baden, 1999, p. 328

Jünemann, M. e Kast, A.: *Rechtsfragen beim Einsatz der Blockchain*, in *Kreditwesen*, 2017, p. 531-536

Kaissis, A.: "Recourse to Courts in times of Alternative Dispute Resolution and Disruptive Technologies", in Apalagaki, C. e Pipsou, L.-M. (a cura di): *Dikaio Choris Synora - Liber Amicorum Athanassios Kaissis*, Atene-Salonicco, 2018., p. 301 ss.

Kaulartz, M. e Heckmann, J.: *Smart Contracts - Anwendung der Blockchain-Technologie*, in *Computer und Recht (CR)*, 2016, p. 618-624

Kaulartz, M.: *Die Blockchain-Technologie: Hintergründe zur Distributed Ledger Technology und zu Blockchain*, in *Computer und Recht (CR)*, 2016, p. 474 ss.

Kaulartz, M.: *Herausforderungen bei der Gestaltung von Smart Contracts*, in *Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht (InTeR)*, 2016, p. 201-206

Langhanke, C. e Schmidt-Kessel, M.: "Consumer data as consideration", *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015, p. 218 ss.

Lazzarelli, F.: "E-commerce e contraente debole (non consumatore). Considerazioni sistematiche a margine dei recenti interventi del legislatore UE e della Corte di Giustizia", in AA. VV.: *Scritti in onore di Antonio Flamini* (a cura di R. Favale e L. Ruggeri), I, cit., p. 667 ss.

Lessing, L.: "Code Is Law. On Liberty in Cyberspace", *Harvard Magazine*, 1.1.2000 (*https://www.harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html*)

Lessing, L.: *Code: And Other Laws of Cyberspace. Version 2.0,* New York, 2006

Linardatos, D.: *Smart Contracts – einige klarstellende Bemerkungen*, in *Kommunikation & Recht*, 2018, p. 85 ss.

Mann, M.: *Die Decentralized Autonomous Organization - Ein neuer Gesellschaftstyp? Gesellschaftrechtliche und kollisionsrechtliche Implikationen*, in *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2017, p 1014 ss.

Matera, D.M.: "Patrimonializzazione dei dati e pratiche commerciali scorrette", *Tecnologie e Diritto*, 2022, 1, p. 155 ss.

Maugeri, M.: Smart contracts e *disciplina dei contratti*, Bologna, 2021, p. 19 ss.

Mazzoni, C.M.: *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 149 s.

Mazzucato, M.: *Mission Economy. A Moonschoot Guide to Changin Capitalism*, London, 2021.

Medicus, D.: *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht? Erscheinungsformen, Gefahren, Abhilfen*, Köln, 1994, p. 7 ss.

Messinetti, R.: "Circolazione dei dati personali e autonomia privata", in Zorzi Galgano, N.: *Persona e mercato dei dati*, cit., p. 140 e 160 ss.

Messinetti, R.: "La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata", *Contr. impr.*, 2019, p. 861 ss.

Mezzacapo, S.: *La regolamentazione dell'*algorithmic trading *nell'UE*, in Troiano, V. e Motrone, R. (a cura di), *La MiFID II. Rapporti con la clientela - regole di* governance - *mercati*, cit., p. 341 ss.

Micklitz, H.-W.: *Vorbemerkung Vor §§ 13, 14,* in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. I, *Allgemeiner Teil*, 4 ed., München, 2001, p. 369 s.

Mik, E.: *Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity*, in 10 *Journal of Law, Innovation and Technology (JLIT)*, 2017, p. 269-300

Müller, M.: *Bitcoin, Blockchain und Smart Contracts. Technische Grundlagen und mögliche Anwendungsbereiche in der Immobilienwirtschaft*, in Zeitschrift für *Immobilienrecht*, 2017, p. 600 ss.

O'Shields, R.: *Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain*, in 21 *North Carolina Banking Institute*, 2017, p. 177-194

Orlando, S.: "Verso l'Artificial Intelligence Act: la Proposta di Regolamento del 21.04.2021 su regole armonizzate in materia di intelligenza artificiale", *Persona e mercato*, 2021, 2, p. 444 ss.

Paech, P.: *The Governance of Blockchain Financial Networks*, in 80 *Modern Law Review*, 2017, p. 1072-1100

Pardolesi, R. e Davola, A.: "«Smart contract»: lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia", *Foro it.*, 2019, V, p. 195 ss.

Parisi, F.: *Il contratto concluso mediante computer*, Cedam, Padova, 1987

Paulus, D. e Matzke, R.: *Smart Contracts und das BGB. Viel Lärm um nichts?*, in *ZfPW*, 2018, p. 431 ss.; Idd.: *Digitalierung und private Rechtsdurchsetzung. Relativierung der Zwangsvollstreckung durch smarte IT-Lösungen?*, in *Computer und Recht (CR)*, 2017, p. 769 ss.

Pennalisico, M.: "La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione", *Dir. inf.*, 2004, p. 810 ss.

Perlingieri, C.: *Profili civilistici dei social networks*, Esi, Napoli, 2014.

Perlingieri, P.: "«Sostenibilità», ordinamento giuridico e «retorica dei diritti»", *Foro nap.*, 2020, p. 101 ss.

Perlingieri, P.: "Le funzioni della responsabilità civile", *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 118

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4 ed., Esi, Napoli, 2020, p. 278 ss.

Pernice, C.: "Distributed ledger technology, blockchain e smart contracts: prime regolazioni", *Tecn. dir.*, 2020, 2, p. 490 ss.

Prosperetti, E.: "Obbligo di motivazione e procedimenti in cui non è nota a priori la logica dell'algoritmo", *www.dirittomercatotecnologia.it*

Quarta, A.: *Mercati senza scambi. La metamorfosi del contratto nel capitalismo*, Esi, Napoli, 2020

Rampone, F.: "Linee guida AGID e il paradosso della forma scritta", *https://associazioneblockchain.it/wp-content/uploads/2020/02/20.02.14-Le-Linee-Guida-dellAgID-su-smart-contract.pdf*, p. 2

Raskin, M.: *The Law and Legality of Smart Contracts*, in 1 *Georgetown Technology Review*, 2017, p. 305-341

Reich, N. e Micklitz, H.-W.: *Europäisches Verbraucherrecht*, 4 ed., Baden-Baden, 2003, p. 281 ss

Remotti, G.: "Blockchain smart contract: primo inquadramento e prospettive di indagine (commento all'art. 8 ter D.L. 14 dicembre 2018, n. 135)", *ODCC*, 2020, p. 189 ss.

Resta, G.: "Diritti fondamentali e diritti privato nell'era digitale", in Caggia, F. e Resta, G.: *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 2019, p. 219 ss.

Resta, G.: "I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679", in AA. VV.: *Fornitura di servizi digitali e «pagamento» con la prestazione dei dati personali. Un discusso profilo dell'economia digitale* (a cura di V. Ricciuto e C. Solinas), Milano, 2022, p. 53.

Reyes, C.L.: *Conceptualizing Cryptolaw*, in 96 *Nebraska Law Review*, 2017, p. 384-445

Ricciuto, V. e Solinas, C.: "Fornitura di servizi digitali e prestazione di dati personali: punti fermi ed ambiguità sulla corrispettività del contratto", *Giust. civ.*, 2021, p. 3 ss.

Ricciuto, V. e Zorzi, N. (a cura di): *Il contratto telematico*, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, XXVII, Padova, 2002

Ricciuto, V.: "La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno", *Dir. inf.*, 2018, p. 689 ss.

Rizzo, V.: *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Esi, Camerino-Napoli, 1983, p. 108 ss.

Rizzo, V.: *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Esi, Camerino-Napoli, 1985, p. 11 ss.

Rodotà, S.: *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Torino, 1973, p. 51.

Roppo, V.: *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali d'impresa*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 153 s.

Ruffolo, U. (a cura di): *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milano, 2020

Rundo, F. e Conoci, S.: "Tecnologia "blockchain": dagli smart contracts allo smart driving", *SeG_III_MMXVII* (*www.sicurezzaegiustizia.com, 2017, III*)

Rundo, F. e Conoci, S.: "Tecnologia "blockchain": dagli smarts contracts allo smart driving", *SeG_III_MMXVII* (*https://www.sicurezzaegiustizia.com*, 2017)

Ryan, P.: *Smart Contract Relations in e-Commerce: Legal Implications of Exchanges Conducted on the Blockchain*, in 7 *Technology Innovation Management Review*, 2017, p. 10-17

Santosuosso, A.: *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Giuffrè, Milano, 2020.

Sartor, G.: "Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?", *Contr. impr.*, 2002, II, p. 465 ss.

Sartor, G.: *Intelligenza artificiale e diritto. Un'introduzione,* Giuffrè, Milano, 1996

Sattler, A.: *Der Einfluss der Digitalisierung auf das Gesellschaftsrecht*, in Betriebsberater, 2018, p. 2243 ss.

Savelyev, A.: *Contract Law 2.0: «Smart» Contracts As the Beginning of the End of Classic Contract Law*, ssrn.com/abstract=2885241

Scholz, L.H.: *Algorithmic Contracts*, in 20 *Stanford Technology Law Review*, 2017, p. 101-147

Schrey, J. e Thalhofer, T.: *Rechtliche Aspekte der Blockchain*, in *NJW*, 2017, p. 1431 ss.

Schuhmacher, E. e Fatalin, M.: "Compliance-Anforderungen an Hersteller autonomer Software-Agenten. Fünf Grundprinzipien für gesetzliche Instrumente", *Computer und Recht (CR)*, 2019, p. 200 ss.

Scorza, G.: "Facebook non è gratis? Nota a Consiglio di Stato, sentenza 29 marzo 2021, n. 2631", *Dir. internet*, 2021, III, p. 561 ss.

SCORZA, G.: "Il dato personale: manifestazione della personalità vs. forma di ricchezza", in AA. VV.: *Fornitura di servizi digitali e «pagamento» con la prestazione dei dati personali. Un discusso profilo dell'economia digitale*, cit., pp. 85 ss.

SKLAROFF, J.M.: *Smart Contracts and the Cost of Inflexibility*, in 166 *University Pennsylvania Law Review*, 2017, p. 263-303

SÖBBING, T.: *Smart Contracts und Blockchain-Technologie. Definition, Arbeitswiese, Rechtsfragen*, in *ITRB*, 2018, p. 43 ss.

SPINDLER, G.: *Gesellschaftsrecht und Digitalisierung*, in *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2018, p. 17 ss.

THOBANI, S.: "La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità", *Europa e dir. priv.*, 2016, 2, p. 513 ss

THOBANI, S.: "Operazioni di tying e libertà del consenso", *Giur. it.*, 2019, p. 530 ss.

THOBANI, S.: *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Giuffrè, Milano, 2018

TJONG TJIN TAI, T.F.E.: *Juridische aspecten van blockchain en smart contracts*, in 54 *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2017, p. 563-608

TJONG TJIN TAI, T.F.E.: *Smart contracts en het recht*, in 93 *Nederlands Juristenblad*, 2017, p. 176-182.

TOMBARI, U.: "Corporate Purpose e Diritto societario: scopo sociale: dalla supremazia degli interessi dei soci" alla libertà di scelta dello "scopo sociale"?", *Riv. soc.*, 2021, 1, p. 1 ss.

TOMBARI, U.: *"Potere" e "interessi" nella grande impresa azionaria*, Giuffrè, Milano, 2021

TOSI, E.: "La conclusione dei contratti on-line", in ID. (a cura di): *I problemi giuridici di Internet (dall'E-Commerce all'E-Business*), Giuffrè, Milano, 2003, p. 101 ss.

TREIBER, K.: *Aus der Praxis: Schuldscheindarlehen als Smart Contracts*, in *REthinking Law*, 2018, 1, p. 10 ss.

VORPEIL, K.: „Digitalisierung der Außenhandelfinanzierung - Neue ICC-Richtlinien zur elektronischen Vorlage von Dokumenten bei Akkreditiven und Imkassi - Teil I", *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 2019, 32, p. 1469 ss.

WEISS, S.: *Potenziale und Risiken der Blockchain Technologie im Bankenbereich*, München, 2018

WERBACH, K. e CORNELL, N.: *Contracts Ex Machina*, in 67 *Duke Law Journal*, 2017, p. 313-382

WILSCH, H.: „Die Blockchain-Technologie aus der Sicht des deutschen Grundbuchrechts", *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 2017, p. 761

ZIMMERMANN, A.S.: *Blockchain-Netzwerke und Internationales Privatrecht oder: der Sitz dezentraler Rechtverhältnisse*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2018, 6, p. 566 ss.

ZORZI GALGANO, N. (a cura di): *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Giuffrè, Milano, 2019; IRTI, C.: *Consenso «negoziato» e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MOTORI DI RICERCA PER LA VIOLAZIONE DEL DIRITTO ALL'OBLIO NEL DIRITTO SPAGNOLO ED EUROPEO*

CIVIL LIABILITY OF SEARCH ENGINES FOR INFRINGEMENT OF THE RIGHT TO BE FORGOTTEN IN SPANISH AND EUROPEAN LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 976-991

* Questo lavoro è stato svolto nell'ambito del Gruppo di Ricerca consolidato del governo di Aragona "Ius Familiae", IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, del Progetto di Ricerca MINECO: PID2019-105489RB-I00 "Vulnerabilità personale e patrimoniale: sfide legal", IIPP. Mª Victoria Mayor del Hoyo / Sofía De Salas Murillo, e del Progetto di Ricerca Ibercaja Foundation-University of Zaragoza (JIUZ-2021-SOC-10) "Challenges of Civil Law in the field of protection of minors, with special reference to the digital era", IP Javier Martínez Calvo.

Javier
MARTÍNEZ
CALVO

ARTICOLO CONSEGNATO: 13 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Le pagine seguenti tratteranno della possibile responsabilità civile dei motori di ricerca su Internet per violazione del diritto all'oblio, tenendo conto delle disposizioni del diritto dell'Unione Europea e del diritto spagnolo. A tal fine, verranno affrontate diverse questioni, come quelle relative all'organo competente a risolvere la richiesta di risarcimento, alle possibili parti responsabili, ai requisiti necessari per il riconoscimento del risarcimento o alle regole seguite per il suo calcolo.

PAROLE CHIAVE: Responsabilità civile; diritto all'oblio; motori di ricerca; diritto europeo; diritto spagnolo.

ABSTRACT: *The following pages will deal with the possible civil liability of Internet search engines for violation of the right to be forgotten, taking into account the provisions of EU law and Spanish law. To this end, several issues will be addressed, such as the competent authority to settle the claim, the possible liable parties, the necessary requirements for the recognition of compensation or the rules followed for its calculation.*

KEY WORDS: *Civil liability; right to be forgotten; search engines; European law; Spanish law.*

SOMMARIO.- I. INTRODUZIONE. - II. COMPETENZA. - III. ELEMENTI SOGGETTIVI. - IV. REQUISITI. - 1. Conoscenza effettiva della non conformità con la legislazione sulla protezione dei dati personali. - 2. Esistenza di un danno effettivo. - V. CONTENUTO DEL RISARCIMENTO. - VI. BIBLIOGRAFIA

I. INTRODUZIONE.

La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 13 maggio 2014 (Google Spain S.L. e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja González) (TJCE 2014, 85) è stata la prima pronuncia a riconoscere l'esistenza del diritto all'oblio, che pochi anni dopo sarebbe stato legalmente previsto dall'articolo 17 del Regolamento (UE) 2016/679 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 Direttiva 95/46/CE (di seguito: Regolamento (UE) 2016/679).

Con l'obiettivo di adeguare la legislazione spagnola al regolamento europeo, qualche tempo dopo, è stata promulgata la legge organica 3/2018, del 5 dicembre, sulla protezione dei dati personali e la garanzia dei diritti digitali (di seguito: LOPD), che all'articolo 93 fa riferimento al diritto all'oblio nelle ricerche su Internet, definendolo come il "diritto per i motori di ricerca su Internet di rimuovere dagli elenchi di risultati ottenuti dopo una ricerca effettuata sulla base del proprio nome i link pubblicati contenenti informazioni relative a quella persona quando sono inappropriati, imprecisi, irrilevanti, obsoleti o eccessivi o che lo sono diventati col tempo, tenendo conto delle finalità per cui sono stati raccolti o trattati, del tempo trascorso e della natura e dell'interesse pubblico delle informazioni". Pertanto, l'effetto principale dell'esercizio del diritto all'oblio è che il nome e il cognome dell'interessato non saranno più collegati alle informazioni in questione nei risultati ottenuti nelle ricerche su Internet[1].

Inoltre, in aggiunta a quanto sopra, l'articolo 82. 1 del Regolamento (UE) 2016/679 riconosce la possibilità di stabilire un risarcimento a favore dell'interessato, affermando che "chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento", idea che viene ribadita nel Considerando 146: "Il titolare del trattamento o il

1 Sugli effetti del diritto all'oblio, si veda ampiamente: Martínez Calvo, J.: *El derecho al olvido digital frente a la hipermnesia de internet*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 157-181.

• Javier Martínez Calvo
Professore di Diritto Civile, Università di Saragozza
javiermc@unizar.es

responsabile del trattamento dovrebbe risarcire i danni cagionati a una persona da un trattamento non conforme al presente regolamento (...)".

Da qualche tempo, infatti, la Corte Suprema spagnola si pronuncia a favore della possibilità di stabilire un risarcimento come conseguenza della lesione del diritto all'oblio. La prima volta che lo ha deciso è stato nella sentenza del 15 ottobre 2015 (RJ 2015, 4417), in un caso in cui il Tribunale di primo grado aveva fissato un risarcimento di 7.000 euro per le lesioni causate al diritto all'onore, alla privacy e alla protezione dei dati personali, risarcimento che è stato confermato prima dalla Corte d'appello di Barcellona nella sentenza dell'11 ottobre 2013 (AC 2013, 1921) e successivamente dalla Corte suprema spagnola nella sentenza del 15 ottobre 2015 (RJ 2015, 4417).

Parte della dottrina spagnola hanno ritenuto che vi sia una certa incongruenza nella concessione del risarcimento dei danni in questi casi, in quanto si consente che i dati rimangano disponibili sulla pagina web (anche se non sono più accessibili nelle ricerche effettuate nei motori di ricerca attraverso il nome e il cognome della parte interessata), per cui continuerebbe ad essere arrecato un danno all'onore e alla privacy della parte lesa, nonostante il numero potenziale di visitatori sia inferiore[2]. Tuttavia, ritengo che la soluzione risieda nel fatto che qui non stiamo valutando il danno che la pubblicazione delle informazioni originali può causare all'onore e alla privacy dell'interessato (in quanto questo è coperto dalle azioni previste dalla Legge organica 1/1982, del 5 maggio, sulla protezione civile del diritto all'onore, alla privacy personale e familiare e alla propria immagine, d'ora in poi LOPDH), ma piuttosto il danno causato all'interessato dal fatto che tali informazioni sono accessibili dai motori di ricerca attraverso ricerche effettuate utilizzando come criterio il suo nome e cognome. Infatti, nel caso in cui si verifichino altri danni in seguito alla pubblicazione dell'informazione originale, questi possono dare luogo a un risarcimento indipendente.

II. COMPETENZA.

Quando il responsabile del trattamento viola il diritto all'oblio (rifiutando ingiustificatamente la richiesta dell'interessato o non rispondendo alla richiesta entro il termine stabilito per legge - un mese, prorogabile per altri due mesi: art. 12, par. 3 e 4 del Regolamento (UE) 2016/679), l'interessato ha due opzioni[3]: attraverso i canali amministrativi (prima davanti all'autorità di controllo competente - nel

2 García De Pablos, J.F.: "El derecho al olvido en la red", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2014, núm. 36, 2014, p. 12; e Seligrat González, V.M.: "El «derecho al olvido digital». Problemas de configuración jurídica y derivados de su incumplimiento a la vista de la STS de 15 de octubre de 2015", *Actualidad Civil*, 2015, núm. 12, p. 7.

3 de Miguel Asensio, P.A.: "Competencia y derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2017, vol. 69, núm. 1, p. 92.

caso della Spagna, l'Agenzia spagnola di protezione dei dati (Agencia Española de Protección de Datos): AEPD- e, se non è d'accordo con la sua risoluzione, davanti alla giurisdizione contenziosa-amministrativa) o rivolgersi alla giurisdizione civile[4]. In caso di procedimento amministrativo, il diritto dell'interessato può consistere nella cessazione del trattamento dei dati personali da parte del responsabile del trattamento e nell'eventuale imposizione di sanzioni amministrative; ma il risarcimento può essere richiesto solo nel caso in cui il responsabile del trattamento sia un'amministrazione[5], nel qual caso si può ricorrere alla procedura ordinaria per la richiesta di risarcimento della responsabilità patrimoniale delle pubbliche amministrazioni[6]. In caso di procedimento civile, l'obiettivo sarà la cessazione del trattamento dei dati personali e la fissazione di un eventuale risarcimento per il danno causato, indipendentemente dal fatto che il danno sia causato da un'amministrazione o da una persona fisica.

Pertanto, a meno che il danno non provenga da un'amministrazione pubblica, se si desidera ottenere un risarcimento dal responsabile del trattamento che ha violato il diritto all'oblio, sarà necessario ricorrere alla giurisdizione civile, poiché l'autorità di controllo non è competente a risolvere la responsabilità civile extracontrattuale del responsabile del trattamento dei dati personali. In realtà, la stessa Agenzia spagnola per la protezione dei dati sottolinea nella sua risoluzione del 13 ottobre 2008 (TD 00011, 2007) che non spetta alle diverse agenzie per la protezione dei dati stabilire se esista o meno un diritto al risarcimento né le modalità di applicazione ed infatti prevede: "La sua richiesta di risarcimento (...) deve essere rivolta alla giurisdizione ordinaria senza che questa Agenzia sia competente a risolverla".

III. ELEMENTI SOGGETTIVI.

Quando il responsabile del trattamento o l'incaricato del trattamento ha sede al di fuori dell'Unione Europea, sarà obbligato a nominare un rappresentante nell'Unione (come previsto dall'art. 27.1 e dal Considerando 80 del Regolamento (UE) 2016/679); e in questi casi entrambi saranno responsabili in solido per i danni causati (art. 30.2 LOPD).

4 Grimalt Servera, P.: "Intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen: tutela civil versus tutela administrativa", en AA.VV., *Protección de datos personales* (coord. por I. González Pacanowska), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 310 e 317.

5 Ordóñez Solís, D.: "El derecho al olvido en internet y la sentencia Google Spain", *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2014, núm. 6, p. 13; e Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Los derechos de la personalidad", en AA.VV *Curso de Derecho Civil (I), Vol. 2º: Derecho de la persona* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, Madrid, 2018, 6ª ed., p. 305.

6 Aberasturi Gorriño, U.: "El derecho a la indemnización en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2013, núm. 41-42, p. 195.

Inoltre, l'editore del sito web su cui sono pubblicate le informazioni e il gestore del motore di ricerca che consente l'accesso alle informazioni sono responsabili in solido se entrambi erano a conoscenza dell'illiceità del trattamento[7], ad esempio perché a entrambi è stato richiesto di svincolare le informazioni dai dati personali dell'interessato nelle ricerche su Internet. Non a caso, l'articolo 82, paragrafo 2, del Regolamento (UE) 2016/679 stabilisce che: "Un titolare del trattamento coinvolto nel trattamento risponde per il danno cagionato dal suo trattamento che violi il presente regolamento (...)" e l'articolo 82.4 integra quanto sopra stabilendo che: "Qualora più titolari del trattamento o responsabili del trattamento oppure entrambi il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento siano coinvolti nello stesso trattamento e siano, ai sensi dei paragrafi 2 e 3, responsabili dell'eventuale danno causato dal trattamento, ogni titolare del trattamento o responsabile del trattamento è responsabile in solido per l'intero ammontare del danno, al fine di garantire il risarcimento effettivo dell'interessato". Un'idea che si ritrova anche nel Considerando 146 del Regolamento (UE) 2016/679: "Qualora i titolari del trattamento o i responsabili del trattamento siano coinvolti nello stesso trattamento, ogni titolare del trattamento o responsabile del trattamento dovrebbe rispondere per la totalità del danno", nonché nell'articolo 30.2 LOPD: "In caso di richiesta di responsabilità nei termini previsti dall'articolo 82 del Regolamento (UE) 2016/679, i responsabili del trattamento, gli incaricati del trattamento e i rappresentanti sono responsabili in solido del danno causato". Tuttavia, "qualora essi siano riuniti negli stessi procedimenti giudiziari conformemente al diritto degli Stati membri, il risarcimento può essere ripartito in base alla responsabilità che ricade su ogni titolare del trattamento o responsabile del trattamento per il danno cagionato dal trattamento, a condizione che sia assicurato il pieno ed effettivo risarcimento dell'interessato che ha subito il danno" (Considerando 146 del Regolamento (UE) 2016/679).

In ogni caso, se uno dei responsabili del trattamento è tenuto a pagare l'intero importo del risarcimento stabilito per il danno causato, può agire nei confronti degli altri responsabili del trattamento a titolo di rimborso. A tal fine, l'articolo 82, quinto comma, del Regolamento (UE) 2016/679 stabilisce che "qualora un titolare del trattamento o un responsabile del trattamento abbia pagato, conformemente al paragrafo 4, l'intero risarcimento del danno, tale titolare del trattamento o responsabile del trattamento ha il diritto di reclamare dagli altri titolari del trattamento o responsabili del trattamento coinvolti nello stesso trattamento la parte del risarcimento corrispondente alla loro parte di responsabilità per il danno conformemente alle condizioni di cui al paragrafo 2". A questo fa riferimento anche il Considerando 146 del Regolamento (UE) 2016/679: "Il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento che ha pagato l'intero risarcimento

7 Si veda nella stessa ottica: Biurrun Abad, F.J.: "'Accountability' o responsabilidad activa en el Reglamento General de Protección de Datos", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2017, núm. 927, p. 28.

del danno può successivamente proporre un'azione di regresso contro altri titolari del trattamento o responsabili del trattamento coinvolti nello stesso trattamento".

IV. REQUISITI.

Affinché possa essere riconosciuto un risarcimento in conseguenza della violazione del diritto all'oblio, devono essere soddisfatte due condizioni: il titolare del trattamento deve essere effettivamente a conoscenza della violazione della normativa sulla protezione dei dati personali e l'interessato deve subire un danno effettivo. Nel seguito, farò riferimento a entrambe le condizioni separatamente.

1. Conoscenza effettiva della non conformità con la legislazione sulla protezione dei dati personali.

Per quanto riguarda il primo requisito, il Considerando 146 del Regolamento (UE) 2016/679 prevede che il responsabile del trattamento o l'incaricato del trattamento "dovrebbe essere esonerato da tale responsabilità se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile". Nella stessa linea, l'articolo 82, paragrafo 2, del Regolamento (UE) 2016/679 stabilisce che "(...) un responsabile del trattamento risponde per il danno causato dal trattamento solo se non ha adempiuto gli obblighi del presente regolamento specificatamente diretti ai responsabili del trattamento o ha agito in modo difforme o contrario rispetto alle legittime istruzioni del titolare del trattamento" e l'articolo 82, paragrafo 3, prevede che "il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento è esonerato dalla responsabilità, a norma del paragrafo 2 se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile".

E per stabilire se vi sia stata una violazione da parte del titolare del trattamento, è necessario partire dalle disposizioni degli articoli 14 e seguenti della Legge 34/2002, dell'11 luglio, sui servizi della società dell'informazione e del commercio elettronico (di seguito: LSSICE), che stabiliscono il principio di non responsabilità per i contenuti di terzi, tranne nei casi in cui il fornitore di servizi sia effettivamente a conoscenza della loro illegalità e non proceda a rimuoverli o renderli inaccessibili[8] (si veda anche: articolo 14 della Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, di seguito: Direttiva 2000/31/CE). Pertanto, i servizi della società dell'informazione non sono obbligati a controllare i contenuti di terzi a cui si può accedere dai loro servizi e, di norma, non ne sono responsabili, a meno che la parte lesa non dimostri

8 Martínez Otero, J.M.: "El derecho al olvido en internet: debates cerrados y cuestiones abiertas tras la STJUE Google vs AEPD y Mario Costeja", *UNED: Revista de Derecho Político*, 2015, núm. 93, p. 113.

che erano effettivamente a conoscenza della loro illegalità[9]. Non a caso l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE stabilisce espressamente che "gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite (...)". E in effetti ciò sembra ragionevole, poiché imporre al responsabile del trattamento l'obbligo di controllare che le informazioni che offre o a cui rimandano i suoi link non siano diventate obsolete e, in senso più ampio, che il trattamento dei dati personali che effettua sia sempre conforme al principio della qualità dei dati, sarebbe un onere del tutto sproporzionato[10]. Inoltre, in questo modo è possibile trovare un equilibrio tra gli interessi dei fornitori di servizi di intermediazione e quelli dei titolari dei diritti che potrebbero essere danneggiati (considerando 41 della direttiva 2000/31/CE).

Si può intendere che il responsabile del trattamento acquisisce tale conoscenza effettiva dal momento in cui l'interessato gliela comunica, poiché da quel momento in poi è difficile per lui sostenere di non essere a conoscenza dell'illiceità del trattamento[11]. Non a caso, la stessa Corte Suprema spagnola ha sottolineato nella sentenza del 18 maggio 2010 (RJ 2010, 2319) che "la semplice comunicazione da parte dell'interessato è sufficiente a determinare l'esistenza di una conoscenza effettiva da parte del fornitore di servizi". Il contenuto di tale comunicazione può includere una sentenza del tribunale che attesti che il trattamento dei dati personali in corso viola il principio della qualità dei dati (perché inesatti, illegittimi, inadeguati, irrilevanti, eccessivi o conservati più a lungo del necessario) o qualsiasi altra prova che porti a concludere che esiste una violazione della normativa in vigore, poiché se la violazione è manifesta, ritengo che non sarebbe necessario fornire una sentenza del tribunale per dimostrarla[12], perché l'attesa di una decisione giudiziaria nei casi in cui la natura illecita del trattamento è evidente aggraverebbe notevolmente la

9 Chaparro Matamoros, P.: "La normativa existente en materia de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información", en AA.VV., *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, (coord. por J.R. de Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 252- 253.

10 STJUE 24 novembre 2011 (Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)) (TJCE 2011, 374).

11 Chaparro Matamoros, P.: "La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información en los supuestos de vulneración del derecho al honor en Internet", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 2013, núm. 154, p. 82.

12 Ciò sembra essere dedotto anche dalla dottrina stabilita dalla Corte Suprema spagnola in merito alla conoscenza effettiva nelle sentenze del 9 dicembre 2009 (RJ 2010, 131), 18 maggio 2010 (RJ 2010, 2319), 3 aprile 2012 (RJ 2012, 5272), 7 gennaio 2013 (RJ 2014, 773), 26 febbraio 2013 (RJ 2013, 2580) e 4 marzo 2013 (RJ 2013, 3380). Si veda anche: Plaza Penadés, J.: "Doctrina del Tribunal Supremo sobre el "conocimiento efectivo" en la responsabilidad de los prestadores intermediarios y en el derecho al olvido", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2014, núm. 34, p. 18; Chaparro Matamoros, P.: "La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en los supuestos de vulneración del derecho al honor en internet en la jurisprudencia española", en AA.VV., *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (coord. por J.R. de Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 272; e Martínez Otero, J.M.: "El derecho al olvido", cit., p. 113.

situazione della parte lesa[13]. Infatti, lo stesso articolo 16.1 della LSSICE prevede espressamente la possibilità di ricorrere ad altri mezzi di conoscenza effettiva che possono essere stabiliti.

Tuttavia, affinché si possa ritenere che esista una conoscenza effettiva da parte del fornitore di servizi in assenza di una decisione giudiziaria che la dimostri, è necessario in ogni caso che l'illegalità del trattamento sia evidente. Ciò si deduce chiaramente dalla dottrina della Corte Suprema spagnola esposta nella sentenza del 4 marzo 2013 (RJ 2013, 3380): "(...) non si può logicamente dedurre dai fatti accertati, alla portata di chiunque, che l'informazione fosse falsa, né che il suo carattere illecito fosse rivelato dal suo contenuto, ipotesi in cui questa Corte ha dichiarato in altri casi l'esistenza di un'effettiva conoscenza". Il fatto che la persona che si ritiene offesa abbia contattato Google per far rimuovere l'informazione in quanto illecita non è sufficiente a configurare tale condotta, quando, come nel caso di specie, l'informazione stessa non rivelava in modo notorio la sua natura illecita".

Quindi, la violazione della legge sulla protezione dei dati personali non si verifica nel momento in cui il motore di ricerca indicizza i dati personali e consente l'accesso alle informazioni originali attraverso ricerche basate sul nome e cognome dell'interessato, ma piuttosto quando il trattamento viola chiaramente il principio della qualità dei dati (di solito a causa del trascorrere di un periodo di tempo ragionevole) e il responsabile del trattamento, quando viene richiesto di cessare il trattamento, si rifiuta di farlo. Ciò avverrà ovviamente a condizione che il fornitore di servizi non svolga un ruolo attivo che potrebbe conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati, come ha chiarito la CGUE nella sentenza del 23 marzo 2010 (Google France SARL e Google Inc. contro Louis Vuitton Malletier SA, Google France SARL contro Viaticum SA e Luteciel SARL e Google France SARL contro Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL e altri) (TJCE 2010, 87)[14].

In altre parole, il danno non può intendersi verificato dal momento in cui l'interessato può esercitare il diritto all'oblio, ma dal momento in cui lo esercita effettivamente e gli viene negato dal titolare del trattamento, poiché è in questo

13 STS 10 febbraio 2011 (RJ 2011, 313) e SAP Badajoz 17 settembre 2010 (AC 2010, 1375). Si veda anche: Rubí Puig, A.: "Derecho al honor online y responsabilidad civil de ISPs", *InDret*, 2010, núm. 4, p. 12; e de las Heras Vives, L.: "Consideraciones en torno al conocimiento efectivo del titular de la página web en el ámbito de los grandes foros de internet. Comentario a la STS 68/2014, de 7 de enero (ROJ 69/2014)", *Revista boliviana de derecho*, 2014, núm. 18, p. 542.

14 Sul punto, si segnala anche la Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 10 ottobre 2013 (Delfi As vs. Estonia) (TEDH 2013, 85), in cui un sito web che aveva pubblicato informazioni su Internet è stato condannato per i commenti diffamatori espressi dagli utenti nei suoi confronti, in quanto la sua attività non era di mera intermediazione, ma svolgeva un ruolo attivo, in quanto i commenti alle notizie erano integrati nel prodotto finale offerto al pubblico.

preciso momento che acquisisce l'effettiva conoscenza dell'illiceità del trattamento dei dati personali in corso[15].

Un esempio molto illustrativo si trova nella sentenza della Corte Suprema spagnola del 5 aprile 2016 (RJ 2016, 1006), in un caso in cui la Corte d'appello aveva respinto l'indennizzo che la parte lesa chiedeva a Yahoo, perché non aveva preventivamente richiesto alla società di impedire l'accesso alle informazioni attraverso il suo nome e cognome e si era rivolta direttamente all'Agenzia spagnola per la protezione dei dati; e quando Yahoo è venuta a conoscenza della richiesta, ha immediatamente proceduto a bloccare i link contestati. La Corte d'Appello ha ritenuto che Yahoo non fosse responsabile di interferenze illecite con l'onore e la privacy, in quanto non era a conoscenza della possibile illiceità del trattamento fino a quando non è venuta a conoscenza del contenuto del reclamo presentato all'Agenzia spagnola per la protezione dei dati e, da quel momento in poi, ha agito con la necessaria diligenza per disabilitare il link. Tuttavia, non è stato così per il motore di ricerca Google, nei confronti del quale ha accolto la richiesta di risarcimento (che ha fissato a 8.000 euro), perché ha continuato a visualizzare i link contestati dopo la notifica della Risoluzione dell'Agenzia spagnola per la protezione dei dati del 19 gennaio 2010 (TD 00921, 2009) in cui lo invitava a cessare il trattamento dei dati personali dell'interessato. La notifica è avvenuta il 22 gennaio 2010 e Google ha nascosto i link il 29 novembre 2010, cosicché le informazioni sono rimaste accessibili attraverso le ricerche effettuate sul motore di ricerca di Google sulla base del nome e cognome dell'interessato per dieci mesi dopo la decisione dell'AEPD. La Corte Suprema ha confermato l'indennizzo di 8.000 euro nella sentenza del 5 aprile 2016 (RJ 2016, 1006), chiarendo però che la violazione dei diritti fondamentali del ricorrente non deriva dall'inosservanza da parte di Google delle disposizioni della Risoluzione AEPD, ma piuttosto dalla mancata cessazione del trattamento dei dati personali quando richiesto dal ricorrente, in considerazione delle circostanze del caso. Va tenuto presente che, in questo caso, in cui l'interessato non si è rivolto direttamente al responsabile del trattamento, ma ha invece presentato un reclamo all'AEPD, la richiesta dell'interessato al responsabile del trattamento deve essere considerata come avvenuta nel momento in cui l'AEPD trasferisce il reclamo presentato al responsabile del trattamento. Pertanto, è questo il momento in cui il danno deve intendersi verificato, poiché è da quel momento in poi che il prestatore di servizi diventa consapevole dell'illiceità della sua condotta[16].

2. Esistenza di un danno effettivo.

Come ho anticipato, il secondo requisito per poter chiedere un risarcimento al responsabile del trattamento che ha violato il diritto all'oblio è che, in conseguenza

15 Seligrat González, V.M.: "El «derecho al olvido digital»", cit., p. 7.

16 Si veda nella stessa ottica: SAP Barcelona 17 luglio 2014 (AC 2014, 1661).

del suo comportamento, sia stato causato un danno effettivo all'interessato, che può essere di natura patrimoniale o morale[17] (il che si verifica quando viene leso l'onore o la privacy dell'interessato[18]). Pertanto, non tutte le violazioni della legge sulla protezione dei dati personali comportano la fissazione di un risarcimento danni[19].

Inoltre, la sentenza della Corte Suprema spagnola del 15 ottobre 2015 (RJ 2015, 4417) si spinge oltre e richiede che il danno causato alle persone colpite sia sproporzionato, sicché l'esistenza di un semplice danno non sia sufficiente[20].

A questo punto va notato che l'esistenza di un danno è un prerequisito per la responsabilità civile, ma non per l'esercizio del diritto all'oblio. Questo è infatti quanto ci ricorda la Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza del 13 maggio 2014 (Google Spain S.L. e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja González) (TJCE 2014, 85) -paragrafo 96-; e anche il Gruppo di Lavoro Articolo 29 nelle Linee Guida adottate il 26 novembre 2014, sull'esecuzione della Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella causa "Google Spain and Inc c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González" C-131/12 (WP 225)[21]. Pertanto, a differenza di quanto accade nell'ambito della responsabilità civile, per esercitare il diritto all'oblio non è necessario che vi sia un danno[22], ma è sufficiente che il titolare del diritto voglia che le informazioni non rimangano disponibili nel motore di ricerca attraverso ricerche effettuate con il proprio nome e cognome quando il trattamento delle informazioni viola il principio della qualità dei dati.

Prima di concludere questa sezione, è opportuno sottolineare che non è sufficiente la semplice richiesta dell''interessato per ritenere che si sia verificato un

17 Seligrat González, V.M.: "El «derecho al olvido digital»", cit., p. 7; Roldán Aguirre, I.: "Criterios del «derecho al olvido» en los buscadores de internet", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, núm. 6, p. 2; Magro Servet, V.: "Los daños causados por la infracción del derecho al olvido digital", *Práctica de Derecho de Daños*, 2019, núm. 138, p. 2; e Angulo Gargazo, A.: "El derecho al olvido en los motores de búsqueda y en las redes sociales a la luz de la nueva normativa de protección de datos", *Actualidad Administrativa*, 2019, núm. 4, p. 3. Si veda anche nello stesso senso, anche se non specificamente riferito al diritto all'oblio, ma a qualsiasi violazione della normativa sulla protezione dei dati personali: Rovira Suerio, M.E.: *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al Honor, a la intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Cedecs, Barcelona, 1999, p. 22 ss.

18 STS 6 luglio 2017 (RJ 2017, 3194).

19 SAP Barcelona 17 luglio 2014 (AC 2014, 1661).

20 Ruda González, A.: "Indemnización por daños al derecho al olvido. La responsabilidad por la no exclusión de la indexación de una hemeroteca digital por los buscadores generales (Caso El País). Comentario a la Sentencia de 15 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4417)", *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2016, núm. 101, p. 8.

21 Disponibile in: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=667236 (data dell'ultima consultazione: 08/08/2021).

22 Córdoba Castroverde, D.: "Los retos de la protección de datos en internet. Caso Google Spain y derecho al olvido", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2017, núm. 21, p. 237; e Guichot Reina, E.: "El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el derecho europeo y español", *Revista de Administración Pública*, 2019, núm. 209, pp. 50 e 51.

danno, ma è necessario provare il danno specifico. Va ricordato che in materia di protezione dei dati personali non esiste una presunzione di esistenza di un danno analoga a quella prevista dall'articolo 9.3 LOPDH per i casi di interferenza illecita con i diritti all'onore, alla privacy e alla propria immagine, per cui è necessario che il danno sia provato, anche se solo in minima parte[23]. Alcuni ritengono che, sebbene questa presunzione non possa essere applicata, ogni volta che c'è stato un trattamento illegale, si può presumere che si sia verificato un danno[24]. Tuttavia, credo che questa possibilità non sia contemplata dalla legge, quindi potrebbe al massimo essere considerata una proposta de lege ferenda. Inoltre, significherebbe ritenere che qualsiasi violazione dia luogo all'istituzione di un risarcimento, in contrasto con la dottrina stabilita dalla Corte Suprema spagnola[25].

V. CONTENUTO DEL RISARCIMENTO.

Il giudice dovrà tenere conto di diversi aspetti nel calcolare l'importo del risarcimento: le circostanze del caso, la gravità della lesione effettivamente causata, la diffusione dell'informazione, il beneficio ottenuto dal danneggiatore, ecc.[26]; criteri a cui fa riferimento anche l'articolo 9.3 LOPDH per il calcolo del risarcimento in caso di interferenze illecite nel diritto all'onore, alla privacy e alla propria immagine.

In ogni caso, il Considerando 146 del Regolamento (UE) 2016/679 afferma che "gli interessati dovrebbero ottenere pieno ed effettivo risarcimento per il danno subito"; e, a tal fine, prevede che "il concetto di danno dovrebbe essere interpretato in senso lato alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia in modo tale da rispecchiare pienamente gli obiettivi del presente regolamento".

Tuttavia, ciò non significa che si debbano stabilire risarcimenti diversi per ciascuno dei diritti violati. Infatti, la Sentenza della Corte Suprema spagnola del 5 aprile 2016 (RJ 2016, 1006) ha respinto una richiesta in tal senso con la motivazione che, sebbene l'illegittimità derivi dalla violazione di diversi diritti, si tratta di un concorso ideale in relazione a un unico comportamento e a un unico risultato dannoso, cosicché il comportamento illegittimo è uno e il danno morale è anche uno. Inoltre, come chiarisce la sentenza citata, stabilire compensazioni diverse non significherebbe in nessun caso che il risarcimento totale sarebbe superiore a quello che potrebbe essere stabilito effettuando un trattamento unitario.

23 Aberasturi Gorriño, U.: "El derecho a la indemnización", cit., pp. 178-179.

24 Grimalt Servera, P.: *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Comares, Granada, 1999, p. 140; e Seligrat González, V.M.: "El «derecho al olvido digital»", cit., p. 8.

25 SSTS 15 ottobre 2015 (RJ 2015, 4417) e 6 luglio 2017 (RJ 2017, 3194).

26 STS 8 luglio 2010 (RJ 2010, 8002). Si veda anche: Seligrat González, V.M.: "El «derecho al olvido digital»", cit., p. 8.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

Aberasturi Gorriño, U.: "El derecho a la indemnización en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2013, núm. 41-42, pp. 173-206.

Angulo Gargazo, A.: "El derecho al olvido en los motores de búsqueda y en las redes sociales a la luz de la nueva normativa de protección de datos", *Actualidad Administrativa*, 2019, núm. 4, 9 pp.

Biurrun Abad, F.J.: "'Accountability' o responsabilidad activa en el Reglamento General de Protección de Datos", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2017, núm. 927, p. 28.

Chaparro Matamoros, P.: "La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información en los supuestos de vulneración del derecho al honor en Internet", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 2013, núm. 154, pp. 51-90.

Chaparro Matamoros, P.: "La normativa existente en materia de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información", en AA.VV., *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, (coord. por J.R. de Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 243-269.

Chaparro Matamoros, P.: "La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en los supuestos de vulneración del derecho al honor en internet en la jurisprudencia española", en AA.VV., *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (coord. por J.R. de Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 271- 291.

Córdoba Castroverde, D.: "Los retos de la protección de datos en internet. Caso Google Spain y derecho al olvido", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2017, núm. 21, pp. 221-247.

de las Heras Vives, L.: "Consideraciones en torno al conocimiento efectivo del titular de la página web en el ámbito de los grandes foros de internet. Comentario a la STS 68/2014, de 7 de enero (ROJ 69/2014)", *Revista boliviana de derecho*, 2014, núm. 18, pp. 536-547.

de Miguel Asensio, P.A.: "Competencia y derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2017, vol. 69, núm. 1, pp. 75-108.

García De Pablos, J.F.: "El derecho al olvido en la red", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2014, núm. 36, 2014, 16 pp.

Grimalt Servera, P.: *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Comares, Granada, 1999.

Grimalt Servera, P.: "Intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen: tutela civil versus tutela administrativa", en AA.VV., *Protección de datos personales* (coord. por I. González Pacanowska), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 309- 372.

Guichot Reina, E.: "El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el derecho europeo y español", *Revista de Administración Pública*, 2019, núm. 209, pp. 45-92.

Magro Servet, V.: "Los daños causados por la infracción del derecho al olvido digital", *Práctica de Derecho de Daños*, 2019, núm. 138, 13 pp.

Martínez Calvo, J.: *El derecho al olvido digital frente a la hipermnesia de internet*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Los derechos de la personalidad", en AA.VV *Curso de Derecho Civil (I), Vol. 2º: Derecho de la persona* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, Madrid, 2018, 6ª ed., pp. 269-307.

Martínez Otero, J.M.: "El derecho al olvido en internet: debates cerrados y cuestiones abiertas tras la STJUE Google vs AEPD y Mario Costeja", *UNED: Revista de Derecho Político*, 2015, núm. 93, pp. 103-142.

Ordóñez Solís, D.: "El derecho al olvido en internet y la sentencia Google Spain", *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2014, núm. 6, 19 pp.

Plaza Penadés, J.: "Doctrina del Tribunal Supremo sobre el "conocimiento efectivo" en la responsabilidad de los prestadores intermediarios y en el derecho al olvido", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2014, núm. 34, pp. 15-19.

Roldán Aguirre, I.: "Criterios del «derecho al olvido» en los buscadores de internet", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, núm. 6, 2 pp.

Rovira Suerio, M.E.: *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al Honor, a la intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Cedecs, Barcelona, 1999.

Rubí Puig, A.: "Derecho al honor online y responsabilidad civil de ISPs", *InDret*, 2010, núm. 4, 20 pp.

Ruda González, A.: "Indemnización por daños al derecho al olvido. La responsabilidad por la no exclusión de la indexación de una hemeroteca digital por los buscadores generales (Caso El País). Comentario a la Sentencia de 15 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4417)", *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2016, núm. 101, 19 pp.

Seligrat González, V.M.: "El «derecho al olvido digital». Problemas de configuración jurídica y derivados de su incumplimiento a la vista de la STS de 15 de octubre de 2015", *Actualidad Civil*, 2015, núm. 12, 15 pp.

LA DISCIPLINA DEL *DATA BREACH* NEL GDPR: NOTE SU VIOLAZIONE DEI DATI PERSONALI E SICUREZZA DEL TRATTAMENTO

PERSONAL DATA BREACH AND SECURITY OF PROCESSING IN GDPR

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 992-1007

Mario RENNA

ARTICOLO CONSEGNATO: 13 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Ai sensi del GDPR, il trattamento dei dati personali dovrà risultare conforme al principio di sicurezza. Ciò costituisce un incremento del livello di tutela dei soggetti interessati e al, contempo, impone al titolare del trattamento e al responsabile una costante e aggiornata valutazione dei profili di rischio. Lo scritto si sofferma sulla notifica all'autorità di garanzia e sulla comunicazione all'interessato aventi ad oggetto la violazione dei dati personali.

PAROLE CHIAVE: Violazione dei dati personali; GDPR; Principio di sicurezza; Trasparenza.

ABSTRACT: *The processing of personal data must respect the principle of security. The GDPR shows an increase in the level of protection of the data subjects; at the same time, the accountability approach obliges the data controller and the processor to carry out a constant and updated assessment of the risk profiles. The paper also focuses on the notification to the supervisory authority and on the communication to the data subject of a personal data breach.*

KEY WORDS: *Data breach; GDPR; Security; Notification.*

SOMMARIO.- I. PRINCIPIO DI SICUREZZA E VIOLAZIONE DEI DATI PERSONALI. – II. IL CONTRASTO TRASPARENTE AL DATA BREACH. – III. DATA BREACH NOTIFICATION: SPUNTI DALLE LINEE GUIDA EUROPEE – IV. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. PRINCIPIO DI SICUREZZA E VIOLAZIONE DEI DATI PERSONALI.

Il GDPR - Regolamento europeo relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali – colloca la sicurezza tra i principi applicabili al trattamento dei dati personali[1]: più precisamente, i dati personali devono essere trattati in modo da garantire una adeguata sicurezza e una costante integrità e riservatezza (art. 5, par. 1, lett. *f*). Tale configurazione giuridica incentiva un esame relazionale e contestuale delle responsabilità gravanti sul titolare e sul responsabile del trattamento, per i quali si impone una valutazione costante e prudente dei rischi: per costoro, con riferimento ad ogni fase dell'attività del trattamento dei dati, si configura un dovere di prevenzione, di mantenimento di un livello di sicurezza adeguato ai rischi e di tempestiva reazione a seguito di violazioni della sicurezza, discendendo da ciò un incremento del livello di protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche e, quindi, dei soggetti interessati[2].

Giova ricordare come la sicurezza abbia costituito, sin dalla Convenzione di Strasburgo n. 108/81 «Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale», un fattore centrale nell'attività del trattamento dei dati[3], assurgendo al rango di principio fondamentale, come tale inderogabile[4]. Secondo il testo originario dell'art. 7 «adeguate misure di sicurezza vengono adottate per la protezione di dati di carattere personale registrati nei casellari automatizzati contro la distruzione accidentale o non

1 Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016.

2 Cfr. Mantelero A., Vaciago G.: "Reconciling Data Protection and Cybersecurity: An Operational Approach for Business Sector", in *Privacy and Data Protection in Software Services* (a cura di R. Senigaglia, C. Irti, A. Bernes), Springer (eBook), 2022, pp. 97 ss.; Sica T.: "Cybersecurity and risk management", *Corporate governance*, 2022, pp. 581 ss.; Laghi P.: "Struttura della rete e responsabilità: *cybersecurity*", in AA. VV.: *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità. Atti del 15° convegno nazionale (SISDiC)*, Esi, Napoli, 2020, pp. 255 ss.; Tosi E.: *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale. Oggettivazione del rischio e riemersione del danno morale con funzione deterrente-sanzionatoria alla luce dell'art. 82 GDPR*, Giuffrè, Milano, 2019, spec. p. 73 ss.

3 Rodotà S.: *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, il Mulino, Bologna, 1973, pp. 81 ss.; Id.: "Protezione dei dati e circolazione delle informazioni", in Id., *Tecnologie e diritti*, il Mulino, Bologna, 1995, pp. 41 ss.; Frosini V.: "*Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici*", in *Banche dati, telematica e diritti della persona* (a cura di G. Alpa, M. Bessone), Cedam, Padova, 1984, pp. 29 ss.; Corasaniti G.: *Esperienza giuridica e sicurezza informatica*, Giuffrè, Milano, 2003; *Tutela della privacy e misure di sicurezza dei dati personali* (a cura di F. Casucci), Esi, Napoli, 2006.

4 Rodotà S.: "Tecnologie dell'informazione e frontiere del sistema socio-politico", in *Banche dati, telematica e diritti della persona*, cit., pp. 89 ss., 94.

• Mario Renna
Ricercatore nell'Università di Siena
mario.renna@unisi.it

autorizzata, ovvero la perdita accidentale così come contro l'accesso ai dati, la modifica o la diffusione non autorizzate». Anche a seguito delle modifiche apportate alla Convenzione attraverso il Protocollo del Consiglio d'Europa del 17 e 18 maggio 2018, la sicurezza non ha smarrito la sua qualificazione in termini di principio ordinatore[5].

Tuttavia, la Direttiva 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati[6], non si allineò alla Convenzione di Strasburgo, in quanto la sicurezza venne derubricata a mera regola di condotta, il cui rispetto gravava esclusivamente sul responsabile del trattamento (art. 17)[7]. Veniva prescritta l'adozione di misure tecniche e organizzative appropriate e capaci di assicurare la protezione dei dati personali rispetto a ipotesi di distruzione accidentale o illecita, di perdita accidentale o alterazione, diffusione o accesso non autorizzati, nonché dinanzi al rischio di qualsivoglia forma illecita di trattamento dei dati, con particolare riguardo al trattamento implicante trasmissioni di dati in rete.

Nel testo della l. n. 675/1996, in materia di tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali, la sicurezza non comparve né tra le finalità della normativa né rappresentò un principio per il trattamento dei dati; non si intese assegnare all'interessato un diritto ad ottenere una tutela anticipatoria, venendo individuato nel solo rimedio risarcitorio lo strumento per ricomporre le perdite patite a seguito della violazione della disciplina della sicurezza[8].

L'adozione di misure di sicurezza era legata allo stato di conoscenze acquisite in base al progresso tecnico[9]: la custodia e il controllo dei dati dovevano essere calibrati rispetto alla natura dei dati medesimi e alle specifiche caratteristiche del trattamento. Inoltre, sorgeva l'obbligo per il titolare del trattamento di adottare misure idonee e preventive, che riducessero ogni rischio di distruzione o perdita,

5 Con riguardo alla sicurezza nel trattamento nell'ambito dei sistemi di National Digital Identity, intesi alla stregua di "a combination of policy, law, and technology by which a person's personal data are captured to establish and digitally represent, verify and manage a person's legal identity across public (and private) services identified in national policy and law", v. le Guidelines on National Digital Identity, The Council of Europe, 18 novembre 2022, par. 3.6.

6 Zeno-Zencovich V.: "Una lettura comparatistica della l. 675/96 sul trattamento dei dati personali", in *Trattamento dei dati e tutela della persona* (a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, Id.), Giuffrè, Milano, 1998, pp. 159 ss.

7 Bravo F.: "L'«architettura» del trattamento e la sicurezza dei dati e dei sistemi", in *I dati personali nel diritto europeo* (a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto), Giappichelli, Torino, 2019, p. 809.

8 Secondo Rodotà S.: *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, cit., p. 92, la tutela risarcitoria risulta(va) successiva e mai pienamente appagante. Per Giacobbe G.: "La responsabilità civile per la gestione di banche dati", in *Le banche dati in Italia. Realtà normativa e progetti di regolamentazione* (a cura di V. Zeno-Zencovich), Jovene, Napoli, 1985, p. 93, la tutela della personalità risulta(va) meglio assicurata mediante rimedi preventivi piuttosto che repressivi. In tema, Castronovo C.: "Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali" e di Majo A.: "Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela", entrambi in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., rispettivamente pp. 189 ss. e 225 ss.

9 Pellecchia E.: "La responsabilità civile per trattamento dei dati personali", *Resp. civ. prev.,* 2006, p. 226.

anche accidentale, dei dati, nonché di accesso non autorizzato o di trattamento non consentito o difforme rispetto alle finalità della raccolta. Il parametro dell'idoneità impedì l'appiattimento del dovere costante di sicurezza sul parametro di quella minima (art. 15, commi 2 e 3, l. n. 675/1996). L'uniformità rispetto alle misure minime di sicurezza – il cui aggiornamento doveva essere biennale, in considerazione degli sviluppi tecnici e logistici – non depotenziava, dunque, il dovere di adottare le misure idonee e preventive[10]: l'osservanza della prima prescrizione non poteva condurre ad una immunità per il titolare del trattamento rispetto a possibili conseguenze in termini di responsabilità aquiliana o amministrativa derivanti dal mancato ricorso ad ogni misura di sicurezza risultata idonea[11].

Il Codice in materia di protezione dei dati personali, d.lgs. n. 196/2003, "relegò" la sicurezza al Titolo V «Sicurezza dei dati e dei sistemi»: la previsione di un obbligo di sicurezza (art. 31 Codice) ricalcò quanto disposto dal previgente art. 15, comma 1, l. n. 675/1996, mentre furono tenute distinte le misure minime di sicurezza, disciplinate dall'art. 33 e dall'Allegato B del Codice[12].

Il GDPR, alterando la tendenza positiva alla *compressione* del portato della sicurezza, assegna a quest'ultima il ruolo di principio del trattamento dei dati personali[13], al fine di incrementare l'ampiezza della tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche[14]. Si impone la necessità di un impiego costante di apparati tecnici e organizzativi idonei e aggiornati, capaci di minimizzare i rischi e di fornire una reazione subitanea in caso di violazione dei dati personali[15], ovvero, stando al testo dell'art. 4, n. 12, GDPR, di ogni "violazione di sicurezza che comporta accidentalmente o in modo illecito la distruzione, la perdita, la modifica, la divulgazione non autorizzata o l'accesso ai dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati".

10 Cfr. Rodotà S.: *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, cit., 90; Conte G.: "Diritti dell'interessato e obblighi di sicurezza", in *La disciplina del trattamento dei dati personali* (a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto), Giappichelli, Torino, 1997, p. 264.

11 Sica S.: "Art. 18", in E. Giannantonio, M.G. Losano, V. Zeno-Zencovich, *La tutela dei dati personali. Commento alla L. 675/1996*, Cedam, Padova, 1999, p. 254.

12 Cfr. Riccio G.M.: "Artt. 32-36", in *La nuova disciplina della privacy. Commento al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196* (a cura di S. Sica, P. Stanzione), Zanichelli, Bologna, 2005, pp. 126 ss.; Troiano P.: "Artt. 31-36", in *La protezione dei dati personali. Commentario al d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)* (a cura di C.M. Bianca, F.D. Busnelli), I, Cedam, Padova, 2007, pp. 682 ss.; Motroni R.: "La sicurezza dei dati e dei sistemi", in *Il Codice del trattamento dei dati personali* (a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, v. Ricciuto), Giappichelli, Torino, 2007, pp. 221 ss.

13 Sia consentito un rinvio a Renna M.: "Sicurezza e gestione del rischio nel trattamento dei dati personali", *Resp. civ. prev.*, 2020, pp. 1343 ss.

14 Lucchini Guastalla E.: "*Privacy* e *data protection*: principi generali", in Privacy *digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice* Privacy (a cura di E. Tosi), Giuffrè, Milano, 2019, p. 70; Mantelero A.: "La gestione del rischio", in *La protezione dei dati personali in Italia* (opera diretta da G. Finocchiaro), Zanichelli, Bologna, 2019, pp. 473 ss.

15 Bravo F.: "L'«architettura» del trattamento e la sicurezza dei dati e dei sistemi", cit., p. 779.

Spetta al titolare e al responsabile del trattamento la predisposizione di dispositivi di sicurezza che garantiscano un trattamento conforme al GDPR[16]: più precisamente, l'operato dei predetti soggetti risulterà inciso dalla dinamica del fattore rischio[17]. A mente dell'art. 32, par. 1, GDPR, al fine di assicurare un livello di sicurezza adeguato al rischio, andranno predisposte misure tecniche e organizzative tra cui rientrano: la pseudonimizzazione e la cifratura dei dati personali[18]; la capacità di assicurare permanentemente la riservatezza, l'integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento; la capacità di ripristinare tempestivamente la disponibilità e l'accesso dei dati personali in caso di incidente fisico o tecnico; una procedura mediante cui testare, verificare e valutare regolarmente l'efficacia dei dispositivi tecnici e organizzativi[19].

Infine, la valutazione dell'adeguatezza del livello di sicurezza risulterà condizionata, anche, dal peso assegnato al rischio di distruzione, perdita, modifica, divulgazione non autorizzata o accesso, accidentale o illegale, ai dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati (art. 32, par. 2, GDPR)[20]. Dal quadro regolamentare, oltre al deciso processo di *accountability* che contamina l'attività del titolare e del responsabile del trattamento, si fa spazio una visione strategica della sicurezza[21]: la declinazione del principio di sicurezza non tollera una lettura di retroguardia che individui, ancora, nella responsabilità civile il solo strumento di reazione, ma conforma e modula in ogni fase – preventiva, operativa e reattiva - l'operato del titolare e del responsabile del trattamento[22].

16 Pizzetti F.: Privacy e *il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, II, Giappichelli, Torino, 2016, p. 295; Mantelero A.: "La gestione del rischio", cit., p. 493.

17 Per alcune considerazioni critiche sul rapporto tra rischio e pericolo, v. Sica S.: "Art. 82 GDPR", in *Codice della* privacy e data protection (a cura di R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, G. Resta), Giuffrè, Milano, 2021, p. 894. Secondo l'A. "nel tempo presente vi è la tendenza ad abbandonare la nozione di pericolo, che è propria delle società prescientiste, per quella di rischio, che sottende la standardizzazione e la prevedibilità assoluta […]. Ma nel caso del trattamento dei dati personali c'è il pericolo, non il rischio. Da ciò deriva la convinzione della necessità di regole di responsabilità il più possibile orientate verso la tutela della vittima, esposta a un pericolo e non a un rischio prevedibile tout court: l'"imprevedibile" è sempre dietro l'angolo e non può che farsene carico chi trae vantaggio dall'attività pericolosa". V., altresì, Gambini M.: *Principio di responsabilità e tutela aquiliana dei dati personali*, Esi, Napoli, 2018, pp. 92 ss.

18 Giannone Codiglione G.: "*Risk-based approach* e trattamento dei dati personali", in *La nuova disciplina europea della* privacy (a cura di S. Sica, V. D'Antonio, G.M. Riccio), Wolters Kluwer-Cedam, Assago, 2016, p. 67.

19 Fonderico G.: "La regolazione amministrativa del trattamento dei dati personali", *Giorn. dir. amm.*, 2018, p. 420.

20 In tema, cfr. Hladjk J.: "Art. 32", in *Datenschutz-Grundverordnung* (a cura di E. Ehmann, M. Selmayr), Beck-LexisNexis, München, 2018, p. 517 s.; Piltz C.: "Art. 32", in *DS-GVO. Kommentar* (a cura di P. Gola, D. Heckmann), Beck, München, 2022, pp. 664 ss.

21 Resta G.: "I dati e le informazioni", in G. Alpa, Id., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. Sacco*, Utet, Torino, 2019, p. 460, insiste sul carattere preventivo che connota il dovere del titolare del trattamento.

22 Cfr.: Camardi C.: "Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali", *Jus Civile*, 2020, spec. p. 791 ss.; Mollo A.: "Gli obblighi previsti in funzione di protezione dei dati personali", in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR* (a cura di N. Zorzi Galgano), Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2019, pp. 255 ss.

II. IL CONTRASTO TRASPARENTE AL *DATA BREACH*.

Gli artt. 33 e 34 del GDPR, rispettivamente rubricati "Notifica di una violazione dei dati personali all'autorità di controllo" e "Comunicazione di una violazione dei dati personali all'interessato", codificano una gestione trasparente e condivisa dei fenomeni di *data breach*[23].

Il dovere di notificare di una violazione dei dati personali all'autorità di controllo è posto in capo al titolare del trattamento: la posizione del primo non è isolata, in quanto il responsabile del trattamento, in questo contesto, è tenuto ad informare il titolare senza ingiustificato ritardo dopo aver appreso della violazione (art. 33, comma 2, GDPR)[24]. Tale prescrizione notiziale, manifestazione della pervasività del principio di sicurezza e precipitato dell'*accountability approach*[25], non troverà applicazione qualora il titolare del trattamento riesca a dimostrare l'improbabilità di un rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche[26]. Complessivamente, il dovere di notifica di una violazione, funzionale alla tutela dell'integrità dei dati e della salvaguardia dei diritti e delle libertà delle persone fisiche, risulta essere fondato sulla procedimentalizzazione della gestione del rischio e modellato in base alla natura e alla gravità della violazione dei dati personali, nonché dei tipi di rischio per l'interessato[27].

A livello operativo, la notifica andrà effettuata entro settantadue ore dal momento in cui il titolare è avvenuto a conoscenza del *data breach*[28]: il rispetto di una stretta tempistica condurrà il titolare del trattamento a dotarsi di una struttura tecnica, di cui è parte anche il responsabile del trattamento, che agevoli un flusso costante di informazioni e che consenta di valutare con esattezza la natura dei rischi[29]. A mente dell'art. 33, par. 3, GDPR, il titolare dovrà almeno:

a) descrivere la natura della violazione dei dati personali compresi, ove possibile, le categorie e il numero approssimativo di interessati in questione nonché le

23 Sia consentito un rinvio a Renna M.: "Violazione dei dati personali, sicurezza del trattamento e protezione dai rischi", *Dir. merc. ass. e fin.*, 2020, pp. 197 ss.

24 Cfr. Sica S.: "Verso l'unificazione del diritto europeo alla tutela dei dati personali?", in *La nuova disciplina europea della* privacy, cit., p. 8; Bravo F.: "L'«architettura» del trattamento e la sicurezza dei dati e dei sistemi", cit., p. 804.

25 Vigliar S.: "*Data breach* e sicurezza informatica", in *La nuova disciplina europea della* privacy, cit., pp. 245 ss.; Maio E.: "Art. 24 GDPR", in *Delle persone* (a cura di A. Barba, S. Pagliantini), II, in *Comm. Gabrielli*, Utet, Milano, 2019, pp. 503 ss.

26 La notifica all'autorità di garanzia di una violazione dei dati personali avviene mediante una procedura telematica disponibile al sito *servizi.gpdp.it*.

27 Pizzetti F.: Privacy e *il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, I, Giappichelli, Torino, 2016, p. 291, nt. 54.

28 Voigt P., von dem Bussche A.: *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, Springer (eBook), 2017, pp. 65 ss.

29 Burton C.: "Art. 33", in AA. VV.: *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 640 ss.

categorie e il numero approssimativo di registrazioni dei dati personali in questione; *b*) comunicare il nome e i dati di contatto del responsabile della protezione dei dati o di altro punto di contatto presso cui ottenere più informazioni; c) descrivere le probabili conseguenze della violazione dei dati personali; d) descrivere le misure adottate o di cui si propone l'adozione da parte del titolare del trattamento per porre rimedio alla violazione dei dati personali e anche, se del caso, per attenuarne i possibili effetti negativi.

L'obbligo informativo potrà anche essere assolto per fasi: il titolare del trattamento comunicherà i soli dati in suo possesso, giustificando le ragioni della notifica parziale e avviando un contatto immediato con l'autorità di garanzia. Inoltre, il titolare del trattamento documenterà le violazioni dei dati personali, nonché i provvedimenti assunti per porvi rimedio[30].

L'art. 34 GDPR scandisce un plesso di regole posto a salvaguardia dei diritti del diretto interessato in caso di violazione dei dati personali: la comunicazione è connessa alla stima del livello di rischio, poiché avverrà solo in caso di rischi elevati per i diritti e le libertà delle persone fisiche[31]. La comunicazione all'interessato, che dovrà essere fornita mediante un linguaggio chiaro e semplice, permetterà di veicolare una essenziale comunicazione circa lo stato dei dati personali trattati, favorendo una tempestiva reazione da parte dell'interessato. Il titolare del trattamento dovrà rendere edotto l'interessato delle informazioni e delle misure, di cui all'art. 33, par. 3, lett. *b*), *c*) e *d*).

Si tratta, nel complesso, di una previsione regolamentare elastica. Ai sensi dell'art. 34, par. 3, GDPR, non si ricorrerà a tale comunicazione qualora sia stato approntato uno dei seguenti rimedi satisfattivi[32]:

a) messa in atto delle misure tecniche e organizzative adeguate di protezione e relativa applicazione ai dati personali oggetto della violazione, tra cui in particolare vi rientrano quelle destinate a rendere i dati personali incomprensibili a chiunque non sia autorizzato ad accedervi, quali la cifratura;

b) adozione da parte del titolare del trattamento di misure volte a scongiurare il sopravvenire di un rischio elevato per i diritti e le libertà degli interessati;

30 Finocchiaro G.: "Riflessioni su intelligenza artificiale e protezione dei dati personali", in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica* (a cura di U. Ruffolo), Giuffrè, Milano, 2020, p. 246 s.

31 Zeno-Zencovich V.: "Liability for data loss", in *Research Handbook in Data Science and Law* (a cura di V. Mak, E.Tjong Tjin Tai, A. Berlee), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, p. 51.

32 In questi termini, Parisi A.G.: "Illiceità del trattamento dei dati personali e rimedi (inibitori, risarcitori, satisfattivi e ablativi)", in *I "poteri privati" e le nuove frontiere della privacy* (a cura di P. Stanzione), Giappichelli, Torino, 2022, pp. 225-226.

c) comunicazione pubblica o misura equipollente che informi efficacemente gli interessati nel caso in cui la diretta comunicazione richieda sforzi sproporzionati.

III. *DATA BREACH NOTIFICATION*: SPUNTI DALLE LINEE GUIDA EUROPEE.

Le linee guida *WP250* - adottate il 3 ottobre 2017, e successivamente emendate per mezzo della versione del 6 febbraio 2018, dal "Gruppo di lavoro Articolo 29" - intervengono sulla notifica e sulla comunicazione delle violazioni dei dati personali ai sensi del GDPR. Dal testo delle *best practices* in materia di doveri informativi ricadenti sul titolare del trattamento emerge una visione elastica della sicurezza, insofferente ad essere ingabbiata entro schemi predefiniti e non suscettibili di condizionamenti contestuali[33]; il livello di rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche, come si è visto, centrale per l'effettuazione della notifica, comprova la necessità di una pianificazione capillare delle fasi del *data processing*, tra cui rientra una opportuna professionalizzazione dei soggetti coinvolti nel trattamento, al fine di favorire una immediata cognizione e una pronta e proporzionata reazione a seguito di fenomeni di *data breach*.

La notifica risulterà più efficace, e quindi rappresenterà uno strumento funzionale alla protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche, qualora sia tempestiva e circostanziata (il che sottende uno scambio di informazioni tra titolare del trattamento, responsabile del medesimo e responsabile della protezione dei dati personali che sia costante e aggiornato). Come si evince dal testo in rassegna: *i*) il responsabile del trattamento dovrà comunicare al titolare l'avvenuta violazione dei dati personali senza indebito ritardo, mettendo a disposizione del titolare ogni informazione che risulti utile al fine della decisione di notificare o meno la violazione dei dati personali; *ii*) il responsabile della protezione dei dati, ove presente, ha il dovere di informare il titolare del trattamento e il responsabile e di fornire loro consulenza, oltre a cooperare con l'autorità di controllo e fungere da punto di contatto con riferimento ad ogni questione connessa all'attività del trattamento dei dati.

La notifica potrà essere omessa nel caso in cui il titolare del trattamento, verificati consistenza e impatto della violazione, reputi improbabile una lesione per i diritti e le libertà delle persone fisiche: centrale, ancora una volta, risulta essere l'attività di *risk assessment*[34]. Seguendo le linee guida, dovrà procedersi ad un esame dei rischi collegato ai seguenti fattori: *a*) tipo di violazione; *b*) natura, carattere sensibile e volume dei dati personali; *c*) facilità di identificazione delle

33 Esposito M.S.: "Art. 32 GDPR", in *Codice della* privacy e data protection, cit., pp. 503-505.

34 Si riporta il testo del *Considerando* 76 GDPR: "la probabilità e la gravità del rischio per i diritti e le libertà dell'interessato dovrebbero essere determinate con riguardo alla natura, all'ambito di applicazione, al contesto e alle finalità del trattamento. Il rischio dovrebbe essere considerato in base a una valutazione oggettiva mediante cui si stabilisce se i trattamenti di dati comportano un rischio o un rischio elevato".

persone; *d*) gravità delle conseguenze per le persone fisiche; e) caratteristiche particolari dell'interessato; *f*) caratteristiche particolari del titolare del trattamento di dati; *g*) numero di persone fisiche interessate.

Con riferimento all'art. 34 GDPR, le linee guida chiariscono come la comunicazione ambisca a rappresentare uno strumento di salvaguardia effettiva dell'interessato in caso di violazioni dei dati personali che presentino rischi elevati in termini di diritti e di libertà personali; la comunicazione dovrà essere diretta, chiara e trasparente e soddisfare il requisito di prontezza temporale. Soprattutto per il titolare del trattamento diviene, ancora una volta, opportuno, al fine di non incorrere in responsabilità di marca aquiliana o amministrativa, dotarsi di un apparato di sicurezza efficiente che consenta l'attivazione dei meccanismi di allerta e che favorisca una reazione proporzionata e capace di mitigare le conseguenze dannose derivanti da violazioni della riservatezza ovvero dell'integrità o ancora della disponibilità dei dati[35].

Una preziosa fonte di orientamento per i soggetti coinvolti nel trattamento è costituita dalle linee guida 1/2021 su esempi riguardanti la notifica di una violazione dei dati personali, adottate dall'EDPB in data 14 dicembre 2021. Per i casi di *ransomwar*e, di attacchi di esfiltrazione dei dati, di errore umano, di smarrimento o furto di dispositivi o di documenti cartacei, nonché per errato invio di corrispondenza e altri casi (*social engineering*), il *board* europeo offre indicazioni precise e un valido supporto d'ausilio per il titolare del trattamento nella valutazione dei dati concretamente occorsa. Il documento conferma, infine, la necessità di una perdurante responsabilizzazione dei soggetti coinvolti nell'attività di trattamento dei dati, rimarcando la centralità della prevenzione e della minimizzazione dell'impatto del *data breach*. Più concretamente, secondo le linee guida, ogni titolare e responsabile del trattamento dovrebbero disporre di piani e procedure per la gestione di violazioni dei dati, stabilendo un netto riparto dei compiti interno, e individuando le figure responsabili delle fasi del processo di recupero[36]. In nome del principio di *accountability* e in omaggio alla protezione dei dati fin dalla progettazione viene caldeggiata la preparazione di un manuale per la gestione delle violazioni dei dati, predisposto dal titolare e dal responsabile del trattamento.

35 Mantelero A.: "La gestione del rischio", cit., p. 485 ss.

36 In tema, con riferimento alla formazione di un *Incident Response Team* e alla redazione di una Matrice RACI, volta a "mettere in relazione le risorse con le attività delle quali sono responsabili, o con le loro aggregazioni", v. Vaciago G.: "Art. 33 GDPR", in *Codice della* privacy e data protection, cit., pp. 518-519. Precisa l'A. che "le risorse vengono distinte in: (i) *Responsible* (colui che esegue ed assegna l'attività); (ii) *Accountable*: è colui che ha la responsabilità sul risultato dell'attività. A differenza degli altri 3 ruoli, per ciascuna attività deve essere univocamente assegnato; (iii) *Consulted* è la persona che aiuta e collabora con il Responsible per l'esecuzione dell'attività; (iv) *Informed* è colui che deve essere informato al momento dell'esecuzione dell'attività" (p. 519).

IV. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Il principio di sicurezza rende evidente la necessità di assicurare un trattamento costantemente al riparo da violazioni di dati personali che possano pregiudicare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche[37]: al contempo, le prescrizioni comunicative addossate in capo al titolare del trattamento sono volte a garantire effettività alla salvaguardia della personalità degli interessati e, più in generale, delle persone fisiche potenzialmente vittime di *data breach*[38]. Il principio di sicurezza, come declinato dagli artt. 32, 33 e 34 GDPR, (i) favorisce l'emergere di un autonomo diritto degli interessati a un trattamento governato dalla prevenzione e dalla minimizzazione delle conseguenze dannose; (ii) incide fortemente sull'attività di *data processing*. La predisposizione di meccanismi di sicurezza sempre adeguati e idonei diviene, allora, per il titolare del trattamento un *asset* strategico[39], anche al fine di prevenire ed escludere l'insorgere di responsabilità per danni materiali o immateriali causati dalla violazione delle previsioni regolamentari in materia di sicurezza (così come previsto dall'art. 82 GDPR) o di impedire e contenere l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie (alla luce di quanto disposto dall'art. 83 GDPR)[40].

37 Sui diritti dell'interessato disciplinati dal GDPR, cfr. Piraino F.: "I "diritti dell'interessato" nel Regolamento generale sulla protezione dei dati personali", *Giur. it.,* 2019, p. 2789 ss.; Di Lorenzo G.: "Spunti di riflessione su taluni «diritti dell'interessato»", in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, cit., p. 237 ss.

38 Chiarisce Mantelero A.: "La gestione del rischio nel GDPR: limiti e sfide nel contesto dei Big Data e delle applicazioni di *Artificial Intelligence*", in *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna* (a cura di Id., D. Poletti), Pisa University Press (eBook), 2018, p. 305, che «la sicurezza non è più la mera sicurezza informatica o la sicurezza del processo di trattamento dati, ma è la sicurezza che deriva dalla garanzia del rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali. Solo in questa maniera il primato dell'Unione Europea nel regolare il trattamento dei dati personali potrà rimanere tale, mantenendo fermo un paradigma valoriale, in cui la tutela dei diritti e libertà dei singoli e della collettività prevale su modelli di innovazione dominati dalle dinamiche di mercato».

39 Bravo F.: "*L'«architettura» del trattamento e la sicurezza dei dati e dei sistemi",* cit., p. 782. Ora, Miotto L.: *Organizzazione d'impresa e gestione dei dati personali. Il rischio di* non compliance *nelle catene di fornitura*, Giappichelli, Torino, 2023, spec. p. 1 ss., 44 ss.

40 Con riferimento al rapporto tra *accountability* e responsabilità civile, chiarisce Comandè G.: "Lettera sulla responsabilità (civile) e l'autonomia (individuale)", *Danno e resp.*, 2022, p. 668 "Così sono i meccanismi e le prassi caratteristici dell'attività e largamente lasciati all'autonomia del singolo a divenire parametro per verificare se le scelte di autonomia organizzativa per prevenire o per come reagire a un *data breach* conducano o meno a responsabilità o si fermino a rendicontare tempestivamente le azioni a tutela poste in essere, per esempio. In tal modo, anche la causazione di un danno non porta automaticamente a risarcirlo se si sono rispettati i parametri e le modalità comportamentali previste dal sistema; viceversa, anche la mancata causazione di un danno risarcibile può portare ad una "sanzione" per la "mera" violazione della *accountability*".

BIBLIOGRAFIA

AA. VV.: *Tutela della privacy e misure di sicurezza dei dati personali* (a cura di F. Casucci), Esi, Napoli, 2006.

Bravo F.: "L'«architettura» del trattamento e la sicurezza dei dati e dei sistemi", in *I dati personali nel diritto europeo* (a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto), Giappichelli, Torino, 2019.

Burton C.: "Art. 33", in AA. VV.: *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

Camardi C.: "Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali", *Jus Civile*, 2020.

Castronovo C.: "Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali", in *Trattamento dei dati e tutela della persona* (a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich), Giuffrè, Milano, 1998.

Comandè G.: "Lettera sulla responsabilità (civile) e l'autonomia (individuale)", *Danno e resp.*, 2022.

Conte G.: "Diritti dell'interessato e obblighi di sicurezza", in *La disciplina del trattamento dei dati personali* (a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto), Giappichelli, Torino, 1997.

Corasaniti G.: *Esperienza giuridica e sicurezza informatica*, Giuffrè, Milano, 2003.

di Majo A.: "Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela", in *Trattamento dei dati e tutela della persona* (a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich), Giuffrè, Milano, 1998.

Di Lorenzo G.: "Spunti di riflessione su taluni «diritti dell'interessato»", in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR* (a cura di N. Zorzi Galgano), Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2019.

Esposito M.S.: "Art. 32 GDPR", in *Codice della* privacy e data protection (a cura di R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, G. Resta), Giuffrè, Milano, 2021.

Finocchiaro G.: "Riflessioni su intelligenza artificiale e protezione dei dati personali", in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica* (a cura di U. Ruffolo), Giuffrè, Milano, 2020.

Fonderico G.: "La regolazione amministrativa del trattamento dei dati personali", *Giorn. dir. amm.*, 2018.

Frosini V.: "*Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici*", in *Banche dati, telematica e diritti della persona* (a cura di G. Alpa, M. Bessone), Cedam, Padova, 1984.

Gambini M.: *Principio di responsabilità e tutela aquiliana dei dati personali*, Esi, Napoli, 2018.

Giacobbe G.: "La responsabilità civile per la gestione di banche dati", in *Le banche dati in Italia. Realtà normativa e progetti di regolamentazione* (a cura di V. Zeno-Zencovich), Jovene, Napoli, 1985.

Giannone Codiglione G.: "*Risk-based approach* e trattamento dei dati personali", in *La nuova disciplina europea della* privacy (a cura di S. Sica, V. D'Antonio, G.M. Riccio), Wolters Kluwer-Cedam, Assago, 2016.

Hladjk J.: "Art. 32", in *Datenschutz-Grundverordnung* (a cura di E. Ehmann, M. Selmayr), Beck-LexisNexis, München, 2018.

Laghi P.: "Struttura della rete e responsabilità: *cybersecurity*", in AA. VV.: *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità. Atti del 15° convegno nazionale (SISDiC)*, Esi, Napoli, 2020.

Lucchini Guastalla E.: "*Privacy* e *data protection*: principi generali", in Privacy *digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice* Privacy (a cura di E. Tosi), Giuffrè, Milano, 2019.

Maio E.: "Art. 24 GDPR", in *Delle persone* (a cura di A. Barba, S. Pagliantini), II, in *Comm. Gabrielli*, Utet, Milano, 2019.

Mantelero A.: "La gestione del rischio nel GDPR: limiti e sfide nel contesto dei Big Data e delle applicazioni di *Artificial Intelligence*", in *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna* (a cura di Id., D. Poletti), Pisa University Press (eBook), 2018.

Mantelero A.: "La gestione del rischio", in *La protezione dei dati personali in Italia* (opera diretta da G. Finocchiaro), Zanichelli, Bologna, 2019.

Mantelero A., Vaciago G.: "Reconciling Data Protection and Cybersecurity: An Operational Approach for Business Sector", in *Privacy and Data Protection in Software Services* (a cura di R. Senigaglia, C. Irti, A. Bernes), Springer (eBook), 2022.

Miotto L.: *Organizzazione d'impresa e gestione dei dati personali. Il rischio di* non compliance *nelle catene di fornitura*, Giappichelli, Torino, 2023.

Mollo A.: "Gli obblighi previsti in funzione di protezione dei dati personali", in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR* (a cura di N. Zorzi Galgano), Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2019.

Motroni R.: "La sicurezza dei dati e dei sistemi", in *Il Codice del trattamento dei dati personali* (a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, v. Ricciuto), Giappichelli, Torino, 2007.

Parisi A.G.: "Illiceità del trattamento dei dati personali e rimedi (inibitori, risarcitori, satisfattivi e ablativi)", in *I "poteri privati" e le nuove frontiere della privacy* (a cura di P. Stanzione), Giappichelli, Torino, 2022.

Pellecchia E.: "La responsabilità civile per trattamento dei dati personali", *Resp. civ. prev.,* 2006.

Piltz C.: "Art. 32", in *DS-GVO. Kommentar* (a cura di P. Gola, D. Heckmann), Beck, München, 2022.

Piraino F.: "I "diritti dell'interessato" nel Regolamento generale sulla protezione dei dati personali", *Giur. it.,* 2019.

Pizzetti F.: Privacy e *il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, I, Giappichelli, Torino, 2016.

Pizzetti F.: Privacy e *il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, II, Giappichelli, Torino, 2016.

Renna M.: "Sicurezza e gestione del rischio nel trattamento dei dati personali", *Resp. civ. prev.*, 2020.

Renna M.: "Violazione dei dati personali, sicurezza del trattamento e protezione dai rischi", *Dir. merc. ass. e fin.*, 2020.

Resta G.: "I dati e le informazioni", in G. Alpa, Id., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. Sacco*, Utet, Torino, 2019.

Riccio G.M.: "Artt. 32-36", in *La nuova disciplina della privacy. Commento al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196* (a cura di S. Sica, P. Stanzione), Zanichelli, Bologna, 2005.

Rodotà S.: *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, il Mulino, Bologna, 1973.

Rodotà: "Protezione dei dati e circolazione delle informazioni", in Id., *Tecnologie e diritti*, il Mulino, Bologna, 1995.

Sica S.: "Art. 18", in E. Giannantonio, M.G. Losano, V. Zeno-Zencovich, *La tutela dei dati personali. Commento alla L. 675/1996*, Cedam, Padova, 1999.

Sica S.: "Verso l'unificazione del diritto europeo alla tutela dei dati personali?", in *La nuova disciplina europea della* privacy (a cura di Id., V. D'Antonio, G.M. Riccio), Wolters Kluwer-Cedam, Assago, 2016.

Sica S.: "Art. 82 GDPR", in *Codice della* privacy e data protection (a cura di R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, G. Resta), Giuffrè, Milano, 2021.

Sica T.: "Cybersecurity and risk management", *Corporate governance*, 2022.

Tosi E.: *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale. Oggettivazione del rischio e riemersione del danno morale con funzione deterrente-sanzionatoria alla luce dell'art. 82 GDPR*, Giuffrè, Milano, 2019.

Troiano P.: "Artt. 31-36", in *La protezione dei dati personali. Commentario al d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)* (a cura di C.M. Bianca, F.D. Busnelli), I, Cedam, Padova, 2007.

Vaciago G.: "Art. 33 GDPR", in *Codice della* privacy e data protection (a cura di R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, G. Resta), Giuffrè, Milano, 2021.

Vigliar S.: "*Data breach* e sicurezza informatica", in *La nuova disciplina europea della* privacy (a cura di S. Sica, V. D'Antonio, G.M. Riccio), Wolters Kluwer-Cedam, Assago, 2016.

Voigt P., von dem Bussche A.: *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, Springer (eBook), 2017.

Zeno-Zencovich V.: "Una lettura comparatistica della l. 675/96 sul trattamento dei dati personali", in *Trattamento dei dati e tutela della persona* (a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, Id.), Giuffrè, Milano, 1998.

Zeno-Zencovich V.: "Liability for data loss", in *Research Handbook in Data Science and Law* (a cura di V. Mak, E.Tjong Tjin Tai, A. Berlee), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018.

IDENTIDAD DIGITAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES: DE LAS REDES SOCIALES AL METAVERSO

DIGITAL IDENTITY AND CIVIL LIABILITY OF DIGITAL PLATFORMS: FROM SOCIAL NETWORKS TO METAVERSE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1008-1033

Almudena
GALLARDO
RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Nos encontramos actualmente ante una evolución tecnológica que hace que las personas pasen más tiempo en línea y realicen actividades cotidianas de forma virtual constantemente. Este desarrollo está relacionado con el avance de Internet, la red de redes, que ha sido clasificada en tres etapas: Web1, Web2 y Web3. Desde la Web2, debido al auge de las redes sociales, los ciudadanos han avanzado cada vez más en la creación de una identidad digital, facilitando su información a las plataformas digitales de forma recurrente. En atención a ello, ¿Qué responsabilidad llevan aparejadas las plataformas digitales al gestionar la identidad?

Igualmente, con el metaverso se comienza a hablar de una nueva "identidad soberana", con la que los ciudadanos recuperarán el control de los datos que componen su identidad digital gracias a técnicas de blockchain. ¿Cómo cambiará la responsabilidad de las plataformas en este nuevo mundo digital? Estas preguntas serán tratadas a lo largo de esta investigación.

PALABRAS CLAVE: Identidad digital; plataformas electrónicas; responsabilidad civil; metaverso.

ABSTRACT: *We are currently facing a technological evolution that makes the population spend more time online and constantly perform daily activities virtually. This development is related to the advance of the Internet, the network of networks, which has been classified into three stages: Web1, Web2 and Web3. Since Web2, due to the rise of social networks, citizens have increasingly advanced in the creation of a digital identity, providing their information to digital platforms on a recurring basis. In view of this, what responsibility do digital platforms carry when managing identity? Likewise, the metaverse is the beginning of a new "sovereign identity", with which citizens will regain control of the data that make up their digital identity thanks to blockchain techniques. How will the responsibility of platforms change in this new digital world? These questions will be addressed throughout this research.*

KEY WORDS: *Digital identity; electronic platforms; civil liability; metaverse.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. - II. LA IDENTIDAD DIGITAL. - 1. Conceptualización. - 2. Reconocimiento Legal. - 3. La evolución de la identidad digital en Internet: de la web 2 a la Web 3. - III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN EL TRATAMIENTO DE DATOS QUE CONFORMAN LA IDENTIDAD DIGITAL. - 1. Relación contractual entre el usuario y las plataformas de redes sociales. - 2. Normativa aplicable por parte de las plataformas en el tratamiento de los datos personales. - A) Reglamento General de Protección de Datos. - B) Ley Orgánica de Protección de Datos y Derechos Digitales. - 3. Responsabilidad civil de las plataformas digitales por el uso inadecuado de los datos personales de los usuarios. - IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN EL METAVERSO: PERSPECTIVA FUTURA. - V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Hoy en día, es una realidad que cada vez se utilizan más las plataformas electrónicas para realizar compras, aumentando a partir de la pandemia, así como las plataformas de gestión de redes sociales (Facebook, Instagram, Twitter, LinkedIn, etc.). En el caso de las redes sociales, al acceder a una plataforma, creamos una identidad digital sobre nosotros mismos, en la cual proporcionamos información personal a la plataforma (como nombre y apellidos, dirección, número de teléfono, etc.). Además, en estas redes sociales, interactuamos con otros usuarios y compartimos información personal como fotos, noticias, opiniones, "likes", etc.

Desde la irrupción de Internet, la identidad física evoluciona a una identidad digital o identidad 2.0, a través de las acciones que realizamos en Internet. La imagen que proyectamos en la red puede ser distinta a nuestra identidad física y no es necesario que ambas se correspondan. Cada acción que realizamos en Internet deja una huella que refleja nuestros gustos, preferencias, comportamiento y forma de ser. Es decir, "ya no se trata de una identidad definida por rasgos físicos, ni por documentos que acreditan al portador unas capacidades y le habilitan para realizar ciertas actividades, sino de un concepto más amplio en el que la vida digital enriquece la vida real dando lugar a la Identidad Digital"[1].

Asimismo, la manera de gestionar la identidad en la Red también ha evolucionado, puesto que la propia Internet ha ofrecido cada vez más servicios para que los usuarios construyan su propia identidad. Así, la evolución de Internet ofrecerá nuevas formas de gestionar la identidad en función de la modalidad de

1 VVAA.: *Identidad Digital: El nuevo usuario en el mundo digital*, Coordinación editorial de Fundación Telefónica: Rosa María Sáinz Peña, Planeta, Madrid, 2013.

• Almudena Gallardo Rodríguez
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil.
Universidad de Salamanca.
algaro@usal.es

www en la que nos encontramos. En este sentido, existe una evolución de Internet conocida como Web1, Web2, Web3, que desarrollaremos en el presente trabajo.

La creación de un perfil en una red social lleva a la formación de una identidad digital, lo que implica ceder información personal. A medida que interactuamos en la red, vamos definiendo aún más nuestra identidad digital día a día, por lo que los datos personales que cedemos a las plataformas digitales son cada vez mayores.

En este sentido, en el caso de que la plataforma digital haga un uso inadecuado sobre nuestros datos personales, la pregunta que surge es: ¿Qué tratamiento realizan las plataformas con nuestros datos personales? ¿deriva responsabilidad civil por parte de las mismas en cuanto a la gestión de los datos que conforman nuestra identidad digital? Una vez aclarado este punto, extrapolaremos estas cuestiones a lo que hoy en día se conoce como Metaverso, o realidad virtual inmersiva.

El presente estudio se estructura del siguiente modo: en primer lugar, haremos referencia a cómo se conforma la identidad digital en las plataformas digitales; para ello realizaremos un acercamiento conceptual y legal a lo que se entiende por identidad digital. Asimismo, veremos cómo ha evolucionado la identidad digital a través de las diferentes modalidades de Internet. En segundo lugar, trataremos la responsabilidad civil de las plataformas de gestión de redes sociales, encargadas de tratar los datos personales de los usuarios ligados al concepto de identidad digital. En este caso, analizaremos la relación contractual entre la plataforma y el usuario de la misma; la normativa a la que deben acogerse las plataformas en el tratamiento de los datos, por lo que analizaremos las cuestiones más relevantes en el Reglamento General de Protección de Datos y la Ley Orgánica de Protección de Datos y Derechos Digitales Española; y abordaremos, de manera concreta, la responsabilidad civil en la que pueden incurrir las plataformas en el tratamiento de los datos personales. En tercer lugar, vislumbraremos el futuro de esta cuestión haciendo una referencia al metaverso.

II. LA IDENTIDAD DIGITAL.

1. Conceptualización.

El concepto de identidad digital se encuentra en constante desarrollo y aún no cuenta con una definición universal y aceptada en el ámbito legal. Actualmente, es la doctrina la que está perfilando este concepto, así como diversos organismos internacionales[2]. Por esta razón, compartimos a continuación aquellos conceptos sobre identidad digital que han ido ofreciendo diversos autores especializados en

2 Allende López, M.: *Identidad digital autosoberana,* 2020, Disponible en: https://www.icd.go.cr/portalicd/images/docs/uif/doc_interes/acerca_uif/IDENTIDADDIGITAL.pdf

la materia, con el fin de perfilar una conceptualización de este fenómeno. Respecto a las definiciones propuestas por la doctrina resaltamos las siguientes[3]:

Por un lado, García Mexía señala que "es una cuestión muy compleja para la que no hay consenso doctrinal. La identidad digital puede definirse como la proyección del `yo´ personal en un entorno digital con su inherente e inalienable dignidad".

Por su parte, Bueno de Mata indica que "la identidad digital es, por un lado, lo que el resto de los individuos dicen que somos en la Red, y por otro, los datos personales que nosotros mismos compartimos sobre nuestra propia persona".

En cambio, Brito Izquierdo dispone que es "cualquier aproximación al concepto de identidad digital del individuo se debe poner en relación, a su vez, con los conceptos de `identidad digital´ y de `individuo´ cuya definición, a priori, tampoco resulta sencilla de construir", y define el concepto de identidad digital atendiendo al "estándar internacional ISO/IEC 24760-1: 2019: `Seguridad y privacidad de TI: un marco para la gestión de identidad´, se podría definir como un conjunto de atributos relacionados con una entidad, la cual, no tiene por qué ser necesariamente humana, lo que introduce una dimensión interesante más allá del individuo o de la persona física, en el sentido esbozado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En tal sentido, si este conjunto de atributos o datos digitales se asocia a un individuo o a un ser humano, en particular, permitiendo su identificación y autenticación confiable en línea (capacidad de autenticarse ante los demás y a actuar en base a la confianza establecida mediante medios electrónicos)".

Asimismo, Puyol Montero define la identidad digital como "el conjunto de la información sobre un individuo o una organización expuesta en Internet (datos personales, imágenes, registros, noticias, comentarios, etc.) que conforma una descripción de dicha persona en el plano digital". Y añade que "esta identidad está integrada por los diferentes atributos que compartimos en las diversas plataformas, de modo y manera que diferentes identidades digitales, hoy por hoy, se corresponden con una misma persona. Por eso se puede afirmar que los usuarios pueden proyectar más de una identidad digital a través de múltiples comunidades"[4].

En consecuencia, a día de hoy no contamos con único concepto de identidad digital en ninguna normativa, sino que dicho concepto lo ha ido ofreciendo la

3 Cfr. VVAA., "Diálogos para el futuro judicial XVII. Identidad digital y proceso judicial", coord. Álvaro Perea González (Letrado de la Administración de Justicia). *Diario La Ley*, Nº 9777, Sección Plan de Choque de la Justicia, Encuesta, 25 de enero de 2021, Wolters Kluwer.

4 Puyol Montero, J.: *La tecnología «Blockchain» y la identidad digit*al, en: https://confilegal.com/20190325-125312/ [Fecha de consulta: 5 de septiembre de 2022].

doctrina especializada y diversos organismos. Por tanto, la identidad digital se construye a través de la información que cada persona comparte sobre él en Internet. Además, dicha identidad digital se configura por nuestro comportamiento y forma de actuar en las redes sociales. En este sentido, es importante tener en cuenta que puede ser alterada a lo largo del tiempo, y que nuestra identidad digital puede estar disociada con nuestra identidad física, no debiendo tener la misma personalidad ni rasgos de identidad en terreno físico que en el terreno virtual.

2. Reconocimiento Legal.

Es importante indicar que a nivel legislativo la identidad digital empieza a contar con un cierto respaldo que posteriormente se deberá materializar en las diferentes normativas internacionales.

Debemos partir del reconocimiento de la identidad como un derecho humano. Tal y como indica Allende López: "paradójicamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) no menciona la palabra identidad ni una sola vez, ni tampoco reconoce explícitamente el derecho a ser identificado". Sin embargo, como señala el autor, el documento de la DUDH sí reconoce "el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica en cualquier lugar" (art.6); el "derecho a una nacionalidad" (art. 15); y el "derecho a la propiedad privada" (art. 17), por lo que "para garantizar los anteriores derechos, las personas han de ser identificables. De ahí que entendamos que el derecho a tener una identidad y a ser identificable se reconoce en la DUDH de forma implícita"[5].

A nivel de regulación, es de obligada referencia tratar el reconocimiento legal a nivel europeo por medio del Reglamento eIDAS, así como a nivel nacional en España, en la Carta de Derechos Digitales, al reconocer por primera vez el "Derecho a la identidad en el entorno digital"[6]. A pesar de ello, no podemos hablar de un reconocimiento legal expreso a nivel globalizado de la identidad digital, por lo que después de estas dos referencias, indicaremos los derechos globales[7] si reconocidos y aparejados a la identidad digital.

En este sentido, la *Agenda de Naciones Unidas para el año 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible* incorporan dentro de su ODS 16.9 la obligación a los países de proporcionar antes de 2030 una identidad legal para todos[8]. Es importante, puesto

5 Allende López, M.: *Identidad digital autosoberana,* 2020, Disponible en: https://www.icd.go.cr/portalicd/images/docs/uif/doc_interes/acerca_uif/IDENTIDADDIGITAL.pdf

6 https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

7 Bueno De Mata, F.: "El derecho de acceso universal a internet: reconocimiento legal y perspectiva procesal", *Nuevos retos en materia de derechos digitales en un contexto de pandemia: perspectiva multidisciplinar*, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 69 y ss.

8 Disponible en: https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/06/ONU-Agenda-2030.pdf [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2022].

que la identidad legal no es un término que tenga un significado legal globalizado ni es un concepto tradicionalmente reconocido por la ley en muchos países. Por todo ello podemos decir que la ONU indica que existe un derecho individual a la identidad según el derecho internacional y ello hará que el derecho civil de los diferentes estados deberá reconocer la identidad digital como un derecho en los años venideros.

De igual modo, hay que mencionar dos Reglamentos:

1. El *Reglamento (UE) Nº 910/2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior*, conocido como el Reglamento eIDAS (conocido por sus siglas en inglés eIDAS, electronic IDentification, Authentication and trust Services)[9], se aprobó el 23 de julio de 2014 (entró en vigor en 2016), aunque el Reglamento se centra más en formas de identificación digital que en la identidad digital en sí misma, al regular todo lo relativo a la firma electrónica como método de identificación a nivel europeo.

2. La Comisión Europea en julio de 2021 ha presentado una propuesta que modifica el Reglamento eIDAS, denominado *Reglamento eIDAS2* con el fin de regular la identificación digital transfronteriza dentro de la Unión Europea[10]. En este sentido, Ursula Von Der Leyer, presidenta de la Comisión Europea, en su discurso sobre el estado de la Unión, el 16 de septiembre de 2020, expuso: "Cada vez que una aplicación o un sitio web nos pide que creemos una nueva identidad digital o que nos conectemos fácilmente a través de una gran plataforma, en realidad no tenemos ni idea de lo que sucede con nuestros datos. Por este motivo, la Comisión propondrá una identidad electrónica europea segura"[11]. Para conseguir dicha identidad digital, el Reglamento eIDAS2 propone emitir una "cartera de identidad digital europea". Esta cartera de identidad "permitirá a los ciudadanos identificarse digitalmente, almacenar y gestionar datos personales y documentos oficiales en formato electrónico", por lo que en dicha cartera se podrá llevar, por ejemplo, el DNI, el carnet de conducir, tarjetas bancarias, titulaciones universitarias, etc. y será válido de igual forma en todos los Estados Miembros de la UE[12].

La novedad más importante es que el ciudadano tendrá el pleno control sobre la cartera de identidad digital, esto es, será responsable sobre el uso de

9 https://www.boe.es/doue/2014/257/L00073-00114.pdf [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2022].

10 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0281&from=EN
Vid. Llanera González, P.: *Identidad digital. Actualizado a la Orden ETD/465/2021, de 6 de mayo (sobre métodos de identificación remota) y a la propuesta de Reglamento eIDAS2*, Bosch, Barcelona, 2021.

11 https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-digital-identity_es [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2022].

12 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/QANDA_21_2664

sus datos personales (art. 6.bis.7 eIDAS2)[13]. Por tanto, nuestros datos ya no dependerán de las plataformas de redes sociales, por lo que afectará en términos de responsabilidad civil en el tratamiento de los datos, y la misma abre la puerta a lo conocido como "identidad digital auto-soberana" basada en tecnología descentralizada blockchain[14]. En otras palabras, la administración de la identidad no estará a cargo de las plataformas, sino que serán los usuarios los que tendrán la responsabilidad final sobre su manejo.

En España, aunque contamos con una Ley Orgánica de Protección de Datos y Derechos Digitales desde 2018[15], no es hasta julio de 2021, gracias a la denominada Carta de Derechos Digitales[16], donde se encuentra un reconocimiento a la regulación de la identidad digital. Si bien, la Carta de Derechos Digitales no es una ley, sino una declaración, esto quiere decir que no es ni vinculante ni obligatoria, por lo que nos encontramos ante una especie de *soft law* que sirve para interpretar o dar orientaciones en la aplicación de determinados derechos. En este sentido, dentro del bloque de "Derechos de la libertad", se reconoce expresamente el "Derecho a la identidad en el entorno digital", el cual viene conformado por cuatro epígrafes, y en su punto uno indica que: "El derecho a la propia identidad es exigible en el entorno digital. Esta identidad vendrá determinada por el nombre y por los demás elementos que la configuran de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional, europeo e internacional".

A pesar de que la identidad digital aún no se ha reconocido legalmente a nivel global en textos internacionales, los derechos relacionados con la identidad física si se aplican también a la identidad digital, ya que son considerados como bienes jurídicos inherentes a la dignidad humana. Estos derechos incluyen la protección de la intimidad, la imagen y la reputación personal, y están protegidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en sus arts. 12 y 8 respectivamente[17].

13 Cfr. El art. 6.bis.7 eIDAS2 dispone: "El usuario mantendrá pleno control sobre la cartera de identidad digital europea. El emisor de la cartera de identidad digital europea no recopilará información sobre el uso de la cartera que no sea necesaria para la prestación de los servicios de esta, ni combinará datos de identificación personal u otros datos personales almacenados o relacionados con el uso de la cartera de identidad digital europea con datos personales obtenidos a través de otros servicios ofrecidos por dicho emisor o a través de servicios de terceros que no sean necesarios para la prestación de los servicios de la cartera, a menos que el usuario lo haya solicitado expresamente. Los datos personales relacionados con la provisión de carteras de identidad digital europea se conservarán en soporte físico y lógico por separado de cualesquier otros datos mantenidos"

14 *Vid.* Alamillo Domingo, I.: "La identidad descentralizada como garantía de la privacidad en la vida digital", *La Ley privacidad* , N° 5, Sección El foro de la privacidad, Tercer trimestre de 2020, Wolters Kluwer LA LEY 9425/2020.

15 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-16673

16 https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

17 https://blog.signaturit.com/es/mas-alla-de-la-reputacion-online-que-se-entiende-por-identidad-digital-y-que-derechos-estan-asociados-a-ella [Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2022]

3. La evolución de la identidad digital en Internet: de la web 2 a la Web 3

La forma de gestionar la identidad digital en la Red ha evolucionado, puesto que la propia Internet ha ofrecido cada vez más servicios para que los usuarios construyan su propia identidad. Así, la evolución de Internet ofrecerá nuevas formas de gestionar la identidad en función de la modalidad de WWW en la que nos encontramos. En este sentido, existe una evolución de Internet conocida como Web1, Web2, Web3. Brevemente, cada una de las webs consisten en lo siguiente[18]:

La Web1 permitía a los usuarios leer páginas web y hacer comentarios en foros y blogs, su identidad digital era limitada a los sitios que visitaban. La Web2, actualmente en uso, permite interactuar y alimentar los servicios con información, permitiendo la creación de perfiles y páginas por parte de cada usuario. La identidad digital es una construcción personal, donde cada persona decide qué información incluir en su perfil, pero esta información está sujeta al tratamiento de datos por parte de los proveedores de servicios como Facebook o Instagram.

Por último, dentro de la Web. 3.0 se encuentra el metaverso, que consiste "en una combinación entre el mundo físico y el mundo digital, es decir, un lugar virtual donde, a través del uso de diferentes tecnologías (gafas de realidad virtual, gafas de realidad aumentada, guantes y otras prendas o dispositivos hápticos, etc.), los usuarios podrán sumergirse e interactuar con otras personas y objetos como si lo hicieran en el mundo real"[19]. La Web3 es una web de lectura, escritura y confianza que está en desarrollo y se considera el futuro de internet. Se diferencia de la actual Web2 por ser un "Internet descentralizado", en el que los datos se distribuyen a través de las redes sin que ninguna entidad sea propietaria de la información, gracias a la tecnología blockchain.

En la web 3.0 la identidad digital es conocida como auto-soberana, pues su almacenamiento no se encuentra dentro de ningún proveedor de servicios, sino que depende de una tecnología descentralizada basada en blockchain. En definitiva, hablamos de infraestructuras descentralizadas para que los usuarios creen y gestionen sus activos digitales, teniendo como un ejemplo lo que actualmente se conoce como metaverso, o la configuración de la cartera digital vinculada al reglamento EiDas2 anteriormente citado. En este caso, la identidad digital creada es interoperable, se crea por parte del usuario y puede ser usada por igual ante cualquier proveedor de servicios.

18 Bueno de Mata, F.: "Del metaverso a la metajurisdicción: desafíos legales y métodos para la resolución de conflictos generados en realidades virtuales inmersivas", *Derecho de privacidad y derecho digital*, ISSN 2444-5762, Vol.7, Núm. 27, 2022, pp. 21 y ss.

19 https://www.mdzol.com/estilo/2022/2/10/web-30-metaverso-guia-para-comprender-el-futuro-de-internet-220630.html [Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2022].

Para entender qué es la "Identidad Digital auto-soberana" tenemos que partir de los tipos de identidad digital. Es decir, en la gestión de la identidad digital se distinguen dos modelos: un modelo centralizado (centralizado, federado y distribuido) y un modelo descentralizado[20].

En la doctrina, el experto en la materia en identidad digital, Allen, en su artículo *the path to self-Sorevering Identity*, 2016, considera que los modelos de identidad digital han evolucionado desde la llegada de internet, y distingue cuatro fases[21]:

"-Fase 1. Identidad centralizada. Control administrativo por una sola autoridad o jerarquía.

-Fase 2. Identidad federada. Control administrativo por parte de varias autoridades federadas.

-Fase 3. Identidad centrada en el usuario. Control individual o administrativo a través de múltiples autoridades sin requerir una federación.

-Fase 4. Identidad auto-soberana (identidad descentralizada). Control individual a través de cualquier número de autoridades".

Concretamente, la identidad auto-soberana es la que se encajaría con el uso de blockchain[22]. En este sentido, diversos agentes, tanto públicos como privados, están trabajando para conseguir una identidad descentralizada con la utilización del blockchain. Un ejemplo de ello lo tenemos en España. La Asociación Española de Normalización, UNE, el 20 de diciembre de 2020 publicó la Norma UNE 71307-1 bajo el título "Tecnologías Habilitadoras Digitales. Modelo de Gestión de Identidades Descentralizadas sobre blockchain y otras Tecnologías de Registros Distribuidos. Parte 1: Marco de referencia". La Norma UNE 71307-1 define "un marco de referencia genérico para la emisión, administración y uso descentralizados de aquellos atributos que faciliten la caracterización (identificación) de individuos u organizaciones, permitiendo a estos últimos crear y controlar su propia identidad digital de forma autogestionada, sin la necesidad de recurrir a autoridades centralizadas". Tal y como indica la nota de prensa emitida por la UNE, esta norma constituye un hito al ser "el primer estándar mundial sobre identidad digital descentralizada en Blockchain"[23].

20 Pérez Bes, F.: "Identidad y blockchain", en *Criptoderecho. La regulación de blockchain*, edición N° 1, LA LEY, 2018. LA LEY 13760/2018.

21 Allende López, M.: *Identidad digital autosoberana,* 2020, Disponible en: https://www.icd.go.cr/portalicd/images/docs/uif/doc_interes/acerca_uif/IDENTIDADDIGITAL.pdf

22 Merchán Murillo, A.: "Identidad digital Blockchain e Inteligencia Artificial: aspectos jurídicos de presente y futuro a debate", *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, ISSN-e 2444-8478, Vol. 7, N°. 1, 2021, pp. 191 y ss.

23 https://www.une.org/salainformaciondocumentos/NP%20Norma%20UNE%20Blockchain%20dic-20.pdf [Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2022].

Asimismo, hay que destacar que la identidad auto-soberana se rige por una serie de principios propios[24], los cuales pueden resumirse en la idea de que la identidad digital en la Web 3.0 debe ser independiente a la existencia real del usuario, controlada por el usuario mismo y no por proveedores de servicios, accesible por el usuario con una contraseña, transparente y con código abierto, persistente y con derecho al olvido, portátil y disponible en cualquier sistema, basada en el consentimiento del usuario, con divulgación mínima de datos personales, y con protección de derechos del usuario.

En este sentido, la tecnología blockchain sirve para solventar algunos problemas que plantea la identidad digital, identificados por WINDLEY[25], como son la falta de proximidad, escalabilidad, flexibilidad, privacidad y consentimiento. Así, según Alamillo Domingo "los sistemas de gestión de identidad digital basados en tecnologías de registro distribuido (DLT) pueden desempeñar un papel importante en la implementación de un derecho personal a la identidad, con una fuerte visión de autodeterminación y autonomía personal, al menos cuando nos referimos a personas físicas. Estas tecnologías de registro distribuido, y en particular la tecnología de cadenas de bloques o Blockchain, normalmente basada en criptografía de clave pública, permiten la creación de un registro inmutable que se gestiona de una manera absolutamente descentralizada, permitiendo nuevas aplicaciones hasta ahora impensables, con un potencial transformador más allá de cualquier duda"[26].

El autor señala que en un sistema en el que cualquier información puede ser escrita en un nodo de red y se copiará en todos los demás, ninguno puede eliminarla. Para esto, se utilizan tecnologías de registro distribuido como blockchain para crear una identidad auto-soberana (SSI) controlada y administrada por la persona individualmente sin la intervención de terceros.

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN EL TRATAMIENTO DE DATOS QUE CONFORMAN LA IDENTIDAD DIGITAL.

A continuación, vamos a analizar a quién se le atribuiría la responsabilidad civil en el tratamiento de los datos que conforman la identidad digital, para lo que diferenciaremos los supuestos en relación con los dos escenarios apuntados: la

24 Allen, C.: "Self-Sovereign Identity Principles", disponible en: https://github.com/ChristopherA/self-sovereign-identity/blob/master/self-sovereign-identity-principles.md; https://masterethereum.com/identidad-auto-soberana-master-blockchain-online/

25 Windley, P.: "Fixing the Five Problems of Internet Identity", https://blog.sovrin.org/fixing-the-five-problems-of-internet-identity-b55ea072c3ea

26 Alamillo Domingo, I.: "La identidad descentralizada como garantía de la privacidad en la vida digital", *cit.,* LA LEY 9425/2020.

web2 y la web3. En este apartado nos vamos a centrar en la Web 2. Dentro de la Web 2.0 se enmarcan de manera concreta las redes sociales.

1. Relación contractual entre el usuario y las plataformas de redes sociales.

Al registrarse como usuario en una red social proporcionamos toda una serie de datos personales (email, número de teléfono, dirección etc.), y una vez creado el perfil lo nutrimos con contenido (como fotos, comentarios, gustos, aficiones, etc.), que conforma nuestra Identidad Digital. Además, el registro implica que el usuario del servicio tiene que aceptar unos "Términos y Condiciones". Asimismo, las plataformas, siempre que se recaben datos personales, tendrán que contar con una "Política de privacidad", que tendrá que aceptar el usuario.

Por tanto, al aceptar mediante el conocido "*click agreement*" en el que a golpe de *click* aceptamos "términos y condiciones" y las "políticas de privacidad", se está generando con ese simple *click* una relación contractual entre el usuario y la plataforma. Se trata de un contrato atípico, denominado contrato de adhesión, "contratos típicos de las redes sociales donde el usuario sólo puede aceptar o rechazar todas las condiciones en su conjunto"[27].

El contrato de adhesión es un contrato bilateral, pues ambas partes deben cumplir sus obligaciones, y se caracteriza por que las cláusulas del contrato son impuestas por una de las partes, es decir, "no son ambas partes las que redactan el clausulado, sino que éste es predispuesto e impuesto por una de ellas a la otra, que no puede más que aceptarlo o rechazarlo"[28]. Faus Puyol lo define como aquel contrato "que contiene cláusulas, estipulaciones o condiciones de carácter general redactadas de forma previa por una empresa para aplicar a todos los contratos que la misma celebre, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario si desea obtener el bien o servicio de que se trate"[29]. Esto es, las cláusulas del contrato son redactadas por la plataforma de forma unilateral sin existir negociación posible por parte del usuario, por lo que si el usuario quiere hacer uso del servicio tiene que aceptar las condiciones establecidas en el contrato. En los "Términos y Condiciones" y en la "Política de Privacidad" se establece lo siguiente:

-Los "Términos y Condiciones" son redactados por el proveedor del servicio, y consisten en las cláusulas que establecen los derechos y obligaciones de las partes.

27 Platero Alcón, A., "La responsabilidad de las redes sociales: el caso de Ashley Madison", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIX, núm. 150, septiembre-diciembre de 2017, pp. 1259-1288, https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/archive.

28 "Contrato de adhesión", Guía Jurídica, La Ley. https://guiasjuridicas.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjAzNLtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAiq9eTTUAAAA=WKE [Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2022].

29 Concepto ofrecido por Faus Pujol, M.: *Práctico obligaciones y contratos*, Vlex.com, diciembre 2022.

Aunque cada plataforma incluirá sus propias condiciones de uso, hay determinados cláusulas que obligatoriamente deben incluirse, como[30]: identificación del titular, derechos del usuario, duración, rescisión, legislación aplicable, método para la resolución de conflictos, y las responsabilidades que asumirán ambas partes.

- La "Política de privacidad" se refiere a cómo las plataformas gestionan nuestros datos e información personal y garantizan la privacidad de los usuarios. Dicha política debe cumplir con el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)[31], y la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantías de Derecho Digitales (LOPDGDD)[32]. Así, con la entrada en vigor del Reglamento todas las empresas han tenido que adaptar sus "Políticas de Privacidad" a la normativa, incluidas las empresas que tienen una actividad en la Unión Europea (UE), por ejemplo, empresas como Facebook o LinkedIn[33].

Atendiendo a lo anterior, ¿cómo debe realizarse el tratamiento de datos personales en las plataformas de redes sociales?; y ¿qué responsabilidad asume la plataforma respecto a dicho tratamiento? Estas preguntas van a ser abordadas a continuación.

2. Normativa aplicable por parte de las plataformas en el tratamiento de los datos personales.

Como hemos indicado, en lo referente al tratamiento de datos las plataformas digitales de la Web 2 tienen que incluir las "políticas de privacidad", las cuales tiene que cumplir con el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)[34], y la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantías de Derecho Digitales (LOPDGDD) española[35]. A continuación, vamos a destacar los aspectos

30 Pueden consultarse ejemplo de condiciones de uso de Facebook o LinkedIn: https://es-es.facebook.com/legal/terms; https://es.linkedin.com/legal/user-agreement#dispute

31 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32016R0679

32 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-16673

33 Pueden consultarse ejemplos de políticas de privacidad de Facebook: https://es-es.facebook.com/privacy/policy/; o de LinkedIn: https://es.linkedin.com/legal/privacy-policy

34 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32016R0679

35 Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantías de Derecho Digitales https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673
La Agencia Española de Protección de datos, en septiembre de 2018, publicó un decálogo para la adaptación al RGPD de las políticas de privacidad en internet. https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/informe-politicas-de-privacidad-adaptacion-RGPD.pdf

más relevantes de cada normativa a tener en cuenta para un uso adecuado sobre el tratamiento de los datos personales de los usuarios.

A) Reglamento General de Protección de Datos.

La normativa sobre protección de datos en la UE está compuesta por el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y la Directiva 2016/680, que regulan la protección de datos personales en general y para las autoridades policiales y de justicia, respectivamente[36]. El RGPD entró en vigor en 2016 y se empezó a aplicar a todos los Estados Miembros de la UE en mayo de 2018[37].

La protección del tratamiento de datos personales de las personas físicas es un derecho fundamental. Así viene recogido en el art. 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el art. 16, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que determina que "toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan" (considerando 1 RGPD).

El RGPD tiene un triple objetivo: "Garantizar el derecho fundamental a la protección de datos personales; proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas; la libre circulación de los datos personales en la UE"[38].

El RGPD, respecto a su ámbito de aplicación, el mismo abarca tanto a responsables y encargados de tratamientos de datos establecidos en la UE como a aquellos fuera de la UE que ofrezcan bienes o servicios a ciudadanos europeos o realicen un seguimiento de su comportamiento. Para cumplir con la ampliación de su alcance, estas organizaciones deben nombrar un representante en la UE como punto de contacto con las Autoridades de supervisión y de los ciudadanos. En caso de ser necesario, el representante en la UE también puede ser objeto de acciones de supervisión por parte de las autoridades. La información de contacto del representante en la Unión debe proporcionarse a los interesados junto con la información sobre el tratamiento de sus datos personales[39].

36 Recomendamos que para obtener una visión amplia y acertada de esta normativa, puede consultarse: Aparicio Vaquero, J.P.: "La protección de datos que viene: el nuevo Reglamento General europeo", *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, ISSN-e 2340-5155, Vol. 4, N°. 2, 2016, pp. 27-34.

37 Pueden consultarse algunos comentarios sobre el Reglamento, entre otros, en: López Calvo, J.: *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Sepin, Madrid, 2017; VV.AA.: *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, coord., José López Calvo,Wolters Kluwer, Bosch, Madrid, 2019; VV.AA.: *Algunos desafíos en la protección de datos personales*, Alfredo Batuecas Caletrío (dir.), Juan Pablo Aparicio Vaquero (dir.), Editorial Comares, Granada, 2018.

38 VV.AA. *Protección de datos, Memento práctico,* dir. José Luis Piñar Mañas, Coord. Miguel Recio Gayo, Francis Lefebvre, Barcelona, 2022, p. 23.

39 https://www.aepd.es/es/preguntas-frecuentes/2-rgpd/1-de-aplicacion/FAQ-0202-cual-es-el-ambito-de-aplicacion-del-rgpd

Para poder hablar del tratamiento de uso de los datos personales, debemos partir de qué se entiende por tratamiento de datos y datos personales:

- El tratamiento de datos personales consiste en cualquier operación que se realice sobre los datos personales, "ya sea por procedimientos automatizados o no". En diferentes situaciones se puede hablar del tratamiento de datos, en el caso de "recogida de datos, registro, organización y estructuración de la información, conservación, adaptación, modificación, extracción, consulta de datos, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción" (art.4.2 RGPD).

- El dato personal pertenece al titular, también llamado afectado o interesado, y es "toda información sobre una persona física identificada o identificable" (art. 4.1 RGPD). Por tanto, los datos personales conforman la identidad digital de una persona que la identifican (nombre, apellidos, email, domicilio, etc.). Dentro de los datos de carácter personal hay una serie de datos catalogados como "datos sensibles" al afectar directamente a la vida de las personas. En este caso, queda prohibido el tratamiento de datos personales que revelen "el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física" (arts. 9 RGPD).

En relación a las figuras que intervienen en este tratamiento de datos, son las siguientes: titular, responsable del tratamiento de datos, el encargado del tratamiento, Delegado de Protección de Datos, la Autoridad de Control y otras figuras.

De igual modo, existe un principio básico en el tratamiento de los datos personales: el consentimiento, explícito y específico, que se debe otorgar por el usuario para cada fin (art. 4.11 RGPD). Sumado a lo anterior, el Reglamento añade una serie de principios de necesario cumplimiento para quien trata datos personales: Licitud, lealtad y transparencia, limitación de la finalidad, minimización de datos, exactitud, limitación de plazo de conservación, integridad y confidencialidad, responsabilidad proactiva (art. 5 RGPD).

Asimismo, el titular de los datos tiene la posibilidad de ejercitar una serie de derechos relacionados con los datos, como son: el derecho de acceso, derecho de rectificación, derecho de supresión, derecho de oposición, derecho a la limitación del tratamiento, derecho a la portabilidad de los datos, y no ser objeto de decisiones individuales automatizadas.

Por último, como cuestión a destacar, el RGPD prevé la posibilidad de que el titular de los datos pueda reclamar una indemnización por el tratamiento inadecuado de los datos personales (art.82 RGPD), tal y como veremos en un epígrafe posterior.

B) Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantías de Derecho Digitales.

Por su parte, en España se publica la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantías de Derecho Digitales, que entró en vigor en diciembre de 2018. La normativa del RGPD es complementada por esta ley, asegurando los derechos digitales de los ciudadanos en cumplimiento de lo recogido a su vez en la Constitución Española, garantizando el pleno ejercicio de sus derechos. En este sentido, el preámbulo de la LOPDGDD recoge expresamente que: "la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental protegido por el artículo 18.4 CE".

La LOPDGDD incluye medidas nuevas respecto a la LOPD de 1999, como[40]: la protección de los datos personales de personas fallecidas; medidas especiales de protección de datos para los menores de edad; responsabilidad proactiva por parte de los responsables del tratamiento de datos, en la misma línea que en el RGPD. También se establece un registro de actividades de tratamiento, se requiere el consentimiento informado y se amplían los derechos de los titulares de los datos (acceso, rectificación, supresión, limitación, portabilidad, oposición y derecho al olvido o desconexión digital). Se exige la notificación en caso de una brecha de seguridad. Por último, la ley prevé sanciones por incumplimiento de la normativa y como bloque de contenido adicional recoge y conceptualiza hasta diecisiete derechos digitales, los cuales quedan al margen de este estudio de manera concreta.

Asimismo, hay una serie de artículos concretos referentes a las redes sociales, lo que singulariza este escenario de Internet, reconociendo así que debe tener un tratamiento jurídico particular y diferenciado de otros escenarios virtuales. Podemos hacer referencia a preceptos como el art. 84 relativo a la protección de los menores en Internet y al art. 92 sobre la protección de datos de los menores en Internet; el art. 85.2, el cual prevé la necesidad por parte de los responsables de redes sociales y servicios equivalentes a adoptar protocolos para el que usuario

40 La Agencia Española de Protección de Datos publicó una sencilla guía sobre novedades de la LOPDGDD dirigidas al ciudadano: https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/novedades-lopd-ciudadanos.pdf. Asimismo, por parte de la doctrina encontramos diversos comentarios a la LOPDGDD, entre otros: VV.AA.: *Protección de datos, Memento práctico,* Francis Lefebvre, Barcelona, 2022; VV.AA. *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, coord., José López Calvo ,Wolters Kluwer, Bosch, Madrid, 2019; Martínez Rodríguez, N.: "Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales", *Ars Iuris Salmanticensis: AIS : revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, ISSN-e 2340-5155, Vol. 7, N°. 1, 2019, pp. 254-259.

puede ejercitar el derecho de rectificación que atente contra el derecho al honor, la intimidad personal y familiar; el art. 94 regula el derecho al olvido en redes sociales y servicios equivalentes; art. 95 prevé el derecho de portabilidad en redes sociales y servicios equivalentes; art. 96 que regula el Derecho al testamento digital, en concreto en el punto 2, determina "las personas legitimadas en el apartado anterior podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones"; y por último, el art. 97 sobre las Políticas de impulso en los derechos digitales, también contextualiza su aplicación dentro de un modelo protagónico de redes sociales. Todo ello hace que se ensalce desde un punto de vista de técnica legislativa a las redes sociales como escenario virtual concreto en el que ejercitar una serie de derechos y del que se derivan a su vez obligaciones para los agentes implicados.

3. Responsabilidad civil de las plataformas sociales por el uso inadecuado de los datos personales de los usuarios.

Como hemos indicado, aunque aceptemos la "política de privacidad" sobre el uso de nuestros datos, puede ocurrir que las plataformas no realicen un uso adecuado del tratamiento de los datos personales de los usuarios, y el titular de los datos sufra un daño. Por ejemplo, una vez que el usuario tenga creada su identidad digital la plataforma ceda a terceros sus datos personales sin su consentimiento, o puede darse el caso que se produzca una brecha de seguridad, con la siguiente fuga de los datos personales de los usuarios[41], u otros supuestos, pues tal y como indica Platero Alcón también se derivaría responsabilidad "en el supuesto de que no se hubiera informado correctamente sobre el uso de los datos personales y los mismos, han sido consultados por terceros que no se encontraban autorizados en las políticas de privacidad o, como no, en supuestos donde la red social no cumple adecuadamente su deber de seguridad de datos personales"[42].

Por tanto, en base a lo anterior, ¿el titular de los datos podría solicitar una indemnización por los daños y perjuicios que le hayan podido ocasionar la plataforma por un uso inadecuado de sus datos personales? De dicho daño se

41 En los últimos años se han producido por parte de plataformas como Facebook, Twitter, entre otras, numerosas brechas de seguridad en el que se han filtrado datos de numerosos usuarios. https://theconversation.com/500-millones-de-afectados-por-la-brecha-de-datos-de-facebook-y-ahora-que-158496 [Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2022].
Puede consultarse una guía de la AEPD sobre la brecha de seguridad: https://www.aepd.es/es/documento/guia-brechas-seguridad.pdf

42 Platero Alcón, A.: *Análisis de la normativa europea y española de protección de datos personales: régimen de responsabilidad civil derivado de un incorrecto tratamiento de dato personales*, Tesis doctoral, dirigida por Carlos Lasarte Álvarez (dir. tes.), Ángel Acebo Penco (codir tes.) Universidad de Extremadura, 2020, pp. 323 y 324.

deriva una responsabilidad civil[43], al margen de otros tipos de responsabilidad en los que se podría incurrir; y partiendo de que existe una relación contractual entre la plataforma y el usuario titular de los datos, se puede ejercitar una acción de responsabilidad civil contractual, con el fin de solicitar la reparación del daño sufrido.

El daño se reclamará en base al art. 82 RGPD, donde se recoge el derecho a la indemnización del afectado por los daños y perjuicios causados en el uso inadecuado de sus datos personales. Así dispone el precepto en su punto primero: "toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos".

Por tanto, este Reglamento protege los derechos de las personas que han sufrido daños y perjuicios a causa de un incumplimiento de la normativa y les da derecho a recibir una indemnización del responsable o encargado del tratamiento.

No obstante, el responsable o encargado del tratamiento puede estar exento de responsabilidad si demuestra que no es en modo alguno responsable de los daños y perjuicios causados. En caso de haya más de un responsable o encargado, o un responsable y un encargado, sean responsables de los daños y perjuicios causados, cada uno será considerado responsable en los mismos términos, garantizando así la indemnización efectiva del interesado, dándole más vías a este último de reclamar por el daño sufrido.

Conectado con la idea anterior, si un responsable o encargado ha pagado una indemnización total, tendrá derecho a reclamar a los demás responsables o encargados la parte correspondiente de acuerdo con las condiciones establecidas. Por último, las acciones judiciales para ejercer el derecho a indemnización se presentarán ante los tribunales competentes de acuerdo con el Derecho del Estado miembro.

En resumen, este precepto brinda una protección integral y efectiva al usuario que haya sufrido daños y perjuicios como resultado de una infracción, y que perfectamente puede ser extrapolable al caso de estudio en el que se centra el presente artículo.

43 Respecto a responsabilidad y daños puede verse: Llamas Pombo, E.: *Manual de Derecho Civil. Vol.VII. Derecho de Daños*, Eugenio Llamas Pombo (dir.), La Ley, Madrid, 2021.

De manera adicional, tal y como señalan autores como Platero Alcón y Álvarez Hernando[44], debemos tener en cuenta que el interesado de nacionalidad española también podría ejercitar otras acciones indemnizatorias apoyado en el art. 9.3 de la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*; acciones que resultarían compatibles con la acción recogida en el RGPD.

Por último, debemos hacer una matización respecto a la posibilidad de que la plataforma de red social goce de una exención de responsabilidad en este contexto. Según el RGPD si existiera un caso concreto, y por tanto no de aplicación de manera genérica o por defecto, en las que la plataforma en base a su consideración como prestador de servicios de intermediación acuda a lo dispuesto en los arts. 14 y ss. de la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico (LSSICE)[45] para excluir su responsabilidad civil por daños causados en el tratamiento de datos personales. Tal y como indica Rubí Puig interpretando el articulado, los prestadores de servicios o almacenamiento de datos podrán exonerar su responsabilidad "siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada por medio de una operación de tratamiento es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptible de indemnización, o, si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos"[46].

En este sentido, podemos observar cómo las causas son limitadas, indicando que el uso inadecuado de los datos tenía ya un origen ilícito y que la plataforma no ha tenido conocimiento efectivo del mismo o que, una vez enterado de tal situación, hace todo lo posible para corregirlo y evitar daños mayores. Esta forma de proceder, y esta situación concreta derivarían en un supuesto de exención de responsabilidad, siendo compatible a su vez con lo recogido en el art. 1.5 b) de la Directiva 2001/31/CE. Por tanto, y sin entrar al fondo en la casuística tan amplia que podría venir derivada de este supuesto, la manera de proceder proactiva del responsable ante una situación de este tipo, por contenido ilícito o daños a terceros, determinará que estemos o no ante un caso de exención de responsabilidad.

44 Platero Alcón, A.: *Análisis de la normativa europea y española de protección de datos personales: régimen de responsabilidad civil derivado.., cit.,* p. 172 ; Álvarez Hernando, J.: "Análisis jurídico de la acción de reclamación de una indemnización por haber sufrido daños y perjuicios derivados de una infracción en materia de protección de datos. Estudio del art. 82 RGPD", enero de 2019. En https://www.ac-abogados.es/analisis-juridico-de-la-accion-de-reclamacion-de-una-indemnizacion-por-haber-sufrido-danos-y-perjuicios-derivados-de-una-infraccion-en-materia-de-proteccion-de-datos-estudio-del-art-82-del-rgpd/ [Fecha de Consulta: 16 de septiembre de 2022].

45 https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758

46 Rubí Puig, A.: "Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD", *Revista de Derecho Civil,* vol V, nº 4, 2018, pp. 80 y ss., disponible en http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/354.

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PLATAFORMAS EN EL METAVERSO: PERSPECTIVA DE FUTURO.

A día de hoy otro concepto que está de plena actualidad es el "Metaverso", y una de las cuestiones que se plantea es ¿cómo se constituye la identidad digital en el Metaverso? ¿Cómo evolucionará la responsabilidad de las plataformas en este nuevo mundo digital?

Brevemente, el Metaverso según Barrio Andrés "una aplicación de Internet que consiste en un ecosistema virtual y tridimensional (3D) en el que los usuarios interactúan entre ellos, desarrollan actividades de ocio (muy destacadamente, jugar a videojuegos o e-sports), entablan relaciones económicas o de cualquier otro tipo, como sucede hoy en la Red"[47].

En el metaverso tendríamos nuestros "yos virtuales" dentro un mundo virtual paralelo al real a través de la creación de avatares virtuales. Pero ¿a qué nos referimos exactamente con avatar en el metaverso? Según Park y Quim un avatar es un alter ego que ha cambiado su funcionalidad en el metaverso, pues "anteriormente, el avatar se usaba como una forma exagerada predefinida en el mundo virtual en lugar de reflejar el mundo real. Sin embargo, cambia gradualmente a una forma ideal que proyecta la apariencia exterior y refleja el ego"[48]. En el metaverso dichos avatares adquieren personalidad propia con vestimentas o complementos concretos y van difuminando poco a poco la distancia entre la identidad física y la identidad digital.

Así, en el metaverso la socialización mediante avatares nos permite reunirnos con nuestros amigos del mundo físico, con independencia de donde estén, para compartir actividades. Igualmente, también nos permite transitar por este universo y conocer gente, compartir actividades de ocio e intimar de diversas formas con nuestros iguales[49].

Igualmente, con el metaverso se habla de una nueva "identidad soberana", en la que a través de técnicas de blockchain los ciudadanos recuperarían la gobernanza sobre los datos que conforman su identidad digital.

En la web 3 a través de iniciativas como el metaverso o la cartera de identificación europea transfronteriza anteriormente señalada, se parte de una

47 Barrio Andrés, M.: "Metaverso: origen, concepto y aplicaciones", *Derecho Digital e Innovación*, N° 12, Sección Doctrina, Segundo trimestre de 2022, Wolters Kluwer, LA LEY 6042/2022.

48 PARK, S. M., & KIM, Y. G.: "A Metaverse: Taxonomy, components, applications, and open challenges", *Ieee Access,* n° 10, 2022, págs. 4209-4251.

49 Bueno De Mata, F.: "Del metaverso a la metajurisdicción..", *cit.,* pp. 3 y ss.

identidad auto-soberana ya no se dependería de prestadores de servicios de la comunicación, sino que los usuarios serían los gobernantes de su propia identidad.

En la Web 3.0, se utilizará la tecnología blockchain, es descentralizada pero interoperable a la vez, es decir, vale para ser usada en cualquier tipo de plataforma electrónica sin que la misma guarde, recopile o gestione nuestros datos. La autogestión permite que una persona pueda autenticarse a sí misma, afirmar sus atributos de identidad y controlar declaraciones de identidad realizadas por terceros. Con esto, la responsabilidad es del individuo y las plataformas no son responsables al no alojar información sin un contrato de adhesión que apruebe esta exención, sino que se entenderá de forma implícita.

Diferente y complejo es el tema del metaverso puesto que no es lo mismo configurar un único metaverso como una nueva evolución de Internet, a hablar realmente de un multiverso configurado a través de plataformas, no es lo mismo que hablar de Metaverso como una evolución de la Red de Redes y con unos patrones tecnológicos determinados. Es decir, realmente para poder determinar cómo debiéramos resolver los conflictos en el metaverso y la responsabilidad que los mismos llevan aparejados, tal y como indica Bueno de Mata[50], es fundamental determinar si nos vamos a encontrar con un único metaverso o a un multiverso de plataformas intermediarias. En este sentido, si partimos de esta última opción como parece que será lo que finalmente ocurra, tendremos que acudir a una normativa mundial sobre esta realidad, que abogue por el uso de la identidad digital auto-soberana y que por tanto redunde en una exención de responsabilidad de las plataformas intermediarias al no tratar ellos propiamente la información y avanzar hacia la autogestión en el tratamiento de los datos por aplicación de la tecnología blockchain.

En definitiva, según la idea manifestada por el citado autor, nos encontramos ante un problema no estrictamente jurídico, sino que también se entrelazan en ellos cuestiones puramente económicas y empresariales en el manejo y posesión de datos de particulares.

V. CONCLUSIONES.

A modo de reflexión final, podemos afirmar que hoy en día nos encontramos ante un nuevo fenómeno en auge: el reconocimiento jurídico de la identidad digital. En este sentido, el concepto legal de identidad digital está en constante evolución y aún no existe una definición global y unificada. La regulación internacional de la

50 Bueno De Mata, F.: "Del metaverso a la metajurisdicción..", *cit.,* pp. 4.

identidad digital también es incierta, y aunque existen iniciativas para regularla, todavía queda mucho camino por recorrer.

Hoy en día este concepto está ligado a las redes sociales y al concepto de Web2. En este contexto, las plataformas digitales que ofrecen este servicio manejan nuestra información y, es por tanto medular, saber a qué tipo de responsabilidades se enfrentan y cuáles son las acciones que los usuarios poseen para reclamar un uso inadecuado en el tratamiento de los datos personales. En esta investigación hemos intentado ofrecer un panorama concreto de la responsabilidad derivada en este caso, siendo conscientes de que el tema puede plantear muchos interrogantes debido a la casuística tan grande que lleva aparejada.

Por último y unido a lo anterior, podemos observar como la tecnología blockchain y la identidad digital auto-soberana son parte de esta evolución tecnológica, y vienen llamados a revolucionar el esquema de responsabilidad anteriormente apuntado.

En este sentido, este modelo permitirá a los usuarios tener el control total y propio de su identidad sin la necesidad de intermediarios o proveedores de información tecnológicos, pero aún si un marco legal definido, en espera de que el Reglamento eIDAS2 sea aprobado. Si finalmente esta normativa entrara en vigor, conllevará una revolución social y tecnológica sin precedentes, que a su vez tendrá reflejo jurídico en muchos aspectos en el tratamiento de datos tal y como lo conocemos hoy en día.

Sin duda, nos encontramos ante un modelo con un potencial aún indescifrable, donde también encajará la futura web3 y los servicios de realidad virtual inmersiva. Todas estas cuestiones deberán ser desarrolladas a nivel legal en los próximos años, por lo que hoy en día nos encontramos en un terreno plagado de sombras y lagunas, que esperamos vean la luz con prontitud con el fin de garantizar un escenario legal seguro y garantista.

BIBLIOGRAFÍA

Alamillo Domingo, I.: "La identidad descentralizada como garantía de la privacidad en la vida digital", *La Ley privacidad*, N.º 5, Sección El foro de la privacidad, Tercer trimestre de 2020, Wolters Kluwer, LA LEY 9425/2020.

Álvarez Hernando, J.: "Análisis jurídico de la acción de reclamación de una indemnización por haber sufrido daños y perjuicios derivados de una infracción en materia de protección de datos. Estudio del art. 82 RGPD", enero de 2019, https://www.ac-abogados.es/analisis-juridico-de-la-accion-de-reclamacion-de-una-indemnizacion-por-haber-sufrido-danos-y-perjuicios-derivados-de-una-infraccion-en-materia-de-proteccion-de-datos-estudio-del-art-82-del-rgpd. [Fecha de Consulta: 16 de septiembre de 2022].

Allende López, M.: *Identidad digital autosoberana,* 2020, Disponible en: https://www.icd.go.cr/portalicd/images/docs/uif/doc_interes/acerca_uif/IDENTIDADDIGITAL.pdf

Allen, C.: "the path to self-Sorevering Identity", en su blog *life With Alacrity*. A blog on social software, collaboration, trust, security, privacy, and internet tools, 25 de abril de 2106. http://www.lifewithalacrity.com/2016/04/the-path-to-self-soverereign-identity.html

Aparicio Vaquero, J.P.: "La protección de datos que viene: el nuevo Reglamento General europeo", *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, ISSN-e 2340-5155, Vol. 4, Nº. 2, 2016, pp. 27-34.

"Cuestiones de derecho aplicable y responsabilidad de los prestadores de servicios de red social y de sus usuarios", en *torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, Comares, Granada, 2015, pp.187-231.

Ark, S. M., & Kim, Y. G.: "A Metaverse: Taxonomy, components, applications, and open challenges", *Ieee Access,* nº 10, 2022, pp. 4209-4251.

Barrio Andrés, M.: "Metaverso: origen, concepto y aplicaciones", *Derecho Digital e Innovación*, Nº 12, Sección Doctrina, Segundo trimestre de 2022, Wolters Kluwer, LA LEY 6042/2022.

Bueno de Mata, F.: "Del metaverso a la metajurisdicción: desafíos legales y métodos para la resolución de conflictos generados en realidades virtuales inmersivas", *Derecho de privacidad y derecho digital*, ISSN 2444-5762, Vol.7, Núm. 27, 2022, pp. 19-59.

-El derecho de acceso universal a internet: reconocimiento legal y perspectiva procesal", *Nuevos retos en materia de derechos digitales en un contexto de pandemia: perspectiva multidisciplinar*, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 69-89.

Faus Pujol, M.: *Práctico Obligaciones y Contratos*, Vlex.com, diciembre 2022.

Martínez Rodríguez, N.: "Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales", *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, ISSN-e 2340-5155, Vol. 7, Nº. 1, 2019, pp. 254-259.

Merchán Murillo, A.: "Identidad digital Blockchain e Inteligencia Artificial: aspectos jurídicos de presente y futuro a debate", *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, ISSN-e 2444-8478, Vol. 7, Nº. 1, 2021, pp. 183-203.

López Calvo, J.: *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Sepin, Madrid, 2017.

Llanera González, P.: *Identidad digital. Actualizado a la Orden ETD/465/2021, de 6 de mayo (sobre métodos de identificación remota) y a la propuesta de Reglamento eIDAS2*, Bosch, Barcelona, 2021.

Llamas Pombo, E.: *Manual de Derecho Civil. Vol.VII. Derecho de Daños*, Eugenio Llamas Pombo (dir.), La Ley, Madrid, 2021.

Pérez Bes, F.: "Identidad y blockchain", en *Criptoderecho. La regulación de blockchain*, edición nº 1, LA LEY, 2018, LA LEY 13760/2018.

Platero Alcón, A.: *Análisis de la normativa europea y española de protección de datos personales: régimen de responsabilidad civil derivado de un incorrecto tratamiento de dato personales*, Tesis doctoral, dirigida por Carlos Lasarte Álvarez (dir. tes.), Ángel Acebo Penco (codir tes.) Universidad de Extremadura, 2020.

"la responsabilidad de las redes sociales: el caso de Ashley Madison", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIX, núm. 150, septiembre-diciembre de 2017, pp. 1259-1288, https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/archive

Puyol Montero, J.: *La tecnología «Blockchain» y la identidad digit*al, en: https://confilegal.com/20190325-125312. [Fecha de consulta: 5 de septiembre de 2022]

Rubí Puig, A.: "Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD", *Revista de Derecho Civil,* vol V, nº 4, 2018, pp. 53-87, disponible en http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/354.

VVAA.: *Identidad Digital: El nuevo usuario en el mundo digital*, Coordinación editorial de Fundación Telefónica: Rosa María Sáinz Peña, Planeta, Madrid, 2013.

VVAA.: "Diálogos para el futuro judicial XVII. Identidad digital y proceso judicial", coord. Álvaro Perea González (Letrado de la Administración de Justicia). *Diario La Ley*, Nº 9777, Sección Plan de Choque de la Justicia, Encuesta, 25 de enero de 2021, Wolters Kluwer.

VV.AA.: *Algunos desafíos en la protección de datos personales*, Alfredo Batuecas Caletrío (dir.), Juan Pablo Aparicio Vaquero (dir.), Editorial Comares, Granada, 2018.

VV.AA.: *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, coord., José López Calvo, Wolters Kluwer, Bosch, Madrid, 2019.

VV.AA.: *Protección de datos, Memento práctico,* dir. José Luis Piñar Mañas, coord. Miguel Recio Gayo, Francis Lefebvre, Barcelona, 2022.

E-COMMERCE E VENDITA DI PRODOTTI CONTRAFFATTI: RIFLESSIONI SULLA RESPONSABILITÀ DELL'INTERNET *SERVICE PROVIDER**

E-COMMERCE AND SALE OF COUNTERFEIT PRODUCTS: REFLECTIONS ON PROVIDER LIABILITY OF THE INTERNET SERVICE PROVIDER

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1034-1051

* Il testo riproduce, con ampliamenti e l'aggiunta di note, la relazione tenuta in occasione del III Congresso Internazionale Jóvenes Civilistas, Sezione Jóvenes Civilistas, Associazione Ivs Civile Salmanticense, *La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nelle moderne società del rischio,* tenutosi a Terni il 22 e 23 settembre 2022.

Cristiana BOITI

ARTICOLO CONSEGNATO: 13 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il lavoro affronta la questione relativa alla vendita di prodotti contraffatti nell'e-commerce soffermandosi, in particolare, sulla responsabilità dell'Internet Service Provider anche alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali.

PAROLE CHIAVE: E-commerce; Internet Service Provider; prodotti contraffatti; fatto illecito; responsabilità civile.

ABSTRACT: *The work deals with the issue of the sale of counterfeit products in e-commerce, focusing in particular on the responsibility of the Internet Service Provider also in the light of recent jurisprudential trends.*
KEY WORDS: *E-commerce; Internet Service Providers; counterfeit products; tort; civil liability.*

SOMMARIO.- I. PREMESSA. - II. L'INQUADRAMENTO SISTEMATICO DELLA NORMATIVA. - III. LA RESPONSABILITÀ DELL'INTERNET SERVICE PROVIDER NELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA. - IV. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. PREMESSA.

È noto che il commercio elettronico[1] - c.d. *e-commerce* - svolge un ruolo sempre più importante nella moderna economia globalizzata, avendo da un lato ampliato in modo considerevole la scelta dei consumatori e dall'altro lato offerto alle imprese nuove e flessibili modalità di accesso al mercato stesso e ciò anche - e soprattutto - in conseguenza della pandemia da Covid-19 che ci ha visti coinvolti in questo ultimo biennio. Al contempo, però, come risvolto negativo ha attratto soggetti che 'inquinano' i canali di distribuzione di tale commercio con prodotti 'modificati'. La casistica, infatti, ci mostra come - purtroppo - molte siano le merci contraffatte vendute *online* nei c.dd. *market-place* (Amazon, eBay, Alibaba, ecc.).

Sì che si impone una - seppur breve - riflessione sulla questione relativa alla responsabilità civile del 'prestatore intermediario' nel commercio elettronico[2] (il c.d. *Internet Service Provider*) e, più precisamente, del contenuto e dei limiti della sua responsabilità per gli illeciti posti in essere da altri.

1 Con tale definizione si allude all'esercizio di attività commerciali per via elettronica, non soltanto *online*, basate sulla elaborazione dei dati in forma digitale. Per un approfondimento sul commercio elettronico in generale v., *ex multis*, Marini, G.: "Profili giuridici del commercio elettronico nel diritto internazionale e comunitario", *Dir. comm. int.*, 2000, p. 329 ss.; Santosuosso, G.: *Il codice Internet e del commercio elettronico: aspetti giuridici di rilevanza civilistica*, Cedam, Padova, 2001; Aa.Vv.: *Commercio elettronico e categorie civilistiche* (a cura di S. Sica e P. Stanzione), Giuffré, Milano, 2002; Delfini, F.: *Contratto telematico e commercio elettronico*, Giuffré, Milano, 2002; Pizzirusso, G.: "L'e-commerce ed il contratto telematico", *Arc. civ.*, 2002, p. 413 ss.; Ruggeri, L.: "Mercato telematico ed autonomia privata: un nuovo ruolo per la 'lex mercatond'", *Rass. dir. civ.*, 2002; Aa.Vv.: *Commercio elettronico e tutela del consumatore* (a cura di G. Cassano), Esi, Napoli, 2003; Rossello, C.: *Commercio elettronico. La* governance *di Internet tra diritto statuale, autodisciplina,* soft law e lex mercatoria, Giuffré, Milano, 2006; Aa.Vv.: *Commercio elettronico* (a cura di C. Rossello, G. Finocchiario e E. Tosi), Giappichelli, Torino, 2007; Costacurta, G.: "Il commercio elettronico. Parte prima. La conclusione del contratto in internet", in, *Le vendite speciali* (a cura di G. Sicchiero), Cedam Padova, 2009, p. 309 ss.; Bravo, F.: voce "Commercio elettronico", *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, p. 253 ss.; Lehmann, M. e De Franceschi, A.: "Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori", *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 419 ss.; Tripodi, E.M.: "Le tendenze della distribuzione commerciale: lo stresso legame con l'innovazione digitale", *Disciplina del commercio e dei servizi*, 2015, p. 17 ss.; Fanelli, M.G.: "Commercio elettronico nel mercato unico: i chiarimenti della Corte di Giustizia sulla legge applicabile ai contratti conclusi 'on line' con i consumatori e le recenti proposte della Commissione", *Contr. impr./Eur.*, 2016, p. 788 ss.; Piraino, F.: "Il commercio elettronico", in, *Questiono attuali in tema di commercio elettronico* (a cura di T. Pasquino, A. Rizzo e M. Tescaro), Esi, Napoli, 2020, p. 7 ss.

2 Per tutti, Bocchini, F.: *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Esi, Napoli, 2003.

• Cristiana Boiti
Professore Associato di Diritto Privato
Università degli Studi di Perugia
cristiana.boiti@unipg.it

Si tratta, come evidente, di una problematica molto ampia che si presenta di particolare interesse sia in termini di tutela del contraente debole[3] sia di corretta regolamentazione di tutte quelle transazioni che avvengono attraverso canali telematici[4] e che ci offre, al contempo, l'occasione per effettuare alcune considerazioni sulla disciplina della responsabilità civile in generale.

II. L'INQUADRAMENTO SISTEMATICO DELLA NORMATIVA.

Preliminarmente è, però, opportuno inquadrare sistematicamente la normativa di riferimento[5].

Nell'àmbito dell'Unione europea[6] la disciplina relativa all'e-*commerce* è trattata principalmente nella direttiva 2000/31/CE - c.d. direttiva sul commercio elettronico[7] - tesa a stabilire un quadro generale chiaro per taluni aspetti giuridici del commercio elettronico al fine di «garantire la certezza del diritto» e accrescere la fiducia dei consumatori nei confronti di tale commercio, considerato quale «strumento»

3 Già Zeno Zencovich, V.: "La tutela del consumatore nel commercio elettronico", *Dir. inf.*, 2000, p. 447 ss.

4 Sul contratto telematico v., tra i tanti, Gambino, A.M.: *L'accordo telematico*, Giuffrè, Milano, 1997; Giova, S.: *La conclusione del contratto via Internet*, Esi, Napoli, 2000; Finocchiaro, G.: "La conclusione del contratto telematico mediante i 'software agents': un falso problema?", *Contr. impr.*, 2002, p. 500 ss.; Pennasilico, M.: "La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2004, p. 805 ss.; Ricciuto, V.: "La formazione del contratto telematico e la tutela del consumatore", in, *Il contratto telematico e i pagamenti elettronici. L'esperienza italiana e spagnola a confronto* (a cura di V. Ricciuto), Giuffrè, Milano, 2004, p. 5 ss.; Follieri, L.: *Il contratto concluso in internet*, Esi, Napoli, 2005; Nazzaro, A.C.: "Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico", *Inf. dir.*, 2010, p. 7 ss.; Favale, R.: "La conclusione del contratto telematico", *Giur. merito*, 2013, p. 2553 ss.; Battelli, E.: "Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione on line delle clausole vessatorie", *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1035 ss.; Id.: "I contratti del commercio online", in, *Diritti e tutele dei consumatori* (a cura di G. Recinto, L. Mezzasoma e S. Cherti), Esi, Napoli, 2014, p. 387 ss.; Perlingieri, G. e Lazzarelli, F.: "Il contratto telematico", in, *Manuale di diritto dell'informatica* (a cura di D. Valentino), Esi, Napoli, 3ª ed., 2016, p. 269 ss.; Pignalosa, M.P.: *Il consumatore calcolante: contributo allo studio del contratto telematico*, Esi, Napoli, 2020; Vetrucci, G.: "Contratti online e profili sulla conclusione del contratto", *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2021, n. 10, p. 1 ss.

5 A tal proposito, occorre precisare che l'e-*commerce* rappresenta un fenomeno «fisiologicamente a-nazionale» (così Lisi, A.: "L'impresa *on line* ed il commercio elettronico", in, *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche* di G. Cassano e I.P. Cimino, Padova, 2009, p. 119) e che il legislatore, italiano ed europeo, è intervenuto in siffatta materia sovente in maniera confusa. Inoltre, non si può dimenticare che la normativa in materia di commercio elettronico si caratterizza anche per la presenza di atti internazionali di natura convenzionale che, sebbene non siano vincolanti per i cittadini e le imprese dei singoli Stati (a meno che non siano stati recepiti da una fonte normativa interna), hanno comunque la portata di regole integrative o suppletive tese a delineare taluni principi che trovano applicazione per prassi. Su quest'ultimo aspetto v., Marconi, A.L.: "La legge modello UNCITRAL, sul commercio elettronico", *Dir. comm. int.*, 1997, p. 137 ss.; Sbordone, F.: "La legge applicabile ai contratti conclusi per via telematica", in, *Manuale di diritto dell'informatica* (a cura di D. Valentino), Esi, Napoli, 3ª ed., 2011, p. 31 ss.

6 Per una comparazione con il sistema americano v. Bocchini, F.: "Responsabilità dell'hosting provider - La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti", *Giur. it.*, 2017, p. 629 ss.; Petruso, R., "Responsabilità degli intermediari di Internet e nuovi obblioghi di conformazione: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps", *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 451 ss.

7 Su tale direttiva v., De Nova, G. e Delfini, F.: "La direttiva sul commercio elettronico: prime considerazioni", *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 693 ss.; Leocani, G.: "La Direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi", *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 615 ss.; Sarzana di Sant'Ippolito, F.: "Approvata la direttiva sul commercio elettronico", *Corr. giur.*, 2000, p. 1288 ss.; Antonucci, A. (a cura di): *E-commerce. La direttiva n. 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*, Giuffré, Milano, 2001.

privilegiato per favorire l'aumento delle contrattazioni transfrontaliere all'interno del mercato unico europeo[8].

Tale direttiva è *stata recepita nell'ordinamento giuridico italiano con il* d.lg. 9 aprile 2003, n. 70[9], sì che a fianco della normativa esistente - ovvero della disciplina generale sulla responsabilità da fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c. e, più in generale, delle ordinarie regole di responsabilità civile - vi sono alcune norme speciali sulla responsabilità dei prestatori di servizi[10] - ad alto contenuto tecnico e distinte in *mere conduit*, *caching* e *hosting* a seconda dell'attività espletata[11] - volte, in linea generale, ad esonerare le piattaforme *online* da responsabilità sul presupposto che si tratti di meri intermediari[12].

Tuttavia, merita dar conto come l'avvento di nuove figure di *hosting provider*, più evolute e complesse, nonché l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza sui contenuti potenzialmente illeciti immessi in rete dai fruitori dei servizi[13] abbiano fatto emergere l'attuale inadeguatezza del regime di responsabilità degli *Internet*

8 Considerando n. 7 della direttiva 200/31/Ce.

9 Così Baciucco, L.: sub "Art. 1, d.lg. 9 aprile 2003, n. 70, in, *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di E. Capobianco, L. Mezzasoma e G. Perlingieri), Esi, Napoli, 2ª ed., 2018, p. 869 ss. Si vedano, altresì, Bernardi, G.: "Attuazione della Direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico nel mercato interno", *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, p. 1267 ss.; Comandè, G.: "Al via l'attuazione della direttiva sul commercio elettronico, ma… serve un maggiore coordinamento", *Danno resp.*, 2003, p. 809 ss.; Delfini, F.: "Il D.lgs. 70/2003 di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico. Commento", *Contratti*, 2003, p. 612 ss.; Id.: "La responsabilità dei prestatori intermediari nella direttiva 2000/31/CE e nel d.lg. 70/2003", *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 55 ss.; Del Ninno, A.: "La nuova disciplina italiana del commercio elettronico: analisi del decreto legislativo 9.4.2003, n. 70 recante attuazione della Direttiva 2000/31/CE", *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2003, p. 29 ss.; Greco, A.: "Il d.l.vo 2003 n. 70, attuativo della direttiva 2000, n. 31 CE sul commercio elettronico, non modifica il procedimento di formazione del contratto telematico", *Arch. civ.*, 2003, p. 1129 ss.; Sica, S.: "Recepita la direttiva sul commercio elettronico: commento al d.lgs. 70/03", *Corr. giur.*, 2003, p. 1248 ss.; Spedicato, G.: "Postille in tema di responsabilità extracontrattuale del provider alla luce del recente decreto n. 70/2003", *Ciberspazio e Diritto*, 2002, p. 155 ss.; Zeno Zencovich, V.: "Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal D.Lgs. 70/03", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, p. 505 ss.; Tripodi, E.M.: "Alcuni interrogativi sul d.lgs. n. 70/2003 di recepimento della direttiva sul commercio elettronico", *Corr. giur.*, 2004, p. 829 ss.

10 Cassano, G. e Cimino, I.P.: "Brevi considerazioni a margine della prima relazione della Commissione UE in merito all'applicazione della Direttiva n. 31/2000: ancora in tema di responsabilità extracontrattuale dei providers nel diritto interno e comunitario", *Giur. it.*, 2004, p. 2226 ss.; D'Arrigo, R.: "La responsabilità degli intermediari nella nuova disciplina del commercio elettronico", *Danno resp.*, 2004, p. 248 ss.; Bugiolacchi, L.: "La responsabilità dell'*host provider'* alla luce del d.lg. 70/2003: esegesi di una disciplina 'dimezzata'", *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 188 ss.

11 Per un approfondimento delle diverse tipologie di responsabilità dell'intermediario in base al ruolo effettivamente svolto nel contesto dell'illecito (ovvero: attività di semplice trasporto - *mere conduit*; attività di memorizzazione automatica, intermedia e transitoria - *caching*; attività di memorizzazione di informazioni: *hosting*) v., Cocuccio, M.: "La responsabilità civile per fatto illecito dell'Internet Service Provider", *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1312 ss.

12 Sebbene tale esonero trovi le sue origini nelle fasi più risalenti dello sviluppo di internet, e cioè in un momento in cui gli intermediari apparivano come fondamentali operatori del mercato digitale e meritavano protezione contro forme eccessivamente gravose di responsabilità, esso è stato ampiamente criticato. Al riguardo si vedano le osservazioni di Pannetta, R.: "Il ruolo dell'Internet Service Provider e i profili di responsabilità civile", *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 1017 ss., secondo il quale tale esonero un «porto sicuro» e critica altresì l'incompletezza dei tipi di attività presi in considerazione.

13 Su tale problematica, v. Bugiolacchi, L.: "(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet provider (ovvero del difficile rapporto tra assenza di obblighi di controllo e conoscenza dell'illecito)", *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1568 ss.

Service Provider[14], sì che la Commissione europea ha presentato nel dicembre 2020 la proposta di Regolamento denominata "*Digital Services Act*" (DSA)[15] tesa ad integrare e in parte modificare il quadro normativo disegnato dalla direttiva sul commercio elettronico[16].

III. LA RESPONSABILITÀ DELL'*INTERNET SERVICE PROVIDER* NELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA.

A fronte di una normativa 'carente' e che stenta a stare al passo con l'evoluzione tecnologica, un ruolo determinante in tema di responsabilità civile dell'*Internet Service Provider* nel campo dell'*e-commerce* è stato svolto dalla giurisprudenza.

Così, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha per lungo tempo ritenuto responsabile il *market-place* soltanto qualora questi fosse 'consapevole' di ospitare all'interno del proprio mercato *online* l'offerta di prodotti contraffatti, a prescindere dalla circostanza che tali merci fossero conservate presso i magazzini del gestore stesso.

In questo senso si esprime il noto caso "*Coty Germany c. Amazon*", deciso dalla Corte di Giustizia nel 2020[17] con la quale, dopo aver ricordato che «"usare" implica un comportamento attivo e un controllo, diretto o indiretto, sull'atto che costituisce l'uso» e che occorre distinguere un operatore economico che importi o rimetta ad un depositario merci recanti un marchio altrui ai fini della loro commercializzazione da un depositario che fornisca un mero servizio di deposito

14 Picariello, G.: "La responsabilità dell'Internet Service Provider nell'alveo della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1926 ss.

15 Per un approfondimento v., Sardini, A.: "La 'product liability' e il commercio elettronico", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021, p. 81 ss.; Astone, M.A.: "Digital Service Act e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?", *Contr. impr.*, 2022, p. 1050 ss.; De Michelis, C.A.: "Il 'Digital Services Act': i nuovi obblighi volti a migliorare la lotta alla contraffazione ed i temi aperti", *Dir. ind.*, 2022, p. 171 ss.; Mollo, F.: "La responsabilità del 'provider', alla luce del 'Digital Service Act', *Contr. impr./Eur.*, 2022, 173 ss.; Scola, S.: "'Digital Services Act': occasioni mancate e prospettive future nella recente proposta di regolamento europeo per il mercato unico dei servizi digitali", *ibidem*, p. 127 ss.; Tripodi, E.M.: "Il regolamento comunitario sul 'Digital Serivices Act' (Legge sui servizi digitali). Verso la revisione della disciplina del commercio elettronico, *Disc. comm. serv.*, 2022, p. 34 ss.

16 L'obbiettivo della proposta è, infatti, quello di incrementare la sicurezza e la trasparenza delle transazioni *online* attraverso un sistema di (nuovi) obblighi a geometria variabile, graduato in ragione del ruolo e della dimensione degli operatori ed applicabile a tutte le categorie di contenuti, di definire un quadro maggiormente comune per la notifica di contenuti illegali nonché di istituire un enforcement, prevedendo un sistema di autorità nazionali - i Coordinatori Nazionali dei Servizi Digitali (CNSD) - in tutti i Paesi membri.

17 Corte giust., 2 aprile 2020, c. 567/18, in *Giur. it.*, 2021, p. 1387, con nota di Visentin, E.: "Il caso Coty contro Amazon: lo stoccaggio e l'uso del marchio"; in *ilsocietario.it*, con nota di De Cristofaro, G. e Di Lernia, M.: "Marketplace: uso del marchio altrui nello stoccaggio di beni contraffatti".
Siffatta pronuncia si segnala anche per aver dato offerto utili chiarimenti circa i poteri relativi al riconoscimento del marchio dell'Unione europea. In particolare, il conferimento al suo titolare del diritto esclusivo di vietare a qualsiasi terzo di usare nel commercio un segno identico a tale marchio per prodotti o servizi identici a quelli per cui esso è stato registrato, o un segno che, a motivo della sua identità o somiglianza con il marchio dell'Unione europea e dell'identità o somiglianza dei prodotti e dei servizi contraddistinti da tale marchio e dal segno, possa dare adito a un rischio di confusione per il pubblico.

per tali prodotti, dato che solo nel primo caso è configurabile un "uso" del marchio di cui non si è titolari, ha concluso ritenendo che il *provider* potrà essere ritenuto responsabile solo laddove l'operatore economico che esegue il magazzinaggio persegua in prima persona le finalità dell'offerta e/o dell'immissione in commercio dei prodotti contraddistinti dal marchio di cui si contesta la violazione.

A ben vedere, però, tale decisione non affronta la questione relativa alla responsabilità del *market-place* alla luce del suo ruolo di *Internet Service Provider*, prendendo in considerazione solamente la sua condotta in qualità di eventuale diretto "contraffattore". Profilo che, invece, qualora fosse stato affrontato avrebbe potuto contribuire a valutare la legittimità, o meno, delle condotte tenute dall'*hosting provider* e, soprattutto, a delineare ulteriori criteri utili per definire quando lo stesso possa essere considerato un *hosting provider* 'attivo' e, in quanto tale, responsabile per le violazioni commesse dagli utenti che fruiscono del servizio, oppure un *hosting provider* 'passivo' e, di conseguenza, esente da responsabilità[18].

In questo contesto si inserisce la recentissima decisione della Corte di Giustizia del 22 dicembre 2022 nelle cause riunite c. 148/21 e c. 184/21 relative alla controversia "*Louboutin c. Amazon*", con la quale la Corte sembrerebbe invertire la 'rotta' rispetto alle proprie precedenti decisioni in materia di contraffazione di marchio e responsabilità della piattaforma per l'*e-commerce*, riconoscendo per la prima volta una responsabilità piena e diretta di un *Internet Service Provider* per

18 Si tratta di una distinzione di matrice giurisprudenziale ad opera della Corte di Giustizia nelle decisioni "*Google France c. Luis Vuitton*" (Corte giust., 23 marzo 2010, c. 236/08 e c. 238/08, in *iusinitinere.it*) e "*L'Orèal c. eBay*" [Corte giust., 12 luglio 2011, c. 324/09, *AIDA*, 2011, p. 499, con nota di Nordemann, J.B.: "Liability of Social Networks for IP Infringements (Latest News): The UE Law Regime after L'Oréal/eBay"; e in *Giur. merito*, 2013, p. 2584, con nota di Tescaro, M.: "Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell''internet provider'"]. In generale v., De Cristofaro, G. e Di Lernia, M.: "Marketplace: uso del marchio altrui nello stoccaggio di beni contraffatti", cit. V., altresì, Zincone, A.: "'Hosting attivo' e violazione del 'copyright': cosa cambia nella responsabilità dell''Internet provider'", *Dir. aut*., 2012, p. 149 ss.; Ingrassia, A.: "La decisione d'Appello nel caso 'Google vs Vivi Down': assolti i manager, ripensato il ruolo del 'provider' in rete", *Corr. merito*, 2013, p. 768 ss.; Bugiolacchi, L.: "Ascesa e declino della figura del '*provider*' 'attivo'? Riflessioni in tema di fondamento e limiti del regime privilegiato di responsabilità dell''*hosting provider*'", *Resp. civ. prev*., 2015, p. 1261 ss.; Simoni, M.: "La responsabilità degli hosting provider quali prestatori 'automatici, tecnici e passivi' della società dell'informazione", *Dir. fall*., 2017, p. 455 ss.; Tosi, E.: "Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli '*hosting provider*' - passivi e attivi - tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, '*social network*' e aggregatori di contenuti", *Riv. dir. ind*., 2017, p. 75 ss.
Anche la giurisprudenza italiana è ricorsa a tale distinzione per sottrarre l'hosting provider 'attivo' all'esclusione di responsabilità prevista nella normativa speciale. Così, di recente, Cass., (ord.) 13 dicembre 2021, n. 39763, in *Foro it*., 2022, c. 2840, con nota di Cassano, G. e Tassone, B.: "Responsabilità dell'Internet 'service provider', diritti di proprietà intellettuale e danni punitivi", la quale si inserisce nel solco già tracciato dalla Cassazione con le pronunce nn. 7708 e 7709 del 19 marzo 2019, con cui la Suprema Corte aveva fatto proprio il concetto di *hosting provider* attivo per come definito dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea. Su queste ultime decisioni v. Gambini, M.: "La responsabilità dell'Internet Service Provider approda al vaglio della Cassazione", *Corr. giur*., 2020, p. 177 ss. Si veda anche TAR Lazio Roma, 28 ottobre 2021, n. 11036, in *Gior. dir. amm*., 2022, p. 396, con nota di Mazzarella, M.: "La responsabilità degli 'hosting provider' sulle piattaforme digitali". Per un commento in generale degli orientamenti giurisprudenziali italiani, v. Novelli, C.: "Il social giudizioso. La giurisprudenza italiana sulla responsabilità civile degli Internet Service Providers", *Riv. it. inf. dir*., 2019, p. 97 ss. Per la verità tale distinzione ha fatto breccia anche nelle argomentazioni della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, come ad esempio nel proprio provvedimento del 19 dicembre 2014, consultabile in *agcom.it*, per valutare la posizione di TripAdvisor rispetto alle recensioni non genuine pubblicate sul portale.

attività contraffattiva nell'uso di un segno uguale a un marchio europeo per gli stessi prodotti per i quali è registrato.

In particolare la Corte europea, dopo aver precisato di non doversi soffermare sull'interpretazione di *hosting provider* - se attivo o passivo - del *market-place*[19], sembra rinnegare le conclusioni cui era giunta nella decisione "*Coty Germany c. Amazon*", riconoscendo una responsabilità diretta del provider anche per lo stoccaggio per conto di terzi. La Grande Sezione ha, infatti, affermato che se Amazon, quale gestore di un sito internet di vendita *online* "ibrido" che presenta nella propria comunicazione commerciale - in pari modo e con il proprio noto logo - sia gli annunci commerciali di prodotti che vende in nome e per conto proprio sia gli annunci di venditori terzi che si avvalgono dei suoi servizi tanto da far intendere ad un «utente normalmente informato e ragionevolmente attento» che vi sia un nesso tra i servizi di tale gestore e la vendita di un prodotto che presenta un segno contraffatto identico a un marchio UE, dando inoltre l'impressione che sia il medesimo gestore a commercializzarlo e consigliarlo, allora tale gestore è direttamente responsabile dell'uso non autorizzato del marchio[20].

A parere di chi scrive, però, questa pronuncia della Corte di Giustizia non pare poi discostarsi molto da quanto sostenuto nelle sue precedenti decisioni, dato che considera il *market-plac*e non tanto come *Internet Service Provider* quanto piuttosto quale "contraffattore", da cui discende una responsabilità diretta. Semmai, ciò che differisce rispetto al passato è il 'punto di vista' da cui si osserva l'attività posta in essere dal gestore, prendendo come riferimento il momento in cui viene data la comunicazione commerciale, con la conseguenza che esso non sarebbe più - o "solo" - responsabile per non aver rimosso l'annuncio di un prodotto contraffatto, ma sarebbe lui stesso il contraffattore per aver fatto un uso non autorizzato del marchio.

Sì che la questione circa la responsabilità dell'intermediario per gli illeciti di altri permane.

VI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Le osservazioni sin qui condotte ci consentono di poter effettuare alcune considerazioni conclusive in tema di responsabilità dell'*Internet Service Provider* nella vendita *online* di prodotti contraffatti e, più in generale, sui tradizionali meccanismi

19 Ritiene, invece, di doversi concentrarsi sull'interpretazione di «uso nel commercio» di un «segno identico al marchio UE […] usato in relazione a prodotti e servizi identici ai prodotti o ai servizi per i quali il marchio UE è stato registrato», potendo il titolare vietare «l'offerta, l'immissione in commercio o lo stoccaggio dei prodotti a tali fini oppure l'offerta o la fornitura di servizi sotto la copertura del segno» e «l'uso del segno nella corrispondenza commerciale o nella pubblicità» ai sensi dell'art. 9, commi 2 e 3, del Reg. UE 2017/1001.

20 In questi termini la decisione in esame.

della responsabilità civile. È evidente, infatti, che la problematica relativa alla sussistenza, o meno, di una responsabilità per fatto illecito di un operatore di una piattaforma che utilizza una strategia commerciale "ibrida" per vendere merci che violano il 'marchio' implichi - inevitabilmente - il rinvio alla classica disciplina in materia di responsabilità aquiliana.

E difatti, è stata proprio l'inadeguatezza degli istituti codicistici a risolvere i problemi giuridici posti dall'incessante progresso tecnologico che ha richiesto l'elaborazione di nuove normative di carattere speciale e settoriale, che però - come si è cercato di evidenziare anche dall'analisi giurisprudenziale - mostrano i segni della propria inevitabile e rapida «obsolescenza»[21]. E se così è, allora viene da chiedersi se non sarebbe forse opportuno rileggere o, meglio, interpretare le norme sulla responsabilità civile in un'ottica diversa secondo gli insegnamenti della più attenta dottrina[22].

Naturalmente l'illecito posto in essere direttamente dall'*Internet Service Provider* nei casi nei quali esso stesso tenga una condotta qualificabile come «fatto illecito» ai sensi dell'art. 2043 c.c. non pone particolari problemi in quanto troverà applicazione la normativa generale in tema di responsabilità aquiliana.

Problemi rilevanti, invece, si pongono allorquando il *provider* è chiamato a rispondere dell'illecito posto in essere da altri dovendosi dirimere la questione se sia possibile, o meno, ravvisare una sua responsabilità, concorrente o esclusiva.

Certamente, riconoscere una responsabilità diretta in capo all'intermediario che gestisce una piattaforma di vendita *online* a fronte della vendita, attraverso di essa, di prodotti contraffatti è facilmente comprensibile dal punto di vista del titolare di un marchio che sia stato leso su detta piattaforma e ciò anche in considerazione della difficoltà di 'localizzare' il venditore del prodotto falsificato. Così, come sembrerebbe altrettanto evidente che l'intermediario, dal canto suo, avendo il controllo della propria piattaforma, come può rendere tecnicamente possibile una siffatta violazione da parte di un terzo, ben può - o potrebbe - facilmente porre fine a siffatta infrazione.

21 Sul punto v. Picariello, G.: "La responsabilità dell'Internet Service Provider nell'alveo della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette", cit., p. 1926 ss. il quale osserva che «[è] la dura sorte del diritto nell'era digitale: rincorrere invano la realtà telematica, consapevole del suo irrefrenabile dinamismo e perenne divenire ontologico».

22 Si allude agli insegnamenti di Perlingieri, P.: *Appunti di teoria dell'interpretazione*, Tipografia dell'Università, Camerino, 1970, *passim*; Id.: "L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi", *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.; Id.: "Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente", *ivi*, 2005, p. 188 ss.; Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. II. *Fonti e interpretazione*, 4ª ed. riscritta e ampliata, Esi, Napoli, 2020.

Ma, dovendo necessariamente trovare un appiglio normativo, quale norma della disciplina della responsabilità da fatto illecito potrebbe risultare applicabile nello specifico?

Ebbene, a parere di chi scrive, una soluzione che tenga in debita considerazione tutti gli interessi coinvolti - ovvero i diritti dei proprietari dei marchi di avere la massima tutela dei loro prodotti, i diritti dei consumatori di essere tutelati nel loro acquisto, i diritti dei venditori di commerciare prodotti e di promuoverne l'acquisto senza ledere i diritti relativi all'uso del marchio - potrebbe essere quella di utilizzare la disciplina di cui all'art. 2050 c.c. relativa alla responsabilità per l'esercizio di attività pericolose, sulla falsa riga di quanto avvenuto in materia di protezione dei dati personali e, più precisamente, con riferimento al trattamento irrispettoso di tali dati[23].

Difatti, quanto all'individuazione di quali siano le attività pericolose cui fa riferimento l'art. 2050 c.c., la giurisprudenza - praticamente unanime - ritiene che siano tali non soltanto quelle classificate in tal modo dalla normativa vigente ma, più in generale, anche quelle che, per la loro stessa natura o per le caratteristiche dei mezzi adoperati, comportino la «rilevante probabilità» del verificarsi di un danno per la loro «spiccata potenzialità offensiva»[24], sì che la disciplina della responsabilità per esercizio di attività pericolose può considerarsi a «struttura aperta»[25].

23 Ai sensi dell'art. 15 d.lg. 30 giugno 2003, n. 196 (oggi abrogato a seguito del recepimento del GDPR), infatti, «[c]hiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile», sì che mediante l'esplicito richiamo dell'art. 2050 c.c., le operazioni di trattamento dei dati personali venivano qualificate alla stregua di un'attività pericolosa. L'attuale assetto normativo omette di citare l'art. 2050 c.c., escludendo in tal modo che il trattamento dei dati possa essere considerato alla stregua di una attività pericolosa, ma non può non osservarsi come le attuali disposizioni adottano una nozione di "dato personale" molto ampia e richiedono che il responsabile del trattamento sia sempre tenuto al risarcimento dei danni derivanti dalla violazione delle regole sul corretto utilizzo degli stessi, a meno che non dimostri che "l'evento dannoso non è in alcun modo (a lui) imputabile". Per un approfondimento, Baldassarre, C.: "Protezione dei dati personali ed art. 2050 c.c.", *Danno resp*., 2013, p. 401 ss.; Barra Caracciolo, F.: "La tutela della personalità in Internet", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, p. 201 ss.; Barbierato, D.: "Trattamento dei dati personali e «nuova» responsabilità civile", *Resp. civ. prev*., 2019, p. 2951 ss.; Renna, M: "Sicurezza e gestione del rischio nel trattamento dei dati personali", *ivi*, 2020, p. 1343 ss.; Albergati, M.C.: "La responsabilità di Google per illecito trattamento di dati personali", *Danno resp*., 2022, p. 724 ss.
In giurisprudenza, v. Trib. Bari, 23 luglio 2010 in *Leggi d'Italia online*; Cass., 10 marzo 2006, n. 5254, *ivi*; Cass., 23 maggio 2016, n. 10638, *ivi*; Cass., 25 gennaio 2017, n. 1931, *ivi*, ove precisa che «i danni cagionato per effetto del trattamento dei dati personali in base all'art. 15, D.Lgs. n. 196 del 2003, sono assoggettati alla disciplina di cui all'art. 2050 c.c., con la conseguenza che il danneggiato è tenuto solo a provare il danno e il nesso di causalità con l'attività di trattamento dei dati, mentre spetta al convenuto la prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno»; Cass., 26 novembre 2020, n. 26916, in *Giur. comm*., 2022, p. 438, con nota di Cirelli S.: "Utilizzo non autorizzato dello strumento di pagamento e responsabilità della banca".

24 Tra le tante, v. Cass., 19 luglio 2018, n. 19180, in *Foro it*., 2018, I, c. 3969. Più risalente, Cass., 27 luglio 1990, n. 7571, in *Arc. civ*., 1991, p. 46. Sulla questione, Cass., 20 maggio 2015, n. 10268, in *Leggi d'Italia online*, precisa inoltre che «la valutazione in concreto se un'attività, non espressamente qualificata pericolosa da una disposizione di legge, possa essere considerata tale per la sua natura o la spiccata potenzialità offensiva dei mezzi adoperati, implica un accertamento di fatto secondo il criterio della prognosi postuma, in base alle circostanze esistenti al momento dell'esercizio dell'attività, rimesso in via esclusiva al giudice di merito, la cui valutazione è insindacabile in sede di legittimità ove correttamente e logicamente motivata».

25 In questi termini Perlingieri, P., D'Amico, P. e Malomo, A.: "Responsabilità per esercizio di attività pericolosa", in, *Manuale di diritto civile* di P. Perlingieri, Esi, Napoli, 10ª ed., 2022, p. 897.

Inoltre, la giurisprudenza è oramai orientata a riconoscere a tale disposizione una presunzione assoluta di colpa e a farla rientrare nelle ipotesi di c.d. responsabilità oggettiva[26]. Così, ad esempio, la Corte di Cassazione con una ordinanza del 2017[27] ha stabilito che l'esercente risponde dei danni derivanti dal suo svolgimento, a nulla valendo che il danneggiato sia un terzo piuttosto che un proprio incaricato e - soprattutto - che i mezzi o le opere fonte di danno siano di proprietà di terzi. E nello stesso senso, anche la giurisprudenza di merito la quale ritiene che la presunzione di responsabilità a carico dell'agente, a fronte della responsabilità oggettiva di cui art. 2050 c.c., «non viene meno con la sola prova della piena osservanza della normativa in tema»[28].

Aderire a questa impostazione comporterebbe, infatti, in capo al danneggiato il beneficio una tutela intensificata e, al contempo, consentirebbe un corretto funzionamento dell'*e-commerce* nel suo complesso.

26 Così, *ex multis*, Cass., 4 maggio 2004, n. 8457, in *Foro it*., 2004, c. 2378; Cass., 17 dicembre 2009, n. 26516, in *Giust. civ. Mass*., 2009, p. 1704; Cass., 14 maggio 2013, n. 11575, in *Guida al diritto*, 2013, n. 33, p. 57 ss.
In dottrina, Comporti, M.: *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive, Artt. 2049-2053*, in, *Commentario al Codice civile* diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2009; Franzoni, M.: *L'illecito*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 391 ss.; Id., "Stefano Rodotà e gli studi sulla responsabilità civile", *Riv. trim*., 2018, p. 653 ss.; Id., *Fatti illeciti*, Zanichelli, Bologna, 2ª ed., 2020, p. 380 ss.; Trimarchi, P.: *Istituzioni di Diritto privato*, Giuffrè, Milano, 12ª ed., 2018, p. 138, secondo il quale «la norma dispone una responsabilità per qualsiasi danno oggettivamente evitabile allo stato attuale della tecnica». In termini di responsabilità oggettiva anche De Marini, D.: *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Cedam, Padova, 1983, p. 232, che rileva: "la *ratio* dell'art. 2050 è parallela e coerente a quella a quella degli artt. 2051 e 2052 […] si ha una responsabilità incolpevole per fatto non proprio. Si veda altresì Belli, G.: "La responsabilità oggettiva", Resp. civ., 2011, p. 373 ss.
Diversamente, Bianca, C.M.: *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 3ª ed., 2021, p. 683, la definisce una «responsabilità aggravata per colpa presunta». In posizione critica nei confronti dell'applicazione della responsabilità oggettiva del provider, Bellan, A.: "Per una reasonable liability: critiche alla responsabilità oggettiva dei provider e tutela dei diritti su internet", *Dir. ind*., 2012, p. 243 ss.

27 Cass., (ord.) 5 luglio 2017, n. 16637, in *Leggi d'Italia online*. In dottrina sulla pericolosità dovuta a comportamenti tenuti da terzi v., Mirabile, G.: "Le tendenze evolutive della giurisprudenza riguardo alla nozione di attività pericolosa", *Resp. civ. prev*., 2018, p. 454 ss.

28 Cfr, tra le più recenti, App. Firenze, 7 giugno 2016, in *Leggi d'Italia on line*, secondo cui «l'art. 2050 c.c. da norma sulla semplice presunzione di colpa similmente all'art. 1218 c.c. è divenuta norma su responsabilità oggettiva: essa pertanto sussiste sulla base del solo nesso di causalità, a prescindere da qualsiasi rimprovero in termini di colpa che possa essere mosso all'esercente l'attività stessa»; Trib. Reggio Calabria, 24 gennaio 2018, *ivi*; Trib. Siracusa, 4 febbraio 2019, n. 200, in *DeJure on line*; Trib. Ascoli Piceno, 18 maggio 2018; Trib. Benevento, 5 febbraio 2021, tutte in *Leggi d'Italia on line*.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Commercio elettronico* (a cura di C. ROSSELLO, G. FINOCCHIARIO e E. TOSI), Giappichelli, Torino, 2007.

AA.VV.: *Commercio elettronico e categorie civilistiche* (a cura di S. SICA e P. STANZIONE), Giuffré, Milano, 2002.

AA.VV.: *Commercio elettronico e tutela del consumatore* (a cura di G. CASSANO), Esi, Napoli, 2003.

ALBERGATI, M.C.: "La responsabilità di Google per illecito trattamento di dati personali", *Danno resp.*, 2022, p. 724 ss.

ASTONE, M.A.: "Digital Service Act e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?", *Contr. impr.*, 2022, p. 1050 ss.

BACIUCCO, L.: sub "Art. 1, d.lg. 9 aprile 2003, n. 70, in, *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di E. CAPOBIANCO, L. MEZZASOMA e G. PERLINGIERI), Esi, Napoli, 2ª ed., 2018, p. 869 ss.

BALDASSARRE, C.: "Protezione dei dati personali ed art. 2050 c.c.", *Danno resp.*, 2013, p. 401 ss.

BARBIERATO, D.: "Trattamento dei dati personali e «nuova» responsabilità civile", *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 2951 ss.

BARRA CARACCIOLO, F.: "La tutela della personalità in Internet", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, p. 201 ss.

BATTELLI, E.: "I contratti del commercio online", in, *Diritti e tutele dei consumatori* (a cura di G. RECINTO, L. MEZZASOMA e S. CHERTI), Esi, Napoli, 2014, p. 387 ss.

BATTELLI, E.: "Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione on line delle clausole vessatorie", *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1035 ss.

BELLAN, A.: "Per una reasonable liability: critiche alla responsabilità oggettiva dei provider e tutela dei diritti su internet", *Dir. ind.*, 2012, p. 243 ss.

BERNARDI, G.: "Attuazione della Direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico nel mercato interno", *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, p. 1267 ss.

Bianca, C.M.: *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 3ª ed., 2021

Bocchini, F.: "Responsabilità dell'hosting provider - La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti", *Giur. it*., 2017, p. 629 ss.

Bocchini, F.: *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Esi, Napoli, 2003.

Bravo, F.: voce "Commercio elettronico", *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, p. 253 ss.

Bugiolacchi, L.: "(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet provider (ovvero del difficile rapporto tra assenza di obblighi di controllo e conoscenza dell'illecito)", *Resp. civ. prev*., 2010, p. 1568 ss.

Bugiolacchi, L.: "Ascesa e declino della figura del 'provider' 'attivo'? Riflessioni in tema di fondamento e limiti del regime privilegiato di responsabilità dell''hosting provider'", *Resp. civ. prev*., 2015, p. 1261 ss.

Bugiolacchi, L.: "La responsabilità dell''host provider' alla luce del d.lg. 70/2003: esegesi di una disciplina 'dimezzata'", *Resp. civ. prev*., 2005, p. 188 ss.

Cassano, G. e Cimino, I.P.: "Brevi considerazioni a margine della prima relazione della Commissione UE in merito all'applicazione della Direttiva n. 31/2000: ancora in tema di responsabilità extracontrattuale dei providers nel diritto interno e comunitario", *Giur. it*., 2004, p. 2226 ss.

Cassano, G. e Tassone, B.: "Responsabilità dell'Internet 'service provider', diritti di proprietà intellettuale e danni punitivi", *Foro it*., 2022, c. 2840 ss.

Cirelli S.: "Utilizzo non autorizzato dello strumento di pagamento e responsabilità della banca", *Giur. comm*., 2022, p. 438 ss.

Cocuccio, M., "La responsabilità civile per fatto illecito dell'Internet Service Provider", *Resp. civ. prev*., 2015, p. 1312 ss.

Comandè, G.: "Al via l'attuazione della direttiva sul commercio elettronico, ma… serve un maggiore coordinamento", *Danno resp*., 2003, p. 809 ss.

Comporti, M.: *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive, Artt. 2049-2053*, in, *Commentario al Codice civile* diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2009.

Costacurta, G.: "Il commercio elettronico. Parte prima. La conclusione del contratto in internet", in, *Le vendite speciali* (a cura di G. Sicchiero), Cedam, Padova, 2009, p. 309 ss.

D'Arrigo, R.: "La responsabilità degli intermediari nella nuova disciplina del commercio elettronico", *Danno resp.*, 2004, p. 248 ss.

De Cristofaro, G. e Di Lernia, M.: "Marketplace: uso del marchio altrui nello stoccaggio di beni contraffatti", *ilsocietario.it*.

De Marini, D.: *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Cedam, Padova, 1983.

De Michelis, C.A.: "Il 'Digital Services Act': i nuovi obblighi volti a migliorare la lotta alla contraffazione ed i temi aperti", *Dir. ind.*, 2022, p. 171 ss.

Del Ninno, A.: "La nuova disciplina italiana del commercio elettronico: analisi del decreto legislativo 9.4.2003, n. 70 recante attuazione della Direttiva 2000/31/CE", *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2003, p. 29 ss.

Delfini, F.: "Il D.lgs. 70/2003 di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico. Commento", *Contratti*, 2003, p. 612 ss.

Delfini, F.: "La responsabilità dei prestatori intermediari nella direttiva 2000/31/CE e nel d.lg. 70/2003", *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 55 ss.

Delfini, F.: *Contratto telematico e commercio elettronico*, Giuffré, Milano, 2002.

Fanelli, M.G.: "Commercio elettronico nel mercato unico: i chiarimenti della Corte di Giustizia sulla legge applicabile ai contratti conclusi 'on line' con i consumatori e le recenti proposte della Commissione", *Contr. impr./Eur.*, 2016, p. 788 ss.

Favale, R.: "La conclusione del contratto telematico", *Giur. merito*, 2013, p. 2553 ss.

Finocchiaro, G.: "La conclusione del contratto telematico mediante i 'software agents': un falso problema?", *Contr. impr.*, 2002, p. 500 ss.

Follieri, L.: *Il contratto concluso in internet*, Esi, Napoli, 2005.

Franzoni, M.: *Fatti illeciti*, Zanichelli, Bologna, 2ª ed., 2020, p. 380 ss.

Franzoni, M.: *L'illecito*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 391 ss.

Franzoni, M.: "Stefano Rodotà e gli studi sulla responsabilità civile", *Riv. trim.*, 2018, p. 653 ss.

Gambini, M.: "La responsabilità dell'Internet Service Provider approda al vaglio della Cassazione", *Corr. giur.*, 2020, p. 177 ss.

Gambino, A.M.: *L'accordo telematico*, Giuffrè, Milano, 1997.

Giova, S.: *La conclusione del contratto via Internet*, Esi, Napoli, 2000.

Greco, A.: "Il d.l.vo 2003 n. 70, attuativo della direttiva 2000, n. 31 CE sul commercio elettronico, non modifica il procedimento di formazione del contratto telematico", *Arch. civ.*, 2003, p. 1129 ss.

Ingrassia, A.: "La decisione d'Appello nel caso 'Google vs Vivi Down': assolti i maneger, ripensato il ruolo del 'provider' in rete", *Corr. merito*, 2013, p. 768 ss.

Lehmann, M. e De Franceschi, A.: "Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori", *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 419 ss.

Leocani, G.: "La Direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi", *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 615 ss.

Lisi, A.: "L'impresa on line ed il commercio elettronico", in, *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche* di G. Cassano e I.P. Cimino, Padova, 2009.

Marconi, A.L.: "La legge modello UNCITRAL, sul commercio elettronico", *Dir. comm. int.*, 1997, p. 137 ss.

Marini, G.: "Profili giuridici del commercio elettronico nel diritto internazionale e comunitario", *Dir. comm. int.*, 2000, p. 329 ss.

Mazzarella, M.: "La responsabilità degli 'hosting provider' sulle piattaforme digitali", *Gior. dir. amm.*, 2022, p. 396 ss.

Mirabile, G.: "Le tendenze evolutive della giurisprudenza riguardo alla nozione di attività pericolosa", *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 454 ss.

Mollo, F.: "La responsabilità del 'provider', alla luce del 'Digital Service Act', *Contr. impr./Eur.*, 2022, 173 ss.

Nazzaro, A.C.: "Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico", *Inf. dir.*, 2010, p. 7 ss.

NORDEMANN, J.B.: "Liability of Social Networks for IP Infringements (Latest News): The UE Law Regime after L'Oréal/eBay", *AIDA*, 2011, p. 499 ss.

NOVELLI, C.: "Il social giudizioso. La giurisprudenza italiana sulla responsabilità civile degli Internet Service Providers", *Riv. it. inf. dir.*, 2019, p. 97 ss.

PANNETTA, R.: "Il ruolo dell'Internet Service Provider e i profili di responsabilità civile", *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 1017 ss.

PENNASILICO, M.: "La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2004, p. 805 ss.

PERLINGIERI, G. e LAZZARELLI, F.: "Il contratto telematico", in, *Manuale di diritto dell'informatica* (a cura di D. VALENTINO), Esi, Napoli, 3ª ed., 2016, p. 269 ss.

PERLINGIERI, P., D'AMICO, P. e MALOMO, A.: "Responsabilità per esercizio di attività pericolosa", in, *Manuale di diritto civile* di P. PERLINGIERI, Esi, Napoli, 10ª ed., 2022, p. 897 ss.

PERLINGIERI, P.: "Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente", *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss.

PERLINGIERI, P.: "L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi", *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.

PERLINGIERI, P.: *Appunti di teoria dell'interpretazione*, Tipografia dell'Università, Camerino, 1970.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. II. *Fonti e interpretazione*, 4ª ed. riscritta e ampliata, Esi, Napoli, 2020.

PICARIELLO, G.: "La responsabilità dell'Internet Service Provider nell'alveo della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1926 ss.

PIGNALOSA, M.P.: *Il consumatore calcolante: contributo allo studio del contratto telematico*, Esi, Napoli, 2020.

PIRAINO, F.: "Il commercio elettronico", in, *Questiono attuali in tema di commercio elettronico* (a cura di T. PASQUINO, A. RIZZO e M. TESCARO), Esi, Napoli, 2020, p. 7 ss.

PIZZIRUSSO, G.: "L'e-commerce ed il contratto telematico", *Arc. civ.*, 2002, p. 413 ss.

Renna, M: "Sicurezza e gestione del rischio nel trattamento dei dati personali", *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1343 ss.

Ricciuto, V.: "La formazione del contratto telematico e la tutela del consumatore", in, *Il contratto telematico e i pagamenti elettronici. L'esperienza italiana e spagnola a confronto* (a cura di V. Ricciuto), Giuffrè, Milano, 2004, p. 5 ss.

Rossello, C.: *Commercio elettronico. La* governance *di Internet tra diritto statuale, autodisciplina,* soft law e lex mercatoria, Giuffré, Milano, 2006.

Ruggeri, L.: "Mercato telematico ed autonomia privata: un nuovo ruolo per la 'lex mercatond'", *Rass. dir. civ.*, 2002.

Santosuosso, G.: *Il codice Internet e del commercio elettronico: aspetti giuridici di rilevanza civilistica*, Cedam, Padova, 2001.

Sardini, A.: "La 'product liability' e il commercio elettronico", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021, p. 81 ss.

Sbordone, F.: "La legge applicabile ai contratti conclusi per via telematica", in, *Manuale di diritto dell'informatica* (a cura di D. Valentino), Esi, Napoli, 3ª ed., 2011, p. 31 ss.

Scola, S.: "'Digital Services Act': occasioni mancate e prospettive future nella recente proposta di regolamento europeo per il mercato unico dei servizi digitali", *Contr. impr./Eur.*, 2022, p. 127 ss.

Sica, S.: "Recepita la direttiva sul commercio elettronico: commento al d.lgs. 70/03", *Corr. giur.*, 2003, p. 1248 ss.

Simoni, M.: "La responsabilità degli hosting provider quali prestatori 'automatici, tecnici e passivi' della società dell'informazione", *Dir. fall.*, 2017, p. 455 ss.

Spedicato, G.: "Postille in tema di responsabilità extracontrattuale del provider alla luce del recente decreto n. 70/2003", *Ciberspazio e Diritto*, 2002, p. 155 ss.

Tescaro, M.: "Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell''internet provider'", *Giur. merito*, 2013, p. 2584 ss.

Tosi, E.: "Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli 'hosting provider' - passivi e attivi - tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, 'social network' e aggregatori di contenuti", *Riv. dir. ind.*, 2017, p. 75 ss.

TRIMARCHI, P.: *Istituzioni di Diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2018, 12ª ed.,

TRIPODI, E.M.: "Alcuni interrogativi sul d.lgs. n. 70/2003 di recepimento della direttiva sul commercio elettronico", *Corr. giur.*, 2004, p. 829 ss.

TRIPODI, E.M.: "Il regolamento comunitario sul 'Digital Serivices Act' (Legge sui servizi digitali). Verso la revisione della disciplina del commercio elettronico, *Disc. comm. serv.*, 2022, p. 34 ss.

TRIPODI, E.M.: "Le tendenze della distribuzione commerciale: lo stresso legame con l'innovazione digitale", *Disciplina del commercio e dei servizi*, 2015, p. 17 ss.

VETRUCCI, G.: "Contratti online e profili sulla conclusione del contratto", *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2021, n. 10, p. 1 ss.

VISENTIN, E.: "Il caso Coty contro Amazon: lo stoccaccio e l'uso del marchio", *Giur. it.*, 2021, p. 1387 ss.

ZENO ZENCOVICH, V.: "La tutela del consumatore nel commercio elettronico", *Dir. inf.*, 2000, p. 447 ss.

ZENO ZENCOVICH, V.: "Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal D.Lgs. 70/03", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, p. 505 ss.

ZINCONE, A.: "'Hosting attivo' e violazione del 'copyright': cosa cambia nella responsabilità dell''Internet provider'", *Dir. aut.*, 2012, p. 149 ss.

ARGOMENTAZIONI A SOSTEGNO DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI VEICOLI A GUIDA AUTONOMA

ARGUMENTS IN SUPPORT OF THE LIABILITY OF AUTONOMOUS VEHICLES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1052-1071

Emanuela MAIO

ARTICOLO CONSEGNATO: 8 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il contributo affronta la quaestio iuris della responsabilità civile dei veicoli a guida autonoma nel contesto normativo italo-europeo. L'autrice dopo aver ricostruito il quadro normativo attuale, prospetta le diverse ipotesi che si possono presentare in caso di incidente causato da un veicolo a guida autonoma e fornisce le soluzioni corrispondenti, le quali però non rispondono all'esigenza di una tutela piena del soggetto danneggiato, per cui propone una diversa interpretazione del fenomeno attraverso il metodo dell'*analogia iuris*, grazie al quale sarà possibile il riconoscimento di una personalità giuridica in capo ai veicoli a guida autonoma, non come surrogato della persona fisica, ma seguendo gli stessi principi che hanno portato a tale risultato per gli enti privati.

PAROLE CHIAVE: IA; veicoli a guida autonoma; responsabilità civile.

ABSTRACT: *The essay addresses the quaestio iuris of the civil liability of self-driving vehicles in the Italian-European regulatory context. After reconstructing the current regulatory framework, the author outlines the various hypotheses that may arise in the event of an accident caused by an autonomous driving vehicle and provides the corresponding solutions, which, however, do not meet the need for full protection of the injured party, for which she proposes a different interpretation of the phenomenon through the method of analogia iuris, thanks to which it will be possible to recognise a legal personality for autonomous driving vehicles, not as a surrogate for the natural person, but following the same principles that have led to this result for private entities.*

KEY WORDS: *AI; Autonomous vehicle; civil liability.*

SOMMARIO.- I. LA *QUAESTIO IURIS* E L'ATTUALE ASSETTO NORMATIVO. - II. IPOTESI E PROFILI DI RESPONSABILITÁ. - III. L'APPLICAZIONE DEL METODO DELL'*ANALOGIA IURIS* PER UNA PROPOSTA DI SOLUZIONE UNITARIA.

I. LA *QUAESTIO IURIS* E L'ATTUALE ASSETTO NORMATIVO.

Il presente contributo sul rapporto tra responsabilità civile e i veicoli a guida autonoma[1] richiede una premessa necessaria, in quanto non si tratta di uno studio generale in tema di responsabilità[2], ma della sua applicazione in un settore specifico: l'automotive.

La rapida evoluzione tecnologica in tale settore sta destando sempre più interesse a livello scientifico, sociale e politico-economico, di conseguenza si presenta come un fenomeno giuridicamente rilevante, che necessita di essere regolamentato. Infatti, la risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020, con raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale, suggerisce per l'appunto la responsabilità civile quale strumento giuridico di tutela più idoneo.

L'Unione europea non fornisce però un regolamento *ad hoc* sul punto e rinvia ai singoli Stati membri il compito di provvedere a tale vuoto normativo[3], adeguando il regime giuridico della responsabilità civile già esistente, né la recente proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio sull'adeguamento delle norme sulla responsabilità civile extracontrattuale dell'intelligenza artificiale (Direttiva sulla responsabilità dell'IA), 28 settembre 2022, COM(2022) 496 fornisce un quadro completo di tutela rispetto alle diverse ipotesi che possono verificarsi, limitandosi a prevedere una responsabilità oggettiva, con presunzione del nesso di causalità (art. 4), laddove si rientri in attività a basso rischio (art. 4 n. 5)[4]. C'è da dire che a livello europeo lo stato dell'arte è ancora fermo a formulare ipotesi di strumenti

1 Amplius Maio, E.: *Civil Liability and Autonomous Vehicles*, ESI, Napoli, 2022.

2 Per una ricostruzione storica dell'istituto giuridico della responsabilità civile da fatto illecito: Bianca, M.: *La responsabilità*, in *Tratt. dir. civ.*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 726, Monateri, P. G.: *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Utet, Torino, 1998, 22.; Franzoni, M.: *L'illecito*, in *Tratt. resp. civ.*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 506; Galgano F.: *Tratt. dir. civ.*, Cedam, Padova, 2014, vol. 3, p. 199 ss. Tra i numerosi lavori sulla responsabilità civile, vedi anche Visintini, G.: *Fatti illeciti: Fondamenti e nuovi sviluppi della responsabilità civile*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019 e Villa, G.: "Il tort of negligence nel sistema inglese dei fatti illeciti", *Contr.Impr.*, 1, 2011, p. 273.

3 Vedi Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale, sezione C (2020/2014(INL)) in *europarl. europa.eu.*: «[…] l'ordinamento giuridico di uno Stato membro può adeguare le proprie norme in materia di responsabilità per alcuni soggetti o rendere più oggettive per alcune attività […]».

4 *www.eur-lex-europa.eu.*

• Emanuela Maio
Ricercatore a tempo determinato di tipo A
emanuela.maio@unipr.it

normativi a favore di una tutela giuridica armonizzata per quanto riguarda gli autoveicoli a guida autonoma, ma sostanzialmente la questione è rimessa all'assetto normativo di ogni Stato membro.

Il riconoscimento di una responsabilità civile nell'ordinamento giuridico italiano, laddove si verifichi un illecito causato da un veicolo a guida autonoma a danno di terzi, fa sorgere il dubbio sull'attribuzione della medesima, che non può essere risolto prescindendo dalla costruzione[5] propria del fatto illecito. Com'è noto, l'illecito aquiliano è composto da un elemento soggettivo e un elemento oggettivo, che corrispondono rispettivamente alla condotta e all'evento, collegati tra di loro dal nesso di causalità, mentre il risarcimento del danno conseguente è giustificato dalla cd. causalità giuridica che lo lega all'intero fatto illecito[6]. In tal modo, la struttura della responsabilità aquiliana risponde al principio generale di personalità della responsabilità, per cui nell'ordinamento italiano i casi di responsabilità oggettiva[7] sono esclusivamente quelli previsti dal legislatore e costituiscono un'eccezione al regime giuridico generale della responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c.

Tutto ciò premesso, si discute ora se la responsabilità civile italiana corrisponda all'idea di responsabilità civile della Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 su «un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale» e della proposta di Direttiva sulla «responsabilità dell'IA» per quanto riguarda i veicoli autonomi del 28 settembre 2022.

Prima di analizzare i possibili profili di responsabilità, occorre distinguere tra i vari livelli di autonomia e fin da ora è importante sottolineare che in Italia solo da luglio 2022, con l'entrata in vigore della riformata Convenzione di Vienna, sono stati autorizzati i veicoli con automazione di livello 3, per cui attualmente non circolano macchine totalmente automatizzate[8].

La *Society of Automotive Engineers*[9] (SAE) definisce cinque livelli di automazione, dei quali i primi due non sono rilevanti, perché il conducente ha ancora il pieno controllo del veicolo, mentre la questione diventa più complessa all'aumentare del

5 Ratti, M.: "Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo", *Contr. Impr.*, f. 3, 2020, p. 1179.

6 Per una ricostruzione della responsabilità civile nel sistema giuridico italiano si rinvia a Geri, V.: "Il rapporto di causalità in diritto civile", *Resp. Civ. Prev.*, 1983, n. 3 – 4, p. 338 ss.; Valcavi, G.: "Intorno al rapporto di causalità nel torto civile", *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1995, II, p. 481 ss.; Taruffo, M.: "La prova del nesso causale", *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2006, I, p. 101 ss.

7 Comporti, M.: *Fatti illeciti: responsabilità oggettive*, in *Cod. civ. Comm*. Schlesinger, continuato da Busnelli, Giuffrè, Milano, 2013, p. 210.

8 Secondo Ruffolo, U., Al Mureden, E.: "Autonomous vehicles e responsabilità nel nostro sistema ed in quello statunitense", *Giur.it*, 2019, p. 1709: «la diffusione dell'automobile "che si guida da sola" attraverserà due fasi: quella già attuale, con veicoli selfdriving a bordo dei quali il guidatore deve rimanere vigile anche quando inerte; quella successiva, ma il cui avvento si attende tra non meno di qualche decennio, nella quale l'auto diventerà driverless, priva di comandi manuali, e solo ad essa sarà riservata la circolazione […]».

9 Vedi *www.sae.org*.

livello di automazione della macchina. È ragionevole quindi affermare che, a livelli più elevati di automazione, in caso di incidente, la responsabilità ricada sul produttore (o sull'operatore), poiché in queste ipotesi non è necessario l'intervento umano; mentre ancora non è chiaro chi sia il responsabile quando il fatto illecito non rientra nella responsabilità del produttore o dell'operatore e si è fuori dalle attività a basso rischio, come previsto dalla nuova proposta di direttiva prima richiamata.

II. IPOTESI E PROFILI DI RESPONSABILITÁ.

Il Codice Civile italiano contiene un articolo specifico sulla «circolazione dei veicoli», collegato alla Legge 24 dicembre 1969, n. 990, «Assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti» e al Decreto Legislativo 30 aprile 1992, n. 285, ovvero il «Nuovo codice della strada», per cui sembra esclusa qualsiasi disciplina normativa per i veicoli a guida autonoma, in armonia con quanto previsto dalla Convenzione di Vienna del 1968 (prima delle novità introdotte a luglio 2022), che rende obbligatorio per ogni veicolo in movimento la presenza di un conducente che deve avere il pieno controllo della guida. Il conducente dell'auto può lasciare lo sterzo solo a determinate condizioni, ma deve sorvegliarlo in ogni momento e deve essere in grado di riprenderne rapidamente il controllo (il regolamento UN/ECE R79 contiene le stesse specifiche[10]).

È chiaro che finora la responsabilità civile negli incidenti automobilistici è stata legata principalmente all'azione umana, ad esempio l'articolo 2054 del codice civile, comma 1, relativo alla «circolazione dei veicoli», identifica chiaramente la responsabilità, prevedendo che: «il conducente di veicolo diverso da quello circolante su rotaie è tenuto a risarcire i danni a persone o cose causati dal veicolo. [...]». Purtroppo, però, le auto a guida autonoma non sembrano rientrare nell'articolo 2054 del codice civile e finora nell'ordinamento italiano non sono state accolte proposte per una nuova regolamentazione; benché la Convenzione di Vienna preveda al nuovo art. 34-*bis* che «il requisito secondo cui ogni veicolo o combinazione di veicoli in movimento deve avere un conducente è considerato soddisfatto quando il veicolo utilizza un sistema di guida automatica». Questo potrebbe significare che non esiste attualmente nell'ordinamento italiano una tutela giuridica contro gli incidenti causati dai veicoli autonomi, perché non sono

10 Sul tema Ferrari, I.: *Analisi comparata in tema di responsabilità civile legata alla circolazione dei veicoli a guida autonoma*, in AA.VV.: *Smart Roads e driverless cars: tra diritto, tecnologie, etica pubblica* (a cura di S. Scagliarini), Giappichelli, Torino, 2019, p. 99; Di Rosa, A.: *Il legal framework internazionale ed europeo*, in AA.VV.: *Smart Roads e driverless cars: tra diritto, tecnologie, etica pubblica*, (a cura di S. Scagliarini), Giappichelli, Torino, 2019, p. 65.

coperti né dalla responsabilità civile né dalla responsabilità oggettiva, quest'ultima possibile solo se espressamente prevista per legge[11].

L'attenzione non si focalizza più sulla persona fisica autrice del fatto, finora individuata dal codice civile, bensì su un soggetto terzo. La responsabilità potrebbe infatti essere spostata dal conducente al produttore del veicolo a guida autonoma, applicando così il codice del consumo in armonia con la risoluzione del Parlamento europeo su «un regime di responsabilità per l'intelligenza artificiale», la quale afferma che le attuali leggi nazionali in materia di responsabilità sono sufficienti a fornire un'equa protezione. La risoluzione del Parlamento europeo richiama la direttiva 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[12]. La questione principale è se la direttiva 85/374/CEE sui prodotti difettosi possa o meno essere applicata in Italia alla responsabilità del produttore, introdotta negli articoli da 114 a 127 del codice del consumo.

Nell'ordinamento giuridico italiano, la responsabilità per attività pericolosa (art. 2050 c.c.) è affine alla responsabilità per danno da prodotto, entrambe possono essere applicate allo stesso caso e la prima non esclude la seconda, anche se hanno due campi di applicazione diversi. La responsabilità del produttore si configura quando il danno è causato da una fabbricazione difettosa, mentre la responsabilità da attività pericolosa non dipende dal prodotto ma dal tipo di attività che può comportare un rischio. A sua volta, la responsabilità per attività pericolose viene talvolta distinta in responsabilità per danno da prodotto difettoso e responsabilità per danno da prodotto dannoso. «Nella prima categoria [prodotto difettoso] ricadono i prodotti che risultino difformi rispetto alle caratteristiche delineate

11 Il riferimento è agli articoli da 2047 a 2054 del Codice Civile, ma in realtà esistono diversi tipi di responsabilità oggettiva, la maggior parte dei quali (artt. 2047, 2048, 2049 c.c.) ha in comune il fatto che l'autore dell'evento dannoso sia sotto il controllo di un altro soggetto ritenuto responsabile, a meno che non dimostri di aver fatto tutto il possibile affinchè non si verificasse l'evento dannoso. Nell'ambito della responsabilità oggettiva esistono anche casi in cui il particolare legame tra soggetto e oggetto che ha causato l'illecito rende il soggetto responsabile, si pensi agli artt. 2051; 2052; 2053 c.c., a mente dei quali il proprietario può essere responsabile per i danni quando ha omesso di prendersi cura della proprietà e questa omissione ha causato un danno a terzi, ad esempio quando il tetto di un edificio crolla e causa un danno a un passante. Esistono invece casi in cui il nesso di causalità esiste, ma l'autore dell'evento dannoso non è responsabile, come quando agisce per forza maggiore o per necessità art. 2045 c.c., anche in questo caso si tratta di deroghe espresse al principio della responsabilità personale. Cfr. Geri, V.: "Il rapporto di", cit., secondo il quale «[l]addove si risponde senza colpa, o, come impropriamente suol dirsi, in via obbiettiva, l'accertamento del nesso causale, anche se non riferito direttamente a colui che è chiamato a rispondere, deve pur sempre ricorrere con riferimento alla sua sfera giuridica [e] «forse soltanto nella responsabilità qualificata "normativa o legale", nella quale il soggetto è chiamato a rispondere in dipendenza di una sua posi- zione, come avviene ad esempio per l'esercente dell'impianto nucleare nel quale si sia verificato un incidente esso pure di carattere nucleare, il problema della causalità assume un rilievo secondario, se pure, anche in tale caso, l'impianto costituisca l' occasione necessaria, il teatro dell'evento dannoso e ne derivi quindi talvolta l'esigenza di accertamenti quanto mai vicini a quelli propri del rapporto di causalità».

12 Direttiva 85/374/CEE 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 [1985] GU, L. 210/29, in *www.eur-lex.europa.eu*.

dalle norme tecniche standardizzate o, ove queste non siano presenti, a quelle definite dallo stato dell'arte; nella seconda [prodotto dannoso], invece, rientrano i prodotti dai quali possano scaturire rilevanti danni per coloro che li utilizzano o vengono a contatto con essi. Le due categorie coincidono solo occasionalmente […][13]», per cui i danni causati da un'attività pericolosa rientrano tendenzialmente nella responsabilità per danno da prodotto nocivo.

La questione è se il danno derivante da un incidente con un veicolo autonomo rientri nell'ambito della responsabilità da prodotto difettoso o della responsabilità da attività pericolosa o di entrambe. Si potrebbe pensare che la risoluzione del Parlamento europeo sia a favore della responsabilità da prodotto difettoso, in quanto richiama proprio la direttiva sui danni da prodotto difettoso, anche se poi l'ultima proposta di direttiva di settembre 2022 indica la responsabilità da attività pericolosa (a basso rischio), quando vi è un'effettiva difficoltà di carattere probatorio per il soggetto danneggiato. Vista dunque la perdurante incertezza a livello europeo, è interessante andare a verificare cosa accade nel sistema giuridico italiano.

In Italia, la normativa sugli incidenti stradali (art. 2054 c.c.) indica la responsabilità del conducente, o congiuntamente del conducente e del proprietario, tranne quando il proprietario del veicolo dimostra che il veicolo è stato utilizzato senza la sua autorizzazione. Questo non sembra essere completamente applicabile ai livelli SAE 3 e 4 dei veicoli autonomi, perché in questi veicoli, grazie all'IA, oltre al proprietario e al conducente, anche la macchina è un operatore. I casi in cui il conducente è proprio il veicolo autonomo non rientrerebbero quindi nell'art. 2054 c.c., perché quando il pilota automatico è attivo, il veicolo agisce da solo e il malfunzionamento potrebbe essere dovuto a difetti di costruzione, motivo per il quale taluni suggeriscono che il produttore sia responsabile per il guasto del prodotto, anche quando il conducente è il veicolo autonomo[14].

La risoluzione del Parlamento europeo non segue completamente questa teoria e, dato che i progressi tecnologici sono repentini, chiede un aggiornamento della direttiva 85/374/CEE del Consiglio sui prodotti difettosi, suggerendo di riscrivere la nozione di prodotto per includere le nuove tecnologie come il veicolo

13 Al Mureden, E.: "Il danno da prodotto conforme tra responsabilità per esercizio di attività pericolosa ed armonizzazione del diritto dell'Unione europea", *Corr.giur.*, 2020, 5, p. 688.

14 Amidei, A.: "Intelligenza artificiale e product liability: sviluppi del diritto dell'Unione Europea", *Giur. It.*, 2019, p. 1720, applica la responsabilità del produttore all'IA e sostiene che: «nell'ambito degli *smart product*, il semplice fatto che l'insorgere di un comportamento "distorto" dell'A.I. non fosse prevedibile da parte del suo produttore non può in ogni caso escludere di per sé la responsabilità dello stesso per il danno cagionato da un difetto del bene.[…] In altri termini, in tema di *product liability*, cosí come non rileva che il produttore sia o meno incorso in colpa nel non avvedersi di un difetto del bene messo in commercio, parimenti non rileva che fosse o meno possibile per il produttore medesimo avvedersene».

autonomo[15]. Ciò implica che le norme sulla responsabilità del produttore, così come sono oggi, non sono adatte ai veicoli autonomi, poiché potrebbero portare alla mancanza di tutela della persona danneggiata in caso di incidente quando è coinvolto un veicolo autonomo. Inoltre, ammesso che il veicolo autonomo rientri nella nozione di prodotto, non è chiaro cosa accadrebbe se la persona danneggiata non fosse a bordo del veicolo, poiché in questo caso la responsabilità per danno da prodotto non potrebbe essere applicata, dal momento che la persona danneggiata non potrebbe essere qualificata come «consumatore». Che tipo di tutela potrebbe dunque esserci?

Si potrebbe applicare la responsabilità da prodotto difettoso quando il danneggiato è un occupante del veicolo e la responsabilità da attività pericolosa quando è coinvolta una terza persona, in entrambi i casi, la responsabilità ricadrebbe comunque sul produttore. Questa soluzione sarebbe in linea sia con l'art. 127 del codice del consumo, che ammette la possibilità di applicare la responsabilità da prodotto insieme a un altro tipo di responsabilità (cioè la responsabilità per attività pericolosa), sia con la proposta di direttiva sulla «Responsabilità dell'IA» del 28 settembre 2022, che suggerisce una sorta di responsabilità oggettiva a carico del produttore per le attività a basso rischio.

Le soluzioni proposte riguardano solo determinate ipotesi e non sono quindi applicabili in via generale, tanto è vero che un altro caso possibile è quello in cui il prodotto sia conforme ai requisiti di legge ma, nonostante ciò, provochi un danno[16]. Prima di prospettare possibili tutele, anche qui, è necessario accertare il livello di automazione del veicolo e l'identità o la natura della parte lesa.

Per quanto riguarda il livello di automazione del veicolo, il riferimento è alla piena automazione (cioè al livello 5 SAE), perché i livelli che vanno da 1 a 4 prevedono l'intervento umano nella guida, ciò significa che se il prodotto ha un livello di automazione inferiore al livello 5, è possibile che la responsabilità ricada sul conducente e non sul produttore.

15 Si veda la sezione «Responsabilità e intelligenza artificiale», punto 8 della Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020, in *www.europarl.europa.eu*, in cui si «esorta la Commissione a valutare se la direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti debba essere trasformata in un regolamento, a chiarire la definizione di "prodotti" stabilendo se i contenuti digitali e i servizi digitali rientrino nel suo ambito di applicazione e a considerare l'adattamento di concetti quali "danno", "difetto" e "produttore" [...]».

16 Non è infatti la prima volta che la responsabilità per danni da prodotto conforme viene invocata in Italia, è già accaduto nella storia dei danni da tabacco, quando dopo la legge n. 428/1990 non è stato più possibile sostenere che un consumatore sarebbe stato inconsapevole del danno causato dal tabacco (cfr. Trib. Catanzaro, 8 febbraio 2011, n. 444, in *Danno e Resp.*, 2012, p. 88.; Trib. Roma, 12 aprile 2010, n. 8037, in *Danno e Resp.*, 2012, p. 84; Trib. Brescia, 10 agosto 2005, in *Danno e Resp.*, 2005, p. 1210). Non è solo il produttore a essere responsabile se i consumatori non sono informati, in quanto si tratta di una responsabilità congiunta di produttore e consumatore (teoria dell'assunzione del rischio). Cfr. Baldini, G.: *Il danno da fumo*, Esi, Napoli, 2008, p. 58; Cafaggi, F.: "Immunità per i produttori di sigarette: barriere culturali e pregiudizi di una giurisprudenza debole", *Danno e Resp.*, 1997, p. 753; Ponzanelli; G.: "I problemi della tutela risarcitoria da fumo attivo", *Resp. Civ. e Prev*, 2005, p. 959; Lamorgese, A.: "Il danno da fumo", *Resp. Civ. e Prev.*, 2003, p. 1184; Ferraris, B., Origoni, G.B: "Il contenzioso per il risarcimento dei danni alla salute prodotti dal fumo", *Resp. civ. e prev.*, 2004, p. 1448.

La soluzione potrebbe essere differente, se il danno da un prodotto conforme è in realtà un danno causato da un veicolo a guida autonoma. Si può affermare che il produttore è responsabile anche in questo caso? Se non ci fosse alcuna prova del malfunzionamento del prodotto, potrebbe non essere possibile attribuire la responsabilità del danno al produttore[17]. Diversamente, quest'ultimo potrebbe essere ritenuto responsabile per un'attività pericolosa, ma a ben vedere la guida è di per sé un'attività rischiosa e l'applicazione dell'articolo 2050 del codice civile in questo caso non avrebbe senso. D'altra parte, l'identificazione del danneggiato non è rilevante ai fini dell'individuazione della parte responsabile o del tipo di responsabilità, come era invece opportuno nel caso precedente. Questa situazione è giustificata dal livello di automazione del veicolo (livello 5), perché l'occupante del veicolo è considerato come una terza persona, che si trova all'esterno del veicolo.

Sembra allora che la responsabilità civile possa essere applicata ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, ma a chi? A prima vista, anche il produttore potrebbe essere indicato come responsabile in questo caso, ma tale conclusione non è corretta per due motivi: a) l'art. 2043 del codice civile riguarda la responsabilità personale, mentre in questo caso un individuo che non è autore diretto dell'illecito sarebbe ritenuto responsabile in un particolare tipo di responsabilità oggettiva, che il legislatore italiano ancora non ha previsto; b) l'affermazione della responsabilità del produttore implica il difetto di un prodotto, mentre in questo caso l'ipotesi è la responsabilità per un prodotto conforme[18]. L'articolo 2043 del codice civile non è applicabile neanche in questo caso, quindi chi è responsabile?

III. L'APPLICAZIONE DEL METODO DELL'*ANALOGIA IURIS* PER UNA PROPOSTA DI SOLUZIONE UNITARIA.

Nel settore dei veicoli autonomi, diventa sempre più difficile ottenere la giusta tutela, perché per individuare il responsabile è necessario innanzitutto distinguere il livello di autonomia del veicolo e capire quale tipo sia coinvolto nel caso di specie.

Quando ci si riferisce al tipo di macchina interessata, il riferimento è al tipo di intelligenza artificiale (IA)[19] a essa applicata, motivo per il quale la relazione tra il livello di autonomia dell'auto e il suo modello di IA diventa cruciale, in quanto ci

17 Le sentenze italiane hanno spesso escluso la responsabilità del produttore quando il prodotto è conforme alla legge (vedi Cass., 15 Marzo 2007, n. 6007, in *Resp. civ. prev.*, 2007, II, p. 158; Cass., 13 Dicembre 2010, n. 25116, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 590; Cass. 29 Maggio 2013, n. 13458, in *Corr. Giur.*, 2014, p. 31).

18 Si noti che qui non ci si riferisce al caso in cui il prodotto è conforme alla legge ma causa un danno proprio perché è stato realizzato secondo gli standard legali. Tali casi rientrano nell'articolo 118, lett. (d del Codice del Consumo, che esclude la responsabilità: «se il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a una norma giuridica imperativa o a un provvedimento vincolante». La legislazione italiana utilizza anche il termine prodotto difettoso, con il significato di «prodotto legalmente difettoso». Qui discutiamo la teoria pura della responsabilità per danni da prodotto conforme applicata ai veicoli a guida autonoma.

19 Sulla nozione d'intelligenza artificiale si è espressa il Cons. St., 25 novembre 2021, n. 7981, in *www.gazzettaamministrativa.it*.

permette di capire quando si interrompe il nesso causale tra il comportamento del conducente e l'evento dannoso.

Il livello di autonomia della macchina non corrisponde sempre allo stesso tipo di intelligenza artificiale, il che significa che autonomia non è sinonimo di IA. Se consideriamo il veicolo autonomo come un operatore esecutivo[20], è necessario risalire a una volontà originaria che ha immesso i dati nel sistema, e il produttore viene quindi identificato come responsabile. La soluzione potrebbe essere diversa quando il veicolo autonomo è anche capace di apprendere automaticamente dai dati inseriti e di migliorarli senza aggiornamenti programmati manualmente[21]. Superficialmente, in tal caso, potremmo escludere qualsiasi forma di responsabilità oggettiva e assegnare la responsabilità all'IA, dato che ha le capacità di apprendere e quindi di decidere[22]. Questo però significherebbe riconoscere l'Intelligenza Artificiale come soggetto giuridico[23] e il legislatore non sembra disposto a farlo[24].

20 Costanza, M.: *L'AI: de iure codito e de iure codendo*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica* (a cura di U. Ruffolo), Giuffrè, Milano, 2020, pp. 417-418: «[Il] primo avvicinamento della legislazione all'intelligenza artificiale si è mosso essenzialmente sull'alternativa della sua funzione collaborativa con l'azione umana o sostitutiva. Nella prima ipotesi almeno nell'ambito di rilevanza dell'illecito extracontrattuale la presenza (attiva) della mano o della mente umana manterrebbe il caso nel sistema tradizionale. Nell'altra evenienza, invece, il soggetto responsabile è il produttore».

21 Wardell, I.A.: *Product liability applied to automated decision, 2022 Student Works*, in *www.scholarship.shu.edu/student_scholarship/1214* «There are three main branches of machine learning (1) supervised models, (2) unsupervised models, and (3) deep learning. Supervised models utilize weighting systems to categorize information based on training data. The machine is trained using labels where each element is assigned an input-output pair. The machine then learns these pairs through training against the test data. In an unsupervised learning model, the machine does not have pre-labeled or precategorized data and learns through only the inputs. This model requires little human interaction. In more advanced systems, machine learning is beginning to reach the stage in development where the computer decides the final outcome. The culmination of these methods results in an automated, human-like decision tree. Deep learning mimics how the brain functions, based on the concept of biological neural networks, or in computers Artificial Neural Networks. The layering of these neurons that connect to other neuron layers provides a system where each discreet neuron layer can identify a specific feature. Common examples of deep learning are Alexa, Google, and Siri, which utilize natural language processing algorithms and self-driving cars, which use neural networks for object recognition». Vedi anche Cánepa, A.: *What You Need to Know about Machine Learning*, Packt Publishing Ltd, Birmingham – Mumbai, 2016; Osoba, O.A., Welser, W.: *The Risks of AI to Security and the Future of Work*, RAND Corporation, Santa Monica, 2017; Gonfalonieri, A.: *How Amazon Alexa works? Your guide to Natural Language Processing (AI)*, in *www.towardsdatascience .com.*

22 Alcuni studi pubblicati e la dottrina riconoscono all'IA la stessa dignità di una persona umana, vedi Santosuosso A., *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2016, p. 44.

23 Costanza, M.: "L'AI", cit., p. 411, sostiene che: «La considerazione che l'AI segue processi cognitivi non schematizzabili *ex ante*, perché il processo si formerebbe "autonomamente" sorprende, impreparata, la legislazione, imperniata segnatamente sul presupposto di consapevolezze funzionali non solitarie, ma segnate dal trattamento di consapevolezze trasferibili a chi è richiesto di assentirvi». Sull'impatto del riconoscimento della personalità giuridica Cf. Ruffolo, U.: *La "personalità elettronica"*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti* e *l'etica*, (a cura di Ruffolo U.), Giuffrè, Milano, 2020, che riflette sul riconoscimento di una personalità giuridica elettronica attraverso la qualifica dell'IA come "macchina morale" (se non anche come macchina emotiva), e dunque come centro di imputazione di responsabilità sia etiche sia giuridiche. Ne conseguirebbe, dunque, la necessità etica di formalizzazione legale della personalità elettronica non tanto per sancirne i "doveri", quanto per tutelarne i diritti. Sullo stesso tema vedi anche Lepore, A.: "I.A. e responsabilità civile. Robot, autoveicoli e obblighi di protezione", *Tecn. e dir.*, 2021, 1, p. 190; Femia, P.: *Enabling accountable collaboration in Distributed, Autonomous System by intelligent Agents*, in *Advances in Intelligent System and Computing* (a cura di F. Amato, P. Femia, F. Moscato), Springer Verlag, Cham, 2020, p. 807 ss.; Porcelli, M.: "Tecnologie robotiche e responsabilità per danni tra prospettive reali e falsi miti", *Tecn. e dir.*, 2020, 2, p. 506.

24 Amidei, A.: *La governance dell'Intelligenza Artificiale: profili e prospettive di diritto dell'Unione Europea*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica* (a cura di U. Ruffolo), Milano, 2020, p. 571.

La questione ricorda il riconoscimento della responsabilità degli enti privati o delle società[25], che è possibile grazie al rapporto organico[26] tra l'ente privato e la persona umana che agisce esclusivamente per il beneficio e l'interesse[27] del primo. Lo stesso meccanismo potrebbe valere anche per l'IA?

Il quesito riguarda la possibilità di attribuire la personalità giuridica a un veicolo autonomo in quanto IA. C'è da chiarire prima se la teoria della personalità giuridica degli enti privati possa essere applicata anche ai veicoli autonomi attraverso il metodo dell'*analogia iuris*, perché le due situazioni - enti privati e veicoli autonomi - possono sembrare simili, ma i presupposti sono diversi.

Gli enti privati sono espressione della personalità umana ed è quindi più semplice per il legislatore riconoscerne la personalità giuridica e ciò lo si evince anche dalle norme; basti pensare che il Libro I del Codice Civile, «Delle persone e della famiglia», distingue tra persona umana e persona giuridica, mentre la Costituzione italiana esprime uno dei suoi principali obiettivi all'articolo 2: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili della persona, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la personalità umana». Dalla lettura del combinato disposto dei due articoli summenzionati si deduce che, poiché la persona umana può realizzare la sua personalità anche attraverso enti privati, a questi è stata attribuita personalità giuridica.

Il presupposto quindi per riconoscere la personalità giuridica in capo ai veicoli a guida autonoma è affermare che anche questi sono espressione della personalità umana, così come lo sono gli enti privati. In realtà, però, c'è una grande differenza tra gli enti privati e i veicoli autonomi, perché nel primo caso c'è un'interazione con il soggetto umano, in quanto l'uomo agisce nell'interesse e per il bene del gruppo,

25 A favore del riconoscimento della personalità degli enti privati: Falzea, A.: *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Messina Conference Proceedings 30 Aprile-5 Maggio 1979, Milano, 1981, p. 150; Guerrera, F.: *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Giuffrè, Milano, 1991; Kleindieck, D.: *Deliktshaftung und juristische Person. Zugleich zur Eigenhaftung von Unternehmensleitern*, Mohr Siebeck,Tübingen, 1997. Contra Minervini, G.: *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 367 ss., cf. anche Id., *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private*, in *Studi in onore di G. Valeri*, II, Giuffrè, Milano, 1955, p. 51 ss.; Von Savigny, F.C.: *System des heutigen römischen Rechts*, Veit, Berlin, 1840, vol. II, p. 227 ss.; Gierke O., *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Weidmann, Berlin, 1887; van den Heuvel, J.: *De la situation légale des associations sans but lucrative en France et en Belgique*, Hachette, Paris, 1884. Per la dottrina italiana: Ferrara, F.: "La teoria della persona giuridica", *Riv. dir.civ.*, 1910, p. 785 ss.; Id.: "La responsabilità delle persone giuridiche", *Riv. dir. comm.*, 1914, I, p. 490 ss.; Pugliatti, S.: *Gli istituti del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1942.

26 Giannini, M.S.: *Organi (teoria gen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXI, 1981, p. 45; per una panoramica sulla dottrina italiana piú risalente sul rapporto organico degli enti privati in ambito civile, si veda: Maiorca, C.: "La nozione di organo nel diritto privato", in *Annali Camerino*, 1937, II, p. 62 ss.; Minervini, G.: "Sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private", *Riv. trim.dir.proc.civ.*, 1953, 7, p. 935 ss. Contra Falzea, A.:, *«Capacità»*, in *Enc. dir.*, 6, 1960, p. 31.

27 Artt. 5 e 6, D.legs. n. 231 del 2001 «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300». Sul tema si rinvia a Gennai, S., Traversi A.: *La responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2001 e Salvi, C.: *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2019.

mentre nel caso dell'IA non è così, perché è la macchina che apprende e agisce[28]. In realtà, i ruoli sono invertiti, perché negli enti privati è il soggetto umano ad agire, mentre nell'IA è la macchina ad agire per il soggetto umano. Questo potrebbe essere un argomento a favore dell'impossibilità di applicare il metodo dell'*analogia iuris*[29], perché si tratta di due situazioni diverse: enti privati e veicoli autonomi.

Si noti che, però, in entrambi i casi - enti privati e veicoli autonomi – il soggetto agente non è responsabile; infatti, nel caso che qui interessa, è il produttore a rispondere quando l'incidente si verifica ed è causato da un veicolo autonomo. Tale ragionamento trova fondamento nell'obiettivo della responsabilità civile, che «si basa su una funzione preventiva e correttiva del comportamento», che potrebbe «scomparire nel momento in cui il produttore non sopporta più il rischio di responsabilità, poiché questo viene trasferito al robot (o al sistema di intelligenza artificiale)[30]».

Alcuni[31] ritengono che il riconoscimento di una personalità giuridica artificiale possa comportare il rischio di un uso inappropriato dello *status*[32] giuridico e che, allo stesso modo, il paragone con la responsabilità limitata delle società sia fuori luogo, perché in quel caso la responsabilità finale è sempre di una persona fisica.

Il problema è che l'applicazione degli stessi princípi, grazie al metodo dell'*analogia iuris*, all'intelligenza artificiale come alla persona fisica è in conflitto con il confronto tra la persona giuridica e l'IA, in questo caso un veicolo autonomo. L'inapplicabilità dell'*analogia iuris* tra la persona fisica e i veicoli a guida autonoma, qualificati come IA, è evidente e le due situazioni non possono essere paragonate.

L'attitudine umana al pensiero non può essere equiparata all'apprendimento delle macchine che, pur avendo la capacità di imparare dall'esperienza, devono la loro abilità a qualcuno che le ha programmate per farlo. Si pensi, a questo proposito, ai sistemi informatici, che sono in grado di eseguire difficili operazioni matematiche più rapidamente e con risultati più certi della mente umana. Lo stesso

28 Qui ovviamente il riferimento è all'ipotesi di veicoli completamente automatizzati (livello 5).

29 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2020, v. II, p. 357; Tullio, L.: *Analogia tra eguaglianza, ragion d'essere e meritevolezza* (a cura di G. Perlingieri e M. D'ambrosio), in *Fonti, metodo e interpretazione*, in *ADP*, Esi, Napoli, 2017, p. 101; G. Filanti, *Interpretazione, nuova retorica e fattispecie*, in Liber amicorum *per Bruno Troisi* (a cura di C. Cicero e G. Perlingieri), Esi, Napoli, 2017, I, p. 515; D'amico, G.: "L'insostituibile leggerezza della fattispecie", *Ars interpretandi*, 2019, 1, p. 54; Betti, E.: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 124.

30 Danesi, C.C.: *New reflection on civil liability in the use of artificial intelligence arising from the «liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies» report*, in *Rapporti civilisti e intelligenze artificiali: attività e responsabilità* (a cura di P. Perlingieri, S. Giova, I. Prisco), Atti del 15°Convegno SISDic, Esi, Napoli, 2020, p. 409.

31 Parere del Comitato economico e sociale europeo Intelligenza artificiale - Le conseguenze dell'intelligenza artificiale sul mercato unico (digitale), sulla produzione, sul consumo, sull'occupazione e sulla società su *www.eurlex.europa.eu/legal-content.*

32 Cf. Wagner, G.: *Robot liability*, in *www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id.=3198764,* p.1.; Borges, G.: "Rechtliche Rahmenbendigungen für autonome Systeme", *Neue jur. Wochenschr.*, 2018, p. 982.

argomento non può essere però utilizzato per escludere l'applicabilità dell'*analogia iuris* per paragonare l'IA alle persone giuridiche, poiché i veicoli a guida autonoma, così come gli enti privati, rappresentano forme di manifestazione della personalità umana, sono infatti entrambi una proiezione della stessa. Pertanto, riconoscendo la personalità giuridica di un ente privato, il legislatore non ha inteso creare un surrogato della persona umana[33], ma attuare l'evoluzione del rapporto tra uomo e comunità[34], in cui si può sviluppare la personalità e sebbene questa possa essere ricondotta all'unità della persona umana, le sue manifestazioni sono molteplici e allo stesso tempo autonome. Le manifestazioni dei vari aspetti della personalità umana si concretizza ora in enti privati e ora in veicoli a guida autonoma. Alla luce di ciò, è chiaro che l'attenzione si sposta dal riconoscimento di una persona artificiale come surrogato della persona fisica al riconoscimento di un'ulteriore ipotesi di persona giuridica[35].

Una volta chiarito il principio alla base del riconoscimento della personalità giuridica degli enti privati, è evidente che non appare corretto affermare che «una persona fisica è sempre responsabile in ultima istanza», in quanto nel caso di enti privati (persone giuridiche) ciò avviene quando si stabilisce che la persona fisica, parte dell'ente, abbia agito nel proprio interesse, per cui *prima facie* la responsabilità è della persona giuridica.

Lo stesso ragionamento può essere seguito per il veicolo autonomo, quando si tratta di un'auto a guida autonoma, per cui ne consegue che in primis è responsabile il veicolo autonomo e poi, a seconda delle condizioni previste dalla legge, cambia anche il responsabile, come nel caso in cui il veicolo autonomo sia difettoso, per cui sarà il produttore a dover risarcire i danni. Il riconoscimento della personalità giuridica dei veicoli a guida autonoma comporterebbe anche la creazione di

33 La critica principale deriva dall'affermazione che le entità private non possono essere persone giuridiche, in quanto non possono avere la capacità di avere ed esercitare diritti, perché non hanno né interessi né scopi., così Jhering, R.: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Aus. 4, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1888, III.1, p. 356: «Die juristische Person als solche ist völlig genußunfähig sie hat keine Interessen und Zwecke, kann also auch keine Rechte haben, den Rechte sind nur da möglich, wo sie ihre Bestimmung erreichen, d.h. einem berechtigten Subject diene können – ein Recht, das in der Person des Berechtigten nie diesen seinen Zweck zu erfüllen vermag, ist ein Wiederspruch gegen die Grundidee des Rechtsbegriffs». Lo stesso pensiero è di van de Heuvel J., cit., p. 42 ss.; Vareilles Sommiers, G.: *Le personnes morales*, Sueur-Charruey, Paris, 1919, p. 47; Kelsen, H.: *Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Deuticke, Wien, 1934, p. 89. Gli autori italiani contrari alla teoria della finzione sono: Ascarelli, T.: *Personalità giuridica e problemi delle società*, Giuffrè, Milano, 1959, v. I, p. 237: il quale afferma che: «la normativa espressa con persona giuridica costituisce pur sempre strumento di interessi individuali e non può mai metter capo alla tutela di interessi non risolubili in interessi di individui». D'Alessandro, F.: *Persone giuridiche e analisi del liguaggio*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Giuffrè, Milano, 1969, v. I, p. 264 ss. Cf. Galgano, F.: *«Persona giuridica»*, in *Dig.disc.priv.sez.civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 403, il quale se da un latto ammette la capacità giuridica delle persone giuridiche dall'altro lato chiarisce che «la persona giuridica è in conclusione solo uno strumento del linguaggio giuridico utile per riassumere una complessa disciplina normativa di rapporti intercorrenti tra perone fisiche».

34 Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Esi, Napoli, 1972.

35 In questa direzione potrebbero aiutarci le argomentazioni di Orestano R., cit., pp. 77 e 78, il quale afferma che non è possibile un'accezione comune di persona giuridica, ma deve essere specificata nel singolo caso concreto/ordinamento giuridico.

un patrimonio per essi, separato da quello del produttore, come avviene per gli enti privati (persone giuridiche). La creazione di un fondo patrimoniale per i veicoli autonomi, così come suggerito anche dalla recente proposta di direttiva di settembre 2022, risolverebbe il problema del risarcimento dei danni in caso di incidente e consentirebbe di stipulare una polizza assicurativa di cui il veicolo autonomo sarebbe sempre il proprietario. Il riconoscimento della personalità giuridica dei veicoli a guida autonoma sarebbe così un modo per armonizzare il sistema giuridico italo-europeo nel rispetto dei suoi princípi fondamentali.

BIBLIOGRAFIA

Al Mureden, E.: "Il danno da prodotto conforme tra responsabilità per esercizio di attività pericolosa ed armonizzazione del diritto dell'Unione europea", *Corr.giur.*, 2020, 5, p. 688.

Amidei, A.: "Intelligenza artificiale e product liability: sviluppi del diritto dell'Unione Europea", *Giur. It.*, 2019, p. 1720.

Amidei, A.: *La governance dell'Intelligenza Artificiale: profili e prospettive di diritto dell'Unione Europea*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica* (a cura di U. Ruffolo), Giuffrè, Milano, 2020, p. 571.

Ascarelli T., *Personalità giuridica e problemi delle società*, Giuffrè, Milano, 1959, v. I, p. 237

Baldini, G.: *Il danno da fumo*, Esi, Napoli, 2008, p. 58.

Betti, E.: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 124.

Bianca, M.: *La responsabilità*, in *Tratt. dir. civ.*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 726.

Borges, G.: "Rechtliche Rahmenbendigungen für autonome Systeme", *Neue jur. Wochenschr.*, 2018, p. 982.

Cafaggi, F.: "Immunità per i produttori di sigarette: barriere culturali e pregiudizi di una giurisprudenza debole", *Danno e Resp.*, 1997, p. 753.

Cánepa, A.: *What You Need to Know about Machine Learning*, Packt Publishing Ltd, Birmingham – Mumbai, 2016

Comporti, M.: *Fatti illeciti: responsabilità oggettive*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, continuato da Busnelli, Giuffrè, Milano, 2013, p. 210.

Costanza, M.: *L'AI: de iure codito e de iure codendo*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica,* (a cura di U. Ruffolo), Giuffrè, Milano, 2020, pp. 417-418.

D'Alessandro, F.: *Persone giuridiche e analisi del liguaggio*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Giuffrè, Milano, 1969, v. I, p. 264 ss.

D'amico, G.: "L'insostituibile leggerezza della fattispecie", *Ars interpretandi*, 2019, 1, p. 54.

Danesi, C.C.: *New reflection on civil liability in the use of artificial intelligence arising from the «liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies» report*, in *Rapporti civilisti e intelligenze artificiali: attività e responsabilità* (a cura di P. Perlingieri, S. Giova, I. Prisco), in *Atti del 15°Convegno SISDiC*, Esi, Napoli, 2020, p. 409.

Di Rosa, A.: *Il legal framework internazionale ed europeo*, in *Smart Roads e driverless cars: tra diritto, tecnologie, etica pubblica* (a cura di S. Scagliarini), Giappichelli, Torino, 2019, p. 65.

Galgano, F.: *«Persona giuridica»*, in *Dig.disc.priv.sez.civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 403

Falzea, A.: *«Capacità»*, in *Enc. dir.*, 6, 1960, p. 31.

Falzea, A.: *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Messina Conference Proceedings 30 Aprile-5 Maggio 1979, Milano, 1981, p. 150.

Femia, P.: *Enabling accountable collaboration in Distributed, Autonomous System by intelligent Agents*, in *Advances in Intelligent System and Computing* (a cura di F. Amato, P. Femia, F. Moscato), Springer Verlag, Cham, 2020, p. 807 ss.

Ferrara, F.: "La responsabilità delle persone giuridiche", *Riv. dir. comm.*, 1914, I, p. 490 ss.

Ferrara F.: "La teoria della persona giuridica", *Riv. dir.civ.*, 1910, p. 785 ss.

Ferrari, I.: *Analisi comparata in tema di responsabilità civile legata alla circolazione dei veicoli a guida autonoma*, in *Smart Roads e driverless cars: tra diritto, tecnologie, etica pubblica* (a cura di S. Scagliarini), Giappichelli, Torino, 2019, p. 99.

Ferraris, B.: Origoni, G.B.: "Il contenzioso per il risarcimento dei danni alla salute prodotti dal fumo", *Resp. civ. e prev.*, 2004, p. 1448.

Filanti, G.: *Interpretazione, nuova retorica e fattispecie*, in Liber amicorum *per Bruno Troisi* (a cura di C. Cicero e G. Perlingieri), Esi, Napoli, 2017, I, p. 515.

Franzoni, M.: *L'illecito*, in *Tratt. resp. civ.*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 506.

Galgano, F.: *Tratt. dir. civ.*, Cedam, Padova, 2014, vol. 3, p. 199 ss.

Gennai, S.: Traversi A.: *La responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2001.

Geri, V.: "Il rapporto di causalità in diritto civile", *Resp. Civ. Prev.*, 1983, n. 3 – 4, p. 338 ss.

Giannini, M.S.: *Organi (teoria gen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXI, 1981, p. 45.

Gierke, O.: *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Weidmann, Berlin, 1887.

Gonfalonieri A., *How Amazon Alexa works? Your guide to Natural Language Processing (AI)*, in *www.towardsdatascience.com.*

Guerrera, F.: *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Giuffrè, Milano, 1991.

Jhering, R.: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Aus. 4, Breitkopf und Härtel, Leipzig,1888, III.1, p. 356.

Kelsen H., *Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Deuticke, Wien 1934, p. 89.

Kleindieck, D.: *Deliktshaftung und juristische Person. Zugleich zur Eigenhaftung von Unternehmensleitern*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.

Lamorgese, A.: "Il danno da fumo", *Resp. Civ. e Prev.*, 2003, p. 1184.

Lepore, A.: "I.A. e responsabilità civile. Robot, autoveicoli e obblighi di protezione", *Tecn. e dir.*, 2021, 1, p. 190.

Maio, E.: *Civil Liability and Autonomous Vehicles*, ESI, Napoli, 2022.

Maiorca, C.: "La nozione di organo nel diritto privato", *Annali Camerino*, 1937, II, p. 62 ss.

Minervini, G.: *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private*, in *Studi in onore di G. Valeri*, II, Giuffrè, Milano, 1955, p. 51 ss.

Minervini, G.: *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1956, 367 ss.

Minervini, G.: "Sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private", *Riv. trim.dir.proc.civ.*, 1953, 7, p. 935 ss.

Monateri, P. G.: *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Utet, Torino, 1998, 22.;

Osoba, O.A., Welser, W.: *The Risks of AI to Security and the Future of Work*, RAND Corporation, Santa Monica, 2017

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 2020, v. II, p. 357.

Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Esi, Napoli, 1972.

Ponzanelli, G.: "I problemi della tutela risarcitoria da fumo attivo", *Resp. Civ. e Prev*, 2005, p. 959.

Porcelli, M.: "Tecnologie robotiche e responsabilità per danni tra prospettive reali e falsi miti", *Tecn. e dir.*, 2020, 2, p. 506.

Pugliatti, S.: *Gli istituti del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1942.

Ratti, M.: "Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo", *Contr. Impr.*, f. 3, 2020, p. 1179.

Ruffolo, U., Al Mureden, E.: "Autonomous vehicles e responsabilità nel nostro sistema ed in quello statunitense", *Giur.it*, 2019, p. 1709.

Ruffolo, U.: *La "personalità elettronica"*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti e l'etica* (a cura di U. Ruffolo), Giuffrè, Milano, 2020.

Salvi, C.: *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2019.

Santosuosso, A.: *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2016, p. 44.

Taruffo, M.: "La prova del nesso causale", *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2006, I, p. 101 ss.

Tullio, L.: *Analogia tra eguaglianza, ragion d'essere e meritevolezza* (a cura di G. Perlingieri e M. D'ambrosio), in *Fonti, metodo e interpretazione*, in *ADP*, Esi, Napoli, 2017, p. 101.

Valcavi, G.: "Intorno al rapporto di causalità nel torto civile", *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1995, II, p. 481 ss.

van den Heuvel, J.: *De la situation légale des associations sans but lucrative en France et en Belgique*, Hachette, Paris, 1884.

Vareilles Sommiers, G.: *Le personnes morales*, Sueur-Charruey, Paris, 1919, p. 47.

VILLA, G.: "Il tort of negligence nel sistema inglese dei fatti illeciti", *Contr.Impr.*, 1, 2011, p. 273.

VISINTINI, G.: *Fatti illeciti: Fondamenti e nuovi sviluppi della responsabilità civile*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019

VON SAVIGNY, F.C.: *System des heutigen römischen Rechts*, Veit, Berlin, 1840, vol. II, p. 227 ss.

WAGNER, G.: *Robot liability*, in *www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id.=3198764.*

WARDELL, I.A.: *Product liability applied to automated decision, 2022 Student Works*, in *www.scholarship.shu.edu/student_scholarship/1214.*

IL MOTORE DI RICERCA QUALE HOSTING PROVIDER ATTIVO RESPONSABILE CIVILMENTE PER LA LESIONE DEL DIRITTO ALL'OBLIO

THE SEARCH ENGINE AS AN ACTIVE HOSTING PROVIDER LIABLE FOR THE INFRINGEMENT OF THE RIGHT TO BE FORGOTTEN

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1072-1099

Maria
BARNABEI

ARTICOLO CONSEGNATO: 5 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: L'articolo analizza il tema della responsabilità civile del motore di ricerca in caso di lesione del diritto all'oblio, descrivendo le recenti tendenze della dottrina e della giurisprudenza a favore della configurazione di un *hosting provider* attivo. La conseguenza di tali orientamenti è la non applicazione del principio di neutralità sancito dalla Direttiva sul commercio elettronico, che, escludendo un generale dovere di sorveglianza sui contenuti inseriti in rete dagli utenti, nega la responsabilità del *provider*. In particolare, gli *hosting provider* attivi potrebbero essere qualificati, a certe condizioni, come responsabili del trattamento dei dati personali secondo il GDPR, con conseguente responsabilità in caso di danni arrecati per effetto della violazione dei doveri previsti dalla normativa. Una conferma dell'esistenza della figura dell'*hosting provider* attivo proviene dalla giurisprudenza amministrativa, che in considerazione del ruolo talvolta attivo dell'intermediario dei servizi ha riconosciuto la possibilità di considerarlo professionista in base alla normativa sulle pratiche commerciali scorrette, con conseguente responsabilità nel caso di violazione del dovere di diligenza. I tempi sembrano maturi, allora, per un intervento normativo del Legislatore europeo in materia.

PAROLE CHIAVE: Diritto all'oblio; diritto alla riservatezza; violazione, responsabilità civile; motore di ricerca; hosting provider attivo; responsabile del trattamento dati personali; professionista; pratiche commerciali scorrette.

ABSTRACT: *The article analyzes the civil liability of the search engine in case of violation of the right to be forgotten, describing the recent dotrinal and jurisprudential trends in favor of the existence of an active hosting provider. The consequence of these trends is the non-application of the principle of neutrality indicated in the Directive concerning electronic commerce, which, by excluding a general duty to monitor the content posted by users, excludes any provider's liability. In particular, active hosting providers may be qualified, under certain conditions, as processors of personal data, according to the GDPR, with the consequent liability in case of damages caused as a result of the violation of the duties indicated in the General data Regulation. A confirmation of the existence of the active hosting provider comes from the administrative jurisprudence, which, considering the active role of the provider, has recognised the possibility of considering it as a professional, according to the discipline of unfair commercial practices, with the consequent liability in case of a breach of the duty of diligence. The times seem ready, then, for a regulation of the European legislator in this area.*

KEY WORDS: *Right to be forgotten; right to privacy; infringement; civil liability; search engine; active hosting provider; processor of personal data; professional; unfair commercial practices.*

SOMMARIO.- I. IL DIRITTO ALL'OBLIO: ORIGINI E FONDAMENTO. – II. LA NEUTRALITÀ (PRESUNTA) DEGLI INTERNET SERVICE PROVIDERS E LE SMENTITE DELLA GIURISPRUDENZA. – III. *L'HOSTING PROVIDER* ATTIVO QUALE RESPONSABILE DEL TRATTAMENTO DI DATI PERSONALI: UNO SGUARDO ALLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE. – IV. *L'HOSTING PROVIDER* ATTIVO QUALE PROFESSIONISTA SECONDO LA DISCIPLINA DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE. – V. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE: L'OPPORTUNITÀ DI UN INTERVENTO NORMATIVO SULLE RESPONSABILITÀ DEL *PROVIDER*.

IL DIRITTO ALL'OBLIO: ORIGINI E FONDAMENTO.

"Aveva due vite: una chiara, manifesta e nota a tutti coloro che avevano bisogno che così fosse, piena di verità convenzionale e di inganno altrettanto convenzionale, in tutto simile a quella dei suoi conoscenti e amici, e un'altra che scorreva segretamente. [...]L'esistenza di ognuno si regge sul mistero, e forse è in parte per questo che l'uomo civile si adopera tanto convulsamente perché venga rispettato il segreto individuale". Così scriveva l'autore Anton Čechov in un suo racconto risalente al 1899. Passano gli anni ma l'esigenza dell'individuo di salvaguardare la propria sfera intima permane e, anzi, trae nuova linfa dallo sviluppo di nuovi mezzi di comunicazione, capaci di abbattere ogni barriera di luogo e di tempo, manifestandosi attraverso nuove forme. L'era digitale, infatti, ha posto al centro della scena diritti inediti, tra i quali si staglia il diritto all'oblio[1], che può essere definito quale diritto ad essere dimenticati, oggi soprattutto attraverso l'eliminazione dei dati personali presenti in rete.

Giova ripercorrere brevemente le tappe che nell'ambito dell'ordinamento italiano hanno condotto all'affermazione di tale nuova situazione giuridica soggettiva. In origine, infatti, il diritto all'oblio risultava sfornito di un preciso fondamento normativo, tanto da essere ricondotto al più generale diritto alla riservatezza, quest'ultima intesa nella sua accezione dinamica[2]. Più precisamente,

1 Anche il diritto romano conosceva il concetto di oblio, sebbene per motivi e finalità diverse da quelle attuali, come attesta l'istituto della *damnatio memoriae*. Quest'ultimo, infatti, lungi dal costituire un diritto della persona, rappresentava, al contrario, una sanzione per il cittadino, che comportava l'abolizione della memoria dello stesso e del suo nome (*abolitio nominis*), con conseguente impossibilità di trasmetterlo agli eredi. La pena era riservata ai nemici di Roma (*hostits publicus*), circostanza che palesa la natura di strumento di lotta politica dell'istituto. Non a caso, tra le conseguenze infamanti derivanti dallo stesso vi era quella consistente nel far trascinare il corpo del *damnatus* per la città, poiché ormai non più degno di toccare il suolo romano. Cfr. Cuffaro, V.: "Cancellare i dati personali. Dalla damnatio memoriae al diritto all'oblio", *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR* (a cura di N. Zorzi Galgano), Cedam, Milano, 2019, p. 219 ss.

2 La riconduzione del diritto all'oblio al diritto alla riservatezza, in realtà, non è stata immediata, sprovvisto com'era in origine anche tale ultimo diritto di un preciso ancoraggio normativo, per cui i relativi sviluppi

• Maria Barnabei
Dottoranda di ricerca
Università degli studi di Perugia
maria.barnabei@studenti.unipg.it

si è sostenuto che il diritto alla riservatezza si presti ad essere inteso sia secondo un'accezione statica, quale diritto a tenere segreti aspetti e circostanze inerenti alla propria sfera intima (c.d. *right to be left alone*)[3], sia secondo un'accezione dinamica, componendosi delle regole che delineano le modalità di trattamento dei dati personali, conferendo al soggetto interessato poteri di controllo e intervento[4].

Quanto al fondamento normativo, trattandosi di un diritto della personalità[5], il diritto alla riservatezza trova il suo principale referente nell'articolo 2 della Costituzione, oltre che in diverse fonti nell'ambito del diritto sovranazionale, tra cui l'art. 8 della Cedu e l'art. 7 della Carta di Nizza. Come noto, i diritti della personalità sono riconducibili alla categoria dei diritti assoluti e si contraddistinguono per la non patrimonialità, riferendosi a beni giuridici immateriali inerenti la persona, per la tendenziale indisponibilità da parte del titolare, per l'imprescrittibilità, non venendo meno a causa dell'inerzia dello stesso e, infine, per l'assolutezza, essendo

vanno osservati congiuntamente. In un primo momento, infatti, il diritto alla riservatezza veniva associato al diritto all'immagine, riconosciuto dall'art. 10 del Codice Civile, il quale, si riteneva, costituiva una delle possibili manifestazioni del primo: sul rapporto tra diritto all'immagine e *privacy* cfr. Mezzasoma, L.: "Il diritto all'immagine fra Codice Civile e Costituzione", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2013. A riconoscere l'esistenza di un autonomo diritto alla riservatezza fu Cass., sez. I civ., 27 maggio 1975, n. 2129, *Foro it*., 1976, I, c. 2895 ss. Parallelamente all'affermazione del diritto alla *privacy*, la dottrina iniziò a ragionare sull'influsso che il fattore temporale potesse avere in relazione ad accadimenti divenuti di pubblico dominio e tali da intaccare la sensibilità di coloro che non volessero essere ricordati. Ciò che contraddistingue il diritto all'oblio rispetto al diritto alla riservatezza, infatti, è proprio la dimensione temporale, nel senso che a differenza del secondo il primo non è volto a precludere *ab origine* la divulgazione di notizie su fatti appartenenti alla sfera intima della persona e fino ad allora riservati, quanto ad impedire che tali fatti, già pubblicati legittimamente, quindi sottratti al riserbo, possano essere rievocati a distanza di tempo. Ripercorre le tappe della progressiva affermazione del diritto all'oblio Mezzanotte, M.: "Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica", Esi, Napoli, 2009.

3 La prima definizione del "right to privacy" è risalente al 1890 ed è attribuibile a due giuristi americani, docenti di Harvard: cfr. Warren, S., Brandeis, L.: "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, 1890, p. 193 ss. Per ciò che concerne l'ordinamento italiano, nella sua accezione statica, il concetto di *privacy* implica lo *ius excludendi alios*, ossia il diritto di escludere gli altri, che si sostanzia nella facoltà del proprietario di opporsi ad ogni ingerenza proveniente da estranei relativamente al bene oggetto del proprio diritto. È questa, almeno, la prospettiva adottata dalla giurisprudenza di merito che per prima intese riconoscere l'esistenza di un diritto alla riservatezza, qualificandolo come divieto di qualsiasi ingerenza e indiscrezione da parte di terzi nella sfera della vita privata della persona: il riferimento è a Trib. Roma, 14 settembre 1953, *Foro it*., 1954, I, c. 115 ss. Per un commento sul tema *vid*. De Cupis, A.: "Il diritto alla riservatezza esiste", *ivi*, 1954, IV, cc. 184 ss.

4 A ben vedere, un riferimento alla possibile dimensione dinamica della riservatezza potrebbe cogliersi fin da risalente dottrina, che ha definito la *privacy* come diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni e di determinare le modalità di costruzione della propria sfera privata, precisando come l'oggetto di tale diritto sia il patrimonio informativo attuale o potenziale di un soggetto: cfr. Rodotà, S.: "Privacy e costruzione della sfera privata", in *Tecnologie* e *diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 101 e ss.

5 È opportuno rilevare che l'elaborazione di una categoria giuridica dei diritti della personalità è frutto della dottrina civilistica tedesca, per quanto fenomeni isolati di tutela civilistica di determinate situazioni giuridiche fossero già emersi in alcuni ordinamenti. Per una definizione del concetto di diritti della personalità in relazione all'ordinamento italiano *vid*. Messinetti, D.: "Personalità", *Enc. dir*., XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 355 ss.; Rescigno, P.: "Personalità", *Enc. giur. Treccani,* XXIII, Roma, 1991, p. 1 ss.; Zeno-Zencovich, V., "Personalità", *Dig. disc. priv., Sez. civ*., XIII, Utet, Torino, 1995, p. 430 ss.; per una puntuale trattazione del tema dei diritti della personalità, comprensiva delle connesse questioni interpretative, tra cui l'individuazione dei confini della categoria, dei soggetti potenzialmente titolari degli stessi, dei margini per una loro negoziabilità, dei relativi strumenti di tutela si rinvia a Resta, G.: "I diritti della personalità", in *Le persone fisiche e i diritti della personalità* (a cura di G. Alpa e G. Resta), in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), Utet, Torino, 2006, p. 422 ss.; Id.: "Diritti della personalità: problemi e prospettive", *Dir. inf*., 2007, p. 1043 ss.

tutelati *erga omnes*[6]. Proprio in relazione al profilo della tutela nel sistema possono individuarsi due forme di protezione[7], in rapporto di complementarietà: una preventiva, incentrata sullo strumento dell'azione inibitoria (laddove specificamente prevista) o, comunque, sul residuale strumento processuale costituito dall'art. 700 del Codice di Procedura civile e una successiva, incentrata sul risarcimento dei danni, che presuppone la ricorrenza di una forma di responsabilità ai sensi del Codice civile[8].

Nel corso degli anni l'evoluzione tecnologica ha comportato lo sviluppo di una maggiore sensibilità nei riguardi della tematica del trattamento dei dati personali, tanto che è stata introdotta una prima normativa del settore, rappresentata dal Codice di protezione dei dati personali, contenuto nel d.lg. n. 196 del 2003, attuativa della Direttiva 95/46/CE sulla tutela delle persone fisiche in tale ambito. Il *corpus* normativo ha sancito per la prima volta espressamente il diritto alla protezione dei dati personali, offrendo al contempo una serie di definizioni rilevanti nel settore, tra cui quella di "dato sensibile", di "trattamento dei dati", di "titolare"

6 A lungo si è discusso in merito all'oggetto dei diritti della personalità, confrontandosi sul punto i fautori della tesi pluralista, secondo i quali oggetto di tutela sarebbero i singoli diritti espressamente previsti, e i fautori della tesi monista, per i quali esisterebbe un unico diritto della personalità che sintetizza i diversi interessi in cui può manifestarsi. La tesi in questione impone un generale obbligo di astensione da qualunque interferenza sulla persona umana e garantisce la piena tutela della personalità, non limitandola alle sole ipotesi espressamente previste dal Legislatore. A sostegno delle teorie c.d. atomistiche si veda De cupis, A.: "I diritti della personalità", I, in *Trattato dir. civ. comm.* (diretto da A. Cicu e F. Messineo), Giuffrè, Milano, 1982, p. 32 ss.; Macioce, F.: "Tutela civile della persona e identità personale", Padova, Cedam, 1984; Bianca, C.M.: "Diritto civile. La norma giuridica – I soggetti", I, Giuffrè, Milano, 2002, p. 145 ss.; tra i sostenitori della tesi unitaria, invece, si rinvia a Giampiccolo, G.: "La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza", *Riv. trim.,* 1958, p. 466 ss.; Ferri, G.B.: "Persona umana e formazioni sociali", *Iustitia*, 1977, p. 81. Peraltro, quando ha avuto occasione di pronunciarsi sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha aderito alla tesi monista, considerando i diritti all'immagine, onore, nome, reputazione e riservatezza quali aspetti della rilevanza costituzionale che la persona ha acquistato, nella sua unitarietà, alla luce della Costituzione, in particolare ai sensi dell'art. 2 Cost: Cass., 10 maggio 2001, n. 6507, *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 2744 ss.

7 Occorre rammentare che tradizionalmente la tutela della personalità risultava attratta al campo pubblicistico, segnatamente al diritto penale. In tale ambito la persona veniva tutelata attraverso la repressione dei reati contro la libertà personale e contro l'integrità fisica e morale. Sul tema *vid.* Manna, A., "Tutela penale della personalità", Il Mulino, Bologna, 1993. La netta contrapposizione tra protezione privatistica e pubblicistica è stata giudicata con sfavore da certa dottrina, pronta a rimarcare l'unitarietà del valore persona, con la conseguenza che le problematiche a quest'ultima inerenti, incluse quelle concernenti i diritti della personalità, devono essere valutate con riferimento all'ordinamento nel suo complesso: Marini, G.: "La giuridicazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità", *Riv. dir. civ.,* 2006, I, p. 364; Perlingieri, P.: "La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile", Esi, Napoli, 2005, p. 5.

8 Tra i casi che contemplano espressamente la tutela inibitoria si rammenta, all'interno del Codice civile, l'art. 7 rispetto al diritto al nome, l'art. 9 rispetto allo pseudonimo, l'art. 10 rispetto al diritto all'immagine mentre, al di fuori del Codice, gli artt. 20 e seguenti della Legge n. 633 del 1941 rispetto al diritto d'autore, gli artt. 78 e seguenti del Regolamento n. 679 del 2016 rispetto al diritto alla tutela dei dati personali. Alla luce del quadro normativo una prima tesi, in ossequio al brocardo secondo cui *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, ha sostenuto la natura eccezionale delle norme indicate, con conseguente impossibilità di applicarle in via analogica, estendendo il ricorso all'inibitoria. Secondo un'altra tesi, invece, le disposizioni indicate costituirebbero espressione di un principio generale a favore della c.d. inibitoria atipica. Del resto, un argomento a sostegno sarebbe rinvenibile nello strumento processuale dei provvedimenti d'urgenza, disciplinato dall'art. 700 del Codice di Procedura civile senza una specifica limitazione in ordine ai diritti suscettibili di tutela. Sul tema degli strumenti processuali di tutela dei diritti della personalità *vid.* Proto Pisani, A.: "La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela", *Foro it.*, 1990, V, p. 1 ss. L'A., in particolare, sostiene l'inadeguatezza della sola tutela risarcitoria, rimarcando la necessità di una tutela preventiva; Vercellone, P.: "La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità", *Quaderni del C.S.M.*, 1996, p. 505 ss.

e "responsabile del trattamento", indicando quale scopo della regolamentazione quello di garantire un'adeguata protezione dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo[9].

Lo sviluppo di veicoli di informazione sempre più evoluti ha stimolato un ulteriore intervento nella materia, costituito dal Regolamento Europeo sulla protezione dei dati personali n. 679 del 2016, dal quale emerge un approccio alla tematica in esame del tutto nuovo rispetto al passato. Anzitutto, dall'armonizzazione normativa indotta dalla precedente Direttiva si è passati all'uniformazione attraverso lo strumento del Regolamento, il che evidenzia l'intento di offrire al fenomeno una disciplina per quanto possibile compatta, sul presupposto che la circolazione di informazioni avvenga ormai in una dimensione transnazionale, per quanto non manchino ampie deleghe riservate agli Stati membri. Colpisce, in particolare, la maggiore enfasi riposta nel momento circolatorio rispetto alla dimensione personalistica di tutela del singolo dalle interferenze esterne, formalizzata nel diritto alla *privacy*: posto che l'esposizione dell'individuo alla società è un processo inarrestabile, nell'attuale contesto è del tutto utopistico l'obiettivo di impedire l'acquisto e l'uso di dati personali da parte di soggetti terzi[10].

Una delle novità apportate dal testo normativo risiede proprio nell'aver fornito, all'art. 17, una base giuridica al diritto all'oblio, accanto agli altri diritti riconosciuti all'interessato e consistenti, ad esempio, nel diritto di controllare la circolazione dei propri dati chiedendo conferma al titolare dello svolgimento di un trattamento avente ad oggetto gli stessi, il diritto di accedere a quest'ultimi, di ottenerne la rettifica e l'integrazione. Con particolare riferimento al diritto all'oblio, attraverso l'esercizio del medesimo l'interessato può ottenere senza ritardo dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano, con correlato

9 Per quanto di interesse nella presente trattazione, l'art. 4 del Regolamento n. 679 del 2016 definisce "trattamento" qualunque operazione concernente la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati; definisce "titolare" la persona fisica e giuridica cui competono, anche unitamente ad altro titolare, le decisioni in ordine alle finalità e alle modalità del trattamento di dati personali; infine, il "responsabile" del trattamento è la persona fisica o la persona giuridica preposte dal titolare al trattamento di dati personali.

10 Tra gli indici che palesano il *favor* per la circolazione di dati può annoverarsi la possibilità che gli stessi vengano trattati anche per fini diversi da quelli originari, purchè ad essi compatibili (come si evince dall'art. 6, punto 4, del Regolamento); l'aumento dei limiti al diritto di opporsi al trattamento, evincibile dall'art. 21, punto 1, del Regolamento, con conseguente possibilità del titolare del trattamento di persistere nella sua attività allorquando dimostri l'esistenza di motivi legittimi cogenti per procedere, prevalenti sui diritti dell'interessato; la diminuzione delle condizioni per il trattamento dei dati sensibili per effetto del superamento della necessaria autorizzazione del Garante, essendo sufficiente solo il consenso dell'interessato; infine, la previsione di un diritto alla c.d. portabilità dei dati, in forza del quale l'interessato può pretendere dal titolare del trattamento la messa a disposizione dei propri dati al fine di trasmetterli ad altro titolare: il potere di disposizione in questione contribuisce al processo di c.d. reificazione del dato, recidendo il legame tra quest'ultimo e la persona. Per alcune riflessioni sul Regolamento, senza pretese di esaustività, *vid.* Stanzione, M. G.: "Il Regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione", *Eur. dir. priv.*, 2016, IV, p. 1249 ss.; Pizzetti, F.: "Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679", Giappichelli, Torino, 2016; Cuffaro, V.: "Il diritto europeo alla protezione dei dati personali", *Contr. impr.*, 2018, III, p. 1098 ss.; Perlingieri, P.: "Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato", *Foro nap.*, 2018, II, p. 481 ss.

dovere del titolare di cancellarli al ricorrere di determinate circostanze, ben indicate dalla norma citata. Quest'ultime ricomprendono i casi in cui i dati non siano più necessari rispetto alle finalità per cui sono stati raccolti; le ipotesi di revoca del consenso fondante il trattamento in mancanza di altro fondamento giuridico; quelle di opposizione dell'interessato, in mancanza di altri motivi legittimi prevalenti per procedere al trattamento; le ipotesi in cui i dati siano stati trattati illecitamente.

Altro aspetto su cui ha inciso la fonte europea richiamata è quello della responsabilità civile riconoscibile in capo alle figure del titolare e del responsabile del trattamento di dati per i casi in cui quest'ultimo avvenga in modo illecito, ossia in violazione della normativa di riferimento. In particolare, gli stessi sono tenuti al risarcimento dei danni, materiali e non, patiti dal soggetto leso e possono andare esenti da responsabilità solo nella misura in cui dimostrino che l'evento dannoso "non gli è in alcun modo imputabile". In tal modo, mediante lo stimolo al rispetto pedissequo delle disposizioni del settore, viene ulteriormente rafforzata l'efficacia deterrente della normativa.

II. LA NEUTRALITÀ (PRESUNTA) DEGLI *INTERNET SERVICE PROVIDERS* E LE SMENTITE DELLA GIURISPRUDENZA.

Il diritto ad essere dimenticati si pone spesso in frizione con altri diritti fondamentali della persona riconosciuti a livello costituzionale tra i quali, in particolare, il diritto di cronaca e il diritto ad essere informati, sanciti dall'art. 21 della Costituzione. Come noto, il conflitto tra valori di pari rango postula la necessità di raggiungere un equilibrio mediante l'individuazione delle condizioni che sanciscono la prevalenza dell'uno rispetto all'altro. Nell' individuare le condizioni per un adeguato bilanciamento tra gli interessi qui in rilievo la giurisprudenza ha da tempo affermato che il diritto di cronaca, inteso quale diritto a informare, cioè raccontare fatti di interesse pubblico, può prevalere rispetto al contrapposto diritto alla riservatezza allorquando ricorrano tre condizioni: l'utilità sociale dell'informazione, la verità dei fatti esposti (oggettiva o anche soltanto putativa, purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca), la continenza nell'esposizione delle vicende[11].

11 La giurisprudenza relativa al rapporto tra il diritto alla riservatezza e la libertà di stampa è sconfinata e presenta origini risalenti. A titolo esemplificativo, come precedente datato può richiamarsi la c.d. "sentenza decalogo" sul tema: Cass., 18 ottobre 1984, n. 5259, *Giust. civ.*, 1985, I, p. 356 ss., con nota di Dogliotti, M.: "La cassazione e i giornalisti: cronaca, critica e diritti della persona"; limiti meno stringenti rispetto al diritto di cronaca incontra, invece, il diritto di critica, consistendo in un'attività sostanzialmente valutativa di fatti e opinioni altrui. In ogni caso, le due forme di manifestazione del pensiero non devono trasmodare in offese gratuite all'onore e alla reputazione dei soggetti coinvolti. Per precedenti più attuali cfr. Cass., 29 ottobre 2019, n. 27592, *Foro it.*, 2020, I, cc. 595 ss.; in dottrina, per un'analisi dell'argomento, senza pretese di esaustività, si rinvia a: Adamo, E.: "I "confini" del diritto di cronaca tra parametri giurisprudenziali e regole deontologiche", *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1056 ss.; Perlingieri, P.: "Informazione, libertà di stampa e dignità della persona", *Rass. dir. civ.* 1986, p. 624 ss.

Il problema risiede nel fatto che, più passa il tempo, più l'interesse pubblico alla conoscenza della notizia si affievolisce, mentre aumenta il desiderio di essere dimenticati. Ma questo desiderio è di difficile realizzazione in un contesto come quello attuale, in cui basta digitare il nome di una certa persona per imbattersi in una serie di notizie, anche datate, relative alla stessa. Qui entra in gioco il ruolo del motore di ricerca, tradizionalmente ricondotto alla categoria degli *Internet service providers*, disciplinati dalla Direttiva europea n. 31 del 2000 sul commercio elettronico, attuata con d.lg. n. 70 del 2003[12]. Nello specifico, il motore di ricerca (come ad esempio *Google*, *Youtube* ecc.) rientrerebbe nella categoria degli *hosting service providers*[13], in quanto presta ospitalità mettendo a disposizione del fruitore dei servizi uno spazio nel quale collocare determinati contenuti, che provvede a memorizzare in maniera stabile[14].

Sotto il profilo della responsabilità la normativa poggia sul principio di neutralità degli intermediari dei servizi, fondato sull'assenza di un obbligo generale di sorveglianza sui dati inseriti dagli utenti[15]. È quanto emerge, in primo luogo, con

12 Per un commento alla normativa europea *vid*. De Nova, G., Delfini, F.: "La direttiva sul commercio elettronico: prime considerazioni", *Riv. dir. priv*., 2000, p. 693 ss.; Leocani, P.: "La direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi", *Eur. dir. priv*., 2000, p. 617 ss.; per un commento alla trasposizione nell'ordinamento italiano della direttiva, invece, *vid.* Delfini, F.: "Il D. Lgs. 70/2003 di attuazione della Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico", *Contr.*, 2003, VI, p. 612 ss.; Tripodi, E.M.: "Alcuni interrogativi sul d.lgs. n. 70/2003 di recepimento della direttiva sul commercio elettronico", *Corr. giur.*, 2004, VI, p. 829 ss.; Sica, S.: "Recepita la direttiva sul commercio elettronico", *Corr. giur.,* 2003, IX, p. 1247 ss.

13 La normativa interna sul commercio elettronico, sulla scia della Direttiva europea, distingue gli *Internet service providers* in base alle attività svolte, con riflessi in termini di responsabilità. Nello specifico, l'attività di *mere conduit* (*ex* art. 12 della Direttiva) consiste nella semplice trasmissione delle informazioni fornite da un destinatario del servizio; l'attività di *caching* (*ex* art. 13) consiste nella memorizzazione automatica e temporanea di tali informazioni, effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltro ad altri destinatari a loro richiesta; infine, l'attività di *hosting* (*ex* art. 14) consiste nella messa a disposizione dei fruitori della rete di uno spazio all'interno dei propri *servers* per l'inserzione di informazioni stabili, memorizzati in maniera duratura, accessibili agli utilizzatori della rete.

14 Con particolare riferimento al motore di ricerca, è opportuno rilevare come la dottrina e la giurisprudenza, sulla base di un'attenta osservazione dei servizi prestati, ne indichino talvolta la natura di *hosting provider*, altre volte quella di *caching provider*: in quest'ultimo senso *vid*. Trib. Milano, sez. I civile, ord. 23 maggio 2013, *www.expartecreditoris.it*, in relazione al servizio "Autocomplete" e "Ricerche correlate" messe a punto da *Google* che, a detta dei giudici della controversia, esula da quello di semplice memorizzazione passiva delle informazioni, realizzando piuttosto associazioni di parole grazie ad algoritmi matematici, elaborati e adottati da *Google*. La qualificazione del motore di ricerca quale *caching* ovvero quale *hosting provider* ha ripercussioni sul relativo regime di responsabilità: la responsabilità del secondo, infatti, è subordinata ad alcune condizioni, tra le quali assume rilievo la conoscenza della manifesta illiceità del contenuto ospitato; tale circostanza non è tuttavia espressamente contemplata rispetto al *caching provider*, che diventa responsabile qualora abbia conoscenza di una specifica richiesta di rimozione dell'autorità e non proceda in tal senso.

15 La fonte europea, quindi, ha scartato la ricorrenza di un'ipotesi di responsabilità oggettiva, in particolare di una responsabilità da rischio di impresa. Si tratta di una scelta che intendeva raggiungere un punto di equilibrio tra due interessi, quello volto ad incoraggiare il consumatore, solitamente diffidente nei confronti del commercio elettronico, e quello volto ad alleggerire la posizione degli *internet providers* da un regime di responsabilità economicamente insostenibile, evitando di gravarli di obblighi di diligenza eccessiva, penalizzandoli e caricandoli di costi e di oneri tecnici per evitare e prevenire la commissione di illeciti. Ciò sarebbe equivalso a porre dei freni ad un'attività al tempo della direttiva in via di sviluppo, trattandosi di servizi dei quali la società stava dimostrando di non poterne ormai fare a meno. Per giunta, un riconoscimento della responsabilità degli intermediari avrebbe implicato una limitazione della libertà di manifestazione del pensiero degli utenti di *internet* poiché i primi, al fine di scongiurare il rischio di incorrere in responsabilità, sarebbero stati indotti a censurare i contenuti introdotti dai secondi, potenzialmente lesivi di diritti di terzi. Sul tema della responsabilità dei *providers* la bibliografia è amplia. Cfr., *ex multis*, Tescaro, M.: "La responsabilità dell'internet provider nel d.lg. n. 70/2003", *Resp. civ.*, 2010, p. 166 ss. Tosi,

particolare riferimento alla figura dell'*hosting provider*, dall'art. 16 del d.lg. n. 70 del 2003, che nell'escludere la responsabilità di tale intermediario precisa tuttavia la necessaria ricorrenza di due condizioni: che lo stesso non risulti a conoscenza dell'illiceità dell'attività svolta da terzi o dell'informazione da questi immessa, né di fatti o circostanze che ne rendano manifesta l'illiceità e che, non appena a conoscenza di tali situazioni, su comunicazione delle autorità competenti, agisca per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. Il seguente art. 17, poi, puntualizza ulteriormente che il prestatore è comunque tenuto ad informare senza indugio le autorità giudiziarie o amministrative qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite relative ad un suo fruitore del servizio, oltre che a fornire senza ritardo, a richiesta di tali autorità, le informazioni in suo possesso utili per l'identificazione del destinatario dei suoi servizi e per prevenire attività illecite.

Nonostante il quadro normativo delineato deponga per l'esonero da responsabilità, salvo le situazioni indicate, il principio di neutralità ha ricevuto diversi smacchi nel corso degli anni. Una prima crepa si è aperta in occasione del precedente della CGUE *Google Spain*, ispirato alle vicende di un cittadino spagnolo che, sentendosi leso a causa della permanenza in rete di alcune informazioni sul proprio conto, ormai datate, aveva chiesto dapprima al gestore del sito di sopprimere le pagine contenenti i suoi dati personali, poi a *Google* di sopprimere i riferimenti alle stesse[16]. La Corte europea, in primo luogo, ha ricondotto l'attività svolta dal motore di ricerca alla nozione di "trattamento di dati" contenuta nella normativa sulla *privacy*, costituita, al tempo, dalla Direttiva n. 45 del 1996: il motore di ricerca, infatti, esplora le informazioni presenti in rete in modo automatizzato e costante, le raccoglie ed estrae, le organizza mediante programmi di indicizzazione, le conserva nei suoi *servers* e le mette a disposizione dei propri utenti sotto forma di elenchi. Conseguentemente, i giudici di Lussemburgo hanno considerato il motore di ricerca quale "responsabile del trattamento" secondo la normativa indicata, posto che esso contribuiva a determinare le finalità e gli strumenti dell'attività di trattamento dei dati, proprio come normativamente richiesto al

E.: "Le responsabilità civili dei prestatori di servizi della società dell'informazione", *Resp. civ.*, 2008, p. 197 ss.; Gambini, M.: "Le responsabilità civili dell'Internet service provider", Esi, Napoli, 2006; Bocchini, R.: "La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico", Esi, Napoli, 2003; Riccio, G.M.: "La responsabilità civile degli internet providers", Giappichelli, Torino, 2002; Ponzanelli, G.: "Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers?", *Danno e resp.*, 2002, p. 5 ss.

16 Cfr. CGUE, Grande sezione, 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain SL* e *Google Inc.* contro Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja González, rinvenibile in *https://curia.europa.eu/*. L'Agencia Española de Protección de Datos, vale a dire l'Autorità iberica per la protezione dei dati personali, aveva ordinato a *Google* di rimuovere dai risultati generati dalla ricerca i collegamenti ad alcune notizie relative ad un pignoramento subito dal signor Costeja González, ricorrente davanti alla stessa Agencia, considerate ormai prive di rilevanza. *Google* rifiutava di ottemperare al provvedimento allegando la sua presunta estraneità alla disciplina europea sui dati personali e rilevando al contempo come un intervento come quello imposto dall'Autorità potesse configurare un'indebita compromissione della libertà di espressione dei gestori di siti *Internet*. Piuttosto, ad avviso del motore di ricerca, solo un intervento sui siti soggetti ad indicizzazione avrebbe garantito soddisfazione alla pretesa di ritorno all'anonimato da parte degli interessati.

fine di rivestire tale qualifica. Partendo da tali premesse, la Corte ha riconosciuto in capo all'interessato il diritto ad ottenere la deindicizzazione[17] dei dati personali nei confronti del *provider*, costretto a rimuovere i collegamenti a certe pagine *web* dall'elenco dei risultati che comparivano a seguito della ricerca: la crepa al più volte richiamato principio di neutralità e conseguente irresponsabilità degli intermediari è stata giustificata dalla necessità di tutelare il diritto all'oblio[18].

L'assetto in questione è stato ribadito dalla Corte di Giustizia mediante una recente pronuncia del 2019[19], in un contesto normativo ormai mutato a causa dell'introduzione, nel 2016, del GDPR[20], che ha ulteriormente delineato il diritto alla cancellazione dei dati e i relativi presupposti. Nel caso di specie a venire in discussione è stato l'ambito geografico di applicazione del diritto all'oblio: era dubbio se il dovere di procedere alla deindicizzazione riguardasse tutte le versioni del motore di ricerca presenti a livello globale o se, al contrario, tale attività si riferisse solo alle versioni del motore presenti negli Stati membri. La Corte di Giustizia, nel circoscrivere la deindicizzazione alle versioni del motore presenti negli Stati membri, ha negato una portata universale al diritto all'oblio. Con la

17 La deindicizzazione costituisce una soluzione di compromesso tra il diritto all'oblio dell'interessato e il diritto di informare gli altri. La stessa, infatti, si identifica non già con il diritto alla cancellazione dell'informazione dalla rete, quanto con quello alla "disassociazione" di una specifica pagina, identificata dal proprio URL (*Uniform Resource Locator*) dai risultati di una specifica ricerca (ipoteticamente costituita dal nome dell'interessato). Ciò significa che il dato personale oggetto di istanza di deindicizzazione non viene rimosso dal novero dei dati memorizzati nel *web*, ma viene semplicemente sottratto ad una modalità di reperimento semplice ed istantanea, verificandosi una semplice riduzione di visibilità dell'informazione presente in rete. Ne deriva che occorre preliminarmente identificare, tramite URL di riferimento, la pagina sorgente da depennare dai risultati di ricerca collegati al nome dell'interessato. Sul tema si rinvia a Sica, S., D'antonio, V.: "La procedura di de-indicizzazione", *Dir. inf.*, 2014, p. 703 ss.

18 Per alcune riflessioni sulla pronuncia si rinvia a: Pardolesi, R., Palmieri, A.: "Diritto all'oblio: il futuro dietro le spalle", *Foro it.*, 2014, IV, cc. 317 ss.; Pizzetti, F.: "La decisione della Corte di giustizia sul caso Google Spain: più problemi che soluzioni", in *www.federalismi.it*; Pollicino, o.: "Diritto all'oblio e conservazione di dati. La Corte di giustizia a piedi uniti: verso un digital right to privacy?", *Giur. cost.*, 2014, p. 2949 ss.; Frosini, T.E.: "Google e il diritto all'oblio preso sul serio", *Dir. inf.*, 2014, p. 563 ss.; Zeno-Zencovich, V., Resta G.: "Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain", Romatrepress, Roma, 2015. Per uno sguardo alla dottrina spagnola *vid.* Azurmendi, A.: "Por un derecho al olvido para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del caso Google Spain y su recepción por la Sentencia de la Audiencia Nacional Española de 29 de diciembre de 2014", *Revista de Derecho Político*, 2015, n. 92, p. 273 ss.; Martínez Otero, J. M.: "El derecho al olvido en Internet: debates cerrados y cuestiones abiertas tras la STJUE Google vs AEPD y Mario Costeja", *ivi*, 2015, n. 93, p. 103 ss; Rallo Lombarte, A.: "El derecho al olvido en Internet. Google versus España", *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2014.

19 Cfr. CGUE, Grande sezione, 24 settembre 2019, C-507/17, rinvenibile in *https://curia.europa.eu/*. La sentenza trae origine dalla questione pregiudiziale proposta ai sensi dell'articolo 267 TFUE dal Conseil d'État, nell'ambito della controversia tra la società *Google* LLC e la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Il quesito avanzato riguardava la corretta interpretazione dell'allora vigente Direttiva 95/46/CE e veniva innescato dal rifiuto della società americana di procedere alla rimozione dei *links* che riconducevano ad informazioni obsolete o non più di interesse pubblico, non solo con riferimento ai domini afferenti all'Unione europea, ma anche a tutte le versioni presenti a livello extraeuropeo. Per un commento alla pronuncia *vid.* Calabrese, G.: "Bilanciamento ed estensione territoriale del diritto alla deindicizzazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, IV, p. 794 ss.; Crisafulli, M.: "Per la CGUE la deindicizzazione sui motori di ricerca non può essere «globale»", *Jus Civile*, 2020, IV, p. 1178 ss. Astone, M.: "Il diritto all'oblio on line alla prova dei limiti territoriali", *Eur. dir. priv.*, I, p. 223 ss.

20 La denominazione completa della fonte è: "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 direttiva 95/46/CE", reperibile in *https://eur-lex.europa.eu/*.

conseguenza che determinate informazioni potrebbero comunque trovarsi nelle versioni del motore presenti al di là dei confini europei.

Indipendentemente dalle peculiarità dei casi richiamati, il merito di tali pronunce è quello di aver sancito, sia pur a livello giurisprudenziale, un collegamento tra la disciplina relativa al commercio elettronico, costituita dal d.lg. n. 70 del 2003 e la normativa sulla *privacy*, oggi costituita dal d.lg. n. 196 del 2003, come modificato dal d.lg. n. 101 del 2018 ai fini dell'adeguamento al GDPR. Elemento di connessione tra le stesse è rappresentato dalla figura del responsabile del procedimento, in cui rientrerebbe proprio l'*hosting provider*, quindi il motore di ricerca. Da tale qualifica discende la sottoposizione alla disciplina prevista in materia di protezione dei dati, in particolare la sottoposizione al regime responsabilistico per il caso di violazione delle disposizioni *ivi* contenute, con i conseguenti oneri risarcitori.

III. *L'HOSTING PROVIDER* ATTIVO QUALE RESPONSABILE DEL TRATTAMENTO DI DATI PERSONALI: UNO SGUARDO ALLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE.

Le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza sovranazionale sono state seguite da quella nazionale, come attesta un recente pronunciamento dei giudici di merito in tema di responsabilità del *provider* per lesione del diritto all'oblio[21]. Protagonista indiscusso della vicenda è, ancora una volta, il motore di ricerca *Google*, destinatario di un'istanza di deindicizzazione relativa al collegamento ad alcune pagine *web*, avanzata dal soggetto colpito dal contenuto diffamante delle notizie *ivi* presenti, inserite da un terzo. La richiesta riceveva accoglimento parziale da parte del motore di ricerca, che provvedeva ad eliminare solo alcuni collegamenti lasciandone inalterati altri, assumendo che il contenuto delle pagine richiamate riguardasse la "vita professionale" dell'interessato, di interesse pubblico, e che, quindi, non ricorressero le condizioni per la prevalenza del diritto all'oblio[22].

21 Il riferimento è alla sentenza del Trib. Milano, 24 gennaio 2020, n. 4911, *www.dejure.it*. La pronuncia trae origine dalle vicende del ricorrente che, digitando il proprio nominativo sul motore di ricerca *Google*, si era avveduto della presenza di notizie false e dal contenuto diffamatorio sul proprio conto. Le notizie in questione, in particolare, lo descrivevano come parente di un noto 'ndranghetista, lo accusavano di essere affiliato alla criminalità organizzata, nonché di essere stato assolto da gravi accuse penali grazie all'amicizia personale goduta presso gli organi inquirenti. Lo stesso, quindi, presentava querela per il delitto di diffamazione avverso l'autore di tali inserzioni, che per tale reato veniva infine condannato. Facendo leva anche sulla sentenza di condanna il soggetto leso formulava istanza di deindicizzazione rivolta al motore di ricerca. Per un commento alla pronuncia *vid*. Cirillo, G.: "La deindicizzazione dai motori di ricerca tra diritto all'oblio e identità personale", *Nuova giur. civ. comm*., 2020, fasc. 6, p. 1242 ss.

22 Si noti che l'art. 17 del GDPR (norma costituente il fondamento del diritto all'oblio) prelude all'esercizio di un bilanciamento tra interessi diversi da parte del titolare del trattamento dei dati personali. Quest'ultimo, infatti, tendenzialmente è tenuto a procedere alla cancellazione dei dati personali allorquando il soggetto cui essi si riferiscono lo richieda. Tuttavia, il titolare del trattamento potrebbe persistere nell'attività svolta, nonostante l'opposizione dell'interessato, allorquando sussista un motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento (cfr. Art. 17, par. 1, lett. c.), il che implica lo svolgimento di una ponderazione tra valori contrapposti. In aggiunta a ciò il par. 3 della norma richiamata considera necessario il trattamento dei dati svolto per l'esercizio della libertà di espressione e informazione. Ora, le vicende relative ad un personaggio pubblico si prestano a costituire un valido motivo per procedere al trattamento, prevalente

Nel decidere la controversia, il Tribunale ha offerto alcuni importanti chiarimenti in merito ai casi in cui può sostanziarsi una responsabilità del motore di ricerca per lesione al diritto all'oblio.

In primo luogo, sulla scia della giurisprudenza della Corte europea, emerge una nuova considerazione del motore di ricerca, che lo allontana dal regime protettivo contenuto dal d.lg. n. 70 del 2003. Si osserva, infatti, che i motori di ricerca operano come banche dati in quanto scandagliano il *web*, raccogliendo e memorizzando le pagine prodotte dai vari siti, che organizzano al fine di farle comparire secondo un certo ordine a seguito della digitazione di alcune parole chiave: le fasi in questione avvengono in base a *software*s attivati secondo parametri noti solo al motore di ricerca, coperti da segreto industriale. Per giunta, lo stesso offre ulteriori servizi atti a facilitare la ricerca e ciò palesa l'interesse economico che si cela dietro tali forme di incentivazione, tanto che la sentenza in esame richiama l'art. 41 della Costituzione sulla libertà d'impresa. Si vuole dire, in sostanza, che oltre ad operare come *host provider*, limitandosi ad offrire ospitalità a contenuti gestiti da altri soggetti in piena autonomia, rispetto all'attività di evocazione di pagine *web* a seguito dell'inserimento di alcune parole il motore di ricerca opera quale titolare del trattamento di dati, associando ad un termine siti scelti secondo proprie logiche, contenenti informazioni personali. Con la conseguenza che, in dette evenienze, non viene alla luce quel principio di neutralità sempre rivendicato dai motori di ricerca nell'ambito delle controversie volte a far valere una loro responsabilità ma, anzi, gli stessi finiscono per assumere un ruolo attivo, andando incontro alle responsabilità previste dalla normativa sulla *privacy*.

Altro aspetto su cui soffermarsi è quello della condotta illecita ascrivibile al motore di ricerca e produttiva del danno patito dal ricorrente, oggetto di risarcimento. Tale condotta, si badi, non deriva dalla presenza nel *web* di informazioni diffamanti, circostanza da ricondurre all'attività di inserzione compiuta da terzi ma, diversamente, si verifica in un momento successivo, quando il motore di ricerca non si attivi per la deindicizzazione nonostante le richieste in tal senso ad esso rivolte. In altre parole, la violazione della normativa sulla protezione dei dati personali non avviene nel momento in cui lo stesso indicizza i dati, consentendone l'accesso attraverso ricerche basate sul nome e cognome della persona interessata, ma quando il responsabile del trattamento sia richiesto di cessare un determinato trattamento e si rifiuti di farlo. Sembra dunque configurarsi, a certe condizioni, un vero e proprio diritto alla deindicizzazione, quale estrinsecazione del più generale diritto all'oblio, la cui lesione è suscettibile di dar luogo a danni, patrimoniali e

rispetto a quello del soggetto richiedente la cancellazione in quanto riconducibile ad un pubblico interesse. Nel caso di specie il motore di ricerca *Google*, nel rigettare la richiesta di deindicizzazione, ha fatto leva su un motivo analogo, consistente nel pubblico interesse alle vicende del soggetto interessato. Il bilanciamento è stato compiuto dal motore di ricerca nella sua veste di titolare (o comunque responsabile) del trattamento dei dati, qualifica confermata dalla sentenza in esame, come si evidenzia nel corso della trattazione.

non. Nel caso di specie, in particolare, a venire alla luce per effetto delle riferite condotte è stato un danno morale per la "sofferenza derivante dalla perdurante reperibilità dei dati negativi che lo riguardavano mediante attivazione delle ricerche a proprio nome e la frustrazione subita per la reiezione della richiesta avanzata"[23].

Interessante si presenta, da ultimo, il riconoscimento di una "responsabilità extracontrattuale per i risultati lesivi determinati dal meccanismo di funzionamento di questo particolare sistema di ricerca»" essendo irrilevante "l'assenza di ogni intenzionalità lesiva nel provider". Tali espressioni, impiegate nell'apparato motivazionale della sentenza in esame, offrono spunti importanti in merito alla nota questione concernente la natura della responsabilità del responsabile del trattamento dei dati personali, in origine sviluppatasi nel contesto del d.lg. 196/2003, quindi postasi nuovamente con l'introduzione del GDPR n. 679/2016.

Sul tema possono distinguersi almeno tre orientamenti.

Un primo orientamento ritiene che si tratti di responsabilità da inadempimento degli obblighi specifici previsti dal Regolamento europeo, per cui ricorrerebbe la figura dell'inadempimento di obbligazioni *ex lege*. L'argomento principale della tesi risiede nel fatto che vi sia un "contatto" e, dunque, un "rapporto" tra le parti tale da consentire di assimilare la responsabilità a quella contrattuale, sia pur di fonte non contrattuale ma legale, secondo una ricostruzione che richiama da vicino la teoria del contatto sociale[24].

23 L'aspetto dei danni prodotti per effetto della violazione della normativa sul trattamento dei dati ha suscitato problemi definitori, posto che l'art. 82 del Regolamento prevede la risarcibilità del danno "materiale o immateriale", impiegando quindi termini diversi da quelli usualmente utilizzati nell'ordinamento interno. Le ricostruzioni della dottrina sul punto, comunque, tendono a ritenere la locuzione indicata corrispondente a quella di danno patrimoniale e non patrimoniale: cfr. Ratti, M.: "La responsabilità da illecito trattamento dei dati personali nel nuovo regolamento", in *Il Nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali* (a cura di G. Finocchiaro), Zanichelli, Bologna, 2017, p. 616. I problemi maggiori riguardano l'individuazione dei confini del danno non patrimoniale risarcibile. Il *considerando* n. 146 del Regolamento prevede che il concetto di danno dovrebbe essere interpretato in senso lato, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, al fine di garantire il perseguimento degli obiettivi della fonte in esame. La dottrina, quindi, sulla base dell'interpretazione della normativa ha tratto quale conclusione la risarcibilità del danno morale, sia pur alle condizioni previste nell'ordinamento interno per il risarcimento di tale pregiudizio, ossia che quest'ultimo sia grave e che il danneggiato ne fornisca riscontro, non essendo ammissibili danni *in re ipsa*: in questo senso *vid*. Caterina, R., Thobani S.: "Il diritto al risarcimento dei danni", *Giur. it*., 2019, fasc. 12, p. 2805 ss.

24 Nel senso della natura contrattuale della responsabilità *vid*. Piraino, F.: "Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato", *Leggi civ. comm*., 2017, p. 389 ss.; Bilotta, F.: "La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali", in *Circolazione e protezione dei dati personali tra libertà e regole del mercato* (a cura di R. Panetta), Giuffrè, Milano, 2019. In particolare, in base all'impostazione fatta propria dagli autori in questione la relazione che si instaura tra l'interessato e il responsabile del trattamento costituirebbe il frutto di un "complesso rapporto giuridico" contenente obblighi di condotta che, nonostante la natura procedimentale, precedono la produzione eventuale del danno e rientrano nella controversa categoria delle obbligazioni *ex lege*. Secondo un'interpretazione mediana, basata su un'attenta lettura del par. 2 dell'art. 82, la responsabilità *ivi* prevista sarebbe di natura "ancipite": si tratterebbe di responsabilità da inadempimento nel caso della violazione degli obblighi previsti dal Regolamento da parte del titolare o del responsabile del trattamento; si tratterebbe, invece, di responsabilità aquiliana nei casi in cui gli stessi abbiano "agito in modo difforme o contrario rispetto alle legittime istruzioni del titolare del trattamento", poiché in tale frangente tra l'interessato e il responsabile non è ravvisabile alcun rapporto giuridico. In questo senso cfr. Bravo, F.: "Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento

Un secondo orientamento, invece, ritiene che si tratti di una responsabilità aquiliana di carattere oggettivo, riconducibile al modello dell'art. 2050 del Codice civile relativo alla responsabilità per l'esercizio di attività pericolose, tesi che era stata sostenuta nel contesto della precedente normativa sulla *privacy* [25]. In effetti, l'attività consistente nel gestire dati personali può considerarsi come intrinsecamente rischiosa, sia per la complessità di trattare un elevato numero di informazioni personali, sia per la rilevanza dei danni potenzialmente arrecabili ai relativi titolari. A rendere tipica tale figura di responsabilità oggettiva sarebbe la tecnica normativa impiegata dal Legislatore, incentrata sulla puntuale predeterminazione degli obblighi e delle misure che i soggetti implicati nel trattamento sono tenuti a rispettare, diversamente da quanto avviene per gli illeciti aquiliani codicistici, sforniti di regolamentazioni inerenti le attività coinvolte.

L'orientamento prevalente, infine, ritiene che si sia in presenza di una responsabilità extracontrattuale riconducibile allo schema dell'art. 2043 c.c., in assenza di una relazione contrattuale tra la persona offesa e il titolare del trattamento[26]. Del resto, si afferma, la finalità perseguita dalla normativa è quella di tutelare non solo l'interessato ma anche ogni singolo individuo e il mercato nel suo complesso, come dimostra il fatto che il soggetto passivo è individuato in "chiunque". Si tratterebbe, pertanto, di una figura di illecito aquiliano tipico ed extracodicistico, che può realizzarsi esclusivamente mediante un trattamento dei dati illecito posto in essere attraverso la violazione delle disposizioni contenute nel Regolamento europeo.

La natura della responsabilità, lungi dal costituire una questione meramente teorica, è invero foriera di rilevanti implicazioni sotto il profilo dell'onere probatorio, dei termini prescrizionali entro i quali far valere il diritto al risarcimento e della prova liberatoria a carico del presunto responsabile.

---

illecito di dati personali, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR* (a cura di N. Zorzi Galgano), Cedam, Milano, 2019.

25 Tale tesi nel previgente Codice *privacy* (d.lg. 196/2003) trovava un preciso ancoraggio normativo: l'art. 15 del testo in questione, oggi abrogato, conteneva un richiamo espresso all'art. 2050 del Codice civile che conduceva necessariamente l'interprete verso la natura extracontrattuale dell'attività. Con il venir meno di tale espressione, quindi, è tornato alla luce il dibattito sulla natura della responsabilità. Per un riferimento alla dottrina risalente *vid.* Macario, F.: "La protezione dei dati personali nel diritto europeo", in *Il trattamento dei dati personali* (a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto), Utet, Torino, 1997, p. 48 ss., che configurava la responsabilità da illecito trattamento dei dati come una responsabilità aggravata per colpa presunta.

26 In particolare, nel senso della natura extracontrattuale della responsabilità *vid.* Gambini, M.: "Responsabilità e risarcimento nel trattamento dei dati personali", in *I dati personali nel diritto europeo* (a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto), Giappichelli, Torino, 2019, p. 1082 e ss.; Barbierato, D.: "Trattamento dei dati personali e "nuova" responsabilità civile", *Resp. civ. prev.,* 2019, p. 2151 ss. Si è rilevato che gli obblighi conformativi in ordine alla condotta del titolare o del responsabile del trattamento rivestono natura procedimentale metaindividuale poiché destinati a proteggere la dignità della persona e, di riflesso, anche il mercato dei dati. Del resto, questa finalità risulta coerente con il "chiunque" contenuto all'art. 82, che presuppone il fine di tutela di tutti i consociati, non del solo del soggetto interessato.

Se si opta per la responsabilità aquiliana, ad esempio, il danneggiato è tenuto a fornire prova dell'elemento soggettivo, rappresentato dal dolo e dalla colpa, del danno, del nesso di causalità tra gli stessi, dovendo esercitare l'azione entro un termine pari a cinque anni. Si prospetterebbe un'agevolazione dell'onere probatorio, invece, nel caso in cui si aderisca alla tesi della responsabilità per esercizio di attività pericolose ai sensi dell'art. 2050 del Codice civile, semplificazione che si atteggia in maniera diversa a seconda che si acceda all'impostazione della responsabilità di natura soggettiva per colpa presunta o oggettiva, entrambe sostenute con riferimento a tale fattispecie.

Analogamente, un regime favorevole per il danneggiato in punto di prova si riscontrerebbe anche nel caso in cui si acceda alla tesi della responsabilità contrattuale, che a seconda delle ricostruzioni sarebbe di natura oggettiva o soggettiva per colpa presunta[27]. In base alla prima impostazione, in particolare, il creditore (rappresentato in tale ambito dal danneggiato) non sarebbe tenuto a provare l'elemento soggettivo del debitore (costituito dal danneggiante) ma potrebbe limitarsi ad allegare il suo inadempimento con il solo onere di provare il danno del quale intende ottenere un ristoro; in base alla seconda tesi, invece, l'agevolazione probatoria risiederebbe nella presunzione di colpa del debitore e, quindi, nell'inversione dell'onere probatorio in capo allo stesso, tenuto a provare l'assenza di una sua negligenza o, comunque, l'adozione di un comportamento diligente, secondo il grado di diligenza richiesto dall'attività esercitata.

Il modo di atteggiarsi della responsabilità ha implicazioni anche sul contenuto della prova liberatoria gravante sui responsabili e sui titolari del trattamento. Al riguardo l'art. 82 del GDPR prevede che i soggetti attivi del trattamento vadano esenti da responsabilità qualora dimostrino che l'evento dannoso "non gli è in alcun modo imputabile". La formulazione si presta ad essere letta in due modi, il primo dei quali è nel senso che il Legislatore comunitario faccia riferimento proprio al concetto di imputabilità di cui all'art. 2046 c.c., oppure al nesso di causalità tra la condotta illecita e il danno. Tale lettura, però, finirebbe con lo svuotare di contenuto

27 Come noto, l'annosa questione intorno alla natura della responsabilità contrattuale ha visto la contrapposizione tra i sostenitori della tesi della natura soggettiva e i sostenitori della tesi della natura oggettiva. I primi, in particolare, operando un coordinamento tra l'art. 1218 e l'art. 1176 del Codice civile, mettono in correlazione il concetto di colpa con quello di diligenza, la quale ultima costituisce al contempo criterio di determinazione della prestazione e criterio di responsabilità, nel senso che l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile, cui si riferisce l'art. 1218 al fine di escludere la responsabilità, attiene ai casi in cui ricorra un impedimento non prevedibile né superabile con la dovuta diligenza. Con la conseguenza che il problema si sposta su un altro piano, diventando necessario comprendere quale sia il grado di diligenza concretamente richiesto nel singolo caso. Ne emerge un concetto relazionale e dipendente dalle tipologie di rapporti che vengono alla luce. Per una trattazione generale sul tema risulta imprescindibile il rinvio, tra tutti, a Bianca, C.M.: "Diritto civile - La responsabilità", V, Giuffrè, Milano, 2020. Diviene irrilevante il riferimento alla diligenza, invece, nell'eventualità in cui si adotti la tesi sulla natura oggettiva della responsabilità da inadempimento secondo cui, fintanto che la prestazione rimanga possibile, il debitore è tenuto ad eseguirla, quale che sia l'entità dei "mezzi" richiesti a questo scopo (e per quanto grande sia lo sforzo necessario per procurarseli). Principale sostenitore della teoria oggettiva è stato Osti, G.: "Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione", *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 209 ss..

la disposizione, che si risolverebbe in un pleonasmo (ossia nell'affermare che non vi è responsabilità quando non vi è imputabilità o nesso causale). Più adeguata, allora, la seconda lettura, secondo cui l'esonero dipenderebbe da una condotta attiva dell'agente, come quella consistente nell'aver fatto tutto il possibile per evitare il danno, alla stregua di quanto previsto nell'ambito della responsabilità da attività pericolose. In ogni caso, ciò che preme evidenziare è come la dicitura normativa sopra riportata risulti compatibile con la configurazione della responsabilità sia in termini oggettivi che soggettivi: nel primo caso il responsabile dovrebbe dimostrare la sussistenza di un caso fortuito che ha interrotto il nesso di causalità, gravando sullo stesso il rischio di causa ignota produttiva del danno; nel secondo caso, invece, il responsabile potrebbe limitarsi a dimostrare di aver tenuto una condotta conforme alle regole di diligenza del settore, non gravando sullo stesso il rischio che la causa che ha prodotto il danno resti ignota.

IV. L'*HOSTING PROVIDER* ATTIVO QUALE PROFESSIONISTA SECONDO LA DISCIPLINA DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

Le precedenti osservazioni evidenziano la progressiva comparsa sulla scena della figura dell'hosting *hosting provider* attivo, frutto della creazione della giurisprudenza, chiamata a trovare soluzioni ai nuovi scenari prospettati dall'incessante progresso tecnologico[28]. Più precisamente, la figura in questione è stata definita dalla Suprema Corte[29] quale il prestatore dei servizi della società dell'informazione che svolge un'attività che esula da un servizio meramente tecnico, automatico e passivo, in quanto pone in essere una condotta attiva, concorrendo

28 Per un'analisi degli orientamenti sul ruolo attivo dell'*hosting provider vid*. Tosi, E.: "Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider- passivi e attivi- tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti", *Riv. dir. ind*., 2017, fasc. 1, p. 75 ss. Si noti che nell'ambito dell'ordinamento italiano il *leading case* che ha comportato per la prima volta l'introduzione del concetto di *hosting provider* attivo è rappresentato dal precedente che vede contrapposti Reti Televisive Italiane S.p.a., da un lato, e Yahoo! Italia S.r.l., dall'altro: cfr. Trib. Milano, 9 settembre 2011, n. 10893, *Riv. dir. ind*., fasc. 6, 2011, p. 375 ss., con nota di Saraceno, A.: "Note in tema di violazione del diritto d'autore tramite Internet; la responsabilità degli Internet service provider". A venire alla luce nel caso di specie era l'asserita violazione dei diritti di utilizzazione economica relativi ai programmi televisivi messi in onda sulle reti emittenti, diffusi illegittimamente da *Yahoo*, considerato responsabile di alcune violazioni della Legge sul diritto d'autore. Il Tribunale, sul presupposto che il medesimo traesse un profitto dalla messa a disposizione dei contenuti suddetti, valutando altresì l'attività di organizzazione dei medesimi svolta anche per fini pubblicitari, ha inibito al *provider* la loro ulteriore diffusione. Per un'analisi della tematica della responsabilità civile del *provider* in caso di violazione del diritto d'autore *vid*. B. De Marinis, G.: "La responsabilidad del host provider por vulneración de los derechos de propriedad intelectual e industrial por parte de los proprios usuarios", *Revista Boliviana de derecho*, 2014, n. 18, p. 140 ss.

29 Il riferimento è a Cass. civ., I sez., 19 marzo 2019, nn. 7708 e 7709, *Riv. dir. ind*., 2019, p. 201 ss., con nota di Tosi, E.: "La disciplina applicabile all'"hosting provider" per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019", p. 226 ss.; in *Foro it*., 2019, I, p. 2045 ss., con nota di Di Ciommo, F.: "Oltre la direttiva 2000/31/Ce, o forse no. La responsabilità dei provider di Internet nell'incerta giurisprudenza europea", p. 2072 ss.; in *Giur. it*., 2019, p. 2604 ss., con nota di Bocchini, R.: "La responsabilità civile plurisoggettiva, successiva ed eventuale dell'ISP", p. 2606 ss.; in *Corr. giur*., 2020, p. 177 ss., con nota di Gambini, M. L.: "La responsabilità dell'Internet service provider approda al vaglio della Cassazione", p. 186 ss.; in *Dir. ind*., 2019, p. 353 ss., con nota di Cassano, G.: "La Cassazione civile si pronuncia sulla responsabilità dell'internet service provider", p. 364 ss.

con altri nella commissione dell'illecito, con la conseguenza che resta sottratto al regime generale di esenzione di responsabilità, dovendo quest'ultima atteggiarsi secondo regole comuni.

La distinzione tra *hosting provider* attivo e passivo è stata di recente confermata dalla giurisprudenza amministrativa di ultimo grado in relazione ad un diverso ambito, quello relativo alle pratiche commerciali scorrette. Nello specifico, oggetto di indagine è stato il rapporto tra la disciplina consumeristica relativa a tali pratiche e quella sul commercio elettronico, al fine di stabilire la possibilità di riconoscere in capo all'*Internet service provider* una responsabilità ai sensi della prima normativa[30].

La questione che ha ispirato un pronunciamento del Consiglio di Stato nasce da un provvedimento sanzionatorio irrogato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato[31] ad una società che metteva a disposizione dei propri utenti una piattaforma *web* dove poter scambiare i biglietti per assistere ad eventi culturali, operando quindi come mero intermediario e senza avere, almeno apparentemente, alcuna relazione contrattuale con gli operatori del mercato primario. Le contestazioni mosse dall'Autorità riguardavano la diffusione da parte della società, attraverso il predetto sito *internet*, di contenuti pubblicitari ingannevoli o, comunque, l'omissione di informazioni significative con riferimento, ad esempio, al ruolo rivestito dal professionista, al valore reale dei biglietti per gli spettacoli, ai posti cui gli stessi dessero titolo e ai diritti del consumatore, tra cui quello all'eventuale rimborso nel caso di annullamento dell'evento. In questo modo la società avrebbe posto in essere una pratica commerciale scorretta, nella specie di natura ingannevole ai sensi degli artt. 20 e 22 del Codice del consumo, in quanto contraria alla diligenza professionale ed idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico dei consumatori[32].

30 Il riferimento è a Cons. Stato, sez. VI, 17 febbraio 2020, n. 1217, *www.dejure.it*. La medesima questione della compatibilità tra la figura del professionista ai sensi della normativa sulle pratiche commerciale scorrette e quella di *hosting provider* ai sensi della normativa sul commercio elettronico si era posta con la precedente sentenza: Cons. Stato, sez. VI, 25 giugno 2019, n. 4359, *www.dejure.it*.

31 Cfr. Provv. sanzionatorio n. 26536, 5 aprile 2017, rinvenibile in *www.agcm.it*, adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nei confronti della società spagnola *Ticketbis Sociedad Limitada*. Avverso tale provvedimento quest'ultima proponeva dapprima ricorso al T.A.R., che tuttavia disattendeva le censure dalla stessa sollevate confermando le sanzioni irrogate. Avverso tale sentenza, quindi, il prestatore di servizi della società dell'informazione proponeva appello innanzi al Consiglio di Stato.

32 È il caso di ricordare che, in generale, le pratiche commerciali scorrette costituiscono quelle condotte del professionista che, contrarie alla diligenza professionale, risultano idonee ad influire sul comportamento commerciale del consumatore medio. Esse possono essere qualificate come ingannevoli allorquando consistano nell'offerta di informazioni false o di informazioni vere ma presentate in modo tale da indurre in errore il consumatore circa aspetti rilevanti della contrattazione, tra i quali la natura, l'esistenza del prodotto, le sue caratteristiche, il prezzo, i diritti del consumatore; le omissioni ingannevoli, invece, si verificano allorquando il professionista non riveli proprio al consumatore le informazioni rilevanti per determinare le sue scelte commerciali o, comunque, le fornisca in maniera sommaria, volutamente oscura o, ancora, ometta di palesare l'intento commerciale della propria condotta. Sul tema la bibliografia è molto vasta. Senza pretese di esaustività può rinviarsi a Calvo, R.: "Le pratiche commerciali sleali «ingannevoli»", in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007),* (a cura di G. De Cristofaro), Giappichelli, Torino, 2008, p. 175 ss.; Meli, V.: "Le pratiche sleali ingannevoli", in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*.

L'intermediario chiedeva pertanto l'annullamento del provvedimento dell'Autorità rivendicando la sua natura di mero *hosting provider*, in quanto tale non suscettibile di risultare destinatario della disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette. Nell'affrontare la questione del rapporto tra la disciplina del commercio elettronico e quella del Codice del consumo, il Consiglio di Stato, premettendo che astrattamente non vi è un'incompatibilità tra la figura del professionista e quella di *hosting provider*, ha evidenziato al contempo la necessità di vagliare attentamente, di volta in volta, il tipo di attività svolta dal prestatore dei servizi nella rete. Il vaglio in questione ha condotto nel caso di specie a reputare la condotta del *provider* sostanzialmente neutra, con conseguente inapplicabilità della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

La conclusione raggiunta, però, ad un'indagine più approfondita circa le attività concretamente svolte dalla società in esame si presta ad alcuni rilievi critici. A ben vedere, infatti, la percentuale ricevuta sulle transazioni andate a buon fine mediante l'attività di intermediazione, nonché le attività promozionali presenti sul sito e finalizzate alla massimizzazione del prezzo e del numero di biglietti venduti, tradiscono l'interesse economico nascosto dietro l'attività svolta dalla società e insinuano il dubbio che si tratti di un *hosting provider* attivo. Tali aspetti, in altre parole, sembrano costituire espressione di un ruolo "attivo" e consapevole della piattaforma nei processi di compravendita *on-line*, a cui essa partecipava traendone un vantaggio economico, con la conseguente impossibilità di qualificarla come soggetto "neutro"[33].

A prescindere dalle più o meno condivisibili argomentazioni sulla qualificazione del prestatore di servizi nel caso di specie, il merito di tale pronuncia è quello di aver confermato l'esistenza di una figura di *hosting provider* attivo accanto a quella di *hosting provider* passivo e di aver evidenziato un potenziale coordinamento tra la disciplina del commercio elettronico e quella consumeristica. Il coordinamento, nello specifico, discenderebbe dalla potenziale qualificazione dell'*hosting provider* attivo in termini di "professionista", con tutto ciò che ne deriva ai fini dell'applicazione della normativa a tutela del consumatore, *ivi* compresa la disciplina sulle pratiche sleali.

Si è così aggiunto un ulteriore tassello all'evoluzione giurisprudenziale in tema di responsabilità civile dell'*Internet service provider* posto che, è il caso di ricordare, le condotte integranti pratiche commerciali scorrette, se da un lato ricevono sanzioni di stampo amministrativo a livello di *public enforcement*, sotto il profilo privatistico costituiscono illeciti civili, fonti di obbligazioni risarcitorie. In particolare,

Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE, (a cura di A. Genovese), Cedam, Padova, 2008, p. 87 ss.

33 Osserva tali circostanze Picariello, G.: "La responsabilità dell'internet service provider nell'alveo della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette", *Resp. civ. prev.*, fasc. 6, 2020, p. 1926 ss.

si sostiene che i consumatori vittime di pratiche scorrette possano ricorrere all'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 2043 del Codice civile[34], il cui esercizio sarebbe peraltro oggi agevolato dal possibile impiego di strumenti di tutela collettivi, quali le azioni di classe, di recente inserite nell'art. 840 *bis* e seguenti del Codice di procedura civile[35]. Più precisamente, le norme in questione, ampliando l'ambito oggettivo del precedente art. 140 *bis* del Codice del consumo, descrivono una procedura che consente di far valere pretese risarcitorie o restitutorie nei confronti di imprese e di gestori di servizi di pubblica utilità, fondate sulla lesione di "diritti individuali omogenei" derivanti da qualunque tipo di illecito contrattuale o extracontrattuale tra cui, appunto, l'illecito costituito dalle pratiche commerciali scorrette.

V. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE: L'OPPORTUNITÀ DI UN INTERVENTO NORMATIVO SULLE RESPONSABILITÀ DEL *PROVIDER*.

Sono lontani i tempi in cui al motore di ricerca bastava richiamare il principio di neutralità sancito dalla disciplina del commercio elettronico per rivendicare l'estraneità dalle vicende che venivano alla luce e per risultare esente da qualsiasi forma di responsabilità. I precedenti richiamati evidenziano come lo stesso possa venire considerato, a certe condizioni, quale responsabile del trattamento di dati personali, con conseguente applicazione del regime di responsabilità previsto dalla normativa in materia. Ma vi è di più: l'*hosting provider*, nella sua veste attiva, può essere considerato "professionista" ai sensi della normativa consumeristica, con conseguente imposizione in capo allo stesso degli obblighi a tutela del consumatore e le annesse responsabilità in caso di violazione.

Il contesto descritto presta il fianco ad alcune osservazioni.

In primo luogo, l'assetto che si è venuto a delineare in relazione agli ipotetici casi di responsabilità civile degli *hosting provider* risulta ad oggi sfornito di un

34 Sul tema dei rimedi esperibili in caso di pratiche commerciali scorrette *vid*., *ex multis*, Gentili, A.: "Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica", *Riv. dir. priv*., fasc. 3, 2010, p. 37 ss.; De Cristofaro, G.: "Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE", *Rass. dir. civ*., vol. 31, fasc. 3, 2010, p. 880 ss.; Tenella Sillani, C.: "Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore", *Obbl. contr*., 2009, p. 775 ss.

35 Per comprendere il funzionamento delle nuove azioni di classe può rinviarsi, *ex multis*, a Consolo, C.: "La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina", *Corr. giur*., 2019, p. 737 ss.; Ponzanelli, G.: "La nuova class action", *Danno resp*., fasc. 3, 2019, p. 306 ss.; Franzoni, M.: "Azione di classe, profili sostanziali", *ivi*, p. 309 ss. Un'agevolazione probatoria ulteriore potrebbe peraltro aversi nel caso in cui si attribuisca un valore probatorio pregnante all'eventuale provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che accerti la ricorrenza di una pratica sleale: l'accertamento di quest'ultima in sede amministrativa si presterebbe ad inglobare la prova dell'ingiustizia del danno, del nesso e della colpa (essendo la pratica commerciale "contraria alla diligenza professionale" e "idonea a falsare" il comportamento economico del consumatore medio). In capo ai consumatori, tuttavia, continuerebbe a gravare l'onere di provare il danno subito per effetto della condotta del professionista.

riconoscimento a livello normativo, essendo piuttosto il frutto dell'evoluzione della giurisprudenza e della dottrina. Il rapporto tra evoluzione tecnologica e diritto, del resto, vede quest'ultimo oggetto di continui adattamenti e rivisitazioni. Sennonchè, se da un lato risulta apprezzabile il tentativo della giurisprudenza di garantire una maggiore tutela ai soggetti interessati dalla normativa sul trattamento dei dati personali, anche in virtù della delicatezza degli interessi in gioco, mediante il riconoscimento della responsabilità in capo ai *providers*, dall'altro lato non può essere trascurata anche la posizione di quest'ultimi, per cui è auspicabile la predisposizione un regime di responsabilità economicamente sostenibile, che eviti una disincentivazione "di fatto" verso le attività di prestazione di servizi.

L'esigenza di certezza è avvertita ancor più nell'ambito della disciplina delle pratiche sleali, posto che la relativa normativa si caratterizza per un insieme di concetti vaghi e indeterminati che richiedono un'attività interpretativa di concretizzazione, che cali detti concetti sul piano concreto, con il conseguente pericolo che la discrezionalità dell'interprete sfoci in arbitrio. In questo contesto i maggiori timori derivano dalla clausola generale della "diligenza professionale", il cui uso smodato consentirebbe di pretendere dal fornitore di servizi *internet* delle condotte non prescritte dalla Direttiva sul commercio elettronico. Tale interpretazione, tuttavia, se portata all'estremo potrebbe risolversi in un'*interpretatio abrogans* dell'esimente di responsabilità di cui godono gli *Internet service providers*, giungendo ad imporre un dovere di vigilanza su tutte le informazioni trasmesse o memorizzate dalle piattaforme, così da vanificare le prescrizioni dell'art. 15 della Direttiva 2000/31/CE, che sanciscono l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza.

Si vuole dire che il contesto giurisprudenziale, nazionale e non, impegnato ad interpretare la normativa nel senso di una maggiore responsabilizzazione del *provider* rende maturi i tempi per un preciso riconoscimento a livello normativo della figura di *hosting provider* attivo[36]. Ora, considerata la matrice europea sia della disciplina relativa al trattamento dei dati personali sia di quella sul commercio elettronico, appare opportuno attendere sul punto un intervento del Legislatore europeo. Ed è verosimile che un siffatto intervento non tarderà ad arrivare, come attestano i numerosi atti di *soft law* adottati recentemente in ambito europeo, evidenzianti la necessità di procedere ad una modernizzazione delle discipline indicate[37]. Nel frattempo, però, stante la delicatezza degli interessi in gioco, è

36 In questo senso, in particolare, D'Alfonso, G.: "Verso una maggiore responsabilizzazione dell'hosting provider tra interpretazione evolutiva della disciplina vigente, innovazioni legislative e prospettive *de jure condendo*", *www.federalismi.it*, 22 gennaio 2020.

37 A titolo esemplificativo il 28 settembre 2017 la Commissione Europea ha rivolto alle altre istituzioni una Comunicazione recante il titolo: "Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online", in cui prospetta l'adozione di eventuali misure legislative da parte degli Stati membri al fine di aggiornare la cornice normativa vigente. Nell'atto in questione si pone l'obiettivo di intensificare l'attuazione di "buone pratiche" al fine di individuare i contenuti illeciti, attraverso l'adozione da parte dei *providers* di "misure proattive" implicanti anche il ricorso alle tecnologie di filtraggio automatico. Alla Comunicazione ha fatto seguito la Raccomandazione della Commissione del 1 marzo del

auspicabile il consolidamento a livello interno di orientamenti giurisprudenziali per quanto possibile coesi circa le condizioni in cui ricorrerebbe il carattere attivo del *provider*. Ciò soprattutto al fine di scongiurare forme di abuso della tendenza alla responsabilizzazione degli intermediari dei servizi, i quali correrebbero il rischio di incorrere in responsabilità particolarmente gravose, come sopra accennato.

Un altro aspetto sul quale è opportuno soffermarsi concerne la progressiva affermazione in via autonoma di un diritto alla deindicizzazione quale aspetto del diritto all'oblio, del quale ultimo, riprende pertanto il fondamento normativo, costituito dall'art. 17 del Regolamento europeo (GDPR). Ne deriva che è compito del motore di ricerca disabilitare il collegamento a determinate informazioni alla ricorrenza delle condizioni sancite dalla norma. In particolare lo stesso viene talvolta chiamato a valutare se sussistono motivazioni rilevanti tali da giustificare il rigetto della richiesta di rimozione delle informazioni personali a causa della presenza di un prevalente interesse della collettività ad essere informata[38].

Suscita perplessità il fatto che un compito così delicato, quale quello del bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti, venga affidato proprio al motore di ricerca, che in fondo costituisce parte del problema che si intende risolvere. Esso, infatti, lungi dal rivestire un ruolo meramente neutro, non di rado svolge un'attività volta a trarre un vantaggio economico. Un rischio di questo genere sembra essere stato preso in considerazione dalle conclusioni rassegnate dall'Avvocato Generale in occasione di una recente pronuncia della Corte di Giustizia europea, relativa ad una richiesta di deindicizzazione motivata in base alla natura falsa delle informazioni presenti in rete[39]. L'avvocato generale, nello

2018, n. 334, che incoraggia i fornitori dei servizi ad adottare misure effettive, appropriate e proporzionate per fronteggiare i contenuti illeciti *online*. In particolare si prevede un doppio canale di misure, idoneo a responsabilizzare maggiormente gli *hosting providers*: sul piano della prevenzione si prevede il rafforzamento della collaborazione tra i prestatori di servizi *di hosting*, i quali dovrebbero condividere tra loro esperienze, soluzioni tecnologiche, cooperando mediante protocolli d'intesa ed altri accordi; della collaborazione tra *hosting providers* e Stati membri, dovendo i primi predisporre procedure accelerate per trattare le segnalazioni che provengano dalle autorità competenti dei secondi; della collaborazione tra *hosting providers* e "segnalatori attendibili", tramite la previsione di procedure accelerate per il trattamento delle segnalazioni di questi e la precisazione delle condizioni di attendibilità. Nell'ambito delle misure da adottare *ex post* la Raccomandazione stimola l'impiego di misure idonee a garantire una risposta veloce nel rimuovere i contenuti illeciti, mediante meccanismi preposti alla raccolta di segnalazioni adeguatamente motivate e sufficientemente dettagliate (con chiara indicazione dell'ubicazione dei contenuti) che consentano al prestatore di servizi di prendere "una decisione coscienziosa ed informata". In aggiunta a ciò, al fine di aumentare la trasparenza, si invitano gli Stati membri ad incentivare i *providers* a pubblicare descrizioni chiare e particolareggiate sulla loro politica di rimozione e disabilitazione all'accesso di contenuti illeciti, prevedendo l'obbligo per costoro di pubblicare relazioni su tale attività.

38 Cfr. art. 17, par. 1, lett. c) del Regolamento europeo (GDPR).

39 Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa C-460/20, rinvenibili in *https://curia.europa.eu/*. Il procedimento innanzi alla Corte di Giustizia Europea origina da una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesgerichtshof (Il Tribunale Federale tedesco) il 24 settembre 2020, ispirata da una controversia che vede i ricorrenti agire contro *Google LLC*. Il quesito, sul presupposto della necessità di tutelare i diritti fondamentali di cui agli articoli 7, 8 e 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, concerne uno scenario sul quale la Corte non si è ancora pronunciata: quello in cui a venire alla luce è la non veridicità dei dati trattati, falsità che conseguentemente giustifica la richiesta di deindicizzazione dei *links* che rinviano a contenuti editi da terzi in cui figurano tali dati.

specifico, premettendo che l'esattezza dei dati costituisce una delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali e che la libertà di espressione e di informazione, se riferite ad un'informazione falsa, non possono essere poste sullo stesso piano dei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali, si sofferma ad analizzare l'ipotesi in cui venga in dubbio la veridicità dell'informazione trattata dal motore di ricerca.

Posto che quest'ultimo non può essere obbligato a verificare preventivamente la veridicità dei dati inseriti, l'Avvocato propone come soluzione l'imposizione in capo all'interessato dell'onere di fornire un principio di prova della falsità dei contenuti di cui intende chiedere la deindicizzazione. A questo punto il gestore del motore di ricerca dovrà vagliare la fondatezza della domanda, effettuando le verifiche a tal fine necessarie che rientrino nelle sue possibilità, eventualmente interpellando il titolare della pagina *web* contenente le informazioni delle quali si chiede la cancellazione. *Medio tempore*, al fine di evitare che nell'attesa di svolgere i dovuti accertamenti la persona interessata subisca pregiudizi irreparabili, l'Avvocato ipotizza la sospensione temporanea dell'indicizzazione oppure l'indicazione nei risultati della ricerca della circostanza che la veridicità di talune delle informazioni è oggetto di contestazioni e controlli. Solo in caso di persistenza del dubbio circa l'autenticità dei contenuti il motore di ricerca dovrebbe procedere con il rigetto della domanda, lasciando all'interessato la possibilità di rivolgersi all'autorità di controllo *ex* art. 51 del GDPR per opporsi alla scelta effettuata dall'*hosting provider*.

La soluzione ipotizzata intende raggiungere un compromesso: da un lato l'allegazione di un principio di prova da parte degli interessati evita la trasformazione del motore di ricerca in "giudice della verità"; dall'altro la sospensione temporanea dell'indicizzazione garantisce la tutela della dignità dell'individuo in attesa di ulteriori accertamenti in merito alla veridicità dei dati.

Sennonchè, nonostante gli accorgimenti contenuti nelle conclusioni dell'Avvocato Generale (che peraltro non vincolano la Corte di giustizia), rimangono alcune perplessità legate alla circostanza che, nonostante la sospensione in via cautelare dell'indicizzazione, in fin dei conti a compiere gli accertamenti in merito alla veridicità delle informazioni sia pur sempre il motore di ricerca. Quest'ultimo, però, proprio per il fatto di costituire un operatore privato che ricava dei profitti dai servizi svolti, potrebbe non risultare idoneo a costituire un valido presidio di garanzia nel ricercare un punto di equilibrio tra interessi costituzionalmente rilevanti, bilanciamento che rischierebbe di declinarsi a favore di interessi non necessariamente rispondenti ai bisogni della collettività.

In una prospettiva *de iure condendo* si potrebbe avanzare come soluzione quella di lasciare alle descritte piattaforme la gestione della sola fase preliminare dell'intervento sui contenuti potenzialmente illeciti, in tal modo garantendo

l'immediata sospensione dell'indicizzazione e la conseguente limitazione della propagazione delle informazioni presenti in rete. In seconda battuta, però, pare opportuno rimettere la decisione finale in merito al bilanciamento degli interessi in gioco ai soggetti istituzionalmente deputati a tale compito quali, a titolo esemplificativo, le autorità del settore (il *Garante Privacy*) e le autorità giurisdizionali. In attesa di una pronuncia di tali soggetti potrebbe essere mantenuta la sospensione disposta in via cautelare, e ciò al fine di evitare la produzione di pregiudizi aventi ad oggetto interessi fondamentali dei soggetti implicati e le annesse, gravose, responsabilità in capo al *provider*.

Sennonchè, valgono le medesime considerazioni svolte in precedenza circa la necessità di un intervento normativo: è opportuno che il Legislatore, segnatamente quello comunitario, prenda in considerazione l'eventualità descritta, predisponendo un'apposita regolamentazione della fattispecie che tenga conto delle indicate esigenze.

BIBLIOGRAFIA

ADAMO, E.: "I "confini" del diritto di cronaca tra parametri giurisprudenziali e regole deontologiche", *Rass. dir. civ.*, 2017, pp. 1056 ss.

ASTONE, M.: "Il diritto all'oblio on line alla prova dei limiti territoriali", *Eur. dir. priv.*, I, pp. 223 ss.

AZURMENDI, A.: "Por un derecho al olvido para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del caso Google Spain y su recepción por la Sentencia de la Audiencia Nacional Española de 29 de diciembre de 2014", *Revista de Derecho Político*, 2015, n. 92, pp. 273 ss.

BARBIERATO, D.: "Trattamento dei dati personali e "nuova" responsabilità civile", *Resp. civ. prev.*, 2019, pp. 2151 ss.

BIANCA, C.M.: "Diritto civile. La norma giuridica – I soggetti", I, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 145 ss.

BIANCA, C.M.: "Diritto civile - La responsabilità", V, Giuffrè, Milano, 2020.

BILOTTA, F.: "La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali", in *Circolazione e protezione dei dati personali tra libertà e regole del mercato* (a cura di R. PANETTA), Giuffrè, Milano, 2019.

BOCCHINI, R.: "La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico", Esi, Napoli, 2003.

BRAVO, F.: "Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento illecito di dati personali, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR* (a cura di N. ZORZI GALGANO), Cedam, Milano, 2019.

CALABRESE, G.: "Bilanciamento ed estensione territoriale del diritto alla deindicizzazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, IV, pp. 794 ss.

CATERINA, R., THOBANI S.: "Il diritto al risarcimento dei danni", *Giur. it.*, 2019, fasc. 12, pp. 2805 ss.

CIRILLO, G.: "La deindicizzazione dai motori di ricerca tra diritto all'oblio e identità personale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, fasc. 6, pp. 1242 ss.

CONSOLO, C.: "La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina", *Corr. giur.*, 2019, pp. 737 ss.

Crisafulli, M.: "Per la CGUE la deindicizzazione sui motori di ricerca non può essere «globale»", *Jus Civile*, 2020, IV, pp. 1178 ss.

Cuffaro, V.: "Cancellare i dati personali. Dalla damnatio memoriae al diritto all'oblio", in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR* (a cura di N. Zorzi Galgano), Cedam, Milano, 2019, pp. 219 ss.

Cuffaro, V.: "Il diritto europeo alla protezione dei dati personali", *Contr. impr.*, 2018, III, pp. 1098 ss.

D'alfonso, G.: "Verso una maggiore responsabilizzazione dell'hosting provider tra interpretazione evolutiva della disciplina vigente, innovazioni legislative e prospettive de jure condendo", *www.federalismi.it*, 22 gennaio 2020.

De Cristofaro, G.: "Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE", *Rass. dir. civ.*, vol. 31, fasc. 3, 2010, pp. 880 ss.

De Cupis, A.: "I diritti della personalità", I, in *Trattato dir. civ. comm.* (diretto da A. Cicu e F. Messineo), Giuffrè, Milano, 1982, pp. 32 ss.

De Cupis, A.: "Il diritto alla riservatezza esiste", *Foro it.*, 1954, IV, cc. 184 ss.

Delfini, F.: "Il D. Lgs. 70/2003 di attuazione della Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico", *Contr.*, 2003, VI, pp. 612 ss.

De Nova, G., Delfini, F.: "La direttiva sul commercio elettronico: prime considerazioni", *Riv. dir. priv.*, 2000, pp. 693 ss.

Ferri, G.B.: "Persona umana e formazioni sociali", *Iustitia*, 1977, p. 81.

Frosini, T.E.: "Google e il diritto all'oblio preso sul serio", *Dir. inf.*, 2014, pp. 563 ss.

Gambini, M.: "Le responsabilità civili dell'Internet service provider", Esi, Napoli, 2006.

Gambini, M.: "Responsabilità e risarcimento nel trattamento dei dati personali", in *I dati personali nel diritto europeo* (a cura di V. Cuffaro, R. D'orazio, V. Ricciuto), Giappichelli, Torino, 2019, pp. 1082 e ss.

Gentili, A.: "Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica", *Riv. dir. priv.*, fasc. 3, 2010, pp. 37 ss.

GIAMPICCOLO, G.: "La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza", *Riv. trim.*, 1958, pp. 466 ss.

LEOCANI, P.: "La direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi", *Eur. dir. priv.*, 2000, pp. 617 ss.

MACARIO, F.: "La protezione dei dati personali nel diritto europeo", in *Il trattamento dei dati personali* (a cura di V. CUFFARO e V. RICCIUTO), Utet, Torino, 1997, pp. 48 ss.

MACIOCE, F.: "Tutela civile della persona e identità personale", Cedam, Padova, 1984.

MANNA, A., "Tutela penale della personalità", Il Mulino, Bologna, 1993.

MARINI, G.: "La giuridicazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità", *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 364.

MARTÍNEZ OTERO, J. M.: "El derecho al olvido en Internet: debates cerrados y cuestiones abiertas tras la STJUE Google vs AEPD y Mario Costeja", *Revista de Derecho Político*, 2015, pp. 103 ss.

MESSINETTI, D.: "Personalità", *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 355 ss.

MEZZANOTTE, M.: "Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica", Esi, Napoli, 2009.

MEZZASOMA, L.: "Il diritto all'immagine fra Codice Civile e Costituzione", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Universidad de Almería, 2013.

OSTI, G.: "Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione", *Riv. dir. civ.*, 1918, pp. 209 ss.

PARDOLESI, R., PALMIERI, A.: "Diritto all'oblio: il futuro dietro le spalle", *Foro it.*, 2014, IV, cc. 317 ss.

PERLINGIERI, P.: "Informazione, libertà di stampa e dignità della persona", *Rass. dir. civ.* 1986, pp. 624 ss.

PERLINGIERI, P.: "La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile", Esi, Napoli, 2005, pp. 5 ss.

PERLINGIERI, P.: "Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato", *Foro nap.*, 2018, II, pp. 481 ss.

PICARIELLO, G.: "La responsabilità dell'internet service provider nell'alveo della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette", *Resp. civ. prev.*, fasc. 6, 2020, pp. 1926 ss.

PIRAINO, F.: "Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato", *Leggi civ. comm.*, 2017, pp. 389 ss.

PIZZETTI, F.: "La decisione della Corte di giustizia sul caso Google Spain: più problemi che soluzioni", in *www.federalismi.it*.

PIZZETTI, F.: "Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679", Giappichelli, Torino, 2016.

POLLICINO, O.: "Diritto all'oblio e conservazione di dati. La Corte di giustizia a piedi uniti: verso un digital right to privacy?", *Giur. cost.*, 2014, pp. 2949 ss.

PONZANELLI, G.: "Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers?", *Danno e resp.*, 2002, pp. 5 ss.

PROTO PISANI, A.: "La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela", *Foro it.,* 1990, V, pp. 1 ss.

RALLO LOMBARTE, A.: "El derecho al olvido en Internet. Google versus España", *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2014.

RATTI, M.: "La responsabilità da illecito trattamento dei dati personali nel nuovo regolamento", in *Il Nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali* (a cura di G. FINOCCHIARO), Zanichelli, Bologna, 2017, p. 616.

RESCIGNO, P.: "Personalità", *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1991, pp. 1 ss.

RESTA, G.: "Diritti della personalità: problemi e prospettive", *Dir. inf.*, 2007, pp. 1043 ss.

RESTA, G.: "I diritti della personalità", in *Le persone fisiche e i diritti della personalità* (a cura di G. ALPA E G. RESTA), in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. SACCO), Utet, Torino, 2006, pp. 422 ss.

RICCIO, G.M.: "La responsabilità civile degli internet providers", Giappichelli, Torino, 2002.

RODOTÀ, S.: "Privacy e costruzione della sfera privata", in Tecnologie e diritti, Il Mulino, Bologna, 1995, pp. 101 e ss.

Sica, S., D'antonio, V.: "La procedura di de-indicizzazione", *Dir. inf.*, 2014, pp. 703 ss.

Sica, S.: "Recepita la direttiva sul commercio elettronico", *Corr. giur.*, 2003, IX, pp. 1247 ss.

Stanzione, M. G.: "Il Regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione", *Eur. dir. priv.*, 2016, IV, pp. 1249 ss.

Tenella Sillani, C.: "Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore", *Obbl. contr.*, 2009, pp. 775 ss.

Tescaro, M.: "La responsabilità dell'internet provider nel d.lg. n. 70/2003", *Resp. civ.*, 2010, pp. 166 ss.

Tosi, E.: "Le responsabilità civili dei prestatori di servizi della società dell'informazione", *Resp. civ.*, 2008, pp. 197 ss.

Tripodi, E.M.: "Alcuni interrogativi sul d.lgs. n. 70/2003 di recepimento della direttiva sul commercio elettronico", *Corr. giur.*, 2004, VI, pp. 829 ss.

Vercellone, P.: "La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità", *Quaderni del CSM*, 1996, pp. 505 ss.

Warren, S., Brandeis, L.: "The Right to Privacy", in *Harvard Law Review*, 1890, pp. 193-220 ss.

Zeno-Zencovich, V., Resta G.: "Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain", Romatrepress, Roma, 2015.

Zeno-Zencovich, V., "Personalità", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, Utet, Torino, 1995, pp. 430 ss.

AS "GRANDES IRMÃS" PÓS-MODERNAS: REFLEXÕES ACERCA DA TUTELA INDENIZATÓRIA POR VIOLAÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

THE POST MODERN "BIG SISTERS": REFLECTIONS ABOUT THE COMPENSATION FOR PERSONAL DATA VIOLATION IN BRAZIL

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1100-1123

Zilda MARA CONSALTER

ARTIGO SUBMETIDO: 13 de octubre de 2022
ARTIGO APROVADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMO: Analisa o estado d'arte da reparação dos danos causados pela violação de dados pessoais pelas redes sociais no Brasil, haja vista as manobras de marketing voltadas ao direcionamento das escolhas dos consumidores, bem como àquelas que visam a captação de informações daqueles. Estuda, dentre as várias estratégias mercadológicas, o assédio de consumo, as "necessidades implantadas" e o Efeito Veblen, além dos efeitos deletérios causados pelas práticas das próprias vítimas - mas incentivados e provocados pelas redes sociais - com o fito de impulsionar a coleta e controle dos dados pessoais dos usuários. Na abordagem, foi adotado o método de pesquisa dedutivo, com suporte das técnicas de pesquisa documental indireta, especialmente, a normativa, doutrinária e jurisprudencial, sem pesquisa ativa e de campo. Como resultados, pode-se verificar a presença de muitos julgados, mas com argumentação e fundamentação diversa, o que se credita à pouca idade da Lei Geral de Proteção de Dados, bem como ao pouco tempo de vigor da Emenda Constitucional número 115, que entrou em vigor em fevereiro de 2022.

PALAVRAS CHAVE: Redes sociais; efeito Veblen; responsabilidade civil.

ABSTRACT: *It analyzes the state of the art in Brazil regarding the repair of damages caused by the violation of personal data by social networks, given the marketing maneuvers aimed at targeting consumer choices, as well as those aimed at capturing information from them. It studies, among the various marketing strategies, the consumer harassment, the "implemented needs" and the Veblen Effect, in addition to the deleterious effects caused by the practices of the victims themselves, but encouraged and provoked by social networks, with the aim of boosting the collection and control of users' personal data. In the approach, the deductive research method was adopted, supported by indirect documentary research techniques, especially normative, doctrinal and jurisprudential, without active and field research. As a result, one can verify the presence of many judgments, but with different arguments and reasoning, which is credited to the young age of the General Data Protection Law, as well as the short time Constitutional Amendment 115 effects, what happened in February 2022.*

KEY WORDS: *Social networks; Veblen effect; civil responsibility.*

SUMÁRIO.- I. INTRODUÇÃO. – II. AS REDES SOCIAIS, A SOCIEDADE DO ESPETÁCULO E SEUS ATORES. – III. O ASSÉDIO DE CONSUMO, O EFEITO VEBLEN E AS "NECESSIDADES IMPLANTADAS". – IV. DA TUTELA NORMATIVA DOS DADOS PESSOAIS NO BRASIL. – V. DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA CONCERNENTE AOS DADOS PESSOAIS. – VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

I. INTRODUÇÃO.

No livro "1984", de George Orwell, o autor descreve e discute a figura do "Grande Irmão" que representava o temível Estado, que era autorizado a prescrutar, investigar e devassar a vida de todos, nos mais variados aspectos e sob os mais diversos pretextos e justificativas.

Então, naquele enredo, nenhuma pessoa estava, de fato, sozinha: todos eram constantemente vigiados e monitorados. A privacidade, a intimidade, a imagem, a vida privada e muitos outros direitos da personalidade eram completamente relativizados ou, por que não dizer, mitigados em prol daquele que tudo podia ver.[1]

E atualmente, será que a realidade se alterou muito daquela descrita na ficção?

Ao que parece, o cenário sofreu alterações; os protagonistas, esses, certamente, são outros; os motivos, estes também já não são os mesmos. Todavia, há pontos que não mudaram: há direitos privados dos indivíduos sendo violados por interesses de quem detém algum poder. Há a permanente vigilância. Na realidade atual ou na ficção de ontem, ninguém está sozinho.

Quanto ao panorama que se descortina, a Revolução Tecnológica - ou Revolução 4.0 – ele é marcado pelo início da chamada sociedade informacional, que é complexa, conectada, globalizada, guiada pela velocidade, rapidez e facilidade das comunicações[2].

Além disso, neste cenário, há a relativização do tempo e do espaço, e o próprio indivíduo (com conteúdo ou não) é o produto, não sendo mais na sua força de produção que se mostra valorada[3].

1 Orwell, G.: *1984*, Companhia das Letras, São Paulo, 2009.

2 Castells, M.: *A sociedade em rede*, Paz e Terra, São Paulo, 2009, pp. 67 e ss.

3 Bauman, Z.: *Modernidade Líquida*, Zahar, Rio de Janeiro, 2001, pp. 150 e ss.

• Zilda Mara Consalter
Professora no Curso de Mestrado em Direito e Professora Adjunta no Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).
zilda@uepg.br

Plasmada na globalização e no estabelecimento da sociedade informacional, a relação Estado/indivíduo alterou-se, gerando a necessidade de se conceber novos conceitos – como a cidadania digital[4], por exemplo – e, consequentemente, numa releitura dos direitos fundamentais e da personalidade[5], tanto em escala vertical (face ao Estado), quanto na dimensão horizontal (frente aos demais indivíduos e entidades particulares).

Portanto, o cenário, atualmente, é muito mais virtual que real[6], e é nele que se tem percebido a formação de inúmeras (para não se afirmar que se trata da maioria) das relações jurídicas.

No que tange aos personagens do enredo social atual, não é mais o Estado o temido "Grande Irmão" que a tudo vigia. O "Olho de Sauron", ou o "Panóptico", hoje, travestem-se das redes sociais[7] por que, afinal, todos pertencem à "Galáxia da internet"[8].

E o que é pior: a violação dos atributos essenciais do indivíduo (de modo especial aqueles já mencionados alhures, como a privacidade, intimidade, imagem, vida privada e etc), via de regra, é incentivada pelos controladores e muitas vezes facilitada "espontaneamente" pela própria vítima.

Então, também nesse aspecto, pode-se constatar uma modificação de dimensões bastante importantes, eis que o protagonista deixa de ser o Estado e passa a ser as redes sociais, que nada mais são que grandes corporações privadas que visam lucros e benefícios como qualquer outra empresa da sociedade do capital.

Sendo assim, o problema de pesquisa em torno do qual se desenvolveu esse texto volta-se à análise aos dados das pessoas – principalmente, quanto ao sigilo e controle de seu uso - que foram erigidos recentemente à categoria de direito fundamental – e a consequente reparação em caso de violação e risco.

Para a concretização dos resultados, foi usada a técnica documental indireta, com ênfase à legislação, doutrina e jurisprudência, o que dá ensejo a uma pesquisa eminentemente teórica e sem pesquisa direta de campo.

4 Para entender mais, consultar Beatriz, C.: "Os direitos humanos e o exercício da cidadania em meios digitais", in *Marco civil da internet* (organizado por G. S. Leite e J. Ramos), Atlas, São Paulo, 2014, pp. 66 a 78.

5 Bittar, E. C. B.: "O direito na pós-modernidade", *Rev. Seq.*, núm. 57, 2008, pp. 131-152.

6 Lévy, P.: *O que é virtual?* Editora 34, São Paulo, 1996, pp. 15 a 26.

7 Neste parágrafo foram usadas três expressões adotadas, respectivamente, por ORWELL, G.; TOLKIEN, J. R. R. e BENTHAM, J. em suas conhecidas obras da literatura mundial, sendo todas figuras metafóricas representativas da vigilância. (nota da autora).

8 Expressão utilizada por Castells, M.: *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet,* Zahar, Rio de Janeiro, 2003, pp. 230 e ss.

As normas trazidas ao texto são brasileiras e em vigor na atualidade, destacando-se que o mote da investigação não foi concretizar a comparação da legislação nacional com a de outros países

O aporte doutrinário explorado é o mais abalizado na atualidade sobre os temas abordados, sendo os mesmos nacionais ou não, posto que a busca teórica se centrou em ideias universais e não apenas regionais – muito embora a proposta seja traçar o estado d'arte nacional acerca da temática versada.

A propósito, a pesquisa jurisprudencial realizada não tem cunho ativo, tendo sido efetuada apenas na vertente qualitativa, eis que os achados foram selecionados e apenas um de cada foi trazido ao texto com finalidade puramente ilustrativa.

Por fim, esclareça-se que na abordagem e desenvolvimento do texto, utilizou-se o método científico dedutivo, eis que se partiu de proposições genéricas e já confirmadas cientificamente para, após a análise e submissão à prova das premissas menores contidas nos casos específicos, efetuar-se, nas considerações finais, assertivas que possam ser adotadas de modo mais exato aos casos em concreto.

E fiel ao método científico adotado, o texto se compõe de quatro grandes tópicos, a saber: um inicial e teórico, versando sobre as redes sociais, a sociedade de consumo e como são engendradas as estratégias de *marketing* e cooptação de usuários daquelas; o segundo, intermédio e também de natureza teórica, no qual se trata de alguns efeitos causados por aquelas práticas e como as práticas mercadológicas interferem no comportamento das pessoas; e mais dois, de cunho prático, sendo um deles para efetuar a análise das leis aplicáveis e o outro, para verificar o comportamento dos Tribunais no País.

Isto esclarecido, em sede de considerações derradeiras, foram tecidas algumas reflexões sobre essa expressa categorização, sobre a influência das estratégias de consumo como vetor que impulsiona a superexposição de informações e dados, bem como os impactos destes na seara da responsabilidade civil, esperando-se sejam linhas de profícua e meditativa leitura.

II. AS REDES SOCIAIS, A SOCIEDADE DO ESPETÁCULO E SEUS ATORES.

A internet liga indivíduos ao redor do mundo, viabiliza o compartilhamento de experiências, dados e cultura em tempo real, ao tempo em que possibilita a realização de compras de produtos quando não se tem acesso físico aos mesmos e, é claro, facilita a ampla pesquisa de mercado a qualquer hora. Tem se

mostrado como uma indispensável ferramenta de comunicação, entretenimento, informações e exercício profissional, além de tantas outras finalidades.

No entanto, toda essa gama de possibilidades viabilizáveis *online* não é despretensiosa: sua maioria é fomentada/incentivada/provocada pelas estratégias de *marketing* e consumo, impactando os indivíduos sem que elas sequer notem, mormente quando se trata de direitos da personalidade.

O estratagema é ardiloso:

É que desde há muito se entendeu que não é a necessidade pura e simples o vetor determinante da compra, o seu veículo natural. No ato de consumo, o que se busca suprir - muitas vezes – é o *status* que um dado produto atribui ao consumidor, como discutem Gilles Lipovetsky e Elyette Roux[9] em obra emblemática sobre o comportamento dos compradores hodiernos.

E a postura das pessoas advém das suas "escolhas" ou "vontades", que vão desde o tipo de carro, a escola dos filhos, a marca do *smartphone*, as grifes das roupas, o destino de viagens, as festas frequentadas e outras. Ocorre que, muitas vezes, essas escolhas não são livres e nem as vontades ocorrem de fato (por isso grafadas entre aspas no início deste parágrafo). Elas são implementadas justamente por aqueles mecanismos de incentivo que a propaganda quer causar.

Somado a isso, não basta consumir, mas é preciso expor o ato de consumo ou o seu objeto nas redes sociais, tendendo-se a rotular/estratificar as pessoas com ênfase em um padrão predeterminado, envolvendo "velocidade, excesso e desperdício". [10]

Por sua vez, as pessoas - no afã de se enquadrar num perfil socialmente valorizado, ou de pertencer à determinado grupo, ou de sentir-se exclusivo em um mundo de iguais -, exibem suas vidas nas redes sociais, permitindo a estas, a formação de um inesgotável arquivo de dados, bem como a composição de um perfil detalhado e minucioso de suas preferências (notadamente as de consumo). Assim, diariamente, cada um contribui para a atualização deste grande acervo, violando seus direitos da personalidade - de modo especial, quanto aos próprios dados (que comporão os tais perfis, cujo conhecimento e domínio não pertencem mais do Estado, como na obra "1984").

9 Lipovetsky, G.; roux, E.: *O luxo eterno: da idade do sagrado ao tempo das marcas*, Companhia das Letras, São Paulo, 2005, pp. 70 e ss.

10 Bauman, Z.: *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*, Zahar, Rio de Janeiro, 2008, pp. 111 e ss.

Reforça-se, portanto, que a afirmação acima, de que os protagonistas deste enredo já não são mais os mesmos, tendo o Estado perdido terreno para os milionários e influentes comandantes destas empresas globais conhecidas como Redes Sociais. Desse modo, o papel do "Grande Irmão" (ou seria o "Grande inimigo"?), agora pertence a outros: "há prazerosa sedução dos consumidores, também forjada pelas estruturas de vigilância que não se limitam ao Estado e são instrumentos de classificação e geração de novos negócios para o capital."[11]

Por esse prisma, então, resta sabido e discutido que a conduta do consumidor gera ou potencializa riscos a si próprio, enquanto usuário das redes, eis que dados sensíveis ou não, valem muito dinheiro e as informações que carregam consigo são muito importantes no que tange ao direcionamento das políticas e estratégias de mercado. Isso implica dizer que as informações armazenadas (travestidas de perfis) têm grande valor comercial e são disponibilizados/comercializados para fins de direcionamento das práticas de *marketing*.

E tal nefasto mecanismo é facilmente constatado quando se efetua uma busca numa página de alimentos e imediatamente se começa a receber propaganda de mercados, nutricionistas, promoções etc voltadas a tal produto. E quantas vezes o mesmo ocorre quanto a um serviço comentado ou curtido em rede social? Ou quando simplesmente se acessa determinada página com uma vertente específica?

Então, ao incentivar a divulgação constante e irrefreada de tudo que se compra, do que se faz, de comportamentos e eventos, as redes sociais usam a deletéria armadilha: fazem com que a contribuição seja "espontânea", provocam a permanente alimentação e atualização dos arquivos e, evidentemente, faturam muitos milhares de dólares com isso.

E para isto, não é preciso muito esforço: o exibicionismo é fomentado pela tese de que quem não frequenta as redes sociais cai no ostracismo e será excluído das relações profissionais, de mídia, de relacionamento, ou que se a pessoa não adquire tal produto, não realiza dada atividade, não é convidado a estar tal local, não possui um *smartphone* do último tipo e da marca mais glamurosa, não está apto ao convívio social:

"Pobres daqueles que, em razão da escassez de recursos, são condenados a continuar usando bens que não mais contêm a promessa de sensações novas e inéditas. Pobres daqueles que, pela mesma razão, permanecem presos a um único bem em vez de flanar entre um sortimento amplo e aparentemente inesgotável. Tais pessoas são os excluídos da sociedade de consumo, os consumidores falhos,

11 Bauman, Z.: *Vigilância líquida.* Zahar, Rio De Janeiro, 2014, pp. 85 e ss.

os inadequados e os incompetentes, os fracassados – famintos definhando em meio à opulência do banquete consumista". [12]

Diante disso, e por temer a exclusão digital e social, os indivíduos acabam fazendo o que não desejam, trabalham com o que não os satisfaz e a gastam recursos que não possuem; tudo para ser acolhidos pela casta que elegeram como alvo de desejo... *voilà* o retrocitado estratagema!

III. O ASSÉDIO DE CONSUMO, O EFEITO VEBLEN E AS "NECESSIDADES IMPLANTADAS".

Como explorado alhures, muitos mecanismos são adotados para, cada vez mais, levar as pessoas àquelas práticas tão nocivas a elas próprias.

Esses mecanismos se traduzem na expressão "assédio de consumo", que se caracteriza "pela prática de condutas agressivas, que afetam diretamente a liberdade de escolha do consumidor e, em situações mais graves e continuadas, seus próprios projetos de vida, atentando contra a sua esfera psíquica, que, em meio a tantas estratégias manipuladoras, é subjugado e levado a ceder às pressões do mercado". [13]

Uma destas práticas de manipulação que tangencia o Direito e o mundo virtual, e que também toca às relações de consumo é o Efeito Veblen, ou Efeito de Esnobismo:

Trata-se de uma teoria que pode ser revisitada face ao mundo virtual, e que adquire novas tintas, pois, "Assim como a idade moderna foi obcecada pela produção e pela revolução, a idade pós-moderna é obcecada pela informação e pela expressão". [14]

Ela foi publicada em 1899 pelo economista e sociólogo Thorstein Bunde Veblen, sob o título de "Teoria da Classe Ociosa" e trata de "uma sátira aos costumes das classes altas", ridicularizando o jogo, a religião, a moda e até os animais domésticos das classes abastadas de sua época[15], sendo que foi por meio dessa obra que "os conceitos de ócio e consumo conspícuos disseminaram-se e

12 Diamond, J. M.: *Armas, germes e aço: os destinos das sociedades*, Record, Rio de Janeiro, 2013, pp. 66 e ss.

13 Verbicaro, D.; Rodrigues, L.; Ataíde, C.: "Desvendando a vulnerabilidade comportamental do consumidor: uma análise jurídico-psicológica do assédio de consumo", *Rev. Dir. Cons.*, núm. 119, 2018, pp. 349-384.

14 Lipovetski, G.: *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Manole, Barueri-São Paulo, 2005, p. 23.

15 Veblen, T. B.: *Teoria da Classe Ociosa: um estudo econômico das instituições*, Pioneira, São Paulo, 1965, pp. 286 e ss.

passaram a fazer parte do jargão das ciências sociais". [16] Assim, na ótica de Veblen, quanto mais elevado o preço do produto, mais desejável ele será para fins de consumo de bens de luxo. Traduzindo: tudo que é caro é bom!

Ou, ainda: o produto ou serviço de elevado preço diferenciam o seu consumidor dos demais comuns e o mantém numa classe social de pessoas que se distinguem das demais. Torna-o exclusivo e especial.

Sob essa perspectiva, não seria a necessidade natural o fator determinante do ato de consumir, mas sim o ato exibir o que se consumiu: "[...] O consumo ostentatório é símbolo de um vínculo a um grupo privilegiado e não pode ser inferido da axiomática da microeconomia. [...] Quanto mais aumentar o preço desses bens, tanto mais seu consumo satisfaz as exigências sociais do grupo e tanto mais importante é a sua procura. [...] O efeito Veblen, a semelhança de outros efeitos, mostra bem que, ao contrário de uma hipótese da teoria da escolha racional, o consumo de um indivíduo ou de um grupo social não é independente do de outrem". [17]

Hodiernamente há diversos exemplos de pessoas que enveredaram por esse perigoso caminho, a ver um desses casos: Um deles é o do indonesiano Rudy Kurniawan[18], rico, elegante e que atuava no ramo de leilões de garrafas de vinho a preços altíssimos. No entanto, o vinho era falso como constatou o FBI mais tarde. No entanto, e a despeito desse fato, muitos diziam que como era uma bebida cara, ainda que de gosto e procedência duvidosa, deveria ser boa!

E de que maneira esse efeito impulsionado pelas políticas de consumo tangencia o mundo virtual e o comportamento das pessoas, especialmente quanto a violação de seus dados e direitos da personalidade?

Ora, sabe-se que é cada vez mais usual que os indivíduos apenas repliquem comportamentos, se espelhem nos chamados influenciadores, *coaches, personal stylists* e assemelhados. Outrossim, é sabido que estes profissionais constantemente recebem "mimos" e festejam "recebidos" em suas redes sociais.

Exemplo emblemático desta prática é o da estadunidense Lisette Calveiro, que acumulou uma vultosa dívida de 32 mil dólares porque comprou inúmeros produtos de preço elevado e ditos exclusivos somente para postar em suas redes

16 Monastério, L. M.: "Veblen e o Comportamento Humano: uma avaliação após um século de 'A Teoria da Classe Ociosa'", *Cad. IHU Id.*, núm. 42, 2005, pp. 01 e ss.

17 Cherkaoui, M.: "Estratificação", in *Tratado de Sociologia,* (organizado por R. Boudon), Zahar, Rio de Janeiro, 1995, pp. 154.

18 Revista Veja: Indonésio é preso por golpe de US$ 1,3 mi em falsificação de vinhos. *Revista Veja*, versão online, Coluna de Economia, 13 mar. 2012. Disponível em: https://veja.abril.com.br/economia/indonesio-e-preso-por-golpe-de-us-13-mi-em-falsificacao-de-vinhos/. Acesso em: 07 abr. 2022.

sociais e dar a entender que tinha um modo de vida diferenciado das pessoas comuns[19] (leia-se, produtos de preço elevado e, portanto, na lógica vebleriana, produtos bons, diferenciados e que denotam um modo de vida, de fato, não tão espetacular assim).

As grandes marcas, cientes dessa realidade, utilizam esse subterfúgio para despertar a cobiça de todos que desejam se distinguir da plebe ordinária - que compra em lojas mais populares, e são praticantes de preços acessíveis - a se endividar para comprar produtos cuja qualidade nem é tão verificável assim, mas que é, invariavelmente, cara. Isto porque, alimentar a superexposição permanente em redes sociais provoca, subliminarmente, a atualização do banco de dados de cada um. Os influenciadores são propagadores desse mecanismo.

Então, é preciso que se dê conta da massiva política de incutir nas pessoas as tais "necessidades" são implantadas no consciente coletivo e que, de fato, não refletem os fatos ou a sua própria condição.

Nesse sentido, transcreve-se análise lúcida do contexto que alimenta esse tipo de comportamento: "A ideia de isolamento, distanciamento e superdependência aos modelos confessionais de comportamento acirram o sofrimento e a vulnerabilidade do sujeito, como intensificam a conflituosidade social, sendo natural presumir que esse consumidor, reconhecido em sua vulnerabilidade agravada pelas exigências de um rigoroso modelo de felicidade artificial, estará cada vez mais suscetível de sofrer as consequências de um dano existencial transindividual e compartilhado, ou seja, seria uma vítima preferencial de um ' estado feral de danosidade' decorrente do assédio de consumo perpetrado pelos agentes econômicos do mercado."[20]

E ao se colocar nessa situação de vulnerabilidade, o consumidor se vê cercado por inúmeras artimanhas, que são capazes de incutir em seu subconsciente, determinadas necessidades que não refletem o que de fato desejam, mas sim o que querem aparentar ser, transformando-se num ato de consumo emocional e não racional: "[...] a tentativa quase sempre frustrada de uma vida produtiva em matéria de experiências, transitórios de consumo, onde já cada vez menos espaço para as necessidades utilitaristas (aquelas que cumprem uma função real na vida do sujeito) vão fragilizando a autoestima e a própria capacidade racional do

19 O ESTADO de São Paulo: Blogueira contrai dívida de R$ 32 mil para fazer posts 'perfeitos' no Instagram. *Jornal O Estado de São Paulo*, 09 mar. 2018. Disponível em: https://emais.estadao.com.br/noticias/comportamento,blogueira-contrai-divida-de-r-32-mil-para-fazer-posts-perfeitos-no-instagram,70002220353. Acesso em: 06 abr. 2022.

20 Verbicaro, D.; Rodrigues, L.; Ataíde, C.: "Desvendando a vulnerabilidade comportamental do consumidor: uma análise jurídico-psicológica do assédio de consumo", cit., pp. 349-384.

consumidor fazer escolhas responsáveis"[21], como completam os autores em seu estudo acerca do assédio de consumo.

Todavia, o Efeito Veblen e a implantação de necessidades são só alguns exemplos dessas artimanhas.

O alvo principal, além do *marketing* e do incentivo ao ato de consumir, também é, em boa parte dos casos, a obtenção de informações e dados das pessoas, como reforçado pela doutrina específica: "[...] nesta nova era em que os dados são o novo petróleo, a vida *on-line* tornou-se pressuposto de existência e, por consequência, a interação social segue novas trilhas para uma realidade paralela, fulcrada na extração de informação e na concatenação de padrões de consumo".[22]

Assim, e considerando que os dados pessoais são, hoje, bens de elevado valor e motivo de interesse pelas redes sociais que, em ultima instância, controlam-nos após a disponibilização pelo usuário, estas vêm se debruçando para desenvolver métodos para a sua coleta. E nesse mister, o efeito Veblen, as necessidades implantadas, o vazio existencial a ser preenchido por atos de consumo são formas pelas quais elas vêm obtendo o seu desiderato.

IV. DA TUTELA NORMATIVA DOS DADOS PESSOAIS NO BRASIL.

Diante do descrito cenário acima, impende arguir: como comporta-se o ordenamento jurídico – notadamente o microssistema legal reparatório – quanto à ofensa aos direitos fundamentais e da personalidade? Como se opera essa tutela no que concerne aos dados pessoais, mormente quanto ao seu (mau) uso ou violação?

No Brasil, os dados pessoais galgaram o *status* de direito fundamental por força da Emenda Constitucional número 115/2022, aprovada no último mês de fevereiro. Então, cumpre destacar como remansa o texto da Carta Magna após a publicação da mesma, eis que provocou a alteração da redação de três de seus artigos, conforme a seguir:

A mais impactante modificação foi a inserção expressa dos dados como direito fundamental no rol do artigo 5º, eis que o seu inciso LXXIX passou a conter o seguinte: "[...] é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais".

21 Verbicaro, D.; Rodrigues, L.; Ataíde, C.: "Desvendando a vulnerabilidade comportamental do consumidor: uma análise jurídico-psicológica do assédio de consumo", cit., pp. 349-384.

22 Siqueira, O. N.; Simão Filho, A.: "A ressignificação da servidão voluntária na era da algoritmização do consumo e da vigilância digital", *Rev. Dir. Cons.*, núm. 133, 2021, pp. 155-174.

Em consequência desta inclusão, o inciso XXVI do artigo 21, teve sua redação alterada para: "Compete à União: [...] organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei".

Além disto, o artigo 22 passou a vigorar com acréscimo do inciso XXX, cujo teor é "[...] Compete privativamente à União legislar sobre: [...] proteção e tratamento de dados pessoais".

Bem, diante da inserção dos dados pessoais no rol de direitos do artigo 5º constitucional, não cabe mais se discutir acerca da sua fundamentalidade, bem como do direito ao controle e gestão dos mesmos e informações das pessoas.

Quanto a sua proteção, deve-se dar destaque à concretização e consolidação do já conhecido princípio da autodeterminação informativa, que se constitui na "[...] faculdade que toda pessoa tem de exercer, de algum modo, controle sobre seus dados pessoais, garantindo-lhe, em determinadas circunstâncias, decidir se a informação pode ser objeto de tratamento (coleta, uso, transferência) por terceiros, bem como acessar bancos de dados para exigir correção ou cancelamento de informações".[23].

Da perspectiva da legislação ordinária, tal como antes da EC 115/22, o Código Civil já pugnava genericamente pela tutela dos direitos da personalidade em seu artigo 12, cujo teor é o seguinte: "Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau".

De modo mais específico quanto aos dados, no artigo 21 restam estes abrangidos pelo conceito de vida privada do indivíduo[24]. O conteúdo deste dispositivo é o seguinte: "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma".

Isto porque a exegese do transcrito dispositivo foi consolidada pelo enunciado 404 da V Jornada de Direito Civil, que reforça o entendimento de que aquele diploma legal não deixou *a latere* tal direito. O mencionado Enunciado tem o seguinte teor: "A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário

23 Bessa, L.R.: "A LGPD e o direito à autodeterminação informativa", *Site genjurídico.com.br.* Seção de Artigos, de 20 out. 2020. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/10/26/lgpd-direito-autodeterminacao-informativa/. Acesso em: 01 abr. 2022.

24 Ferraz, T. S.: "Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado", *Rev. Fac. Dir. USP*, núm. 88, 1999, pp. 442 e ss.

seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnicas, as convicções religiosas, filosóficas e políticas". (destacou-se).

No que concerne à legislação especial, há três diplomas que merecem destaque e cuja análise será feita pela ordem cronológica:

A primeira norma especial é a Lei n. 8.078, (chamada Código de Defesa do Consumidor), de setembro de 1990, que concebe os dados como objeto de proteção e controle por parte do seu titular, o sujeito de consumo, nos moldes do artigo 43, *in verbis*:

"Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. [...] § 1o Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. [...] § 4° Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público".

Assim, restou reconhecida, ainda na década de 1990, a necessidade de controle pelo próprio indivíduo – no caso específico do CDC, pelo próprio consumidor – por força do princípio da autodeterminação informativa, como "forma de proteger os dados informatizados frente a uma sociedade e um mercado cada vez mais livres de fronteiras". [25]

É de se dar ênfase ao fato que a proteção de direitos fundamentais e da personalidade, nesta espécie, fica restrita apenas aos protagonistas das relações de consumo, bem como seus princípios tem ampla aplicação, ou seja, servem para as relações virtuais e do mundo real.

A segunda regra a ser citada é a Lei n. 12.965 (nominado o Marco Civil da Internet no Brasil), de abril de 2014, que destaca como um dos princípios do uso da internet no País, o da proteção da privacidade e da intimidade, sendo que tal resta positivado no artigo 3º: "A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: [...] III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; [...]". E essa tutela se mostra valorizada pela ampla doutrina nacional, sendo indiscutível que tenha sido mérito desta norma o específico cuidado com este direito fundamental.

25 Limberger, T.: "Proteção dos dados pessoais e comércio eletrônico: os desafios do século XXI", *Rev. Dir. Cons.*, núm. 67, 2007, p. 215-241.

Nessa linha, Barreto destaca que "o Marco Civil da Internet vem preencher uma importante lacuna legislativa, dando particular atenção a aspectos envolvendo a intimidade, a vida privada e o fluxo de comunicações (dados) informatizadas".[26]

Além do dispositivo acima mencionado, o artigo 7º reitera a ideia, versando, ainda, sobre a cidadania digital e a tutela dos usuários, nos seguintes termos: "O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos. Inciso I - Inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]".

Dessa maneira, deve-se dar valor a esse diploma legislativo pelo pioneirismo na proteção dos dados pessoais, bem como na regulação dos cadastros e bancos de dados dos indivíduos.

A terceira lei, a Lei 13.709 (Lei Geral de Proteção de Dados ou LGPD), de agosto de 2018, mas que entrou em vigor na íntegra apenas em agosto de 2021, é determinante quanto aos variados aspectos destinados a tutela, controle, manutenção, exclusão e administração de dados dos indivíduos, sendo que o mau uso, o vazamento, a publicação e tantas outras violações são passíveis de punições ao praticante, bem como fazem jus a indenização ao ofendido quanto da sua ocorrência.

Essa norma especial, que é inspirada e segue parâmetros semelhantes da *General Data Protection Regulation* da União Europeia tem artigos claros e objetivos na empreitada de proteção a essa modalidade de direito:

Seu artigo 1º prescreve que "Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios".

E o 2º toca diretamente aos princípios valorados por aquela norma especial: "A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade; II - a autodeterminação informativa; III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII - os

26 Barreto, R. de M. M.: *Direito & redes sociais na internet: a proteção do consumidor no comércio eletrônico*, Juruá, Curitiba, 2014, pp. 172 e ss.

direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais".

Além destes dispositivos, toda essa Lei é voltada a regras os mais diferentes meandros dos dados enquanto direito da personalidade e, agora, também fundamentais. Percebe-se, então, que o que se buscou foi "[...] estabelecer um sistema de proteção formado por representantes do Estado e da sociedade civil. Entretanto, a efetividade dessa proteção vai depender do quanto o indivíduo esteja informado de que instrumentos dispõe para que sua privacidade não seja violada sem que saiba, por meio das diversas interfaces tecnológicas que o atual mundo informatizado oferece para o consumo de uma maneira geral e a comodidade". [27]

E todo esse aparelhamento legislativo, evidentemente, intensificou, também, a discussão e decisões proferidas pelos Tribunais do País, especialmente quanto a seara indenitária, consoante adiante se verificará.

V. DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA CONCERNENTE AOS DADOS PESSOAIS.

Passa-se, então, a evidenciar em que sentido vem apontando os Magistrados brasileiros quando o assunto é a violação de dados na esfera digital.

A busca foi efetuada nos meses de julho e agosto de 2022, utilizando-se os *sites* do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, posteriormente, dos Tribunais dos 27 Estados da Federação (os TJs), utilizando-se os verbetes "dados pessoais" e "redes sociais" e "indenização" ou "reparação civil". A investigação foi atualizada no mês de outubro de 2022, sob os mesmos parâmetros.

No sítio do STF não se obteve resultados em qualquer decisão versando sobre violação de dados na esfera das redes sociais. O que se tem discutido no Pretório são questões voltadas a violação de direitos fundamentais e da personalidade ou *fake news,* utilizando-se as redes sociais, mas não sendo as mesmas responsáveis pela violação. Há, ainda, decisões envolvendo as redes sociais e dados pessoais quando se ajuíza ações solicitando o fornecimento de informações de usuários para fins de instrução de ações judiciais (nesse sentido, apenas a título de exemplo, cite-se o Mandado de Segurança n. 36932, de relatoria do Ministro Barroso[28]).

27 Mêlo, A.: *Proteção de dados pessoais na era da informação: a privacidade e a intimidade em face do avanço tecnológico*, Juruá, Curitiba, 2019, pp. 124 e ss.

28 Brasil. Supremo Tribunal Federal – STF. *MS 36932-DF*. Rel. Min. Roberto Barroso. J. em 11.2.2020. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS36932.pdf. Acesso em: 30 ago. 2022.

No site do STJ, a despeito de haver várias decisões monocráticas versando sobre vazamento de dados por empresas privadas, não foi constatada a presença de acórdãos ou outra decisão que tenha se debruçado sobre a conduta das redes sociais.

No entanto, é digna de nota a informação de que, nos casos em que há o pedido reparatório contra as empresas por vazamento de dados (que teriam propiciado a comercialização dos mesmos, inclusive pela *dark web),* não houve condenação posto que a Ministra Regina Helena Costa não entendeu que a mera divulgação gere, de *per si*, dano ao usuário.

Nessa linha, segue trecho de uma das decisões monocráticas proferidas pelo STJ (REsp 2034862-SP) nesse sentido: "Ausência de provas, todavia, de violação à dignidade humana do autor e seus substratos, isto é, liberdade, igualdade, solidariedade e integridade psicofísica. Autor que não demonstrou, a partir do exame do caso concreto, que, da violação a seus dados pessoais, a ocorrência de danos morais. Dados que não são sensíveis e são de fácil acesso a qualquer pessoa. Precedentes. Ampla divulgação da violação já realizada. Recolhimento dos dados. Inviabilidade, considerando-se a ausência de finalização das investigações". [29]

Quanto aos Tribunais de Justiça, importa destacar que, até o momento da conclusão da pesquisa, houve manifestação apenas dos Tribunais dos Estados mais populosos da Federação.

Como resultados, pode-se colacionar, resumidamente, decisões em que foi concedida a indenização levando-se em conta apenas o simples fato de haver a exposição dos dados sem que dela surtissem prejuízos materiais diretos, como por exemplo, o julgado proferido pelo TJSP (Apelação Cível nº 1003122-23.2020.8.26.0157). Neste caso, apenas a exposição a potencial dano já restou considerada para fins de indenização (o dano foi conotado como *in re ipsa*).[30]

Em outras decisões, houve o condicionamento ao pagamento de danos morais à vinculação entre o vazamento das informações e danos efetivos sofridos pelos autores das ações, como ficou consignado, a título ilustrativo, no julgado exarado também pelo TJSP (Apelação Cível 1008308-35.2020.8.26.0704). Nestes casos, só houve a condenação quando a parte comprovou, além da violação de seus dados,

29 Brasil. Superior Tribunal de Justiça - STJ. *REsp 2034862-SP.* Rel. Min. Regina Helena Costa. J. em 26.10.2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=RESP+2034862&b=DTXT&p=true&tp=T. Acesso em: 28 out. 2022.

30 São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. *Apelação Cível nº 1003122-23.2020.8.26.0157.* Rel. Des. Renato Sartorelli. J. em 22.06.2021. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14743044&cdForo=0. Acesso em: 30 ago. 2022.

que essa violação lhe trouxe prejuízos de ordem material, em senso idêntico ao esposado pelo STJ, como alhures informado. [31]

Importante destacar que julgados com o entendimento acima são, até o fechamento deste texto, os mais repetidos.

Se se pode indicar alguma inovação, esta mostrou-se quanto à possibilidade da condenação por dano moral coletivo, como determinado pelo TJRJ (Ap. 0418456-71.2013.8.19.0001), nos seguintes termos: "a falha de segurança do banco de dados não acarreta danos apenas aos que tomaram conhecimento do fato, eis que a mera divulgação de dados pessoais e particulares, por si só, já configura lesão aos direitos da personalidade dos consumidores, sendo indiscutível que todos os consumidores que tiveram expostas informações pessoais, possuem direito de reparação".

E o reforço vem no dispositivo da decisão: "Neste contexto, ainda que divisíveis e disponíveis, indiscutivelmente trata-se de direitos homogêneos, cuja extensão dos danos reclama sua proteção por meio de processo coletivo. Nesse sentido, cabe assinalar que o dano moral coletivo, tem previsão expressa no artigo 6º, incisos VI e VII, do Código de Defesa do Consumidor".[32]

Quanto aos danos materiais, somente tem se condenado à indenização se presentes os corriqueiros requisitos de indenizabilidade, como pode ser constatado em julgado do TJDF (Ap. 07047861220218070011). [33]

O fato é que em todas as decisões analisadas, o aporte legal é sempre o artigo 42 da LGPD, que prescreve que: "[...] o controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo".

Outro ponto é importante de ser trazido à baila: a pouca idade da LGPD.

Este pode ser um fator determinante para que ainda não tenha se formado uma jurisprudência robusta, vez que a mencionada norma tem pouco tempo de

31 São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. *Apelação Cível 1008308-35.2020.8.26.0704.* Rel. Des. Alfredo Attié. J. em 16.11.2021. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15191762&cdForo=0. Acesso em: 30 ago. 2022.

32 Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJRJ. *Ap. 0418456-71.2013.8.19.0001.* Rel. Des. Fábio Dutra. J. em 8.6.2021. Disponível em: http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00041D04EABD6AEECAEE74421E671B888C7AC5103D29300D&USER=. Acesso em: 30 ago. 2022.

33 Distrito Federal. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios - TJDF. *Ap. 0702829-80.2020.8.07.0020.* Rel. Des. Antonio Fernandes da Luz. J. em 24.6.2022. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj. Acesso em: 28 out. 2022.

vigência e só foi reforçada pela Emenda Constitucional no mês de fevereiro de 2022.

Até o presente momento, o que se vislumbra, ainda, são orientações divididas e posicionamentos díspares, o que, muito provavelmente, com o passar do tempo, o amadurecimento da ideia de que os dados - agora de maneira expressa galgaram o patamar de direito fundamental - vá se consolidar de forma mais pacífica.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

À luz do desenvolvimento e resultados precedentes, mesmo que de forma breve, é preciso trazer algumas reflexões sobre o tema específico e seus desdobramentos.

Hodiernamente se assiste a constantes violações dos dados pessoais de todos aqueles que são usuários da rede mundial de computadores, de forma específica, as redes sociais. Isso se processa das mais variadas formas, a começar pelos próprios indivíduos que, de modo inadvertido, postam/compartilham informações sensíveis de si mesmos.

Além desta prática, ainda se deve destacar que em boa parte das circunstâncias, o usuário é provocado, é instigado, é incentivado a tornar públicos seus dados, preferências, necessidades e interesses, contribuindo para a formação e atualização constante de arquivos e bancos de cadastros.

E tal é procedido por meio de mecanismos subliminares, vem como por intermédio da atuação dos influenciadores digitais: a ideia consiste em fazer o ser humano se esvaziar de seus essenciais desejos para que estes sejam substituídos por necessidades implantadas. A metodologia varia, mas em regra se provoca o sentimento de que é preciso se distinguir, ser exclusivo para ser admirado e valorizado.

Ao consumir coisas caras, de pouco acesso à maioria, dá-se a falsa noção de pertencimento a uma minoria privilegiada e, portanto, digna de ser seguida, curtida e (ilusoriamente), amada por todos.

Nesse afã, as pessoas tornam públicas muitas informações e muitos dados pessoais. E não se pode esquecer que o *mise-em-scène* é preparado ardilosamente pelas redes, que lucram milhares de dólares com o hoje chamado "o novo ouro azul".

Assim sendo, passa-se a tecer algumas reflexões e considerações finais acerca desse assunto e, de modo especial, quanto a seara indenizatória, de que modo

os Tribunais brasileiros vem se posicionando, o que se fará na forma de quatro indagações:

Primeira questão: será mesmo que as redes sociais (que nada mais são que grandes empresas como quaisquer outras), que insuflam a superexposição e alimentam "necessidades" como iscas para a coleta de dados e arquivamento de informações, e que, a claras luzes, lucram milhares de dólares por dia com isto, devem continuar atuando sem qualquer fiscalização ou freio estatal?

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que tem como função fiscalizar a aplicação da LGPD, afirmou que adotará apenas uma postura responsiva, ou seja, não impactará de imediato - muito menos mitigará - as nefastas práticas mercadológicas incentivadas e impulsionadas pelas redes.

Isto, a despeito do artigo 52 da LGPD, que prevê penalidades às situações em que houver dano decorrente do tratamento irregular de dados pessoais por controladores e operadores (entre eles, advertência, multa, bloqueio e eliminação dos dados pessoais pelos agentes de tratamento de dados). No entanto, sem haver fiscalização, a repressão torna-se bastante prejudicada.

Segundo ponto a se levantar: as redes sociais, diante de vários escândalos de vazamento de dados já ocorridos, bem como da influência que exercem (na política, na sociedade e, mais que tudo, na economia), devem permanecer com suas práticas deletérias sem qualquer consequência jurídica?

Quanto a este aspecto, não há como conceber a continuidade da atividade das redes sem considerar o princípio *ubi emolumentum, ibi ônus; ubi commoda, ibi incommoda*. Que seja, a concepção acerca da assunção do risco de produção de danos advindos de sua atividade, que quem incentiva a exposição de dados e com a qual lucra de maneira acentuada e inequívoca, deve responder pelos danos e desvantagens dela resultantes.

Terceira reflexão: será que somente quando houver o danoso vazamento de dados e prejuízos materiais comprovados, é que se ensejará eventual indenização (e do ponto de vista individual, apenas)?

Nesta linha, a concepção do dano moral *in re ipsa* seria o mais adequado, eis que a exposição do dado ou informação já viola, por si, direito da personalidade (privacidade ou intimidade dos dados), sendo desnecessária a exploração comprobatória do dano efetivo.

Isso porque não deve perdurar o argumento de que incidentes de segurança acontecem, e que nestas situações, somente se se constatar alguma violação

a direito da personalidade é que haverá, como consectário, a condenação à compensação moral. Se se enveredar por essa seara, o perigo será haver uma inversão na concepção adequada de dano moral, convertendo-se aquele num quase-dano material.

Quarto aspecto: o que dizer do risco de dano (ou do dano potencial) que sofre aquele que tem seus dados e informações expostos?

Ora, a mera exposição de dados e informações já acarreta prejuízo à vítima, eis que a coloca em situação de risco e potencial prejuízo.

A exposição indevida ao risco já é matéria pacífica em outras sendas, como na Justiça do Trabalho (TST. RR 24-97.2017.5.05.0024), que condena à indenização dos profissionais que atuam em condições que lhes submetam a situação passível de causação de danos, como é o motorista de veículos de transporte de valores, sem se cogitar a pecha de dano eventual ou hipotético.[34]

Bem, é fato que na seara compensatória ou reparatória há muito a se evoluir quanto à satisfatividade das condenações que envolvam dados e informações pessoais. Talvez o fato de os mesmos terem sido erigidos à categoria de direito fundamental no último mês de fevereiro contribuam para o amadurecimento das decisões que versem sobre sua violação e indenizabilidade.

Este fato, inegavelmente, contribuirá para que as análises jurisprudenciais sigam mais na linha protetiva desse direito, eis que a força constitucional e o jaez de direito fundamental poderão tornar mais tranquilos – e pacíficos – os entendimentos doravante esposados.

Todavia, é sempre importante ressaltar que a exposição indevida de dados e informações do indivíduo, viola, por si só, um direito das pessoas – de natureza fundamental e da personalidade - cujo substrato axiológico é a dignidade, o que já justificaria as condenações. Mas a inclusão dos dados e a sua proteção como direito fundamental, certamente, viabilizará a sua tutela de forma mais suave.

E assim, caso haja a constatação de risco ou a violação concreta desse direito, deverá o indivíduo ser indenizado por aquele aufere gigantescas vantagens econômicas com a sua captação, conservação e controle cotidiano, mesmo que o fazendo de modo camuflado e subliminar.

34 Brasil. Tribunal Superior do Trabalho – TST. *RR 24-97.2017.5.05.0024*. Rel. Min. Dora Maria da Costa. J. em 20.10.2021. Disponível em: https://jurisprudencia.tst.jus.br/#8cf402ab89073f79dd6f8baf584d9166. Acesso em: 30 ago. 2022.

BIBLIOGRAFIA

BARRETO, R. de M. M.: *Direito & redes sociais na internet: a proteção do consumidor no comércio eletrônico*, Juruá, Curitiba, 2014, p. 172 e ss.

BAUMAN, Z.: *Modernidade Líquida*, Zahar, Rio de Janeiro, 2001, pp. 150 e ss.

BAUMAN, Z.: *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*, Zahar, Rio de Janeiro, 2008, pp. 111 e ss.

BAUMAN, Z.: *Vigilância líquida,* Zahar, Rio de Janeiro, 2014, pp. 85 e ss.

BEATRIZ, C.: "Os direitos humanos e o exercício da cidadania em meios digitais", in *Marco civil da internet* (organizado por G. S. LEITE e J. RAMOS), Atlas, São Paulo, 2014, pp. 66 a 78.

BESSA, L.R.: "A LGPD e o direito à autodeterminação informativa", *Site genjurídico. com.br.* Seção de Artigos, de 20 out. 2020. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/10/26/lgpd-direito-autodeterminacao-informativa/. Acesso em: 01 abr. 2022.

BITTAR, E. C. B.: "O direito na pós-modernidade", *Rev. Seq.*, núm. 57, 2008, pp. 131-152.

CASTELLS, M.: *A sociedade em rede*, Paz e Terra, São Paulo, 2017, pp. 67 e ss.

CASTELLS, M.: *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet,* Zahar, Rio de Janeiro, 2003, pp. 230 e ss.

CHERKAOUI, M.: "Estratificação", in *Tratado de Sociologia,* (organizado por R. BOUDON), Zahar, Rio de Janeiro, 1995, pp. 107 e ss.

DIAMOND, J. M.: *Armas, germes e aço: os destinos das sociedades*, Record, Rio de Janeiro, 2013, pp. 66 e ss.

FERRAZ, T. S.: "Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado", *Rev. Fac. Dir. USP*, núm. 88, 1999, pp. 442 e ss.

LÉVY, P.: *O que é virtual?* Editora 34, São Paulo, 1996, pp. 15 a 26.

LIMBERGER, T.: "Proteção dos dados pessoais e comércio eletrônico: os desafios do século XXI", *Rev. Dir. Cons.*, núm. 67, 2007, p. 215-241.

Lipovetski, G.: *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Manole, Barueri-São Paulo, 2005, p. 23 e ss.

Lipovetsky, G.; roux, E.: *O luxo eterno: da idade do sagrado ao tempo das marcas*, Companhia das Letras, São Paulo, 2005, pp. 70 e ss.

Mèlo, A.: *Proteção de dados pessoais na era da informação: a privacidade e a intimidade em face do avanço tecnológico*, Juruá, Curitiba, 2019, p. 124 e ss.

Monastério, L. M.: "Veblen e o Comportamento Humano: uma avaliação após um século de 'A Teoria da Classe Ociosa'", *Cad. IHU Id.*, núm. 42, 2005, pp. 01 e ss.

O Estado de São Paulo: Blogueira contrai dívida de R$ 32 mil para fazer posts 'perfeitos' no Instagram. *Jornal O Estado de São Paulo*, 09 mar. 2018. Disponível em: https://emais.estadao.com.br/noticias/comportamento,blogueira-contrai-divida-de-r-32-mil-para-fazer-posts-perfeitos-no-instagram,70002220353. Acesso em: 06 abr. 2022.

Orwell, G.: *1984*, Companhia das Letras, São Paulo, 2009.

Revista Veja: Indonésio é preso por golpe de US$ 1,3 mi em falsificação de vinhos. *Revista Veja*, versão online, Coluna de Economia, 13 mar. 2012. Disponível em: https://veja.abril.com.br/economia/indonesio-e-preso-por-golpe-de-us-13-mi-em-falsificacao-de-vinhos/. Acesso em: 07 abr. 2022.

Siqueira, O. N.; Simão Filho, A.: "A ressignificação da servidão voluntária na era da algoritmização do consumo e da vigilância digital", *Rev. Dir. Cons.*, núm. 133, 2021, pp. 155-174.

Veblen, T. B.: *Teoria da Classe Ociosa: um estudo econômico das instituições*, Pioneira, São Paulo, 1965, pp. 286 e ss.

Verbicaro, D.; Rodrigues, L.; Ataíde, C.: "Desvendando a vulnerabilidade comportamental do consumidor: uma análise jurídico-psicológica do assédio de consumo", *Rev. Dir. Cons.*, núm. 119, 2018, pp. 349-384.

JURISPRUDÊNCIA

Brasil. Supremo Tribunal Federal – STF. *MS 36932-DF*. Rel. Min. Roberto Barroso. J. em 11.2.2020. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS36932.pdf. Acesso em: 30 ago. 2022.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça - STJ. *REsp 2034862-SP*. Rel. Min. Regina Helena Costa. J. em 26.10.2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/

pesquisar.jsp?livre=RESP+2034862&b=DTXT&p=true&tp=T. Acesso em: 28 out. 2022.

Brasil. Tribunal Superior do Trabalho – TST. *RR 24-97.2017.5.05.0024*. Rel. Min. Dora Maria da Costa. J. em 20.10.2021. Disponível em: https://jurisprudencia.tst.jus.br/#8cf402ab89073f79dd6f8baf584d9166. Acesso em: 30 ago. 2022.

Distrito Federal. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios - TJDF. *Ap. 0702829-80.2020.8.07.0020*. Rel. Des. Antonio Fernandes da Luz. J. em 24.6.2022. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj. Acesso em: 28 out. 2022.

Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJRJ. *Ap. 0418456-71.2013.8.19.0001*. Rel. Des. Fábio Dutra. J. em 8.6.2021. Disponível em: http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=-00041D04EABD6AEECAEE74421E671B888C7AC5103D29300D&USER=. Acesso em: 30 ago. 2022.

São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. *Apelação Cível nº 1003122-23.2020.8.26.0157*. Rel. Des. Renato Sartorelli. J. em 22.06.2021. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14743044&cdForo=0. Acesso em: 30 ago. 2022.

São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. *Apelação Cível 1008308-35.2020.8.26.0704*. Rel. Des. Alfredo Attié. J. em 16.11.2021. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15191762&cdForo=0. Acesso em: 30 ago. 2022.

INTELLIGENZA ARTIFICIALE E RESPONSABILITÁ CIVILE: LE NUOVE SFIDE IN AMBITO SANITARIO

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND CIVIL LIABILITY: NEW CHALLENGES IN THE HEALTHCARE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1124-1147

Elisa COLLETTI

ARTICOLO CONSEGNATO: 14 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Ad ogni generazione di giuristi tocca il compito di misurare l'impatto della tecnologia sulle categorie ordinanti del diritto privato. Il giurista del primo '900 si è trovato a dover registrare i mutamenti che la motorizzazione del traffico stradale ha provocato sulla responsabilità civile, quello del secondo '900 ha dovuto fare i conti con le conseguenze che la diffusione di modelli riproduttivi di massa ha generato sul contratto; alla generazione di giuristi dell'ultima porzione del secolo scorso è toccato indagare il ruolo della digitalizzazione telematica sul contratto e sul diritto d'autore. Al giurista odierno spetta forse l'onere maggiore, quello di neutralizzare l'impatto che l'intelligenza artificiale sembra in grado di determinare su ogni ramo del diritto, con un grado di pervasività senza precedenti. In particolare, le strutture della responsabilità civile appaiono, a confronto con gli strumenti dell'intelligenza artificiale, spesso inadatte a rispondere efficacemente ai problemi che l'uso della robotica pone, specie se volgiamo lo sguardo all'ambito sanitario. Siamo di fronte alla nascita di nuovi sistemi di responsabilità, la cd. responsabilità civile algoritmica, o responsabilità robotica.

PAROLE CHIAVE: Responsabilità civile; intelligenza artificiale; armonizzazione europea.

ABSTRACT: *Each generation of lawyers has the task of measuring the impact of technology on the ordering categories of private law. The jurist of the early twentieth century had to record the changes that the motorization of road traffic caused on civil liability, that of the second twentieth century had to deal with the consequences that the spread of mass reproductive models generated on the contract; it was up to the generation of jurists of the last part of the last century to investigate the role of telematic digitization on contracts and copyright. Today's jurist perhaps has the greatest burden, that of neutralizing the impact that artificial intelligence seems able to determine on every branch of law, with an unprecedented degree of pervasiveness. In particular, the structures of civil liability appear, in comparison with the tools of artificial intelligence, often unsuitable for responding effectively to the problems that the use of robotics raises, especially if we look at the health sector. We are facing the birth of new systems of responsibility, the so-called algorithmic civil liability, or robotic liability.*

KEY WORDS: *Artificial intelligence; civil liability; european harmonization.*

SOMMARIO.- I. L'IMPIEGO DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE IN AMBITO SANITARIO. – II. NATURA DELLO STRUMENTO E SOGGETTIVITÀ GIURIDICA: UN'IPOTESI PERCORRIBILE? – III. SULL'APPLICABILITÀ DELLE NORME DI RESPONSABILITÀ DEL CODICE CIVILE AI SISTEMI DI IA. – IV. COMPATIBILITÀ DELLA DISCIPLINA IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ DA PRODOTTO DIFETTOSO. – V. VERSO L'ESIGENZA DI UN'ARMONIZZAZIONE EUROPEA IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DA ALGORITMO? – VI. L'ARTIFICIAL INTELLIGENCE LIABILITY DIRECTIVE. – VII. CONCLUSIONI.

I. L'IMPIEGO DELL' INTELLIGENZA ARTIFICIALE IN AMBITO SANITARIO.

L'impiego dell'intelligenza artificiale in ambito medico rappresenta, oggi, una realtà emergente dalle linee di sviluppo sempre più chiare e sicure.

È, infatti, sempre più frequente in ambito ospedaliero il ricorso a macchinari che si sostituiscono all'operatore professionale sia in fase esecutiva che diagnostica. I sistemi di intelligenza artificiali, infatti, sono ad oggi destinati ad intervenire sul processo di cura sia in fase diagnostica che terapeutica, permettendo all'operatore sanitario di pervenire, da un lato, a diagnosi più certe e precise - es. tramite imaging radiologico, capace di analizzare lastre e referti con una percentuale di esattezza e precisione inimmaginabili ad occhio umano - dall'altro a terapie chirurgiche più efficaci e meno invasive grazie all'utilizzo della robotica. Se però, per un verso, l'utilizzo dell'intelligenza artificiale[1] in medicina permette di pervenire a notevoli vantaggi per la salute del paziente, è innegabile che la mancanza di una disciplina di regolazione ad hoc della materia comporti per il sanitario il rischio di incorrere facilmente in responsabilità civile[2].

Ne deriva una rivoluzione copernicana nell'ambito della relazione di cura medico-paziente in cui il medico, che nasce come "pater" ed indiscusso mentore del paziente nel modello paternalistico[3], si evolve ad alleato nella gestione della terapia del paziente nel modello della reciprocità[4], rapporto destinato ancora una volta a mutare nel momento in cui nella relazione suddetta interviene un terzo elemento: l'intelligenza artificiale. La conseguenza diretta del sempre maggior uso di tecnologica automatica in ambito sanitario è una nuova concezione del medico

1 Da ora in avanti IA.

2 Si tratta di una responsabilità da algoritmo, come la definisce Buonanno, L.: "La responsabilità civile nell'era delle nuove tecnologie: l'influenza della blockchain", *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1618.

3 Parsons, T.: "The social system"., *Free press (St. John's)*, 1951, p. 121.

4 Roter, D.L., Hall, J.A.: "Doctors talking with patients/Patients talking with doctors", *Clinical and Experimental Optometry,* 1995, p. 78.

• Elisa Colletti
Ricercatrice, Università di Palermo
elisa.colletti@unipa.it

come "human in command"[5], che mantiene in alcuni casi il solo ruolo di controllo del risultato finale della macchina (out- put) e di validazione del medesimo.

Se certi sono i vantaggi che l'apporto della medicina automatizzata innesca nel sistema di cura e tutela della salute del paziente, meno certi sono i risvolti sul piano giuridico e di responsabilità che dagli strumenti di intelligenza artificiale derivano. Alla base del problema vi sono innanzitutto i caratteri dello strumento, il quale non consente all'operatore l'accesso ai processi attraverso i quali perviene al risultato desiderato. Si tratta infatti di un sistema che la dottrina ha definito opaco, proprio perché non è concesso all'uomo di conoscere e verificare l'iter logico e la motivazione delle scelte della macchina, stante che la stessa opera per inferenza statistica, e non per deduzione.

Traslando gli effetti di un sistema di tal fatta su un piano di responsabilità civile del medico e dell'azienda ospedaliera, ne deriva quanto segue. La responsabilità extracontrattuale del medico, così come oggi regolata dalla legge Gelli Bianco imporrebbe al danneggiato, che voglia ottenere un risarcimento a fronte di un danno alla salute causato dal medico che utilizzi gli strumenti dell'IA, una "probatio diabolica", se non altro per la natura opaca dello strumento utilizzato dal medico, che non permette un'agevole individuazione di un nesso di causalità tra fatto e danno. D'altro canto, nemmeno l'attuale sistema di responsabilità della struttura sanitaria sembra adattarsi alle nuove sfide poste dall'utilizzo di sistemi robotici in medicina. Si ipotizza alternativamente, dato il totale controllo che la struttura detiene sul dispositivo, una sussunzione di tali casi nell'alveo della responsabilità da cose in custodia, che avrebbe altresì il pregio di assegnare al danneggiante la prova liberatoria del caso fortuito; l'applicazione dell'art. 2051 c.c., piuttosto che dell'art. 1218 c.c., consentirebbe probabilmente di spostare sull'ente ospedaliero il rischio della causa ignota, che verrebbe a coincidere con l'impossibilità a fornire la causa del fortuito.

Ipotesi queste che, in ogni caso, lasciano aperti margini di irresponsabilità del robot, spostando il costo sociale del danno sul danneggiato. Per questo, il 21 aprile 2021 la Commissione Europea ha reso nota una proposta di Regolamento ("Regulation on a European approach for Artificial intelligence") con l'obiettivo di plasmare la legislazione europea sull'intelligenza artificiale, armonizzando così la normativa applicabile e caldeggiando l'innovazione, la sicurezza e la tutela dei diritti individuali. Allo stesso modo, lo scorso 28 settembre la Commissione Europea ha annunciato l'adozione di due proposte volte ad adattare le norme sulla responsabilità civile all'era digitale nonché all'economia circolare. In particolare, una delle due proposte riguarda la nuova direttiva sulla responsabilità per l'intelligenza

5 Ruffolo, U.: "L'Intelligenza artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e 'potenziamento '", *Giur. it.*, 2021, p. 502.

artificiale, preordinata a facilitare il risarcimento del danno nel caso di danni derivanti dall'impiego di sistemi di IA. Ed infatti, l'analisi finalizzata all'individuazione di soluzioni giuridiche praticabili è da considerarsi di notevole urgenza se si pensa alla crescita e diffusione dell'utilizzo dei sistemi di IA negli ultimi anni, in tutti i settori ed in specie in quello sanitario, e se si presume che ad un incremento dell'utilizzo del mezzo seguirà, a distanza di non troppo tempo, un inevitabile incremento delle possibilità che dall'utilizzo del mezzo promani un evento dannoso. Soluzioni che si mostrano a ben vedere indispensabili anche al fine di garantire uno sviluppo del mezzo sul mercato che non venga ostacolato dalla norma, quanto piuttosto implementato dalla stessa, in un'ottica che da un lato favorisca il mercato, dall'altro lo plasmi nella maniera più idonea per tutelare i diritti fondamentali.

È su questo trend che intende muoversi l'analisi che segue, in un'ottica di prima individuazione dei possibili terreni giuridici nazionali e sovranazionale da battere per determinare future soluzioni giuridiche ai problemi che l'utilizzo degli strumenti di IA sembra iniziare a generare in ambito medico.

II. NATURA DELLO STRUMENTO E SOGGETTIVITÀ GIURIDICA: UN'IPOTESI PERCORRIBILE?

Decifrare quale sia la combinazione esatta a livello normativo per garantire tutela agli utenti e agli operatori di IA è questione che il giurista odierno ha il compito di affrontare sia da interprete del diritto che da politico del diritto, stante la necessità di un'analisi economica di fondo che restituisca alla disciplina regolatoria una dimensione di fattibilità in termini di costi per il sistema. In entrambi i casi, ciò che risulta necessario è la conoscenza del regolato, dunque dello strumento di IA, dei suoi profili caratterizzati, in maniera tale da poter eventualmente individuare norme dell'ordinamento nazionale e sovranazionale che ben possano attagliarsi al caso in esame.

La prima domanda da porsi, in effetti, riguarda la possibilità che lo strumento di IA possa o meno ricomprendersi nella categoria omnicomprensiva dei beni, circostanza questa che permetterebbe, lo si valuterà in seguito[6], l'adattamento della disciplina europea del danno da prodotto difettoso[7] alla fattispecie in questione.

È evidente, già ad un primo sguardo, che l'accostamento degli strumenti di IA alla categoria dei beni, ancorché immateriali, risulta in un certo modo stridente, stante che tali beni sono insuscettibili di appropriazione o sfruttamento economico da parte di consumatori o utenti [8]. La definizione di prodotto che il giurista europeo fornisce, infatti, per quanto piuttosto ampia, sembra non essere adeguata a descrivere questi nuovi prodotti elettronici [9], che semmai possiedono dei caratteri che li assimilano più al concetto di servizio.

Peraltro, quando si analizza la natura del mezzo di IA, va tenuto a mente un graduale passaggio che lo stesso si trova già a compiere in molteplici ambiti del suo utilizzo, quello dall'automazione all'autonomia: mentre l'automa svolge azioni comandate e controllate dell'uomo (cd. "machine learning"), il sistema di IA autonomo, o con sempre maggior grado di autonomia, è in grado di elaborare in maniera del tutto indipendente i dati che colleziona, e di agire nel contesto che lo circonda mettendo a sistema tali dati. Ne deriva un comportamento che, al netto di un risultato desiderato raggiunto, non è conoscibile dall'uomo, neanche da quello che lo ha prodotto (cd. "deep learning")[6]. I processi che la macchina mette in atto, infatti, sono difficilmente individuabili "ex post", nonché "ex ante", nel senso che l'operatore può contare sulla relativa certezza del risultato che la macchina porterà a termine, ma non riuscirà ad individuare il "come" di quel procedimento. Ne deriva un sistema caratterizzato da complessità, incompletezza, opacità, imprevedibilità, apertura e vulnerabilità[7]. Tali caratteristiche, come facilmente intuibile, mettono in crisi gli attuali modelli di responsabilità, in particolare, come già accennato, quelli che si basano sul criterio di imputazione della colpa e sull'individuazione della stessa ai fini di responsabilità e risarcitori. Non essendo individuabile il momento dell'errore (o del difetto, a seconda del tipo di responsabilità che si ha intenzione di mettere in gioco), non c'è modo di rinvenire il nesso tra fatto e danno, nesso in assenza del quale il danno medesimo non può essere risarcito.

Da ciò, la possibilità, paventata anche dal Parlamento Europeo[8], di attribuire soggettività giuridica allo strumento di IA[9]. Tale soluzione, a parere di chi la ritiene auspicabile, condurrebbe alla possibilità di considerare i robot, specie quelli dotati di tecnologia più avanzata, come persone elettroniche, in grado di risarcire la vittima di qualsiasi danno producano nell'esercizio delle loro azioni; nel nostro caso di specie, ad esempio, il robot chirurgico che dovesse generare un danno alla salute del paziente nel corso di una operazione chirurgica avrebbe l'obbligo di risarcirlo. Come? Tramite un patrimonio da riservare all'applicazione di IA al precipuo scopo di compensare il danno[10]. Tale prospettazione riporta alla memoria le note tesi di Teubner[11] sulla costruzione degli ibridi come entità giuridica. Ne deriverebbe, in effetti, l'introduzione della figura giuridica e professionale del sanitario robotico, anch'esso membro dell'equipe medica.

6 Se ne discuterà nel paragrafo 4.

7 Salanitro, U.: "Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della commissione europea", *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 1247.

8 Così Buonanno, L.: "La responsabilità civile nell'era delle nuove tecnologie: l'influenza della blockchain", cit., p.1618.

9 Caroccia, F.: "Soggettività giuridica dei robot?", *Diritto e intelligenza artificiale,* p. 213 ss.; Fusaro, A.: "Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo", *NGCC*, 2020, p. 1344.

10 Cfr. Pagallo, U.: "Robotrust and Legal Responsibility", *Know Techn. Pol.*, vol. 23, 2010, p. 367-379. Sartor, G.: "Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?", *Cont. e Imp.*, 2002, p. 465-499.

11 Teubner, G.: *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.

Secondo alcuni, tuttavia, tale soluzione appare necessitata a chi è vittima di un condizionamento che la stessa nomenclatura utilizzata, "intelligenza artificiale", produce, indirizzando l'analisi giuridica sul tema in termini antropomorfici. Ed infatti, è facile cadere nel tranello di considerare il robot come un elemento dotato di intelligenza, dimenticandoci che l'intelligenza del robot è artificiale, e non reale, e che dunque non può assimilarsi ad un'entità intelligente quale l'uomo o l'animale[12]. Peraltro, al netto di tali considerazioni, il riconoscimento della soggettività giuridica del robot non sarebbe comunque auspicabile, perché è comunque possibile creare un patrimonio destinato da utilizzarsi per il risarcimento del danno commesso dal robot senza che lo stesso acquisisca una personalità giuridica autonoma rispetto a quella dell'operatore. In altri termini, la soluzione in questo caso complicherebbe il quadro invece che semplificarlo[13]. Meglio sarebbe, forse, a questo punto, affrancarsi totalmente dall'elemento soggettivo, per approdare a lidi di responsabilità che guardino al danno e non al danneggiante.

L'alternativa al riconoscimento della soggettività giuridica *tout court* sarebbe, secondo altri, il riconoscimento di una soggettività giuridica parziale, in cui la responsabilità delle azioni dannose compiute dai dispositivi di intelligenza artificiale graverebbe in via diretta in capo ai medesimi e, solo in via indiretta, in capo ai programmatori e agli utilizzatori. I fautori della teoria partono dalla considerazione secondo la quale i mezzi di IA sono programmati, e dunque eseguono compiti che sono preordinati ad eseguire, ma lo fanno utilizzando una buona dose di autonomia e di "intelligenza", seppur artificiale, nel senso che sono in grado di imparare dall'esperienza delle operazioni compiute precedentemente ed in tal modo di adattarsi alle situazioni future, interagendo con l'uomo, con l'esterno, e con altri robot. Il legislatore, a questo punto, non avrebbe il compito di decidere se concedere o meno la personalità giuridica a tali entità, essendo questa già inserita nella realtà sociale in cui si muove. Si tratterebbe, in altre parole, di una sorta di presa d'atto, cosiddetta "teoria della realtà"[14], che, se da un lato è maggiormente vicina al reale rispetto a quella del riconoscimento di una personalità pura, dall'altro non convince per gli stessi motivi sopra illustrati con riferimento alla prima ipotesi, al netto, peraltro, della considerazione degli aspetti extra- giuridici, quali quelli etici, ad esempio, la cui trattazione esula dai confini della presente analisi.

12 Così Finocchiaro, G.: "Responsabilita e intelligenza artificiale", *Contr. e Imp*., 2020, p. 729 ss. Anche per gli animali, d'altronde, è stata operata la valutazione circa l'attribuzione ai medesimi di soggettività giuridica. Cfr. ad esempio Rescigno, F.: *I diritti degli animali. Da res a soggetti,* Giappichelli, Torino, 2005; Battaglia, L.: *Etica e diritti degli animali*, Laterza, Bologna-Roma, 1997; Pocar, V.: *Gli animali non umani*, Laterza, Roma-Bari, 1998; Cerini, D.: "Lo strano caso dei soggetti-oggetti: gli animali nel sistema italiano e l'esigenza di una riforma", *Derecho Animal*, 2019, 2, p. 27 ss.. Garatti, F.: "La questione animale e le funzioni della responsabilità civile", *Contr. e impr. Eur.,* 2014, II, p. 735 ss.; Gasparin, M.: "La dicotomia "persona-cosa" e gli animali", *Trattatto di biodiritto*, diretto da Rodotà S., Zatti P., Milano, 2011, p. 295 ss, e, da ultimo, Alpa, G.: "Note sulla riforma della costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali", *Contratto e impresa*, 2022, p. 361 ss. .

13 Lo pensa Di Giovanni, F.: "Attività contrattuale e intelligenza artificiale", *Giur. it*., 2019, pp. 1677-1686.

14 Cfr. Leanza, C.: "Intelligenza artificiale e diritto: ipotesi di responsabilità civile nel terzo millennio", *Resp. civ. prev*., n. 3, 2020, p. 92 ss.; Galgano, F.: *Trattato di diritto civile*, Cedam, Padova, 2014, p. 177.

III. SULL'APPLICABILITÀ DELLE NORME DI RESPONSABILITÀ DEL CODICE CIVILE AI SISTEMI DI IA.

Nonostante buona parte della dottrina e, pare, la stessa Unione Europea[15] siano sempre più convinte dell'introduzione di una normativa di armonizzazione *ad hoc* che individui i caratteri e le forme di tutela necessarie all'uso dell'intelligenza artificiale, è solo da una previa indagine interpretativa delle norme vigenti nel nostro ordinamento che può derivate tale conclusione[16]. A tale analisi, pertanto, si procede.

In Italia, come noto, la responsabilità civile per danni cagionati da strumenti di IA non è, o non è ancora, disciplinata da regole *ad hoc*. A ben vedere, però, alcune norme, sebbene nate in un'epoca in cui gli attuali sistemi tecnologici non erano nemmeno immaginabili dal legislatore, potrebbero reinterpretarsi in maniera da disciplinare, in maniera più o meno compiuta, l'utilizzo di tali sistemi.

La dottrina [21], in particolare, individua tra queste l'art. 2049 c.c., e ciò in ragione delle analogie esistenti tra la situazione del padrone e del committente e quella dell'imprenditore (nel nostro caso, dell'azienda ospedaliera) e dello strumento di IA: in entrambi i rapporti (cd. di predisposizione), infatti, il primo indirizza il secondo allo svolgimento di determinate mansioni e verifica l'andamento del lavoro svolto. In entrambi i casi, il primo è in grado meglio di altri di neutralizzare o comunque minimizzare le ipotesi di danno che dallo svolgimento dell'attività lavorativa derivino. La differenza, tuttavia, sta nel fatto che nel primo rapporto sopra delineato entrambi i soggetti sono astrattamente imputabili, tanto che il lavoratore risponde in solido col datore di lavoro del danno cagionato nell'esercizio dell'attività lavorativa, mentre nel secondo rapporto il robot, non godendo di personalità giuridica, non può in alcun modo essere individuato come centro di imputazione. A meno di non voler considerare, e ci si è già espressi in senso negativo sul punto[17], la possibilità di dotare lo strumento di IA di una personalità giuridica propria.

Per ovviare al problema, sono state prese in considerazione[18] altre forme di responsabilità oggettiva individuate dal nostro codice civile, come quella di cui all'art. 2047 c.c., sul danno causato dall'incapace, e l'art. 2048 c.c., in materia

15 Lo si vedrà nel prosieguo, al par. 4.

16 È di questo avviso Finocchiaro, G.: " Responsabilita e intelligenza artificiale", cit., 729 ss., la quale altresì ricorda come, finora, solo in un caso, quello della normativa sulla protezione dei dati personali, si è giunti ad emanare un corpo normativo integralmente nuovo, mentre negli altri casi il legislatore si è risolto ad apportare modifiche ed integrazioni alle leggi vigenti. Negli altri casi, invece, si è preferito integrare norme già esistenti. Si cita ad esempio, la disciplina di cui al d.lgs. 29 dicembre 1992, n. 518, «Attuazione della direttiva 91/250/CEE relati-va alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore», che ha modificato e integrato la l. 22.

17 Si tratta del par. II del presente lavoro.

18 Costanza, M.: "L'Intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile", *Giur. it.*, 2019, p. 1688.

di responsabilità dei genitori, dei tutori e dei precettori, che rispondono rispettivamente per il fatto cagionato dal minore, dal soggetto sottoposto a tutela, dall'allievo o dall'apprendista.

Si potrebbe, forse, in questo caso individuare un'analogia[19] tra il proprietario del dispositivo dotati di intelligenza artificiale, specialmente se caratterizzato quest'ultimo da un elevato grado di autonomia, e colui che è giuridicamente responsabile del soggetto di diritto che compie l'azione dannosa e che non è in grado di ricevere su di sé gli effetti giuridici della medesima, perché minore, o incapace.

Sulla stessa linea di pensiero, c'è chi individua una lontana similitudine tra la relazione di chi dispone di IA ed il mezzo stesso, da un lato, e il proprietario dell'animale e l'animale stesso, dall'altro, stante che sia il robot sia l'animale sarebbero in grado di muoversi liberamente nello spazio circostante e di modificarlo[20]. Si apprezza, già ad un primo sguardo, la differenza sostanziale tra l'animale e la macchina, il primo dotato di intelligenza, il secondo dotato di intelligenza artificiale. Tuttavia, l'alternativa a questa ipotesi, per quanto fantasiosa, sarebbe quella di equiparare il robot alla cosa inanimata. Verrebbe a questo punto in rilievo l'art. 2051 c.c., il quale però, lo si premette, sconta il limite di essere applicabile, secondo costante giurisprudenza, al danno cagionato proprio da oggetto inanimato. In ambito medico, tuttavia, l'applicabilità del regime di responsabilità delineato dall'art. 2051 c.c. all'azienda sanitaria in qualità di "custode" dei macchinari "intelligenti" che la stessa abbia in dotazione sembrerebbe ipotesi percorribile, se non fosse escluso in radice dal regime di responsabilità predicato dalla L. n. 24/2017.

Infine, l'art. 2050 c.c., sempre che si sia d'accordo sull'ammettere che l'utilizzo di dispositivi intelligenti sia da qualificarsi quale attività pericolosa, circostanza questa, al contrario, sempre più dibattuta e controversa[21], stante la considerazione dell'intelligenza artificiale come mezzo idoneo a correggere l'errore umano e ad evitare i rischi connessi ad alcune attività che presuppongono un rischio, quale l'attività medico-chirurgica. Tuttavia in futuro, specie andando incontro alla sempre maggiore autonomia delle macchine, ci si dovrà domandare se l'applicazione di forme di IA ad alcuni settori dell'attività medica non sia suscettibile di trasformare alcune attività mediche nel novero delle "attività pericolose" ex art. 2050 c.c. .

19 Ruffolo, U.: "Per i fondamenti di un diritto della robotica self-learning; dalla machinery produttiva all'auto driverless: verso una responsabilità da algoritmo?", Atti del Convegno 29 novembre 2017, Università per stranieri di Perugia, Giuffrè, Milano, 2017.

20 Santosuosso, A., Boscarato, C., Caroleo, F.: "Robot e diritto: una prima ricognizione", *NGCC*, 2012, p. 458.

21 In senso contrario si esprime Costanza, M., "L'Intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile", *Giur. it.*, 2019, p. 1688.

IV. COMPATIBILITÀ DELLA DISCIPLINA IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ DA PRODOTTO DIFETTOSO.

Altra possibilità ampiamente discussa in dottrina è quella di sussumere i casi di danno cagionato dallo strumento di IA nel quadro della disciplina dettata dalla dir. 85/374/CEE per i prodotti difettosi[22].

Va tenuta in primo luogo in considerazione la natura del bene oggetto di analisi, un prodotto ad alta complessità tecnologica i cui comportamenti sono difficili da individuare, stante anche l'esigenza del produttore di tenere nascoste le modalità di funzionamento della macchina agli altri operatori del medesimo settore. Da qui le principali difficoltà applicative della direttiva n. 374/85 CEE. Ed infatti, l'onere che grava sul danneggiato di dimostrare il difetto del prodotto e il nesso di causalità tra difetto e danno rischia di diventare "probatio diabolica" proprio in considerazione di quell'opacità delle modalità di funzionamento del mezzo, che non conduce ad una facile individuazione del difetto del prodotto, né all'individuazione del momento causativo del danno, e dunque, di conseguenza, del nesso di causa di cui è necessaria la prova a fini risarcitori[23]. Tra l'altro, questa estrema difficoltà di prova che graverebbe sul danneggiato non sarebbe nemmeno in linea con le finalità perseguite dal legislatore europeo nell'emanazione della direttiva sopra riportata, quali quella di prevedere forme di responsabilità aggravata ai fini della migliore tutela del soggetto debole del rapporto contrattuale "business to consumer", stante che anche gli algoritmi, in qualsiasi modo utilizzati, sono da considerarsi prodotti destinati alla massa del consumatori, nel nostro caso pazienti. La stessa Corte di Giustizia ha avuto più volte modo di specificare che l'applicazione concreta dell'art. 4 della direttiva 85/374/CEE non deve in alcun modo condurre "ad arrecare pregiudizio all'effettività del regime di responsabilità istituito da tale direttiva"[24].

Sembra allora che le norme sul danno da prodotto difettoso non siano in grado di assicurare una buona tenuta sul piano della tutela del fruitore del "bene", stante la natura peculiare del medesimo e l'opacità del suo funzionamento, a meno di non voler predisporre un regolamento che obblighi il produttore del sistema di IA a mettere a disposizione del danneggiato, nel momento del danno, una

22 Cfr. la Dir. 85/374/CEE, «relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi», *GUCE*, L 210 del 7 agosto 1985.

23 Fusaro, A., "Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo", *NGCC*, 2020, p. 1344.

24 Corte giust. UE, 21.6.2017, causa C-621/15, *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1810, con commento di Pucella, R.:, "Danno da vaccini, probabilita scientifica e prova per presunzioni," *Foro it.*, 2017, IV, p. 535; con nota di Bitetto, A.: , "Prova del difetto (del vaccino) e presunzione nella responsabilità del produttore", *NGCC*, 2018, I; con nota di Toriello, O.: " Effettività della tutela risarcitoria, prodotti difettosi e mercato europeo", *Danno e resp.*, 2017, p. 668; con nota di Bitetto, A.: "Danno da vaccini e prova del nesso causale tra product liability e indennizzo;", *Rivistaresponsabilità medica.it*, con annotazione di Thiene, A.

strumentazione in grado di verificare dove risiede il difetto ed in che momento e modo si è verificato il danno. È la stessa Commissione europea ad ipotizzare tale soluzione, occupandosene però sinora solo con riferimento ai veicoli automatizzati, e non ai robot chirurgici.

Altra soluzione proviene dagli Stati Uniti, dove nell'ambito del danno provocato dal difetto dell'algoritmo si è diffusa la prassi di ricorrere al cd. *risk utility* test[25], che consiste nel verificare se il danno si sarebbe comunque prodotto anche se fosse stato utilizzato un algoritmo alternativo rispetto a quello che lo ha generato, test che, come ovvio, richiede la consulenza di personale specializzato, e non è dunque di facile accesso economico.

Ulteriore ipotesi risolutiva è quella di confrontare l'algoritmo che ha prodotto il danno con un algoritmo che abbia le stesse caratteristiche, che funga per così dire da campione. Anche in questo caso, però, la soluzione, astrattamente lineare, si scontra in concreto con la natura peculiare dello strumento di IA, di cui non si conoscono con esattezza i meccanismi di funzionamento, specie se si tratta di sistemi di "deep learning". Se, in altre parole, un sistema del genere è utile per confrontare il comportamento dell'uomo medio con quello dell'individuo che ha prodotto un danno, non lo è altrettanto quando si parla di macchine, anche in considerazione del fatto che risulta poco agevole individuare il criterio del confronto tra le stesse. Se assumiamo, ad esempio, di confrontare i risultati ottenuti dai due algoritmi, non avremo certezza di individuare il difetto, perché non è detto che il difetto stia nel risultato. In altre parole, due algoritmi possono pervenire a risultati identici, e dunque entrambi vantaggiosi per il fruitore, ma attraverso processi differenti, uno dei quali risulti in grado di provocare un danno. Se volessimo invece confrontare il comportamento degli algoritmi, ci troveremmo di fronte ad un muro stante, come già specificato, l'impenetrabilità del funzionamento del sistema. Ne discende, escluse le varie alternative possibili, un'unica soluzione, se si ritiene auspicabile l'utilizzo della direttiva sul danno da prodotto difettoso anche in ambito di intelligenza artificiale: quella di invertire l'onere della prova a carico del danneggiante, o di alleggerirlo in maniera tale da risultare fruibile da parte del medesimo. È dello stesso avviso la Commissione Europea[26], quando paventa la necessità di una opportuna iniziativa dell'UE che si muova in tal senso.

Per esigenze di completezza, è opportuno specificare la circostanza del tentativo di aggiornamento della normativa appena analizzata ad opera della Commissione Europea che, contestualmente alla cd. proposta di direttiva AILD, di cui si dirà

25 Cfr., Gurney, J.: "Sue my car not me: products Liability and Accidents involving Autonomous Vehicles", *U. III. J.L. Tech. & Pol'y*, 2013, p. 247.

26 Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, [COM (2020) 64 final].

meglio nel prossimo paragrafo, ha proposto la revisione della direttiva sul danno da prodotto difettoso[27] per renderla compatibile con il prodotto dell'era digitale e con la conseguente responsabilità che dall'utilizzo del medesimo possa derivare, consentendo il risarcimento dei medesimi. Si tratta, in altre parole, di prendere in considerazione le potenzialità del sempre maggior uso di prodotti quali robot, droni, sistemi di domotica, specie se il loro grado di sicurezza diminuisca a seguito dell'aggiornamento, automatico o meno, dei loro software, nonché del prodotto necessario al funzionamento di tali robot, ovvero l'algoritmo.

In particolare, la direttiva riveduta aggiorna e rafforza le esistenti norme consolidate, basate sulla responsabilità oggettiva dei produttori, per il risarcimento delle lesioni personali, dei danni alle cose o della perdita di dati causati da prodotti non sicuri, creando una parità di condizioni tra consumatori e produttori, imponendo in particolare a questi ultimi di divulgare delle informazioni circa il mezzo che consentano al consumatore di pervenire in maniera più facilitata alla prova del difetto del prodotto. L'obiettivo, in effetti, è quello di neutralizzare la difficoltà di cui si discuteva sopra, relative alla prova del danno ad opera del soggetto danneggiato; è opportuno verificare, però, se il sistema, volto a favorire la prova del danno, non finisca per determinare un nuovo danno per il mercato, conseguente dalla circostanza del sovvertimento di equilibri tipici dello stesso.

V. VERSO L'ESIGENZA DI UN'ARMONIZZAZIONE EUROPEA IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DA ALGORITMO?

Come noto, il 16 febbraio 2017 il Parlamento europeo ha approvato una Risoluzione di raccomandazioni alla Commissione "concernenti norme di diritto civile sulla robotica"[28], a cui è seguita la Comunicazione del 25 aprile 2018 "L'intelligenza artificiale per l'Europa"[29]. Nel maggio del 2019, inoltre, è stato pubblicato un Report[30] redatto da un gruppo di esperti sul punto, su cui si basano parte delle conclusioni cui è pervenuta la Commissione Europea nel 2020, raccogliendo, con la sua relazione "sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e responsabilità"[31] – la quale è allegata al Libro Bianco "sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo

27 COM (2022) 495 - Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products.

28 Risoluzione del Parlamento europeo del 16.2.2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2013 (INL)).

29 Commissione Europea, COM (2018) 237 final, " L'intelligenza artificiale per l'Europa", alla quale è allegato uno staff working document dedicato a "Liability for emerging digital technologies".

30 "Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies", Report from the Expert Group on Liability and New technologies – New Technologies Formation, European Union, 2019.

31 Commissione Europea, COM (2020) 64 final, 16 febbraio 2020, Relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e responsabilità.

all'eccellenza e alla fiducia"[32] – l'invito del Parlamento Europeo ad elaborare una proposta di direttiva volta a regolare efficacemente i problemi di "liability" sorto con riferimento all'utilizzo di IA. La richiesta è stata poi rinnovata dal Parlamento europeo con la Risoluzione del 20 ottobre 2020 recante "raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale", con la quale il Parlamento ha sottolineato con maggior vigore l'esigenza di "un quadro giuridico orizzontale e armonizzato, basato su principi comuni, per garantire la certezza giuridica, fissare norme uniformi in tutta l'Unione e tutelare efficacemente i valori europei e i diritti dei cittadini", ritenendo a tal fine necessaria l'adozione di un regolamento che disegni un regime di responsabilità idoneo alla tutela dell'operatore del mezzo di IA e del diretto destinatario degli effetti del medesimo, se, come nel nostro caso, si tratta di due diversi soggetti.

L'obiettivo manifesto è quello di adattare le normative già esistenti alle nuove sfide poste dalla tecnologia intelligente, nell'ottica di assicurare una corretta e proficua fruizione del mezzo ed altresì un livello di protezione del danneggiato idonea a tutelarlo da ogni tipo di danno che dall'IA dovesse derivare, nonché a tutelare il potenziale danneggiante, nel nostro caso il medico, da profili di responsabilità inidonei ad assicurargli uno svolgimento del proprio lavoro scevro da eccessive pressioni, che condurrebbero senz'altro ad un revirement del fenomeno della medicina difensiva. Va citata, inoltre, per completezza una proposta di Regolamento elaborata dalla Commissione Juri[33], che individua un doppio binario di responsabilità: da un lato, quella oggettiva, da applicare alle ipotesi di danno cagionato da sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio, tra i quali il documento cita gli aeromobili senza equipaggio, i veicoli con alto livello di automazione *etc.*[34]; dall'altro, la responsabilità per colpa presunta in tutte le altre ipotesi. In entrambi i casi, risponderebbe oggettivamente del danno la figura del cd. "deployer", concetto ombrello che ricomprenderebbe chiunque operi tramite un sistema di intelligenza artificiale e sia perciò in grado di controllarne funzionamento e rischi. Rientrerebbe infatti nella definizione di deployer anche colui che utilizza il prodotto per fini professionali: tra questi, certamente è da rinvenirsi il medico, il quale è l'operatore deputato all'utilizzazione del mezzo (es. robot chirurgico), ed è presuntivamente in grado di conoscerne il funzionamento e di minimizzarne i rischi dell'utilizzo.

32 Commissione Europea, COM (2020) 65 final, 16 febbraio 2020, Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europea all'eccellenza e alla fiducia.

33 Progetto di relazione recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale [2020/2014 (INL)]. Il progetto è alla base della recentissima Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale [2020/2014(INL)].

34 Si tratta di quei sistemi in grado di "causare danni o pregiudizi a una o più persone in modo casuale e impossibile da prevedere in anticipo" (art. 3 della proposta di Regolamento).

Nella fattispecie, il medico rientrerebbe nel primo ordine di casi, quello relativo all'utilizzo dell'intelligenza artificiale di alto rischio, e dunque la responsabilità cui sarebbe soggetto sarebbe quella oggettiva, a meno che non utilizzi robot con livelli di automazione molto bassi, da ricomprendere invece nella seconda delle due categorie sopra menzionate. Tale previsione, se adottata, entrerebbe in netta collisione con il nostro attuale sistema di responsabilità medica, in cui il sanitario, come noto, risponde ai sensi della legge Gelli-Bianco di sola responsabilità extracontrattuale. Disciplina che, lo si ricorda, nasce dall'intento di porre un freno a quel fenomeno della medicina difensiva sopra menzionato che finiva per non assicurare al paziente un'efficace tutela sanitaria, né al medico la serenità necessaria per operare.

Quanto alla metodica, va osservato che l'ottica adottata dalla Commissione europea sembra essere improntata ad un criterio di efficienza, in cui gli obiettivi da raggiungere sono: a) evitare che l'uso di tecnologie intelligenti comporti un rischio per l'operatore e per il fruitore, in termini ad esempio di diminuzione degli standard risarcitori e di responsabilità del danneggiante; b) allocare il costo del danno sul soggetto che meglio di altri è in grado di neutralizzarne il rischio, in funzione "regolativa"[35].

Per far ciò, nella Risoluzione del 2017 il Parlamento europeo ipotizza di introdurre in via alternativa un regime di responsabilità di carattere oggettivo ovvero un approccio di gestione dei rischi, che permetta di verificare qua- le sia il soggetto che "è *in grado di minimizzare i rischi* e *affrontare l'impatto* negativo". Soluzioni che, secondo alcuni, non sono da prospettare come alternative, quanto piuttosto come conciliabili tra loro, incamerabili entrambe in un sistema di tutela che lavori in maniera uniforme. Ed infatti, è certo che la scelta di un sistema di tutela oggettivo non escluda in nessun modo, ed anzi per certi versi suggerisca la possibilità di prevedere norme finalizzate alla gestione del rischio da parte di soggetti che operano lungo la catena produttiva[36].

Con specifico riferimento all'ambito medico, in verità, l'Unione Europea si è mossa tramite l'emanazione di un regolamento[37]specifico per dispositivi medici, entrato in vigore nel maggio di questo anno, il quale regola l'impiego del dispositivo medico dotato di *software* che controlli l'intero congegno o parte del medesimo, e che abroga la precedente direttiva sul punto[38], la quale prevedeva

35 Monateri, P.G.: *La responsabilità civile*, Tratt. dir. civ. diretto da Sacco, R., Utet, Torino, 1998, p. 22.

36 È di questo avviso Ruffolo, U.: "Per i fondamenti di un diritto della robotica self-learning; dalla machinery produttiva all'auto driverless: verso una responsabilità da algoritmo?", Atti del Convegno 29 novembre 2017, Università per stranieri di Perugia, Giuffrè, Milano, 2017.

37 Reg. (UE) 2017/745.

38 Dir. 93/42/CEE.

che per "medical device" dovessero intendersi tutti gli strumento impiegato a fini di diagnosi, prevenzione, monitoraggio o cura di malattie.

La questione è stata altresì oggetto di una interpretazione risolutiva sul punto da parte della Corte di Giustizia[39] dell'Unione Europea, la quale ha convalidato la tesi secondo cui "è *da considerarsi "dispositivo medico" ogni device al quale il produttore abbia attribuito uno scopo di natura "medico-sanitaria" intendendosi per tale la finalità di ristorare, correggere o modificare in* modo apprezzabile funzioni fisiologiche degli esseri umani".

Ne deriva, di fatto, l'irrilevanza della modalità con cui il *software* agisce, che non deve necessariamente essere volta ad un intervento sul corpo del paziente, essendo ad esempio da includere in tale categoria anche l'azione di un device medico che si occupi del controllo incrociato dei dati personali del paziente, o quello relativo alle eventuali controindicazioni che l'impiego di un farmaco potrebbe produrre sul paziente medesimo.

Il regolamento, tuttavia, non si occupa di responsabilità del medico nell'utilizzo dei sistemi "intelligenti", quanto piuttosto di aggiornare le regole per l'immissione sul mercato, la messa a disposizione e la messa in servizio sul mercato dell'Unione europea (Unione) dei dispositivi medici per uso umano e dei relativi accessori; esso contiene inoltre disposizioni sull'esecuzione di indagini cliniche su tali dispositivi e accessori all'interno dell'Unione, nell'ottica di aumentare la sicurezza del paziente introducendo procedure più severe per la valutazione della conformità e la sorveglianza post-commercializzazione.

Quanto al regime di responsabilità[40], invece, un'armonizzazione europea che si muova nell'ottica dell'inquadramento dei profili risarcitori del danno da IA nei termini di responsabilità oggettiva dell'operatore, in questo caso il medico, specialmente laddove dovessero trovare traduzione normativa gli orientamenti testimoniati dalla sopra citata Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 (la quale, è bene precisare, sarebbe disciplina di massima armonizzazione, e dunque disapplicherebbe le discipline nazionali confliggenti con essa) condurrebbe ad una rivoluzione copernicana nel sistema della responsabilità medica che, come noto, è imperniata anch'essa su un doppio binario - riconoscendo la legge una responsabilità contrattuale alla struttura sanitaria ed una contrattuale al medico- ma caratterizzato da un regime di imputabilità il cui centro è l'individuo, o l'azienda ospedaliera per la quale il medesimo opera, ed in cui solo il rispetto delle linee

39 Hecht-Pharma, C-140/07; BIOS Natuproduckte, C-27/08; Brain Products, C- 219/11; Snitem – Syndicat national de l'industrie des technologies médicales, C-329/16.

40 Cfr. Brutti, M.: "Intelligenza artificiale e responsabilità in ambito medico", *Resp. med.*, 2018, p. 473 ss.; Schönberger, D.: "Artificial intelligence in healthcare: a critical analisys of the legal and ethical implications", *27 Int. J. Law Inf. Technol.*, 2019, p. 171 ss.

guida sulle legis artis mediche conduce a scriminare l'operatore sanitario rispetto all'errore medico eventualmente commesso. Ipotizzare un sistema di responsabilità medica per "danno da IA" che sia "senza colpa" significa non solo scardinare gli stilemi di un sistema consolidato nel tempo ma anche, e in ciò sta il timore di chi scrive, condurre alla paradossale conseguenza secondo la quale il medico che usufruisce di sistemi di IA per la migliore cura del paziente debba essere sottoposto ad un sistema di responsabilità oggettiva che lo ponga in una condizione deteriore rispetto a quella del collega che di tale uso faccia a meno, e che dunque continui ad essere imputato per colpa. Ciò determinerebbe la nascita di una nuova variante della medicina difensiva di carattere omissivo, consistente nel non utilizzare sistemi di intelligenza artificiale, seppure utili o addirittura indispensabili alla cura del paziente, per paura che gli stessi possano provocare un danno alla salute o alla vita del medesimo, del quale il medico debba trovarsi a rispondere in via oggettiva.

V. L'ARTIFICIL INTELLIGENCE LIABILITY DIRECTIVE.

È in tale contesto che si inserisce l'Artificial Intelligence Liability Directive, "AILD"[41], la proposta di Direttiva con la quale, lo scorso 28 settembre 2022, la Commissione ha risposto alla Risoluzione del Parlamento Europeo, composta da trentatré considerando e nove articoli, e che si muove nel già ben definito ambito di applicazione già individuato dall'Unione Europea, occupandosi di quei casi di illecito civile nei quali un sistema di intelligenza artificiale interviene interponendosi tra la condotta o omissione di un soggetto e il danno cagionato, e rendono difficoltoso, se non impossibile, l'assolvimento dell'onere della prova facente capo al danneggiato.

Le nuove norme europee mirano ad agevolare, in effetti, l'ottenimento del risarcimento del danno da parte delle vittime di una lesione derivante dall'uso di un sistema di intelligenza artificiale, quale che esso sia ed indipendentemente dal settore nel quale lo stesso venga utilizzato, perché favorisce la parte lesa nella dimostrazione dell'imputabilità del danno, ad esempio per il tramite del diritto di accesso ad informazioni sul mezzo provenienti per via diretta dal fornitore del medesimo, nei casi in cui risulti coinvolto un sistema di IA ad alto rischio.

Di particolare rilevanza, a parere di chi scrive, è l'art. 4 della proposta di Direttiva "AILD", rubricato "Presumption of causal link in the case of fault", ovvero "Presunzione del nesso di causalità in caso di colpa". Ed infatti, come si è già avuto modo di specificare, risulta arduo per un soggetto danneggiato dall'uso di un

41 COM (2022), 496 - Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive). Disponibile al seguente indirizzo: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13601-Liability-rules-for-Artificial-Intelligence-The-Artificial-Intelligence-Liability-Directive-AILD-_en.1.

sistema o di una tecnologia di intelligenza artificiale individuare il nesso eziologico esistente tra l'inosservanza di un dovere di diligenza e il risultato prodotto dal sistema di IA, da cui consegua un pregiudizio. In questi casi di assoluta opacità, l'art. 4 prevede che il nesso di causalità tra fatto illecito e danno ingiusto venga presunto, con presunzione relativa, superando in tal modo lo stallo generato dalla natura opaca dello strumento di IA. Si tratta, in effetti, di una presunzione relativa, destinata a poter essere dunque smentita da prova contraria che dimostri la mancanza di un collegamento di causalità tra il comportamento della macchina e il danno prodottosi in capo all'utente finale della medesima. La misura in commento costituisce, in realtà, un mezzo di allocazione del rischio poco oneroso, in grado di ripartire il rischio del danno, ed il costo dello stesso, in maniera più funzionale rispetto a quanto è in grado di fare, in questo campo, l'applicazione della generica imputazione per colpa.

In caso di sistemi di IA "ad alto rischio", in ciò riprendendo la nomenclatura già adoperata dalla proposta di Regolamento, l'art. 4 stabilisce poi un'eccezione alla presunzione di causalità, qualora il convenuto dimostri che il danneggiato sia in possesso o a conoscenza di prove, competenze o informazioni sufficienti a dimostrare il nesso di causalità tra l'inosservanza ed il pregiudizio patito; l'eccezione, a ben vedere, funge da punto di equilibrio di un sistema che nasce per riproporzionare il meccanismo di prova nei casi in commento, e che rischia però, al contrario, di finire per favorire eccessivamente il danneggiato, a discapito delle altre pedine del gioco. Al contrario, nel caso di sistemi di IA a rischio non alto, invece, la disposizione stabilisce una condizione per l'applicabilità della presunzione di causalità, in base alla quale quest'ultima è subordinata ad una valutazione del giudice che stabilisca se sia eccessivamente gravoso, per l'attore, provare il nesso causale, valutando la difficoltà alla luce delle caratteristiche proprie del sistema nel caso concreto, quali il grado di autonomia del medesimo, il tipo di algoritmo, il livello di opacità dei processi logici che la macchina pone in essere.

Alcune considerazioni.

Per un verso, è da ritenersi senz'altro apprezzabile il tentativo europeo di apprestare, in maniera preventiva e strategica, un insieme di mezzi volti alla neutralizzazione del problema dell'allocazione del rischio e del costo del danno, circostanza questa che condurrebbe, per una volta, ad individuare una soluzione prima ancora che il problema si palesi integralmente. Ed infatti, come in parte accennato, il livello di autonomia raggiungo in questo momento dai sistemi di IA non genera in effetti quel grado di creatività e di ragionamento tali da provocare un reale problema in termini di individuazione del nesso eziologico tra l'evento

verificatosi e il danno cagionato[42]. Ne deriva più di risultato pratico di notevole rilievo: la salvezza del principio di certezza del diritto; l'affermazione, una volta di più, del già collaudato modello antropocentrico; il sostegno all'innovazione tecnologica e allo sviluppo di questa all'interno del mercato; l'armonizzazione degli strumenti di tutela; la tutela del soggetto leso.

Tuttavia, non si può non notare come il sistema di presunzione di colpa prospettato dalla norma in esame, la cui ipotesi di vigenza ed applicazione è, allo stato attuale, ancora agli albori, mal si concili con i canoni del sistema risarcitorio italiano. Ed infatti, il sistema prospettato dalla proposta di direttiva in commento, nonché dalla proposta di regolamento sopra esaminata, regge fintantoché si pretenda di adottare quale criterio di imputazione quello del cd. rischio creato[43], teoria introdotta in Italia da Calabresi ed attualmente difesa da Castronovo[44], la quale minimizza il ruolo della colpa per concedere invece valenza all'elemento dell'allocazione del rischio sul soggetto che lo crea, il quale, meglio di chiunque altro, è in grado di valutare i costi del rischio medesimo, nonché di neutralizzarlo[45]. Non più, invece, quando si pretenda di graduare il criterio di imputazione suddetto in considerazione del grado di rischio da allocare, distinguendo tra alto e basso rischio, ed adottando per ciascuno dei due casi dei parametri differenti. Questo sistema di graduazione, in effetti, è frutto di un modus operandi tipico dell'Unione Europea, quello della ricerca del compromesso[46]; le conseguenze, tuttavia, rischiano di pregiudicare quell'esigenza di certezza del diritto che l'Unione persegue quando decide di proporre un'armonizzazione europea della disciplina sul punto. Ed infatti, il doppio binario di responsabilità rischia di neutralizzare alcune incertezze applicative, ma di condurre ad incertezze applicative del tutto nuove, dovute all'applicazione di regole differenti a seconda della circostanza che si tratti di risarcire un danno compiuto da una IA di alto o basso rischio.

VI. CONCLUSIONI.

Difficile è tirare le fila di un discorso i cui profili e tratti caratterizzanti sono tuttora in piena e spasmodica evoluzione.

Alcune considerazioni finali, però, possono servire a porre dei punti fermi all'esito del ragionamento appena concluso.

42 È d'accordo Grondona, M.: "Responsabilità civile e IA: tra paure e mitizzazioni, meglio un "anything goes" in salsa popperiana", *Danno e responsabilità*, 2022, p. 277 ss. .

43 Alpa, G.: "Quale modello normativo europeo per l'intelligenza artificiale?", *Contratto e Impresa*, 2021, p. 1003 ss.

44 Castronovo, C.: *La nuova responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 2006.

45 Bigliazzi Geri, L., Breccia, U., Busnelli, F.D.: *Obbligazioni e Contratti*, Utet, Torino, 1989.

46 Alpa, G.: "Quale modello normativo europeo per l'intelligenza artificiale? ", cit., p. 1103.

In prima battuta, va condiviso e considerato lineare il ragionamento di chi in dottrina ritiene che non solo si debba prescindere dall'elemento soggettivo quando si voglia risarcire il danno che dall'intelligenza artificiale derivi, ma si debba altresì prescindere dalla ricerca, giuridicamente intesa, dell'errore, nel caso oggetto in esame dell'errore medico. Essendo opaco il meccanismo di operatività della macchina, l'individuazione dell'errore appare in questo campo di sicuro (o comunque altamente probabile) insuccesso, specie se si attribuisce l'onere della prova al danneggiato. Si auspica da più parti, invece, un modello di allocazione del rischio puro, basato sul criterio dell'accountability[47], secondo cui sta al soggetto/i che trae maggior vantaggio dall'utilizzo della macchina l'onere di adoperarsi per neutralizzare il rischio che dall'uti- lizzo medesimo derivi, in modo che il costo del danno venga ripartito tra i soggetti che sono parte dell'operazione economica[48].

Si realizzerebbe così, secondo alcuni, il definitivo rovesciamento del paradigma europeo della responsabilità civile[49], tradizionalmente basato sull'elemento della colpa, elemento che diverrebbe recessivo rispetto a quello oggettivo del danno. Sarebbe questo, secondo parte della dottrina, il passaggio definitivo del processo di secolarizzazione della responsabilità civile [50]. Si assisterebbe, in altre parole, alla transizione da paradigma etico[51] della responsabilità civile a criterio giuridico teorizzato da Croce: "non si è responsabili, ma si è fatti responsabili"[52].

Tuttavia, anche a voler concedere la teorizzazione di un sistema oggettivo di responsabilità, pertanto scevro da qualsivoglia indagine sullo stato soggettivo del danneggiante, e sull'individuazione del danneggiante medesimo, saremmo comunque di fronte al problema di dover fare i conti con la realtà, una realtà in cui l'allocazione del rischio non è sufficiente, se non si mette a punto un sistema che riesca ad efficacemente allocare altresì il costo del danno, senza sconvolgere equilibri già precari. Ecco che, come accennato in apertura, il giurista interprete si trasforma in giurista politico del diritto, ipotizzando sistemi risarcitori basati su di

47 Cfr. Costanza, M., "L'Intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile", cit., p. 1688; Comandé, G.: "Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability", *Analisi giur. econ.*, 2019, pp. 169-188; Finocchiaro G., " L'accountability nel Regolamento europeo", *Comm. c.c.pers.*, a cura di Barba A., Pagliantini S., Utet, Milano, 2019, 513-524.

48 Finocchiaro, G.: "Responsabilita e intelligenza artificiale", cit., p. 730.

49 Buonanno, L.: "La responsabilità civile nell'era delle nuove tecnologie: l'influenza della blockchain", *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1618.

50 Castronovo, C.: *Responsabilità civile*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2018, 405.

51 Von Jhering, R.: "Das Schuldmoment im römischen Privatrecht", *Eine Festschrift*, 1867, p. 199.

52 Croce, B.: *Etica e politica*, Adelphi Edizioni, Bari, 1994, p. 127.

un fondo di natura collettiva[53], al quale ricorrere in caso di difficoltà ricostruttive circa la natura del difetto, così da evitare la faticosa ricerca dell'origine del danno[54].

Inoltre, si potrebbe valutare la possibilità di introdurre un sistema di assicurazione obbligatoria simile a quello della r.c.a., "al fine di garantire il risarcimento indipendentemente dalla solvibilità del responsabile e di contribuire a ridurre i costi dei danni"[55]. La strada dell'assicurazione obbligatoria è percorsa a ben vedere anche dalla Commissione europea nella Relazione del 2020, nella prospettiva di introdurre un sistema di responsabilità oggettiva o alleggerire l'onere della prova di cui alla direttiva n. 374/85 CEE per i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio. Tuttavia, la Commissione sottolinea come il sistema dell'assicurazione obbligatoria possa funzionare solo a condizione di mettere a punto un insieme di norme chiare, che aiutino le "imprese di assicurazione a calcolare i rischi e a rivalersi sulla parte responsabile in ultima istanza del danno"[56], in quell'ottica di analisi economica del diritto di cui sopra si discuteva.

Un'impresa, quella oggetto di analisi, che sfida le regole della responsabilità civile a rimanere al passo con l'evoluzione tecnologica guardando da un lato al mercato e all'implementazione dello stesso, dall'altro all'uomo, al cittadino, al paziente e al medico, a coloro che in essa cercano tutela e riconoscimento dei diritti.

53 Fanno riferimento ad un fondo di natura pubblica (salvo ricorrere alle tecniche più idoneead alimentarlo) Davola A., Pardolesi R.: "In viaggio col robot: verso nuovi orizzonti della r.c. auto("driverless")?", *Danno e resp.*, 2017, 5, p. 629.

54 Ratti, M.: "Responsabilità e riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo", *Contr. e imp.*, 2020, p. 1179.

55 Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, [COM (2020) 64 final].

56 Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, [COM (2020) 64 final]. Cfr. Borges, G.: "New Liability Concepts: the Potential of Insurance and Compensation Funds", *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Münster, 2020, p. 145 ss.

BIBLIOGRAFIA

Bertolini, A., Aiello, G.: "Robot companions: A legal and ethical analysis", *J. inf. soc.*, 2018, p. 130 ss.

Bertolini, A.: "Human-Robot Interaction and Deception", *Oss. dir. civ. e comm.*, 2018, p. 658.

Bertolini, A.: "Robots as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules", *Law Innov. Technol*, 2013, p. 214 ss. .

Biasiotti, M.A., Romano, F., Sagri, M.T.: "La responsabilità degli agenti software per i danni prodotti a terzi", *Inform. e dir.*, 2002, p. 155.

Bitetto, A.: "Prova del difetto (del vaccino) e presunzione nella responsabilità del produttore", *NGCC*, 2018.

Borges, G.: "New Liability Concepts: the Potential of Insurance and Compensation Funds", *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Münster, 2020, p. 145 ss.

Brody, D.S.: "The patient's role in clinical decision-making", *Ann Int. Med.*, 1980, p. 718.

Brutti, M.: "Intelligenza artificiale e responsabilità in ambito medico", *Resp. med.*, 2018, p. 473 ss.

Buonanno, L.: "La responsabilità civile nell'era delle nuove tecnologie: l'influenza della blockchain", *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1618.

Castronovo, C.: *La nuova responsabilità civil*e, Giuffré, Milano, 2006.

Castronovo, C.: *Responsabilità civil*e, IV ed., Giuffrè, Milano, 2018, p. 405.

Caroccia, F.: "Ancora su responsabilità civile e uso delle intelligenze artificiali", *Contratto* e *Impresa,* 2022, p. 408 ss.

Comandé, G.: "Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability", *Analisi giur. econ.*, 2019, p. 169-188.

Coppini, L.: "Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile", *Politica dir.*, IV/2018, p. 713-739.

Costanza, M.: "L'AI: de iure condito e de iure condendo, *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di Ruffolo, U., con prefazione di Alpa, G., Barbera, A., Milano, 2020, p. 407 ss.

Costanza, M.: "L'Intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile", *Giur. it.*, 2019, p. 1688.

Crisci, S.: Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo", *F. amm.*, 2018, p. 1787.

Croce, B.: *Etica e politica*, Adelphi Edizioni, Bari, 1994, p. 127.

D' Avack, L.: "La rivoluzione tecnologica e la nuova era digitale: problemi etici, *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di Ruffolo, U., con prefazione di Alpa, G., Barbera, A., Milano 2020, p. 26 ss. .

Datteri, E.: "Danni senza anomalie: questioni di responsabilità nella robotica medica", *Inform. e dir.*, 2010, vol. 36, p. 60.

Di Giovanni, F.: "Attività contrattuale e intelligenza artificiale", *Giur. it.*, 2019, p. 1677-1686.

Di Gregorio, V.: Intelligenza artificiale e responsabilità civile: quale paradigma per le nuove tecnologie?, *Danno e responsabilità*, 2022, p. 51 ss.

Finocchiaro, G.: "La conclusione del contratto telematico mediante i "software agents": un falso problema giuridico? Brevi considerazioni", *Contr. e Imp.*, 2002, p. 500-509.

Finocchiaro, G.: "L'accountability nel Regolamento europeo", *Comm. c.c. pers.*, a cura di A. Barba, S. Pagliantini, Utet, Milano, 2019, p. 513-524.

Finocchiaro, G.: "Responsabilita e intelligenza artificiale", *Contr. e Imp.*, 2020, p. 729 ss.

Frattari, N.F.: "Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale", *Contratto e impr.*, 2020, p. 458 ss. .

Fusaro, A.: "Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo", *NGCC*, 2020, p. 1344.

Galgano, F.: *Trattato di diritto civile*, Cedam, Padova, 2014, p. 177.

Grondona, M.: "Responsabilità civile e IA: tra paure e mitizzazioni, meglio un "anything goes" in salsa popperiana", *Danno e responsabilità*, 2022, p. 277.

Gurney, J.: "Sue my car not me: products Liability and Accidents involving Autonomous Vehicles", *U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y*, 2013, p. 247.

Leanza, C.: "Intelligenza artificiale e diritto: ipotesi di responsabilità civile nel terzo millennio", *Resp. civ. prev.*, n. 3, 2020, p. 92 ss.

Mello, P.: "Intelligenza artificiale", *Dizionario interdisciplinare di Scienza e Fede*, a cura di Montinaro, R.: "Responsabilità del prodotto difettoso e tecnologie digitali tra soft law e hard law", *Persona e mercato*, 2020, 4, p. 375 ss.

Monateri, P.G.: *La responsabilità civile*, Tratt. dir. civ. diretto da Sacco R., Utet, Torino, 1998, p. 22.

Pagallo, U.: *The Laws of Robots*, Springer Milano, 2013.

Pagallo, U.: "Robotrust and Legal Responsibility", *Know Techn. Pol.*, vol. 23, 2010, p. 367-379.

Palazzani, L.: *Dalla bio-etica alla tecno-etica: nuove sfide al diritto*, Giappichelli, Torino 2017, p. 374 ss.

Palmerini, E.: "Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea", *Resp. Civ.*, 2016, p. 1816 ss.

Parsons, T.: "*The social system*"., *Free press (St. John's)*, 1951, p. 121.

Pucella, R.: "Danno da vaccini, probabilita scientifica e prova per presunzioni", *Danno e responsabilità*, 2017, p. 668 ss. .

Ratti, M.: "Responsabilità e riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo", *Contr. e imp.*, 2020, p. 1179.

Roter, D.L., Hall, J.A.: "Doctors talking with patients/Patients talking with doctors", *Clinical and Experimental Optometry,* 1995, p. 78.

Ruffolo, U.: "L'Intelligenza artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e 'potenziamento ' ", *Giur. it.*, 2021, p. 502.

Ruffolo, U.: "Per i fondamenti di un diritto della robotica self-learning; dalla machinery produttiva all'auto driverless: verso una responsabilità da algoritmo?", Atti del Convegno 29 novembre 2017, Università per stranieri di Perugia, Giuffrè, Milano, 2017.

Salanitro, U.: "Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della commissione europea",

Riv. dir. civ., 2020, p. 1247.

Santosuosso, A., Tomasi, M.: *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, 2a ed., Cedam, Milano 2021.

Santosuosso, A., Boscarato, C., Caroleo, F., "Robot e diritto: una prima ricognizione", *NGCC*, 2012, p. 458.

Sartor, G.: "Cognitive automata and the law: electronic contracting and the intentionally of software agents", *Artificial Intelligence Law*, 2009, p. 253-290.

Sartor, G.: "Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?", *Cont. e Imp.*, 2002, p. 465-499.

Schönberger, D.: "Artificial intelligence in healthcare: a critical analisys of the legal and ethical implications", *27 Int. J. Law Inf. Technol.*, 2019, p. 171 ss. .

Simoncini, A.: "L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà", *BioLaw Journal*, n. 1, 2019, p. 69.

Teubner, G: *Ibridi ed attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Mimesis, Milano, 2015.

Teubner, G.: Rights of Non-Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law, *J. Law. Soc.*, 2016, p. 497- 521.

Teubner, G.: *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.

Toffoletto, S.: "IoT e intelligenza artificiale: le nuove frontiere della responsabilità civile (e del risarcimento)", note a margine del convegno «Intelligenza artificiale e primi profili applicativi: Giustizia, IoT e Lavoratori, 2018.

Toriello, O.: "Effettività della tutela risarcitoria, prodotti difettosi e mercato europeo", *Danno e resp.*, 2017, p. 668.

Von Jhering, R.: "Das Schuldmoment im römischen Privatrecht", *Eine Festschrift*, 1867, p. 199.

Zornoza, A., Laukyte, M.: "Robotica e diritto: riflessioni critiche sull'ultima iniziativa di regolamentazione in Europa", *Contratto e impr./Europa*, 2016, p. 808.

APPUNTI SULLA RESPONSABILITÀ DA TRATTAMENTO DEI DATI*

NOTES ON DATA PROCESSING LIABILITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1148-1171

* L'articolo costituisce il risultato delle ricerche condotte nell'ambito del progetto "TRUST- digital TuRn in EUrope: Strengthening relational reliance through Technology". *This project has received funding from the European Union's Horizon 2020 research and innovation programme under the Marie Skłodowska-Curie grant agreement No 101007820. This article reflects only the author's view and the REA is not responsible for any use that may be made of the information it contains.*

Chiara IORIO

ARTICOLO CONSEGNATO: 12 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il presente contributo si propone di indagare alcune delle questioni più attuali in materia di circolazione dei dati personali. Premesso l'inquadramento della natura giuridica del dato, verrà esaminato il regime giuridico della responsabilità di cui all'art. 82 GDPR, con particolare riguardo alle ipotesi in cui l'illecito sia commesso dall'internet service provider, nonché nell'ambito di una Blockchain.

PAROLE CHIAVE: Dati personali; trattamento illecito; responsabilità; risarcimento del danno; internet service provider; Blockchain.

ABSTRACT: *This paper focuses on some of the most controversial issues concerning the circulation of personal data. The legal nature of personal data will be framed. Then, the liability regime pursuant to Article 82 GDPR will be examined, with particular reference to data breach committed by an Internet service provider and in the context of a Blockchain.*

KEY WORDS: *Data protection; data breach; liability; damages; internet service provider; Blockchain.*

SOMMARIO.- I. PREMESSA – II. LA NATURA DEL DATO PERSONALE, TRA DIRITTO FONDAMENTALE E BENE COMMERCIABILE – III. LA RESPONSABILITÀ PER ILLECITO TRATTAMENTO DEI DATI – IV. LA RESPONSABILITÀ DELL'INTERNET SERVICE PROVIDER PER ILLECITO TRATTAMENTO DEI DATI – V. ILLECITO TRATTAMENTO DATI E BLOCKCHAIN. – 1. I principi di minimizzazione e data protection by design – 2. La identificazione del titolare e del responsabile del trattamento – VI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. PREMESSA.

L'innovazione digitale e la connessa dematerializzazione della realtà hanno attribuito una rilevanza centrale ai dati personali, tanto che da più parti si discute di una oramai compiuta "datificazione"[1], ovvero, con accenti meno neutri, di "datacrazia"[2].

Il "dato" acquista, invero, una dimensione polivalente, in cui il confine tra pubblico e privato si fa meno netto[3]: da attributo della persona, esso diviene motore del progresso tecnologico[4], mezzo di controllo dei titolari[5] e, quindi, strumento per l'esercizio del potere da parte dello Stato[6].

Non è un caso che, a livello euro-unitario, anche nel recente Pacchetto sui "Servizi digitali" la protezione degli utenti online e lo stimolo all'innovazione abbiano richiesto una attenta regolamentazione dell'impiego e della circolazione dei dati.

Se, dunque, la disciplina a riguardo non ha ancora raggiunto un assetto definitivo, i problemi emergenti nella realtà esigono risposte immediate dal giurista.

1 Così, Calzolaio, S.: "Protezione dei dati personali" (voce), *Dig. disc. pubbl.*, 2017, p. 594.

2 Cfr. voce "Datacrazia", in www.treccani.it.

3 Autorevole dottrina già da tempo auspica il superamento della dicotomia tra pubblico e privato. Cfr. Perlingieri, P: "L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata", *Rass. dir. civ.*, 1986, 4, p. 57.

4 Come noto, invero, i dati personali alimentano le tecnologie in grado di apprendere dall'esperienza, quali quelle di "machine learning" e "deep learning": Cfr: D'Acquisto, G.: "Intelligenza artificiale", in *I diritti nella "rete" della rete. Il caso del diritto d'autore"* (dir. da F. Pizzetti), Giappichelli, Torino, 2021, p. 127.

5 Si pensi agli strumenti di controllo sociale sperimentati in Cina, dove la commistione della tecnologia nella vita privata fa il paio con l'ingerenza penetrante dello Stato nelle esistenze individuali, con la conseguenza che il potere pubblico è legittimato ad ottenere dai provider i dati personali di qualsivoglia utente, laddove generiche ragioni di sicurezza lo rendano necessario. In arg. Soro, A.: "La protezione dei dati personali nell'era digitale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 2, p. 343. Cfr., anche Sciascia, G.: "Reputazione e potere: il social scoring tra distopia e realtà", *Giorn. dir. amm.*, 2021, 3, p. 317.

6 Calzolaio, S.: "Introduzione. Ubi data, ibi imperium: il diritto pubblico alla prova della localizzazione dei dati", *Riv. it. inf. e dir.*, 2021, p. 7, ove l'A. afferma che l'avvento delle nuove tecnologie ha introdotto "un collegamento strutturale, e non temporaneo, fra disponibilità dei dati da parte degli Stati e imperium, cioè capacità di esercizio del potere sovrano. Con espressione sintetica: ubi data, ibi imperium".

• Chiara Iorio
Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Macerata
c.iorio@unimc.it

Il presente contributo si propone di esaminare alcune delle questioni più controverse e attuali in materia. Prendendo le mosse dall'inquadramento della natura e delle modalità di circolazione dei dati, sarà indagato il regime di responsabilità di cui all'art. 82 GDPR, con particolare riguardo all'illecito commesso dall'internet service provider, o nell'ambito di una Blockchain.

II. LA NATURA DEL DATO PERSONALE, TRA DIRITTO FONDAMENTALE E BENE COMMERCIABILE.

La pluralità di interventi regolatori che, negli ultimi anni, ha interessato la disciplina dei dati personali conferma la centralità che questi ultimi hanno assunto nell'attuale società tecnologica, e ne pone in luce molteplici criticità sul piano giuridico.

La necessità di un approccio disciplinare differenziato in materia discende dalla ambivalente natura del dato personale, conteso tra la logica mercantilistica, che ne vorrebbe l'equiparazione ad un bene, e quella personalistica, che lo erige a diritto fondamentale. La prima impostazione (la "mercantilistica") appare aderente alla realtà economica, nella quale è frequente la cessione dei dati personali in cambio della fruizione di servizi digitali[7]. La seconda (la "personalistica"), più tradizionale, si fonda sulla espressa inclusione della protezione dei dati di carattere personale tra i diritti fondamentali, di cui all'art. 8 Carta UE. Secondo questa prospettiva, i dati non potrebbero circolare come ricchezza, ma sarebbero un attributo della persona, fondamento di una nuova concezione del diritto alla "privacy"[8]. Una posizione soggettiva, quest'ultima, da non confinare più nella accezione "negativa" della riservatezza[9] rivendicata dal singolo rispetto a invasioni della sfera privata (specialmente nel contesto delle attività di cronaca), ma da intendersi nel senso (positivo) del diritto, da parte di ciascuno, di esercitare un controllo effettivo sui dati immessi in rete[10].

7 Insiste sul punto Ricciuto, V.: "Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali", *Riv. dir. civ.*, 2020, 3, p. 642; in arg., si rinvia anche a De Franceschi, A.: *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, Esi, 2017, p. 10, e, con specifico riferimento all'adesione ad un social network tramite consenso al trattamento di dati personali dell'utente, Perlingieri, C.: *Profili civilistici dei social networks,* Napoli, Esi, 2014, p. 80.

8 Sulla evoluzione del diritto alla *privacy* si rinvia a Cuffaro, V.: "Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali", *Contr. impr.*, 2018, 3, p. 1098; Visintini, G: "Dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali", *Dir. inf.* e *informatica*, 2019, p. 1.

9 Su cui si vedano le risalenti indagini di Giampiccolo, G.: "La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza", *Riv. trim. dir.* e *proc. civ.*, 1958, p. 458; Rescigno, P.: "*Il diritto all'intimità della vita privata*", in *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, IV, Jovene, Napoli, 1972, p. 121; Pugliese, G.: "Il diritto alla riservatezza nel quadro dei diritti della personalità", *Riv. dir. civ.*, 1963, p. 605.

10 In arg., Rodotà, S.: "Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali", *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 583; Finocchiaro, G.: "Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali", in *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 10 ago- sto 2018, n. 101*, (a cura di G. Finocchiaro), Zanichelli, Bologna, 2019, p. 5.

Della tensione tra le due opposte visioni circa la natura del dato vi è traccia nello stesso iter legislativo della Direttiva 770/2019, in tema di contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali[11]. Nel testo della proposta, invero, il conferimento dell'accesso ai dati personali, da parte di un consumatore, era espressamente qualificato come "controprestazione non pecuniaria" rispetto alla fruizione di un contenuto digitale. La formulazione definitiva della direttiva – accogliendo i rilievi mossi dal Garante europeo per la protezione dei dati[12] – rigetta l'equiparazione tra dati personali e merce[13] ed espunge formalmente l'accesso a contenuti digitali tramite cessione dei dati personali dall'ambito dei contratti corrispettivi. L'art. 3, infatti, distingue l'ipotesi in cui l'operatore economico offra contenuti digitali contro corresponsione del prezzo, da quella in cui il consumatore si impegni a fornire, in cambio, dati personali. Pur applicandosi la direttiva ad entrambe le fattispecie, la prima è qualificata espressamente come "contratto", mentre la seconda è denominata genericamente come "caso".

E tuttavia, al di là della – pur discutibile – formulazione letterale, non pare che le due vicende siano diversamente disciplinate, sul piano sostanziale. La direttiva, invero, estende anche alla fornitura di servizi digitali senza corrispettivo in denaro l'applicazione dei rimedi contro i difetti di conformità, sicché, nei fatti, la vicenda apparentemente gratuita è equiparata, sul piano disciplinare, a quella onerosa.

Nello stesso senso, anche la dir. 2161/2019[14], che, al considerando n. 31, avverte la "somiglianza" e la "interscambiabilità" tra servizi digitali erogati contro il pagamento di un prezzo e quelli forniti nel contesto dell'accesso ai dati personali, sì da prospettare l'estensione ai secondi delle tutele previste, in base al diritto dei consumatori, per le prime. In tale direzione, ancora, il nuovo art. 3-*bis* della dir. UE 2011/83[15], che sancisce l'applicazione della direttiva anche alle ipotesi di fornitura di servizi, da parte del professionista, contro l'accesso ai dati, da parte del consumatore.

11 Per un'attenta analisi della direttiva si rinvia a Camardi, C.: "Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali", *Giust. civ.*, 2019, p. 499.

12 Cfr. Parere del Garante europeo per la protezione dei dati reso il 17 marzo 2017 (EDPS, Opinion 4/2017, in www. edps.europa.eu), dove si afferma che "i diritti fondamentali, come il diritto alla protezione dei dati personali, non possono essere ridotti a semplici interessi dei consumatori e i dati personali non possono essere considerati una mera merce".

13 Il considerando n. 24 recita: "la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce".

14 Dir. UE 2019/2161 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la dir. 93/13/CEE del Consiglio e le dir. 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/ 83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori.

15 Dir. UE 2011/83 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

Tali soluzioni appaiono condivisibili sul piano della teoria generale, e risultano coerenti con l'effettiva dinamica dei traffici in rete.

Se, infatti, appare innegabile la collocazione della protezione dei dati personali nell'ambito dei diritti della personalità, non può, nondimeno, escludersi che il consenso al loro trattamento, quale condizione per la fruizione di servizi digitali, inneschi una vicenda negoziale caratterizzata da corrispettività. Più in particolare, come condivisibilmente osservato, in tali eventualità il trattamento dei dati diviene elemento di una fattispecie contrattuale complessa, nella quale figura una duplice manifestazione di consenso: quello alla fruizione del servizio digitale, in assenza della corresponsione di un prezzo in denaro, da un lato; quello all'accesso ai propri dati, dall'altro.

È evidente che i due atti di "consenso"[16] non possano essere studiati autonomamente, ma siano collegati, sul piano funzionale della "causa concreta", nel senso che l'assenso al trattamento si giustifica proprio in ragione della fornitura del servizio, di cui costituisce, in altri termini, il corrispettivo[17].

Se, dunque, la fattispecie in esame può dar vita ad un contratto di scambio a titolo oneroso[18], va escluso che si configuri una compravendita, come pure affermato in un'occasione dalla giurisprudenza[19]. Proprio la peculiarità del dato

16 Sulla natura del consenso al trattamento dei dati non v'è uniformità di vedute in dottrina. Alcuni lo considerano come consenso negoziale (cfr. Oppo, G.: "«Trattamento» dei dati personali e consenso dell'interessato", in Id., *Scritti giuridici*, VI, *Principi e problemi del diritto privato*, CEDAM, Padova, 2000, p. 113; Cuffaro, V.: "A proposito del ruolo del consenso", in *Trattamento dei dati e tutela della persona* (a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno Zencovich,) Giuffré, Milano, 1999, p. 121) altri lo qualificano come atto giuridico in senso stretto, nei termini di scriminante (Patti, S.: "Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali", *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 455) ovvero di atto meramente autorizzatorio (Bravo, F.: "Lo «scambio di dati personali» nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto", *Contr. e impr.*, 2019, p. 34; Messinetti, R.: "Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali", *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 35). In arg., Solinas, C.: "Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette", *Giur. it.*, 2021, p. 325.

17 Cfr. Ricciuto, V., *op. cit.*, p. 652, per il quale "la funzione economica, insomma, è quella di realizzare, concretamente ed al di là degli schemi utilizzati, uno scambio, anche laddove lo schema contrattuale sia apparentemente gratuito". Di diverso segno è l'impostazione di Camardi, C., *op. cit.*, p. 550, per la quale l'operazione negoziale sarebbe ricostruibile nei termini di una fornitura di beni/servizi digitali "a struttura gratuita", cui si affianca, ma non in funzione corrispettiva, un atto dispositivo con cui il consumatore cede i dati personali, a scopo non commerciale.
In giurisprudenza, cfr. la sentenza del Consiglio di Stato, 29 marzo 2021, n. 2631, in *GiustiziaCivile.com*, con nota di Ricciuto, V. e Solinas, C.: "Fornitura di servizi digitali e prestazione di dati personali: punti fermi ed ambiguità sulla corrispettività del contratto". Nella sentenza si legge che i servizi del social network Facebook sono "promessi come gratuiti, ma che, evidentemente, gratuiti non sono, finendo per rappresentate il «corrispettivo» della messa a disposizione dei dati personali del singolo utente a fini commerciali".

18 Tale soluzione, con specifico riferimento all'accordo tra social network e utente, è sostenuta anche da Peringieri, C.: *op. cit.*, p. 88. L'A. osserva che "la disposizione della privacy e dei dati personali è in funzione dell'utilizzo della piattaforma, sì che in virtù del sinallagma, l'utente ha tanto il diritto di utilizzare la piattaforma – e il social è obbligato a consentirne l'utilizzo – in quanto il social può raccogliere e sfruttare dati personali. In senso adesivo rispetto alla natura del contratto di scambio a titolo oneroso, anche De Franceschi, A.: *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, cit., p. 75.

19 Cfr. Tar Lazio, 10 gennaio 2020, n. 260, in *Giur. it.*, 2021, p. 320, con nota di Solinas, C.: "Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette", cit.

personale (che attiene ad un diritto fondamentale) conduce a negare che lo stesso possa essere ceduto in via definitiva ad altri. Si rammenti, peraltro, che, ai sensi dell'art. 7, par. 3, GDPR, il titolare del dato ha, in "qualsiasi momento", il diritto di revocare il proprio consenso. Ad essere ceduto è, più precisamente, il diritto di sfruttamento economico del dato, mediante uno schema che, secondo alcuni, sarebbe qualificabile in termini di "licenza"[20].

Peraltro, va rilevato che la negazione della natura "anche" commerciale dei dati si traduce, sul piano applicativo, in una tutela mutilata per il titolare. In assenza di puntuali disposizioni normative (ulteriori rispetto alle direttive citate), invero, la concezione personalistica dovrebbe condurre a ritenere applicabile, sul piano delle tutele, i soli rimedi previsti per i diritti della personalità e quelli di cui al GDPR. Dovrebbe, viceversa, escludersi che il titolare possa avvalersi della disciplina dei fenomeni patrimoniali, tra cui, anzitutto, quella prevista in tema di pratiche commerciali scorrette.

Viceversa, ammettendo che i dati personali, pur riguardando la personalità dell'individuo, possano circolare anche a fini commerciali, non potrebbe escludersi l'integrale applicazione della disciplina consumeristica. Così, nelle ipotesi – frequentissime – in cui l'operatore professionale non informi il consumatore – il quale sia, quindi, convinto della gratuità del servizio – della profilazione dei suoi dati a fini commerciali, potrà risultare configurabile una pratica commerciale scorretta, *ex* artt. 20, 21 e 22 Cod. cons., e/o aggressiva, ai sensi degli artt. 20, 24 e 25 Cod. cons.

In tal modo, si supera la logica dei "compartimenti stagni di tutela", in favore di una concezione di "tutela multilivello" [21] in grado di assicurare una protezione effettiva dei diritti delle persone fisiche, nell'ipotesi in cui un diritto personalissimo sia sfruttato a fini commerciali, anche indipendentemente dalla volontà dell'interessato.

20 Zeno-Zencovich, V.: "Do "Data Markets" Exist?", *MediaLaws*, 2019, p. 26. Sul punto, cfr. anche Ricciuto, V., "Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali", cit., p. 656, per il quale "i diritti ipotizzabili sugli stessi che vengono trasmessi o acquisiti dal titolare del trattamento possono essere di diverso tipo, di godimento non esclusivo, di sfruttamento economico, di trasformazione al fine della creazione di ulteriori dati attraverso, ad esempio, la profilazione, ecc".

21 Di "tutele multilivelli" discorre Consiglio di Stato, 29 marzo 2021, n. 2631, cit., il quale rigetta la tesi per la quale dovrebbe ritenersi applicabile – in ragione della sua pretesa specialità – la sola normativa del GDPR, con l'effetto di escludere l'applicabilità di ogni altra disciplina giuridica. Ferma la centralità del GDPR, il Consiglio di Stato esclude che, in materia, si possano ravvisare "compartimenti stagni di tutela". Ne consegue che, "allorquando il trattamento investa e coinvolga comportamenti e situazioni disciplinate da altre fonti giuridiche a tutela di altri valori e interessi (altrettanto rilevanti quanto la tutela del dato riferibile alla persona fisica), l'ordinamento - unionale prima e interno poi - non può permettere che alcuna espropriazione applicativa di altre discipline di settore (…) riduca le tutele garantite alle persone fisiche".

III. LA RESPONSABILITÀ PER ILLECITO TRATTAMENTO DEI DATI.

Altrettanto controversa appare la ricostruzione del regime di responsabilità derivante dal trattamento dei dati, attualmente disciplinato dall'art. 82 GDPR.

Il dibattito ripropone in veste nuova le argomentazioni che già avevano animato la dottrina nel vigore del vecchio Codice privacy. Come noto, invero, il richiamo, da parte dell'art. 15 del D. Lgs. 196/2003[22], all'art. 2050 c.c. era stato variamente interpretato dagli studiosi. Stando all'impostazione maggioritaria, si sarebbe trattato di una fattispecie di responsabilità aquiliana, secondo alcuni generalmente riconducibile al paradigma di cui all'art. 2043[23], da altri studiata come responsabilità speciale[24]. Restavano minoritarie le opinioni che, interpretando la menzione dell'art. 2050 nei sensi del rinvio alla sola regola probatoria ivi prevista, riconducevano la fattispecie all'ambito contrattuale[25].

Gli interrogativi si ripropongono alla luce del testo del Regolamento che, mediando tra le diverse culture giuridiche dei Paesi membri[26], prevede all'art. 82 il diritto, in capo a "chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento", di "ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento".

Nonostante la formulazione letterale della disposizione possa richiamare alla mente l'art. 2043 del nostro Codice civile, un'analisi più attenta svela l'inadeguatezza di una ricostruzione in chiave unitaria della responsabilità[27].

Può distinguersi, anzitutto, il regime di responsabilità del titolare da quello del responsabile del trattamento. Il secondo comma dell'art. 82, invero, grava il titolare

22 L'art. 15 Cod. privacy prevedeva che "Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile. Il danno non patrimoniale è risarcibile anche in caso di violazione dell'articolo 11.".

23 Stando a questa interpretazione, in particolare, la fonte della responsabilità sarebbe pur sempre un danno ingiusto (dove la meritevolezza della situazione giuridica soggettiva lesa andrebbe valutata caso per caso) cagionato da una condotta *contra ius* dolosa, ovvero colposa. Cfr. Caringella, F.: "La tutela aquiliana della privacy nel codice per la protezione dei dati personali (d. lgs. n. 196/2003), in Id., *Studi di diritto civile*. III. *Obbligazioni e responsabilità*, Giuffré, Milano, 2005, p. 715.

24 Roppo, V.: "La responsabilità civile per trattamento di dati personali", *Danno resp.*, 1997, p. 663.

25 Scognamiglio, C: "Buona fede e responsabilità civile", *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 357; Busnelli, F. D.: "Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte", *Contr. impr.*, 1991, p. 539; Castronovo, C: "Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali", *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 656; Pellecchia, E.: "La responsabilità civile per trattamento dei dati personali", *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 221.

26 Sul punto, sottolinea che, nel vigore della esistente regolamentazione, le categorie giuridiche domestiche devono cedere il passo a quelle europee, nelle dinamiche del "droit pluriel" Bravo, F.: "Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento illecito di dati personali", in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR* (a cura di N. Zorzi Galgano), Wolters Kluver, Milano, 2019, p. 393.

27 Tra le prime interpretazioni dell'art. 82 GDPR, è diffusa, tuttavia, la qualificazione della responsabilità da trattamento dei dati come extracontrattuale. *Ex multis*, cfr. Gambini, M.: *Principio di responsabilità e tutela aquiliana dei dati personali,* Esi, Napoli, 2018, spec. p. 124; Tosi, E.: *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale*, Giuffré, Milano, 2019, p. 49.

del risarcimento del danno "cagionato dal suo trattamento che violi il presente regolamento"; quindi, chiama a rispondere il responsabile nella duplice eventualità in cui costui a) non abbia "adempiuto gli obblighi del presente regolamento specificatamente diretti" a lui stesso, ovvero b) abbia "agito in modo difforme o contrario rispetto alle legittime istruzioni del titolare del trattamento".

Si ritiene di poter affermare che, mentre il titolare sarà tenuto a rispondere sempre a titolo contrattuale, il responsabile del trattamento sarà soggetto a responsabilità da inadempimento nella sola ipotesi sub a). Al fine di comprendere tale assunto, appare imprescindibile chiarire il radicale mutamento dell'impianto – e, dunque, dei relativi principi fondativi – su cui è strutturato il regolamento, rispetto alla "vecchia" dir. 95/46/CE[28].

La più recente disciplina, invero, grava il titolare e il responsabile del trattamento di una serie di obblighi di comportamento specifici[29], volti ad assicurare la liceità del trattamento e, dunque, il rispetto dei diritti del titolare del dato (di cui all'art. 5 GDPR): è, così, data attuazione al principio della "responsabilizzazione" (c.d. "accountability"), che, privilegiando un approccio ex ante, è funzionale a prevenire il rischio di verificazione di danni[30].

Al contempo, tale mutamento di prospettiva, esigendo dai menzionati soggetti l'adempimento di puntuali obblighi legali, colloca il rapporto tra costoro e il titolare del dato in una dinamica di tipo relazionale[31]. Ne consegue che, laddove in capo al titolare del dato residui un danno, per effetto "della violazione del regolamento" (art. 82), sarà ravvisabile una ipotesi di responsabilità da inadempimento, ex art. 1218 c.c.

Tale soluzione appare facilmente argomentabile nel caso in cui i soggetti siano già parte di un rapporto negoziale, laddove il trattamento sia necessario "all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso" (art. 6, comma 1, lett. b). A identiche conclusioni dovrà giungersi anche nei casi in cui l'interessato presti un

28 Per un commento della relativa disciplina, si rinvia a Bianca, C. M. -Busnelli, F. D. (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (« Codice della privacy »)*, I, Cedam, Padova, 2009; Cuffaro, V. -D'Orazio, G. -Ricciuto, V. (a cura di): *Il Codice del trattamento dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2007; Sica, S. – Stanzione, P. (a cura di): *La nuova disciplina della privacy. Commento al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, Zanichelli, Bologna, 2005.

29 Si pensi, *ex multis*, agli obblighi aventi ad oggetto l'adozione di misure di sicurezza, di cui agli artt. 24, 25 e 32; agli obblighi derivanti dalla applicazione dei diritti dell'interessato, di cui agli artt. 12-22; alle disposizioni relative al consenso informato, di cui agli artt. 6, par. 1 lett. a) e 9, par. 1, lett. b).

30 Cfr., sul punto, Renna, M.: "Sicurezza e gestione del rischio nel trattamento dei dati personali", *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1343.

31 Cfr. Piraino, F.: "Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 369; nello stesso senso anche Zecchin, F.: "Molteplicità delle fonti e tutela dei diritti. Il danno non patrimoniale nella lesione della proprietà e dei dati personali", *Eur. e dir. priv.*, 2022, p. 517.

consenso specifico al trattamento dei dati, ovvero nelle altre ipotesi in cui l'art. 6 riconosca l'esistenza di una legittima base giuridica per il trattamento: il complesso di obblighi informativi (artt. 12, 13, 14) e di sicurezza (art. 32) che, anche in tali eventualità, gravano sul titolare (e, in taluni casi, sul responsabile) fanno sì che questi ultimi non possano essere considerati come un "passante"[32], onerato di un generico dovere di "neminem laedere". La fattispecie di cui all'art. 2043 c.c., invero, presuppone che il rapporto tra danneggiante e danneggiato origini con il danno, mentre, nel caso che ci occupa, è ravvisabile un obbligo preesistente alla verificazione del pregiudizio in capo al titolare del dato. Le disposizioni del GDPR, dunque, codificano obbligazioni *ex lege* (da ricomprendersi nelle "variae causarum figurae" di cui all'art. 1173 c.c.) e sono idonee a fondare, se inosservate, una classica ipotesi di responsabilità da inadempimento.

Sembra, allora, che potrà ravvisarsi una responsabilità aquiliana nelle due sole ipotesi, del tutto residuali in cui: a) il responsabile del trattamento abbia agito "in modo difforme o contrario rispetto alle legittime istruzioni del titolare del trattamento", posto che, in tale eventualità, non si ravvisa un rapporto giuridico tra responsabile e interessato[33]; b) il trattamento dei dati avvenga, da parte di un soggetto non qualificabile come titolare né responsabile del trattamento[34], al di fuori dell'esistenza di una legittima base, di cui all'art. 6 GDPR.

Sul piano disciplinare, l'art. 82 esonera il titolare o il responsabile dalla responsabilità, previa dimostrazione, da parte di costui, "che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile". Tale formulazione – che ricalca il tenore dell'art. 1218 c.c. – implica una presunzione dell'esistenza del nesso causale, sicché, una volta dimostrata la sussistenza del danno e allegato l'inadempimento (ovvero, se si configura una responsabilità aquiliana, dimostrato il fatto illecito), da parte dell'interessato, si innesca una inversione dell'onere probatorio, a suo vantaggio.

Va, infine, precisato che le summenzionate obbligazioni di condotta previste dal regolamento hanno una natura prettamente procedimentale[35] e non attribuiscono, pertanto, una immediata utilità al titolare. Ne consegue che la condanna al risarcimento del danno presuppone, in ogni caso, la prova di un danno "materiale o immateriale" effettivamente residuato in capo all'interessato. Nell'ipotesi, invece, in cui risulti configurabile una responsabilità aquiliana, il risarcimento è subordinato

32 La teorizzazione della responsabilità aquiliana come responsabilità del passante si deve a Carlo Castronovo. Cfr, da ultimo, Id, *Responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 2018, p. 551.

33 Il responsabile, invero, è soggetto a responsabilità (ai sensi del secondo comma dell'art. 82 GDPR) nel caso in cui "non ha adempiuto gli obblighi del presente regolamento specificatamente diretti ai responsabili del trattamento" o se "ha agito in modo difforme o contrario rispetto alle legittime istruzioni del titolare del trattamento". Cfr. Bravo, R.: "Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento illecito di dati personali", cit., p. 383.

34 Tale qualifica, invero, innesca la serie di obblighi di condotta che inducono ad affermare l'esistenza di un rapporto obbligatorio.

35 Cfr. Piraino, F.: "Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali", cit., p. 390.

alla prova dell'ingiustizia del danno, posto che, in accordo alla teoria generale della responsabilità civile, devono escludersi ipotesi di ingiustizia "in re ipsa"[36].

IV. LA RESPONSABILITÀ DELL'INTERNET SERVICE PROVIDER PER ILLECITO TRATTAMENTO DEI DATI.

Assai delicato è l'accertamento della responsabilità nel caso in cui l'illecito trattamento dei dati sia avvenuto nel contesto della prestazione di un servizio della società dell'informazione. Posto che il GDPR (art. 2, comma 4) fa espressamente salva l'applicazione della direttiva 2000/31/CE, con particolare riguardo alle norme relative alla responsabilità dei prestatori intermediari di servizi di cui agli articoli da 12 a 15, s'impone la necessità di un coordinamento tra le due discipline.

Come noto, la direttiva c.d. "e-commerce" ha delineato un regime speciale di responsabilità per i provider, informato all'obiettivo di fornire impulso al mercato digitale[37]. Tale disegno si è tradotto nella previsione di plurime cause di esclusione della responsabilità dei prestatori, a seconda dell'attività espletata[38]. Non sono neppure introdotti generalizzati obblighi di condotta in capo al provider[39].

36 In tal senso, peraltro, anche la giurisprudenza nel vigore del Codice privacy, che affermava di frequente che "il danno non patrimoniale risarcibile [...] non si sottrae alla verifica della "gravità della lesione" e della "serietà del danno" [...] sicché determina una lesione ingiustificabile del diritto non la mera violazione delle prescrizioni [...] ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata": così Cass. 8 febbraio 2017 n. 3311, in *DeJure*; nello stesso senso anche Cass. 5 settembre 2014 n. 18812, *ivi*; Cass. 15 luglio 2014 n. 16133, *ivi*. Ma in favore della natura in re ipsa del danno ingiusto, si veda Tosi, E., *op. cit*., p. 240.

37 Appare opportuno precisare che il recentissimo Digital Services Act [Reg. (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali)], che troverà applicazione a decorrere dal 17 febbraio 2024, disciplina la responsabilità dei provider in senso sostanzialmente analogo alla "vecchia" direttiva "e-commerce". Si mantiene, nel dettaglio, la previsione delle cause di esenzione della responsabilità, distinguendo tra prestatori di servizio di "mero trasporto" (art. 4), "memorizzazione temporanea" (art. 5) e "hosting" (art. 6). Sostanziali innovazioni consistono nella introduzione, all'art. 6, di una causa di esclusione del beneficio dell'esenzione di responsabilità; nella previsione, all'art. 7, della clausola del c.d. "buon samaritano", e nella introduzione di obblighi specifici di azione, in capo al provider, nel caso di contenuto illecito (artt. 9 e 10).

38 Vanno esenti da responsabilità, anzitutto, gli intermediari che si limitino ad un'attività di "mere conduit", vale a dire di semplice trasporto (art. 12 dir; art. 14 D. Lgs. 70/2003), e quelli che realizzino una memorizzazione temporanea (c.d. "catching"), sempre che non modifichino le informazioni trasmesse e, se edotti di una irregolarità in piattaforma, agiscano prontamente per rimuovere le informazioni memorizzate, o per disabilitare l'accesso (art. 13; art. 15. D. lgs 70/2003). Anche la memorizzazione permanente (c.d. "hosting") non comporta la responsabilità del gestore, sempre che quest'ultimo non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e che, non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso (art. 14 direttiva; art. 16 D. Lgs. 70/2003).

39 Nell'ottica di chiusura del sistema, è altresì esclusa la soggezione dei prestatori ad obblighi di sorveglianza sulle informazioni trasmesse, di memorizzazione, ovvero di ricerca attiva di fatti o circostanze indicative di condotte illecite (art. 15 direttiva; art. 17 D.lgs. 70/03513). Soltanto laddove il prestatore venga a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione scatta l'obbligo di informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza (così, art. 17, comma 2, lett a). Il terzo comma del medesimo articolo precisa che "Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente".

Si rammenti, tuttavia, che, constatata l'inadeguatezza di un sì fatto regime di sostanziale immunità[40] a fronte del massiccio sviluppo delle relazioni digitali, la giurisprudenza – in primis comunitaria – ha operato una tendenziale riconduzione della responsabilità in parola entro il sistema ordinario di responsabilità. Ne è derivata la distinzione tra provider "passivo"[41] – cui le ipotesi di esenzione trovano integrale applicazione – e "attivo", responsabile ai sensi del regime generale di cui all'art. 2043 c.c[42]. Tale distinzione corrisponde a quella – tradizionale – della condotta illecita che, come noto, "può consistere in un'azione o in un'omissione, in tale ultimo caso con illecito omissivo in senso proprio, in mancanza dell'evento, oppure, qualora ne derivi un evento, in senso improprio; a sua volta, ove l'evento sia costituito dal fatto illecito altrui, si configura l'illecito commissivo mediante omissione in concorso con l'autore principale"[43]. La figura del provider attivo va, allora, generalmente ricondotta alla fattispecie della condotta illecita attiva di concorso.

40 Non a caso Bocchini, F.: "Responsabilità dell'hosting provider, la responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti", *Giur. it*., 2017, p. 629, definisce la Dir. 2000/31/CE come "la direttiva dell'irresponsabilità".

41 Invero, la Corte di Giustizia è giunta a limitare l'applicazione del regime speciale ex art. 14 dir. ai soli casi in cui il ruolo svolto dal gestore sia "neutro". Si richiede, a tal fine, che la condotta sia meramente tecnica, automatica e passiva, ciò che implica mancanza di conoscenza o di controllo dei contenuti memorizzati: Corte giust. UE 23 marzo 2010, (causa C-236/08, Google c. Louis Vuitton), in *Dir. inf*., 2010, p. 49; Corte giust. UE 12 luglio 2011 (causa C-324/09, L'Oreal c. e-Bay), cit. Vedi anche Corte giust. UE 14 giugno 2017 (causa C-610), in *Diritto, mercato e tecnologia*, 2018, con nota di Scuderi, S.: "La responsabilità dell'internet service provider alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea". La distinzione tra hosting provider passivo e attivo è stata recepita immediatamente dalla giurisprudenza nazionale, che applica solo al primo il regime di esonero di cui all'art. 16, mentre sottopone al giudizio ordinario di ex art. 2043 il gestore ("attivo") che "svolge un'attività che esula da un servizio di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, e pone, invece, in essere una condotta attiva, concorrendo con altri nella commissione dell'illecito. Cass., 19.3.2019, n. 7708, in *Foro it*., 2019, I, c. 2045; in argomento, Di Ciommo, F.: "Oltre la direttiva 2000/31/Cee, o forse no. La responsabilità dei provider di Internet nell'incerta giurisprudenza europea", *Foro it*., 2019, I, p. 2078; Cassano, G.: "La Cassazione civile si pronuncia sulla responsabilità dell'internet service provider", *Dir. ind*., 2019, 4, p. 35; Bocchini, F.: "La responsabilità civile plurisoggettiva, successiva ed eventuale dell'ISP", *Giur.it*., 2019, p. 2604; Gambini, M. L.: "La responsabilità dell'internet service provider approda in Cassazione", *Corr. giur.,* 2020, 2, p. 177. Più in particolare, la giurisprudenza di merito ha enucleato talune figure sintomatiche idonee a rilevare il carattere attivo della prestazione. Si considerino, a titolo esemplificativo, quelle di "filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione: condotte che abbiano, in sostanza, l'effetto di completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte di utenti indeterminati". In tali casi, dunque, l'affermazione della responsabilità dell'intermediario è subordinata all'accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.

42 Il regime di immunità viene meno, dunque, nel caso in cui il provider svolga un ruolo attivo, idoneo a conferirgli una conoscenza o un controllo dei suddetti contenuti. Appare, quindi, imprescindibile che il "carattere illecito dell'attività o dell'informazione debba risultare da una conoscenza effettiva o essere manifesto, vale a dire che esso deve essere concretamente dimostrato o facilmente identificabile" (così, Corte di Giustizia Ue, 22 giugno 2021, in *Rass. dir. moda e arti*, 2022, 1, p. 164). A tale riguardo, va precisato che l'attività di indicizzazione automatizzata dei contenuti caricati in piattaforma non è sufficiente ad integrare suddetta "conoscenza", al pari della generica consapevolezza che la piattaforma sia utilizzata anche per condividere contenuti che possono violare diritti di proprietà intellettuale.

43 Così, Cass., 19 marzo 2019, n. 77008, cit.

Con specifico riferimento al caso in cui il danno discenda dal trattamento dei dati, posto che il provider risulterà tendenzialmente titolare, ovvero responsabile[44], del trattamento, bisognerà distinguere: il provider passivo potrà andare esente da responsabilità, ai sensi degli artt. 14 ss d. lgs. 70/2003, mentre il gestore attivo andrà sottoposto alla applicazione delle regole comuni di cui agli art. 1218, ovvero 2043 c.c. (a seconda del regime di responsabilità in rilievo, secondo quanto già osservato nel paragrafo precedente).

Una volta accertata la responsabilità del fornitore di servizi, una peculiare attenzione andrà rivolta alla quantificazione dei danni. L'individuazione dei parametri per la liquidazione impone all'interprete una presa d'atto della oramai acclarata polifunzionalità della responsabilità civile, che, nell'ottica di garantire una tutela effettiva al danneggiato, assume una coloratura anche sanzionatoria e deterrente, oltre che compensativa[45].

A tal fine, appare essenziale considerare la peculiarità dell'illecito commesso via internet. La potenzialità lesiva che caratterizza qualsivoglia condotta in grado di incidere su diritti della personalità altrui[46], invero, nel caso che ci occupa risulta esponenzialmente acuita dalla specificità del contesto della rete: l'assenza di confini spaziali[47], da un lato, e la rapidità di propagazione dell'illecito, dall'altro, determinano l'opportunità di predisporre reazioni effettive, in grado di assicurare un ristoro pieno degli interessi lesi, e, al contempo, fungere da deterrente in un'ottica general preventiva.

Sul punto, va rammentato che, anche sotto la normativa previgente alla emanazione del GDPR, pur nel formale ripudio della logica del danno "in re

44 L'indagine circa la qualifica del provider dovrà necessariamente essere compiuta caso per caso. Ad esempio, il fornitore del servizio di "web hosting" è sicuramente "responsabile del trattamento" per conto del gestore del sito, che è "titolare del trattamento". Il "cloud provider" – stando ad un recente parere del Garante sloveno per la protezione dei dati (IP – 0612-23/2019/19) – si qualifica come contitolare del trattamento con il cliente, e non un mero responsabile. Quanto ai social networks, l'EDPB ha emanato delle linee guida (n. 8/2020), in cui si rileva che l'inserzionista e il fornitore di social media operano congiuntamente nel caso di display advertising mirato e devono, conseguentemente, qualificarsi come contitolari. Con riguardo al rapporto tra social network e gestore di una pagina amministrata da un diverso soggetto, la Corte di Giustizia (sentenza del 5 giugno 2018, C-210/16) ha stabilito che gli amministratori di "Fanpage" su Facebook debbano essere considerati "contitolari del trattamento" insieme a Facebook stesso, in relazione al trattamento posto in essere tramite l'utilizzo di tali pagine social.

45 Cfr., per gli opportuni riferimenti dottrinali, la nota n. 52.

46 In dottrina si è puntualizzato che il trattamento illecito dei dati personali ha una caratterizzazione plurioffensiva, essendo idoneo a ledere, al contempo, molteplici interessi della persona (quali il diritto alla riservatezza, alla identità personale, protezione dei dati personali, immagine e dell'oblio). Così, Tosi, E.: "Trattamento illecito dei dati personali, responsabilità oggettiva e danno non patrimoniale alla luce dell'art. 82 del GDPR UE", *Danno resp*., 2020, 4, p. 435, e dottrina ivi citata; in arg., cfr. anche Bessone, M. e Cassano, G.: *Diritto industriale e diritto d'autore nell'era digitale*, Giuffré, Milano, 2022.

47 In arg., Irti, N.: *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 5; Id., *L'ordine giuridico del mercato*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 150, rileva che "lo spazio telematico è sciolto dalla fisicità: non tanto sta oltre i confini territoriali, quanto non ha confini".

ipsa"[48], non di rado la giurisprudenza tendeva ad accordare il risarcimento per l'illecito trattamento dei dati sulla scorta di un meccanismo di tipo presuntivo, volto a riconnettere la sussistenza del pregiudizio alla peculiare connotazione della condotta, ovvero alla tipologia dell'interesse leso. Si consideri il caso[49] – ampiamente noto – in cui la violazione della privacy di un celebre calciatore veniva "compensata" con un risarcimento di importo cospicuo (due milioni in primo grado, ridotti a 70.000 euro in appello[50]), pur in assenza della prova del danno, solo in considerazione del rilievo che le condotte fossero "particolarmente riprovevoli per il loro carattere subdolo e sleale", nonché volte al distorto impiego dello strumento telefonico per il raggiungimento di finalità illecite. Ad analoghe considerazioni è giunta la stessa corte di legittimità, laddove ha ricondotto la sussistenza del danno non patrimoniale alla mera "violazione delle regole di correttezza e di liceità, le quali sono finalizzate a bilanciare la libertà di chi tratta i dati con la preservazione della sfera del danneggiato"[51].

Ne risulta, dunque, una curvatura in senso "sanzionatorio" del risarcimento, conseguente alla valorizzazione del rango costituzionale degli interessi lesi nel caso del trattamento dei dati personali, la quale giustifica di per sé la condanna risarcitoria, pure "in difetto di alcuna prova di una concreta alterazione delle consuetudini domestiche" dei danneggiati, onde "assicurare quella che si è giunti bensì a riconoscere che sia la valenza punitiva pure propria del risarcimento del danno non patrimoniale da lesione dei diritti fondamentali"[52].

Del resto, in talune pronunce aventi ad oggetto la responsabilità dei provider attivi, la giurisprudenza è apparsa incline a modulare il giudizio sul quantum sulla scorta del grado di antigiuridicità della condotta del gestore. Si consideri la fattispecie in cui – con riferimento alla violazione del diritto d'autore online – il Tribunale di Roma ha ritenuto di adeguare l'importo da liquidare sulla scorta della

48 Con specifico riferimento alla materia in esame, cfr. Cass. 20.5.2015, 10280; Cass. 5.9.2014, n. 18812, in *Foro it*., 2015, I, c. 152.

49 Trib. Milano, 3.9.2012, n. 9749, in *Danno resp*., 2013, 51.

50 App. Milano, 22.7.2015, in *Danno resp*., 2015, p. 1047, in cui si legge significativamente che "senza dubbio le condotte di cui le società per tutto quanto innanzi illustrato sono responsabili, appaiono particolarmente riprovevoli per il loro carattere subdolo e sleale e in considerazione dell'utilizzo di strumenti di cui il gestore telefonico, in posizione di particolare favore, poteva disporre in funzione dell'espletamento di un servizio pubblico e che venivano invece in maniera distorta piegati a tutt'altre finalità".

51 Cass. 4.6.2018, n. 14242, in *Giur. It, 2019*, p. 41, con riferimento ad un illecito trattamento dei dati effettuato dalla Agenzia delle Dogane, responsabile di aver comunicato dati sensibili relativi alle vicende giudiziarie di un dipendente per il tramite di un protocollo ordinario aperto a tutti. Si legge in motivazione che "la fattispecie delineata dai due commi dell'art.15 del D. Lgs. N. 196/2003 pone quindi due presunzioni: [...] e quella secondo la quale le conseguenze non patrimoniali di tale danno [...] sono da considerare in re ipsa a meno che il danneggiante non dimostri che esse non vi sono state [...]. Ed infatti il danno maggiormente connaturato all'illecito trattamento è proprio quello non patrimoniale sicché il non avere adottato le misure idonee ad evitarlo si rivela in sostanza, come una violazione delle regole di correttezza e di liceità le quali sono finalizzate a bilanciare la libertà di chi tratta i dati con la preservazione della sfera del danneggiato".

52 Trib. Catania, 31.1.2018, n. 466, relative alla lesione del diritto, costituzionalmente garantito, alla tutela del proprio domicilio.

"condotta tenuta dal contraffattore, dalla reazione più o meno repentina nella rimozione dei materiali illecitamente veicolati e quindi, a contrario, dalla gravità e durata della condotta omissiva perpetrata a danno del titolare della privativa"[53].

L'accento, nella liquidazione, sul grado di antigiuridicità della condotta del provider e sulla peculiarità dell'interesse leso (idoneo ad essere risarcito in re ipsa), in definitiva, costituisce un ulteriore punto di emersione della "polifunzionalità" del rimedio aquiliano[54], che, nella fattispecie in esame, si presta a garantire adeguata tutela ai diritti della personalità degli utenti della rete, oltre che fungere da impulso per una responsabilizzazione dei provider in ottica sistemica.

V. ILLECITO TRATTAMENTO DATI E *BLOCKCHAIN*.

Ancora più fitti sono gli interrogativi che si pongono quando il trattamento illecito avvenga nell'ambito di una Blockchain[55]. In questo caso, invero, le criticità investono la stessa compatibilità della disciplina di cui al reg. 679/2016 con l'architettura del Registro distribuito[56].

Va rilevato che, ad onta dell'intento dei suoi ideatori, la Blockchain non costituisce un sistema impermeabile all'applicazione delle regole predisposte dall'ordinamento giuridico, ma necessita di essere inquadrata – e, dunque, regolamentata – sulla scorta delle categorie tradizionali[57]. In tale quadro, il GDPR risulta astrattamente applicabile con riguardo al trattamento dei dati registrati nel ledger, posto che questi ultimi – pur essendo crittografati – non risultano

53 Così, Trib. Roma, 10.1.2019, in *Dir. internet*, 2019, p. 140.

54 Su cui, ex multis, cfr. Salvi, C.: *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. privato* Iudica-Zatti, Milano, 2019, p. 11; Alpa, G.: *La responsabilità civile. Parte generale*, Utet giuridica, Torino, 2010, p. 159; Trimarchi, P.: *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Giuffré, Milano, 2019, p. 283; Di Majo, A.: "Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva", *Corr. giur.*, 2017, p. 1042; Monateri, P. G.: "Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile", *Danno e resp.*, 2017, p. 419; Ponzanelli, G.: "Polifunzionalità della responsabilità civile tra diritto internazionale privato e diritto privato", *ivi*, p. 435; Scognamiglio, C.: "Le Sezioni Unite ed i danni punitivi tra legge e giudizio", *Resp. civ. prev.*, 2017, 4, p. 1109B; Perlingieri, P.: "Le funzioni della responsabilità civile", *Rass. Dir. civ.*, 2011, 1, p. 115; Id.: "La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento", *Rass. dir. civ.*, 2004, 4, p. 1063; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, Esi, Napoli, 2020, p. 406.

55 Va, ad ogni modo, rilevato che, accanto agli elementi di frizione rispetto alla tutela dei dati, si annoverano pure vantaggi derivanti dall'impiego della Blockchain, ai fini di un sicuro trattamento. Basti pensare alla garanzia di integrità (art. 5, lett. f), trasparenza (art. 5, lett. a), tracciabilità dei dati, così come alla possibilità di accesso agli stessi (art. 15). Cfr…

56 *Ex multis*, Berberich-Steiner, M: "Blockchain Technology and the GDPR - How to Reconcile Privacy and Distributed Ledgers?", *European Data Protection Law Review*, 2016, 2, p. 422; Palladino, A.: "L'equilibrio perduto della blockchain tra platform revolution e GDPR compliance", *MediaLaws - Riv. dir. media*, 2019, p. 150; Frezza, G.: "Blockchain, autenticazione e arte contemporanea", *Dir. fam. pers.*, 2020, p.489; Rampone, F.: "I dati personali in ambiente blockchain tra anonimato e pseudonimato", *Ciberspazio e dir.*, 2018, p. 459.

57 Sul tema, sia consentito il rinvio a Iorio, C.: "Blockchain e diritto dei contratti: criticità e prospettive", *Actualidad juridica iberoamericana*, 2021, p. 656.

tecnicamente anonimi[58], ma pseudonimi[59]. E tuttavia, al di là di tale notazione, emerge una irriducibile distonia tra l'impianto del *Distributed ledger* – improntato alla massima decentralizzazione – e la struttura centralizzata del Reg. 679/2016.

1. I principi di minimizzazione e data protection by design.

La struttura della Blockchain appare difficilmente compatibile con taluni dei capisaldi su cui si fonda l'attuazione del principio dell'accountability nel reg. 679/2016, e che risultano essenziali per garantire la sicurezza del trattamento.

Si consideri, anzitutto, il principio di "minimizzazione", di cui all'art. 5, comma 1, lett. c), il quale impone che i dati siano "adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati". Tale requisito contrasta con la natura distribuita della Blockchain, in cui i dati sono replicati in ogni server. Altrettanto potrebbe concludersi con riguardo al principio della limitazione del trattamento (art. 18).

Ma si pensi, ancora, a taluni dei fondamentali diritti dell'interessato, quale quello alla rettificazione (art. 16) e alla cancellazione dei dati (art. 17), che appaiono difficilmente esercitabili nel contesto della catena di blocchi che, come noto, si caratterizza per la immutabilità delle informazioni registrate.

Va verificata, allora, l'esistenza di espedienti tecnici in grado di garantire l'attuazione di tali disposizioni regolamentari.

Quanto ai principi di minimizzazione e limitazione del trattamento, sono state sperimentate soluzioni che – aggiungendo "rumore" ai dati, o rendendo più difficoltosa l'associazione di una chiave privata e dati inseriti[60] – possono rivelarsi utili allo scopo. Parrebbe auspicabile, a tal fine, anche l'impiego di c.d. "indirizzi usa e getta"[61], che consentono la creazione di un nuovo indirizzo e una nuova password per ciascuna transazione.

58 Il GDPR, come noto, non trova applicazione nel caso di dati anonimi, vale a dire a "informazioni che non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile o a dati personali resi sufficientemente anonimi da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato" (considerando 26 GDPR).

59 Vi è sempre, infatti, la possibilità, attraverso apposite tecniche, della re-identificazione. Cfr. Faini, F: "Blockchain e diritto: la «catena del valore» tra documenti informatici, smart contracts e data protection, *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 297; Gambino, A. – Bomprezzi, C.: "Blockchain e protezione dei dati personali", *Dir. inf.*, 2019, p. 619;

60 Le soluzioni proposte, nel dettaglio, comprendono l'impiego di: a) "Zero-knowledge proofs", una tecnica che consente ad un dato soggetto di acquisire la prova di una data statuizione, senza garantire accesso ai dati sottostanti; b) aggiunta di "rumore" ai dati, consistente nel raggruppare un dato numero di transazioni tra loro, cosicché sia impossibile discernere l'identità di parte delle stesse; c) "ring signature", vale a dire un tipo speciale di firma digitale che, dato un gruppo di utenti muniti di chiavi pubbliche e private, permette di associare la transazione al gruppo in modo generico, senza rilevare l'identità dell'utente firmante. Cfr, in tema, Finck, M., "Blockchains and Data Protection in the European Union", *European Data Protection Law Review*, 2018, p.15. Tali riflessioni sono riprese da Gambino, A. M. - Bomprezzi C., *op. cit.*, p. 622.

61 *Ibidem*.

Più complesso è il tentativo di conciliare la Blockchain con l'esercizio del diritto alla cancellazione e alla rettificazione dei dati. Esiste, allo stato, la possibilità tecnica di agire sui blocchi, modificandoli[62], ma tale soluzione rischia di minare la fiducia degli utenti verso il sistema della Blockchain, il cui impiego si giustifica proprio in ragione della garanzia di certezza e immodificabilità delle informazioni registrate *on chain*.

Va prestata adesione, allora, alla tesi di chi propone di interpretare la "cancellazione" dei dati nel senso, più generico, di rendere gli stessi "inaccessibili". Nel caso in cui sia richiesto l'esercizio del diritto all'oblio, l'informazione potrebbe essere resa irraggiungibile mediante la distruzione della chiave privata[63]. Ancora più convincente è la prospettazione di un database "off-chain", all'interno del quale conservare i dati personali, i quali risulterebbero collegati alla Blockchain (e, quindi, non registrati sui blocchi) tramite un hash: in tal modo, il dato personale potrebbe essere cancellato, ovvero rettificato, senza alterare la funzione algoritmica, che resterebbe immutata nel libro mastro digitale[64].

2. La identificazione del titolare e del responsabile del trattamento.

Pur esistendo, dunque, delle soluzioni tecniche in grado di assicurare il rispetto della privacy by design e by default nella Blockchain, la più evidente criticità consiste nella difficile individuazione dei soggetti in grado di garantire la sicurezza del trattamento dei dati. Stante l'assenza di una autorità centrale dotata di poteri di controllo, non appare agevole la determinazione dei soggetti cui attribuire la qualifica titolare e del responsabile del trattamento, nel contesto del Registro distribuito.

Diverse sono le soluzioni suggerite dalla dottrina e dalle Autorità nazionali di protezione dei dati personali, con riferimento alle Blokchain permissionless.

Quanto al titolare del trattamento, si tende ad escludere che tale ruolo possa essere svolto dagli sviluppatori del *software* – posto che gli stessi non hanno potere di decidere le finalità o i mezzi del trattamento – ovvero dai *miners*, i quali si limitano a partecipare al processo di validazione delle transazioni e, quindi, di formazione dei bocchi, senza influire nella determinazione delle finalità del trattamento[65].

62 Diverse sono le soluzioni tecniche in grado di rendere i dati registrati "onchain" modificabili: si va dalla funzione di "chamelon hashes", alla tecnica del "pruning" (che consente di eliminare un dato, quando lo stesso non risulta più necessario), o a quella del "fork", che conduce alla rideterminazione delle regole della catena, con la creazione di un nuovo ledger. Cfr, in tema, Finck, M., *op. cit.*, p. 15.

63 Tale soluzione è stata suggerita dal CNIL francese: "Solutions for a responsible use of the blockchain in the context of personal data", in https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/blockchain_en.pdf.

64 Questa soluzione potrebbe essere raggiunta per mezzo dell'impiego del protocollo IPFS ("InterPlanetary File System"), il quale include "on chain" solo il link ai dati, in aggiunta ad una marcatura temporale ("timestamp") e a un hash dei dati esternalizzati. Cfr. Finck, M., *op. cit.*, p. 15.

65 In arg., Bellomia, V: "Il contratto intelligente: questioni di diritto civile", in www.judicium.it

Da più parti, si sostiene che titolari sarebbero – ciascuno nei confronti degli altri – i nodi che partecipano alla transazione, posto che la scelta, da parte del singolo utente, di impiegare proprio una blockchain per effettuare una ben precisa operazione economica integra la determinazione – rispettivamente – dei mezzi e delle finalità del trattamento dei dati[66]. Dovrebbero, invece, qualificarsi come responsabili i nodi che, non partecipando alla transazione, mantengono una copia dei dati.

Meno difficoltosa parrebbe la qualifica di responsabile del trattamento, che potrebbe spettare agli sviluppatori degli smart contracts – deputati ad elaborare i dati per conto degli utenti, titolari del trattamento – ovvero ai miners, i quali, validando le transazioni contenenti dati personali, con tutta evidenza "trattano i dati per conto del titolare del trattamento"[67].

E tuttavia, pur potendosi astrattamente procedere alla attribuzione delle qualifiche rilevanti ai fini del GDPR, sta di fatto che le caratteristiche della Blockchain permissionless rendono estremamente ostico l'adempimento dei penetranti obblighi di condotta previsti dal Regolamento. Da un lato, la globalità del registro ostacola il monitoraggio della totalità delle transazioni aggiunte nei blocchi; ma, soprattutto, lo pseduonimato delle identità impedisce agli utenti di identificare il titolare, e a quest'ultimo di individuare l'utente destinatario di precisi obblighi di condotta.

Allo stato, dunque, parrebbe che la sola tecnologia integralmente compatibile con il quadro giuridico di riferimento sia quella della Blockchain permissioned. In tal caso, invero, ravvisandosi un soggetto che determina le regole di accesso al sistema, i ruoli di cui al GDPR sono facilmente identificabili: proprio l'autorità centrale deputata alla determinazione dei criteri di selezione dei nodi, degli aggiornamenti del sistema, e delle regole di trasparenza, invero, dovrebbe assumere la qualifica di "titolare del trattamento". L'adozione, poi, delle soluzioni in grado di assicurare la minimizzazione, la rettificazione e la cancellazione dei dati parrebbero garantire una tendenziale compatibilità con il GDPR.

VI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Il presente contributo ha inteso esaminare talune delle criticità connesse alla circolazione e al trattamento dei dati nell'era digitale. Nel complesso, se ne

66 Fink, M: "Blockchains and Data Protection in the European Union", in *European Data Protection Law Review*, 2018, p.17; in tal senso anche il CNIL francese, "Solutions for a responsible use of the blockchain in the context of personal data", cit. In senso critico, Bellomia, V: "Il contratto intelligente: questioni di diritto civile", cit., p. 12, la quale rileva che questa tesi – determinando una "responsabilità diffusa", comporterebbe per qualsiasi intervento sul trattamento (quale la rettifica di un dato) il necessario consenso della maggioranza dei nodi, in quanto tutti contitolari di ogni trattamento, con l'effetto di paralizzare il sistema.

67 Questa è l'opinione espressa dal CNIL, "Solutions for a responsible use of the blockchain in the context of personal data", cit.

ricava un quadro disciplinare tutt'altro che definito. Le incertezze circa la natura giuridica del dato personale si riflettono sulle perplessità riguardo le regole per la circolazione dello stesso e le tutele esperibili da parte dell'interessato in caso di violazione.

Nell'ottica di garantire una tutela sempre più estesa agli interessati vanno guardate con favore le innovazioni introdotte dai due recenti Regolamenti del Digital Services Act[68] e Digital Market Act[69].

Al fine di combattere l'opacità delle scelte algoritmiche anche in relazione all'impiego dei dati, il primo atto prevede obblighi specifici per le piattaforme in punto di informazione e di trasparenza. Si richiede, in particolare, che agli utenti siano rese conoscibili le regole circa il funzionamento di sistemi di moderazione e di raccomandazione dei contenuti, nonché di pubblicità online. Significativamente, si introducono divieti di utilizzo delle pratiche ingannevoli volte a manipolare le scelte degli utenti, e di pubblicità mirata rivolta ai minori o basata sui dati sensibili degli utenti. Si introduce, in capo alle piattaforme, pure l'obbligo di abilitazione degli utenti al blocco delle "raccomandazioni" basate sulla profilazione.

Il Digital Market Act completa il piano delle tutele, guardando al possibile impiego dei dati, da parte del "gatekeeper"[70], per finalità distorsive della concorrenza nel mercato. Si spiegano, così, i nuovi divieti di limitare o rifiutare la portabilità dei dati o il riuso dei dati, al fine di scoraggiare o impedire all'utente di abbandonare la piattaforma; si contempla, ancora, il divieto di combinazione di dati personali dell'utente, ricavati dai servizi di piattaforma, con altri dati personali ricavati da altri servizi, anche di terze parti, senza espressa autorizzazione dell'utente stesso. È significativo pure l'obbligo di fornire a titolo gratuito agli utenti commerciali un accesso efficace, continuo e in tempo reale a dati aggregati e non aggregati forniti o generati nel contesto dell'uso dei pertinenti servizi di piattaforma di base (sempre previo consenso dell'utente).

Tali Regolamenti, letti unitamente alla disciplina del GDPR, costituiscono un ulteriore tassello del disegno di quella "tutela multilivello" dell'utente digitale che, come si è rilevato, appare imprescindibile ai fini di una piena attuazione dell'effettività della protezione dei diritti fondamentali nella società tecnologica.

68 Reg. (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

69 Reg. (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

70 I "Gatekeeper" sono le categorie soggettive di piattaforme soggette all'applicazione del Digital Market act. La designazione come gatekeeper avviene sulla base di criteri qualitativi e soggettivi, oltre che in riferimento ai tipi di servizi offerti (ovvero se eroganti i cosiddetti "Core Platform Services"), secondo le soglie di cui all'art. 3 del Regolamento.

BIBLIOGRAFIA

Alpa, G.: *La responsabilità civile. Parte generale*, Utet giuridica, Torino, 2010

Bellomia, V: "Il contratto intelligente: questioni di diritto civile", in www.judicium.it

Berberich-Steiner, M: "Blockchain Technology and the GDPR - How to Reconcile Privacy and Distributed Ledgers?", *European Data Protection Law Review*, 2016, 2, p. 422

Bessone, M. e Cassano, G.: *Diritto industriale e diritto d'autore nell'era digitale*, Giuffré, Milano, 2022

Bianca, C. M. -Busnelli, F. D. (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (« Codice della privacy »)*, I, Cedam, Padova, 2009

Bocchini, F.: "La responsabilità civile plurisoggettiva, successiva ed eventuale dell'ISP", *Giur.it.*, 2019, p. 2604

Bocchini, F.: "Responsabilità dell'hosting provider, la responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti", *Giur. it.*, 2017, p. 629

Bravo, F.: "Lo «scambio di dati personali» nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto", *Contr. e impr.*, 2019, p. 34;

Bravo, F.: "Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento illecito di dati personali", in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR* (a cura di N. Zorzi Galgano), Wolters Kluver, Milano, 2019, p. 393

Busnelli, F. D.: "Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte", *Contr. impr.*, 1991, p. 539

Calzolaio, S.: "Introduzione. Ubi data, ibi imperium: il diritto pubblico alla prova della localizzazione dei dati", *Riv. it. inf. e dir.*, 2021, p. 7

Calzolaio, S.: "Protezione dei dati personali" (voce), *Dig. disc. pubbl.*, 2017, p. 594

Camardi, C.: "Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali", *Giust. civ.*, 2019, p. 499

Caringella, F.: "La tutela aquiliana della privacy nel codice per la protezione dei dati personali (d. lgs. n. 196/2003), in Id., *Studi di diritto civile*. III. *Obbligazioni* e *responsabilità*, Giuffré, Milano, 2005, p. 715

Cassano, G.: "La Cassazione civile si pronuncia sulla responsabilità dell'internet service provider", *Dir. ind*., 2019, 4, p. 35

Castronovo, C: "Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali", *Eur. dir. priv*., 1998, p. 656

Castronovo, C.: *Responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 2018

Cuffaro, V. -D'Orazio, G. -Ricciuto, V. (a cura di): *Il Codice del trattamento dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2007

Cuffaro, V.: "A proposito del ruolo del consenso", in *Trattamento dei dati* e *tutela della persona* (a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno Zencovich,) Giuffré, Milano, 1999, p. 121

Cuffaro, V.: "Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali", *Contr. impr*., 2018, 3, p. 1098;

D'Acquisto, G.: "Intelligenza artificiale", in *I diritti nella "rete" della rete. Il caso del diritto d'autore"* (dir. da F. Pizzetti), Giappichelli, Torino, 2021, p. 127

De Franceschi, A.: *La circolazione dei dati personali tra privacy* e *contratto*, Napoli, Esi, 2017

Di Ciommo, F.: "Oltre la direttiva 2000/31/Cee, o forse no. La responsabilità dei provider di Internet nell'incerta giurisprudenza europea", *Foro it*., 2019, I, p. 2078

Di Majo, A.: "Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva", *Corr. giur*., 2017, p. 1042

Faini, F: "Blockchain e diritto: la «catena del valore» tra documenti informatici, smart contracts e data protection, *Resp. civ. prev*., 2020, p. 297

Finck, M., "Blockchains and Data Protection in the European Union", *European Data Protection Law Review*, 2018, p.15

Finocchiaro, G.: "Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali", in *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679* e *d.lgs. 10 ago- sto 2018, n. 101*, (a cura di G. Finocchiaro), Zanichelli, Bologna, 2019, p. 5

Frezza, G.: "Blockchain, autenticazione e arte contemporanea", *Dir. fam. pers.*, 2020, p.489

Gambini, M. L.: "La responsabilità dell'internet service provider approda in Cassazione", *Corr. giur.,* 2020, 2, p. 177

Gambino, A. – Bomprezzi, C.: "Blockchain e protezione dei dati personali", *Dir. inf.*, 2019, p. 619

Giampiccolo, G.: "La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, p. 458

Iorio, C.: "Blockchain e diritto dei contratti: criticità e prospettive", *Actualidad juridica iberoamericana*, 2021, p. 656

Irti, N.: *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 2006

Irti, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 2009

Messinetti, R.: "Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali", *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 35

Monateri, P. G.: "Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile", *Danno e resp.*, 2017, p. 419

Oppo, G.: "«Trattamento» dei dati personali e consenso dell'interessato", in Id., *Scritti giuridici*, VI, *Principi e problemi del diritto privato*, CEDAM, Padova, 2000, p. 113

Palladino, A.: "L'equilibrio perduto della blockchain tra platform revolution e GDPR compliance", *MediaLaws - Riv. dir. media*, 2019, p. 150

Patti, S.: "Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali", *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 455

Pellecchia, E.: "La responsabilità civile per trattamento dei dati personali", *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 221

Perlingieri, C.: *Profili civilistici dei social networks,* Napoli, Esi, 2014

Perlingieri, P: "L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata", *Rass. dir. civ.*, 1986, 4, p. 57

Perlingieri, P.: "La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento", *Rass. dir. civ.*, 2004, 4, p. 1063;

PERLINGIERI, P.: "Le funzioni della responsabilità civile", *Rass. Dir. civ.*, 2011, 1, p. 115;

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, Esi, Napoli, 2020, p. 406

PIRAINO, F.: "Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 369;

PONZANELLI, G.: "Polifunzionalità della responsabilità civile tra diritto internazionale privato e diritto privato", *Danno e resp*, p. 435

PUGLIESE, G.: "Il diritto alla riservatezza nel quadro dei diritti della personalità", *Riv. dir. civ.*, 1963, p. 605.

RAMPONE, F.: "I dati personali in ambiente blockchain tra anonimato e pseudonimato", *Ciberspazio e dir.*, 2018, p. 459

RENNA, M.: "Sicurezza e gestione del rischio nel trattamento dei dati personali", *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1343

RESCIGNO, P.: "*Il diritto all'intimità della vita privata*", in *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, IV, Jovene, Napoli, 1972, p. 121

RICCIUTO, V.: "Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali", *Riv. dir. civ.*, 2020, 3, p. 642

RODOTÀ, S.: "Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali", *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 583

ROPPO, V.: "La responsabilità civile per trattamento di dati personali", *Danno resp.*, 1997, p. 663

SALVI, C.: *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. privato* Iudica-Zatti, Milano, 2019

SCIASCIA, G.: "Reputazione e potere: il social scoring tra distopia e realtà", *Giorn. dir. amm.*, 2021, 3, p. 317

SCOGNAMIGLIO, C: "Buona fede e responsabilità civile", *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 357

SCOGNAMIGLIO, C.: "Le Sezioni Unite ed i danni punitivi tra legge e giudizio", *Resp. civ. prev.*, 2017, 4, p. 1109B

SICA, S. – STANZIONE, P. (a cura di): *La nuova disciplina della privacy. Commento al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, Zanichelli, Bologna, 2005

SOLINAS, C.: "Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette", *Giur. it.*, 2021, p. 325

SORO, A.: "La protezione dei dati personali nell'era digitale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 2, p. 343

TOSI, E.: "Trattamento illecito dei dati personali, responsabilità oggettiva e danno non patrimoniale alla luce dell'art. 82 del GDPR UE", *Danno resp.*, 2020, 4, p. 435

TRIMARCHI, P.: *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Giuffré, Milano, 2019

VISINTINI, G: "Dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali", *Dir. inf. e informatica*, 2019, p. 1.

ZECCHIN, F: "Molteplicità delle fonti e tutela dei diritti. Il danno non patrimoniale nella lesione della proprietà e dei dati personali", *Eur. e dir. priv.*, 2022, p. 517.

ZENO-ZENCOVICH, V.: "Do "Data Markets" Exist?", *MediaLaws*, 2019, p. 26

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA UTILIZAÇÃO DE SISTEMAS DE IA NO DESPORTO

CIVIL LIABILITY ARISING FROM THE USE OF AI SYSTEMS IN SPORT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1172-1197

Patrícia SOUSA BORGES

ARTIGO SUBMETIDO: 7 de octubre de 2022
ARTIGO APROVADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMO: O estudo que ora se dá tela tem como propósito trazer à colação a utilização de sistemas de inteligência artificial na prática desportiva e analisar a forma como o atual regime legal responde perante a prática de factos ilícitos e culposos, originados pelo emprego destas ferramentas. Não temos dúvidas que a introdução destes sistemas no desporto em tudo abona para um maior rigor desportivo, contudo, não podemos descurar que também serão potenciadores de factos geradores de responsabilidade civil.

PALAVRAS CHAVE: Desporto; inteligência artificial; propostas; responsabilidade civil.

ABSTRACT: *This study's purpose is to discuss the use of artificial intelligence systems in sports and analyse how the current legal regime responds to the practice of illegal and culpable facts, originated by the use of these tools. We have no doubt that the introduction of these systems in sport contributes to a greater sporting truth, as these algorithms accurately detect compliance with the rules of the game. We cannot, however, forget that they will also be potentiators of facts that generate civil liability.*

KEY WORDS: *Artificial intelligence; civil liability; proposals; sports.*

SUMÁRIO.- I. A ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. - 1. A diferença entre um robot e um sistema de IA. - II. A APLICAÇÃO DE SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O PODER DECISÓRIO DO ÁRBITRO DE FUTEBOL. - 1. O árbitro desportivo e a analogia com o poder decisório do juiz. - 2. A introdução de sistemas de IA no desporto. - III. A UTILIZAÇÃO DE IA NO DESPORTO DE ACORDO COM AS PROPOSTAS DE REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA – A RESPONSABILIDADE CIVIL. - 1. A crescente atenção da União Europeia à utilização de IA - 2. A proposta de regime de responsabilidade civil aplicável à IA. - 3. A proposta de regulamento de IA. - 4. A proposta de diretiva relativa à responsabilidade civil da IA. - IV. BREVES REFLEXÕES CONCLUSIVAS.

I. A ERA DA UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL[1].

É indubitavelmente assente que vivemos hoje auxiliados por uma massa de algoritmos que, invisível e sorrateiramente, orientam a nossa rotina, desde as tarefas mais básicas e residuais como aspirar determinado repartimento da nossa habitação até às atividades mais exigentes e arriscadas como a possibilidade de substituição de um humano no exercício de determinada atividade – vivemos, portanto, a era da sociedade e economia digitalizada. Acreditamos que a força e velocidade arrebatadoras com que a IA se instalou nas nossas atividades motivou o contínuo desassossego por parte da União Europeia, que assistia atenta à concretização de uma revolução tecnológica sem que a sociedade civil estivesse verdadeiramente preparada para essa transformação, sobressalto que até hoje se mantém, bem evidenciado pela constante publicação normativa sobre a matéria[2].

Este paradigma revolucional encontrou também emprego junto da prática desportiva, evidenciada desde o uso de algoritmos no acompanhamento e desenvolvimento da capacidade física dos atletas até sistemas de IA capazes de maximizar a interação do clube com os adeptos. Porém, e, apesar dos diferentes níveis de risco associados à utilização destes algoritmos nas diferentes atividades[3], a verdade é que existem indagações associadas a esse uso que urgem uma resposta.

1 O capítulo III do presente texto corresponde, com alterações significativas e consequentes desenvolvimentos, ao artigo publicado *em IA & Robótica: Desafios para o Direito do Século XXI*, *in* Aa. Vv., Eva Sónia Moreira da Silva e Pedro Miguel Freitas (coords), Gestlegal, 2022, pp. 287 e ss.

2 A este propósito diga-se que, aquando da apresentação do *abstract* deste trabalho, em maio de 2022, ainda não havia sido apresentada pela Comissão Europeia a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a adaptação das regras de responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial, publicada em setembro deste mesmo ano.

3 Veja-se que a Comissão Europeia, na proposta de Regulamento de Inteligência Artificial, publicada em abril de 2021, hierarquizou diferentes níveis de risco em função da atividade em que a IA é utilizada – v. Comissão Europeia: *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que Estabelece Regras Harmonizadas em Matéria de Inteligência Artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados atos legislativos da união*, Bruxelas, 2021, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206, consultado em 27/10/2022.

• Patrícia Sousa Borges
Assistente Convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho
patriciasousaborges@direito.uminho.pt

Assim, esta utilização massiva de sistemas de IA proporcionou uma intervenção incessante por parte da União Europeia tendo o Parlamento Europeu, em fevereiro de 2017, recomendado à Comissão que apresentasse uma proposta de Diretiva sobre disposições de Direito Civil sobre robótica, que motivou mais tarde, a proposta sobre o Regime de Responsabilidade Civil aplicável à Inteligência Artificial e em 2021, a publicação da proposta de Regulamento de Inteligência Artificial que concretizou as principais linhas orientadoras de regulamentação quanto à utilização e funcionamento de IA e que veio, mais recentemente, em setembro de 2022, a culminar na publicação da Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a adaptação das regras de responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial.

Porquanto, é deste contínuo ato legislativo que nos é possível extrair (ainda que de forma embrionária) a posição da União Europeia quanto à utilização de sistemas de IA, designadamente de que forma é que os danos que derivam da sua utilização nas mais variadas atividades, encontram acervo legislativo, em particular, quando usadas na órbita desportiva.

1. A diferença entre um robot e um sistema de IA.

Em 2016, Michael Froomkin definiu um *robot* como "*a man-made object capable of responding to external stimuli and acting on the world without requiring direct – some might say constant – human control was a robot*"[4], ou seja, qualquer objeto elaborado por seres humanos capaz de responder a estímulos externos e de atuar sobre o mundo sem necessidade de controlo humano direto. Porquanto, de acordo com o conceito proposto pelo autor, um *robot* é constituído por dois elementos: o elemento corpóreo (*hardware*) e o elemento intangível (*software*), com capacidade para captar autonomamente estímulos humanos, pelo que, na mesma obra coletiva, um outro autor, F. Patrick Hubbard, classifica um *robot* como "*embodied software*"[5], ou seja, a "encorporação" de um *software*. Desta feita, o *robot* enquanto elemento corpóreo com capacidade de comunicação com humanos, é autonomo de exercer determinada atividade concreta, sem necessidade de controlo constante e direto por parte de um humano[6].

4 Froomkin, M.: "Robot Law", in Aa. Vv., Ryan Calo, A. Michael Froomkin, Laurie Silvers e Mitchell Rubenstein (coords), Edward Elgar, 2016, p. xi.

5 Hubbard, F. P.: "Robot Law", in Aa. Vv., Ryan Calo, A. Michael Froomkin, Laurie Silvers e Mitchell Rubenstein (coords), Edward Elgar, 2016, pp. xi. p. 59.

6 A titulo de exemplo temos os carros autónomos, pois como escreve Sónia Moreira estes "são capazes de circular sem input por parte de um condutor. A autonomia e configuração deste tipo de veículos é variável, indo desde, por exemplo, carros dotados de câmaras e sensores capazes de captar o ambiente circundante e detetar obstáculos, marcações na estrada ou sinalização, conduzindo autonomamente, mas dependentes de um condutor para retomar o comando do carro a qualquer momento, a carros que dispensam completamente peças tidas como básicas da condução automóvel, como o volante ou pedais." - Moreira, S.: "Considerações sobre Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil: o Caso dos Veículos Autónomos", in Aa. Vv.: *Tec Yearbook Artifcial Intelligence & Robots, JusGov - Research Centre for Justice and Governance School of Law*, (M.M. Carvalho coord.), University of Minho, 2020, p. 60.

Por outro lado, a IA é um ramo das ciências da computação que através da introdução de determinados algoritmos, consegue, por via de captação de estímulos externos, responder eficazmente a um determinado problema/situação, pelo que, incorpora em si mesmo, como escreve Gabriel Hallevy, a composição de cinco elementos, a saber[7]: a capacidade comunicativa; dotada de conhecimento interno (criada com base em algoritmos); conhecimento externo (capacidade de captar os estímulos humanos); objetividade (enquadrar a situação/problema numa determinada temática) e criatividade (capacidade de corrigir o processamento da informação e apresentar uma nova resposta, ou seja, capacidade de reformular e apresentar uma nova resposta).

É nesta última característica, - a denominada autoaprendizagem da IA - que residem as principais indagações quanto à introdução de limites para a sua utilização em atividades que envolvam um certo nível elevado de risco, tais como a medicina ou a justiça. Associados a este factor, reside a circunstância de já existirem sistemas de IA que padronizam e tipologiam sujeitos e objetos, atribuindo-lhes uma determinada categorização[8]. Em abono da verdade, não nos parece crer que esta avaliação catalogada suscite grande risco quando utilizada na indústria, porém, quando a sua inclusão assenta na possibilidade de se substituir um sujeito humano por um sistema de IA, designadamente em funções onde é exigida um estudo casuístico, como sucede por exemplo na justiça, não nos parece que o recurso a esta mecânica de identificação de tipologia e julgamento com base em decisões anteriores, possa ser isenta de ameaça ao princípio da dignidade da pessoa humana, até porque em última rácio, estamos a equacionar a substituição de um juiz humano por um juiz algoritmo[9].

Do mesmo modo, quando abstratamente conjeturamos a substituição de um juiz humano, enquanto sujeito máximo do poder judiciário, facilmente fazemos a analogia com o juiz desportivo, agente decisor na atividade desportiva, pois embora reconheçamos a circunstancia diferenciadora que motiva a decisão, não há dúvidas que ambos são colocados a analisar uma situação concreta e a realizar um julgamento de acordo com o princípio da legalidade, seja na apreciação de condutas ilícitas praticadas na sociedade civil, seja no caso do árbitro desportivo, na apreciação das infrações praticadas na órbita desportiva.

7 Hallevy, G.: "The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities", *From Science Fiction to Legal Social Control Akron Intellectual Property Journal*, 2016, p. 175.

8 Dentro desta tipologia de sistema de IA, encontramos o COMPAS, utilizado nos Estados Unidos da América. Para um maior desenvolvimento v. - Dino de Sousa, V.: "O problema do algorithmic bias (viés algorítmico) no auxílio aos juízes de Direito pela inteligência artificial", *JusBrasil*, 2020, disponível em ttps://viniciusdino123.jusbrasil.com.br/artigos/825348884/o-problema-do-algorithmic-bias-vies-algoritmico-no-auxilio-aos-juizes-de-direito-pela-inteligencia-artificial, consultado em 12/10/2022.

9 Para o desenvolvimento destas matérias e estudo em particular da utilização de sistemas de IA na justiça, veja-se: Borges, P. S. / Moreira, S.: "Artificial Intelligence and jurisdictional decisions: is the Robot-Judge imminent?", *Law and Society Association*, UNSW Law Journal, vol.41, 2022, p. 11.

II. A APLICAÇÃO DE SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O PODER DECISÓRIO DO ÁRBITRO DE FUTEBOL.

1. O árbitro desportivo e a analogia com o poder decisório do juiz.

No que respeita à utilização de sistemas de IA no sistema judiciário, já muitos são os países que usam sistemas de IA para coadjuvar o juiz humano[10], sendo certo porém, que na Estónia já se discute mesmo a sua substituição por sistemas de algortimo[11]. Todavia, é forçoso analisar nesta senda, a utilização de sistemas de IA na órbita desportiva, em particular no futebol, como eventuais substitutos do poder decisório do árbitro de futebol.

Em 1863 foi criado o *International Football Association Board*[12] como o órgão que define as regras do futebol, tendo, nessa mesma data, concretizado as primeiras orientações sobre as normas a cumprir num jogo de futebol., O certo é que a figura do árbitro só surgiu em 1868, naquela altura denominado de *umpire* e ao qual foram atribuídas funções apenas fora do terreno do jogo, pelo que o árbitro era apenas chamado a decidir quando solicitado pelas equipas.

Só em 1891 o árbitro passou a desempenhar um papel ativo dentro das quatro linhas, concebendo-se a sua atividade nos moldes que até hoje conhecemos, podendo o árbitro apreciar e decidir de acordo com as Leis do Jogo. Ora, as Leis do Jogo contemplam 17 regras, e, de acordo com a Lei 5, o árbitro é a «autoridade» do jogo, sendo aquele disputado sobre a sua égide e controlo, cabendo-lhe, por essa via, a gestão efetiva da partida e a verificação do cumprimento de todas as regras no decurso desse encontro. Essa mesma lei atribuiu ao árbitro um poder discricionário para interpretar e decidir as incidências do jogo, de acordo com a sua convicção, não cabendo recurso das suas decisões sobre os factos relacionados com o jogo, designadamente a validação ou não de um golo. Estas características implicam que "o exercício das funções de árbitro requeiram a independência do mesmo, existindo uma série de situações de incompatibilidade entre o exercício das funções de árbitro e o exercício de outras funções desportivas" [13]., visto

10 Em Portugal, estes novos sistemas estão, atualmente, em funcionamento em cerca de 25% dos tribunais (sete comarcas judiciais - Braga, Bragança, Beja, Coimbra, Évora, Guarda, Lisboa-Oeste - e 14 TAF), ao dispor de mais de 400 magistrados, tendo sido processados mais de 400 milhões de documentos e registadas mais de 10.000 decisões, v.- Mandim, D.: "A Inteligência Artificial ao serviço da Justiça. Pode haver um juiz-robô?", *in Diário de Notícias*, disponível em https://www.dn.pt/pais/a-inteligencia-artificial-ao-servico-da-justica-pode-haver-um-juiz-robo--11408704.html, consultado em 01/09/2022.

11 A este propósito, o Ministério de Justiça da Estónia anunciou o desenvolvimento de um juiz-robot, v. - Jusdecisum: *Inteligência Artificial: já está sendo desenvolvido o primeiro "juiz robô" do mundo*, disponível em https://jusdecisum.jusbrasil.com.br/noticias/694911278/inteligencia-artificial-ja-esta-sendo-desenvolvido-o-primeiro-juiz-robo-do-mundo?ref=amp, consultado em 12/09/2022.

12 Adiante será utilizada a sigla IFAB.

13 Barbosa, N.: "O estatuto jurídico do árbitro no direito português", *Direito do Desporto Profissional, Contributos de um curso de Pós-Graduação*, in Aa. Vv., Ricardo Costa e João Leal Amado (coord) col. n.º 6, Almedina, 2011, p. 51.

que o árbitro é a pessoa "habilitada por federação desportiva para assegurar o cumprimento das regras de competição, no decurso da mesma"[14].

Por sua vez, a Lei 6 concretiza a figura dos árbitros assistentes, ou citando a epígrafe da lei, os outros elementos da equipa de arbitragem, a saber, dois árbitros assistentes, quarto árbitro, dois árbitros assistentes adicionais, árbitro assistente de reserva, vídeo árbitro e assistente do vídeo árbitro. A lei é clara quanto ao seu estatuto em campo, cabendo-lhes um papel totalmente secundário, visto que, a sua tarefa se resume a assistir o árbitro «principal» a controlar o jogo de acordo com as leis do jogo, até porque a atuação destes elementos de arbitragem está sujeita à direção do árbitro «principal» que goza do poder de os demitir de funções por interferência indevida ou de conduta imprópria. Assim sendo, "não restam dúvidas que conforme emanam as Leis do Jogo, o árbitro desportivo, enquanto elemento principal de uma equipa, goza de um estatuto próprio, estatuto esse, que é hierarquicamente superior aos outros elementos da equipa de arbitragem, porquanto o árbitro é um agente desportivo imbuído de uma autoridade que lhe confere o poder de gerir e julgar conflitos de interesse submetidos à sua apreciação, em consequência da função que exerce no terreno de jogo"[15].

Sendo o árbitro desportivo dotado de um poder decisório no âmbito da atividade profissional que desempenha, goza de um estatuto que o qualifica em relação aos demais. Acontece que a profissionalização desta atividade ainda não é reconhecida em Portugal, sendo certo, porém, que respeita a uma questão cuja importância para a sua concretização já foi por diversas vezes levantadas. A verdade é que através do Despacho n.º 12691/2011, foi publicado no Diário da República, em 23 de setembro daquele mesmo ano, um relatório elaborado pelo grupo de trabalho criado pelo governo, que procedeu à avaliação da atividade dos árbitros e entidades equiparadas e a necessidade da sua eventual profissionalização[16], onde foi destacado o seguinte "no desporto profissional dos nossos dias, que movimenta verbas avultadíssimas e que constitui um fenómeno mediático de primeira grandeza, o nível de exigência colocado a quem arbitra, a quem tudo decide e tem que decidir, por vezes numa fração de segundo, é extremamente elevado"[17].

14 *Ibis Idem.*

15 Borges, P. S.: *Direito Penal Desportivo: o árbitro de futebol e a corrupção desportiva*, NovaCausa Edições Jurídicas, 2021, p. 56.

16 Em Portugal, a profissão de árbitro desportivo ainda não é reconhecida. A este propósito, veja-se, Borges, P. S.: "A esquecida profissionalização do árbitro desportivo: 2011 não foi ontem", *in UMdicas - Desporto, Informação, Cultura e Acção Social na Universidade do Minho Departamento de Desporto e Cultura*, 2022, disponível em https://www.dicas.sas.uminho.pt/noticias/academia/2022/07/a-esquecida-profissionalizacao-do-arbitro-desportivo-2011-nao-foi-ontem, consultado em 26/11/2022.

17 Diário da República: *Árbitros e Entidades Equiparadas Avaliação da Atividade e Eventual "Profissionalização"*, Relatório do Grupo de Trabalho, 23/09/2011, p.8.

É, portanto, inultrapassável que ao juiz (judicial) e ao juiz (desportivo) esteja atribuído uma função decisória, uma tomada de posição face à factualidade concreta que lhes é apresentada, aferida de acordo com o cumprimento das leis. Nessa medida, o autor Francisco Corte Real equipara o árbitro ao juiz, afirmando que "o árbitro está para o Desporto como o juiz está para o Direito – não no sentido literal de julgador, mas na sua função de garante da efetividade das normas e da sua aplicação ao caso concreto. Tal como o juiz de Direito, o árbitro deve caracterizar-se pela sua neutralidade, imparcialidade e independência face aos praticantes desportivos e instituições que estes representam, a fim de garantir o respeito pela verdade desportiva"[18].

2. A introdução de sistemas de IA no desporto.

Existem caracterísitcas similares inultrapassáveis entre o exercício destas duas funções[19], pois na verdade, tal como sucede com o juiz sediado no tribunal, o juiz árbitro é titular de um poder de apreciação e julgamento de acordo com as leis do jogo e, nessa medida, a sua função imparcial é bastante similar àquela que norteia o poder judiciário. Contudo, podemos apontar desde já uma diferença: o tempo do processo decisório. Ao contrário daquilo que acontece com o juiz, que tem acesso ao processo, ouve as partes, o depoimento das testemunhas e, depois de analisada a prova produzida em sede de audiência e julgamento, profere uma decisão; o juiz-árbitro tem frações de segundo para proferir uma decisão que pode efetivamente mudar o rumo do jogo.

No que respeita à utilização de sistemas de IA para o auxílio do juiz de Direito em momento prévio à tomada de decisão, designdamente, com a organização automática de documentos processuais, parece-nos que essa codjuvação poderá ser útil para a acelaração processual. Todavia, no que tange à implementação de sistemas de IA no desporto, *in casu*, num jogo de futebol, em substituição de um árbitro de futebol, cumpre aferir se esta será benéfica para a verificação do cumprimento das leis do jogo, e em última medida, para o alcance do princípio da verdade desportiva da competição e do próprio resultado obtido[20].

O mercado do futebol prolífera milhares de milhões de euros e tornou-se um dos maiores mercados gerador de receita do mundo, pelo que, nessa medida, a exigência e rigor da competição são, cada vez mais, fatores determinantes para a promoção de um bom espetáculo. Note-se que o árbitro é um dos sujeitos ativos desse evento, e, por conseguinte, a FIFA tem implementado, ao longo da

18 Real, F. C.: *Enciclopédia de Direito do Desporto*, in Aa. Vv., Alexandre Miguel Mestre (coord.), 1.ª ed., Gestlegal, 2019, p. 31.

19 Sem prejuízo de não olvidarmos que o juiz de Direito exerce o poder jurisdicional, com estatuto próprio reconhecido nos artigos 215.º e ss da Constituição da República Portuguesa.

20 A este respeito, veja-se Borges, P. S.: *Direito Penal Desportivo...*, *ob. cit.*, pp. 57 e ss.

evolução tecnológica, mecanismos que possam auxiliar o processo decisório do árbitro, uma vez que entende que "*the change will benefit the game [and focuses on]the fairness, integrity, respect, safety, the enjoyment of the participants and how technology can benefit*"[21]. Atualmente, é possível concretizar o processo decisório do árbitro em quatro momentos distintos: num primeiro momento, o árbitro toma perceção de uma situação, de seguida, extrai dessa situação um facto e decide em conformidade com as regras, sendo que, por último, implementa a aplicação das leis do jogo"[22].

Todavia, tendo em conta o escasso tempo de que o árbitro dispõe no seu processo decisório, nos últimos anos temos assistido a uma revolução na implementação de árbitros coadjuvantes do árbitro, bem ainda, de sistemas tecnológicos que permitem auxiliar a formulação de um juízo de apreciação sobre determinado lance. Em 2014, a FIFA implementou *o Goal Line Technology* (GLT), instrumento capaz de indicar ao árbitro se a bola ultrapassou completamente a linha de baliza; posteriormente, em 2019, a FIFA introduziu o vídeo-árbitro (VAR), como um dos elementos da equipa de arbitragem que pode assistir o árbitro a tomar a decisão utilizando a imagem de televisão com repetições, mas apenas para "claros e óbvios erros ou incidentes graves não detetados relativos a golo/não golo, penálti/não penálti, cartão vermelho direto (mas não o 2.º cartão amarelo) ou no caso de o árbitro efetuar uma má identificação numa advertência ou expulsão de um jogador da equipa que cometeu a infração"[23]. Ora, em bom rigor, nesta senda ainda não falavamos de sistemas de IA mas da introdução de sistemas tecnológicos na prática desportiva que refletiam a incessante busca pela verdade desportiva, e que, por conseguinte, impulsionaram a introdução de sistemas de IA, como ferramentas de auxílio no processo decisório do árbitro.

Em concreto, a Bundesliga, liga alemã, apresentou em 2019, uma ferramenta denominada *xGoals*, constituída por um algoritmo que recolhe dados do jogo, designadamente, constituição das equipas e nomes dos atletas, bem ainda, a posição em campo do jogador e com base nessa informação apresenta uma probabilidade de um jogador marcar um golo. Nesse estudo, pode ler-que os "*factors used in determining that probability include the angle of the shot, the shooter's distance from goal, the speed they are running at, whether there is an opponent marking them or not, where the goalkeeper is positioned and whether there are other defenders between the shooter and the goal*"[24].

21 International Football Association Board: Leis do Jogo, disponível para consulta em https://www.theifab.com/, consultado em 21/10/2022.

22 Gottschalk, C., Tewes, S. e Niestroj, B.: "The Innovation of Refereeing in Football through AI", in *International Journal of Innovation and Economic Development*, vol. 6, issue 2, 2020, p. 40, disponível para consulta em https://www.dfl.de/en/innovation/xgoals-changing-how-we-evaluate-goalscoring-chances/, consultado em 21/06/2021.

23 International Football Association Board: *ob. cit.*

24 Gottschalk, C., Tewes, S. e Niestroj, B.: "The Innovation..., *ob. cit.*, p. 40.

Cedric Gottschalk, Stefan Tewes e Benjamin Niestroj carrearam para o domínio da arbitragem a utilização do *xGoals* e concretizaram-no como importante para, designadamente, analisar uma clara oportunidade de golo, analisar a probabilidade de um jogador ter de ser expulso se impedir uma clara oportunidade de golo da equipa adversária, "*therefore, if the algorithm gives a high value, the referee gets an indication that the player should be sent off the field for denying an obvious goal-scoring opportunity*"[25]. Deste modo, o estudo apresentado pelos professores da Universidade de Ciências Aplicadas - FOM, na Alemanha[26], evidenciou o potencial de utilização de IA na arbitragem de futebol, identificando exemplos práticos onde a introdução de sistemas de IA pode ser benéfica para a tomada de decisão, designadamente identificando as decisões relacionadas com posicionamento de jogadores - onde não é exigido ao árbitro uma análise subjetiva; a apreciação de uma falta tática; de uma clara oportunidade de golo; determinação se a bola está dentro ou fora do terreno de jogo, ou ainda, identificação de situações de fora de jogo, onde a interpretação é meramente factual/objetiva. Por outra banda, os autores identificaram os possíveis limites à utilização de sistemas de algoritmos na arbitragem desportiva, tais como: as decisões que exigem do árbitro a análise subjetiva de determinada situação de jogo, ou seja, decisões que exigem adequação, bom senso e proporcionalidade na aplicação das leis do jogo, ou seja, a denominada gestão de jogo.

Este estudo realizado em 2019 foi fundamental para viabilizar àquela data a realidade que assistimos atualmente na prática desportiva[27], visto que, volvidos apenas três anos, assistimos à introdução de sistemas de IA na arbitragem, como ferramentas de auxílio à tomada de decisão do árbitro.

Assim, a grande revolução na coadjuvação ao árbitro de futebol, motivada pelo uso de IA, surgiu em 2022, com a FIFA, orgão máximo do futebol mundial, a anunciar que após a realização de um trabalho de investigação de três anos, culminou com a conclusão de que a introdução de algortimos auxiliares dos juizes assistentes, contribuiria para o verdadeiro propósito desportivo: a verdade desportiva[28]. Por conseguinte, Nicolas Evans[29], líder da equipa da FIFA dedicada à

25 *Idem,* p. 41.

26 *Idem,* p. 48.

27 A este propósito, veja-se, Palmeiro, N.: *Referencial para a utilização de técnicas de inteligência artificial no futebol,* Dissertação de Mestrado em Gestão de Informação, Universidade Nova de Lisboa, 2020, pp. 18 a 24.

28 Para o desenvolvimento do estudo dos princípios norteadores do Direito Desportivo, v. Borges, P. S.: *Direito Penal Desportivo...*, *ob. cit.*, pp. 44 a 51.

29 Além desta introdução, foi recentemente divulgado pela FIFA que o Campeonato Mundial de Futebol do Catar - 2023, contará com uma nova ferramenta de análise de dados aos jogadores. O sistema foi desenvolvido pelo Departamento de Alto Desempenho da FIFA, chefiado por Arsène Wenger, Chefe de Desenvolvimento Global de Futebol da FIFA. Em comunicado Arsène Wenger teve oportunidade de expor os motivos que levaram à introdução deste sistema: "*We would like to share our vision of using football data analytics combined with technical expert interpretation to create a new football intelligence, allowed everyone to better understand the game*", acrescentando ainda que, "*Enhanced football intelligence will be our blueprint for*

inovação, implementação e certificação das novas tecnologias, criou um sistema de IA, denominado - *semi-automated offside technology* - que consiste na introdução de doze câmaras junto do terreno de jogo, com capacidade de rastrear noventa e nove movimentos corporais dos jogadores, que, coadjuvadas com a colocação de um sensor na bola, permitem identificar em poucos segundos a infração de fora de jogo[30]. O resultado obtido será imediatamente comunicado ao VAR, que passará a estar munido de todas as ferramentas para validar a decisão do árbitro, alertando-o para o erro, no caso de uma errada interpretação. A propósito deste sistema de IA, Pierluigi Collina, Presidente do Comitê de Árbitros da FIFA, afirmou que a sua introdução permitirá "decisões mais rápidas e precisas[31]" e, contribuirá para a confiança dos adeptos na competição, visto que as referidas imagens captadas por este sistema, poderão começar a ser exibidas nos ecrãs dos estádios, propiciando sentimentos de credibilidade e verdade desportiva.

Deste modo, em última análise, ao equacionarmos a substituição de algum elemento da equipa de arbitragem, apenas alcançamos como possível a substituição do árbitro assistente[32] na tomada de certas decisões específicas, tais como na análise de fora de jogo, de passagem completa da bola da linha de baliza, de falta ocorrida dentro ou fora da área de penálti. Todavia, não podemos olvidar, e aliás, assentes no defendido por Pierluigi Collina "os árbitros e os árbitros assistentes ainda são responsáveis pela decisão no campo de jogo"[33], pois a última decisão caberá sempre, e em qualquer caso, ao árbitro (humano). Por conseguinte, defendemos, pois, que as funções dos árbitros assistentes não se resumem à apreciação factual das situações *supra* descritas e que, em campo, lhes é exigida uma apreciação complementar e de coadjuvação quanto à decisão final do árbitro principal. Até, porque, na verdade, todas as decisões que afetem a verdade, seja ela apreciar situações casuísticas da vida das pessoas, seja aferir da lealdade desportiva, não podem ser tomadas por mais ninguém do que por um ser humano. A isso obrigará o princípio da dignidade do ser humano, princípio base da nossa sociedade e do nosso direito.

how we analyse football in the future." – v., Wenger, A.: *FIFA to introduce enhanced football intelligence at FIFA World Cup 2022*™, Fédération Internationale de Football Association, 2022, disponível em https://www.fifa.com/technical/football-technology/media-releases/fifa-to-introduce-enhanced-football-intelligence-at-fifa-world-cup-2022-tm, , consultado em 12/11/2022.

30 Violação da Lei do Jogo n.º 11, International Football Association Board, *ob. cit.*

31 Collina, P.: *Semi-automated offside technology to be used at FIFA World Cup 2022*™, Fédération Internationale de Football Association, 2022, disponívem em https://www.fifa.com/technical/media-releases/semi-automated-offside-technology-to-be-used-at-fifa-world-cup-2022-tm, consultado em 12/11/2022.

32 De acordo com a Lei do Jogo n.º 6, respeitam a «outros elementos da equipa de arbitragem», os dois árbitros assistentes, o quarto árbitro, os dois árbitros assistentes adicionais, o árbitro assistente de reserva, o vídeo árbitro (VAR) e pelo menos um assistente de vídeo árbitro (AVAR). Estes elementos da equipa de arbitragem assistirão o árbitro a controlar o jogo de acordo com as Leis de Jogo, mas a decisão final será sempre tomada pelo árbitro. - v. International Football Association Board: *ob. cit.*

33 Collina, P.: *Semi-automated offside technology…, loc. cit.*

III. A UTILIZAÇÃO DE IA NO DESPORTO DE ACORDO COM AS PROPOSTAS DE REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA – A RESPONSABILIDADE CIVIL.

1. A crescente atenção da União Europeia à utilização de IA.

A crescente utilização de IA nas mais diversificadas atividades veio evidenciar a sua utilidade e necessidade no seio da sociedade civil, sem que contudo, deixemos de ponderar a segurança e a credibilidade destas ferramentas compostas por algortimos. Ora, é a fiabilidade nestes sistemas que tem gerado preocupação no seio da União Europeia visto que, apesar da indiscutibilidade da relevância da sua utilização, é imperioso aferir quem responde pela prática dos danos provocados pelos sistemas de IA.

Desde 2017 que a União Europeia anunciava a concretização de um diploma que pudesse harmonizar critérios de certificação, utilização e controlo de sistemas de inteligência artificial, sendo que em 2018, foi apresentando um Plano Coordenado para a Inteligência Artificial, denominado «Inteligência Artificial para a Europa», evidenciando, no seu Considerando 59 - letra F - a necessidade urgente de "criação de um estatuto jurídico específico para os robôs autónomos mais sofisticados, para que possam ser detentores do estatuto de pessoas eletrônicas responsáveis por sanar quaisquer danos que possam causar e, eventualmente, aplicar a personalidade eletrônica a casos em que os robôs tomam decisão autônomas ou em que interagem por qualquer outro modo com terceiros de forma independente"[34].

Quanto a este ponto, Ugo Pagallo afirma que "*scholars have increasingly been debating over the last decades whether legal systems should grant personhood to robots and, generally speaking, to autonomous artificial agents*"[35], e que, "*by distinguishing between robots as proper agents in the legal arena, and robots as simple instruments of human interaction, the focus should be on the multiple ways legal systems may govern the new juridical actors. As tools of human industry, robots can be considered as subjects of clauses and conditions of contracts, sources of extra-contractual obligations, or innocent means in the hands of an individual's mens rea. Vice versa, by conceiving robots as agents in the legal field, far more complex scenarios should be taken into account*[36]".

34 Comissão Europeia: *Inteligência Artificial para a Europa*, COM (2018) 237, Bruxelas, 2018, consultável em https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SWD(2018)137&lang=pt, consultado em 27/10/2022.

35 Pagallo, U.: *The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts*, Springer, 2013, p. 152.

36 *Ibis Idem*.

Em passo contínuo e assentes no propósito de garantir os sentimentos de segurança e ccredibilidade de todos os utilizadores, em 2020, a Comissão Europeia publicou o Livro Branco, onde evidenciava a necessidade de se proceder à criação de um "ecossistema de confiança"[37] para todos os utilizadores de sistemas compostos por algoritimos, reconhecendo, desde logo, que o uso destas ferramentas não estavam isentas de falhas[38] e, que, por conseguinte, tais condutas podiam dar azo a sistuações de responsabilidade.

Todavia, a publicação deste diploma, não se afastou do caminho que já vinha sendo defendido pela União Europeia, visto que no texto do referido Livro Branco encontravamos a referência à responsabilidade do produtor, a saber: "a legislação da UE em matéria de responsabilidade pelos produtos, trata da responsabilidade dos produtores e deixa às regras nacionais em matéria de responsabilidade o papel de regular a responsabilidade de outros agentes na cadeia de abastecimento"[39] e, continuou a postumar uma resposta para os casos em que os danos são praticados em virtude da evolução automática do próprio sistema de IA, circunstância que pareceu recomendar, ainda que de forma implícita, a realização de alterações à Diretiva Responsabilidade pelos produtos defeituosos - a Diretiva 85/374/CEE do Conselho de 25 de julho de 1985[40] -, transposta para o nosso ordenamento jurídico com a publicação do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro.

Ainda no mesmo ano, a União Europeia apresentou um trabalho de investigação denominado «Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil»[41], onde voltava a apelar à "*a reform of the product liability directive (PLD) that eases the position of the claimant is advisable, since the opacity and complexity of many AI-based applications make it difficult to apportion liability among multiple potential responsible parties and to ascertaining a clear causal nexus between a given conduct and the harm suffered by the victim will become, leading to «alternative causation»*"[42] e à criação de um novo conjunto de disposições legislativas que se afastem dos regimes jurídicos atuais de responsabilidade civil, denotando a preocupação quanto ao facto das

37 Comissão Europeia: *Livro Branco sobre a inteligência artificial – Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança*, COM (2020) 65, Bruxelas, 2020, p. 3, consultável em https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1, consultado em 27/10/2022.

38 A este propósito lia-se no Livro Branco que os danos podem ser causados por falhas na conceção da tecnologia com IA, estar relacionados com problemas com a disponibilidade e a qualidade dos dados ou com outros problemas decorrentes da aprendizagem automática, v.- *Livro Branco sobre a inteligência artificial..., loc. cit*.

39 Comissão Europeia: *Livro Branco sobre a inteligência artificial..., loc. cit.*, p. 16.

40 Diretiva 85/374/CEE do Conselho, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, consultável em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31985L0374, consultado em 11/11/2022.

41 Parlamento Europeu: *Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil*, Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, PE 621.926, 2019, consultável em https://www.europeansources.info/record/artificial-intelligence-and-civil-liability/, consultado em 11/11/2022.

42 *Idem*, p. 124.

normas ordinárias de cada ordenamento jurídico poderem ser insuficientes para responder às falhas ou erros dos sistemas de IA[43].

Em fevereiro de 2020, a Comissão Europeia apresentou um Relatório sobre as implicações em matéria de segurança e de responsabilidade decorrentes da inteligência artificial, da Internet das coisas e da robótica, definindo que "o objetivo geral dos quadros jurídicos em matéria de segurança e de responsabilidade é assegurar que todos os produtos e serviços, incluindo os que integram novas tecnologias digitais, funcionam de forma segura, fiável e coerente e que os danos ocorridos são reparados de forma eficiente", ou seja, mantinha-se o propósito já reivindicado no Livro Branco, da criação de um quadro que garante confiança, credibilidade e segurança de todos os utilizadores de IA: não só no que respeita ao uso mas também quanto à reparação efetiva dos danos que possam advir em resultado da utilização dessas ferramentas.

2. A proposta de regime de responsabilidade civil aplicável à IA.

Nesta senda, em outubro daquele mesmo ano, o Parlamento Europeu apresentou uma proposta sobre o Regime de Responsabilidade Civil aplicável à Inteligência Artificial, defendendo a desnecessidade de revisão integral dos regimes de responsabilidade de cada ordenameno jurídico, mas que a complexidade, a capacidade de autoaprendizagem, a potencial autonomia dos sistemas de IA, bem como a multiplicidade de intervenientes envolvidos[44] representam, contudo, um desafio significativo para a eficácia das disposições do quadro de responsabilidade de todo os Estados-Membros. Porquanto, adiantou como possível a necessidade de se realizar ajustes específicos e coordenados aos regimes de responsabilidade para evitar situações em que as pessoas que sofrem danos ou prejuízos patrimoniais não recebam uma indemnização[45]. No mesmo diploma, o Parlamento recomendou a não limitação do tipo e extensão dos danos a indemnizar e a não limitação das formas de compensação, por conta do dano extrapatrimonial ter sido provocado por agente não humano[46], apresentando como solução à complexidade do tema, a atribuição de regime de seguros obrigatórios que englobe todos os sujeitos potenciais da cadeia de responsabilidade[47].

Ainda no mesmo diploma, e no que respeita ao regime de responsabilidade civil, o Parlamento, considerando que a questão de um regime de responsabilidade

43 *Ibis Idem.*

44 Parlamento Europeu: Considerando 6, *Regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial*, out., 2020, disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_PT.html#top , consultado em 12/11/2022.

45 *Ibis Idem.*

46 Parlamento Europeu: Considerando 19, *Regime de responsabilidade civil..., ob. cit.*

47 Parlamento Europeu: Considerando 25, *Regime de responsabilidade civil..., ob. cit.*

civil decorrente do uso de IA deve ser objeto de um amplo debate público, tendo em conta todos os interesses em jogo, especialmente os aspetos éticos, jurídicos, económicos e sociais, a fim de evitar mal-entendidos e receios injustificados que a tecnologia possa causar entre os cidadãos[48], apresentou uma proposta final de diploma, onde particulariza o âmbito de aplicação da responsabilidade do operador e o regime de responsabilidade aplicável aos diferentes tipos de IA. Assim, propôs que as regras em matéria de responsabilidade relativa ao operador[49] abrangessem todas as operações de sistemas de IA, independentemente do local onde a operação se realiza (seja física ou virtualmente), devendo o termo «operador» ser entendido como abrangendo tanto o operador de *frontend*[50] como o operador de *backend*[51] desde que este último não esteja coberto pela DRP, e, no caso de se verificar mais do que um operador, deverão ser todos solidariamente responsáveis, tendo, ao mesmo tempo, o direito de regresso entre eles[52]. Quanto ao regime de responsabilidade propôs que as regras a aplicar variassem em função do nível de risco associado à utilização do sistema de IA[53]. Por conseguinte, no que respeita à responsabilidade civil dos sistemas de IA autónomos que envolvem alto risco de uso, onde se incluí, po exemplo, a utilização de IA na justiça[54], no diploma final apresentado, o Parlamento Europeu propôs, no artigo 4.º, n.º1, que "o operador de um sistema de IA de alto risco tem a responsabilidade objetiva por quaisquer prejuízos ou danos causados por uma atividade, um dispositivo ou um processo físico ou virtual baseado nesse sistema de IA, defendendo assim o princípio *ubi commoda, ibi incommoda*, ou seja, aquele que tira as comodidades da utilização daquele sistema, há-de também responder pelos danos que advierem da sua utilização. Porém, a proposta foi mais além, impedido a verificação do *princípio casum sentit dominus*, obstando a que os operadores de sistemas de IA de alto risco se pudessem demitir de responsabilidade, alegando que agiram com a devida diligência ou que os prejuízos ou danos foram causados por uma

48 Parlamento Europeu: Considerando E, *Regime de responsabilidade civil..., ob. cit.*

49 Tornando claro, no Considerando 9, que o Regulamento funcionaria a par com a Diretiva relativa à responsabilidade decorrente dos produtos (Diretiva 85/374/CEE), que plasma as regras a aplicar contra o produtor de um sistema de IA defeituoso.

50 O operador de *frontend* deve ser definido como a pessoa singular ou coletiva que exerce um grau de controlo sobre um risco relacionado com a operação e o funcionamento do sistema de IA e beneficia desse facto. -, Parlamento Europeu: Considerando 11, *Regime de responsabilidade civil..., ob. cit.*

51 O operador de *backend* deve ser definido como a pessoasingular ou coletiva que, de forma contínua, define as características da tecnologia, fornece dados e presta serviços essenciaisde apoio de backend e, por conseguinte, exerce igualmente algum controlo sobre o risco ligado à operação e ao funcionamentodo sistema de IA. -, Parlamento Europeu: Considerando 11, *Regime de responsabilidade civil..., ob. cit.*

52 Parlamento Europeu: Considerando 13, *Regime de responsabilidade civil..., ob. cit.*

53 Parlamento Europeu: Considerando E, *Regime de responsabilidade civil..., ob. cit.*

54 Nos termos desta proposta, o Parlamento Europeu entendia que o conceito de alto risco devia ser entendido quando a sua operação autónoma envolve um risco considerável de causar danos a uma ou mais pessoas de forma aleatória e que vai além do que se pode razoavelmente esperar; considera que, ao determinar se um sistema de IA é de alto risco, o setor em que se podem esperar riscos significativos e a natureza das atividades empreendidas também devem ser tidos em conta; considera que a importância do risco depende da relação entre a gravidade dos eventuais danos, a probabilidade de o risco causar esses danos e a forma como o sistema de IA é utilizado. - Parlamento Europeu: Considerando 15, *Regime de responsabilidade civil..., ob. cit.*

atividade, um dispositivo ou um processo autónomo baseado no seu sistema de IA. Quanto a este ponto, o legislador propôs que o operador se pudesse eximir de responsabilidade apenas se os prejuízos ou danos fossem sido causados por motivos de força maior (art.º 4, n.º 3). O Parlamento propôs ainda que no futuro, o regulamento aprovado na matéria, prevalecesse sobre os regimes nacionais de responsabilidade em caso de classificação divergente da responsabilidade objetiva (art.º 4, n.º 5).

Por conseguinte, como escreve Sónia Moreira, "caso estas Recomendações do PE à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à IA tivessem sido implementadas na forma de Regulamento sobre a Responsabilidade Civil da IA, nos termos aqui expostos, um sistema de IA de apoio à decisão do juiz (ou um sistema que o substituísse) que viesse a provocar danos a um arguido ou a um demandante daria azo a responsabilidade civil nos seguintes termos: caso considerássemos o tribunal um operador de frontend do sistema e o produtor ou fornecedor do sistema, ou mesmo a entidade que procedesse às devidas revisões e controlasse os devidos registos, etc. operadores de backend, todos responderiam solidariamente perante o lesado, discutindo a posteriori, o respectivo direito de regresso conforme quem detivesse o controlo do risco que estivesse em causa. Isto é o mesmo que dizer, que, potencialmente, estaríamos perante uma responsabilidade objectiva do Estado por actos de gestão pública"[55].

No que tange aos outros sistemas de IA (cuja utilização não acarretasse elevado nível de risco), onde nos parece que se inserem os sistemas de IA utilizados no desporto, o Parlamento Europeu propôs no artigo 8.º, n.º1, que o operador esteja sujeito ao regime de responsabilidade civil subjetiva, isto é, impondo a necessidade de se aferir, casuísticamente, a responsabilidade culposa pelos prejuízos ou danos causados por uma atividade, um dispositivo ou um processo físico ou virtual baseado no sistema de IA. O n.º 2 do mesmo preceito legal da proposta, estipulava que o operador pudesse afastar a responsabilidade, caso fizesse prova de que os danos foram causados sem culpa da sua parte, baseando-se num dos seguintes motivos: o sistema de IA foi ativado sem o seu conhecimento, embora tenham sido tomadas todas as medidas razoáveis e necessárias para evitar essa ativação fora do controlo do operador; ou que foi observada a devida diligência através da execução das seguintes ações: seleção de um sistema de IA adequado para as tarefas e capacidades em causa, correta colocação em operação do sistema de IA, controlo das atividades e manutenção da fiabilidade da operação, graças à instalação regular de todas as atualizações disponíveis. Quanto à possibilidade dos danos terem sido causados por intervenção de um terceiro, o Parlamento Europeu

55 Moreira, S.: "Liberdade e Tecnologia: A Proposta de Regulamento sobre Inteligência Artificial da UE", *in Direito na Lusofonia. A liberdade e seus limites em Estados Democráticos*, *in* Aa. Vv., Clovis Demarchi, Flávia Noversa Loureiro, Nestor Eduardo Araruna Santiago (coords), 2022, (*no prelo*).

propôs que o produtor fosse responsabilizado pelo pagamento da indmnização, no caso do terceiro não ser localizável ou carecer de recursos financeiros (art.º 8.º, n.º3).

3. A proposta de regulamento de IA.

Assim, nesta incessante proclamação normativa, em 21 de abril de 2021, a Comissão Europeia apresentou a "tão aguardada"[56] proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, onde criou as regras uniformizadoras em matéria de inteligência artificial. Logo na exposição dos motivos da proposta, é claro o "objetivo da União em estar na vanguarda mundial do desenvolvimento de uma inteligência artificial que seja segura, ética e de confiança"[57], evidenciando, contudo, que essa evolução nunca poderá colidir com os Direitos Fundamentais. Foi nesta esteira que a proposta veio apresentar normas harmonizadoras com vista a garantir que os sistemas de IA colocados no mercado da União e utilizados sejam seguros e respeitem a legislação em vigor em matéria de direitos fundamentais e valores da União; a garantir a segurança jurídica para facilitar os investimentos e a inovação no domínio da IA; a melhorar a governação e a aplicação efetiva da legislação em vigor em matéria de direitos fundamentais e dos requisitos de segurança aplicáveis aos sistemas de IA; e a facilitar o desenvolvimento de um mercado único para as aplicações de IA legítimas, seguras e de confiança e evitar a fragmentação do mercado[58].

Num primeiro contacto com o diploma, a primeira observação a reter é a forma como este está arquitetado, isto porque a estrutura organizativa elegida no diploma denota a preocupação que a União Europeia vem assumindo ao longo dos anos com a exponente utilização de IA. Assim, essa postura prudente levou a que fosse tipificada de acordo com uma hierarquização de riscos em função do setor em que a IA é utilizada e nessa medida, para acautelar devidamente todas as áreas, o legislador optou por tipificar três níveis de risco, a saber: sistemas de risco elevado, sistemas de alto risco e sistemas de baixo risco[59].

No que respeita à utilização de ferramentas de IA no sistema judiciário, a proposta define-os como sistemas de alto risco[60] quando forem utilizados na

56 Conforme escreve Vera Lúcia Raposo, a proposta era há muito aguardada por quem criou um negócio com base na tecnologia de IA, - v. Raposo, Vera Lúcia: "Proposta de Regulamento sobre Inteligência Artificial: The devil is in the details", Privacy and Data Protection Magazine, Revista Científica na Área Jurídica, n.º 003, Universidade Europeia, 2021, p. 11.

57 Comissão Europeia: *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu..., ob. cit.*

58 Comissão Europeia: Considerando 2.1, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu..., ob. cit.*

59 A propósito da hierarquização dos riscos inerentes à utilização de sistemas de IA, v. Gellert, R.: *The risk-based approach to data protection*, Oxford University Press, 2020, pp. 26 e ss.

60 Em resultado da própria hierarquização do risco, o legislador definiu critérios específicos para cada tipo de sistema de IA de alto risco, e, no caso concreto de sistemas utilizados no sistema judiciário, foram definidas regras de controlo ainda mais exigentes. Assim, no Título III da proposta, designadamente nos arts. 7.º ao

tomada de decisões com vista a prevenir, investigar, detetar ou processar uma infração penal ou adotar outras medidas com impacto na liberdade pessoal de um indivíduo[61]. Por outro lado, estes sistemas são apenas admitidos como ferramentas de auxílio ao julgador e não como substitutos do poder decisório do juiz. Acontece que, face à definição de sistemas de alto risco de IA que o legislador apresenta na proposta, bem como às finalidades subjacentes a cada uma das decisões, não nos parece correto fazer uma analogia *per si* para os sistemas de IA usados no desporto, pois, pese embora o juiz desportivo seja também um julgador, uma vez que lhe é exigido prevenir, deterar ou processar infrações, estas não são dirimidas na órbita penal, nem a sua decisão, à final, terá um impacto na liberdade pessoal do indíviduo.

4. A proposta de diretiva relativa à responsabilidade civil da IA.

Mais recentemente e nesta esteira de procurar que os regimes de responsabilidade civil acautelem devidamente a produção de danos derivados da utilização de sistemas de IA, a Comissão Europeia, em setembro do corrente ano, apresentou uma proposta de Diretiva sobre a adaptação das regras de Responsabilidade Civil Extracontratual à IA, denominado-a de Diretiva relativa à Responsabilidade Civil da IA[62], que toma partido pela aplicação da responsabilidade civil subjetiva, prevendo situações que facilitem o ónus da prova ao lesado[63].

Acontece, porém que esta proposta levanta a questão já *supra* identificada de que, se aplicarmos as regras da responsabilidade civil extracontratual, o ónus da prova caberá ao lesado, isto é, caberá a este fazer prova de que existe um comportamento (ação ou omissão) negligente ou intencional prejudicial por parte da pessoa potencialmente responsável pela produção desse dano, bem como uma ligação causal entre essa falha e os danos relevantes, ou seja, a verificação de todos os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva de que depende a

12.º, estão tipificados os pressupostos indispensáveis para o seu funcionamento. Nos arts. 13.º a 19.º, estão concretizadas as obrigações dos fornecedores, utilizadores, importadores, distribuidores e utilizadores de sistemas IA de alto risco. Nos artigos seguintes do Título III, vem ainda regulado o controlo destes sistemas, prevendo-se, nomeadamente, a emissão de um Certificado de Conformidade da União Europeia, previsto nos arts. 40.º a 51.º, e o registo obrigatório do sistema de IA numa base de dados, previsto nos arts. 40.º e 52.º daquela proposta.

61 Comissão Europeia: Considerando 38 e 40, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu*..., *ob. cit.*

62 Comissão Europeia: *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adaptação das regras de responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial (Diretiva Responsabilidade da IA),* Bruxelas, 2022, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496&qid=1665770433787&from=PT, consultado em 27/11/2022.

63 Nos termos daquela proposta, a Diretiva seria aplicada, conjuntamente, com a Diretiva 85/374/CEE - Diretiva relativa à responsabilidade decorrente dos produtos -, ou seja, mantendo quanto a esta parte, o mesmo pressuposto da proposta de Regime de Responsabilidade Civil aplicável à Inteligência Artificial, publicado em 2020. A este propósito diga-se que também foi apresentada uma proposta de alteração à Diretiva 85/374/CEE. – v. Comissão Europeia: *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa Diretiva relativa à responsabilidade decorrente dos produtos,* Bruxelas, 2022, disponível em https://single-market-economy.ec.europa.eu/document/3193da9a-cecb-44ad-9a9c-7b6b23220bcd_en, consultado em 25/10/2022.

transferência do dano de quem o sofreu para quem o causou (verificando-se, assum, uma exceção ao princípio *Casum Sentit Dominus*[64]). Acontece que, no caso concreto de ações ou omissões perpetuadas com o uso da IA, existem determinadas características específicas de certos sistemas de IA, tais como opacidade, comportamento autónomo e complexidade, que podem dificultar o ónus probatório do lesado, e, por conseguinte, estas fragilidades no regime jurídico atual poderão contribuir para um nível mais baixo de aceitação social da IA e falta de confiança em produtos e serviços por esta operada[65]. Portanto, a Diretiva relativa à Responsabilidade Civil da IA visará garantir que as vítimas de danos causados com o envolvimento de IA terão o mesmo tipo de compensação que as vítimas de danos causados por outras tecnologias[66].

Nessa medida, e apesar de reconhecer insuficiência por parte dos Estados-Membros para a sua operacionalidade, a referida proposta de Diretiva apresenta como principal objetivo contribuir para o bom funcionamento do mercado interno através da harmonização de certas regras nacionais de responsabilidade baseadas em danos extracontratuais, de modo a garantir que as pessoas que reclamam uma indemnização por danos causados por um sistema de IA, gozem de um nível de proteção equivalente aos restantes casos[67], sem prejuízo de permitir que se apliquem as regras de cada Estado-Membro, caso estas sejam mais favoráveis ao Lesado (considerando 11). Assim sendo, com vista ao cumprimento deste propósito, a proposta de Diretiva define regras quanto ao acesso e conservação da prova (artigo 3.º), sendo certo, porém, que a proteção conferida ao lesado encontra um acervo superior quando apresença presunções a favor do lesado, e que vêm facilitar o seu ónus porbatório. Assim, no artigo 4.º da referida proposta, o legislador estabelece que, em caso de verificação dos requisitos previstos nas alíneas a); b) e c)[68] daquele preceito legal, os tribunais nacionais presumirão: para efeitos de aplicação de regras de responsabilidade a um pedido de indemnização, o nexo de causalidade entre a culpa do réu e a produção dos danos originados pelo sistema de IA, ou seja, haverá presunção, desde que: a) o demandante tenha demonstrado ou o tribunal presumido, nos termos do artigo 3.º, n.º 5 da Diretiva, a existência de culpa do demandado, ou de uma pessoa por cujo comportamento o demandado é responsável, consistindo tal no incumprimento de um dever de diligência previsto no direito da União ou no direito nacional diretamente destinado

64 Para o desenvolvimento destas matérias, v. - Hörster, H. E., Silva, E. S.: *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 77 e 78.

65 Comissão Europeia: Considerando 4, *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho*, *ob. cit.*

66 Comissão Europeia: Considerando 5, 2.ª parte, *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho*, *ob. cit.*

67 Comissão Europeia: Considerando 7, *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho*, *ob. cit.*

68 Definindo, todavia, outros requisitos em função da tipologia do risco associado à atividade, porquanto, a referida Proposta de Diretiva tem em consideração as regras uniformizadoras apresentadas pela Proposta de Regulamento de Inteligência Artificial, seguindo a mesma linha de exigência em função da categorização do risco associada ao uso do sistema de IA.

a proteger contra o dano ocorrido; (b) possa considerar-se que é razoavelmente provável, com base nas circunstâncias do caso, que o facto culposo influenciou o resultado produzido pelo sistema de IA ou a incapacidade do sistema de IA de produzir um resultado; (c) O demandante tenha demonstrado que o resultado produzido pelo sistema de IA ou a incapacidade do sistema de IA de produzir um resultado deu origem ao dano[69].

Nos n.ºs 2.º e 3.º do art. 4.º da referida proposta de Diretiva, a Comissão Europeia particulariza as ações que podem ser intentadas em virtude de um dano produzido por um sistema de IA de alto risco, designdamente dos danos que podem ser produzidos em virtude do uso de um sistema de IA na justiça. No n.º 2 do referido preceito legal dedica-se às ações de responsabilidade civil propostas contra um fornecedor de sistemas de IA de alto risco, propondo que, a culpa prevista na al. a), do n.º 1, do art. 4.º - incumprimento de um dever de diligência - só seja dada como verificada, caso o demandante tenha demonstrado que o demandado não cumpriu algum dos requisitos indispensáveis ao funcionamento do sistema de IA, que se encontram previstos nos artigos 9.º a 16.º da proposta de Regulamento de Inteligência Artificial. Do mesmo modo, o n.º 3 do art. 4.º da proposta em análise, estuda as ações de responsabilidade propostas contra um utilizador de um sistema de IA de risco elevado, propondo que o demandante tenha de provar que o utilizador não cumpriu as suas obrigações de utilizar ou controlar o sistema de IA de acordo com as instruções de utilização, ou não suspender ou interrompeu a sua utilização nos termos do art. 29.º da proposta de Regulamento de Inteligência Artificial ou que, todavia, tenha exposto o sistema de IA a dados de entrada sob o seu controlo que não eram necessários, tendo em conta a finalidade do sistema, nos termos do artigo 29.º, n.º 3, da proposta de Regulamento da IA.

Quanto às ações de responsabilidade civil que possam ser intentadas em virtude da produção de um dano criado por outro sistema de IA de risco não elevado, como é o caso do uso da IA no desporto, no n.º 5 do art. 4.º, a Comissão Europeia propõe que a presunção estabelecida no n.º 1 só seja aplicável se o tribunal nacional considerar que é excessivamente difícil para o demandante provar o nexo de causalidade[70].

Entendemos pois que esta proposta de Diretiva relativa à Responsabilidade Civil da IA, denota especial cuidado e atenção às especificidades que a utilização de IA representa na sociedade civil, salvaguradando assim o lesado quanto à dificuldade da produção de prova. Porquanto, defendemos assim que as presunções propostas pelo legislador (ainda que ilidíveis), poderão representar um marco importante

69 Comissão Europeia: Artigo 3.º, *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho...*

70 Para o desenvolvimento destas matérias, veja-se Moreira, S., "Liberdade e Tecnologia...., *ob. cit.*

para a continuidade da crença num "ecossistema de confiança"[71] para todos os utilizadores de sistemas compostos por algoritimos.

IV. BREVES REFLEXÕES CONCLUSIVAS.

Pese embora não nos seja possível aferir nesta fase um juízo valoritvo seguro quanto à categorização do risco associado à utilização de sistemas de IA no desporto, impossiblidade essa alicerçada no facto das últimas referências normativas estudadas – proposta de Regulamento da Inteligência Artificial (2021) e proposta de Diretiva sobre a adaptação das regras de Responsabilidade Civil Extracontratual à IA (2022) - versarem sobre duas propostas de regulamentação e não sobre diplomas regulamentares concretizados, o que evidencia a discussão atual que se vive no seio da União Europeia quanto a estas matérias, parece-nos que de acordo com os conceitos até ao presente adiantados, se possa considerar que o uso de sistemas de algoritmos no desporto acarreta um risco mínimo associado, e que, por conseguinte, se equacione a sua inserção no catálogo de sistemas de IA de baixo risco.

Apesar da analogia evidente entre a natureza da atividade de um juiz de Direito com a de um Juiz Desportivo, uma vez que de ambos é exigida a apreciação de um caso concreto e a sua aferição de acordo com as regras estabelecidas, isto é - a atividade desempenhada por ambos assenta numa tomada de posição -, reconhece-se que a decisão tomada por um juiz de Direito interfe de forma imediata com os direitos, liberdades e garantias do cidadão e que, em última rácio, a sua substituição por um sistema de algortimos possa colocar em crise o princípio da dignidade humana. Nessa medida, no que respeita à análise do risco associado à utilização de sistemas de IA nas duas situações, não podemos deixar de entender que o uso de IA na justiça apresenta um nível mais elevado de risco em produzir um maior número de danos ou prejuízos ao cidadão (sem deixar de considerar a dimensão e tipologia de dano).

Assim sendo, entendemos que à utilização de sistemas de IA na justiça, deve caber um regime de responsabilidade mais protetor para o lesado, entendimento que aliás encontra amparo na recente proposta de Diretiva sobre a adaptação das regras de Responsabilidade Civil Extracontratual à IA apresentada pela Comissão Europeia, que tem em consideração os diferentes níveis de risco associados à finalidade do sistema, a dificuldade do lesado na produção de prova e que permite, ainda, no caso dos regimes nacionais de cada Estado-Membro serem mais favoráveis ao lesado, que se possa socorrer dessas normas ordinárias nacionais.

71 Comissão Europeia: *Livro Branco sobre a inteligência artificial, ob. cit.*

Em abono da verdade, não podemos deixar de aplaudir a preocupação vivida no seio da União Europeia face às matérias associadas ao uso da IA nas mais variadas atividades, visto que, de forma constante e atenta tem proposto alterações significativas nos regimes, com vista à manutenção de um ambiente digital seguro e credível, propondo que antecipadamente sejam criadas regras harmonizadas para todos os Estados-Membros, impedindo assim, que cada país apresente o regime que mais lhes aprouver. Todavia, não podemos deixar de concluir que a velocidade descontrolada com que a IA se desenvolve, impõem a passo largo que deixemos de apreciar as propostas e passemos, definitivimanete, a estudar o tão desejado Regulamento.

BIBLIOGRAFIA

Barbosa, N.: "O estatuto jurídico do árbitro no direito português", in Aa. Vv.: *Direito do Desporto Profissional, Contributos de um curso de Pós-Graduação*, (R. Costa e J.L. Amado coord.) col. n.º 6, Almedina, 2011, p. 51.

Borges, P. S.: *Direito Penal Desportivo: o árbitro de futebol e a corrupção desportiva*, NovaCausa Edições Jurídicas, 2021, p. 56.

Borges, P. S. / Moreira, S.: "Artificial Intelligence and jurisdictional decisions: is the Robot-Judge imminent?", *Law and Society Association*, UNSW Law Journal, vol.41, 2022., p. 11.

Borges, P. S.: "A esquecida profissionalização do árbitro desportivo: 2011 não foi ontem", *in UMdicas - Desporto, Informação, Cultura e Acção Social na Universidade do Minho Departamento de Desporto e Cultura*, 2022, disponível em https://www.dicas.sas.uminho.pt/noticias/academia/2022/07/a-esquecida-profissionalizacao-do-arbitro-desportivo-2011-nao-foi-ontem, consultado em 26/11/2022.

Collina, P.: *Semi-automated offside technology to be used at FIFA World Cup 2022™,* Fédération Internationale de Football Association, 2022, disponívem em https://www.fifa.com/technical/media-releases/semi-automated-offside-technology-to-be-used-at-fifa-world-cup-2022-tm, consultado em 12/11/2022.

Comissão Europeia: *Inteligência Artificial para a Europa*, COM (2018) 237, Bruxelas, 2018, consultável em https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SWD(2018)137&lang=pt, consultado em 27/10/2022.

Comissão Europeia: *Livro Branco sobre a inteligência artificial – Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança*, COM (2020) 65, Bruxelas, 2020, consultável em https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1, consultado em 27/10/2022.

Comissão Europeia: *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que Estabelece Regras Harmonizadas em Matéria de Inteligência Artificial (Regulamento Inteligência Artificial)* e

altera determinados atos legislativos da união, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206, consultado em 27/10/2022.

Comissão Europeia: *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adaptação das regras de responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial (Diretiva Responsabilidade da IA),* Bruxelas,

2022, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496&qid=1665770433787&from=PT, consultado em 27/11/2022.

Comissão Europeia: *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa Diretiva relativa à responsabilidade decorrente dos produtos,* Bruxelas, 2022, disponível em https://single-market-economy.ec.europa.eu/document/3193da9a-cecb-44ad-9a9c-7b6b23220bcd_en, consultado em 25/10/2022.

Diário da República, *Árbitros e Entidades Equiparadas Avaliação da Atividade e Eventual "Profissionalização"*, Relatório do Grupo de Trabalho, 23/09/2011, p.8.

Dino de Sousa, V.: "O problema do algorithmic bias (viés algorítmico) no auxílio aos juízes de Direito pela inteligência artificial"*, JusBrasil*, 2020, disponível em ttps://viniciusdino123.jusbrasil.com.br/artigos/825348884/o-problema-do-algorithmic-bias-vies-algoritmico-no-auxilio-aos-juizes-de-direito-pela-inteligencia-artificial, consultado em 12/10/2022.

Froomkin, M.: *Robot Law, in* Aa. Vv., Ryan Calo, A. Michael Froomkin, Laurie Silvers e Mitchell Rubenstein (coords), Edward Elgar, 2016, p. xi.

Gellert, R.: *The risk-based approach to data protection*, Oxford University Press, 2020, pp. 26 e ss.

Gottschalk, C., Tewes, S. e Niestroj, B.: "The Innovation of Refereeing in Football through AI", *in International Journal of Innovation and Economic Development*, vol. 6, issue 2, 2020, p. 40, disponível para consulta em https://www.dfl.de/en/innovation/xgoals-changing-how-we-evaluate-goalscoring-chances/, (consultado em 21/06/2021).

Hallevy, G.: "The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities", *From Science Fiction to Legal Social Control Akron Intellectual Property Journal*, 2016, p. 175.

Hörster, H. E., Silva, E. S.: *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 77 e 78.

Hubbard, F. P.: *Robot Law, in* Aa. Vv., Ryan Calo, A. Michael Froomkin, Laurie Silvers e Mitchell Rubenstein (coords), Edward Elgar, 2016, pp. xi. p. 59.

International Football Association Board: *Leis do Jogo*, disponível para consulta em https://www.theifab.com/, consultado em 21/10/2022.

Jusdecisum: *Inteligência Artificial: já está sendo desenvolvido o primeiro "juiz robô" do mundo*, disponível em https://jusdecisum.jusbrasil.com.br/noticias/694911278/

inteligencia-artificial-ja-esta-sendo-desenvolvido-o-primeiro-juiz-robo-do-mundo?ref=amp, consultado em 12/09/2022.

Mandim, D.: "A Inteligência Artificial ao serviço da Justiça. Pode haver um juiz-robô?", *in Diário de Notícias*, disponível em https://www.dn.pt/pais/a-inteligencia-artificial-ao-servico-da-justica-pode-haver-um-juiz-robo--11408704.html, consultado em 01/09/2022.

Moreira, S.: "Considerações sobre Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil: o Caso dos Veículos Autónomos", in Aa. Vv., Maria Miguel Carvalho (coord.), E.Tec Yearbook Artifcial Intelligence & Robots, JusGov - Research Centre for Justice and Governance School of Law - University of Minho, 2020, pp. 60.

Moreira, S.: "Liberdade e Tecnologia: A Proposta de Regulamento sobre Inteligência Artificial da UE", in *Direito na Lusofonia. A liberdade e seus limites em Estados Democráticos*, in Aa. Vv., Clovis Demarchi, Flávia Noversa Loureiro, Nestor Eduardo Araruna Santiago (coords.), 2022, (*no prelo*).

Pagallo, U.: *The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts*, Springer, 2013, p. 152.

Palmeiro, N.: *Referencial para a utilização de técnicas de inteligência artificial no futebol,* Dissertação de Mestrado em Gestão de Informação, Universidade Nova de Lisboa, 2020, pp. 18 a 24.

Parlamento Europeu: *Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil*, Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, PE 621.926, 2019, consultável em https://www.europeansources.info/record/artificial-intelligence-and-civil-liability/, consultado em 11/11/2022.

Parlamento Europeu: *Regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial*, out., 2020, disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_PT.html#top , consultado em 12/11/2022.

Raposo, Vera Lúcia: "Proposta de Regulamento sobre Inteligência Artificial: The devil is in the details", *Privacy and Data Protection Magazine, Revista Científica na Área Jurídica*, n.º 003, Universidade Europeia, 2021, p. 11.

Real, F. C.: *Enciclopédia de Direito do Desporto*, in Aa. Vv., Alexandre Miguel Mestre (coord.), 1.ª ed., Gestlegal, 2019, p. 31.

Wenger, A.: *FIFA to introduce enhanced football intelligence at FIFA World Cup 2022™*, Fédération Internationale de Football Association, 2022, disponívem em https://www.fifa.com/technical/football-technology/media-releases/fifa-to-

introduce-enhanced-football-intelligence-at-fifa-world-cup-2022-tm, , consultado em 12/11/2022.

LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL DE LOS NFTS DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA

THE CONTRACTUAL AND NON-CONTRACTUAL LIABILITY OF NFTS FROM THE EUROPEAN PERSPECTIVE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1198-1217

Carlos
DOMÍNGUEZ
PADILLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: El objeto del presente trabajo es delimitar la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual que abarca el mundo de los Non Fungible Tokens (NFTs) y su comercialización en base a la interpretación de la norma vigente europea y española además de las nuevas propuestas de normativa. La principal característica de los tokens no fungibles, en el contexto tecnológico es que es un token de carácter único frente a otros. Los NFTs pueden representar cualquier bien, servicio o derecho, como certificado de autenticidad y originalidad de lo que representa, por tanto, se intercambia un valor en la red entre partes de forma segura y con plena trazabilidad, además, custodiado y comercializado gracias a las tecnologías de registro distribuido (DLT) y los Smart Contracts para la ejecución de las mismas. Es necesario tener en cuenta las obligaciones y los requisitos legales que pueden verse afectados según la configuración del token en sí, la plataforma de negociación o el bien o servicio subyacente que el token pretende representar.

PALABRAS CLAVE: NFTs; comercio electrónico; responsabilidad contractual; responsabilidad extracontractual; plataformas de comercialización.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to delimit both contractual and non-contractual civil liability that covers the world of Non Fungible Tokens (NFTs) and their commercialization based on the interpretation of the current European and Spanish regulations as well as the new regulatory proposals. The main characteristic of non-fungible tokens, in the technological context, is that it is a unique token compared to others. NFTs can represent any property, service or right, as a certificate of authenticity and originality of what it represents, therefore, a value is exchanged on the network between parties safely and with full traceability, in addition, guarded and marketed thanks to the distributed ledger technologies (DLT) and Smart Contracts for their execution. It is necessary to take into account legal obligations and requirements that may be affected depending on the configuration of the token itself, the trading platform or the underlying property or service that the token is intended to represent.*

KEY WORDS: *NFTs; electronic commerce; contractual responsibility; tort liability; marketing platforms.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. - II. CARACTERÍSTICAS DE LOS NFTS. - III. VENTAJAS DE USO EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO. - IV. CASOS DE USO Y SECTORES DE APLICACIÓN. - V. NATURALEZA JURÍDICA. - VI. PROBLEMAS JURÍDICOS ASOCIADOS A LOS NFTS. - VII. ASPECTOS LEGALES. - VIII. LEY APLICABLE PARA LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL. - IX. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN.

Estamos asistiendo a un momento histórico: la tokenización de la economía. Un acontecimiento que muchos denominan como la Web3 que inició su desarrollo tras la crisis financiera de 2008, el año que Bitcoin vio la luz con el Whitepaper de Satoshi Nakamoto.

En 2009 surgió un nuevo protocolo de código abierto que sobre una nueva infraestructura tecnológica descentralizada denominada Blockchain, posibilitó llevar a cabo una transacción entre pares con plena confianza y sin necesidad de intermediarios, de forma segura y con plena trazabilidad. Este nuevo protocolo se compone de distintos elementos tecnológicos como la criptografía asimétrica y protocolos de gobernanza para el consenso y la validación de transacciones.

La tecnología Blockchain ha ido evolucionando de forma progresiva y ha permitido la creación de distintos modelos de negocios. Se han desarrollado otros protocolos como Ethereum sobre los que se ha permitido desplegar Smart Contracts. Cualquier contenido digital se puede tokenizar gracias a Blockchain y los Smart Contracts.

Esta tokenización consiste en representar un derecho; personal o real sobre un bien tangible o intangible en un registro distribuido privado a efectos legales de forma pública o semipública que se materializa mediante una anotación contable unitaria llamada token y que está ligado a una Blockchain o un wallet, que permite poseer y transferir dicho token. Los tokens pueden diferenciarse entre tokens fungibles y tokens no fungibles.

En este contexto, ha surgido el fenómeno de los denominados Non Fungible Tokens (NFTs), como su nombre indica, son de carácter único frente a otros tokens. Los NFTs tienen una relación estrecha con las criptomonedas, aunque son opuestos, ya que un Bitcoin es un bien fungible[1].

1 Karim, S. et al.: "Examining the interrelatedness of NFTs, DeFi tokens and cryptocurrencies" *Finance Research Letters*, 2022, p. 102696. Disponible en: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1544612322000253 (Última consulta el 4 de noviembre de 2022).

• Carlos Domínguez Padilla
Doctorando Universidad Pablo de Olavide
carlosdom4799@gmail.com

Aunque el primer NFT se creó en 2017, la popularidad de estos activos digitales ha llevado a que las ventas superen los 17 mil millones de euros en 2021 (un 21,000% más que los 82 millones del año anterior)[2].

Actualmente, cualquier trabajo u obra de arte digital puede convertirse en un NFT o incluso en un activo físico representado en alguna forma digital. De esta manera, se han convertido en NFTs, álbumes de música, videos virales, eventos deportivos, tweets y arte digital.

II. CARACTERÍSTICAS DE LOS NFTS.

Lo que hace que los NFT sean especiales y únicos es su prueba de autenticidad. Estrictamente hablando, cada NFT es único y tiene una copia de seguridad digital para probarlo, a diferencia de cualquier archivo de imagen, video o audio que cualquier persona puede copiar, enviar y descargar a través de Internet.

Se trata de activos digitales únicos, no modificables y no intercambiables por otros iguales del mismo valor, que adquieren los beneficios de la tecnología Blockchain, combinada con los contratos inteligentes que permiten a partir de los metadatos generar comprobantes de autenticidad, de autoría, de valor y de las transacciones que el activo ha tenido desde su creación, incluyendo factores como el precio, las transacciones que se hayan realizado o su autor, donde además se le pueden otorgar royalties al artista por cada venta futura de su token. A la vez que se genera un NFT se crea una certificación de autoría y autenticidad; cuando se vende, de propiedad[3].

Los NFTs están evolucionando hacia los dNFTs o Dynamics Non Fungible Tokens, que crean un nuevo tipo de activo sobre la misma cadena de bloques que puede alterar las propiedades con el transcurso del tiempo, donde las acciones de sus titulares se acumulan en su historial; pudiendo adquirir nuevas propiedades en función de la programación inicial subyacente en ellos, los NFTs dejan de ser valores estáticos e inamovibles[4].

Ethereum permite a través del estándar ERC- 4907 una característica para añadir roles de "usuario" y "propietario" a los NFTs, para el alquiler y préstamo de NFTs, relacionados principalmente con videojuegos y metaversos.

2 elEconomista.es: "El volumen de ventas de NFT aumentó un 21.000% en 2021, hasta superar los 17.000 millones de dólares". 2022. Disponible en: https://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/11659832/03/22/El-volumen-de-ventas-de-NFT-aumento-un-21000-en-2021-hasta-superar-los-17000-millones-de-dolares.html (Última consulta el 4 de noviembre de 2022).

3 WANG, Q., et al.: "Non-fungible token (NFT): Overview, evaluation, opportunities and challenges", *arXiv*, preprint arXiv:2105.07447, 2021

4 decrypt.com.: "What are Dynamic NFTs? The 'Living' Tokens That Change Over Time", 2022. Disponible en: https://decrypt.co/resources/what-are-dynamic-nfts-the-living-tokens-that-change-over-time (Última consulta el 5 de noviembre de 2022).

Algunos ejemplos de plataformas de comercio de NFTs pueden ser OpenSea[5], Rarible, Binance o Nifty Gateaway.

III. VENTAJAS DE USO EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO.

Para comprender las ventajas que ofrecen los NFTs, se debe profundizar en la realidad social y los beneficios inherentes de las tecnologías de registro descentralizado antes mencionadas. Los NFTs permiten el intercambio digital y la comercialización de cualquier tipo de bienes o servicios[6].

Ahora bien, a pesar que los NFTs se basan en las características de la tecnología blockchain y se benefician de ella, tienen sus propias ventajas, como pueden ser:

Escasez digital. La escasez digital es difícil de lograr en Internet. Este ha sido un problema durante algún tiempo, principalmente para autores de obras y contenidos susceptibles de protección de propiedad intelectual. En este sentido, los NFTs y su tecnología blockchain subyacente permiten la representación de objetos digitales y reales de forma única y exclusiva, lo que permite a su vez la creación de activos únicos o exclusivos que poseen características únicas debido a su escasez percibida dándole así un gran valor.

Inmutabilidad. La inmutabilidad brinda seguridad para las compraventas de NFTs y, debido a esta propiedad, puede constituirse como prueba para certificar la titularidad del NFT

Usos ilimitados. Las aplicaciones prácticas de un NFT son virtualmente ilimitadas.

Plataformas descentralizadas. Esto elimina en gran medida la necesidad de intermediarios y permite transacciones entre pares sin intermediarios.

Bajo coste. Los costes de creación, administración, intercambio, compraventa y demás, pueden cubrirse de forma más eficiente y más económica para los usuarios.

IV. CASOS DE USO Y SECTORES DE APLICACIÓN.

Los NFTs pueden usarse en cualquier mercado o sector que permita el intercambio o la compra de bienes que estén asociados a un activo digital. Ese activo digital puede ser desde una imagen digital, un personaje de un

5 https://opensea.io/es

6 Ante, L.: "Non-fungible token (NFT) markets on the Ethereum blockchain: temporal development, cointegration and interrelations", *Economycs of Innovation and New Technology*, 2022, p. 1-19.

videojuego, una canción o un documento electrónico. Habitualmente, los NFTs se comercializan o se intercambian en plataformas (marketplaces) que están diseñadas específicamente para la comercialización de estos tokens. Dentro de las más utilizadas pueden encontrarse: opensea.io o nonfungible.com. Algunos de los usos más relevantes son[7]:

Arte Digital. La principal especialización de estas plataformas de comercio de NFTs es la venta de obras de arte digitales (imágenes, animaciones de vídeo o música). Estas operaciones van desde operaciones de pequeño a gran volumen. La venta récord fue la venta de la obra del diseñador gráfico Mike Winkelmann, por un total de 69 millones de dólares.

Elementos coleccionables. Como cartas digitales, personajes o diferentes elementos digitales. Dentro de estos elementos coleccionables, la industria del gaming ha tenido un gran impacto y cada vez más actores de la industria del videojuego se están interesando e invirtiendo en proyectos basados en NTFs.

En este sentido, una de las mayores plataformas es nbatopshot.com, que ha creado un gran mercado donde los usuarios pueden adquirir (por ejemplo, utilizando sobres, simulando una colección normal de cromos físicos) diversas jugadas de jugadores y jugadoras de la NBA y la WNBA.

Metaverso. Los NFTs permiten el desarrollo de una nueva economía digital en una plataforma virtual. En el caso de metaversos como Decentraland o The Sandbox, los NFTs garantizan a inversores o adquirentes la propiedad de lo adquirido, ya sean construcciones, bienes raíces o terrenos digitales. Por tanto, se pueden generar mundos virtuales paralelos y gemelos al mundo físico incluyendo los modelos de negocios. Los NFTs no solo permiten crear el contenido en las plataformas, sino que también permiten a sus emisores y usuarios monetizar dicho contenido mediante la creación de nuevas aplicaciones.

Sector financiero. Uno de los casos de uso más complejos es la vinculación de un NFT con un objeto de la vida real. Aunque parte de esta casuística tiene relación con la vinculación de los NFT con derechos como la propiedad intelectual, este uso consiste en que la posesión del NFT conlleva la posesión de un elemento físico como podría ser también un inmueble.

Los NFTs en el sector inmobiliario funcionan como cualquier otro token no fungible. En este sentido, las inversiones mantenidas a través de tokens de propiedad fraccionada son una parte o fragmento de un proyecto inmobiliario, no un elemento real o virtual. Estos NFT prometen proporcionar registros de

7 ECIJA: *Memento Derecho de las Nuevas Tecnologías*, Lefebvre, Madrid, 2022.

propiedad seguros y fáciles de rastrear para una amplia gama de inversiones inmobiliarias. Estos incluyen la compra y venta de bienes raíces en el mundo virtual y se están convirtiendo en la frontera de la inversión. Estos activos pueden proporcionar una forma más fácil de transferir la propiedad de inversiones inmobiliarias o piezas de bienes raíces virtuales.

Estos activos pueden transformar los mercados de crédito y los valores financieros, especialmente en el sector bancario, proporcionando operaciones más transparentes de menor riesgo que ofrezcan mayores garantías, reduciendo el número de intermediarios, el tiempo y los costes.

Fan Tokens. Una unión muy interesante de gran parte de estos usos es el de los Fan Tokens. Los Fan Token son tokens fungibles que pueden ser comprados o intercambiados por los NFTS con el fin de incentivar el uso y movimiento en una determinada comunidad, como puede ser un club de fútbol.

Un Fan Token es un activo digital basado en tecnología blockchain que otorga a su titular diferentes ventajas asociadas al emisor de dicho Fan Token. Si tomamos como emisor del Fan Token a un club deportivo, el poseedor de dicho fan token puede tener capacidad de decisión en determinadas cuestiones corporativas (como votaciones sobre la futura equipación), descuentos en productos del club, exclusividad en determinados eventos u otros beneficios. De manera directa, el Fan Token da acceso a su titular a un activo digital similar a una membresía con el club emisor[8].

V. NATURALEZA JURÍDICA.

La naturaleza jurídica de los tokens está por determinar, no está regulada como tal, se deberá tener en cuenta las distintas implicaciones jurídicas en función del valor representado en el NFT. Podrán verse implicadas cuestiones como la propiedad intelectual, los derechos de imagen, derechos de autor, etc.

Los NFT podrían considerarse como derechos sobre cosas, o bien, cosas incorporales no fungibles que se comercian en el mercado de forma digital, sin que por el hecho de adquirirse por un comprador se transfiera el dominio de la cosa propiamente tal, en conjunto con los derechos que lo acompañan. Tampoco significa la transferencia sobre derechos de propiedad intelectual o copyright.

Están en desarrollo las normas y recomendaciones que deben seguir tanto los emisores de los tokens como los intermediarios que participen en el proceso

8 Ante, L.: "The non-fungible token (NFT) market and its relationship with Bitcoin and Ethereum", *FinTech*, 2022, vol. 1, no 3, p. 216-224.

de comercialización, imponiendo requisitos de cumplimiento normativo, buen gobierno, detección de fraude fiscal, protección de datos personales y seguridad de la información[9].

Estas plataformas de transacciones con tecnología Blockchain, utilizadas para las operaciones de este tipo de activo deben cumplir unos requisitos legales que garanticen la seguridad frente a terceros como puede ser el Reglamento 565/2017 por el que se completa la Directiva 65/2014 del Parlamento Europeo y el Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones del funcionamiento de las empresas de servicios de inversión que regula las obligaciones de estos operadores[10] o la Directiva 849/2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo[11] y el futuro Reglamento MiCA.

El Parlamento Europeo recogió en una nota de prensa que declaraba "Los tokens no fungibles (NFTs) son únicos y, a diferencia de las criptomonedas, no se negocian ni se intercambian por equivalencia. Todos los tipos de NFTs ofrecidos al público a un precio fijo, como las entradas de cine, los objetos digitales de colección de las marcas de ropa o los artículos de los videojuegos estarán exentos del ámbito de aplicación de la Propuesta de Reglamento relativo a los criptoactivos, MiCA. Sin embargo, en función de su evolución, las normas prevén una nueva clasificación de los NFTs como instrumento financiero o como criptoactivo sujeto al MiCA".

El texto definitivo del Reglamento MiCA[12] fue aprobado en octubre de 2022 y entrará en vigor pasados 18 meses. Sólo hace referencia a los NFTs en su considerando 15, que exime a estos de los requisitos de publicación del libro blanco a la hora de su despliegue, y en su artículo 4.2 c) que remite a su vez al art. 13 que viene a considerar que, un emisor de NFTs no podrá, en la Unión Europea ofertar públicamente dichos criptoactivos ni solicitar su admisión a negociación en una plataforma de negociación de criptoactivos a menos que sea una persona jurídica, actúen con honestidad, imparcialidad y profesionalidad; se comuniquen con los titulares de criptoactivos de manera imparcial, clara y no engañosa; prevean, detecten, gestionen y comuniquen todo conflicto de intereses que pueda surgir y mantengan todos sus sistemas y protocolos de acceso seguro en conformidad con los estándares pertinentes de la Unión Europea.

9 attolonlaw.com: "Implicaciones legales de los NFT", 2022. Disponible en: https://attolonlaw.com/implicaciones-legales-de-los-nft/ (Última consulta el 16 de noviembre de 2022)

10 BOE: https://www.boe.es/doue/2017/087/L00001-00083.pdf (Última consulta el 17 de noviembre de 2022)

11 EUR-Lex: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=ES (Última consulta el 18 de noviembre de 2022)

12 EUR-Lex: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f69f89bb-fe54-11ea-b44f-01aa75ed71a1.0003.02/DOC_1&format=PDF (Última consulta el 19 de noviembre de 2022)

Si estamos ante NFTs que pudieran ser instrumentos financieros, se aplicaría la regulación correspondiente (como la Directiva MIFID II y la regulación nacional de los mercados de valores). La Ley Modelo sobre Documentos Transmisibles Electrónicos de UNCITRAL[13], se basa en los principios de no discriminación contra el uso de medios electrónicos, equivalencia funcional y neutralidad tecnológica, dando cabida a la utilización de todas las tecnologías y todos los modelos, como el sistema registral, el de tokens o el de registros descentralizados[14].

Según la Ley Modelo, un documento transmisible electrónico es funcionalmente equivalente a un documento o título transmisible emitido en papel, si contiene la información que sería obligatorio consignar en un documento o título transmisible emitido en papel y se utiliza un método fiable que permita: determinar que ese documento electrónico es el documento transmisible electrónico, lograr que el documento pueda ser objeto de control desde su creación hasta que pierde toda validez o eficacia; y mantener la integridad del documento.

El control, representa el equivalente funcional de la posesión de un documento o título transmisible emitido en papel; el requisito de la posesión se da por cumplido respecto de un documento transmisible electrónico si se utiliza un método fiable: para determinar que ese documento está bajo el control exclusivo de una persona y para identificar a esa persona como la persona que tiene el control[15].

Esta Ley Modelo tiene por objeto facilitar la utilización de documentos transmisibles electrónicos a través de fronteras, al consagrar el principio de no discriminación de los documentos transmisibles electrónicos emitidos o utilizados en el extranjero. Esta ley no afecta al derecho aplicable a los documentos o títulos transmisibles emitidos en papel, al que se alude con el nombre de "régimen de derecho sustantivo" y que abarca normas de derecho internacional privado.

VI. PROBLEMAS JURÍDICOS ASOCIADOS A LOS NFTS.

Además del fraude asociado a la creación, venta y control de dichos bienes, pueden surgir diversos tipos de problemas regulatorios en torno a ellos, tales como:

Almacenamiento. Un NFT y el activo digital que representa generalmente se almacenan por separado. Los NFT se almacenan en la cadena de bloques y contienen información sobre la ubicación de un activo digital.

13 UNCITRAL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/mletr_ebook_s.pdf (Última consulta el 20 de noviembre de 2022)

14 Madrid Parra, A.: "Del valor anotado al "tokenizado"", *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, Nº. 3, 2022

15 Madrid Parra, A.: "Contenido esencial de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Documentos Transmisibles Electrónicos", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, Nº. 48, 2018

Si se adjunta un NFT a un archivo digital a través de un link, se puede eliminar o el servidor que lo respalda puede fallar o ser pirateado. Esto convertiría el valor del NFT en un valor mucho más bajo, podría incluso invalidarlo. El problema reside en que no existe ningún instrumento legal que nos especifique qué derechos y cómo los titulares de un NFT pueden ejercer en esta situación.

Royalties. La capacidad de pago de royalties es una de las características y beneficios de los NFT. Cada vez que se transfiere un NFT, se paga un royalty al creador. Los contratos inteligentes que les dan funcionamiento aseguran estas transferencias de dinero con cada venta, pero estos podrían no ser automáticos si dichas ventas no se celebran dentro de la misma plataforma. Varios países como Estados Unidos, no reconocen estos derechos de reventa, lo que significa que el creador de la obra de arte puede no tener un instrumento legal para reclamar su royalty, dependerá del caso concreto.

Protección de datos personales. Los NFTs pueden contener información personal que puede violar las normas de protección de datos. Algunas de estas regulaciones permiten a las personas solicitar que se elimine o cambie su información personal, pero debido a que se adhieren a la tecnología blockchain esto no es posible dada su naturaleza inmutable.

Derechos de propiedad intelectual. Los compradores de NFTs pueden creer erróneamente que poseen el nombre de dominio o los derechos de propiedad intelectual de la obra de arte asociada con el NFT. Las únicas personas que tienen derecho a copiar, distribuir, modificar o publicar una obra de arte son sus creadores, a menos que hayan otorgado derechos sobre el NFT.

Ventas y transferencias. Los contratos inteligentes deben cumplir con la normativa relativa a la protección del consumidor, pero incluso contratos bien elaborados pueden presentar problemas si surgen disputas concernientes a la propiedad del NFT, especialmente dado la naturaleza internacional de las transacciones. Esto se ve agravado por el hecho de que estos mercados online, no poseen la obligación de satisfacer determinados requerimientos legales de verificación de la identidad de los vendedores o la autenticidad de los NFTs..

VII. ASPECTOS LEGALES.

Los NFTs, aunque sean digitales, siguen siendo una clase de activos similar a los bienes inmuebles o al arte físico y por ello están sujetos a restricciones legales como son: los derechos de propiedad, derechos de autor, la prevención del fraude, las precauciones de ciberseguridad y las responsabilidades contractuales y extracontractuales.

Legalmente, los derechos de autor son concedidos al autor de la obra original, protegiendo así sus intereses personales y otorgándole la oportunidad de poder explotar la obra económicamente. En el caso de los NFTs, existen vacíos legales que dejan hueco a cometer infracciones respecto a estos derechos.

Desde una perspectiva conservadora cabría considerar a los NFTs como una obra derivada de la obra existente y que su transmisión sólo atañe a los propios NFTs. Otra interpretación permitiría entender que el NFT es una reproducción de la obra original y, por tanto, para su enajenación debería existir una cesión de derechos en exclusiva desde el autor original hasta el último comprador perfectamente documentada.

Cuando adquirimos un NFT estamos realmente adquiriendo su propiedad exclusiva, pero desde la perspectiva de la propiedad intelectual, los NFTs no transfieren derechos a sus compradores, ya que la autoría no cambia y no se transfieren derechos de autor, si bien es cierto que es posible transmitirlos por acuerdo entre las partes.

Un NFT no genera prueba de autorías propiamente dichas, ya que la obra se realiza con anterioridad a la creación de este token. Lo que hacen los NFTs es facilitar la comercialización de obras cuando es difícil trazar la propiedad de las mismas. Debido a esto, la generación de pruebas de autor forzosamente necesita ser previa a la venta de la obra. La cuestión reside cuando se crean NFTs de obras sin estar autorizadas, copiando la obra o modificándola, incluso, suplantando la identidad del creador de la obra.

A la hora de operar con un token mediante su emisión o comercialización, habrá que tener en cuenta las obligaciones y requisitos legales y fiscales que pueden impactar en función de la forma en la que se configure el propio token, la plataforma de comercialización o el bien o servicio subyacente que quiera representar en dicho token.

Algunas de las cuestiones más complejas surgen cuando alguien crea y vende un NFT de una obra existente sobre la que no tiene derechos de propiedad, ni sobre la obra, ni derechos de autor de la misma.

Deberemos tener en cuenta en la configuración del NFT cuáles son los derechos de propiedad intelectual, de imagen o análogos que se ceden con la transmisión de la titularidad del NFT. Cada negocio jurídico podrá plantear un problema jurídico distinto, se debe analizar caso por caso, el funcionamiento, términos y condiciones de uso de la plataforma desde la que se ha emitido, acuñado y/o comercializado el token que representa la obra original, si este fuera el caso, con el fin de concluir las cuestiones relevantes que afectan e impactan

en los derechos de propiedad intelectual de la obra representada. En aquellos supuestos en los que ese bien representado sea considerado una obra original susceptible de protección por propiedad intelectual o incluya imágenes, marcas o cualquier derecho de naturaleza análoga de terceros, el emisor del NFT deberá tener en cuenta, antes de acuñarlo, si cuenta con los derechos de terceros para llevar a cabo la emisión de los activos NFT para su comercialización[16].

Para acuñar un NFT no es necesario el permiso del autor ni acreditar ser él mismo, esto puede dar lugar a determinadas infracciones, tales como violaciones de las licencias otorgadas por el NFT o incumplimiento de los términos del contrato. Sin embargo, la normativa sobre los derechos de autor permite a los creadores ejercitar las acciones legales oportunas si se han vulnerado sus derechos. Por lo tanto, es aconsejable el uso del registro de la propiedad intelectual previo a la creación de un NFT para demostrar la autoría en caso de ser necesario.

Estos derechos dependen de la normativa de cada país, mientras que los NFT pueden cambiar de manos sin límite de jurisdicción a través de los mercados digitales. Considerando el pseudoanonimato que implica el uso de Blockchain, resulta complejo para los intervinientes en la transacción de NFTs, y en especial para el comprador, hacer valer cualquier forma de propiedad intelectual o derechos contractuales en caso de una eventual infracción.

Están además los derechos morales de un artista, tanto el derecho a que se le atribuya su obra como a oponerse a su tratamiento denigratorio y ofensivo. Incluso en el mercado del arte convencional, hay muy poca jurisprudencia en estas áreas, por lo que la forma en que estos casos podrían desarrollarse en el mundo digital es actualmente una cuestión de mera especulación.

VIII. LEY APLICABLE PARA LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL.

La especial naturaleza de los NFTs puede dificultar la determinación de la competencia judicial y la ley aplicable ante un posible conflicto entre las partes intervinientes; la determinación de las mismas cuando no exista acuerdo se hará, generalmente, conforme al domicilio habitual previa identificación de los contratantes[17].

Como regla general para determinar la competencia judicial las partes domiciliadas en un Estado indicado están subordinadas a los tribunales de ese

16 Carbajo cascón, F.: "Hacia un nuevo marco normativo de los derechos de autor y derechos conexos en el mercado único digital", *Revista Electrónica de Direito. RED*, Vol. 19, N°. 2, 2019, págs. 1-10

17 Meracán Murillo, A.: "Blockchain: los tokens y la identidad electrónica", en AA.VV.: *Fodertics10.0: estudios sobre derecho digital* (coord. por I. González Pulido), 2022, págs. 555-569

Estado indistintamente de su nacionalidad, según el art. 4.1 del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (Bruselas I bis)[18] y el art. 22 ter. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ)[19]. En caso de sumisión expresa o tácita de las partes a encomendarse a un determinado tribunal, le serán aplicables los arts. 25 y 26 del Reglamento Bruselas I bis y el art. 22 bis.1 LOPJ. Si no existe sumisión, serán aplicables las reglas a las competencias especiales, arts. 7, 8 y 9 del Reglamento Bruselas I bis. El Reglamento Bruselas I bis determina los foros de protección en los arts. 10 a 23 en relación a contratos de seguros y contratos con consumidores que predominan sobre el foro general del art. 4.1 y la sumisión de las partes y sobre todos los foros citados, prevalecerán las competencias exclusivas del Reglamento Bruselas I bis, art. 24.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico[20], en su art. 26, determina que la ley aplicable a los contratos electrónicos será aquella que estipulan las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español, debiendo tomarse en consideración para su aplicación lo establecido en los artículos 2 y 3 de esta Ley.

El Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)[21], art. 1 en materia mercantil y civil se aplicará a las obligaciones contractuales, incluidos los Smart Contracts[22]. Para este Reglamento, independientemente del lugar de constitución y el lugar de cumplimiento del contrato lo más importante para determinar la ley aplicable es la libre disposición de las partes y la residencia habitual de las mismas según se refleja en los arts. 3 y 4[23]. La libre elección de la ley aplicable habrá de ser expresa e inequívoca según los términos del contrato. En defecto de ley aplicable, salvo las reglas especiales para determinados contratos, el art. 4 del Reglamento Roma I establece que el contrato se regirá por el derecho con conexiones más estrechas y vínculos más próximos, reglas específicas y una cláusula de escape[24]. Según el tipo de contrato será, una u otra la regla aplicable, generalmente será la de la residencia habitual.

18 BOE: https://www.boe.es/doue/2012/351/L00001-00032.pdf (Última consulta el 25 de noviembre de 2022)

19 BOE: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666 (Última consulta el 28 de noviembre de 2022)

20 BOE: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758 (Última consulta el 29 de noviembre de 2022)

21 BOE: https://www.boe.es/doue/2007/199/L00040-00049.pdf (Última consulta el 29 de noviembre de 2022)

22 Madrid Parra, A.: "Smart Contracts-Fintech: Reflexiones para el debate jurídico", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, Nº. 52, 2020

23 Domínguez Padilla, C. "La revolución blockchain y los smart contracts en el marco europeo", *Actualidad jurídica iberoamericana*, Nº. 16, 2022, págs. 1088-1109

24 CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional", *Diario La Ley*, Nº 7847, 2012

La identificación de las partes es fundamental para determinar la competencia judicial y la ley aplicable a cualquier tipo de contrato. En los contratos con tecnología Blockchain puede resultar extremadamente complicado, de aquí la necesidad de establecer previamente la elección de las mismas[25].

El Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)[26] regula la responsabilidad extracontractual en materia civil y mercantil, determina la ley aplicable en base a dos reglas generales y varias reglas especiales. Las reglas generales son la autonomía de la voluntad conflictual, recogido en el artículo 14, y la ley aplicable en defecto de elección, establecido en el artículo 4. Por su parte, los artículos 5 a 9 establecen un conjunto de normas de conflicto específicas[27].

Conforme al artículo 14.1, las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan. Sin embargo, no es siempre posible y cuando lo sea debe reunir una serie de requisitos, al no permitirse cualquier elección de ley.

La autonomía de la voluntad no es operativa en los supuestos de competencia desleal y actos que restrinjan la competencia (art. 6.4), ni en los de infracción de los derechos de propiedad intelectual (art. 8.3). Como se ha señalado, esta exclusión se justifica, en el primer supuesto, por la existencia de intereses superaindividuales que podrían verse indirectamente afectados por la elección de las partes, y en el segundo, porque se produciría una separación entre la existencia del propio derecho y su protección extracontractual.

La ley elegida por las partes debe ser una ley estatal, siendo indiferente que sea la de un Estado miembro o no. En cuanto a la forma de elección se permite tanto la elección expresa como la tácita puesto que, como afirma el apartado 1 del art. 14 "la elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso(…)".

La elección de la ley aplicable debe respetar los derechos de terceros, las disposiciones de la ley del país con el que todos los elementos estén localizados en el momento en que ocurre el hecho generador del daño cuya aplicación no pueda excluirse mediante acuerdo (art. 14.2) y la cláusula del mercado interior (art. 14.3).

Establece el artículo 4.1 que "salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un

25 Merchán Murillo, A.:"La identidad digital en la contratación electrónica: una mirada desde el derecho internacional privado", *Actualidad jurídica iberoamericana*, N°. 16, 2022, págs. 1386-1411

26 BOE: https://www.boe.es/doue/2007/199/L00040-00049.pdf (Última consulta el 30 de noviembre de 2022)

27 Rodríguez Benot, A. (dir.): *Manual de Derecho Internacional Privado*, Tecnos, 2021 (8 ed.)

hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión".

El Reglamento consagra, de esta forma, la clásica solución lex loci damni, conexión territorial que se caracteriza por su neutralidad, previsibilidad y seguridad jurídica. Además, y como afirma el Considerando 16, "crea un justo equilibrio entre los intereses de la persona cuya responsabilidad se imputa y los de la persona perjudicada, y corresponde también a la concepción moderna del Derecho de responsabilidad civil y al desarrollo de los regímenes de responsabilidad objetiva".

La ley aplicable se individualiza en el país donde se producen las consecuencias directas del daño, es decir, aquél en el que se ha producido la lesión o se haya dañado la propiedad y con independencia de cuál sea el país donde se produjo el hecho generador de ese daño y de cuál sea el o los países donde se producen las consecuencias indirectas[28].

Sin embargo, este Reglamento no es capaz de dar una respuesta completa a los supuestos de responsabilidad extracontractual derivados de Internet o las TIC. La regla general del artículo 4.1 aparece excepcionada por la de la residencia habitual común ya que, como afirma el apartado 2 del mismo precepto "cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país".

Con respecto a lo que debe entenderse por "residencia habitual", el propio Reglamento, en el artículo 23, nos ofrece las siguientes reglas: tratándose de una sociedad, asociación o persona jurídica, la residencia habitual será el lugar de su administración central; cuando el hecho generador del daño o el daño se produzca en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, se considerará residencia habitual el lugar donde se encuentren situados; si fuese una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional, se considerará residencia habitual el establecimiento principal de dicha persona.

Finalmente, el apartado 3 del artículo 4 regula la cláusula de escape de "los vínculos más estrechos". En concreto, se establece que "si del conjunto de las circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país". Y para saber qué puede entenderse por "vínculos más estrechos" la propia norma pone el ejemplo de una relación preexistente entre

28 Rodríguez Benot, A. (dir.): Manual de Derecho Internacional Privado, Tecnos, 2021 (8 ed.)

las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión. Esta regla sería aplicable en caso de que no fuesen aplicables el resto de conexiones del artículo 4.

Para el caso de la infracción de los derechos de propiedad intelectual, a los efectos del Reglamento Roma II, el concepto de propiedad intelectual "debe interpretarse por referencia a, por ejemplo, los derechos de autor, los derechos afines, el derecho sui generis de la protección de bases de datos y los derechos de propiedad industrial" (Considerando 26).

Para determinar la ley aplicable el artículo 8 distingue según se trate de un derecho de propiedad intelectual nacional o de ámbito europeo.

En el primer caso, el artículo 8.1 consagra la conocida regla lex loci protectionis, es decir, se aplicará la ley del país para cuyo territorio se reclama la protección del derecho de propiedad intelectual.

En el supuesto de una obligación extracontractual que se deriva de la infracción de un derecho de propiedad intelectual europeo de carácter unitario (marca, dibujos y modelos…), la ley aplicable será la del país en el que se haya cometido la infracción, pero sólo para aquellas cuestiones que no estén reguladas por el respectivo instrumento europeo (art. 8.2).

Esta regla especial no puede ser excluida mediante un acuerdo de elección de ley aplicable (art. 8.3) y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13, no serán aplicables las normas del Capítulo III[29].

IX. CONCLUSIONES.

El volumen de comercio diario de activos tokenizados creció un 500% y se estima que para el 2030 alcance los 68 mil millones de euros. Existe un gran número de empresas que utilizan Blockchain como Ethereum, Polygon, Algorand, o Tezos para digitalizar sus activos. No cabe duda que la tokenización y Blockchain están transformando el mundo forzando la actualización continua de legisladores y juristas.

Se presenta un nuevo desafío para determinar la responsabilidad en el ámbito del comercio electrónico. Son necesarias nuevas soluciones y nuevas perspectivas frente a las tecnologías de registro distribuido y la tokenización, debido a sus

29 Merchán Murillo, A. "Blockchain, NFTs y la ley aplicable a los derechos de propiedad intelectual", en AA.VV.: *Derecho internacional privado y sociedad global: los principios del Derecho romano en el Derecho internacional privado europeo* (coord. por J. Carrascosa González) , 2022.

principales características como la inmutabilidad, la descentralización y la "pseudoanonimización".

Los Non Fungible Tokens son otro elemento más a tener en cuenta para llegar a contextualizar esta nueva revolución tecnológica que estamos viviendo, llamada la Web 3.0. La idea de un Mercado Único Digital todavía es lejana, pero en lo que respecta, todos estos elementos tokenizados que hoy día tienen la fama de especulativos, en un futuro no tan lejano tendrá un uso más que necesario e importante para la sostenibilidad de una sociedad europea digitalizada, fruto de las nuevas tecnologías.

BIBLIOGRAFÍA

Ante, L.: "Non-fungible token (NFT) markets on the Ethereum blockchain: temporal development, cointegration and interrelations", *Economycs of Innovation and New Technology*, 2022, p. 1-19.

Ante, L.: "The non-fungible token (NFT) market and its relationship with Bitcoin and Ethereum", *FinTech*, 2022, vol. 1, no 3, p. 216-224.

attolonlaw.com: "Implicaciones legales de los NFT", 2022. Disponible en: https://attolonlaw.com/implicaciones-legales-de-los-nft/

Carbajo Cascó, F.: "Hacia un nuevo marco normativo de los derechos de autor y derechos conexos en el mercado único digital", *Revista Electrónica de Direito. RED*, Vol. 19, Nº. 2, 2019, págs. 1-10

Carrascosa González, J.: "La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional", *Diario La Ley*, Nº 7847, 2012

decrypt.com.: "What are Dynamic NFTs? The 'Living' Tokens That Change Over Time", 2022. Disponible en: https://decrypt.co/resources/what-are-dynamic-nfts-the-living-tokens-that-change-over-time.

Domínguez Padilla, C. "La revolución blockchain y los smart contracts en el marco europeo", *Actualidad jurídica iberoamericana*, Nº. 16, 2022, págs. 1088-1109

ECIJA: *Memento Derecho de las Nuevas Tecnologías*, Lefebvre, Madrid, 2022.

elEconomista.es: "El volumen de ventas de NFT aumentó un 21.000% en 2021, hasta superar los 17.000 millones de dólares". 2022. Disponible en: https://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/11659832/03/22/El-volumen-de-ventas-de-NFT-aumento-un-21000-en-2021-hasta-superar-los-17000-millones-de-dolares.html

OpenSea: https://opensea.io/es

Karim, S. et al.: "Examining the interrelatedness of NFTs, DeFi tokens and cryptocurrencies" *Finance Research Letters*, 2022, p. 102696. Disponible en: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1544612322000253

Madrid Parra, A.: "Contenido esencial de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Documentos Transmisibles Electrónicos", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, Nº. 48, 2018

Madrid Parra, A.: "Del valor anotado al "tokenizado"", *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, Nº. 3, 2022

Madrid Parra, A.: "Smart Contracts-Fintech: Reflexiones para el debate jurídico", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, Nº. 52, 2020

Merchán Murillo, A. "Blockchain, NFTs y la ley aplicable a los derechos de propiedad intelectual", en AA.VV.: *Derecho internacional privado y sociedad global: los principios del Derecho romano en el Derecho internacional privado europeo* (coord. por J. Carrascosa González) , 2022

Merchán Murillo, A.: "Blockchain: los tokens y la identidad electrónica", en AA.VV.: *Fodertics10.0: estudios sobre derecho digital* (coord. por I. González Pulido), 2022, págs. 555-569

Merchán Murillo, A.:"La identidad digital en la contratación electrónica: una mirada desde el derecho internacional privado", *Actualidad jurídica iberoamericana*, Nº. 16, 2022, págs. 1386-1411

Rodríguez Benot, A. (dir.): *Manual de Derecho Internacional Privado*, Tecnos, 2021 (8 ed.)

UNCITRAL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/mletr_ebook_s.pdf

Wang, Q., et al.: "Non-fungible token (NFT): Overview, evaluation, opportunities and challenges", *arXiv*, preprint arXiv:2105.07447, 2021

LA RESPONSABILITÀ CIVILE AUTO NELL'ERA DIGITALE. INAPPLICABILITÀ DELL'ART. 2054 C.C. E RE-INTERPRETAZIONE DELL'ATTUALE ASSETTO NORMATIVO*

CIVIL VEHICLE LIABILITY IN THE DIGITAL ERA. INAPPLICABILITY OF ARTICLE 2054, ITALIAN CIVIL CODE, AND RE-INTERPRETATION OF THE CURRENT REGULATORY FRAMEWORK

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1218-1241

* Il presente lavoro è un prodotto sviluppato nell'ambito del progetto UNI4JUSTICE: Universitas per la Giustizia. Programma per la qualità del sistema giustizia e per l'effettività del giusto processo, monitorato dal Ministero della Giustizia, promosso dall'Agenzia per la Coesione Territoriale, nell'ambito del PON governance e Capacità Istituzionale 2014-2020 e realizzato in sinergia con gli interventi previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) a sostegno della riforma della giustizia. Le opinioni espresse dall'autore rispecchiano esclusivamente le visioni personali dello stesso.

Giovanni
RUSSO

ARTICOLO CONSEGNATO: 15 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: L'avvento delle nuove tecnologie ha interessato anche il settore dei trasporti. Tanto il legislatore quanto il giurista si sono trovati di fronte a nuovi problemi, tra cui quello legato alla responsabilità da circolazione del veicolo intelligente. Fino ad oggi, infatti, il conducente risultava l'unico responsabile, ex art. 2054 c.c., dei danni provocati dal proprio veicolo. L'installazione di dispostivi intelligenti nelle auto ha messo in discussione il sistema aquiliano che per anni ha regolamentato la circolazione di veicoli. Nonostante diverse siano state le qualificazioni offerte dalla dottrina, il saggio, in una prospettiva attenta ad una interpretazione sistematica e assiologica nonché consapevole dell'importanza del caso concreto, indaga la possibilità di applicare l'art. 2051, "danno da cose in custodia" ai veicoli di livello III in cui al supervisore si attribuisce un ruolo, appunto, di "Custode". Da ultimo, il lavoro suggerisce la creazione, per analogia, di istituti quale un fondo specifico per risarcire le vittime dei sinistri provocati da veicoli intelligenti.

PAROLE CHIAVE: Responsabilità Civile Auto; Intelligenza artificiale; veicoli intelligenti; supervisore.

ABSTRACT: *The advent of new technologies has also affected the transport sector. Both the legislator and the lawyer have been faced with new problems, including the issue of liability for the use of intelligent vehicles. Until now, in fact, the driver was solely responsible, ex art. 2054 c.c., for the damage caused by his vehicle. The installation of smart devices in cars has called into question the legislative system that has regulated vehicle traffic for years. Despite the different solutions offered by the doctrine, the essay, in perspective attentive to a systematic and axiological interpretation and aware of the importance of the concrete case, suggests the possibility of applying art. 2051, "danni da cosa in custodia" to level III vehicles in which the supervisor is assigned a role, precisely, "Guardian". Finally, the work suggests the creation, by analogy, of institutions such as a specific fund to compensate victims of accidents caused by intelligent vehicles.*

KEY WORDS: *Civil Vehicle Liability; Artificial Intelligence; Smart Vehicle; Supervisor.*

SOMMARIO.- I. INQUADRAMENTO DELLA PROBLEMATICA. – II. LA CIRCOLAZIONE DEI VEICOLI INTELLIGENTI E L'INAPPLICABILITÀ DELL'ART. 2054 C.C. – III. LA RESPONSABILITÀ DA "DANNO CAGIONATO DA COSE IN CUSTODIA" QUALE STRUMENTO ALTERNATIVO ALL'ART. 2054 C.C. – IV. CONCLUSIONI.

I. INQUADRAMENTO DELLA PROBLEMATICA.

La transizione verso una società più sostenibile richiede numerosi cambiamenti nonché molteplici sforzi del giurista il quale è chiamato allo studio e all'attualizzazione del diritto. Quest'ultimo, infatti, deve tenere conto delle «basi concrete» poste «dalla coscienza della storicità del giuridico»[1] e rinnovare, attraverso un'interpretazione sistematica e assiologica, gli istituti classici prendendo in considerazione le nuove esigenze.

La conformazione al principio di sostenibilità ha interessato, tra gli altri, anche il settore dei trasporti per il quale sembra inevitabile una revisione sistematica di numerose norme applicabili, ad esempio, al rilascio delle patenti di guida, alle caratteristiche «tecniche» delle strade, al profilo assicurativo, all'omologazione dei veicoli ed alla responsabilità civile[2]. Dagli esempi si intuisce la complessità del cambiamento per il giurista che, in attesa di una disciplina ad *hoc*, deve cercare di dare una risposta agli interrogativi posti mediante la disciplina vigente.

Per ragioni di complessità della materia ci si concentrerà sui profili della responsabilità nascenti dai veicoli intelligenti. In particolare, occorre, in chiave preventiva, chiedersi chi debba rispondere di un sinistro stradale provocato da un

1 In questo senso si esprime Orestano, R.: *Introduzione allo studio del diritto romano*, Giappichelli, Bologna, 1987, p. 569.

2 In questi termini v. Berti Suman, A.: "Intelligenza artificiale e soggettività giuridica: quali diritti (e doveri) dei robot?", in Alpa, G.: *Diritto e intelligenza artificiale* (a cura di), Hoepli, Pisa, 2020, pp. 256-257 nota 19.

• Giovanni Russo
Assegnista di Ricerca
giovanni.russo@unicam.it

veicolo autonomo di livello III[3] o superiore in cui il conducente non assume più il ruolo di guidatore del veicolo, bensì quello di mero supervisore e/o di passeggero[4].

II. LA CIRCOLAZIONE DEI VEICOLI INTELLIGENTI E L'INAPPLICABILITÀ DELL'ART. 2054 C.C.

Tradizionalmente la responsabilità civile auto viene disciplinata dall'art. 2054 c.c. che, conformemente a quanto sancito dall'8 della Convenzione di Vienna[5], pone in capo al conducente una presunzione di responsabilità, quale esclusivo

3 Diverse sono state le classifiche elaborate sia dalla dottrina sia da istituti di ricerca col fine di distinguere vari livelli di autonomia dei veicoli intelligenti. In particolare, tenendo in considerazione la classifica creata dalla National Highway Traffic Safety Administratio – NHTSA –, occorre distinguere cinque livelli di autonomia quali: no-automation, function-specific automation, combined function automation, limited self-driving automation e full self-driving automation. Nel primo livello l'auto è controllata esclusivamente dal conducente. Successivamente, nel function-specific automation, il conducente è affiancato a dei dispositivi che hanno l'onere di assisterlo, ma non si sostituiscono a lui. Viceversa, nel terzo livello, c.d. combined function automation, i ruoli si invertono e il supervisore ha il cómpito di monitorare la guida dell'IA e intervenire solo qualora necessario. Nel quarto livello, c.d. limited self-driving automation, invece, il supervisore interviene solo nei casi richiesti dall'IA. Infine, l'ultimo livello riguarda tutti quei veicoli in cui l'IA prende il controllo completo del mezzo senza offrire la possibilità al conducente e/o supervisore di riprendere la guida del veicolo. In quest'ultima categoria si parla, ad esempio, di auto sprovviste di sterzo e posto conducente/supervisore.
Per approfondire v. Al Mureden, E.: "Event data recorder e advanced driver assistance systems: la "spinta gentile" verso la mobilità del futuro", *Contratto e impresa*, 2022, p. 390 ss.; Tampieri, M.: "L'intelligenza artificiale: una nuova sfida anche per le automobili", *Contratto e impresa*, 2020, pp. 746-748. Bertolini, A.: "Robots as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules", *Law, Innovation and Technology*, 2013, V, p. 225; Gasser T.A.: "Vehicle Automation: Definitions, legal aspects, research needs", *UNECE-Workshop: Towards a new transportation culture: technology innovations for safe, efficient and sustainable mobility*, Brussels, 2014, *passim*; Gasser T.A. e Westhoff D.: "Definitions of Automation and Legal Issues in Germany", *onlinepubs.trb.org/onlinepubs/conferences/2012/Automation/presentations/Gasser.pdf.* Gli autori elaborano la seguente suddivisione: "Full automation: The system takes over longitudinal and lateral control completely and permanently. In case of a take-over request that is not followed, the system will return to the minimal risk condition by itself. High automation: The system takes over longitudinal and lateral control; the driver is no longer required to permanently monitor the system. In case of a take-over request, the driver must take-over control with a certain time buffer. Partial automation: The system takes over longitudinal and lateral control, the driver shall permanently monitor the system and shall be prepared to take over control at any time. Driver Assistance: The driver permanently controls either longitudinal or lateral control. The other task can be automated to a certain extent by the assistance system. Driver Only: Human driver executes manual driving task".

4 Un altro grosso problema che si pone nei veicoli Smart riguarda l'aspetto etico. Classico esempio, che può leggersi nei libri, riguarda il caso in cui l'agente software, che governa il veicolo, si trova davanti ad una scelta obbligata: mettere a rischio la vita del supervisore/passeggero o investire i pedoni presenti magari sul marciapiede o sulle strisce pedonali. Per approfondire v. Tirole, J.: *Économie du bien commun*, Presses Universitaires de France - PUF, Paris, 2016, pp. 66-68, spec. p. 68.

5 L'art. 8 della Convezione di Vienna evidenzia, infatti, l'importanza e il ruolo del conducente: "1. Ogni veicolo in movimento o ogni complesso di veicoli in movimento deve avere un conducente. […]. 3. Ogni conducente deve possedere le qualità fisiche e psichiche necessarie ad essere in stato fisico e mentale atto a condurre. 4. Ogni conducente di veicolo a motore deve avere le cognizioni e l'abilità necessarie per la guida del veicolo; questa disposizione non è tuttavia di ostacolo al l'apprendimento della guida secondo la legislazione nazionale. 5. Ogni conducente deve avere costantemente il controllo del proprio veicolo o deve poter guidare i propri animali. 5bis. I sistemi di bordo che influiscono sulla guida del veicolo sono considerati conformi al paragrafo 5 del presente articolo e al primo paragrafo dell'articolo 13 se sono conformi alle disposizioni in materia di costruzione, montaggio e utilizzo previste negli strumenti giuridici internazionali riguardanti i veicoli a ruote e gli equipaggiamenti e componenti montati e/o utilizzati sugli stessi. I sistemi di bordo che influiscono sulla guida del veicolo e non conformi alle disposizioni in materia di costruzione, montaggio e utilizzo summenzionate sono considerati conformi al paragrafo 5 del presente articolo e al primo paragrafo dell'articolo 13 se possono essere neutralizzati o disattivati dal conducente. 6. Il conducente di un veicolo deve astenersi da qualsiasi attività diversa dalla guida".

soggetto capace di «controllare» il veicolo. Ne deriva l'obbligo di integrare il danno salvo che provi di aver fatto tutto il possibile per evitarlo.

L'attribuzione in via presuntiva della responsabilità al conducente e, in solido, anche al proprietario del veicolo, all'usufruttuario o all'acquirente con patto di riservato dominio o, ancóra, all'utilizzatore nel contratto di leasing[6] e/o al possessore[7] mette in crisi le modalità con cui deve essere disciplinata l'avvento dei nuovi veicoli intelligenti con guida autonoma. Infatti, se l'attuale sistema dell'illecito da circolazione di veicoli può essere applicato ai mezzi con un'autonomia pari al I e II livello[8], così non è per i gradi successivi. Questo è ammesso poiché nei primi livelli il conducente mantiene il suo ruolo di «controllore» del veicolo, nonostante la guida sia facilitata dalla tecnologia quale, ad esempio, i sensori di parcheggio, il controllo elettronico della velocità, la frenata assistita e così via. L'intelligenza artificiale installata nei veicoli di I e II livello funge, così, da strumento ausiliare del conducente migliorando tanto la sicurezza sulle strade tanto l'efficienza alla guida.

Man mano che si avanza di livello, invece, il conducente perde il suo ruolo e si trasforma dapprima in supervisore e, infine, in mero passeggero. Al venir meno della figura del conducente consegue un mutamento "obbligato" del regime di responsabilità da circolazione di veicoli, *ex* art. 2054 c.c.[9]. L'"obbligatorietà" del cambiamento è causata dall'esplicito riferimento soggettivo che il citato articolo attribuisce alla figura del conducente quale soggetto responsabile del sinistro stradale.

6 L'utilizzatore non presente nel disposto dell'art. 2054, comma 3, c.c., è stato aggiunto successivamente dall'art. 91, comma 2, del d.lg. 30 aprile 1992, n. 285.

7 In tal senso v. Scognamiglio R., *Responsabilità civile e danno*, Giappichelli, Bologna, 2010, p. 72 s. L'autore evidenzia quanto segue "considerato che un veicolo circola in quanto un uomo lo ponga in azione e lo guida, e questo fatto costituisce la fonte del danno, si ritiene, di affermare in primo luogo la responsabilità del conducente; ma sul presupposto costituito dalla stessa circolazione e al di là dunque di ogni colpa, seppure entro i limiti segnati in vista della sua partecipazione attiva al fatto, dalla possibilità per lui di evitare il danno. D'altro lato appare opportuno nella stessa vicenda affermare la responsabilità del proprietario o possessore che ben spesso è persona diversa dal conducente, ma per volontà e per conto del quale il veicolo, nella normalità dei casi, circola. Da ultimo va tenuto presente che il danno può dipendere dalla circostanza che il veicolo presenti qualche vizio o difetto, ed allora la responsabilità non può che essere addossata ai soggetti che sono coinvolti immediatamente nella circolazione: di nuovo il conducente e il proprietario. […] Di fronte a tali pluralità di ipotesi, la dottrina tende a prospettare ragioni e costruzioni diverse, alla stregua delle principali concezioni in materia; cosicché riconduce la responsabilità del conducente al criterio della colpa sia pure presunta, quella del proprietario ancora al criterio della colpa o anche all'idea del rischio, della garanzia, o della sfera della responsabilità per fatto altrui, e infine la responsabilità per vizio di costruzione, ecc. alla colpa, o al fatto della cosa o al fatto altrui".

8 Questo grado di autonomia è ormai diffuso. Buona parte dei veicoli in circolazione, infatti, sono dotati di dispositivi quale il Lane assist, il Cruise Control adattivo, l'ABS, il Park Assist. Per approfondire circa i vari livelli di autonomia v. nota 4.

9 In tal senso v. Davola, A. e Pardolesi, R.: "In viaggio col robot: verso nuovi orizzonti della r.c. auto ("driverless")?", *Danno e responsabilità*, 2017, p. 619 in cui l'autore sottolinea che "nel contesto delle driverless cars, l'attuale formulazione della norma si rivela profondamente inefficiente, in quanto pone il costo del rischio di un incidente in capo ad un soggetto (il conducente), il quale non ha gli incentivi – o, meglio, i mezzi – per ridurre la probabilità del verificarsi dello stesso: il conducente, infatti, non soltanto non è in grado di incidere sull'incedere del veicolo, ma non ha nemmeno le competenze necessarie per migliorare il software preposto a regolare la guida automatizzata [...] sì che la regola di responsabilità civile non può sortire nei suoi confronti l'effetto virtuoso di promuovere il costante miglioramento della tecnologia delle driverless car, al fine di raggiungere il più alto livello di sicurezza possibile».

Come evidenziato precedentemente, l'assetto regolamentare nazionale non ammette i veicoli autonomi se non quelli di livello I e II, salvo che si tratti di mera sperimentazione. In quest'ultimo caso, infatti, l'ordinamento nazionale, in recepimento della riforma del 2014 che ha interessato la Convenzione di Vienna e con la quale si è introdotto il paragrafo 5 *bis*, all'art. 8, ha disciplinato nel decreto del 28 febbraio 2018, c.d. decreto Smart Road[10], le «Modalità attuative e strumenti operativi della sperimentazione su strada delle soluzioni di Smart Road e di guida connessa e automatica»[11]. In particolare, l'art. 10 prevede la figura del supervisore, ossia colui che «deve essere in grado di commutare tempestivamente tra operatività del veicolo in modo automatico e operatività dello stesso in modo manuale e viceversa»[12]. Ancora non sembra recepito, né nel decreto infrastruttura 68/2022[13] né nella sua legge di conversione n. 108 del 5 agosto 2022[14], l'art. 34 *bis*[15] della Convenzione di Vienna relativo alla guida autonoma[16]. Secondo tale citato articolo "Si considera soddisfatto il requisito della presenza di un conducente in ogni veicolo o complesso di veicoli in movimento quando tale veicolo (o complesso di veicoli) utilizza un sistema di guida autonoma conforme" ai singoli regolamenti tecnici nazionali e alla legislazione nazionale che disciplina il funzionamento del veicolo nonché a qualsiasi strumento giuridico internazionale.

Attualmente la ratio giustificativa dell'esclusione dei veicoli di livello III o superiori dalle strade del territorio nazionale si rinviene proprio nell'art. 46 del codice della strada[17] secondo cui si considerano veicoli "tutte le macchine di qualsiasi specie, che circolano sulle strade, guidate dall'uomo". Essendo la definizione ancora in vigore appare chiara l'associazione del conducente al veicolo quale elemento imprescindibile per la circolazione delle autovetture.

Alla luce di quanto detto, si intuisce come lo stretto margine di applicazione dell'art. 2054 c.c. alla responsabilità da circolazione di veicolo Smart ha condotto

10 Ci si riferisce al decreto 28 febbraio 2018, Modalità attuative e strumenti operativi della sperimentazione su strada delle soluzioni di Smart Road e di guida connessa e automatica, in G.U. n. 90 del 18 aprile 2018.

11 Per approfondire v. Cerini, D.: "Dal decreto Smart Roads in avanti: ridisegnare responsabilità e soluzioni assicurative", *Danno e responsabilità*, 2018, p. 401 ss.

12 Si fa riferimento a tutti quei sistemi c.d. ADAS – Advanced Driver Assistance Systems – i quali vengono progettati per compiere determinate azioni in determinati contesti. Per questa ragione il supervisore deve sempre essere vigile e riprendere il veicolo attraverso manovre di "hand-over" e "take over". Per approfondire v. Morgan, P., e Parkhurst, P., Handover, C.: "Issues in autonomous driving a literature review", *Project Report*, University of the West of England, Bristol, UK, 2016.

13 Ci si riferisce al d.l. 16 giugno 2022, n. 68, Disposizioni urgenti per la sicurezza e lo sviluppo delle infrastrutture, dei trasporti e della mobilità sostenibile, nonché in materia di grandi eventi e per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, in G.U. n. 139 del 16 giugno 2022.

14 Ci si riferisce alla l. 5 agosto 2022, n. 108, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 giugno 2022, n. 68, recante disposizioni urgenti per la sicurezza e lo sviluppo delle infrastrutture, dei trasporti e della mobilità sostenibile, nonché in materia di grandi eventi e per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, in G.U. n. 182 del 5 agosto 2022, S.O. n. 29.

15 Introdotto dagli emendamenti del 14 dic. 2020, in vigore dal 14 lug. 2022 (RU 2022 51).

16 Ci si riferisce all'Emendamento alla Convenzione RS 0.741.10; RU 1993 402, adottato dal Gruppo di lavoro per la sicurezza e la circolazione stradale il 14 dicembre 2020 ed entrato in vigore il 14 luglio 2022. L'Emendamento è consultabile al seguente link fedlex.admin.ch/eli/oc/2022/51/it.

17 D.lg. 30 aprile 1992, n. 285 "Nuovo codice della strada", in G.U. n. 114 del 18 maggio 1992, S.O. n. 74.

la dottrina a formulare delle alternative volte ad individuare tre categorie di responsabilità del veicolo intelligente modulate secondo il livello di autonomia del mezzo. Per questa ragione, accanto alla classica responsabilità civile auto, *ex* art. 2054 c.c., applicata ai livelli I e II della scala del National Highway Traffic Safety Administration – NHTSA –[18] si pone la responsabilità da prodotto difettoso, *ex* artt. 115 ss. cod. cons. e la responsabilità dell'IA[19].

La previsione della responsabilità da prodotto difettoso appare congrua nella condizione in cui non solo si individui l'eventuale difetto[20] del prodotto, ma anche un problema di sicurezza nello stesso. Stante la definizione data dall'art. 117 cod. cons., secondo cui "un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze"[21], è possibile individuare tre punti utili per distinguere la responsabilità del produttore da quella del conducente/supervisore del veicolo. Il primo punto consiste nella valutazione del difetto che deve, necessariamente, avvenire ad opera di un tecnico specializzato. Il secondo riguarda le regole che il prodotto deve rispettare e che con riferimento alle norme in vigore al momento di immissione del prodotto nel mercato[22]. Infine, il terzo prevede che non sia sufficiente il mero verificarsi del

18 V. nota 4.

19 In dottrina v., ad esempio, Gaeta, M. C.: "Automazione e responsabilità civile automobilistica", *Responsabilità civile e previdenza*, 2016, pp. 1718-1750; Id.: *Liability rules and self-driving cars: the evolution of tort law in the light of new technologies*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, *passim*; D'Alessio A.: "Veicoli autonomi: prevenzione dei sinistri e nuovi rischi", in Bettini E. e Tondini D.: *La prevenzione, via per un nuovo sviluppo* (a cura di), II, Edito da Diocesi di Teramo, Teramo, 2020, pp. 153-170.

20 Il terzo comma dell'art. 117, cod. cons., sottolinea come il concetto di difetto sia strettamente collegato a quello della sicurezza. In questo modo, il difetto non coincide con il vizio poiché il primo non determina la mancata sicurezza del prodotto. Viceversa, il secondo si. Cosí facendo non solo è possibile intendere il vizio come un genus del difetto, ma consente di distinguere la nozione di difetto fondata sulla sicurezza, da quella di vizio contenuta nell'art. 1490 c.c.
Infine, per completezza della trattazione occorre precisare che il concetto di sicurezza oltre ad essere richiamato nell'art. 117, terzo comma, cod. cons. nonché nella direttiva 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, in GUCE n. L 210/29 del 7 agosto 1985, è richiamata anche nella Carta costituzionale. L'art. 41, primo comma, infatti, sottolinea che "l'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana".

21 L'art. 117 cod. cons. individua le ipotesi in cui un prodotto debba ritenersi difettoso. L'art. cosí recita: "Un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze, tra cui: a) il modo in cui il prodotto è stato messo in circolazione, la sua presentazione, le sue caratteristiche palesi, le istruzioni e le avvertenze fornite; b) l'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato e i comportamenti che, in relazione ad esso, si possono ragionevolmente prevedere; c) il tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione.
2. Un prodotto non può essere considerato difettoso per il solo fatto che un prodotto più perfezionato sia stato in qualunque tempo messo in commercio.
3. Un prodotto è difettoso se non offre la sicurezza offerta normalmente dagli altri esemplari della medesima serie". Per approfondire v. Capobianco, E., Mezzasoma, L. e Perlingieri G.: *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 2019, ESI, Napoli, p. 638.

22 Tuttavia, il produttore è tenuto ad un costante aggiornamento degli standard di sicurezza. Infatti, nonostante, l'art. 117, primo comma, cod. cons., individua le circostanze affinchè un prodotto sia considerato non conforme ai criteri di sicurezza, non sembrano essere sufficienti a discolpare il produttore nel caso di difetto del prodotto nel caso in cui un medesimo bene, con caratteristiche avanzate, non presenti quel difetto. In questo senso si è pronunciato anche il tribunale di Pisa con una sentenza del 16 marzo 2021 nella quale veniva chiesto un risarcimento al produttore di un ciclomotore che, in séguito all'impatto con un muro, si è incendiato provocando diverse ustioni al conducente. Il giudice nell'argomentare la sua decisione ha sottolineato che altri veicoli della stessa categoria non presentano lo stesso deficit di

danno ma occorre che quest'ultimo sia scientificamente provato[23]. Inoltre, nel caso in cui sia possibile applicare la suddetta disciplina l'onere della prova, *ex* art. 120 cod. cons.[24], spetta al conducente che, in qualità di soggetto danneggiato, deve provare il difetto, il danno e il nesso di causalità.

La configurazione della responsabilità dell'Intelligenza artificiale, invece, è questione controversa tanto in dottrina[25] quanto nella regolamentazione

sicurezza. In questo senso per il giudice appare importante il confronto con gli altri veicoli poiché "da esso si deduce che la sentenza non ha imputato al fabbricante il fatto di non avere adottato scelte progettuali meramente teoriche, bensí il fatto di non essersi adeguato a scelte progettuali concretamente adottate (evidentemente per plausibili ragioni) dai concorrenti". In dottrina per approfondire v. Carnevali, U.: "Il difetto di progettazione negli autoveicoli", *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, pp. 2094-2112.

23 In questo senso v. Gaeta, M. C.: *Automazione e responsabilità civile automobilistica*, cit., p. 1731.

24 L'art. 120 cod. cons., rubricato "Onore della prova", disciplina quanto segue: "1. Il danneggiato deve provare il difetto, il danno, e la connessione causale tra difetto e danno. 2. Il produttore deve provare i fatti che possono escludere la responsabilità secondo le disposizioni dell'articolo 118. Ai fini dell'esclusione da responsabilità prevista nell'articolo 118, comma 1, lettera b), è sufficiente dimostrare che, tenuto conto delle circostanze, è probabile che il difetto non esistesse ancora nel momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione. 3. Se è verosimile che il danno sia stato causato da un difetto del prodotto, il giudice può ordinare che le spese della consulenza tecnica siano anticipate dal produttore". Per approfondire v. Capobianco, E., Mezzasoma, L. e Perlingieri, G.: *Codice del consumo annotato con la dottrina* e *la giurisprudenza*, cit., p. 650.

25 Negli ultimi anni, tanto nella dottrina nazionale quanto in quella europea, è acceso il dibattito tra coloro che riconoscono una soggettività giuridica all'intelligenza artificiale e chi, invece, non ritiene necessaria l'attribuzione di diritti e doveri in capo ai robot. Una prima teoria individua nel rischio, insito nell'intelligenza artificiale, tre differenti ipotesi di soggettività. Secondo questo orientamento il pericolo è divisibile in rischio di autonomia, rischio di associazione e rischio di interconnessione. Nel primo si riconosce una soggettività limitata giustificata attraverso l'autonomia lasciata agli agenti software di concludere contratti nella veste di rappresentante del soggetto per cui si agisce e quindi il rappresentato. Si intuisce che il riconoscimento avviene in forza del rapporto che intercorre tra il "Principal" o anche "Dominus" e l'agente software. Nel secondo rischio, invece, l'autore ipotizza il riconoscimento di uno status giuridico frutto dell'associazione uomo-macchina. Infine, nel terzo rischio c.d. di interconnessione l'autore parla ancora del riconoscimento di uno status giuridico, ma, stavolta, in riferimento all'attribuzione di una posizione giuridica che possa rispondere dell'insieme delle informazioni tratte dall'interconnessione. Per approfondire questo orientamento dottrinale v. Teubner, G.: *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, in Femia, P. (a cura di), ESI, Napoli, 2019, *passim*. Un'altra corrente, invece, avvalora il riconoscimento di una soggettività piena e non parziale. Essa, parte da una premessa ben precisa ovvero un "nesso di derivazione" tra l'intelligenza umana e quella artificiale in quanto muove dall'assunto che possa parlarsi di intelligenza artificiale anche avendo riguardo ad ogni "prodotto" dell'intelletto umano. Proprio questa derivazione conduce, tanto gli autori quanto gli "attanti" (vale a dire le decisioni frutto dell'elaborazione dell'Intelligenza artificiale), a poter acquisire "una distinta autonomia esistenziale". Tuttavia, però, occorre fare un'ulteriore specificazione. L'intelligenza artificiale, seppur accomunata dall'interesse, il quale giustifica il riconoscimento della soggettività ("frutto dell'interesse socialmente rilevante che la comunità attribuisce all'entità in questione". [In questo senso, v. Miguel, R., *Le avventure del soggetto. Contributo teorico-comparativo alle nuove forme di soggettività giuridiche*, Mimesis Edizioni, Sesto San Giovanni, 2018, p. 105]), occorre porla sempre in relazione al valore della persona. Infatti, se tutte le persone sono dei soggetti lo stesso non può dirsi per i soggetti e quindi per l'IA. Alla luce di ciò, l'autore evidenzia come mentre la "persona-soggetto fonda sul valore, il soggetto-non persona sull'interesse". Questa riflessione conduce l'autore a sottolineare che un conto è discutere della persona e delle sue complementarità le quali acquisiscono una soggettività frutto dell'item persona, un conto, invece, parlare degli attanti quali elaborati autonomi delle decisioni macchiniche giustificati dall'item interesse. In questo senso e per approfondire v. Caterini, E.: *L'intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di* socializzazione *del diritto civile*, ESI, Napoli, 2020, *passim*, spec. pp. 95-111 nonché Id.: "*Artificial Intelligence*, persona e soggetto", *Tecnologia e diritto*, 2022, pp. 207-249.
Contro i pensieri dottrinali appena elencanti vi è chi non considera necessario il riconoscimento della soggettività elettronica dell'agente software. Questo orientamento trova fondamento nell'interesse che spinge il soggetto giuridico al compimento di un'azione. In particolare, l'autore sostiene che mentre l'uomo agisce per un interesse proprio e autonomo, il robot agirebbe, invece, per realizzare un interesse prettamente umano. Ancora, questa teoria evidenza anche come il riconoscimento dello status personae avviene grazie all'importanza che la Costituzione ha dato al valore persona quale "valore primario", "valore dei valori". In questo senso v. Procida Mirabelli di Lauro, A.: "Le intelligenze artificiali tra responsabilità civile e sicurezza sociale", in Perlingieri, P., Giova, S. e Prisco, I.: *Rapporti civilistici e intelligenza artificiale:*

europea[26]. Essa in particolare è strettamente correlata al riconoscimento o meno di una soggettività giuridica[27] in capo all'IA che attualmente non gode di propri diritti e doveri e, dunque, ostacola una effettiva tutela risarcitoria per il soggetto danneggiato vittima del sinistro stradale[28].

Il meccanismo dell'IA si basa su un complesso processo decisionale in cui le informazioni vengono fornite dagli utenti utilizzando un software o un servizio. Si pensi, ad esempio, ai semafori e alla segnaletica intelligente, agli Smartphone, agli Smart Watch, ai tablet e a tutti i dispositivi che rilasciano continuamente

attività e responsabilità. Atti del 15° Convegno Nazionale, 14-15-16 maggio 2020 (a cura di), Grand Hotel Vesuvio, ESI, Napoli, 2020, pp. 308-309. Per approfondire il concetto di status personae alla luce del valore della persona v. Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II ed., ESI, Napoli, 1991, p. 277 in cui l'autore sottolinea che lo status personae "esprime la posizione giuridica unitaria e complessa dell'uomo in una determinata società civile, acquista sin dal momento nel quale esiste come valore umano".
In generale e per approfondire in materia di riconoscimento della personalità elettronica v. Cirillo, G.P.: "I soggetti giuridici digitali", Contratto e impresa, 2020, pp. 573-590; Ruffolo, U.: "Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo", in Gabrielle, E. e Ruffolo, U.: *Intelligenza Artificiale e diritto* (a cura di), *Giurisprudenza italiana*, 2019, p. 1690 ss.
Nella dottrina tedesca v., invece, Beck S.: "Der rechtliche Status autonomer Maschinen", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2017, p. 183 ss.; Ead.: "Über Sinn und Unsinn von Statusfragen: Zu Vor-und Nachteilen der Einführung einer elektronischen Person", in Hilgendorf, E. e Günther, J. P.: *Robotik und Gesetzgebung* (a cura di), Baden-Baden, 2013, p. 239 ss; Ead., *Grundlegende Fragen zum rechtlichen Umgang mit der Benutzerund Herstellerhaftung*, München, 2016, p. 251 ss.; Wettig, S.: *Vertragsschluss mittels elektronischer Agenten*, Universität Bayreuth, Berlino, 2010, *passim*; Wettig, S. e Zehendner, E.: "The Electronic Agent: A Legal Personality under German Law?", *Proceedings of the law and Electronic Agents Workshop*, 2003, pp. 97-112; Weitzenboeck, E. M.: "Electronic Agents and the Formation of Contracts", *International Journal Law Inf. Tec.*, 2001, p. 204 ss.; Allen, T. e Widdinson, R.: "Can Computers Make Contracts?", *Harvard L. Law & Tec*, 1996, p. 25 ss.

26 Il legislatore europeo, al pari degli studiosi del diritto, risulta dubbioso circa la previsione normativa o meno di un riconoscimento della personalità elettronica ai robot. L'alea emerge da due Risoluzioni che sembrano contraddirsi a vicenda. Nella prima Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica n. 2015/2013 (INL), in GUUE C 252/239 del 18 luglio 2018, il legislatore al Considerando AC si interroga circa la natura dell'autonomia dei robot alla luce sia dell'attuale disciplina sia di quella futura. A questo proposito, il Parlamento europeo individua delle possibili soluzioni tra cui si legge proprio quella di istituire 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 terzi". Viceversa, nella Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019 su una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale (2018/2088(INI)), in GUEE C 449/37 del 23 gennaio 2020, il legislatore sembra non preoccuparsi più di studiare i modi possibile per riconoscere lo status giuridico di "persona elettronica". Il pensiero di questa Risoluzione è confermato anche dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020/2014(INL)), in GUUE C 404/2 del 6 ottobre 2021, dove si sottolinea che "non è necessario conferire personalità giuridica ai sistemi di IA". In dottrina v. D'Alessio, A.: "La responsabilità civile dell'intelligenza artificiale antropocentrica", *Persona e mercato*, 2022, pp. 243-257.
Infine, è opportuno sottolineare che, seppure le citate risoluzioni appaiano contrastanti, l'Unione europea sottolinea sempre l'importanza di una visione antropocentrica nel quale l'uomo ha un ruolo dominante rispetto l'IA. In questo senso v. la Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni relativa alla creazione della fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica, Bruxelles, 8.4.2019 COM(2019) 168 final.

27 L'attribuzione della capacità di agire sia alle organizzazioni sia agli algoritmi è possibile distinguerla in tre dimensioni. La prima è l'interazione; la seconda consiste nella capacità di autodeterminare cambiamenti di condizioni e la terza, infine, riguarda l'adattamento alle strategie decisionali. In questo senso e per approfondire v. Floridi, L.: *The ethics of Informations*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 140 s.

28 L'importanza di garantire un risarcimento effettivo è sottolineata anche nella Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale) nonché dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

informazioni o a servizi come la gestione Smart delle colonnine di ricarica, ai posteggi o al noleggio di un'autovettura condivisa. È proprio grazie al rilascio di questi dati e all'utilizzo di tutti i dispositivi Smart che il veicolo intelligente può svolgere l'azione affidata dal supervisore.

In questo contesto, sia che si opti per la responsabilità del conducente/produttore sia per quella dell'IA, la difficoltà risiede nell'individuazione di un soggetto a cui imputare la responsabilità da condotta pregiudizievole dell'agente software[29-30]. È arduo, infatti, identificare l'esatto soggetto che abbia il potere e/o controllo del rischio associato all'IA o quale sia stato il comando e/o il dato scorretto inserito in rete che abbia causato il danno nonché il comportamento che lo ha originato[31]. In altri termini può dirsi che l'agire autonomo dell'IA, che determina una perdita di controllo da parte dell'agire umano[32], implica l'insorgenza di enormi difficoltà nel campo aquiliano[33].

La complessità di risalire all'effettivo responsabile porta all'impossibilità sia di individuare il colpevole sia di risarcire il danno in modo proporzionato e adeguato. Questo si scontra con il precetto del *neminem laedere* secondo cui chi lede la sfera giuridica altrui provocando un danno ingiusto è tenuto a risarcirlo. Affinché l'antico dettame trovi applicazione anche in tale ambito occorre forse riconoscere una soggettività giuridica[34] all'IA che, presupponendo un'autonomia patrimoniale perfetta, consentirebbe di avere una disponibilità di patrimonio utile ai fini del

29 Il processo decisionale dell'Intelligenza artificiale si basa, per l'appunto, su delle decisioni che vengono delegate dall'utente all'agente software mediante la fruizione di un servizio e/o di un software. I rischi che da esso possono generarsi sono di tre tipi: 1) il rischio di autonomia che deriva dalle decisioni indipendenti che gli agenti software possono prendere; 2) il rischio di associazione. Esso dipende dalla stretta collaborazione tra uomo e agente software; 3) il rischio di interconnessione che può provocare dei comportamenti non isolati, "ma in stretta interdipendenza di una pluralità di computer in rete". Per approfondire v. Teubner, G.: *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, cit., p. 37.

30 La difficoltà dell'onere della prova è evidenziata anche dalla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi che riconosce la difficoltà di provare che il prodotto era difettoso e che questo ha provocato il danno subito. La nuova proposta evidenzia che "l'onere della prova è a carico del danneggiato, che deve provare il danno subito, il carattere difettoso del prodotto e il nesso di causalità che li unisce. Tuttavia, alla luce delle difficoltà incontrate dal danneggiato, in particolare nei casi complessi, l'onere della prova è alleggerito per conseguire un giusto equilibrio tra gli interessi dell'industria e quelli dei consumatori".

31 Parte della dottrina, come Gaeta M.C. e D'Alessio A., sostiene l'esclusione di una soggettività elettronica dell'IA nonchè l'attribuzione della responsabilità derivante dall'IA in capo al produttore del software, quasi escludendo tutte le altre ipotesi di responsabilità presenti nell'ordinamento e che, come si avrà modo di sottolineare, non fanno altro che far venir meno l'effettività della tutela per il soggetto leso.

32 In questo senso v. Teubner, G.: *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, cit., p. 22;

33 Tuttavia, è anche vero che, come si vedrà nel prosieguo del lavoro, trovare delle soluzioni interpretative tra la disciplina aquiliana *de iure condìto* risulta "persuasivo" fin quando vi è un legame "inscindibile tra l'interesse dell'attante e quello dell'attore". In questo senso v. Caterini, E.: "*Artificial Intelligence*, persona e soggetto", cit., pp. 207-249 nonché Ruffolo, U.: "Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo", cit., p. 1698.

34 Già con il Progetto di relazione con raccomandazioni alla Commissione per la regolazione civile nel campo della robotica, l'unione europea ha sottolineato la possibilità di istituire 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 terzi". Il testo riportato nel progetto di relazione è il medesimo di

ristoro del danno in caso di sinistro provocato dalla stessa[35]. Tuttavia, questa soluzione appare come una chimera di difficile realizzazione. Per questa ragione, in attesa che ciò accada occorre contemperare gli interessi in gioco, vale a dire del supervisore e del produttore, affinché la responsabilità del sinistro stradale non venga imputata "automaticamente" al supervisore. In altri termini, è necessario bilanciare l'iniziativa del supervisore con il rischio dell'impulso del dispositivo intelligente e/o dei prodotti difettosi che abbiano causato il sinistro[36].

III. LA RESPONSABILITÀ DA "DANNO CAGIONATO DA COSE IN CUSTODIA" QUALE STRUMENTO ALTERNATIVO ALL'ART. 2054 C.C.

La possibilità di applicare paradigmi risarcitori differenti da quello disciplinato dall'art. 2054 c.c. potrebbe essere legata alle caratteristiche intrinseche dell'intelligenza artificiale stessa[37]. Fin quando non si giunge ad una conclusione circa il riconoscimento della soggettività giuridica dei robot, infatti, è fondamentale indagare e capire le peculiarità degli automi. Ciascuna intelligenza artificiale è sì progettata dall'uomo, ma può vantare un margine di autonomia, una libertà di compiere delle scelte diverse rispetto alle altre: in questo contesto, tanto più è libero l'agente software di prendere delle decisioni tanto più emergerà l'esigenza di riconoscergli una personalità giuridica[38]. Viceversa, da una minore libertà decisionale deriva la possibilità di applicare il regime giuridico dei beni e non quello

quello approvato con la risoluzione del 12 febbraio 2017. Per approfondire consulta il seguente link https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-582443_IT.pdf?redirect.

35 Si leggano Mayinger, S. M.: *Die Künstliche Person. Untersuchung rechtlicher Veränderungen durch die Installation von Softwareagenten im Rahmen von Industrie 4.0, unter besonderer Berücksichtigung des Datenschutzrechts*, Recht Und Wirtschaft GmbH, Francoforte sul Meno, 2017, p. 227 ss.; Wettig, S. e Zehendner, E.: "The Electronic Agent: A Legal Personality under German Law?", *Proceedings of the law and Electronic Agents Workshop*, 2003, p. 97 ss.; Koops, B.J., Hilde-brandt, M. e Jaquet-chiffelle, D.O.: "Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entites in the information Society?", *Minnesota J. L. Sc &Tec.*, 2010, p. 497 ss.

36 Questo pensiero è stato evidenziato anche dal legislatore europeo nel considerando 30 della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi. Il Parlamento europeo ed il Consiglio, infatti, hanno evidenziato che l'asimmetria tra il conducente ed il produttore "può compromettere la giusta ripartizione dei rischi, specialmente nei casi più complessi da un punto di vista tecnico o scientifico".

37 Per approfondire v. Ruffolo, U.: "Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo, cit., p. 1692. L'autore sottolinea 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. Mentre le responsabilità di chi 'addestra' una entità artificiale intelligente, o comunque la espone ad 'esperienze' che ne mutano la 'mentalité', sembrano poter essere regolabili mediante il ricorso all'art. 2051 c.c. e – quando ve ne siano i presupposti – all'art. 2050 c.c." nonché Gambini, M.: "Algoritmi e sicurezza", *Giurisprudenza italiana*, 2019, p. 1726.

38 V. Caterini, E.: *L'intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di* socializzazione *del diritto civile*, cit., *passim*.

riservato alle persone[39]. Questa distinzione apre all'interprete numerose riflessioni circa la possibilità di applicare forme alternative di responsabilità aquiliana[40].

Nello scenario che si va delineando, l'auto Smart resta sempre un bene di cui il proprietario, o chi in quel momento lo utilizza, *ex* art. 2054, terzo comma, c.c., ne risponde per gli eventuali danni provocati, e non un "soggetto elettronico" di diritto indipendente e autonomo. L'attenzione del giurista ad altre fattispecie di responsabilità aquiliana è ampliata anche dal superamento del ruolo del conducente in favore di quello del supervisore[41]. Su quest'ultimo, seppure non guidi più il veicolo, permane l'obbligo di scambiare, in caso di pericolo o necessità, la guida automatica con quella manuale e viceversa.

L'emersione della figura del supervisore nonché l'esigenza di trovare una tutela risarcitoria effettiva e proporzionata spinge il giurista ad orientarsi verso l'applicazione, in chiave assiologica e sistematica[42], di parametri di responsabilità differenti, quale quello sancito dall'art. 2051 c.c. rubricato "danno cagionato da cose in custodia"[43].

Tradizionalmente, con il concetto di cosa si intende qualsiasi bene "inanimato, mobile o immobile, pericoloso o meno, allo stato solido, fluido o gassoso"[44] che possa produrre un danno. Tuttavia, la dottrina ha escluso da questa definizione tutte quelle cose, come edifici e autoveicoli, per le quali è prevista una disciplina ad *hoc* (*ex* artt. 2053, 2054 c.c.)[45]. L'evoluzione tecnico-scientifica della società

39 Di questo avviso è Caroccia, F.: "Soggettività giuridica dei Robot?", in Alpa, G.: *Diritto e intelligenza artificiale* (a cura di), Pacini editore, Pisa, 2020, p. 225. Dello stesso parere è Teubner, G.: *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, cit., *passim*, in cui l'autore suggerisce un approccio "caso per caso" non in base alle libertà, bensì al livello di rischio che l'uso del sistema di intelligenza possa comportare.

40 Per una disamina in tal senso v. Santosuosso, A. e Tomasi, M.: *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, 2ª ed., CEDAM, Milano, 2021, *passim*; Fusaro, A.: "Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo", *Nuova giuridica civile commentata*, 2020, p. 1344; Salanitro, U.: "Intelligenza artificiale e responsabilità. La strategia della Commissione Europea", in *Rivista di diritto civile*, 2020, p. 1246 ss.; Irti, N.: "Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)", *Rivista di diritto processuale civile*, 2018, p. 1180 s.

41 Fino a qualche anno fa era impensabile pensare alla guida di un veicolo senza conducente. Oggi, invece, la tecnologia permette di farlo migliorando sia le prestazioni sia la sicurezza del veicolo. Per approfondire v. Bertolini, A.: "Robots as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules", *Law, Innovation and Technology*, 2013, V, p. 225.

42 Emerge, allora, il principio di legalità che "implica il rispetto dei singoli precetti, ma coordinati con l'insieme delle proposizioni normative e armonizzati con i principi fondamentali di rilevanza primaria […], mediante il confronto e la contestuale conoscenza del problema da regolare – quale fatto storicamente determinato – al fine di individuare la normativa più adeguata agli interessi e ai valori dei quali è portatore. L'interpretazione, pertanto, è per definizione logico-sistematica […] e teleologica-assiologica, cioè finalizzata all'attuazione dei valori caratterizzanti l'ordinamento.", Perlingieri. P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, ESI, Napoli, 2020, II, pp. 334-335.

43 Di questo avviso è Albanese, A.: "La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione", *Europa e diritto privato*, 2019, p. 1009. Secondo l'autore l'art. 2051 c.c. può "trovare applicazione anche nel caso di danni che, pur essendosi verificati durante l'utilizzo dell'automobile, siano causalmente riconducibili ad una sua anomalia di funzionamento, che abbia avuto incidenza causale assorbente rispetto alla condotta umana".

44 In questo senso v. Facci, G. e Iuliani, A.: "Art. 2051 c.c. – Danno cagionato da cosa in custodia", in Bonilini, G., Confortini M. e Granelli, C.: *Codice civile commentato* (a cura di), in Onelegale.it.

45 V. nota precedente.

nonché delle figure classiche disciplinate dal diritto suggerisci un'evoluzione del pensiero giuridico. Infatti, seppure la tutela da circolazione dei veicoli sia disciplinata dall'art. 2054 c.c., è impossibile applicarlo ai nuovi veicoli in quanto la figura del conducente viene meno lasciando il posto a quella del supervisore[46]. Sono proprio le caratteristiche di quest'ultimo che spingono a sovrapporre le peculiarità del supervisore con quelle del custode e applicare al primo la normativa del secondo. Su entrambi, infatti, ricade il dovere di vigilare, controllare nonché supervisionare sui possibili rischi derivanti dal veicolo intelligente[47].

Applicando la fattispecie prevista dall'art. 2051 c.c. sul supervisore, responsabile del veicolo[48], grava una presunzione di responsabilità di tipo oggettivo[49], salvo che provi il caso fortuito o un comportamento scorretto del danneggiato[50].

Nell'individuazione oggettiva del responsabile appare opportuno il combinato disposto tra l'art. in analisi e l'art. 2054, terzo comma, c.c.. L'esigenza di leggere insieme le due norme nasce dalla eventualità che la figura del supervisore non coincida con quella del proprietario del veicolo. Difatti, è probabile che la supervisione del veicolo ricada su di un soggetto diverso quale, ad esempio, l'usufruttuario, l'acquirente con patto di riservato dominio[51] e così via. Sul detentore grava una responsabilità solidale con il proprietario dell'autovettura. Questo porta a distinguere l'ipotesi in cui il rischio è insito nella *res* in custodia da quello opposto la cui pericolosità dipende dall'utilizzo che viene fatto del veicolo. Sicuramente, il caso dei veicoli intelligenti si colloca nella seconda ipotesi normativa poiché il rischio dipende dall'infrastruttura in cui le auto vengono utilizzate, dalle

46 Di questo avviso è anche Tampieri, M.: "L'intelligenza artificiale: una nuova sfida anche per le automobili", cit., p. 732 ss.

47 Negli anni si sono elaborate diverse teorie dottrinali che hanno inquadrato diversamente la figura del custode. Ai fini dell'elaborato è opportuno adottare la definizione secondo cui il custode ha un dovere di controllo sui rischi derivanti dalla cosa. In questo senso si esprime Trimarchi, P.: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 244.

48 Del resto, è lo stesso decreto Smart road che attribuisce una responsabilità diretta al supervisore. L'art. 10, comma 2, infatti, sottolinea che "Il supervisore deve essere in grado di commutare tempestivamente tra operatività del veicolo in modo automatico e operatività dello stesso in modo manuale e viceversa. Il supervisore ha la responsabilità del veicolo in entrambe le modalità operative".

49 In giurisprudenza v. Cass. 6 luglio 2006 n. 15384, *Foro Italiano*, 2006, p. 3358 in cui si sottolinea che "La figura di responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. trova la sua ratio nell'indefettibile presupposto che in capo al responsabile sussiste un effettivo e reale potere fisico sulla cosa, potere capace di arrecare danno. Solo tale condizione di oggettiva e continua padronanza del bene può portare a giustificare un'imputazione del danno in capo al custode". In dottrina v. Costanza, M.: "L'Intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile", in Gabrielle, E. e Ruffolo, U.: *Intelligenza Artificiale e diritto* (a cura di), in *Giurisprudenza italiana*, 2019, pp. 1686-1689.

50 Un recente orientamento della Cassazione (ordinanza n. 347 del 13 gennaio 2020 nonché la n. 2483 del 1 febbraio 2018, in *One Legale*) ha aggiunto come "la condotta del danneggiato, entrato in relazione con la cosa, si atteggia diversamente a seconda del grado di incidenza causale sull'evento dannoso, in applicazione, dell'art. 1227, 1o comma, c.c., richiedendo una valutazione che tenesse conto del dovere generale di ragionevole cautela, riconducibile al principio di solidarietà espresso dall'art. 2 della Costituzione".

51 In questi termini si esprime Malomo, A.: *Codice civile annotato Perlingieri*, 3° ed., ESI, Napoli, 2010, sub art. 2051, p. 2648. L'autrice sottolinea che si "reputa 'custode' del bene non soltanto il proprietario, quant'anche l'usufruttuario, l'enfiteuta, il conduttore, il possessore, il detentore e, più in generale, chiunque si venga a trovare ad esercitare un effettivo e non occasionale potere materiale sul bene stesso". Per approfondire v. anche Jannarelli, A.: "Art. 2051, Danno cagionato da cosa in custodia", in Carnevali, U.: *Dei fatti illeciti* (a cura di), in *Commentario codice civile diretto da Gabrielli. E*, UTET Giuridica, Torino, 2011, p. 261 ss.

condizioni climatiche, dalla correttezza dei dati inseriti in rete nonché dalle misure di sicurezza generali che vengono adottate. In altre parole, quindi, è considerato responsabile colui che detiene effettivamente il controllo del veicolo. Viceversa, il proprietario risulta responsabile in solido, soprattutto in ipotesi di danno da una cattiva manutenzione del veicolo intelligente come, ad esempio, l'aggiornamento del software del veicolo o dei dispositivi che compongono l'auto nella sua totalità[52].

Ulteriormente, affinché possa applicarsi la responsabilità aquiliana da "danno cagionato da cose in custodia" occorre un rapporto di causalità tra l'azione della cosa in custodia e il danno. In altre parole, è possibile affermare che il supervisore sia responsabile quando il comportamento intelligente del veicolo abbia concorso a caggionare il verificarsi del danno. Tuttavia, bisogna distinguere i fatti in fatti tipici che si associano al rischio X (nel caso in esame, ad esempio, l'utilizzo e la circolazione del veicolo) e fatti atipici che il supervisore stesso fa fatica a prevedere e per i quali, anche nel caso di applicazione dell'art. 2051 c.c., è auspicabile un'assicurazione. Il limite della responsabilità, rappresentato dai fatti atipici di difficile previsione, è inglobato nella nozione di caso fortuito che si fonda sul concetto di imprevedibilità del verificarsi del danno [53]. L'elemento dell'imprevedibilità caratterizza sia il citato articolo sia la responsabilità dell'intelligenza artificiale.

Nell'ambito della responsabilità aquiliana si è tentato di definire il giudizio di imprevedibilità e si è giunti a diverse ipotesi della stessa tra cui la valutazione del rischio che deve essere condotta non sulla singola cosa (ovvero nel caso di specie il singolo dispositivo), ma sul "bene" che si origina dalla commistione delle singole cose (ovvero l'auto intelligente frutto dei dispositivi Smart che la compongono) nonché la valutazione della prevedibilità che deve essere fatta non sulla base delle conoscenze del supervisore, bensì di quelle della scienza e della tecnica[54]. Ancora, interpretando il caso fortuito nella sua accezione più ampia è possibile far rientrare anche il fatto naturale, il fatto del terzo nonché il fatto dello stesso danneggiato[55]. Su quest'ultimo grava l'onere di dimostrare il legame eziologico tra l'auto intelligente e il danno subito, mentre sul supervisore grava, come detto,

52 Quando si parla degli aggiornamenti del software ci si riferisce a nuove versioni dell'applicazioni rilasciate dal produttore. Il proprietario del veicolo, infatti, se non esegue gli aggiornamenti rilasciati dalla "casa madre" risulta responsabile per il danno provocato. Viceversa, qualora sia la "casa madre" a non aver provveduto a risolvere anomalie e/o vulnerabilità del software è essa a risultare responsabile. Quanto detto è evidenziato nella Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi nonché anche nel Regolamento (UE) 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medici, che modifica la direttiva 2001/83/CE, il regolamento (CE) n. 178/2002 e il regolamento (CE) n. 1223/2009 e che abroga le direttive 90/385/CEE e 93/42/CEE del Consiglio, in GUUE L 117/1 del 5 maggio 2017.

53 In questo senso e per approfondire v. Trimarchi, P.: *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, II ed°, Giuffrè, Milano, 2019, p. 358.

54 In questo senso e per approfondire v. Trimarchi, P.: *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., p. 363.

55 Per approfondire v. Facci, G. e Iuliani, A.: "Art. 2051 c.c. – Danno cagionato da cosa in custodia", cit., nonché Salvi. C: "Responsabilità extracontrattuale", *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1231.

l'onere di provare qualsiasi fattore che sia idoneo (fortuito) ad interrompere il nesso causale provato dal danneggiato. In particolari ipotesi, inoltre, alle parti in gioco potrebbe essere riconosciuto un concorso colposo. Questo può accadere quando il danneggiato attui un comportamento imprevedibile e inevitabile per il custode rispetto al quale permane il nesso eziologico tra la cosa e il danno cagionato. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il veicolo intelligente prenda una decisione sulla base di dati scorretti che sono stati immessi in rete dal soggetto danneggiato o da soggetti terzi. In questa fattispecie, la decisione presa dal veicolo, oltre a non potersi considerare corretta, aumenta le probabilità del verificarsi di un danno. Allo stesso tempo non pare possibile attribuire la colpa esclusivamente al detentore del bene oggetto di custodia in quanto non può né conoscere né evitare l'immissione scorretta dei dati. Dottrina prevalente ritiene che, in queste ipotesi, debba riconoscersi un concorso colposo, *ex* art. 1227, comma 1[56], c.c.. Altra parte degli studiosi sottolineano, invece, che il concetto di fortuito, applicato in fattispecie in cui vi è un comportamento manifestatamente negligente del danneggiato o di un terzo, non possa causare direttamente un concorso di colpa, ma occorre valutare secondo la tipologia del caso fortuito[57]. Altri orientamenti dottrinali sostengono piuttosto l'impossibilità di attribuire la colpa al detentore della cosa in custodia[58].

L'interpretazione che, dettata dall'impossibilità di applicare l'art. 2054 c.c. per il venir meno della figura del conducente, rimanda a diverse previsioni normative quale quella dell'art. 2051 c.c. può, in alcune ipotesi, non considerarsi una tutela completa ed effettiva. Come fin qui argomentato, l'impiego della responsabilità da "danno cagionato da cose in custodia" fa sì che, nei casi di sinistro stradale in cui sono coinvolti veicoli di livello III o superiori, il soggetto danneggiato possa avere una tutela effettiva per il danno subito[59]. Tuttavia, se da un lato l'art. 2051 c.c. appare applicabile al supervisore, dall'altro lato, gli effetti derivanti dalla sua applicazione non risultano pienamente soddisfacenti in quanto, superato il problema terminologico, l'elemento di fondo non cambia. Anche l'applicazione dell'art. 2051 c.c. potrebbe generare diversi problemi. Ad esempio, si potrebbe

56 Per approfondire altre ipotesi di concorso colposo v. Malomo, A.: *Codice civile annotato Perlingieri*, cit., pp. 2650-2651. In giurisprudenza v. Cass., 20 luglio 2002, n. 10641, in *One Legale* nonché Cass., 20 febbraio 2006, n. 3651, in *One Legale*.

57 Parte della dottrina sostiene, invece, che il caso fortuito da comportamento negligente del danneggiato è da modulare secondo la tipologia di evento fortuito. In questo senso, i sostenitori di questa idea dottrinale distinguono un fortuito autonomo, incidentale e concorrente nei quali il custode può essere responsabile o liberato del tutto dal dovere di risarcire l'illecito. Per approfondire v. Jannarelli, A.: Art. 2051, "Danno cagionato da cosa in custodia", cit., pp 285-292.

58 Di questo avviso è Comporti, M.: "Fatti illeciti: le responsabilità oggettive. Artt. 2049-2053", *Codice civile Commentato Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 275-279. L'autore, rispetto a quanto sostenuto da Malomo, A. e Jannarelli, A., sottolinea che il caso fortuito imprevedibile e inevitabile libera il custode e non costituisce, quindi, ipotesi di concorso colposo.

59 Il riferimento al principio dell'effettività della tutela è importante poiché assicura "una tutela piena e completa delle situazioni soggettive dedotte". In questo senso v. Carapezza Figlia, G. e Sajeva, S.: "Responsabilità civile e tutela ragionevole ed effettiva degli interessi", in Perlingeri, G. e Fachechi, A.: *Ragionevolezza a proporzionalità nel diritto contemporaneo* (a cura di), ESI, Napoli, 2017, pp. 163-164.

attribuire la colpa dell'evento ad un soggetto che magari non avrebbe potuto fare nulla per evitarlo, ma che, nell'ottica della disciplina della responsabilità oggettiva risulterebbe colpevole, salvo che dimostri il caso fortuito. Ancora si pensi all'ipotesi di caso fortuito, presente anche nel caso della responsabilità del produttore, in cui per caratteristiche interne dell'IA (quale, ad esempio, la capacità dell'IA di evolversi, di adattarsi nonché di automodificarsi) sarebbe scorretto attribuire la responsabilità al supervisore, custode del veicolo, o al produttore poiché impossibilitati a prevedere o evitare il comportamento dell'agente software.

IV. CONCLUSIONI.

Dalla disamina condotta si evince la funzione centrale che il giudizio di responsabilità comporta, vale a dire la risarcibilità del danno. Quest'ultima risulta di difficile valutazione a causa delle recenti evoluzioni sociali e tecnologiche che hanno contribuito alla ridistribuzione della responsabilità tra tutti i soggetti direttamente o indirettamente coinvolti[60]. L'auspicio dell'Unione europea è proprio quello di trovare una soluzione *de iure còndito* preferendo l'applicazione di una responsabilità civile già presente negli ordinamenti e che attribuisce la colpa ad un essere umano piuttosto che ad un robot[61]. In questa direzione la dottrina ha elaborato i tre gradi di responsabilità di cui si è parlato nel secondo paragrafo. Tuttavia, posto che la responsabilità del produttore da prodotto difettoso rileva nelle ipotesi di danno cagionato dall'IA, è auspicabile considerarla come un'alternativa e non come la fonte primaria di risarcimento. Infatti, la previsione di "criteri di attribuzione" più generali, fondati cioè sul criterio della responsabilità oggettiva, permette una maggiore tutela. L'idea di considerare la soluzione offerta dal codice del consumo come alternativa è giustificata da una minore tutela altrimenti conseguibile dall'applicazione della disciplina generale della responsabilità prevista dal codice civile. La prima, secondo il caso concreto, può determinare a volte tutele maggiori, ma altre volte tutele minori. Per fare qualche esempio, si pensi, alla disciplina della prescrizione o, anche, a tutti gli oneri probatori che gravano sul produttore e sul consumatore[62].

In questi termini, assume importanza non tanto lo studio della causa del danno ingiusto, da prodotto o meno, quanto l'imputabilità dell'evento lesivo. Inoltre, la ragionevolezza costituisce criterio cardine per l'interprete[63] poiché la

60 V. anche Salvi. C.: "Responsabilità extracontrattuale", cit., pp. 1222-1223.

61 Ci si riferisce alla Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, cit., in cui il Parlamento europeo ha sottolineato al punto 56 che "almeno nella fase attuale, la responsabilità deve essere imputata a un essere umano e non a un robot. In dottrina e per approfondire v. Di Rosa, G.: "Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"?", *Rivista di diritto civile*, 2021, p. 845.

62 Per approfondire v. Ruffolo, U.: "Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo", cit., p. 1695.

63 La ragionevolezza "è un criterio che, nel rispetto del principio di legalità, contribuisce a individuare nel momento applicativo la soluzione – tra quelle astrattamente e giuridicamente possibili – più di tutte conforme non soltanto alla lettera della legge, bensì alla logica complessiva del sistema e dei suoi valori

scelta del "giusto rimedio"[64] non può non sfociare nella valutazione e applicazione delle tecniche di tutela maggiormente idonee al caso concreto. La mutevolezza degli interessi giuridici facenti capo al soggetto leso non può essere limitata esclusivamente ad una tipologia di responsabilità (da prodotto), ma occorre calibrare tra loro i rimedi offerti dall'ordinamento[65]. Così facendo, accanto al criterio della ragionevolezza sul piano qualitativo, si aggiunge quello della proporzionalità sul piano quantitativo[66]. Questi due criteri chiave devono poi seguire la logica del bilanciamento con gli altri interessi in gioco[67]. L'importanza di un corretto e attento bilanciamento emerge proprio dalla complessità dell'attribuzione della colpa la quale finisce, salvo che sia palesemente un errore del prodotto, in capo al supervisore.

L'interpretazione sistematica e assiologica[68] nonché il combinato disposto delle norme citate fin qui, agevola certamente l'attribuzione della responsabilità del sinistro causato da un veicolo di livello III o superiore, ma a volte, in ipotesi, ad esempio, in cui l'evento dannoso è dipeso esclusivamente da un errore dell'IA, appare scorretto attribuire la colpa al supervisore o al produttore del veicolo/software. Lo stesso problema potrebbe presentarsi ogni qualvolta appare di difficile attribuzione l'evento lesivo[69]. La difficoltà di attribuire la colpa tra i soggetti coinvolti vale a dire il danneggiato, il supervisore o il produttore, va contro ogni principio di sicurezza nonché tutela necessaria per tutti quei soggetti che subiscono un danno e che hanno diritto al ripristino della situazione *ex ante*.

normativi, in modo da evitare abusi dell'interprete e far sì che la ragione giuridica della decisione sia sempre 'prevedibile' e 'definibile', nonché conforme all'ordine giuridico espresso in un dato momento storico", Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, ESI, Napoli, 2015, pp. 22-23.

64 Il giusto rimedio "[N]on è l'interesse a strutturarsi attorno al rimedio, ma il rimedio a dover trovare concreta modulazione in funzione degli interessi meritevoli che vengono in rilievo nella fattispecie concreta", Perlingieri, P.: "Il «giusto rimedio» nel diritto civile", *Giusto processo civile*, 2011, p. 4 s.

65 V. Carapezza Figlia, G. e Sajeva, S.: "Responsabilità civile e tutela ragionevole ed effettiva degli interessi", cit., pp. 161-199, spec. pp. 161-164.

66 Un rinvio è doveroso a Perlingieri, G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, ESI, Napoli, 2013, p. 114 ss.

67 Per un maggiore approfondimento v. Messinetti, D.: "Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali", *Europa e diritto privato*, 2005, p. 610.

68 Evidenziano l'importanza di un'interpretazione sistematica e assiologica dei rimedi offerti dall'ordinamento Carapezza Figlia, G. e Sajeva, S.: "Responsabilità civile e tutela ragionevole ed effettiva degli interessi", cit., pp. 165-166. Gli autori, ponendo alla base il principio di effettività a cui si è già fatto riferimento, sottolineano che "il principio di effettività concorre, quindi, non alla mera interpretazione della disciplina ordinaria di carattere processuale, ma alla stessa individuazione della normativa da applicare al caso concreto, come dimostrano i più recenti orientamenti giurisprudenziali, i quali, da una parte, tendono a superare il tenore letterale degli enunciati legislativi, adeguandone il significato alle esigenze regolative della quaestio facti, e dall'altra, estendono in via di interpretazione sistematica, specialmente nei casi di insufficiente o deficiente previsione legislativa, l'ambito di rimedi presenti nel tessuto dell'ordinamento". Ulteriormente e per approfondire v. Perlingieri, P.: "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile", *Rassegna di diritto civile*, 1980, p. 95 ss. nonchè Id.: *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, 1989, p. 120 ss.

69 Per approfondire circa la difficoltà di individuare l'effettivo responsabile v. Votano, G.: "La responsabilità da circolazione stradale nella fase di transizione dai veicoli tradizionali alle auto a guida automatica", *Danno e responsabilità*, 2019, p. 330 ss. In particolare, l'autore sottolinea che "potrebbe divenire sempre più complicato individuare con certezza la causa del sinistro (e quindi il soggetto cui imputare la responsabilità). Di conseguenza, è possibile che in numerosi casi la causa del sinistro rimanga ignota".

Alla luce di quanto evidenziato finora ed esclusa la possibilità di propendere per la responsabilizzazione dell'agente software, sarebbe opportuno seguire i consigli della Commissione europea la quale suggerisce un regime sull'assicurazione obbligatoria "integrato da un fondo per garantire la possibilità di risarcire i danni in caso di assenza di copertura assicurativa"[70].

In queste ipotesi, può iniziarsi a considerare non solo la disciplina *de iure còndito*, bensì anche immaginarne una *de iure condendo* e creare per analogia istituti e rimedi pensati con lo scopo di ristorare il soggetto leso[71], che, viceversa, non avrebbe ricevuto alcun risarcimento[72]. In questa direzione, è possibile meditare la creazione di un fondo di garanzia per le vittime delle strade il cui danno è causato dall'anomalia del sistema di intelligenza artificiale dei veicoli o, in generale, dalla difficoltà di attribuire la colpa del sinistro al supervisore e/o al produttore. Del resto, negli anni, si sono creati diversi fondi specifici al fine di offrire equo ristoro a tutti coloro che, altrimenti, non avrebbero ottenuto nessun risarcimento per il danno subito. Ci si riferisce, ad esempio, al fondo vittime della strada; al fondo vittime della caccia; al fondo vittime di mafia, estorsione, usura e reati intenzionali violenti. Al pari dei fondi già esistenti, spetterebbe alle assicurazioni l'obbligo di versare un ammontare annuo volto ad indennizzare tutti quei soggetti che, senza la sua creazione, vedrebbero venir meno la risarcibilità della propria situazione lesa. Inoltre, la lettura ad ampio raggio del fine solidaristico[73], tipico dei citati fondi già esistenti, può giustificare, da un lato, il versamento di una somma di denaro, volta a rimpinguare il fondo, da parte dei produttori del software nonché del veicolo Smart e di tutti i dispositivi che lo compongono, dall'altro, il graduale passaggio futuro verso una socializzazione del rischio[74] per i veicoli di livello IV e V.

70 V. punto 58 della Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, cit. In dottrina v. Di Rosa, G.: "Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"?", cit., p. 846.

71 Per approfondire questo approccio interpretativo v. Perlingieri, P.: "Il «giusto rimedio» nel diritto civile", *Il giusto processo civile*, 2011, p. 1 ss.; Perlingieri, G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, cit., p. 84 ss.; Id.: "Alla ricerca del «giusto rimedio» in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae", *Rassegna di diritto civile*, 2011, p. 664 ss.; Id.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, 2ª ed., ESI, Napoli, 2010, spec. p. 85 ss.; Id.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, ESI, Napoli, 2015, p. 86 ss.; Polidori, S.: sub art. 1418, in Perlingieri, G.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di), IV, 1, 3ª ed., ESI, Napoli, 2010, spec. p. 1021; Lepore, A.: *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del «giusto rimedio»*, ESI, Napoli, 2012, spec. p. 167 ss.

72 Del resto, seppure in ambito medico, la dottrina si è già espressa in tal senso e in modo favorevole. Per approfondire v. Perlingieri, C,: "Responsabilità civile e robotica medica", *Tecnologia e diritto*, 2020, p. 178 in cui l'autrice sottolinea che "[i]n tali ipotesi, dunque, il legislatore necessariamente dovrà introdurre una nuova e specifica soluzione normativa – sia quella di un'assicurazione obbligatoria, sia quella di un patrimonio dedicato –, accanto alle quali affiancare un fondo nazionale che subentri in loro assenza – che consenta di garantire il risarcimento del danno subito dal paziente operato in autonomia da un robot".

73 Il fine solidaristico delle assicurazioni è già stato affermato a partire dagli anni '60. In questo senso v. Donati, A.: *Trattato del diritto delle assicurazioni private, III, Il diritto del contratto di assicurazione, 2, La disciplina delle singole specie (rami) di assicurazione*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 329. Più di recente, invece, v. Landini, S.: "Contratti di assicurazione contro la responsabilità civile automobilistica e sostenibilità", in Landini, S., Venchiarutti, A. e Ziviz, P.: *Sfide e novità nel diritto della assicurazione contro la responsabilità civile automobilistica* (a cura di), ESI, Napoli, 2016, p. 110.

74 In dottrina, condividono l'idea di socializzare il rischio causato dalla circolazione dei veicoli Smart e, in generale dell'intelligenza artificiale Salanitro, U.: "Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della

In conclusione, un'interpretazione sistematica e assiologica dell'attuale assetto ordinamentale, che tiene conto del caso concreto[75], diviene "costituzionalmente necessaria" poiché consente una tutela effettiva delle situazioni soggettive lese in caso di veicoli di livello III. Per i gradi di intelligenza più avanzati, invece, sarebbe auspicabile pensare ad una disciplina ad hoc anche in considerazione delle future evoluzioni tecnologiche.

commissione europea", *Rivista di diritto civile*, 2020, pp. 1246-1276, spec. 1272; Borges, G.: "New liability concepts: the potential of insurance and compensation funds", in Lohsse, S., Schulze, R. e Staudenmayer, D.: *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things: Munster Colloquia on Eu Law and the Digital Economy* (a cura di), Bloomsbury Publishing PLC, Busto Arsizio, 2019, p. 145 ss. nonchè Schroll, C.: "Splitting the Bill: Creating a National Car Insurance Fund to Pay for Accidents in Autonomous Vehicles", *Northwestern University Law Review*, 2015, pp. 803-804.

75 L'impostazione assiologica della tecnica del caso concreto trova riscontro anche nel considerando 34 della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi. In particolare, il legislatore europeo evidenzia che spetta all'organo giurisdizionale nazionale analizzare caso per caso al fine di verificare se sussista o meno una difficoltà nel provare l'onere della prova o il difetto del prodotto. Il considerando citato continua attribuendo all'attore, soggetto leso, la sola argomentazione dell'eccessiva difficolta nel provare l'onere della prova o il difetto del prodotto, ma non la prova. Invece, spetta al fabbricante, alla luce delle "conoscenze specialistiche" e delle "migliori informazioni rispetto al danneggiato", controbattere la presunzione.

BIBLIOGRAFIA

Al Mureden, E.: "Event data recorder e advanced driver assistance systems: la "spinta gentile" verso la mobilità del futuro", *Contratto e impresa*, 2022, p. 390 ss.

Albanese, A.: "La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione", *Europa e diritto privato*, 2019, p. 1009.

Allen, T. e Widdinson, R.: "Can Computers Make Contracts?", *Harvard L. Law & Tec*, 1996, p. 25 ss.

Beck S.: "Der rechtliche Status autonomer Maschinen", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2017, p. 183 ss.

Berti Suman, A.: "Intelligenza artificiale e soggettività giuridica: quali diritti (e doveri) dei robot?", in Alpa, G.: *Diritto e intelligenza artificiale* (a cura di), Hoepli, Pisa, 2020, pp. 256-257 nota 19.

Bertolini, A.: "Robots as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules", *Law, Innovation and Technology*, 2013, V, p. 225.

Bertolini, A.: "Robots as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules", *Law, Innovation and Technology*, 2013, V, p. 225.

Borges, G.: "New liability concepts: the potential of insurance and compensation funds", Lohsse, S., Schulze, R. e Staudenmayer, D.: *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things: Munster Colloquia on Eu Law and the Digital Economy* (a cura di), Bloomsbury Publishing PLC, Busto Arsizio, 2019, p. 145 ss

Capobianco, E., Mezzasoma, L. e Perlingieri G.: *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 2019, ESI, Napoli, p. 638.

Carapezza Figlia, G. e Sajeva, S.: "Responsabilità civile e tutela ragionevole ed effettiva degli interessi", in Perlingeri, G. e Fachechi, A.: *Ragionevolezza a proporzionalità nel diritto contemporaneo* (a cura di), ESI, Napoli, 2017, pp. 163-164.

Carnevali, U.: "Il difetto di progettazione negli autoveicoli", *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, pp. 2094-2112.

Caroccia, F.: "Soggettività giuridica dei Robot?", in Alpa, G.: *Diritto e intelligenza artificiale* (a cura di), Pacini Editore, Pisa, 2020, p. 225.

Caterini, E.: "*Artificial Intelligence*, persona e soggetto", *Tecnologia e diritto*, 2022, pp. 207-249.

Caterini, E.: *L'intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di* socializzazione *del diritto civile*, ESI, Napoli, 2020, *passim*, spec. pp. 95-111.

Cerini, D.: "Dal decreto Smart Roads in avanti: ridisegnare responsabilità e soluzioni assicurative", *Danno e responsabilità*, 2018, p. 401 ss.

Cirillo, G.P.: "I soggetti giuridici digitali", Contratto e impresa, 2020, pp. 573-590.

Comporti, M.: "Fatti illeciti: le responsabilità oggettive. Artt. 2049-2053", *Codice civile Commentato Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 275-279.

Costanza, M.: "L'Intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile", in Gabrielle, E. e Ruffolo, U.: *Intelligenza Artificiale e diritto* (a cura di), in *Giurisprudenza italiana*, 2019, pp. 1686-1689.

D'Alessio A.: "Veicoli autonomi: prevenzione dei sinistri e nuovi rischi", in Bettini E. e Tondini D.: *La prevenzione, via per un nuovo sviluppo* (a cura di), II, Edito da Diocesi di Teramo, Teramo, 2020, pp. 153-170.

D'Alessio, A.: "La responsabilità civile dell'intelligenza artificiale antropocentrica", *Persona e mercato*, 2022, pp. 243-257.

Davola, A. e Pardolesi, R., "In viaggio col robot: verso nuovi orizzonti della r.c. auto ("driverless")?", *Danno e responsabilità*, 2017, p. 619.

Di Rosa, G.: "Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"?", *Rivista di diritto civile*, 2021, p. 845.

Donati, A.: *Trattato del diritto delle assicurazioni private, III, Il diritto del contratto di assicurazione, 2, La disciplina delle singole specie (rami) di assicurazione*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 329.

Ead., *Grundlegende Fragen zum rechtlichen Umgang mit der Benutzerund Herstellerhaftung*, München, 2016, p. 251 ss.

Ead.: "Über Sinn und Unsinn von Statusfragen: Zu Vor-und Nachteilen der Einführung einer elektronischen Person", in Hilgendorf, E. e Günther, J. P.: *Robotik und Gesetzgebung* (a cura di), Baden-Baden, 2013, p. 239 ss.

Facci, G. e Iuliani, A.: "Art. 2051 c.c. – Danno cagionato da cosa in custodia", in Bonilini, G., Confortini M. e Granelli, C.: *Codice civile commentato* (a cura di), in Onelegale.it.

Floridi, L.: *The ethics of Informations*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 140 s.

Fusaro, A.: "Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo", *Nuova giuridica civile commentata*, 2020, p. 1344.

Gaeta, M. C.: "Automazione e responsabilità civile automobilistica", *Responsabilità civile e previdenza*, 2016, pp. 1718-1750.

Gaeta, M. C.: *Liability rules and self-driving cars: the evolution of tort law in the light of new technologies*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, *passim*.

Gambini, M.: "Algoritmi e sicurezza", *Giurisprudenza italiana*, 2019, p. 1726.

Gasser T.A. e Westhoff D.: "Definitions of Automation and Legal Issues in Germany", *onlinepubs.trb.org/onlinepubs/conferences/2012/Automation/presentations/Gasser.pdf.*

Gasser T.A.: "Vehicle Automation: Definitions, legal aspects, research needs", *UNECE-Workshop: Towards a new transportation culture: technology innovations for safe, efficient and sustainable mobility*, Brussels, 2014, *passim*.

Irti, N.: "Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)", *Rivista di diritto processuale civile*, 2018, p. 1180 s.

Jannarelli, A.: "Art. 2051, Danno cagionato da cosa in custodia", in Carnevali, U.: *Dei fatti illeciti* (a cura di), in *Commentario codice civile diretto da Gabrielli. E*, UTET Giuridica, Torino, 2011, p. 261 ss.

Koops, B.J., Hilde-brandt, M. e Jaquet-chiffelle, D.O.: "Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entites in the information Society?", *Minnesota J. L. Sc &Tec.*, 2010, p. 497 ss.

Landini, S.: "Contratti di assicurazione contro la responsabilità civile automobilistica e sostenibilità", in Landini, S., Venchiarutti, A. e Ziviz, P.: *Sfide e novità nel diritto della assicurazione contro la responsabilità civile automobilistica* (a cura di), ESI, Napoli, 2016, p. 110.

Lepore, A.: *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del «giusto rimedio»*, ESI, Napoli, 2012, spec. p. 167 ss.

Malomo, A.: *Codice civile annotato Perlingieri*, 3° ed., ESI, Napoli, 2010, sub art. 2051, p. 2648.

Mayinger, S. M.: *Die Künstliche Person. Untersuchung rechtlicher Veränderungen durch die Installation von Softwareagenten im Rahmen von Industrie 4.0, unter besonderer Berücksichtigung des Datenschutzrechts*, Recht Und Wirtschaft GmbH, Francoforte sul Meno, 2017, p. 227 ss.

Messinetti, D.: "Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali", *Europa e diritto privato*, 2005, p. 610.

Miguel, R., *Le avventure del soggetto. Contributo teorico-comparativo alle nuove forme di soggettività giuridiche*, Mimesis Edizioni, Sesto San Giovanni, 2018, p. 105.

Morgan, P., e Parkhurst, P., Handover, C.: "Issues in autonomous driving a literature review", *Project Report*, University of the West of England, Bristol, UK, 2016.

Orestano, R.: *Introduzione allo studio del diritto romano*, Giappichelli, Bologna, 1987, p. 569.

PERLINGIERI, C,: "Responsabilità civile e robotica medica", *Tecnologia* e *diritto*, 2020, p. 178.

PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, ESI, Napoli, 2015, p. 86 ss.

PERLINGIERI, G.: "Alla ricerca del «giusto rimedio» in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae", *Rassegna di diritto civile*, 2011, p. 664 ss.

PERLINGIERI, G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento* e *di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 114 ss.

PERLINGIERI, G.: *La convalida delle nullità di protezione* e *la sanatoria dei negozi giuridici*, 2ª ed., Napoli, 2010, spec. p. 85 ss.

PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, ESI, Napoli, 2015, pp. 22-23.

PERLINGIERI, P.: "Il «giusto rimedio» nel diritto civile", *Il giusto processo civile*, 2011, p. 1 ss.

PERLINGIERI, P.: "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile", *Rassegna di diritto civile*, 1980, p. 95 ss.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II ed., ESI, Napoli, 1991, p. 277

PERLINGIERI, P.: *Scuole tendenze* e *metodi. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, 1989, p. 120 ss.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, ESI, Napoli, 2020, II, pp. 334-335.

POLIDORI, S.: sub art. 1418, in PERLINGIERI, G.: *Codice civile annotato con la dottrina* e *la giurisprudenza* (a cura di), IV, 1, 3ª ed., ESI, Napoli, 2010, spec. p. 1021.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A.: "Le intelligenze artificiali tra responsabilità civile e sicurezza sociale", in PERLINGIERI, P., GIOVA, S. e PRISCO, I.: *Rapporti civilistici* e *intelligenza artificiale: attività* e *responsabilità. Atti del 15° Convegno Nazionale, 14-15-16 maggio 2020* (a cura di), Grand Hotel Vesuvio, ESI, Napoli, 2020, pp. 308-309.

RUFFOLO, U.: "Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo", in GABRIELLE, E. e RUFFOLO, U.: *Intelligenza Artificiale* e *diritto* (a cura di), *Giurisprudenza italiana*, 2019, p. 1690 ss.

SALANITRO, U.: "Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della commissione europea", *Rivista di diritto civile*, 2020, pp. 1246-1276, spec. 1272.

SALANITRO, U.: "Intelligenza artificiale e responsabilità. La strategia della Commissione Europea", in *Rivista di diritto civil*e, 2020, p. 1246 ss.

SALVI. C: "Responsabilità extracontrattuale", *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1231.

SANTOSUOSSO, A. e TOMASI, M.: *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, 2ª ed., CEDAM, Milano, 2021, *passim*.

SCHROLL, C.: "Splitting the Bill: Creating a National Car Insurance Fund to Pay for Accidents in Autonomous Vehicles", *Northwestern University Law Review*, 2015, pp. 803-804.

SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità civile e danno*, Giappichelli, Bologna, 2010, p. 72 s.

TAMPIERI, M.: "L'intelligenza artificiale: una nuova sfida anche per le automobili", *Contratto e impresa*, 2020, pp. 746-748.

TEUBNER, G.: *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, in FEMIA, P. (a cura di), ESI, Napoli, 2019, *passim*.

TIROLE, J.: *Économie du bien commun*, Presses Universitaires de France – PUF, Paris, 2016, pp. 66-68, spec. p. 68.

TRIMARCHI, P.: *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, II ed°, Giuffrè, Milano, 2019, p. 358.

TRIMARCHI, P.: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 244.

VOTANO, G.: "La responsabilità da circolazione stradale nella fase di transizione dai veicoli tradizionali alle auto a guida automatica", *Danno e responsabilità*, 2019, p. 330 ss.

WEITZENBOECK, E. M.: "Electronic Agents and the Formation of Contracts", *International Journal Law Inf. Tec*., 2001, p. 204 ss.

WETTIG, S. e ZEHENDNER, E.: "The Electronic Agent: A Legal Personality under German Law?", *Proceedings of the law and Electronic Agents Workshop*, 2003, pp. 97-112.

WETTIG, S. e ZEHENDNER, E.: "The Electronic Agent: A Legal Personality under German Law?", *Proceedings of the law and Electronic Agents Workshop*, 2003, p. 97 ss.

WETTIG, S.: *Vertragsschluss mittels elektronischer Agenten*, Universität Bayreuth, Berlino, 2010, *passim*.

CONTRATOS ELETRÔNICOS: CONCEITO, MOMENTO DA FORMAÇÃO E DIREITO DE ARREPENDIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

ELETRONIC CONTRACTS: CONCEPT, FORMATION AND RIGHT OF REPENTANCE UNDER BRAZIL'S LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1242-1265

Marcelo CHIAVASSA DE MELLO PAULA LIMA y Fabiana Apreciada DOS REIS SILVA

ARTIGO SUBMETIDO: 15 de octubre de 2022
ARTIGO APROVADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMO: Este trabalho pretende analisar o momento de formação do contrato eletrônico, a fim de delimitar se efetivamente se trata de um contrato entre ausentes ou um contrato entre presentes. Ao mesmo tempo, discute-se as consequências jurídicas daí decorrentes, como a responsabilidade pela validade da oferta e a eventual (in)existência do direito de arrependimento. Em sede de conclusão, pretende-se deixar clara a posição adotada, a fim de trazer melhor solução ao problema enfrentado.

PALAVRAS CHAVE: Contratos Eletrônicos; Direito de Arrependimento; Formação do Contrato.

ABSTRACT: *This paper intends to analyze the moment of formation of the electronic contract, in order to delimit if it is effectively a contract between absentees or a contract between present. At the same time, the resulting legal consequences are discussed, such as the responsibility for the validity of the offer and the possible (non)existence of the right to repent. In conclusion, it is intended to make clear the position adopted, to bring a better solution to the problem faced.*

KEY WORDS: *Eletronic Contracts; Right of Repentance; Formation of the Contract.*

SUMÁRIO.- I. INTRODUÇÃO. – II. O QUE É O CONTRATO (NO AMBIENTE) DIGITAL?. – III. MOMENTO DA FORMAÇÃO DO CONTRATO DIGITAL. – III.I. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. IV. CONCLUSÃO.

I. INTRODUÇÃO.

Raquel Álamo Cerrillo aponta que o comércio eletrônico teve início na década de 90, com o desenvolvimento e avanço da informática, robótica e telecomunicações, especialmente a Internet[1]. Do ponto de vista histórico, Raquel Cerrillo pontua a possibilidade de divisão da histórica das comunicações e do próprio comércio em 4 (quatro) grandes fases[2].

A primeira delas, a fase pré-Gutenberg, na qual as informações eram transmitidas de pessoa para pessoa, oralmente, e transpostas para o papel, de onde eram lentamente copiadas para a circulação e acesso da parcela da população que sabia ler.

A fase da impressão, iniciada com a criação da prensa móvel de Gutemberg e que durou até o início do século XX, na qual houve brutal expansão do conhecimento e da cultura global, principalmente a partir do século XVIII, que trouxe a preocupação do ensino formal (que permitiu ensino da escrita e da leitura à grande parte da população), além de desenvolver a venda à distância com a criação dos catálogos impressos.

A terceira fase (eletrônica/analógica) é marcada pelo início dos serviços/produtos imateriais, como a energia elétrica. Com isso, foi possível a criação de novos sistemas de comunicação, como, por exemplo, o telégrafo, o telefone e o

1 Cerrillo, R. A: *La Economía Digital y el Comercio Electrónico, su incidencia en el sistema tributario*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2016, p. 29.

2 Cerrillo, R. A: *La Economía Digital y el Comercio Electrónico, su incidencia en el sistema tributario*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2016, pp. 30 ss.

• Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima
Prof. Dott. Universidade Presbiteriana Mackenzie – Brasile
marcelo_chiavassa@hotmail.com

Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito Privado na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito Civil pela PUCSP. Especialista em Direito Contratual pela PUCSP e especialista em Direito Civil pela Università Degli Studi di Camerino-Italia. Escreveu os capítulos I, II e III desta obra.

• Fabiana Apreciada Dos Reis Silva
Dottoranda presso l'Università degli Studi di Perugia - UNIPG
fabianareis.nm@gmail.com

Dottoranda in Diritto presso l'Università degli Studi di Perugia (UNIPG). Especialista em Direito Digital pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisadora na área de direito e novas tecnologias. Escreveu os capítulos III.I. e IV desta obra.

rádio. O impacto nas comunicações e no comércio são marcantes, agora com o aumento da oferta e demanda da venda à distância e da facilidade da comunicação instantânea propiciada pelo telefone.

Por fim, a quarta – e atual – fase (digital) é marcada pelo surgimento do computador e da Internet, que permitiram a explosão do comércio eletrônico[3] e talvez da inversão da regra que perdura há milênios (presencial em detrimento do comércio à distância), já que, a cada dia que passa, mais e mais pessoas realizam compras por meio do comércio eletrônico[4]. A melhora do sistema de transporte, que permite a entrega muitas vezes dentro do mesmo dia, também deve ser levada em consideração nesta quarta fase.

Ainda que o comércio eletrônico não simbolize apenas as transações efetuadas mediante a utilização da Internet, ela é, sem dúvida, o principal fator de expansão do comércio na virada do século XX e nas primeiras décadas do século XXI. Assim, o comércio eletrônico se confunde de maneira indelével com o comércio digital.

O avanço da tecnologia, aliás, faz com que a própria ideia de comércio eletrônico precise ser revista com frequência. Atualmente, as compras por meio de celulares, no Brasil, também conhecidas como "*m-Commerce*" já praticamente igualam àquelas realizadas por computador "e-commerce" (56% dos pedidos realizados no primeiro semestre de 2021 foram por meio de celulares), conforme dados encontrados no Relatório Webshoppers 2021[5]. A previsão é que em mais poucos anos, as compras realizadas por intermédio de assistentes pessoais, e até mesmo as compras automáticas com ordens emanadas de dispositivos conectados à Internet (IoT, em alusão à internet das coisas – *internet of things*) sejam a nova realidade social, trazendo assim outros desafios jurídicos.

II. O QUE É O CONTRATO (NO AMBIENTE) DIGITAL?

O computador trouxe diversas mudanças sociais ao longo das últimas décadas. Seu impacto, entretanto, é incomensurável quando aliado a uma outra tecnologia: a Internet.

A convergência dessas duas tecnologias marca de maneira indelével o início do Século XXI e isso não seria diferente quando pensamos nas relações jurídico-econômicas que tenham como ponto de partida um negócio jurídico.

3 Em relação a todo o aspecto histórico, ver Cerrillo, R. A: *La Economía Digital y el Comercio Electrónico, su incidencia en el sistema tributario*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2016, pp. 30 ss.

4 O Relatório Webshoppers de 2019 indica que atualmente 36% da população brasileira é "Digital Buyer".

5 Ebit: *Webshoppers 44ª edição*, 2021, disponível em https://eyagencia.com.br/wp-content/uploads/2021/09/Webshoppers_44-relatorio-2021-resultados-ecommerce-ebit.pdf, acesso em 24 de nov. 2022.

Assim, os contratos celebrados por meio de um sistema computacional crescem exponencialmente ano após ano, em um fenômeno iniciado na virada do Séc. XX para o Séc. XXI, e que nos portam a um cenário de despersonificação, desmaterialização e desterritorialização dos contratos[6] com todos os desafios que daí decorrem. Antes disto, entretanto, reside importante questão: definir o que se deve entender por "contrato eletrônico".

Alguns cenários para reflexão: (i) contrato escrito/verbal celebrado em aplicativo de troca de mensagens; (ii) contrato celebrado em sites/plataformas; (iii) contrato redigido no computador, impresso e assinado pelas partes; (iv) contrato assinado digitalmente por uma das partes e manualmente pela outra parte; (v) contrato celebrado em um tablet/celular.

Dentre estes 5 (cinco) diferentes cenários, quais são aqueles em que efetivamente se pode dizer que o contrato foi celebrado por meio de um sistema computacional (ambiente digital)?

Na tentativa de responder a esta pergunta, é necessário expor algumas ideias trazidas pela doutrina – brasileira e estrangeira.

Ricardo Lorenzetti, no início dos anos 2000, definiu o contrato eletrônico como sendo aquele que "caracteriza-se pelo meio empregado para sua celebração, para o seu cumprimento ou para a sua execução, seja em uma ou nas três etapas, de forma total ou parcial"[7]. Continua, ao dizer que "uma vez constatado que o meio digital é utilizado para celebrar, cumprir ou executar um acordo, estaremos diante de um 'contrato eletrônico'"[8].

A teoria de Lorenzetti, todavia, não parece ser a melhor solução para este intrincado problema. Embora ele chame atenção à solução "digital"[9] em sua obra, fazendo assim referência aos sistemas computacionais, o contrato eletrônico deve ser definido pelo momento da sua celebração. Assim, se ele não for celebrado por intermédio de um sistema computacional, não será contrato eletrônico.

É o posicionamento adotado por Rodrigo Rebouças, para quem o "contrato eletrônico deve ser conceituado como o negócio jurídico contratual realizado pela

6 Farias, C. C.; Rosenvald, N.: *Curso de Direito Civil, tomo 4, Contratos*, Atlas, 5ª edição, São Paulo, 2015, pp. 316-319.

7 Lorenzetti, R. L.: *Comércio Eletrônico*, Trad. Fabiano Menke, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 285.

8 Lorenzetti, R. L.: *Comércio Eletrônico*, Trad. Fabiano Menke, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 286.

9 "O contrato pode ser celebrado digitalmente, de forma total ou parcial." (Lorenzetti, R. L.: *Comércio Eletrônico*, Trad. Fabiano Menke, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 286).

manifestação de vontade, das posições jurídicas ativa e passiva, expressada por meio (forma) eletrônico no momento de sua formação"[10].

O resultado disso é que não importa se as tratativas iniciais ou a execução do contrato foram/serão realizadas por meio de um sistema computacional. O foco deve estar no momento da celebração (formação contratual)[11]. Assim, o contrato eletrônico pode ter fase de execução eletrônica (download de uma música ou um livro); não eletrônica (venda de eletrônico em um site de comércio eletrônico para ser entregue na residência do comprador); ou mista (aquisição de livro impresso que acompanha versão digital).

Iso Chaitz Scherkerkewitz[12] defende a classificação da execução em direta (execução digital) ou indireta (execução sem intermédio de solução digital), o que parece ser desnecessário à luz das consequências jurídicas produzidas.

Pietro Perlingieri, de maneira distinta, pontua que além da sua identificação como sendo celebrado por meio de sistema computacional, deve ser obrigatoriamente *inter absente*s; vale dizer, entre ausentes[13], questão que enfrentaremos neste trabalho no próximo capítulo.

Retornando aos questionamentos feitos acima (as 5 situações apresentadas), agora é possível responder que apenas as soluções (i) contrato escrito/verbal celebrado em aplicativo de troca de mensagens; (ii) contrato celebrado em sites/plataformas e (v) contrato celebrado em um tablet/celular correspondem efetivamente ao fenômeno dos contratos eletrônicos.

A solução (iii) contrato redigido no computador, impresso e assinado pelas partes corresponde a um contrato tradicional, tendo apenas os seus termos redigidos em um ambiente digital. A forma de sua celebração, contudo, é o papel. A mesma regra se aplica à solução (iv) contrato assinado digitalmente por uma das partes e manualmente pela outra parte, na medida em que o aperfeiçoamento do contrato ocorre com o encontro das vontades manifestadas pelas partes. Assim, se alguma das partes o faz em papel, será esta a forma contratual a ser observada pelo intérprete.

10 Rebouças, R. F.: *Contratos Eletrônicos, Formação* e *Validade, Aplicações Práticas*, Almedina, São Paulo, 2015, p. 31. (Na mesma linha, Pietro Perlingieri, *in* Perlingieri, P.: *Manuale di Diritto Civile,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 552.).

11 Menke, F.: "A Forma dos Contratos Eletrônicos", *Revista de Direito Civil Contemporâneo, Revista dos Tribunais* 2021, núm 15, pp. 85-113.

12 Scherkerkewitz, I. C.: *Direito e Internet*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 58.

13 Il contratto telematico (anche detto virtuale) è concluso grazie alla trasmissione di dati informatizzati tra due terminali connessi (non necessariamente tramite *internet:* si pensi ad *intranet* ed alle connessioni dirette) e si sostanzia nell'accordo tra soggetti che utilizzano *computers* (o altri strumenti informatici) tra loro collegati e che sono reciprocamente assenti (contratto *inter absentes*), poiché la loro interfaccia è costituita proprio dallo strumento informático." (Perlingieri, P.: *Manuale di Diritto Civile,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 552.)

Para tentar melhor sistematizar os contratos eletrônicos, a doutrina brasileira dividiu a categoria em 3 (três) espécies, cada qual com suas características particulares: (i) contratos eletrônicos interpessoais, no qual duas ou mais pessoas humanas operam o sistema computacional para realização de um contrato; (ii) contratos eletrônicos interativos, no qual a pessoa humana interage com um sistema programado para atendê-lo (normalmente, contratos de adesão) e (iii) contratos eletrônicos intersistêmicos, no qual dois sistemas pré-programados por pessoas, interagem entre si[14].

III. MOMENTO DA FORMAÇÃO DO CONTRATO DIGITAL.

Uma vez delimitado o conceito do contrato digital (eletrônico), como sendo aquele celebrado por intermédio de sistema computacional[15], é necessário definir agora em qual momento ocorrerá a formação deste contrato.

O direito brasileiro reconhece momentos distintos para a formação do contrato, a depender da contratação ser realizada entre presente ou entre ausentes. Assim, diante de um contrato entre presentes, aplica-se a regra consagrada no artigo 428, I do Código Civil: o contrato se considera celebrado quando a proposta é apresentada e imediatamente aceita[16]. A solução é simples, embora a ideia de contrato entre presentes seja muitas vezes confundida.

14 "A classificação que mais nos importa, em contraste com o caso anterior, foi uma importante sistematização doutrinária: a classificação dos contratos eletrônicos segundo a formação do vínculo jurídico. Relevante, portanto, para os que chamamos anteriormente de contratos eletrônicos civis, bem como para boa parte dos contratos eletrônicos de consumo. Dita formação dá-se de modo diverso, conforme o contrato eletrônico seja interpessoal, intersistêmico ou interativo. Iniciemos pelas definições elementares. Interpessoal, como o nome indica, é o contrato formado em meio eletrônico entre dois sujeitos. Melhor dizendo, a proposta e a aceitação foram manifestadas entreduas pessoas humanas. Interativo é aquele contrato em que um sujeito humano comunica-se com um sistema programado para atendê-lo. E intersistêmica é a contratação formada entre dois sistemas previamente programados para esse fim." (Gramstrup, E. F.: "Contratos Eletrônicos: Formação, Consentimento, Lei e Jurisdição Aplicável", *Revista de Direito Recuperacional e Empresa,* 2018, núm, 8, p. 2).

15 "Os contratos eletrônicos em geral (...) são aqueles cuja celebração se dá em meio eletrônico. Por seu lado, o meio eletrônico consiste em aparatos de informática (celulares, tablets, computadores) ligados em rede, pública ou privada, homogênea ou não, ou por meio de tecnologia semelhante de fluxo de dados. Expliquemos os termos dessa definição:
a) O essencial da definição está em que a declaração de vontade, elemento definidor do negócio jurídico, é formulada em meio eletrônico. Portanto, os contratos eletrônicos em geral não se caracterizam pelo conteúdo específico. Não são apenas aqueles contratos viabilizados pela rede mundial de computadores, para dar um contraexemplo. Eles caracterizam-se, mais, pelo meio em que a proposta e a aceitação se encontraram – o meio eletrônico. (Gramstrup, E. F.: "Contratos Eletrônicos: Formação, Consentimento, Lei e Jurisdição Aplicável", *Revista de Direito Recuperacional e Empresa,* 2018, núm, 8, p. 2).
b) Os instrumentos escolhidos – e que permitem a compreensão do que seria "meio eletrônico" – são aparatos capazes de processamento de dados e ligados de maneira a haver fluxo de dados, normalmente uma rede pública ou privada. Não é essencial que essa rede seja a internet, embora muitas vezes seja esse o caso. Pode ser que o hardware esteja conectado por meio de uma rede particular. O importante é que esse meio de comunicação exista entre os aparatos empregados pelas partes, já se deixando claro que qualquer instrumento tecnológico que venha a conviver ou substituir as redes, tal como são hoje conhecidas, poderá ser abrigado pela definição." (Gramstrup, E. F.: "Contratos Eletrônicos: Formação, Consentimento, Lei e Jurisdição Aplicável", *Revista de Direito Recuperacional e Empresa,* 2018, núm, 8, p. 2).

16 Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm, acesso em 10 nov. 2022.

Contrato entre presentes não pressupõe que as pessoas estejam fisicamente no mesmo local, bastando que seja possível a comunicação instantânea entre as partes. Desta forma, o contrato celebrado por intermédio do telefone é um contrato entre presentes, muito embora as partes possam estar fisicamente distantes em milhares de quilômetros.

O contrato entre ausentes, por outro lado, deve ser entendido como aquele em que não existe comunicação instantânea entre as partes. Desta forma, muito se discute, no direito brasileiro, se a regra é a teoria da expedição (art. 434 do Código Civil), que estabelece a formação do contrato quando a aceitação da proposta é expedida pelo oblato[17] ou a teoria da recepção. Entendemos, com base nos ensinamentos de Pontes de Miranda[18], que a regra é a teoria da expedição, ressalvada a opinião contrária[19].

Com efeito, é a expedição da resposta que vincula o proponente. A partir deste momento, o contrato já é válido e aperfeiçoado. O recebimento da resposta encontra-se no plano da eficácia. A regra do art. 435 do Código Civil, sobre o local da celebração dos contratos, não se confunde com a questão da formação. Ela é regra supletiva, que pode, inclusive, ser afastada pela vontade das partes. Todo ato jurídico precisa acontecer em um determinado local do espaço e do tempo, como já assinalava Antônio Junqueira de Azevedo[20], de sorte que a regra do art. 435 do Código Civil apenas serve para fixar o local do espaço na hipótese de as partes não terem estabelecido regra diversa.

Todavia, em relação aos contratos eletrônicos, a doutrina brasileira tem defendido a adoção da teoria da agnição (mais especificamente, a subteoria da recepção), nos termos do Enunciado 173 do Conselho da Justiça Federal: "a formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes por meio eletrônico completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente"[21]. Compactuamos do entendimento de que este Enunciado é despropositado e ignora por completo o funcionamento dos contratos eletrônicos, tratando-os como sendo um grupo

17 A adoção da teoria da expedição pelo sistema legislativo brasileiro tem como objetivo proteger o oblato em detrimento do ofertante. Trata-se de escolha de política legislativa. Países como Itália e Canadá, por exemplo, adotaram solução diversa (teoria da recepção) que protege o ofertante em detrimento do oblato.

18 Pontes de Miranda, F. C.: "Tratado de Direito Privado, Parte Geral", *Tomo II,* Borsoi, Rio de Janeiro, pp. 403 ss.

19 Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves (Gonçalves, C.R.: *Direito Civil Brasileiro.* Saraiva, São Paulo, 2007, p. 60.) e Rodrigo Fernandes Rebouças (Rebouças, R. F.: *Contratos Eletrônicos , Formação e Validade, Aplicações Práticas*, Almedina, São Paulo, 2015, p. 151.).

20 Azevedo, A. J.: *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*, Saraiva, São Paulo, 2012.

21 Brasil. Enunciado 173, *III Jornada de Direito Civil.* <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/311#:~:text=A%20forma%C3%A7%C3%A3o%20dos%20contratos%20realizados,recep%C3%A7%C3%A3o%20da%20aceita%C3%A7%C3%A3o%20pelo%20proponente>. (Último acesso em 10 novembro 2022.

único e homogêneo (sempre entre ausentes), o que não traduz a realidade dos fatos[22].

Com isso, defende a doutrina no Brasil, que momento de formação do contrato eletrônico entre ausentes é o recebimento do aceite da proposta pelo proponente, em clara derrogação à regra geral do código civil (art. 434 CC)[23] e em clara violação à legislação brasileira. Entretanto, isso apenas se aplicaria aos contratos interpessoais não simultâneos.

É interessante notar, portanto, que o contrato celebrado por telefone e/ou vídeo chamadas é considerado contrato entre presentes, ao passo que contratos celebrados em sítios eletrônicos, por e-mail e por plataformas são considerados contratos entre ausentes. Daí se denota que o contrato eletrônico pode ser tanto entre presentes quanto entre ausentes.

Questão muito mais problemática ocorre diante das plataformas de conversas privadas, como WhatsApp, Messenger, dentre outras, além dos Totens eletrônicos existentes em lojas físicas.

Plataformas de conversas privadas parecem ser um modelo intermediário entre a comunicação epistolar (cartas e e-mail) e a comunicação instantânea, permitindo que as partes dialoguem instantaneamente ou não, a depender da vontade delas. Desta forma, estabelecer o momento de formação de um contrato celebrado por meio destas plataformas é tarefa que deve ser observada no caso concreto[24]. Se a comunicação é realizada de forma instantânea, então a melhor solução é entender aquela oferta como sendo entre presentes. Por outro lado, se a comunicação for realizada de maneira intercalada no tempo, então a oferta deve ser entendida como sendo entre ausentes[25].

22 "O problema de fundo com o Enunciado 173 é, em primeiro lugar, um reducionismo (vê em todo contrato eletrônico um *click-mouse agreement*); em segundo, a incorreta apreensão desse universo reduzido como contrato entre ausentes (quando esse atributo sequer lhes é imputável); e, em terceiro lugar, uma equivocada compreensão da utilidade da teoria da recepção (atenuação da teoria da expedição por exercício da autonomia privada e não norma de proteção jusconsumerista)." (Gramstrup, E. F.: "Contratos Eletrônicos: Formação, Consentimento, Lei e Jurisdição Aplicável", *Revista de Direito Recuperacional e Empresa,* 2018, núm, 8, p. 4.)

23 Farias, C. C., Rosenvald, N.: "Curso de Direito Civil"*, tomo 4, Contratos*, Atlas, São Paulo, 2015, p. 87.

24 "Rejeitamos com todo vigor o enquadramento a priori dos contratos eletrônicos, coletivamente considerados, em uma única dessas categorias: os contratos eletrônicos não são sempre entre presentes ou sempre entre ausentes, como pretende certa doutrina, mas podem ser, conforme o caso, uns ou outros. Também estamos deixando de lado a ideia de que eles não possam, de modo algum, ser de uma espécie ou outra, como querem aqueles que recusam qualquer utilidade à distinção." (Gramstrup, E. F.: "Contratos Eletrônicos: Formação, Consentimento, Lei e Jurisdição Aplicável", *Revista de Direito Recuperacional e Empresa,* 2018, núm, 8, p. 4).

25 De maneira diversa, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (Farias, C. C., Rosenvald, N.: "Curso de Direito Civil"*, tomo 4, Contratos*, Atlas, São Paulo, 2015, p. 86.) defendem que esse tipo de contratação (plataformas de comunicação instantânea como WhatsApp e afins) deve ser sempre qualificadas como contratação entre presentes.

Isso não afasta os problemas quotidianos que podem surgir, como o esgotamento da bateria/furto/quebra do celular no momento da concretização do contrato ou até mesmo na impossibilidade momentânea superveniente. Outra questão que precisa ser observada é se a oferta chegou ao conhecimento do oblato, muito embora estas plataformas atualmente permitam a identificação se a mensagem foi recebida e lida pela outra parte (ainda que isso possa ser desativado pelo usuário, deixando o ofertante às cegas).

A questão dos totens eletrônicos nas lojas físicas, comuns atualmente em redes de fast food, supermercados e até mesmo em lojas de vestuário, também merece destaque. É uma compra eletrônica, sem dúvida.

Diante do seu enquadramento como contrato eletrônico interativo, residem aqui questões interessantes: (i) quem é o ofertante (o usuário ou a máquina)[26]? (ii) qual a modalidade de contratação (oferta tradicional ou oferta ao público)? (iii) contrato entre presentes ou entre ausentes? (iv) contrato de execução instantânea ou diferida?

No que pesem posições divergentes, parece-nos que se trata de oferta ao público[27], nos termos do artigo 429 do Código Civil brasileiro[28], na medida em que a máquina apresenta todos os requisitos essenciais ao contrato, solução, aliás, idêntica àquelas dos sites de comércio eletrônico, que se perfaz por meio de um comportamento concludente por parte do usuário (clicar ou apertar o botão de um totem)[29]. Desta forma, o ofertante é a pessoa (humana ou jurídica) responsável pelo funcionamento e abastecimento da máquina. Eventuais falhas na execução da

26 "Há duas grandes teorias para se explicar a contratação automática: a) *Teoria da oferta automática*: o autômato é enxergado como meio de veiculação de oferta ao público. O usuário, ao depositar uma moeda, ou apertar certos botões, estaria aceitando essa oferta. O problema consiste nas hipóteses em que o autômato está sem funcionamento ou com falhas ou, ainda, sem o produto especificamente desejado. Nessas hipóteses se discute se haveria contrato; b) *Teoria da aceitação automática* (Medicus): essa teoria tenta responder ao problema aludido anteriormente, afirmando que a oferta provém, na verdade, do usuário, sendo que o autômato a aceita ao fornecer o produto solicitado. O ato de se instalar o autômato seria mero preparativo para a contratação, um convite a oferta." (Alciati Valim, T. R.: "Natureza Jurídica e Formação dos Contratos Eletrônicos", *Revista de Direito do Consumidor, Revista dos Tribunais, 2019*, núm. 123, São Paulo, pp. 251-288.).

27 "Se houvesse uma correspondência legal – além daquela obviada pelo regulamento do comércio eletrônico –, a mais próxima constante da norma civil seria a do art. 429 do CC (LGL\2002\400), pois quem anuncia na internet faz uma oferta ao público (que difere, marcadamente, de uma oferta feita a destinatário determinado e ausente). Havendo, nessa oferta aopúblico, os requisitos essenciais do futuro contrato – e eles têm de estar presentes, justamente porque obedecem às normas especiais de proteção jusconsumeristas – a policitação feita ao público obriga." (Gramstrup, E. F.: "Contratos Eletrônicos: Formação, Consentimento, Lei e Jurisdição Aplicável", *Revista de Direito Recuperacional e Empresa,* 2018, núm, 8, p. 5.).

28 "Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.
Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada."

29 "Ao apertar o botão de uma máquina distribuidora de bebidas, ou ao clicar no botão de confirmação do pedido em uma loja virtual, manifesta-se mediante comportamento concludente que expressam a vontade do agente. Nada diferente do que ocorre com a voz, a assinatura em um instrumento escrito ou o levantar de mãos em um leilão." (Alciati Valim, T. R.: "Natureza Jurídica e Formação dos Contratos Eletrônicos", *Revista de Direito do Consumidor, Revista dos Tribunais, 2019*, núm. 123, São Paulo, pp. 251-288.).

oferta (máquina que recebe o dinheiro, mas não entrega o produto, por exemplo), é de responsabilidade da pessoa que a administra.

As demais perguntas, entretanto, só podem ser respondidas após a análise do caso concreto. Com efeito, pode ser contrato entre presentes ou entre ausentes, dentro do estabelecimento comercial ou à distância, de execução instantânea ou diferida.

Não se pode ignorar a possibilidade do oblato poder conversar com o ofertante (vendedor), tirar suas dúvidas e apenas formalizar o pedido pelos totens. Esse contrato é entre ausentes ou entre presentes? Aqui precisamos fazer uma diferenciação importante: se o totem for apenas um canal de pagamento (execução), então devemos interpretar que se trata de um contrato não eletrônico (totens de redes de fast food como McDonalds, por exemplo). Entretanto, se a formalização do contrato ocorre mediante o totem, então parece que o mais correto é entendê-lo como sendo um contrato eletrônico, que será em regra entre presentes, na medida em que permite a comunicação instantânea de parte a parte, dentro do estabelecimento comercial.

Logo, o contrato eletrônico nem sempre pode ser considerado contrato entre ausentes[30]-[31], apesar de quase sempre o ser à distância. A doutrina, aliás, costuma definir como sendo contrato à distância[32], o que não nos parece ser exatamente a realidade concreta. Pensemos, por exemplo, em documentos assinados eletronicamente no mesmo ambiente. Trata-se de contrato eletrônico celebrado dentro do estabelecimento comercial, inclusive com ambas as partes presentes no mesmo local físico, podendo livremente conversar e moldar a proposta àquilo que melhor lhes interessam.

É necessário, portanto, fugir do senso comum e observar que a realidade negocial muda quotidianamente[33]. Se há alguns anos era difícil imaginar um

30 "O contrato eletrônico poderá ser formado, indistintamente, entre presentes ou ausentes ou ainda pela manifestação de vontade previamente externada pelas respectivas posições jurídicas com execução automatizada e sem a direta interferência do sujeito de direito no ato de sua formação, sem que isso o descaracterize." (Rebouças, R. F.: *Contratos Eletrônicos , Formação e Validade, Aplicações Práticas*, Almedina, São Paulo, 2015, p. 31.). No mesmo sentido, Chiavassa, M. M. P. L.: "Análise do PL 281/2012 Senado: Regulamentação do comércio eletrônico", em AA. VV.: *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: Panorama atual e perspectivas futuras* (coords. A. Arruda Alvim, E. Arruda Alvim e M. Chiavassa de Mello Paula Lima), GZ Editora, Rio de Janeiro, 2017, p. 78.

31 Em sentido contrário, Nader, P.: *Curso de Direito Civil,* Forence, Rio de Janeiro: 2010, núm. 3, p. 498.

32 Neste sentido: (i) Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: "A contratação a distância e a contratação eletrônica, embora conceitos distintos, encontram-se umbilicalmente ligados. A contratação eletrônica é a contratação à distância (...)." (Farias, C. C., Rosenvald, N.: "Curso de Direito Civil"*, tomo 4, Contratos*, Atlas, São Paulo, 2015, p. 84.); (ii) Mello Franco, V. H.: "Contratos", *Revista dos Tribunais,* 2014, núm. 5, tópico 31.4.

33 "À guisa de conclusão: (a) os contratos eletrônicos interpessoais simultâneos são compatíveis com a antiga categoria da contratação entre presentes; (b) os contratos eletrônicos interpessoais não simultâneos afinam-se com o regramento dos contratos entre ausentes. Sua formação dá-se, de regra, quando é expedida a resposta, afora as exceções já consagradas pelo texto legal; e (c)

contrato eletrônico dentro do estabelecimento comercial, agora não apenas é possível, como muito provavelmente se tornarão cada vez mais frequentes.

III.I. DIREITO DE ARREPENDIMENTO

O momento da formação do contrato eletrônico - se ocorreu entre ausentes ou presentes – é um fator importante na medida em que deste decorrem direitos e obrigações das partes envolvidas no contrato. Um importante direito a ser discutido é o direito de arrependimento.

O direito de arrependimento torna-se mais evidente e necessário quando analisado no cenário de crescente evolução tecnológica, o qual possibilita a formalização de contratos à distância com maior facilidade e agilidade.

Com a massificação das compras online, somada à necessidade de proteção ao consumidor (parte vulnerável na relação de consumo), é preciso garantir a ele a possibilidade de se arrepender de uma compra, que pode ter ocorrido por impulso ou pela impossibilidade física de ter acesso à coisa.

A regra estabelecida no Brasil, no Código de Defesa do Consumidor – CDC[34], em seu art. 49, é a de que o consumidor poderá desistir do contrato, dentro do prazo de 7 dias de sua formação (do aceite) ou a contar do recebimento do produto, somente quando o contrato é formalizado fora do estabelecimento comercial[35].

Nas palavras de Rizatto Nunes,

> A ideia de um prazo de reflexão pressupõe o fato de que, como a aquisição não partiu de uma decisão ativa e plena, do consumidor, e também, como este ainda não "tocou" concretamente o produto ou testou o serviço, pode querer desistir do negócio depois que o avaliou melhor. Ou, em outros termos, a lei dá oportunidade para que o consumidor, uma vez tendo recebido o produto ou testado o serviço, possa, no prazo de 7 dias, desistir da aquisição feita[36].

os contratos eletrônicos interativos (normalmente, de consumo) formam-se instantaneamente, por adesão e é possível sustentar que não seja conveniente aplicar-lhes os rótulos anteriores. Essa mesma conclusão é extensível aos contratos eletrônicos intersistêmicos. (Gramstrup, E. F.: "Contratos Eletrônicos: Formação, Consentimento, Lei e Jurisdição Aplicável", *Revista de Direito Recuperacional e Empresa,* 2018, núm, 8, p. 5)

34 Brasil. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF. <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. (Último acesso: 10 novembro 2022).

35 Bruno, F. B.: *O direito de arrependimento no comércio eletrônico*, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Dissertação (Mestrado em Direito), 2006, pp. 152.

36 Nunes, R.: *Curso de direito do consumidor*, Saraiva, São Paulo, 2017, p. 727.

Sendo que,

> Este direito de arrependimento ou desistência tem natureza de direito formativo extintivo do contrato, uma nova espécie de direito de resolução contratual, cuja eficácia depende exclusivamente de seu exercício por parte do consumidor[37].

Dentro dessa regra, todos os contratos eletrônicos estariam acobertados por esse direito, ainda que se tratasse de contrato entre presentes, conforme hipóteses apresentadas acima, simplesmente por serem contratos celebrados à distância (por um meio eletrônico, a exemplo), bastando a manifestação da vontade do consumidor em desistir do negócio.

Nesse sentido, Nelson Nery Junior explana que,

> O direito de arrependimento existe *per se*, sem que seja necessária qualquer justificativa do porquê da atitude do consumidor. Basta que o contrato de consumo tenha sido concluído fora do estabelecimento comercial para que incida, plenamente, o direito de o consumidor arrepender-se[38].

Seguindo essa linha, decisões acerca da temática reafirmam a aplicação da norma, pelo simples fato da compra ter acontecido fora do estabelecimento comercial:

> Aplica-se o disposto no art. 49 do CDC às compras efetuadas por meio da internet, pois realizadas fora do estabelecimento comercial. [...] Manifestada a desistência da compra dentro do prazo legal de 7 (sete) dias, não há que se falar em impossibilidade de seu cancelamento, ainda que calcada em cláusula contratual, que ressai, ademais, nula, ante a imposição de renúncia de direito (art. 51, I, do CDC)[39].

Também,

> [...] Compra e venda de mercadorias fornecidas por grande empresa através de seu site da internet – Possibilidade de desistência do negócio pelo comprador, nos termos do art. 49 do CDC, posto que o ajuste é celebrado fora do estabelecimento comercial da vendedora [...][40].

37 Miragem, B.: "Curso de direito do consumidor", *Revista dos Tribunais,* São Paulo, 2016, p. 416.

38 Nery Júnior, N.: "Da proteção contratual" en AA.VV.: *Código brasileiro de defesa do consumidor* (coord. por, A. Pellegrini Grinover), Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2007, p. 561.

39 Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT. *Acórdão nº 1.152.229.* Relatora: Juíza Soníria Rocha Campos d'Assunção. Data de publicação: 14/02/2019.

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *REsp* nº 1.412.993. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data da publicação: 07/06/2018.

O regramento aplicado no Brasil muito se assemelha ao disposto na Diretiva 97/7/CE[41] da União Europeia que, em seu artigo 6º dispõe sobre o direito de o consumir arrepender-se, podendo rescindir o contrato sem motivo ou custos, dentro de um prazo de 7 dias. Para complementar o artigo, a Diretiva apresenta as hipóteses em que não é cabível o direito de arrependimento. Nos Estados Unidos, a título de exemplo, vale o destaque quanto ao fato de que o direito de arrependimento só é concedido ao consumidor quando a compra é realizada em domicílio, não havendo a garantia quando as aquisições ocorrem por telefone ou via internet[42].

Em suma, ambas as situaç são diversas ao previsto na legislação brasileira, a qual não oferece um rol de exceções à aplicação do referido direito ou mesmo uma limitação quanto ao meio de aquisição, sendo concedida a faculdade de arrepender-se da compra quase de forma irrestrita[43], bastando que o contrato tenha sido celebrado fora do estabelecimento comercial (nesse cenário, por meio eletrônico)[44].

Diante desses pontos, retorna-se às questões relacionadas a formação de alguns contratos eletrônicos e se o contrato ocorre dentro ou fora do estabelecimento comercial, com alguns exemplos que somam à discussão.

No Brasil, alguns estabelecimentos comerciais possuem aplicativo próprio, para que o consumidor realize as compras online (*e-Commerce* e *m-Commerce*), ou para que, durante a visita à loja (presencial), consiga escanear os produtos para facilitar a consulta de preços e disponibilidade de tamanhos, por exemplo, enquanto está no provador[45]-[46]. Nesta hipótese, em que o usuário está no estabelecimento comercial e utiliza o aplicativo para escanear o preço, nada o impede de realizar a compra diretamente pelo aplicativo e recebê-la em casa, ao invés de realizar a compra da roupa diretamente no caixa da loja, uma vez que, possivelmente, já tenha tirado todas as dúvidas sobre o produto que tem em mãos.

41 European Parliament. *Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997 relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância.* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997L0007&from=PT>. (Último acesso: 07 dezembro 2022).

42 Marçal Tucci, R. L.: "Direito de arrependimento do consumidor no comércio eletrônico", *Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, Revista do Ibrac*:, São Paulo, 2012, núm. 2, vol. 22, pp. 99-118.

43 A norma brasileira apresenta algumas exceções à regra, como por exemplo, quando o produto ou serviço adquirido é incorporado, imediatamente após à compra, ao patrimônio do consumidor, ex.: *softwares* ou programas de mídia como música e filme (Marçal Tucci, R. L.: "Direito de arrependimento do consumidor no comércio eletrônico", *Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, Revista do Ibrac*:, São Paulo, 2012, núm. 2, vol. 22, pp. 99-118.).

44 Marçal Tucci, R. L.: "Direito de arrependimento do consumidor no comércio eletrônico", *Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, Revista do Ibrac*:, São Paulo, 2012, núm. 2, vol. 22, pp. 99-118.

45 Google Play. *C&A Fashion Online Shop*. <https://play.google.com/store/apps/details?id=com.canda.mobileapp&hl=pt&gl=US&pli=1>. (Último acesso: 22 novembro 2022).

46 Renner. *App*. <https://www.lojasrenner.com.br/lp/app>. (Último acesso: 22 novembro 2022).

Outro exemplo a ser citado, é o do shopping Villa Lobos[47], em São Paulo, que, apesar das lojas físicas que podem ser visitadas durante a ida ao shopping, é possível realizar as compras diretamente pelo site (por meio do navegador) ou baixar o aplicativo oficial do shopping, escolher um estabelecimento, e realizar a compra diretamente pelo aplicativo.

Ademais, também é possível a compra no sitio eletrônico do fornecedor mesmo dentro do próprio estabelecimento comercial, inclusive depois de ter provado e escolhido o produto no próprio local, para evitar o erro de tamanho, modelo ou qualquer outro aspecto relevante que deve ser levado em consideração no momento da compra, seguindo a mesma lógica dos aplicativos independentes (exemplo citado acima).

Ainda, pode-se mencionar a rede de café, The Coffee[48], no Brasil, a qual não possui atendentes para retirar os pedidos dos clientes; os quais realizam o pedido diretamente no estabelecimento, por meio de um tablet disponibilizado no caixa; quando o pedido fica pronto, o cliente é comunicado sobre a retirada. A sistemática é muito parecida com o exemplo citado neste capítulo, sobre os totens do McDonalds; a diferença visível que pode ser mencionada é o fato de que o cliente pode tirar dúvidas com o atendente sobre o pedido que realizará, antes do pedido ser feito por meio eletrônico.

Percebe-se uma crescente utilização de alternativas de autoatendimento em diversos estabelecimentos; entretanto, não se pode confundir ferramentas de autoatendimento que possibilitam tanto a escolha do produto quanto a finalização do pagamento (o que pode ser entendido como uma compra online, em que tanto a formação do contrato e a execução ocorrem por meio eletrônico), com autoatendimento, por exemplo, de supermercados e lojas de roupa, em que apenas se realiza o processo de pagamento pelos produtos escolhidos (havendo apenas a execução do negócio por meio eletrônico).

Processos de autoatendimento que não envolvem somente o pagamento, como são os casos de muitas lojas que criam aplicativos e soluções aos clientes, são percebidos com frequência cada vez maior, como uma tentativa de diminuir os pedidos de troca de produtos. Nesses casos, não só a formação do contrato ocorre de forma eletrônica, durante o processo de escolha dos produtos e o aceite das partes, mas também a execução do contrato, havendo o pagamento e o processo de entrega do produto fora do estabelecimento comercial (seguindo o procedimento do comércio eletrônico).

47 Shopping Villa Lobos. *Compre online.* <https://www.shoppingvillalobos.com.br/compre-online>. (Último acesso: 22 novembro 2022).

48 The Coffee. *Homepage.* <https://www.thecoffee.jp/>. Último acesso: 22 novembro 2022).

Essa dinâmica abarca também as hipóteses em que os clientes realizam o pedido e o pagamento via internet, mas a retirada do produto ocorre dentro do estabelecimento comercial. Ainda que o produto tenha sido retirado no estabelecimento do fornecedor, tem-se que a formação e a execução do contrato (com o pagamento e a escolha da entrega) ocorreram no ambiente digital, tendo, assim, ao consumidor, resguardado o direito de arrependimento.

Situação esta que difere da hipótese em que o consumidor realiza o pedido em um totem de autoatendimento em uma loja, após ter verificado todos os detalhes do produto, e recebe o produto no mesmo instante que finaliza o processo de pagamento. Assim, ainda que se se fale em pagamento por meio eletrônico e a formação e parte da execução do contrato (a entrega do produto) não ocorre por meio do comercio eletrônico, de modo que ao consumidor não é resguardado o direito de arrependimento.

Nesse contexto, um exemplo a ser citado é o da loja Amaro[49] que, embora atualmente possua alguns pontos físicos denominados Guide Shops, não trabalha majoritariamente com compras convencionais dento do estabelecimento; optando por favorecer as compras online por meio do site ou aplicativo, facultando ao usuário realizar a compra em um dos computadores desmobilizados dentro da Guide Shop ou diretamente pelo site/aplicativo, após ter escolhido os produtos e provado as roupas (com a certeza do tamanho e modelo adequado). De qualquer forma, em tese, o modelo de negócio da Amaro envolve somente a possibilidade de compras no formato eletrônico, sem qualquer possibilidade da compra ser realizada totalmente entre presentes, dentro do estabelecimento comercial, diferentemente de alguns dos exemplos citados acima, que facultam ao consumidor o modo de aquisição dos produtos escolhidos.

As compras online, por meio do comércio eletrônico, são facilitadas pela inexistência de barreiras geográficas, possibilitando que aconteçam a qualquer momento e em qualquer lugar; afastando problemas para encontrar lojas físicas próximas ou mesmo em relação aos horários de funcionamento. Apesar de todas as vantagens desse meio, a impossibilidade de verificação completa do produto, pode ser um grande problema para o consumidor.

Nesse contexto, o direito de arrependimento é assegurado aos consumidores no ambiente digital, viabilizando ao usuário reaver todo o investimento realizado, por se tratar de uma compra fora do ambiente comercial, e porque, em tese, ao consumidor não foi possibilitada a chance de verificar o produto em toda a sua dimensão, antes de decidir pela compra[50]; em outras palavras, nas compras online

49 Amaro. *Dúvidas frequentes*. <https://amaro.com/br/pt/faq>. (Último acesso: 22 novembro 2022).

50 Nunes, R.: *Curso de direito do consumidor*, Saraiva, São Paulo, 2017, p. 727.

não é garantido que ao consumidor foi possibilitado um conhecimento completo sobre o produto ou um tempo de reflexão apropriado frente às suas necessidade.

Entretanto, diante de todas essas alternativas de compras no comércio eletrônico, é cabível o questionamento quanto a aplicação do direito de arrependimento de forma absoluta a todos os consumidores que tenham um contrato formalizado fora do estabelecimento comercial – à distância.

Nos exemplos supracitados, existe a possibilidade de o consumidor examinar, de diversas formas, o produto objeto de desejo, com tempo de reflexão e, ainda assim, optar pela compra no modelo do comércio eletrônico, assegurando, para si, o direito de arrependimento.

Nesses casos, ainda assim deveria ser assegurando o direito de arrependimento, na medida em que, apesar da formação e da execução do contrato ter seguido os tramites do comercio eletrônico, o consumidor teve a possibilidade de testar/provar o produto pretendido?

A princípio, não parece que a aplicação do direito de arrependimento caberia para esses casos, tendo em vista ser possível o questionamento quanto ao negócio acontecer de fato dentro ou fora do estabelecimento comercial, apenas pelo meio escolhido para formalização do negócio ser o meio eletrônico.

Ainda que, à época da entrada em vigor da norma não existissem as compras online, a aplicação à modalidade de *e-Commerce* faz-se cabível na medida em que atende às intenções do legislador. Esse ponto pode ser melhor explanado, segundo Antonio Carlos Fontes Cintra: "A intenção do legislador inicialmente era a proteção das vendas feitas por catálogos, as chamadas vendas de 'porta em porta' (*door to door*), quando o consumidor é abordado em sua residência. A doutrina se divide sobre a ratio legis. Uns dizem que a razão do tratamento diferenciado é a não possibilidade de ver o produto, de tocá-lo, de testá-lo, de saber exatamente seu formato, tamanho, aparência, funcionalidade etc. Afinal, fotos comumente traduzem uma ideia distorcida da realidade. Outros dizem que o escopo da norma é proteger o consumidor que foi pego desprevenido, que não tinha demonstrado a prévia intenção em adquirir o produto, o que acaba por ferir a liberdade do consumidor de optar pela aquisição. Diverso é o caso do consumidor que procura o estabelecimento comercial e se mostra decidido pela aquisição da mercadoria ao ter demonstrado no próprio comparecimento suas intenções. O fornecedor que procura o consumidor poderá se aproveitar de um momento de fraqueza ou desatenção em que se encontrava, impingindo-lhe a compra de um produto que jamais desejou adquirir"[51].

51 Fontes Cintra, A. C.: *Direito do Consumidor*, Impetus, Niterói, 2011, p. 165.

É compreensível a preocupação do legislador, visando uma proteção ao consumidor, entretanto, levando-se em consideração os apontamentos realizados pelo doutrinador acima, é razoável pensar em certas limitações ao direito de arrependimento, diante de um cenário diferente que abarca o comércio eletrônico, alterando a dinâmica das compras fora do estabelecimento comercial.

Inicialmente, retoma-se o ponto supracitado, com relação aos contratos que não são formalizados inteiramente de forma online (casos em que a formação e parte da execução do contrato ocorre entre presentes, dentro do estabelecimento comercial). Não há que se falar em garantia de direito de arrependimento ao consumidor, nessas hipóteses.

Superado este ponto, quando se analisa, de forma literal o art. 49 do CDC, a interpretação quanto ao direito de arrependimento é abrangente e irrestrita, bastando que a aquisição do produto tenha ocorrido de entre ausentes e fora do estabelecimento comercial, sem levar em consideração a natureza do produto. Entretanto, quando interpretado esse artigo em conjunto com o art. 186 do CC, qual seja: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.", é possível visualizar um outro limitante ao direito, quando pensamos em bens perecíveis (alimentos) ou de consumo imediato (músicas, filmes e vídeos[52]).

Em meio às mudanças trazidas ao modelo de consumo do comércio eletrônico, outras limitações carecem de discussão.

Aparentemente, o direito de arrependimento necessitaria de uma ponderação quando o assunto for a compra de produtos e serviços por meio do comércio eletrônico, levando-se em consideração que em muitos casos, não resta caracterizado os fatores que justificam a aplicação do direito em questão, sendo esses fatores: a compra por impulso, falta de informações sobre o produto/serviço, impossibilidade de reflexão sobre a aquisição ou mesmo, em muitos dos casos, a formalização do contrato acontecendo fora do estabelecimento comercial.

Nos aparenta ser necessária a diferenciação entre contratos que são de fato eletrônicos daqueles em que todas as tratativas ocorrerem no meio offline, sendo apenas a formalização desse contrato acontecendo por meio digital, para facilitar e acelerar o processo de aquisição. Desta diferenciação, outros questionamentos certamente nascerão, mas são discussões essenciais para melhor entender e adaptar as normas sobre o comercio eletrônico, possibilitando uma melhor

52 Ferreira Blum, R. P.: *Direito do Consumidor na Internet*, Quartier, São Paulo, 2002, p. 50.

abordagem do direito frente às mudanças decorrentes das tecnologias que possibilitam o comercio eletrônico.

IV. CONCLUSÃO.

Em sede de conclusão, fica evidente a necessidade de se repensar a tradicional classificação dos contratos eletrônicos como sendo entre ausentes e à distância A tecnologia cada vez mais cria mecanismos para que essa forma de contratar seja realizada entre presentes, mediante a possibilidade de obter uma resposta instantânea entre o momento da oferta e da aceitação.

Embora seja sim possível dizer que como regra geral os contratos eletrônicos sejam considerados como sendo entre ausentes e à distância, isso pode ser facilmente afastado caso reste demonstrado que não existiu lapso temporal entre a oferta e a aceitação[53] ou que ambos os contratantes estejam no mesmo local físico.

Ademais, mesmo nas hipóteses em que se trata de contrato entre ausentes, a regra no direito brasileiro é que o fornecedor deve avisar imediatamente ao adquirente a respeito do recebimento da aceitação da oferta, tal qual previsto no artigo 4º do Decreto 7962/2013, que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor.

A leitura daí decorrente é que, tampouco deve existir lapso temporal entre o envio da resposta e o momento do recebimento da confirmação. O dia a dia nos mostra que a rapidez com a qual o fornecedor confirma a compra é praticamente instantânea, deixando ainda mais latente a necessidade de se refletir sobre o momento da formação do contrato eletrônico e suas consequências jurídicas daí decorrentes.

Com isso, extrai-se que os contratos eletrônicos poderão ser formalizados entre ausentes (regra) ou entre presentes, desde que atestada a concomitância das tratativas. Ao mesmo tempo, poderá ser à distância ou não.

Independentemente destas regras, será garantido ao consumidor o direito de arrependimento caso a compra tenha sido realizada fora do estabelecimento comercial do fornecedor, nos exatos termos do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor. Isso significa que o direito brasileiro assegura o direito de arrependimento mesmo nos contratos entre presentes, desde que realizados fora do estabelecimento comercial do fornecedor, ao mesmo tempo em que

53 Contratos eletrônicos interpessoais simultâneos e contratos eletrônicos interativos.

rechaça este direito quando a compra for realizada entre ausentes, mas dentro do respectivo estabelecimento comercial.

Pode-se observar que é necessário diferenciar os contratos efetivamente eletrônicos com aqueles nos quais todas as tratativas ocorreram no meio offline, mas a formalização se deu por meio digital simplesmente por alguma questão de facilidade de conclusão do contrato (em regra, facilidade de pagamento, inclusive com oferecimento de benefícios ao consumidor).

O contrato não pode ser considerado eletrônico apenas porque o ato de pagamento (ato de execução) se dá por meio eletrônico. O momento da formação, como se sabe, é anterior ao da execução. Daí que se o contrato é celebrado em uma loja de departamento, mas o pagamento é feito via site de comércio eletrônico, este contrato deve ser qualificado como sendo entre presentes e dentro do estabelecimento comercial, não permitindo o exercício do direito de arrependimento. É o típico caso dos pagamentos realizados em totens de redes de fast food: não são contratos realmente eletrônicos, mas sim de execução eletrônica.

BIBLIOGRAFIA.

ALCIATI VALIM, T. R.: "Natureza Jurídica e Formação dos Contratos Eletrônicos", *Revista de Direito do Consumidor, Revista dos Tribunais, 2019*, núm. 123, São Paulo, pp. 251-288.

Amaro. *Dúvidas frequentes*. <https://amaro.com/br/pt/faq>. (Último acesso: 22 novembro 2022).

Brasil. Enunciado 173, *III Jornada de Direito Civil*. <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/311#:~:text=A%20forma%C3%A7%C3%A3o%20dos%20contratos%20realizados,recep%C3%A7%C3%A3o%20da%20aceita%C3%A7%C3%A3o%20pelo%20proponente>. (Último acesso: 10 novembro 2022).

Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. (Último acesso: 10 novembro 2022).

Brasil. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF. <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. (Último acesso: 10 novembro 2022).

Brasil. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *REsp nº 1.412.993*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data da publicação: 07/06/2018.

Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT. *Acórdão nº 1.152.229*. Relatora: Juíza Soníria Rocha Campos d'Assunção. Data de publicação: 14/02/2019.

BRUNO, F. B.: *O direito de arrependimento no comércio eletrônico*, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Dissertação (Mestrado em Direito), 2006, pp. 152.

CERRILLO, R. A: *La Economía Digital y el Comercio Electrónico, su incidencia en el sistema tributario*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2016, p. 29.

CERRILLO, R. A: *La Economía Digital y el Comercio Electrónico, su incidencia en el sistema tributario*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2016, pp. 30 ss.

CHIAVASSA, M. M. P. L.: "Análise do PL 281/2012 Senado: Regulamentação do comércio eletrônico", em AA. VV.: *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: Panorama atual e perspectivas futuras* (coords. A. Arruda Alvim, E. Arruda Alvim e M. Chiavassa de Mello Paula Lima), GZ Editora, Rio de Janeiro, 2017, p. 78.

Ebit: *Webshoppers 44ª edição*, 2021, disponível em https://eyagencia.com.br/wp-content/uploads/2021/09/Webshoppers_44-relatorio-2021-resultados-ecommerce-ebit.pdf, acesso em 24 de nov. 2022.

European Parliament. *Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997 relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997L0007&from=PT>. (Último acesso: 07 dezembro 2022).

Farias, C. C., Rosenvald, N.: "Curso de Direito Civil", *tomo 4, Contratos*, Atlas, São Paulo, 2015, p. 87.

Farias, C. C., Rosenvald, N.: "Curso de Direito Civil", *tomo 4, Contratos*, Atlas, São Paulo, 2015, p. 86.

Farias, C. C., Rosenvald, N.: "Curso de Direito Civil", *tomo 4, Contratos*, Atlas, São Paulo, 2015, p. 84.

Farias, C. C.; Rosenvald, N.: *Curso de Direito Civil, tomo 4, Contratos*, Atlas, 5ª edição, São Paulo, 2015, pp. 316-319.

Ferreira Blum, R. P.: *Direito do Consumidor na Internet*, Quartier, São Paulo, 2002, p. 50.

Fontes Cintra, A. C.: *Direito do Consumidor*, Impetus, Niterói, 2011, p. 165.

Gonçalves, C.R.: *Direito Civil Brasileiro.* Saraiva, São Paulo, 2007, p. 60.

Google Play. *C&A Fashion Online Shop*. <https://play.google.com/store/apps/details?id=com.canda.mobileapp&hl=pt&gl=US&pli=1>. (Último acesso: 22 novembro 2022).

Gramstrup, E. F.: "Contratos Eletrônicos: Formação, Consentimento, Lei e Jurisdição Aplicável", *Revista de Direito Recuperacional e Empresa,* 2018, núm, 8, p. 2.

Gramstrup, E. F.: "Contratos Eletrônicos: Formação, Consentimento, Lei e Jurisdição Aplicável", *Revista de Direito Recuperacional e Empresa,* 2018, núm, 8, p. 4.

Gramstrup, E. F.: "Contratos Eletrônicos: Formação, Consentimento, Lei e Jurisdição Aplicável", *Revista de Direito Recuperacional e Empresa,* 2018, núm, 8, p. 5.

Lorenzetti, R. L.: *Comércio Eletrônico*, Trad. Fabiano Menke, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 285.

Lorenzetti, R. L.: *Comércio Eletrônico*, Trad. Fabiano Menke, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 286.

Marçal Tucci, R. L.: "Direito de arrependimento do consumidor no comércio eletrônico", *Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, Revista do Ibrac*:, São Paulo, 2012, núm. 2, vol. 22, pp. 99-118.

Mello Franco, V. H.: "Contratos", *Revista dos Tribunais,* 2014, núm. 5, tópico 31.4.

Menke, F.: "A Forma dos Contratos Eletrônicos", *Revista de Direito Civil Contemporâneo, Revista dos Tribunais* 2021, núm 15, pp. 85-113.

Miragem, B.: "Curso de direito do consumidor", *Revista dos Tribunais,* São Paulo, 2016, p. 416.

Nader, P.: *Curso de Direito Civil,* Forence, Rio de Janeiro: 2010, núm. 3, p. 498.

Nery Júnior, N.: "Da proteção contratual" en AA.VV.: *Código brasileiro de defesa do consumidor* (coord. por, A. Pellegrini Grinover), Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2007, p. 561.

Nunes, R.: *Curso de direito do consumidor,* Saraiva, São Paulo, 2017, p. 727.

Perlingieri, P.: *Manuale di Diritto Civile,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 552.

Pontes de Miranda, F. C.: "Tratado de Direito Privado, Parte Geral", *Tomo II,* Borsoi, Rio de Janeiro, pp. 403 ss.

Rebouças, R. F.: *Contratos Eletrônicos , Formação e Validade, Aplicações Práticas*, Almedina, São Paulo, 2015, p. 151.

Rebouças, R. F.: *Contratos Eletrônicos , Formação e Validade, Aplicações Práticas*, Almedina, São Paulo, 2015, p. 31.

Renner. *App*. <https://www.lojasrenner.com.br/lp/app>. (Último acesso: 22 novembro 2022).

Scherkerkewitz, I. C.: *Direito e Internet*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 58.

Shopping Villa Lobos. *Compre online.* <https://www.shoppingvillalobos.com.br/compre-online>. (Último acesso: 22 novembro 2022).

The Coffee. *Homepage.* <https://www.thecoffee.jp/>. Último acesso: 22 novembro 2022).

LE DECLINAZIONI DELLA RESPONSABILITÀ DI IMPRESA IN SITUAZIONI DI «IGNOTO TECNOLOGICO»

THE DECLINATIONS OF CORPORATE LIABILITY IN SITUATIONS OF «TECHNOLOGICAL UNKNOWN»

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1266-1295

Isabella
MARTONE

ARTICOLO CONSEGNATO: 6 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il contributo si propone di approfondire il tema della responsabilità nelle moderne società del rischio, con particolare attenzione alla potenziale incidenza del progresso tecnologico sulle dinamiche dell'attività di impresa. L'analisi di alcune ipotesi paradigmatiche rivela le principali problematiche determinate dall'«ignoto tecnologico»: dall'accertamento e individuazione dei criteri sulla base dei quali ripartire i rischi da sviluppo, alla definizione degli obblighi di condotta gravanti sull'impresa e delle conseguenze da fronteggiare in caso di loro violazione. Le rinnovate istanze promananti dalla prassi rendono dunque necessario individuare soluzioni specifiche e adeguate ai singoli casi concreti, avuto riguardo al giusto peso che di volta in volta può assumere la componente tecnologica.

PAROLE CHIAVE: Responsabilità di impresa; progresso tecnologico; «ignoto tecnologico»; rischi da sviluppo; danni.

ABSTRACT: *He essay aims to examine the issue of liability in modern societies of risk, with particular attention to potential impact of technological progress on the dynamics of corporate activity. The analysis of some paradigmatic hypothesis reveals the main problems determined by the «Technological Unknown»: from identification of development risk criteria, to definition of obligations of the company and consequences to be faced in case of violation. The new demands emanating from practice make it necessary to find solutions adapted to concrete cases through recognition of the right weight that technology can take.*

KEY WORDS: *Corporate Liability; Technological Progress; «Technological Unknown»; Development Risks; Damages.*

SOMMARIO.- I. INQUADRAMENTO DELLE QUESTIONI. NOTE INTRODUTTIVE. – II. TECNOLOGIA E RESPONSABILITÀ: PROCESSI EVOLUTIVI INTERCONNESSI. – III. L'INCIDENZA DELLA RIVOLUZIONE TECNOLOGICA SUL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ DI IMPRESA. – IV. LA TEORIA DEL «RISCHIO DI IMPRESA» TRA STORICITÀ E ATTUALITÀ. – V. LA RESPONSABILITÀ DI IMPRESA IN SITUAZIONI DI «IGNOTO TECNOLOGICO»: PROFILI APPLICATIVI. – VI. LA DISCIPLINA DELLA RESPONSABILITÀ PER DANNI DA PRODOTTO DIFETTOSO. – VII. LA DISCIPLINA IN MATERIA DI TUTELA DELL'ARIA E DI RIDUZIONE DELLE EMISSIONI NELL'ATMOSFERA. – VIII. LA DISCIPLINA IN MATERIA DI TUTELA DELL'AMBIENTE. – IX. RILIEVI CONCLUSIVI.

I. INQUADRAMENTO DELLE QUESTIONI. NOTE INTRODUTTIVE.

Il tema della responsabilità nelle moderne società del rischio – prima ancora delle implicazioni relative alle possibili soluzioni rintracciabili nel diritto – desta un misto di incertezza e scetticismo che inevitabilmente condiziona l'approccio dell'interprete. La prospettiva secondo la quale il rischio integri un tratto sistemico e ineliminabile dell'assetto socio-economico contemporaneo rende necessario verificare l'adeguatezza del sistema normativo vigente e, quindi, se già in esso, in via interpretativa, possano rintracciarsi risposte alle nuove problematiche emergenti nella prassi o, viceversa, si riveli indispensabile un aggiornamento legislativo. La questione riguarda principalmente la complessa relazione che sempre piú spesso tende a instaurarsi tra impresa e tecnologia e, dunque, nello specifico, la potenziale incidenza di quest'ultima sulle dinamiche della prima. Segnatamente si tratta di comprendere in che modo la componente artificiale sia in grado di influenzare le condotte degli operatori commerciali e, in senso ampio, l'agire dell'impresa e fino a che punto il ricorso alla tecnica possa rendere pericolose o non sicure attività che, di norma, non sarebbero tali[1]. In altri termini, occorre appurare l'effettiva interferenza che potrebbe determinarsi tra il c.d. «rischio da sviluppo» e il tradizionale esercizio di attività di impresa[2], quale fattore indispensabile nell'ottica della corretta formulazione di un giudizio di responsabilità che tenga conto di tutti gli elementi utili – primo tra tutti, per l'appunto, l'incertezza tecnica e scientifica – ai fini della concreta imputabilità dei danni.

Indubbiamente le profonde trasformazioni che in epoca moderna hanno concorso a mutare la fisionomia della società hanno determinato un progressivo

1 Ruffolo, U.: "Responsabilità da produzione e gestione di A.I. self-learning", in *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità* (a cura di P. Perlingieri, S. Giova, I. Prisco), Atti del 15° Convegno Nazionale, Esi, Napoli, 2020, pp. 233 ss., spec. pp. 244 ss.

2 Per ampi spunti sul tema, v. Degl'Innocenti, F.: *La responsabilità di impresa. Obblighi di condotta e regimi di imputazione*, Esi, Napoli, 2019, spec. pp. 13-14, 17 ss.

• Isabella Martone
Ricercatore di Diritto Privato
Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli
isabella.martone@unicampania.it

rinnovamento della concezione della responsabilità, soprattutto rispetto ai profili dell'allocazione dei rischi e degli obblighi di condotta gravanti sugli operatori economici. Il tema, complici anche le significative ricadute sul piano applicativo, ha immediatamente sollecitato l'attenzione, dapprima del legislatore europeo[3], poi di quello nazionale[4], nella direzione di riesaminare la normativa vigente, in assenza di specifiche disposizioni in materia e, al contempo, di promuovere l'istituzione di un regime di assicurazione obbligatorio e di un fondo nazionale da attivare nei casi di assenza di copertura assicurativa[5]. Nello specifico, infatti, nel solco tracciato a livello europeo[6], non può passare inosservata l'adattabilità – sia pure con alcune necessarie precisazioni[7] – di una serie di norme del sistema ordinamentale interno alle nuove istanze alimentate dall'evoluzione tecnologica. Si pensi, per tutte, all'art. 2050 c.c. inerente alla responsabilità per l'esercizio di attività pericolose[8], laddove il generico riferimento alla natura delle stesse o dei mezzi adoperati non può obiettivamente escludere dalla sfera di operatività della norma tutte le attività potenzialmente pericolose in ragione dell'impiego o della prevalenza nella loro estrinsecazione di strumenti tecnologici[9].

Tale prospettiva, tuttavia, non può reputarsi di per sé risolutiva. Le numerose questioni sollevate dalla tecnologia, molte delle quali tuttora ignote e, per certi aspetti, anche difficilmente prevedibili *de iure condendo*, impongono di adottare un approccio in grado di individuare soluzioni specifiche e adeguate ai singoli casi concreti, valorizzandone le peculiarità rispetto alla natura e ai criteri di imputazione

3 Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)), spec. punto 51, consultabile sul sito *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0051&from=IT*; nonché Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019 su una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale (2018/2088(INI)), spec. punto 114, consultabile sul sito *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019IP0081&from=EN*.

4 Cfr. il documento denominato Proposte per una strategia italiana per l'intelligenza artificiale, elaborato dal Gruppo di Esperti MISE sull'intelligenza artificiale, luglio 2019, consultabile sul sito *https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Proposte-per-una-strategia-italiana-2019.pdf*.

5 Sul tema, ampiamente, Trimarchi, P.: "Rischio di impresa e responsabilità oggettiva", in *Interpretazione giuridica ed analisi economica* (a cura di G. Alpa, F. Pulitini, S. Rodotà, F. Romani), Giuffrè, Milano, 1982, p. 463.

6 Cfr. Commissione Europea, Working Document, Liability for emerging digital technologies, 25 aprile 2018, COM(2018) 237 final, consultabile sul sito *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52018SC0137*.
In dottrina, Koch, B.: "Product Liability 2.0 – Mere Update or New Version?", *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, 2019, pp. 99 ss.; Howells, G., Twigg-Flesner, C., Wilhelmsson, T.: *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, 2018, pp. 258 ss.

7 Al riguardo, con specifico riferimento all'uso di sistemi robotici e di Intelligenza Artificiale, v. i condivisibili rilievi di Perlingieri, C.: "Responsabilità civile e robotica medica", *Tecn. dir.*, 2020, pp. 161 ss., spec. pp. 163-164.

8 Procida Mirabelli di Lauro, A.: "Sicurezza sociale e responsabilità civile", in *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità* (a cura di P. Perlingieri, S. Giova, I. Prisco), cit., pp. 297 ss., spec. p. 305.

9 Intendendo per attività pericolosa quella che, per la sua stessa natura e/o per i mezzi adoperati, presenta una marcata potenzialità offensiva, Franzoni, M.: *L'illecito*, I, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da M. Franzoni, 2ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 410 ss.; Trimarchi, P.: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 275 ss.

della responsabilità mediante il riconoscimento del giusto peso che, di volta in volta, la componente artificiale può assumere nelle diverse fattispecie concrete.

II. TECNOLOGIA E RESPONSABILITÀ: PROCESSI EVOLUTIVI INTERCONNESSI.

Rappresenta un dato ormai acquisito che la tecnologia, investendo ogni settore della società contemporanea, ne ha radicalmente ridimensionato gli assetti[10], imponendo al contempo la graduale revisione delle tradizionali categorie civilistiche e la prospettazione di nuove soluzioni maggiormente rispondenti ai diversificati bisogni promananti dalla prassi[11]. Queste esigenze, emerse in modo evidente soprattutto negli àmbiti maggiormente segnati dal tecnicismo e, in breve tempo, dallo stesso "assorbiti", costituiscono allo stato attuale parte integrante del controverso percorso evolutivo che, per lungo tempo, ha animato il dibattito dottrinale in tema di responsabilità[12].

Del resto, nella fase di passaggio dalla società dell'informazione, segnata dall'avvento di Internet, alla società della digitalizzazione e dell'Intelligenza Artificiale[13], contraddistinta dalla progressiva diffusione di surrogati artificiali dell'uomo[14], la responsabilità pone interrogativi nuovi che, lungi dal confermare la pluralità di funzioni (preventiva, compensativa, sanzionatoria, punitiva) che in essa possono coesistere[15], rendono necessario approfondire il suo *modus operandi* in tutti i casi nei quali l'attività umana risulti affiancata, integrata o addirittura sostituita da quella tecnologica, con tutte le conseguenze che questo potrebbe comportare in termini di aumento sia delle probabilità di rischio sia delle difficoltà di

10 Di Ciommo, F.: *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Esi, Napoli, 2003, pp. 9 ss.; Rodotà, S.: *Tecnopolitica. La tecnologia e le nuove tecnologie della comunicazione*, 2ª ed., Editori Laterza, Roma-Bari, 2004, *passim*.

11 Rodotà, S.: *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, *passim*.

12 Per una rilettura del concetto alla luce dell'evoluzione ordinamentale v. Perlingieri, P.: "Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento", *Riv. dir. priv.*, 2011, pp. 159 ss., spec. p. 165 s.; Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, pp. 195 ss.

13 Si esprimono in tal senso Bassini, M., Liguori, L., Pollicino, O.: "Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?", in *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione* (a cura di F. Pizzetti), Giappichelli, Torino, 2018, p. 334; Coppini, L.: "Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile", *Pol. dir.*, 2018, p. 714.

14 Si tratta di un'espressione riconducibile a Zellini, P.: *La matematica degli dei e gli algoritmi degli uomini*, Adelphi, Milano, 2016, *passim*; Id.: *La dittatura del calcolo*, Adelphi, Milano, 2018, pp. 51 ss.

15 Come autorevolmente argomentato, tra gli altri, da Franzoni, M.: *Il danno risarcibile*, II, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da M. Franzoni, 2ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 733 ss., secondo il quale non si può attribuire alla responsabilità civile un'unica funzione in quanto «ce ne sono diverse e tutte coordinate fra loro», ancorché quella che predomina sia senz'altro quella riparatoria (p. 740), la quale è deputata a soddisfare gli interessi della vittima nella misura in cui, però, essi coincidano con l'esigenza del sistema «di far circolare utilmente la ricchezza» (p. 752); Perlingieri, P.: "Le funzioni della responsabilità civile", *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 115 ss., spec. p. 119; Quarta, F.: *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Esi, Napoli, 2010, pp. 129 ss., 266 ss.
Sul punto, con una certa dose di scetticismo, Salvi, C.: "Il paradosso della responsabilità civile", *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 128; Scognamiglio, C.: "I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile", *Corr. giur.*, 2016, p. 913.

imputabilità degli eventi lesivi[16]. Si prospetta dunque uno scenario completamente rimodulato, una «nuova stagione della responsabilità»[17] nella quale diviene piú che mai indispensabile operare un adeguato bilanciamento tra le esigenze di preservare al meglio i diritti fondamentali della persona e di garantire la corretta ed equa riparazione degli eventuali danni causati dalle applicazioni della tecnologia, senza comprometterne in alcun modo lo sviluppo nell'interesse della collettività e delle imprese[18].

In questa prospettiva, un punto di osservazione privilegiato può senz'altro ravvisarsi nell'esercizio dell'attività di impresa: essa, infatti, integra ad un tempo il terreno di confluenza dei moderni sviluppi dell'economia e del mercato da un lato e della tecnica dall'altro. Tant'è che, in questo contesto, l'idea che ogni vicenda sia necessariamente riconducibile all'essere umano inizia a vacillare perché qualsiasi attività di per sé può ragionevolmente essere avviata, arrestata o, piú semplicemente, condizionata nel suo dispiegarsi da tutta una serie di fattori esterni alla sfera del singolo[19]. Con l'ulteriore effetto che gli eventuali danni, in astratto collegabili all'esercizio dell'attività di impresa, potranno in concreto essere ricostruiti secondo schemi estremamente diversi da quelli ai quali, di regola, risulta ispirato il sistema tipico della responsabilità.

III. L'INCIDENZA DELLA RIVOLUZIONE TECNOLOGICA SUL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ DI IMPRESA.

Inquadrato il perimetro di riferimento, l'indagine si propone di esaminare l'effettiva incidenza della rivoluzione tecnologica sul sistema della responsabilità, nella specie, della responsabilità di impresa, con il preciso obiettivo di individuare possibili soluzioni interpretative in tutti i casi nei quali il rischio esuli dal fisiologico susseguirsi di accadimenti tendenzialmente ascrivibili a condotte umane[20]. Risulta sin da subito intuibile che in queste ipotesi le incertezze derivanti dal c.d. «ignoto tecnologico»[21] tendono a riverberarsi non solo sulle operazioni di accertamento

16 Al riguardo, Josserand, L.: *De la responsabilitè du fait des choses inanimèes*, Arthur Rousseau, Paris, 1987, p. 7, discorreva non a caso di «danno anonimo».

17 In questi termini, Di Ciommo, F.: *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, cit., pp. 61 ss.

18 Per una rilettura in chiave funzionale della disciplina della responsabilità v. Trimarchi, P.: *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., *passim*; Rodotà, S.: *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, *passim*; Ponzanelli, G.: *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 1992, *passim*; Perlingieri, P.: "La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento", *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1066.

19 Castronovo, C.: *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2006, p. 276.

20 La rapidità dello sviluppo tecnologico e, soprattutto, l'impiego nelle attività economiche dei risultati di esso, prima ancora che diventino disponibili informazioni complete intorno all'efficacia lesiva dei ritrovati tecnologici, fanno sì che il rischio di danno appaia spesso incerto, Montinaro, R.: *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 42, spec. nota 2.

21 Si tratta di un'espressione generalmente impiegata dalla dottrina per descrivere le situazioni caratterizzate da un grado di imponderabilità piú o meno elevato. In tal senso, v. spec. Costi, R.: *Ignoto tecnologico e rischio di impresa*, in Aa.Vv.: *Il rischio da ignoto tecnologico*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 49 ss.; Consolo, C.: "Il rischio da «ignoto tecnologico»: un campo arduo – fra lecito e illecito – per la tutela cautelare e inibitoria",

della responsabilità ma anche sugli obblighi di condotta gravanti sull'impresa e sulle conseguenze da fronteggiare in caso di loro violazione[22]. Nello specifico, la questione, sul versante della responsabilità, investe una serie di profili, tra loro strettamente connessi, che spaziano dal grado di probabilità di verificazione dell'evento dannoso allo stato di pericolosità di una determinata attività, passando per l'individuazione dei criteri sulla base dei quali ripartire i rischi da sviluppo; sul versante degli obblighi di condotta, impone l'adozione di procedure informative e sistemi di controllo e monitoraggio piú sofisticati, tali da garantire una gestione dell'impresa nel suo complesso il piú possibile idonea a contenere i rischi.

Assumendo dunque quale riferimento l'impresa come attività economica organizzata in modo stabile[23], occorre innanzitutto chiarire che il concetto di rischio può intendersi secondo sfaccettature differenziate[24]. Un conto è discorrere di alea connaturata all'attività di impresa[25], ipotesi nella quale il rischio riguarderebbe esclusivamente un'ipotetica divergenza tra i risultati economici conseguiti e quelli sperati o, al piú, possibili squilibri nel rapporto finanziamenti-investimenti; un conto è discorrere di conseguenze pregiudizievoli per i terzi o per la collettività derivanti dall'esercizio di impresa, caso nel quale il rischio sarebbe insito direttamente nelle logiche gestionali e strategiche che condizionano gli sviluppi dell'attività. La differenza è evidente e non scevra di riflessi applicativi: il rischio assumerebbe rilievo giuridico soltanto nel secondo gruppo di ipotesi laddove, viceversa, nel primo, resterebbe confinato nella mera dimensione economico-finanziaria; rilievo, questo, determinante ai fini della riflessione sulla responsabilità. Del resto, non sembra revocabile in dubbio che il progressivo mutamento del contesto nel quale operano le imprese, unito al dato che la loro stessa attività risulta permeata in

Resp. civ. prev., 2003, pp. 599 ss.; Montinaro, R.: *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, cit., pp. 42 ss. Con specifico riferimento ai rischi ricollegabili all'esercizio dell'attività di impresa, v. Pecoraro, C.: "Gestione del rischio da ignoto tecnologico: prime riflessioni sull'adeguatezza dell'organizzazione", in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, II, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 1425 ss.

22 Sul punto, ampiamente, Jonas, H.: *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità*, Einaudi, Torino, 1997, pp. 46 s., secondo il quale lo sviluppo tecnologico reca con sé un'amplificazione delle conseguenze dannose delle attività, che diventano incommensurabili. Donde la necessità di imputare la responsabilità, anche laddove l'agente non abbia potuto rappresentarsi sino in fondo gli effetti correlati alla propria azione.

23 Sul concetto di impresa, Nicolò, R.: "Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile", *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 183, mette in luce che per lungo tempo la dottrina ha cercato di trovare «una qualche sistemazione a un autonomo concetto di impresa, la cui posizione nel sistema, ora tendente a gravitare verso l'aspetto soggettivo del fenomeno, ossia verso l'imprenditore, ora tendente a gravitare verso l'aspetto oggettivo, ossia verso l'azienda, è ancora quasi misteriosa». Sul tema, v. spec. Asquini, A.: "Profili dell'impresa", *Riv. dir. comm.*, 1943, I, pp. 1 ss.; Ravà, T.: *La nozione giuridica di impresa*, Giuffrè, Milano, 1949; Ascarelli, T.: *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1962; Galgano, F.: *Introduzione: le teorie dell'impresa*, in *Tratt. dir. comm.* Galgano, II, Padova, 1978, pp. 1 ss.; Oppo, G.: "L'impresa come fattispecie", *Riv. dir. civ.*, 1982, I, pp. 109 ss.; Id.: "Impresa e imprenditore (dir. comm.)", *Enc. giur.* Treccani, XVI, Roma, 1989, pp. 1 ss.

24 Cavazzuti, F.: "Rischio di impresa", *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, pp. 1093 ss.; Consolo, C.: "Il rischio da «ignoto tecnologico»: un campo arduo – fra lecito e illecito – per la tutela cautelare e inibitoria", cit., pp. 599-601.

25 In argomento, spec., Bracco, R.: *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Cedam, Padova, 1960, rist., 1966, p. 204.

modo sempre piú intenso dalla tecnologia, implica un inevitabile ampliamento dello spettro di imputabilità degli eventi lesivi nella misura in cui, oltre ai danni tradizionalmente riconducibili all'attività esterna, dovrà essere garantita una forma di tutela anche in relazione ai danni connessi ai sistemi di controllo e di governo interni all'impresa[26]. Il tutto, fermo restando che la valutazione dei rischi, a maggior ragione nel quadro delineato, dovrà essere realizzata non soltanto sotto il profilo quantitativo, ossia delle probabilità che il danno possa in concreto verificarsi, ma anche sotto il profilo qualitativo[27] e, dunque, del reale impatto che il fenomeno pregiudizievole può avere nella sfera giuridica dei soggetti danneggiati, avuto riguardo sia alle eventuali possibilità di ripristino dello *status quo ante*, sia ai costi da sopportare per il contenimento delle conseguenze lesive.

In secondo luogo, poi, gli effetti della rivoluzione tecnologica si riverberano anche sul danno, incidendo sulla sua entità e sul relativo nesso eziologico[28]. Difatti, di là dal profilo, abbastanza intuitivo, legato al fatto che generalmente l'evento lesivo può essere la conseguenza di azioni o omissioni rispetto alle quali difetta la componente intenzionale o di vizi del procedimento o del prodotto, quasi sempre frutto di rischi non conoscibili o difficilmente prevedibili, nella gran parte dei casi i danni tendono a riflettersi, non soltanto sui singoli, ma anche sull'intera collettività, con conseguenze che coinvolgono settori strategici della società e, inoltre, rappresentano quasi sempre la sintesi di una molteplicità di cause differenziate che si intersecano tra loro.

IV. LA TEORIA DEL «RISCHIO DI IMPRESA» TRA STORICITÀ E ATTUALITÀ.

In questa prospettiva, l'attuale stato di avanzamento della tecnologia, per quanto non certo definitivo, ha senz'altro contribuito ad attirare l'attenzione sul tema – invero ancora poco indagato dalla dottrina – dei regimi di responsabilità in concreto attivabili in relazione all'esercizio di impresa.

26 Ciò, come chiarisce Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, 4ª ed., Esi, Napoli, 2020, p. 326, sul presupposto che l'impresa postula oneri di diligenza maggiori e quindi una responsabilità che, nelle sue conseguenze negative, non può non essere adeguatamente aggravata e controllata.

27 In considerazione dell'attitudine della disciplina dell'impresa a sviluppare regole adeguate ai rapporti che accedono al mercato e a valutare nella loro specificità i problemi di ogni relazione economica. Sul punto, v. Femia, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Esi, Napoli, 1996, pp. 428 s.; Di Raimo, R.: "Unità e frammentazione del diritto e del suo sapere", in *Percorsi di diritto civile. Studi 2009/2011* (a cura di R. Di Raimo, M. Francesca, A.C. Nazzaro), Esi, Napoli, 2011, pp. 1 ss.

28 Sul tema, Coggiola, N.: "La responsabilità per rischio tecnologico", in *Avoid, Transfer, Retain. Aspetti giuridici dell'enterprise risk management e diritto delle assicurazioni. Legal aspects of Enterprise Risk Management and Insurance law* (a cura di O.M. Calliano), Giappichelli Editore, Torino, 2016, consultabile sul sito *https://www.nuovodirittodellesocieta.it/responsabilita_per_rischio_tecnologico#_ftnref1*; Id.: "Danno da progresso tecnologico", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., Torino, 2011, pp. 279 ss.

La riflessione non può prescindere da un approccio ricostruttivo. Molteplici sono state le tappe[29] che hanno scandito l'elaborazione di una teoria della «responsabilità per rischio di impresa». Indubbiamente, il processo di industrializzazione che, sul finire dell'800, ha iniziato a modificare gli assetti socio-economici dei principali Paesi dell'Europa continentale, determinando una progressiva transizione da un'economia artigianale e agricola a un sistema fondato sulla contrattazione di massa[30], rende per la prima volta necessario fornire risposte concrete ai consumatori a fronte dei danni in vario modo procurati dalle imprese. Ma, a ben vedere, soltanto in una fase successiva la problematica inizia realmente a porsi nei termini attuali. In particolare, dapprima con la rivoluzione post-industriale, contraddistinta da una crescente tendenza all'automazione dei processi produttivi; poi con il rapido processo di digitalizzazione che, a partire dagli anni '50 del secolo scorso, ha integralmente modificato le dinamiche della quotidianità[31]. Ciò si è tradotto, sul piano operativo, nella individuazione di un criterio di imputazione della responsabilità che, oltre a rappresentare il portato dell'esperienza giuridica di *common law*, riflette anche le intrinseche peculiarità dell'impresa. Tradizionalmente, infatti, secondo la comune accezione di accollo, viene individuato proprio nell'impresa il centro di allocazione dei rischi, come una sorta di contropartita dei benefici che per effetto dell'esercizio della propria attività economica è suscettibile di conseguire. Secondo questa chiave di lettura, dunque, il rischio fungerebbe da criterio unitario di imputazione[32], coincidente nell'ordinamento interno con l'art. 2049 c.c.[33], fondando in tal modo la categoria della responsabilità oggettiva con l'unico limite del caso fortuito.

In questo quadro, tendenzialmente sin dall'origine il rischio di impresa è sempre stato ricondotto in via esclusiva nella sfera di operatività della responsabilità aquiliana. Ciò, però, ad un attento esame, non può escludere in radice la configurabilità di possibili riflessi anche nel perimetro applicativo della responsabilità contrattuale, soprattutto avuto riguardo alla tendenza, sempre piú consolidata in ragione della eterogeneità degli interessi meritevoli di protezione nelle diverse fattispecie

29 Per un'analitica ricostruzione del percorso evolutivo della teoria del rischio di impresa, v., tra gli altri, Di Ciommo, F.: *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, cit., pp. 113 ss.; Degl'Innocenti, F.: *La responsabilità di impresa*, cit., pp. 88 ss.

30 Ascarelli, T.: *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, cit., pp. 95 ss.

31 Per ampi riferimenti sul tema, v. Schwab, K., *La quarta rivoluzione industriale*, Franco Angeli, Milano-Roma, 2016, *passim*.

32 Al riguardo, come precisa Trimarchi, P.: *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 35, «se non si attribuisse all'imprenditore il costo del rischio che egli crea, potrebbe accadere che imprese marginali o settori marginali di impresa siano attivi dal punto di vista del singolo imprenditore, laddove dal punto di vista sociale siano passivi, distruggendo un valore maggiore di quello che producono, e si mantengano in vita solo in quanto una parte del loro passivo sociale, e cioè il costo del rischio da esse introdotto nella società, venga pagato dal pubblico». In senso critico, tra gli altri, Scognamiglio, R.: "Responsabilità civile", *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, pp. 672 ss.; Rodotà, S.: *Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 176 ss.

33 Nello specifico, la negligenza nello svolgimento delle mansioni avrebbe costituito parte integrante del rischio di impresa a carico dell'imprenditore. Di regola, infatti, questi avrebbe dovuto assumere la responsabilità della fallibilità della componente umana alle proprie dipendenze, quale elemento di maggior rischio della propria attività.

concrete, a rifuggire dalla prospettiva di una rigida separazione tra i due sistemi di regole. Del resto, non v'è dubbio che il tema del rischio di impresa risulti meno scandagliato in relazione alla responsabilità contrattuale e, come acutamente rilevato[34], ancora oggi si segnala l'assenza di un indirizzo interpretativo in tal senso ma questo, di per sé, non può ritenersi affatto indicativo.

In realtà, sul piano operativo, in relazione all'attività di impresa non sembra potersi escludere a priori la compatibilità di un regime di responsabilità oggettiva con le regole contenute negli artt. 1218 e 1176 c.c. da leggersi necessariamente in combinato disposto. D'altronde, non può essere sottovalutato né, da un lato, che l'organizzazione dell'impresa e la sua gestione ampliano inevitabilmente il novero dei doveri di comportamento gravanti sull'imprenditore né, dall'altro, che l'onere probatorio da assolvere ai fini della esclusione dell'imputabilità dell'evento lesivo risulta estremamente piú gravoso[35]. In altri termini, dunque, ai fini del giudizio di responsabilità rileverà non soltanto il ruolo assunto dall'impresa sul piano economico-sociale, ma anche la complessità dei rapporti che l'imprenditore sarà in grado di instaurare con i consumatori, con conseguente ampliamento, a catena, degli interessi in astratto tutelabili. L'indagine sulla imputabilità della responsabilità di impresa dovrà allora verificare, in concreto, la sussistenza di due elementi: il primo coincidente con il rischio c.d. *calcolabile*, tipico dell'impresa di riferimento, di regola preventivamente determinabile e, in quanto tale, piú agevolmente inquadrabile; il secondo coincidente con il risultato atteso dai consumatori e, quindi, da tutti coloro che, instaurando una relazione qualificata con l'impresa, risultano destinatari degli effetti ricollegabili al suo esercizio.

In definitiva, chiarito che la disciplina applicabile nei singoli casi concreti e, di conseguenza, la natura della responsabilità, dovrà essere di volta in volta determinata in relazione alle specificità della vicenda considerata, non sembra revocabile in dubbio che, alla luce del necessario bilanciamento tra i valori coinvolti, il criterio di imputabilità dei danni potrà essere considerato realmente determinato soltanto nella misura in cui risulti in grado di esprimere la perfetta sintesi tra rischio, fattore organizzativo e responsabilità.

V. LA RESPONSABILITÀ DI IMPRESA IN SITUAZIONI DI «IGNOTO TECNOLOGICO»: PROFILI APPLICATIVI.

La circostanza che in epoca moderna la tecnologia e, in senso ampio, la componente artificiale possono scardinare gli equilibri interni ed esterni di una data realtà economica proietta l'interprete in un contesto contraddistinto da

34 Di Majo, A.: *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 201.

35 Degli Innocenti, F.: *Rischio di impresa e responsabilità civile. La tutela dell'ambiente tra prevenzione e riparazione dei danni*, Firenze University Press, Firenze, 2013, p. 46.

problematiche ben diverse da quelle affrontate nel corso del tempo dalla dottrina. In particolare, come anticipato, l'indagine non può prescindere dal verificare se l'incursione della tecnologia nell'attività di impresa – per come progressivamente sta ridimensionando le sue dinamiche – possa ugualmente rinvenire la propria disciplina nei princípi e nelle regole vigenti oppure, al contrario, occorra invocare nuove soluzioni interpretative[36] o finanche far ricorso ad un intervento legislativo *ad hoc*.

Premesso che tali riflessioni potranno ritenersi realmente esaustive soltanto nei limiti nei quali saranno considerate in relazione al contingente stato di avanzamento dell'innovazione tecnologica, non v'è dubbio che tra i molteplici interrogativi la questione piú spinosa riguarda l'accertamento del pregiudizio inferto. Di fatto, nell'ambito dell'organizzazione imprenditoriale, la rivoluzione digitale ha avuto un significativo impatto sia sulla programmazione delle attività sia sulla previsione e conseguente calcolabilità del rischio di impresa[37]. In un'epoca segnata dalla globalizzazione economica diviene dunque piú che mai necessario ricostruire l'incidenza dei molteplici fattori che, con diversa intensità, concorrono nella definizione dei risultati dell'attività di impresa[38].

Circoscrivendo l'indagine alle conseguenze pregiudizievoli che ragionevolmente possono derivare dal suo esercizio, l'elemento di novità è rintracciabile non nella fattispecie di danno in sé, bensí nelle modalità di produzione dell'evento lesivo[39]. Piú precisamente, tra tutti i rischi connaturati all'agire imprenditoriale, di là dalle rispettive peculiarità l'esame delle quali condurrebbe assai lontano[40], quello che allo stato attuale piú di ogni altro attira l'attenzione dell'interprete, sia per le implicazioni sul versante applicativo, sia per l'assenza di una specifica regolamentazione, è senza dubbio il rischio da «ignoto tecnologico». Nella specie, muovendo dalla premessa che ogni declinazione potenzialmente pericolosa dell'attività d'impresa si spiega in un contesto nel quale la tecnologia coesiste con l'essere umano, lo stato di

36 L'approccio ermeneutico evocato è definito da Perlingieri, P.: "L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi", in Id.: *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 1989, pp. 283 ss.; in argomento, v., altresí, Perlingieri, G.: "Sul giurista che come «il vento non sa leggere»", *Rass. dir. civ.*, 2010, pp. 398 ss.

37 Paglietti, M.C.: "Questioni in materia di prova di pagamenti non autorizzati", in *Innovazione e regole nei pagamenti digitali. Il bilanciamento degli interessi nella PSD2*, Roma Tre-Press, Roma, 2020, pp. 43 ss., p. 51.

38 Nuzzo, G.: "Impresa e società nell'era digitale (appunti)", *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, pp. 417 ss., spec. p. 423.

39 Ciò, in virtú di una lettura della responsabilità in termini di risposta al danno ingiusto, attribuendo rilevanza massima all'interesse leso. In questo senso, per tutti, v. Scognamiglio, R.: "Illecito (diritto vigente)", *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, pp. 164 ss.; Perlingieri, P.: "La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento", cit., pp. 1061 ss.; nonché Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, cit., pp. 305 ss., spec. p. 307; Id.: "L'onnipresente art. 2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona", *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 520 ss.

40 Fermo restando che «la funzione dell'atto è definita nell'attività e talvolta è la stessa attività a concretizzare una funzione originariamente meno specifica, operando come causa di concretizzazione», Femia, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, cit., p. 539.

incertezza che ne deriva in ordine all'imputabilità dei danni[41] rende piú che mai necessaria una rigorosa attività di qualificazione dell'illecito e della sua fonte.

In quest'ottica, anche al fine di comprendere come possono atteggiarsi nello specifico le questioni prospettate, si reputa opportuno analizzare alcune ipotesi paradigmatiche, maggiormente incise dal problema dell'«ignoto tecnologico», rispetto alle quali non a caso si sono registrati i primi interventi del legislatore[42].

Sicuramente, tra gli àmbiti piú coinvolti spiccano quello dell'ambiente[43] e della salute[44]. Difatti, in ragione della pluralità di interessi potenzialmente suscettibili di lesione, è soprattutto in questi settori che si manifestano le istanze di tutela piú urgenti. Il costante processo di evoluzione della tecnologia impone al moderno Stato sociale di rispondere con celerità alle rinnovate esigenze di protezione dell'ambiente e della salute, soprattutto laddove sussistano condizioni di obiettiva incertezza sulle potenziali conseguenze dannose delle stesse applicazioni artificiali. Da qui l'introduzione del principio di precauzione[45] (art. 174, n. 2, Tratt. CE, ora 191 Tratt. FUE[46]), rispondente alla precisa logica di garantire la sicurezza e l'integrità di

41 Non a caso, la principale preoccupazione manifestata dalla dottrina risiede proprio nel fatto che ove impiegata e lasciata priva di controllo, la tecnologia possa "evolvere" in modo talmente esponenziale da trasformarsi in uno strumento di oppressione delle libertà dell'essere umano. In argomento, ampiamente, Cassese, S.: *Il Diritto Globale*, Einaudi, Torino, 2009; Simoncini, A.: "L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà", *Bio L. J. - Riv. di BioDiritto*, 2019, pp. 63 s.; Gatti, A.: "«Istituzioni e anarchia della Rete. I paradigmi tradizionali della sovranità a prova di internet»", *Dir. inf.*, 2019, pp. 711 ss.

42 Interventi reputabili, allo stato attuale, di mera «ortopedia normativa», come sottolineato anche da Nuzzo, G.: "Impresa e società nell'era digitale (appunti)", cit., p. 434.

43 Perlingieri, P.: "Spunti in tema di tutela dell'ambiente", *Legal. giust.*, 1989, p. 136; D'Addino Serravalle, P.: "La tutela del patrimonio ambientale, culturale e naturalistico nelle pagine della Rassegna di diritto civile", in *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile* (a cura di P. Perlingieri), Esi, Napoli, 2005, pp. 308 s.; Flamini, A.: "Responsabilità civile, sicurezza sociale e protezione dell'ambiente", in Id.: *Il danno alla persona. Saggi di diritto civile*, Esi, Napoli, 2009, p. 148. In argomento, cfr. anche Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, *Foro it.*, 1988, I, c. 1057, con nota di Ponzanelli, G.: *Corte costituzionale e responsabilità civile: rilievi di un privatista, che considera la protezione ambientale preordinata alla salvaguardia dell'habitat nel quale l'uomo vive*.

44 Al Mureden, E.: *Principio di precauzione, tutela della salute e responsabilità civile*, Libreria Bonomo, Bologna, 2008, e *ivi* per ulteriori riferimenti bibliografici.

45 Sul tema, cfr. i rilievi di Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, *Giur. cost.*, 2013, pp. 1424 ss.
In dottrina, v. spec. Busnelli, F.D.: "Il problema della clonazione riproduttiva", *Riv. dir. civ.*, 2000, I, pp. 175 ss.; Jordan, A.: "The Precautionary Principle in the European Union", in *Reinterpreting the Precautionary Principles* (a cura di T. O'Riordan, J, Cameron, A. Jordan), Cameron May, London, 2001, pp. 143 ss.; Merusi, F.: "Dal fatto incerto alla precauzione: la legge sull'elettrosmog", *Foro amm.*, 2001, pp. 221 ss.; Trouwborst, A.: *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Laws*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2002; Gragnani, A.: "Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future", *Riv. dir. civ.*, 2003, II, pp. 9 ss.; Princigalli, A.M.: "Il principio di precauzione: danni «gravi e irreparabili» e mancanza di certezza scientifica", *Dir. agr.*, 2004, pp. 145 ss.; Izzo, U.: *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto nel danno da contagio*, Cedam, Padova, 2004, pp. 380 ss.; Heyvaert, V.: "Facing The Consequences of the Precautionary Principle in European Community Law", *European Law Rev.*, 2006, pp. 185 ss.; Del Prato, E.: "Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti", *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 634 ss.; Sunstein, C.R.: *Il diritto della paura: oltre il principio di precauzione*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 3 ss.; Marino, I.M.: *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, in Aa.Vv.: *Studi in onore di Alberto Romano*, III, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 2177 ss.; Landini, S.: "Principio di precauzione, responsabilità civile e danni da eventi catastrofali", *Contr. impr. Eur.*, 2014, pp. 14 ss.; Franzoni, M.: *Fatti illeciti*, in *Comm. c.c.* Scialoja-Branca-Galgano, a cura di G. De Nova, *Libro IV*, *Obbligazioni art. 2043-2059*, 2ª ed., Zanichelli Editore, Bologna, 2020, pp. 23 ss.

46 Il principio di precauzione, unitamente ai princípi di azione preventiva e di correzione dei danni ambientali, viene inteso come uno dei criteri fondamentali della politica europea. Proprio in considerazione della sua

tutti i diritti coinvolti qualora le conoscenze scientifiche e tecniche non escludano, ma nemmeno provino, la pericolosità, per l'ambiente o per la salute, di un'attività per altri aspetti vantaggiosa[47]. In sostanza, si tratta di contrastare in modo efficace un eventuale rischio[48], "anticipando", nei limiti del possibile, l'insorgenza di una situazione potenzialmente lesiva; il tutto, evitando, secondo un approccio sistematico, una ingiustificata compressione di princípi ugualmente meritevoli di tutela[49], quali la libertà di iniziativa economica (art. 41 cost.), la promozione della ricerca scientifica e tecnica (art. 9, comma 1, cost.)[50], la libertà del progresso scientifico (art. 33, comma 1, cost.). In tal modo la precauzione diviene regola dell'agire, assurgendo a criterio che, pur enunciato in relazione a uno specifico ambito, per la sua intrinseca portata tende a travalicarne i confini[51].

VI. LA DISCIPLINA DELLA RESPONSABILITÀ PER DANNI DA PRODOTTO DIFETTOSO.

Nella direzione tracciata, allora, la disciplina in tema di responsabilità del produttore per danni da prodotto difettoso – contenuta negli artt. 114-127 cod. cons. (d.lg. 6 settembre 2005, n. 206)[52] – costituisce un ambito di sicuro interesse rispetto alla problematica oggetto di indagine. In tal senso, si reputano necessari alcuni rilievi preliminari. Secondo un orientamento tendenzialmente prevalente sia in dottrina sia in giurisprudenza, la responsabilità da prodotto difettoso integrerebbe un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale[53] dal momento che,

portata, infatti, è stato accolto espressamente anche in diverse leggi statali e regionali attuative del citato articolo, tra le quali, a mero titolo esemplificativo, si richiamano la legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici (l. 22 febbraio 2001, n. 36); l'art. 107, comma 5, c. cons.; l'art. 301 c.a.

47 Santonastaso, F.: "Principio di «precauzione» e responsabilità d'impresa: rischio tecnologico e attività pericolosa per sua natura. Prime riflessioni su un tema di ricerca", *Contr. impr. Eur.*, 2005, pp. 21 ss.

48 Sulla distinzione tra rischio *ipotetico* e rischio *certo*, v. Degl'Innocenti, F.: *La responsabilità di impresa*, cit., pp. 162 ss.

49 Nella consapevolezza che il ruolo che i principi assumono nell'argomentazione giuridica deve essere collegato ad un più ampio mutamento dello scenario finalistico entro il quale i principi stessi sono chiamati ad intervenire, Addis, F.: "Sulla distinzione tra norme e principi", *Eur. dir. priv.*, 2016, pp. 1019 ss., spec. p. 1031.

50 Per una rilettura di tale principio costituzionale, v. Caterini, E.: *Il negozio giuridico di ricerca. Le istanze della persona e dell'impresa*, Esi, Napoli, 2000, pp. 38 ss., 72 ss.; Id.: "La libertà di ricerca scientifica e tecnica, la bioetica e le privative", in *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo* (a cura di R. Favale, B. Marucci), I, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, pp. 399 ss.; Perlingieri, P.: "Ricerca, metodologia, valutazione", *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 1 ss.

51 Del Prato, E.: "Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti", cit., p. 635.

52 Per un analitico esame della disciplina, v. Recinto, G., Porcelli, M.: "La responsabilità per danno da prodotti difettosi", in *Diritti e tutele dei consumatori* (a cura di G. Recinto, L. Mezzasoma, S. Cherti), Esi, Napoli, 2014, pp. 447 ss.

53 Al riguardo, secondo parte della dottrina [tra gli altri, spec. Alpa G., Bessone M.: *La responsabilità del produttore*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1999, pp. 93 ss.], la formulazione dell'art. 114 cod. cons., in virtú della quale «il produttore è responsabile del danno cagionato da difetti del suo prodotto», farebbe propendere per l'inquadramento della fattispecie in termini di ipotesi di responsabilità oggettiva; secondo altra parte della dottrina [spec. Galgano F., *La responsabilità del produttore*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Utet, Torino, 2010, p. 227], invece, tale ricostruzione si escluderebbe in radice in considerazione dell'articolazione dell'onere della prova.

come nella fattispecie contemplata dall'art. 2050 c.c.[54], non si instaurerebbe in concreto alcun rapporto negoziale diretto tra produttore e consumatore. In un'economia di mercato a produzione industriale, tuttavia, il rischio di impresa dovrebbe comunque ragionevolmente gravare sul produttore[55] in qualità di soggetto della catena distributiva, titolare a monte, dell'iniziativa produttiva, a valle, delle strategie di verifica della sicurezza dei prodotti.

In argomento, nonostante i limiti derivanti dall'attuale stadio di sviluppo tecnologico[56], la direttiva 85/374/CEE del 25 luglio 1985[57] concorre a delineare un'ipotesi di responsabilità oggettiva, «sia pur attenuata con riguardo alle aree escluse dalla responsabilità (ad es. per il rischio tecnologico) e alle cause di esclusione»[58], attualmente elencate nell'art. 118 cod. cons. Ed è proprio in relazione a queste ultime che si pone la questione del «rischio da sviluppo», noto anche come *state of art defence*. In particolare, ai sensi dell'art. 118, lett. e), cod. cons., al produttore che mette in circolazione un bene difettoso non potrà essere imputata alcuna forma di responsabilità se si dimostra che, in quel determinato momento, lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche non era tale da consentire di valutarne le possibili imperfezioni e il cattivo funzionamento[59]. In altri termini, la responsabilità risulterebbe materialmente imputabile nei soli casi nei quali sia ravvisabile una sostanziale discrasia tra il livello di sicurezza garantito dal produttore e l'effettiva dannosità del prodotto. Ciò sul presupposto che il concetto di difettosità, da intendersi necessariamente nella sua accezione giuridica[60], sottende precisi meccanismi di distribuzione dei rischi tra le parti e, dunque, una analitica valutazione del rapporto tra il livello di sicurezza tendenzialmente riconducibile ad un prodotto, avuto riguardo anche alla sua destinazione sul mercato, e le

Per un'analitica ricostruzione del dibattito dottrinale sul punto, cfr. Cass., 28 luglio 2015, n. 15851, *Danno resp.*, 2016, pp. 41 ss., con nota di Menga E.: *Responsabilità da farmaco difettoso: il delicato equilibrio tra la tutela della salute e la salvaguardia delle esigenze della produzione*.

54 Franzoni, M.: *Fatti illeciti, Libro quarto: Obbligazioni art. 2043-2059*, cit., pp. 380 ss.

55 Carnevali, U.: "Responsabilità del produttore", *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1999, p. 937.

56 Per un'efficace panoramica sul punto, v. Wagner, G.: *Robot Liability*, 2018, consultabile sul sito *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3198764*, p. 9; Montinaro, R.: "Responsabilità da prodotto difettoso e tecnologie digitali tra *soft law* e *hard law*", in Liber Amicorum *per Giuseppe Vettori* (a cura di G. Passagnoli, F. Addis, G. Capaldo, A. Rizzi, S. Orlando), Firenze, 2022, pp. 2443 ss.

57 Il testo della direttiva relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi è consultabile sul sito *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A31985L0374*.

58 Cosí, Alpa, G.: "Nuove figure di responsabilità civile di derivazione comunitaria", *Resp. civ. prev.*, 1999, I, p. 5.

59 Visintini, G.: "L'esimente del rischio di sviluppo come criterio della responsabilità del produttore. L'esperienza italiana e tedesca e la direttiva comunitaria", *Resp. civ. prev.*, 2004, I, pp. 1267 ss.

60 Per una dettagliata indagine sull'accezione ascrivibile al termine e sui criteri di interpretazione dell'art. 117 cod. cons., v. Stella, G.: "Causa ignota del danno derivante dall'uso del prodotto e responsabilità del produttore per prodotto difettoso", *Resp. civ. prev.*, 2017, pp. 1444 ss., spec. pp. 1445 ss.
Al riguardo, Rajneri, E.: "Prodotto difettoso", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, 4ª ed., Torino, 2016, pp. 614 ss., precisa che la valutazione di difettosità del prodotto non deve essere riferita ad un dato fisico, assumendo viceversa una connotazione squisitamente giuridica. In questa prospettiva, essa comprenderebbe una specifica verifica della «prevedibilità» ed «evitabilità» dei danni astrattamente riconducibili al prodotto, la quale rappresenterebbe a tutti gli effetti una delle componenti della colpa.

conseguenze in concreto associabili al suo impiego[61]. Da questo angolo visuale, la valutazione sulla sicurezza dovrà essere condotta sulla base di una serie di indici tra i quali rilevano da un lato, le aspettative dell'utenza[62], dall'altro, il rispetto da parte del produttore di standard oggettivi di conformità[63]. Quanto al primo profilo, non può sottovalutarsi che la messa in circolazione di un prodotto è subordinata ad una preventiva informativa – gravante sul produttore – relativa alle possibili modalità di utilizzo dello stesso nonché alle eventuali conseguenze pregiudizievoli derivanti dal suo impiego[64]. Quanto al secondo profilo, invece, da un'analisi sistematica delle clausole di esonero elencate nell'art. 118 cod. cons. non sembra revocabile in dubbio che non potrà discorrersi di sicurezza di un prodotto ogniqualvolta non risultino rispettati i requisiti prescritti dalla legge o i criteri forniti dalle cognizioni scientifiche e tecniche esistenti al tempo della sua realizzazione e della relativa immissione sul mercato[65].

In questa direzione, un significativo punto di partenza per la regolamentazione del rischio da «ignoto tecnologico» è senz'altro ravvisabile nei parametri indicati dalla Corte di Giustizia[66]. Nello specifico, la soluzione giurisdizionale prospettata pone a carico del produttore «l'onere di dimostrare che – nel momento della messa in circolazione del prodotto – il livello piú alto delle conoscenze della scienza e della tecnica, accessibili in qualsiasi settore produttivo, non consentiva di scoprire l'esistenza del difetto del prodotto»[67]. Sí che, in relazione all'accertamento dello stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, sulla scorta di un criterio piú stringente, il produttore dovrà tener conto non soltanto della prassi e degli standard di sicurezza in uso nel settore nel quale opera, ma anche degli eventuali

61 Rajneri, E.: "L'ambigua nozione di prodotto difettoso al vaglio della Corte di Cassazione italiana e delle altre corti europee", *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 624 ss.

62 Stella, G.: "Causa ignota del danno derivante dall'uso del prodotto e responsabilità del produttore per prodotto difettoso", cit., pp. 1444 ss.; Simonini, G.F.: "L'approccio olistico nel danno da prodotto", *Danno resp.*, 2018, pp. 137 ss.

63 Al riguardo, si pensi per tutti ai criteri dettati in relazione alla sicurezza generale dei prodotti (d.lg. 21 maggio 2014, n. 172, attuativo della direttiva 2001/95/CE), ora confluiti negli artt. 102 ss. cod. cons.; nonché ai criteri previsti dalle discipline speciali riguardanti i singoli settori merceologici (Reg. 178/2002/CE sulla sicurezza alimentare; d.lg. 24 aprile 2006, n. 219, attuativo della direttiva 2001/83/CE sulla sicurezza dei farmaci).

64 Cabella Pisu, L.: "Ombre e luci nella responsabilità del produttore", *Contr. impr.*, 2008, pp. 617 ss., spec. p. 627.

65 Sulla genericità del riferimento alle «conoscenze scientifiche e tecniche del tempo» e sulla complessità di circoscrivere in modo preciso il perimetro della locuzione, v. spec. Bin, M.: "L'esclusione della responsabilità", in *La responsabilità del produttore* (a cura di G. Alpa, M. Bin, P. Cendon), *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, Cedam, Padova, 1989, pp. 136 ss. Con specifico riferimento al rischio da sviluppo, cfr. Cerini, D.: "Responsabilità del produttore e rischio da sviluppo: oltre la lettera della dir. 85/374/CEE", *Dir. econ. ass.*, 1996, pp. 29 ss.

66 Corte giust., 29 maggio 1997, C-300/1995, *Foro it.*, 1997, IV, cc. 387 ss., con nota di Ponzanelli, G.: *Regno Unito, Corte di Giustizia ed eccezione dello «*state of art*»*; Corte giust., 5 marzo 2015, C-503/2013 e C-504/2013, *Resp. civ. prev.*, 2015, pp. 751 ss.; Corte giust., 21 giugno 2017, C-621/2015, in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:62015CA0621*.
In dottrina, per una dettagliata ricostruzione degli orientamenti della giurisprudenza europea, v. Verheyen, T.: "Full Harmonization, Consumer Protection and Products Liability: A Fresh Reading of the Case Law of the ECJ", *European Rev. Priv. Law*, 2018, pp. 119 ss.

67 Corte giust., 29 maggio 1997, Causa C-300/1995, cit., pp. 387 ss.

sviluppi degli stessi nella fase di commercializzazione del prodotto; cosí come non potrà esimersi dal condurre dettagliate ricerche sulla sua potenziale pericolosità, funzionali all'adozione – secondo quanto previsto dagli artt. 102 ss. cod. cons. – delle forme di cautela piú appropriate[68].

Le soluzioni interpretative prospettate sul piano europeo tendono però a subire una parziale rimodulazione in prospettiva *de iure condendo.* Segnatamente, la necessità di accordare preminenza, finanche in ipotesi di rischio non accertato o non ancora verificabile in fase di esecuzione dell'attività, ad una serie di valori reputati meritevoli di tutela, induce a riflettere sulla possibile imputabilità della responsabilità per danno da prodotto difettoso anche in assenza di una violazione delle normative in materia di sicurezza e/o sulla base dello stato delle conoscenze scientifiche e tecniche non già alla data della sua immissione in commercio, bensí al momento dell'insorgenza del danno.

Sul piano strettamente operativo poi, le incertezze derivanti dall'«ignoto tecnologico», di là da alcune specifiche precisazioni, non sembrano sovvertire in modo netto i tradizionali meccanismi di imputabilità della responsabilità. Pertanto, se l'evento dannoso è conseguenza di piú condotte – riconducibili a soggetti diversi, alcuni dei quali finanche potenzialmente automatizzati – che costituiscono violazione di piú disposizioni normative[69], sono tutti obbligati in solido al risarcimento del danno (art. 2055, comma 1, c.c.)[70]. Muovendo da tale assunto, tuttavia, in ipotesi di prodotto difettoso, sono riscontrabili una serie di temperamenti. In primo luogo, quanto alle declinazioni dell'imputabilità, nel momento in cui si consente a colui che ha risarcito il danno di agire in regresso avverso gli altri responsabili «nella misura determinata dalle dimensioni del rischio riferibile a ciascuno», oltre che «dalla gravità delle eventuali colpe e dalla entità delle conseguenze che ne sono derivate» (art. 121, comma 2, d.lg. 6 settembre 2005, n. 206); fermo restando che, nel dubbio, la ripartizione deve avvenire in parti uguali (artt. 121, comma 2, cpv.; 2055, comma 3, c.c.). In realtà, tale dato sembra rinvenire la propria giustificazione a prescindere dalla ricostruzione reputata condivisibile, atteso che la responsabilità viene comunque imputata al produttore anche se la causa specifica della difettosità

68 Albanese, A.: "La sicurezza generale dei prodotti e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europeo", *Eur. dir. priv.*, 2005, pp. 997 ss.; Stella, G.: "La responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo codice del consumo", *Resp. civ. prev.*, 2006, pp. 1589 ss.

69 Ciò che si richiede è che le diverse condotte, pur tra loro indipendenti e, dunque, non necessariamente parte di un piano unitario, abbiano concorso a causare un medesimo evento dannoso, Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 646.

70 Su questo profilo, per tutti, De Cupis, A.: *Dei fatti illeciti*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1971, pp. 107 ss.; Forchielli, P: *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Cedam, Padova, 1960, pp. 96 ss.; Orlandi, M.: *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 101 s., 161 e 269; Monateri, P.G.: *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Utet Giuridica, Torino, 1998, pp. 189 ss.; Castronovo, C.: *Responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2018, p. 376 ss.
Per un'ampia panoramica sulla giurisprudenza in materia, cfr. Devescovi, F., Gambi, M.: *Art. 2055. Responsabilità solidale*, in *Comm. c.c.* Cendon, IV, 2, Utet, Torino, 1991, pp. 2160 s.; Flamini, A.: *Art. 2055 (Responsabilità solidale)*, in *Cod. civ. ann.* (a cura di P. Perlingieri), IV, 2, Esi, Napoli, 1991, pp. 1931 ss.

risulta ignota[71]. In secondo luogo, con specifico riferimento ai criteri per la verifica della difettosità del prodotto, nonché al peculiare atteggiarsi degli oneri probatori nel relativo accertamento. Quanto al primo profilo se, di regola, la sicurezza del prodotto risulta genericamente attestata e*x ante* dall'osservanza degli standard richiesti, in ipotesi di «ignoto tecnologico» deve necessariamente essere verificata in concreto, adattandola di volta in volta allo specifico grado di evoluzione e al sofisticato *modus operandi* dello strumento[72]. Quanto al secondo profilo, invece, evocando il disposto dell'art. 120, comma 1, d.lg. 6 settembre 2005, n. 206, secondo il quale «il danneggiato deve provare il difetto, il danno e la connessione causale tra difetto e danno», la giurisprudenza prevalente[73] tende a ricostruire il difetto come un prerequisito strutturale della complessa fattispecie della responsabilità, un suo *prius* logico-giuridico. Al riguardo, infatti, la Suprema Corte puntualizza che potrebbe discorrersi di una forma di responsabilità avente natura «*presunta* (e non già oggettiva), posto che essa prescinde dall'accertamento della colpevolezza del produttore, ma non anche dalla dimostrazione dell'esistenza di un "difetto" del prodotto»[74], incombendo cosí sul danneggiato la prova del collegamento causale «non già tra il prodotto e il danno, bensí tra "il difetto e il danno"»[75].

In realtà, di là dalla condivisibilità nel merito della qualificazione giuridica suggerita[76], nella prassi sembra prevalere una chiave di lettura maggiormente coerente dal punto di vista logico. Nella specie, posto che sul danneggiato grava l'onere di provare «che l'uso del prodotto ha comportato risultati anomali rispetto alle normali aspettative, non garantendo […] la sicurezza che ci si poteva legittimamente attendere, sul produttore incomberà l'onere di provare che il difetto riscontrato non esisteva quando ha posto il prodotto in circolazione»[77]. Sul punto, tuttavia, l'«ignoto tecnologico» rende necessaria una precisazione. Prevedere una generalizzata esclusione della responsabilità per tutte le ipotesi nelle quali lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche raggiunto in fase di immissione del prodotto sul mercato non consente di valutarne la difettosità significherebbe

71 Trib. Roma, 14 novembre 2003, *Foro it.*, 2003, I, c. 1632.

72 Simonini, G.F.: "L'approccio olistico nel danno da prodotto", cit., p. 139.

73 *Ex multis*, cfr. spec. Cass., 15 marzo 2007, n. 6007, *Foro it.*, 2007, I, c. 2414, con nota di Palmieri, A.: *Difetto e condizioni di impiego del prodotto: ritorno alla responsabilità per colpa?*

74 È la stessa Commissione europea, nella "Quarta relazione sull'applicazione della direttiva 85/374/CEE", a segnalare le criticità della ricostruzione della disciplina in termini di responsabilità presunta, atteso che in tal modo risulterebbe notevolmente difficile provare che il danno sia stato causato da un difetto del prodotto.

75 In questi termini, Cass., 24 settembre 2018, n. 23447, *Dejure online*; Cass., 19 febbraio 2016, n. 3258, *Guida dir.*, 2016, 17, p. 51; Cass., 28 luglio 2015, n. 15851, cit.; Cass., 6 agosto 2013, n. 18654, *Danno resp.*, 2014, pp. 494 ss.; Cass., 29 maggio 2013, n. 13458, *ivi*, 2014, p. 493, con nota di Baldassarre, C.: *Responsabilità del produttore: danno risarcibile, onere della prova e logica giuridica.*

76 Sul punto, spec. Starck, B.: *Droit civil. Obligations. Responsabilité individuelle*, Lexis Nexis, Paris, 1981, pp. 270 ss.; Le Tourneau, P: *La responsabilité civile*, III éd., Presses Universitaires de France, Paris, 1982, p. 121; Castronovo, C.: *Responsabilità civile*, cit., p. 798, nota 92.

77 Cosí, Cass., 8 ottobre 2007, n. 20985, *Corr. giur.*, 2008, p. 812, con nota di Di Palma, C.: *Responsabilità da prodotto difettoso e onere della prova: la Cassazione riporta gli interpreti sul sentiero della* strict liability.

ridurre drasticamente, fino ad eliminare in modo del tutto irragionevole, qualsiasi forma di tutela in favore del danneggiato. In realtà, soprattutto nei casi nei quali il pregiudizio sia causalmente riconducibile ad un complesso di attività – "colorato", in modo piú o meno incisivo, dalla componente tecnologica – l'eventuale rischio non può gravare *sic et simpliciter* sul danneggiato, dovendo viceversa essere assunto, solidalmente, dai singoli soggetti coinvolti nella catena produttiva[78], secondo lo specifico ruolo rivestito da ciascuno e la pericolosità che il nucleo di condotte sottende.

VII. LA DISCIPLINA IN MATERIA DI TUTELA DELL'ARIA E DI RIDUZIONE DELLE EMISSIONI NELL'ATMOSFERA.

In relazione al tema oggetto di indagine si rivelano poi particolarmente interessanti le problematiche sollevate dalla dibattuta questione dell'inquinamento atmosferico. La disciplina di riferimento, come modificata dal d.lg. 3 aprile 2006, n. 152, mira a contemperare l'interesse pubblico alla salute e alla salvaguardia dell'ambiente con l'interesse dell'impresa al miglioramento della propria efficienza[79], sia pur contenendo i costi di gestione[80]. In questa prospettiva, l'art. 269 dispone che ai fini del rilascio delle autorizzazioni da parte dell'autorità pubblica competente per la costituzione, il trasferimento o la modifica sostanziale di un impianto che può dar luogo ad emissioni nell'atmosfera, occorre presentare un'apposita domanda di autorizzazione corredata dal progetto e dai sistemi tecnologici che si intendono adottare. Nello specifico, la normativa richiede ai gestori degli impianti l'adozione di tecniche particolarmente sofisticate ed efficaci per ridurre i rischi connessi all'eventuale superamento del tasso soglia delle emissioni e, al contempo, maggiormente idonee a bilanciare i costi e i vantaggi. In sostanza, stabiliti i limiti di emissione e i parametri che i gestori degli impianti devono necessariamente rispettare, adeguando in tal modo l'esercizio dell'attività di impresa alle piú collaudate strategie di tutela[81], la graduale evoluzione della tecnica e i rischi da «ignoto tecnologico» ad essa connessi non sembrano mutare i termini della questione, imponendo di accordare in ogni caso preminenza all'interesse pubblico

78 Procida Mirabelli di Lauro, A.: "Sicurezza sociale e responsabilità civile", cit., p. 325; Martone, I.: "Algoritmi e diritto: appunti in tema di responsabilità civile", *Tecn. dir.*, 2020, pp. 128 ss., spec. pp. 138 ss.

79 Secondo la peculiare configurazione che in linea di massima assume il potere di autodisciplina degli interessi quando si coniuga con qualsiasi attività economica organizzata. Per ulteriori spunti sul tema, v. Zoppini, A.: "Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza", *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 515 ss., spec. p. 527; Femia, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, cit., p. 503.

80 Sul tema, spec. Roncelli, P., Pomini, E.: "Inquinamento atmosferico", in *Codice dell'ambiente: commento alle recenti novità in materia di AIA, caccia, inquinamento atmosferico, rifiuti, VAS e VIA* (a cura di S. Nespor, A.L. De Cesaris), Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp. 81 ss.

81 In virtú della logica secondo la quale «[…] la ragione giuridica dell'azione in un sistema costituzionale, come il nostro, fondato sul pluralismo […] non rimuove ma comprende […] le ragioni individuali e il loro riferimento di valore», Femia, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, cit., p. 273.

proporzionalmente alle rinnovate istanze promananti dal tessuto sociale ed economico[82].

VIII. LA DISCIPLINA IN MATERIA DI TUTELA DELL'AMBIENTE.

Senza contare poi che la disciplina in tema di inquinamento atmosferico assume rilievo anche in relazione all'ambito piú generale della tutela dell'ambiente[83]. Segnatamente, nel contesto «[del]la conservazione e [del]la difesa della natura […] riconducibili all'aspirazione alla 'migliore condizione di vita'»[84], ai sensi dell'art. 308 gravano sull'imprenditore la gran parte dei costi delle iniziative statali di prevenzione e ripristino ambientale, con alcune isolate eccezioni[85]. Logica, questa, avvalorata da ultimo anche in sede di emanazione della Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità[86].

Sí che, ancora una volta, nell'ottica di assicurare il rispetto dell'ambiente e la neutralizzazione di ogni pratica potenzialmente o effettivamente nociva per lo stesso[87], in ragione della complessità degli interessi coinvolti si giustifica un'inversione dell'onere della prova, in virtú della quale non potranno considerarsi a carico dell'imprenditore le spese di riparazione che si siano rese necessarie «qualora dimostri che non gli è attribuibile un comportamento doloso o colposo e che l'intervento preventivo a tutela dell'ambiente sia stato causato da un'emissione, attività o qualsiasi altro modo di utilizzazione di un prodotto nel corso di un'attività che non possa essere considerato probabile causa di danno secondo lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento del rilascio dell'emissione o dell'esecuzione dell'attività»[88].

82 Corte cost., 16 marzo 1990, n. 127, *Giur. cost.*, pp. 718 ss., con nota di Violini, L.: *Protezione della salute e dell'ambiente «ad ogni costo».* In dottrina, sul tema, v. le riflessioni di D'Ambrosio, M.: *Progresso tecnologico, «responsabilizzazione» dell'impresa ed educazione dell'utente*, Esi, Napoli, 2017, pp. 120 ss.

83 Sul tema, tra gli altri, v. Tucci, G.: "Tutela dell'ambiente e diritto alla salute nella prospettiva del diritto uniforme europeo", in Aa.Vv., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp. 885 ss.; Buonocore, V.: *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, pp. 33 ss.; Libertini, M.: "La responsabilità d'impresa e l'ambiente", in Aa.Vv., *La responsabilità dell'impresa. Convegno per i trent'anni di Giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 199 ss.; Salanitro, U.: "Impatto ambientale dell'impresa e regole economiche della responsabilità", in Aa.Vv., *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi.* Atti del 9° Convegno Nazionale, Esi, Napoli, 2015, pp. 203 ss.

84 Cosí, Rescigno, P.: *Introduzione*, in *Proprietà*, I, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Utet Giuridica, Torino, 2ª ed., 2005, p. XVII; Scalisi, V.: "Immissione di rumore e tutela della salute", *Riv. dir. civ.*, 1982, I, pp. 127 ss.

85 In argomento, v. gli spunti di riflessione offerti da Salanitro, U.: "Impatto ambientale dell'impresa e regole economiche della responsabilità", cit., pp. 205 ss.; Id.: "La nuova disciplina della responsabilità per danno all'ambiente", *Resp. civ.*, 2006, pp. 678 ss.

86 Il testo integrale della proposta è consultabile sul sito *https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0010.02/DOC_1&format=PDF.*

87 Renna, M.: "Attività di impresa, sostenibilità ambientale e bilanciamento tra diritto alla salute e iniziativa economica privata", *Contr. impr.*, 2022, pp. 537 ss., spec. pp. 560-561.

88 Il disposto normativo risulta perfettamente coerente con il contenuto dell'art. 8 della direttiva 2004/35/CE.

IX. RILIEVI CONCLUSIVI.

In definitiva, l'analisi del dato empirico consente di cogliere le principali criticità dell'«ignoto tecnologico» in un ambito, quale quello dell'attività di impresa, probabilmente piú di ogni altro esposto ai rischi – conoscibili e non – della moderna rivoluzione digitale. I settori oggetto di specifico approfondimento in queste pagine restituiscono all'interprete un quadro composito nel quale l'eterogeneità dei valori coinvolti non esclude l'adozione di soluzioni univoche, tendenzialmente ispirate da un meccanismo di necessario contemperamento tra la probabilità, piú o meno elevata, di verificazione del rischio e i margini di tollerabilità configurabili per la collettività.

In quest'ottica, l'impostazione fatta propria dal legislatore sembra seguire una logica ben precisa: ogniqualvolta il rischio non risulti prevedibile dovrebbe assistersi, in chiave preventiva, ad un ragionevole incremento dei doveri di condotta fermo restando che, come necessario contraltare, sulla scorta di una lettura assiologicamente orientata della disciplina in tema di responsabilità, dovrebbe altresí ipotizzarsi un significativo ampliamento delle corrispondenti cause di esonero in tutte le ipotesi nelle quali l'evento dannoso non possa essere materialmente riconducibile alla condotta e/o all'attività dell'imprenditore. Ragionando a contrario, infatti, si incorrerebbe nel rischio, ancor piú preoccupante, di imputare ai singoli specifiche forme di responsabilità, in assenza di qualsivoglia prevedibilità – nella gran parte dei casi neppure in astratto – dei possibili eventi pregiudizievoli fisiologicamente riconducibili al progressivo sviluppo tecnologico.

BIBLIOGRAFIA.

ADDIS, F.: "Sulla distinzione tra norme e principi", *Eur. dir. priv.*, 2016, pp. 1019 ss.

AL MUREDEN, E.: *Principio di precauzione, tutela della salute e responsabilità civile*, Libreria Bonomo, Bologna, 2008.

ALBANESE, A.: "La sicurezza generale dei prodotti e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europeo", *Eur. dir. priv.*, 2005, pp. 997 ss.

ALPA G.; BESSONE M.: *La responsabilità del produttore*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1999, pp. 93 ss.

ALPA, G.: "Nuove figure di responsabilità civile di derivazione comunitaria", *Resp. civ. prev.*, 1999, I, p. 5.

ASCARELLI, T.: *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 95 ss.

ASQUINI, A.: "Profili dell'impresa", *Riv. dir. comm.*, 1943, I, pp. 1 ss.

BASSINI, M.; LIGUORI, L.; POLLICINO, O.: "Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?", in *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione* (a cura di F. PIZZETTI), Giappichelli, Torino, 2018, p. 334.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 646.

BIN, M.: "L'esclusione della responsabilità", in *La responsabilità del produttore* (a cura di G. ALPA, M. BIN, P. CENDON), *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, Cedam, Padova, 1989, pp. 136 ss.

BRACCO, R.: *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Cedam, Padova, 1960, rist., 1966, p. 204.

BUONOCORE, V.: *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, pp. 33 ss.

BUSNELLI, F.D.: "Il problema della clonazione riproduttiva", *Riv. dir. civ.*, 2000, I, pp. 175 ss.

CABELLA PISU, L.: "Ombre e luci nella responsabilità del produttore", *Contr. impr.*, 2008, pp. 617 ss.

Carnevali, U.: "Responsabilità del produttore", *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1999, p. 937.

Cassese, S.: *Il Diritto Globale*, Einaudi, Torino, 2009, *passim.*

Castronovo, C.: *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2006, p. 276.

Castronovo, C.: *Responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2018, p. 376 ss., p. 798.

Caterini, E.: "La libertà di ricerca scientifica e tecnica, la bioetica e le privative", in *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo* (a cura di R. Favale, B. Marucci), I, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, pp. 399 ss.

Caterini, E.: *Il negozio giuridico di ricerca. Le istanze della persona e dell'impresa*, Esi, Napoli, 2000, pp. 38 ss., 72 ss.

Cavazzuti, F.: "Rischio di impresa", *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, pp. 1093 ss.

Cerini, D.: "Responsabilità del produttore e rischio da sviluppo: oltre la lettera della dir. 85/374/CEE", *Dir. econ. ass.*, 1996, pp. 29 ss.

Coggiola, N.: "Danno da progresso tecnologico", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., Torino, 2011, pp. 279 ss.

Coggiola, N.: "La responsabilità per rischio tecnologico", in *Avoid, Transfer, Retain. Aspetti giuridici dell'enterprise risk management e diritto delle assicurazioni. Legal aspects of Enterprise Risk Management and Insurance law* (a cura di O.M. Calliano), Giappichelli Editore, Torino, 2016, consultabile sul sito *https://www.nuovodirittodellesocieta.it/responsabilita_per_rischio_tecnologico#_ftnref1*.

Consolo, C.: "Il rischio da «ignoto tecnologico»: un campo arduo – fra lecito e illecito – per la tutela cautelare e inibitoria", *Resp. civ. prev.*, 2003, pp. 599 ss.

Coppini, L.: "Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile", *Pol. dir.*, 2018, p. 714.

Costi, R.: *Ignoto tecnologico e rischio di impresa*, in Aa.Vv., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 49 ss.

D'Addino Serravalle, P.: "La tutela del patrimonio ambientale, culturale e naturalistico nelle pagine della Rassegna di diritto civile", in *Temi e problemi della*

civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile (a cura di P. Perlingieri), Esi, Napoli, 2005, pp. 308 s.

D'Ambrosio, M.: *Progresso tecnologico, «responsabilizzazione» dell'impresa ed educazione dell'utente*, Esi, Napoli, 2017, pp. 120 ss.

De Cupis, A.: *Dei fatti illeciti*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1971, pp. 107 ss.

Degl'Innocenti, F.: *La responsabilità di impresa. Obblighi di condotta e regimi di imputazione*, Esi, Napoli, 2019, pp. 13 ss., 88 ss., 162 ss.

Degl'Innocenti, F.: *Rischio di impresa e responsabilità civile. La tutela dell'ambiente tra prevenzione e riparazione dei danni*, Firenze University Press, 2013, p. 46.

Del Prato, E.: "Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti", *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 634 ss.

Devescovi, F., Gambi, M.: *Art. 2055. Responsabilità solidale*, in *Comm. c.c.* Cendon, IV, 2, Utet, Torino, 1991, pp. 2160 s.

Di Ciommo, F.: *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Esi, Napoli, 2003, pp. 9 ss., 61 ss., 113 ss.

Di Majo, A.: *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 201.

Di Raimo, R.: "Unità e frammentazione del diritto e del suo sapere", in *Percorsi di diritto civile. Studi 2009/2011* (a cura di R. Di Raimo, M. Francesca, A.C. Nazzaro), Esi, Napoli, 2011, pp. 1 ss.

Femia, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Esi, Napoli, 1996, pp. 428 s.

Flamini, A.: "Responsabilità civile, sicurezza sociale e protezione dell'ambiente", in Id., *Il danno alla persona. Saggi di diritto civile*, Esi, Napoli, 2009, p. 148.

Flamini, A.: *Art. 2055 (Responsabilità solidale)*, in *Cod. civ. ann.* (a cura di P. Perlingieri), IV, 2, Esi, Napoli, 1991, pp. 1931 ss.

Forchielli, P: *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Cedam, Padova, 1960, pp. 96 ss.

Franzoni, M.: *Fatti illeciti*, in *Comm. c.c.* Scialoja-Branca-Galgano, a cura di G. De Nova, *Libro IV, Obbligazioni art. 2043-2059*, 2ª ed., Zanichelli Editore, Bologna, 2020, pp. 23 ss., 380 ss.

Franzoni, M.: *Il danno risarcibile*, II, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da M. Franzoni, 2ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 733 ss.

Franzoni, M.: *L'illecito*, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da M. Franzoni, 2ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 410 ss.

Galgano F., *La responsabilità del produttore*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Utet, Torino, 2010, p. 227.

Galgano, F.: *Introduzione: le teorie dell'impresa*, in *Tratt. dir. comm.* Galgano, II, Padova, 1978, pp. 1 ss.

Gatti, A.: "«Istituzioni e anarchia della Rete. I paradigmi tradizionali della sovranità a prova di internet»", *Dir. inf.*, 2019, pp. 711 ss.

Gragnani, A.: "Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future", *Riv. dir. civ.*, 2003, II, pp. 9 ss.

Heyvaert, V.: "Facing The Consequences of the Precautionary Principle in European Community Law", *European Law Rev.*, 2006, pp. 185 ss.

Howells, G.; Twigg-Flesner, C.; Wilhelmsson, T.: *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, 2018, pp. 258 ss.

Izzo, U.: *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto nel danno da contagio*, Cedam, Padova, 2004, pp. 380 ss.

Jonas, H.: *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità*, Einaudi, Torino, 1997, pp. 46 s.

Jordan, A.: "The Precautionary Principle in the European Union", in *Reinterpreting the Precautionary Principles* (a cura di T. O'Riordan, J, Cameron, A. Jordan), Cameron May, London, 2001, pp. 143 ss.

Josserand, L.: *De la responsabilitè du fait des choses inanimèes*, Arthur Rousseau, Paris, 1987, p. 7.

Koch, B.: "Product Liability 2.0 – Mere Update or New Version?", *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, 2019, pp. 99 ss.

Landini, S.: "Principio di precauzione, responsabilità civile e danni da eventi catastrofali", *Contr. impr. Eur.*, 2014, pp. 14 ss.

Le Tourneau, P: *La responsabilité civile*, III éd., Presses Universitaires de France, Paris, 1982, p. 121.

Libertini, M.: "La responsabilità d'impresa e l'ambiente", in Aa.Vv., *La responsabilità dell'impresa. Convegno per i trent'anni di Giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 199 ss.

Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, pp. 195 ss.

Marino, I.M.: *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Alberto Romano*, III, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 2177 ss.

Martone, I.: "Algoritmi e diritto: appunti in tema di responsabilità civile", *Tecn. dir.*, 2020, pp. 128 ss.

Merusi, F.: "Dal fatto incerto alla precauzione: la legge sull'elettrosmog", *Foro amm.*, 2001, pp. 221 ss.

Monateri, P.G.: *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Utet Giuridica, Torino, 1998, pp. 189 ss.

Montinaro, R.: "Responsabilità da prodotto difettoso e tecnologie digitali tra *soft law* e *hard law*", in Liber Amicorum *per Giuseppe Vettori* (a cura di G. Passagnoli, F. Addis, G. Capaldo, A. Rizzi, S. Orlando), Firenze, 2022, pp. 2443 ss.

Montinaro, R.: *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 42 ss.

Nicolò, R.: "Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile", *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 183.

Nuzzo, G.: "Impresa e società nell'era digitale (appunti)", *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, pp. 417 ss.

Oppo, G.: "Impresa e imprenditore (dir. comm.)", *Enc. giur.* Treccani, XVI, Roma, 1989, pp. 1 ss.

Oppo, G.: "L'impresa come fattispecie", *Riv. dir. civ.*, 1982, I, pp. 109 ss.

Orlandi, M.: *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 101 s., 161, 269.

PAGLIETTI, M.C.: "Questioni in materia di prova di pagamenti non autorizzati", in *Innovazione e regole nei pagamenti digitali. Il bilanciamento degli interessi nella PSD2*, Roma Tre-Press, Roma, 2020, pp. 43 ss.

PECORARO, C.: "Gestione del rischio da ignoto tecnologico: prime riflessioni sull'adeguatezza dell'organizzazione", in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, II, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 1425 ss.

PERLINGIERI, C.: "Responsabilità civile e robotica medica", *Tecn. dir.*, 2020, pp. 161 ss.

PERLINGIERI, G.: "Sul giurista che come «il vento non sa leggere»", *Rass. dir. civ.*, 2010, pp. 398 ss.

PERLINGIERI, P.: "Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento", *Riv. dir. priv.*, 2011, pp. 159 ss.

PERLINGIERI, P.: "L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi", in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 1989, pp. 283 ss.

PERLINGIERI, P.: "L'onnipresente art. 2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona", *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 520 ss.

PERLINGIERI, P.: "La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento", *Rass. dir. civ.*, 2004, pp. 1061 ss.

PERLINGIERI, P.: "Le funzioni della responsabilità civile", *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 115 ss.

PERLINGIERI, P.: "Ricerca, metodologia, valutazione", *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 1 ss.

PERLINGIERI, P.: "Spunti in tema di tutela dell'ambiente", *Legal. giust.*, 1989, p. 136.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, 4ª ed., Esi, Napoli, 2020, pp. 305 ss., 326.

PONZANELLI, G.: *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 1992, *passim.*

PRINCIGALLI, A.M.: "Il principio di precauzione: danni «gravi e irreparabili» e mancanza di certezza scientifica", *Dir. agr.*, 2004, pp. 145 ss.

Procida Mirabelli di Lauro, A.: "Sicurezza sociale e responsabilità civile", in *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità* (a cura di P. Perlingieri, S. Giova, I. Prisco), Atti del 15° Convegno Nazionale, Esi, Napoli, 2020, pp. 297 ss.

Quarta, F.: *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Esi, Napoli, 2010, pp. 129 ss., 266 ss.

Rajneri, E.: "L'ambigua nozione di prodotto difettoso al vaglio della Corte di Cassazione italiana e delle altre corti europee", *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 624 ss.

Rajneri, E.: "Prodotto difettoso", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, 4ª ed., Torino, 2016, pp. 614 ss.

Ravà, T.: *La nozione giuridica di impresa*, Giuffrè, Milano, 1949, *passim.*

Recinto, G.; Porcelli, M.: "La responsabilità per danno da prodotti difettosi", in *Diritti e tutele dei consumatori* (a cura di G. Recinto, L. Mezzasoma, S. Cherti), Esi, Napoli, 2014, pp. 447 ss.

Renna, M.: "Attività di impresa, sostenibilità ambientale e bilanciamento tra diritto alla salute e iniziativa economica privata", *Contr. impr.*, 2022, pp. 537 ss.

Rescigno, P.: *Introduzione*, in *Proprietà*, I, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Utet Giuridica, Torino, 2ª ed., 2005, p. XVII.

Rodotà, S.: *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 176 ss.

Rodotà, S.: *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, *passim.*

Rodotà, S.: *Tecnopolitica. La tecnologia e le nuove tecnologie della comunicazione*, 2ª ed., Editori Laterza, Roma-Bari, 2004, *passim.*

Roncelli, P.; Pomini, E.: "Inquinamento atmosferico", in *Codice dell'ambiente: commento alle recenti novità in materia di AIA, caccia, inquinamento atmosferico, rifiuti, VAS e VIA* (a cura di S. Nespor, A.L. De Cesaris), Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp. 81 ss.

Ruffolo, U.: "Responsabilità da produzione e gestione di A.I. self-learning", in *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità* (a cura di P. Perlingieri, S. Giova, I. Prisco), Atti del 15° Convegno Nazionale, Esi, Napoli, 2020, pp. 233 ss.

Salanitro, U.: "Impatto ambientale dell'impresa e regole economiche della responsabilità", in Aa.Vv., *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi.* Atti del 9° Convegno Nazionale, Esi, Napoli, 2015, pp. 203 ss.

Salanitro, U.: "La nuova disciplina della responsabilità per danno all'ambiente", *Resp. civ.*, 2006, pp. 678 ss.

Salvi, C.: "Il paradosso della responsabilità civile", *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 128

Santonastaso, F.: "Principio di «precauzione» e responsabilità d'impresa: rischio tecnologico e attività pericolosa per sua natura. Prime riflessioni su un tema di ricerca", *Contr. impr. Eur.*, 2005, pp. 21 ss.

Scalisi, V.: "Immissione di rumore e tutela della salute", *Riv. dir. civ.*, 1982, I, pp. 127 ss.

Schwab, K.: *La quarta rivoluzione industriale*, Franco Angeli, Milano-Roma, 2016, *passim.*

Scognamiglio, C.: "I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile", *Corr. giur.*, 2016, p. 913.

Scognamiglio, R.: "Illecito (diritto vigente)", *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, pp. 164 ss.

Scognamiglio, R.: "Responsabilità civile", *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, pp. 672 ss.

Simonini, G.F.: "L'approccio olistico nel danno da prodotto", *Danno resp.*, 2018, pp. 137 ss.

Starck, B.: *Droit civil. Obligations. Responsabilité individuelle*, Lexis Nexis, Paris, 1981, pp. 270 ss.

Stella, G.: "Causa ignota del danno derivante dall'uso del prodotto e responsabilità del produttore per prodotto difettoso", *Resp. civ. prev.*, 2017, pp. 1444 ss.

Stella, G.: "La responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo codice del consumo", *Resp. civ. prev.*, 2006, pp. 1589 ss.

Sunstein, C.R.: *Il diritto della paura: oltre il principio di precauzione*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 3 ss.

TRIMARCHI, P.: "Rischio di impresa e responsabilità oggettiva", in *Interpretazione giuridica ed analisi economica* (a cura di G. ALPA, F. PULITINI, S. RODOTÀ, F. ROMANI), Giuffrè, Milano, 1982, p. 463.

TRIMARCHI, P.: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 275 ss.

TROUWBORST, A.: *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Laws*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2002.

TUCCI, G.: "Tutela dell'ambiente e diritto alla salute nella prospettiva del diritto uniforme europeo", in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp. 885 ss.

VERHEYEN, T.: "Full Harmonization, Consumer Protection and Products Liability: A Fresh Reading of the Case Law of the ECJ", *European Rev. Priv. Law*, 2018, pp. 119 ss.

VISINTINI, G.: "L'esimente del rischio di sviluppo come criterio della responsabilità del produttore. L'esperienza italiana e tedesca e la direttiva comunitaria", *Resp. civ. prev.*, 2004, I, pp. 1267 ss.

WAGNER, G.: *Robot Liability*, 2018, consultabile sul sito *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3198764*, p. 9

ZELLINI, P.: *La dittatura del calcolo*, Adelphi, Milano, 2018, pp. 51 ss.

ZELLINI, P.: *La matematica degli dei e gli algoritmi degli uomini*, Adelphi, Milano, 2016, *passim.*

ZOPPINI, A.: "Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza", *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 515 ss.

EL DERECHO DE DAÑOS ANTE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: LA INTERVENCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA*

THE LAW OF DAMAGES BEFORE ARTIFICIAL INTELLIGENCE: THE INTERVENTION OF THE EUROPEAN UNION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1296-1325

* Trabajo realizado al amparo del Proyecto «La irrupción de la inteligencia artificial en el Derecho de daños y su adaptación a las nuevas tecnologías» - Referencia PID2020-116185GB-100 (Ministerio de Ciencia e Innovación – Agencia Estatal de investigación) y del Proyecto «Los desafíos planteados por la inteligencia artificial en el ámbito de la responsabilidad civil» - GV/2021/018 (Conselleria d´Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital de la Generalitat Valenciana).

Manuel ORTIZ FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: El avance de las tecnologías y, en su seno, la inteligencia artificial presenta retos en todos los sectores. En el ámbito jurídico, el encaje de los sistemas inteligentes no se presenta como una tarea sencilla. En este sentido, las notas presentes en los mismos (racionalidad, autonomía, incertidumbre, complejidad, etc.) no pueden predicarse de los productos que, hasta el momento, se utilizaban por los particulares. Todo ello, tiene incidencia directa en el Derecho de daños y afecta a muchos de sus elementos. El propio criterio de imputación, la determinación del nexo causal y la participación de una multiplicidad de sujetos, entre otras cuestiones, precisan de una solución adecuada. Precisamente por este motivo, las instituciones de la Unión Europea han ido emitiendo diferentes documentos en los que se reflexiona sobre todas estas disquisiciones. En el presente estudio, abordaremos el análisis del tratamiento ofrecido por dichas instituciones al tema de la responsabilidad civil y, en última instancia, las tendencias que, parece, se adoptarán finalmente.

PALABRAS CLAVE: Autonomía; inteligencia artificial; racionalidad; responsabilidad; Unión Europea.

ABSTRACT: *The advancement of technologies and, within them, artificial intelligence presents challenges in all sectors. In the legal field, the fit of intelligent systems is not presented as a simple task. In this sense, the notes present in them (rationality, autonomy, uncertainty, complexity, etc.) cannot be predicated on the products that, until now, were used by individuals. All this directly impacts the law of damages and affects many of its elements. The imputation criterion itself, the determination of the causal link and the participation of a diversity of subjects, among other issues, require an adequate solution. Precisely for this reason, the institutions of the European Union have been issuing different documents reflecting on all these disquisitions. In this study, we will address the analysis of the treatment offered by these institutions to the issue of civil liability and, ultimately, the trends that, it seems, will finally be adopted.*

KEY WORDS: *Autonomy; artificial intelligence; rationality; liability; European Union.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. - II. LA EVOLUCIÓN EN EL TRATAMIENTO OFRECIDO POR LA UNIÓN EUROPEA. - III. DERECHO DE DAÑOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ENTRE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LAS ÚLTIMAS TENDENCIAS EUROPEAS. - 1. La Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial. - *A) Ámbito subjetivo de aplicación: la figura del "operador". - B) Relaciones entre operador y productor o fabricante. - C) Relaciones entre operador y otros sujetos intervinientes. - D) Los criterios de responsabilidad incluidos en la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial.* - 2. La "adaptación" de la Directiva de productos defectuosos a los sistemas inteligentes.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

En el presente estudio expondremos unas breves notas acerca del fenómeno de la denominada inteligencia artificial y, en particular, el indudable impacto que la misma está teniendo en el ámbito jurídico. A este respecto, a nadie se escapa que las normas nacionales e internacionales de que disponemos para el Derecho de daños pueden presentarse insuficientes para resolver los daños generados por los sistemas inteligentes. Cuestiones tales como el criterio de imputación, el nexo causal y la propia determinación del daño aparecen, en cierta forma, desdibujadas cuando nos referimos a entes que, en principio, pueden actuar de forma autónoma y "racional".

Sin duda, nos encontramos ante escenarios en los que las notas de incertidumbre, desconocimiento, complejidad y, de algún modo, oscuridad, están muy patentes. De hecho, incluso el propio concepto de inteligencia artificial se presenta como conflictivo y sobre el que no existe acuerdo unánime[1], tal y como se desprende tanto de la doctrina científica como de las definiciones propuestas por la Unión Europea.

Sea como fuere, debemos tener en cuenta que la premisa básica de esta tecnología es que las máquinas puedan simular procesos de inteligencia humana.

1 Parte de la doctrina destaca que, en términos legales, la inteligencia artificial es una combinación de software y datos. El software (instrucciones para el procesador del ordenador) es la implementación en el código del algoritmo de inteligencia artificial (un conjunto de reglas para resolver un problema). Lo que distingue la inteligencia artificial del desarrollo de software tradicional es, en primer lugar, que las reglas del algoritmo y la implementación de software pueden ser dinámicas y cambiar a medida que la máquina aprende; y en segundo lugar, los conjuntos de datos muy grandes que procesa la inteligencia artificial (como lo que originalmente se llamó *big data*). Los datos son los datos de entrada (conjuntos de datos de entrenamiento, pruebas y operativos); que los datos procesados por el ordenador; y los datos de salida (incluidos los datos derivados de la salida). No obstante, no podemos obviar que nos encontramos ante un concepto complejo y, en cierta forma, ambiguo.

• Manuel Ortiz Fernández
Profesor ayudante del Área de Derecho Civil
Universidad Miguel Hernández de Elche
m.ortizf@umh.es

Así, en 1950, Alan Turing propuso el denominado *Turing Test* para determinar si una máquina era inteligente.

En este sentido, se podría predicar tal rasgo de la misma si un humano no era capaz de diferenciarla de otra persona[2]. Por otro lado, en 1955 se planteó la realización de un proyecto de investigación en el que se partía de que cada aspecto del aprendizaje o cualquier otra característica de la inteligencia podía describirse, en principio, con tanta precisión, que era posible crear una máquina para simularla[3]. En suma, se trataba de que estos robots usaran el lenguaje, formaran abstracciones y conceptos y resolvieran problemas reservados para los seres humanos.

Como destaca Murphy[4], la inteligencia artificial puede definirse como la ciencia dedicada a realizar que las máquinas actúen de forma inteligente. No obstante, el autor citado reconoce que se trata de un concepto controvertido. Para concluir cuando estamos ante un robot con inteligencia artificial pone especial énfasis en las aplicaciones que puede desarrollar, a saber, que sea capaz de aprender, planificar, razonar, resolver problemas, adquirir conocimiento a partir de la representación e incorporar visión por computador. En este sentido, cabe señalar que, como apunta la doctrina, el propio término de inteligencia es sumamente variable y depende de la perspectiva desde la que se observe[5].

Además, al aproximarnos a estas cuestiones, hemos de tener presente que algunas voces diferencian entre dos tipos de inteligencia artificial[6]. De un lado, la "inteligencia artificial débil", que se ha aplicado "a aquellos sistemas que únicamente parecen, conductualmente, tener un pensamiento inteligente similar al humano (simulan tener inteligencia), pero que en realidad no pasan de ser sistemas muy especializados que aplican técnicas más o menos complejas a la resolución de problemas muy concretos, hallándose lejos de mostrar cualquier síntoma revelador de estados cognitivos". De otro lado, la "inteligencia artificial fuerte" se encuentra referida a la "capacidad de un sistema para emular ciertos procesos cognitivos o capacidades generales del pensamiento humano (…) pudiendo además mejorar continuamente su rendimiento a medida que realizan dichas operaciones y aprenden de su propia experiencia".

2 Turing, A.: "Computing Machinery and Intelligence", *Mind*, vol. LIX, núm. 236, 1950, pp. 433-460.

3 En este sentido, McCarthy, J., *et al.*: "A proposal for the dartmouth summer research project on artificial intelligence", 1955, pp. 1-13. Disponible en: http://jmc.stanford.edu/articles/dartmouth/dartmouth.pdf (fecha última consulta: 16.06.2022).

4 *Introduction to AI Robotics*, The MIT Press, Massachusetts, 2019, pp. 3-4.

5 En este sentido, *vid.* Zurita Martín, I.: *La responsabilidad civil por los daños causados por los robots inteligentes como productos defectuosos*, Reus, Madrid, 2020, p. 12; Churnin, S.: *Inteligencia artificial: retos éticos y jurídicos, y la influencia de los derechos humanos,* Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2011, p. 21.

6 A este respecto, *vid.* Solar Cayón, J.I.: *La Inteligencia Artificial Jurídica. El impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de servicios jurídicos,* Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 23-25.

Sea como fuere, destaca el autor mencionado que esta distinción no tiene excesivo sentido, ya que se asienta sobre la "falacia de la inteligencia artificial", en la medida en que está basada en la creencia de que la única manera de desarrollar sistemas que lleven a cabo tareas al nivel de los expertos es replicar los procesos de pensamiento de los especialistas humanos[7].

De todo ello, se desprende que, en realidad, no conocemos, con certeza, qué es un sistema inteligente y cómo funciona. En definitiva, observamos que, de forma aparentemente racional y autónoma, obtiene conclusiones a partir del procesamiento de una cantidad ingente de datos. Sin embargo, no podemos afirmar, con rotundidad, el motivo por el que ha escogido una opción u otra.

De hecho, una de las problemáticas que se plantea es, incluso, la posibilidad de atribuir personalidad jurídica a los sistemas que integran inteligencia artificial (si se quiere, una suerte de "personalidad robótica") a la que pueda, en su caso, atribuir los perjuicios que se causen al disponer de un patrimonio propio.

Al margen de estas disquisiciones (a las que es verdaderamente complejo ofrecer una respuesta inequívoca), lo cierto es que, como en otros campos de la responsabilidad civil, el criterio que ha de aplicarse es el riesgo, entendido como el peligro potencial que un determinado "producto" genera para la sociedad en su conjunto. Así, pues, a partir de un estudio *ad hoc* para cada tipo de tecnología, podrá concluirse, en términos probabilísticos, acerca de la posible afectación de bienes jurídicos. Influirá, en este sentido, si el sistema interactúa con personas y, en dicho supuesto, con cuantas de ellas, el derecho que se vería dañado, la utilización de un hardware para que intervenga en el mundo físico o si únicamente opera en entornos virtuales, entre otros.

Íntimamente ligado con lo anterior, se está debatiendo acerca del establecimiento de "clasificaciones" para los sistemas inteligentes y su división entre aquellos que se reputan de "alto riesgo" y, por el contrario, los que no comparten esta característica. A los primeros, se les acompaña de un régimen más severo y riguroso y a los segundos de unos criterios más laxos y flexibles.

No debe influir, sin embargo y a nuestro parecer, la intervención o no del ser humano, ya sea en su creación y desarrollo, ya en su utilización. Y es que, consideramos que tales interpretaciones están basadas en una doble falacia. De una parte, al entender que la inteligencia artificial tendrá, al menos, los mismos sesgos que los sujetos que la generan; de otra, al deducir que participación de las personas reduce, *per se*, el riesgo de que la máquina pueda producir consecuencias negativas.

7 En este sentido, Solar Cayón, *La Inteligencia*, cit., p. 25.

Para tratar de regular estos asuntos, la Unión Europea está ocupando un papel esencial y está desarrollando una labor titánica para encontrar la herramienta jurídica adecuada. Encontramos, pues, multitud de documentos emitidos (comunicaciones, informes, resoluciones, propuestas de reglamento, etc.) que comparten la finalidad descrita: incorporar una regulación de la inteligencia artificial para todos los países miembros que sea adecuada y acorde con las exigencias de la realidad vigente y futura. En definitiva, sentar unas bases sobre las que construir una convivencia "pacífica" con las modernas tecnologías.

En el tratamiento que ha tenido en el seno de la Unión Europea, podemos observar una evolución que, si bien ha sido positiva en ciertos aspectos, no lo ha sido en otras materias. Así, la cuestión que más trascendencia ha tenido ha sido la atención que ha merecido el ser humano como portador de derechos. En este sentido, se ha buscado que las personas ocupen el lugar primordial de todo el ordenamiento jurídico (situándolas en el centro) y, una vez aseguradas las facultades dignas de protección, continuar ahondando en el avance tecnológico.

En todo caso, hemos de realizar dos observaciones a estas afirmaciones. En primer lugar, parece obvio que el propio desarrollo y progreso de la humanidad conlleva, como contrapartida, la exposición a determinados peligros. En la mayoría de los casos, cuando se materializan los mismos se ha de actuar para reparar y resarcir el perjuicio. No obstante, existen contextos en los que es necesaria la atribución, a los particulares, de un deber jurídico de soportar el daño (o algunos de sus efectos).

En segundo lugar, desde nuestra perspectiva, a pesar de que los resultados obtenidos son muy favorables, entendemos que las ciencias sociales han de ocupar un papel esencial para evitar que se produzcan situaciones poco deseables[8]. Los avances tecnológicos, tan necesarios, han de ir acompañados de una ética adecuada[9] y han de respetar, en última instancia, los derechos subjetivos de los particulares.

Sea como fuere, tal posicionamiento no puede convertirse en una interpretación que abogue por la supresión de esta inteligencia. Así pues, se han de abandonar las posturas que conceptualizan a la inteligencia artificial como algo negativo y que aseveran que van a generar menoscabos en los derechos hasta

8 En este sentido, *vid.* Jaume-Palasí, L.: "Cómo la inteligencia artificial está impactando en las sociedades", en AA.VV.: *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, Aranzadi, Navarra, 2020, p. 28; Ortiz Fernández, M.: *La responsabilidad civil derivada de los daños causados por sistemas inteligentes y su aseguramiento: análisis del tratamiento ofrecido por la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2021.

9 A este respecto, destaca Kemp, R.: "Artificial Intelligence: introduction", *Practical Law UK Articles*, 2017, p. 2 que la cuarta revolución industrial en general y la inteligencia artificial en particular plantean profundas preguntas sobre la naturaleza, el momento y el alcance del surgimiento de nuevas industrias, el desplazamiento del empleo, el cambio social y la ética.

límites insospechados. Muy al contrario, siendo cierto que nos podemos encontrar ante casos en los que se produzcan infortunios, no parece que puedan aceptarse las anteriores conclusiones. De hecho, tenemos información para concluir, precisamente, justo lo contrario, pues estos sistemas reducirán, en gran medida, muchos de los eventos dañosos que ocurren en la actualidad.

En otro orden de cosas, conviene apuntar que los sistemas de responsabilidad civil únicamente operan, *ex post*, cuando se produce alguna disfuncionalidad para reparar el perjuicio que se ha causado. Por ello, es importante que los Estados cuenten con una regulación completa y adecuada en este ámbito. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos han de disponer de herramientas suficientes para actuar, *ex ante*, con la finalidad de prevenir dichas actuaciones y evitar, en suma, que tales daños ocurran.

II. LA EVOLUCIÓN EN EL TRATAMIENTO OFRECIDO POR LA UNIÓN EUROPEA.

En abstracto, aparecen tres posibilidades para abordar la regulación de la inteligencia artificial. En primer lugar, utilizar la normativa existente para resolver las distintas problemáticas que se planteen en la práctica. En segundo lugar, como derivada de la anterior, se presenta la opción de que, a pesar de recurrir a dicha legislación, realizar en la misma algunas "adaptaciones" para englobar a los sistemas inteligentes.

En tercer lugar, existe una postura que aboga por la aprobación de disposiciones específicas para esta nueva realidad que tengan en cuenta las características particulares que tienen estos sistemas y que, en suma, sean adecuadas para solucionar las problemáticas que se generan en su seno. A este respecto, podemos detectar, a su vez, tres posicionamientos.

De un lado, aquellos que consideran que lo más idóneo es disponer de un tratado (o *hard law*), es decir, normas positivas, codificadas y exhaustivas que, en definitiva, ofrezcan seguridad jurídica. Esta posición, sin embargo, tiene un problema fundamental y es que la tecnología avanza tan rápido que la norma puede quedar obsoleta de forma reiterada.

De otro lado, algunos postulan el establecimiento de unos códigos generales de conducta (o *soft law*), que actúen como una suerte de presunciones, si se quiere, *iuris tantum,* de aquellas actividades que son consideradas, *ex lege*, como diligentes. En este caso, la dificultad estriba en llegar a un consenso, pues la realidad es tan variada que se precisaría de un nivel de concreción muy elevado.

Por su parte, aparece la alternativa de regular a nivel de principios que, quizás, sería la más plausible por dos motivos: porque permite una flexibilidad mayor, lo cual evita el riesgo de quedar desfasados y, además, es más sencillo alcanzar un acuerdo sobre unos términos más generales y con unos valores, más o menos, compartidos.

En cualquier caso, en este momento nos vamos a centrar en el tratamiento ofrecido en el ámbito de la Unión Europea. Así, a partir del año 2017, se han ido emitiendo diferentes documentos para abordar la cuestión relativa a la inteligencia artificial y, como veremos, en algún caso se han centrado en la responsabilidad civil derivada de estos ilícitos.

Como punto de partida, encontramos la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica[10], en la que el Parlamento afirma, incluso, que "la humanidad se encuentra a las puertas de una era en la que robots, bots, androides y otras formas de inteligencia artificial cada vez más sofisticadas parecen dispuestas a desencadenar una nueva revolución industrial —que probablemente afecte a todos los estratos de la sociedad—, resulta de vital importancia que el legislador pondere las consecuencias jurídicas y éticas, sin obstaculizar con ello la innovación".

Asimismo, podemos detectar cómo ya desde los inicios el ser humano y los derechos que le son inherentes son relevantes para la Unión, ya que parte de un sistema de resarcimiento integral de las víctimas. A este respecto, incorpora los seguros obligatorios y los fondos de compensación para lograr tal cometido y se menciona la responsabilidad objetiva al introducir la figura del "formador" o educador.

Por otro lado, de forma muy resumida, podemos destacar, como ideas centrales, la necesidad de que se constituya un registro global de robots avanzados

10 (2015/2103(INL). Normas de Derecho civil sobre robótica, P8 TA(2017)0051. A ello hay que sumar el Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL). Esta resolución parte del resarcimiento integral de las víctimas, ya que señala que "Cualquier solución jurídica elegida en materia de responsabilidad de los robots y de la inteligencia artificial para los supuestos diferentes de los daños materiales no debería en modo alguno limitar el tipo o el alcance de los daños y perjuicios que puedan ser objeto de compensación, y tampoco debería limitar la naturaleza de dicha compensación, basándose únicamente en que los daños han sido causados por un agente no perteneciente a la especie humana".
Este informe, además de recoger la citada resolución, incorpora la opinión de las diversas comisiones competentes. En este sentido, señala la Comisión de Asuntos Jurídicos que "El comportamiento de un robot podría tener implicaciones de Derecho civil, tanto en términos de responsabilidad contractual como extracontractual. Por lo tanto, es necesario aclarar la responsabilidad de las acciones de los robots y, en última instancia, la capacidad jurídica o el estatus de los robots y de la inteligencia artificial, con el fin de garantizar la transparencia y la seguridad jurídica para los productores y consumidores en la Unión Europea".

(con matrícula individualizada) y la posibilidad de que, a largo plazo, se atribuya personalidad jurídica a estos sistemas.

Por lo que respecta a las normas, el Parlamento se muestra escéptico con respecto a la legislación que disponemos, pues señala que "en el supuesto de que un robot pueda tomar decisiones autónomas, las normas tradicionales no bastarán para generar responsabilidad jurídica por los daños ocasionados por el robot, ya que no permitirán determinar la parte que ha de hacerse cargo de la indemnización, ni exigir a dicha parte que repare el daño ocasionado".

Sea como fuere, muchas de estas premisas han ido moderándose y, en algún caso, abandonándose de forma completa en instrumentos posteriores. En este sentido, tanto en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Inteligencia Artificial para Europa, de 25 de abril de 2018[11], como en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones[12] comienza a vislumbrarse la posibilidad de aplicar las disposiciones existentes.

En esta misma línea, el Informe del grupo de expertos *Liability for Artificial Intelligence and other emerging technologies* incide en las mismas consideraciones al considerar que las normas ofrecen una solución jurídica adecuada. Por lo que respecta a la responsabilidad, apunta a una modalidad "cuasiobjetiva" (subjetiva objetivizada) al aplicar la inversión de la carga probatoria e introduce la posibilidad de aplicar el estado de la ciencia (los riesgos del desarrollo).

Íntimamente ligado con lo anterior, resulta muy importante la persona del "operador" pues, como tendremos ocasión de comprobar, con posterioridad ha sido el sujeto escogido por la Unión para depurar la responsabilidad. Por lo que se refiere a los seguros, también suaviza la exigencia del mismo con carácter general, debiendo atender al caso concreto.

En otro orden de cosas, se emitió el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia

11 (COM/2018/237 final).

12 En ruta hacia la movilidad automatizada: estrategia de la UE para la movilidad del futuro, de 15 de mayo de 2018.

artificial, el internet de las cosas y la robótica, de 19 de febrero de 2020[13], que acompaña al Libro Blanco sobre la inteligencia artificial[14].

En este documento, igualmente, se entiende que la normativa actual es suficiente para abordar esta problemática, pero introduce un matiz esencial como es el relativo a que algunos aspectos han de ser adaptados. Otra novedad primordial es la referida a la distinción entre aplicaciones en atención al riesgo específico que generen.

A ello, anuda un régimen con facilidades probatorias para los demandantes e incorpora un tratamiento diferenciado entre ambas aplicaciones. Para las de alto riesgo, determina una responsabilidad objetiva y un seguro obligatorio.

Por otro lado, sin duda el 20 de octubre de 2020 fue un día clave para la inteligencia artificial. Y es que, se emitieron hasta cuatro resoluciones por parte del Parlamento Europeo sobre diferentes temáticas relacionadas con estos sistemas. A pesar de que no vayamos a entrar en un análisis más detallado por exceder del objeto de estudio, encontramos, en primer lugar, la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre los derechos de propiedad intelectual para el desarrollo de las tecnologías relativas a la inteligencia artificial[15].

Baste con señalar que la misma pretende crear un marco jurídico operativo para el desarrollo de una inteligencia artificial europea y de políticas públicas a la altura de los desafíos y fomentar un entorno propicio para la creatividad y la innovación recompensando a los creadores.

En segundo lugar, aparece la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas[16] que, entre otras cuestiones, incorpora la denominada "certificación europea de conformidad ética" y pretende promover "la ética por diseño a lo largo de toda la cadena de suministro de los ecosistemas de inteligencia artificial".

13 COM/2020/64 final. En este sentido, la preocupación de la Unión Europea por estas materias se puede observar en el Programa específico FP7-SIS, "capacidades: ciencia y sociedad", 2006/974/EC, de 19 de diciembre de 2006, donde se enmarcó el proyecto "robolaw" sobre la "regulación de las tecnologías robóticas emergentes en Europa. La robótica frente al derecho y la ética".

14 COM/2020/65 final. Para más información, *vid.* Fountoukakos, K., *et al.*: "European Commission strategy for data and AI: shaping a digital future", *Practical Law UK Articles*, 2020, pp. 1-5.

15 2020/2015(INI), P9_TA(2020)0277.

16 Marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, 2020/2012(INL), P9_TA-PROV(2020)0275.
Esta disposición tanto la Resolución, así como dos anexos: uno con Recomendaciones detalladas respecto al contenido de la propuesta solicitada y la Propuesta Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas; y otro que recoge una lista exhaustiva y acumulativa de sectores de alto riesgo y de usos o fines de alto riesgo que conllevan un riesgo de violación de los derechos fundamentales y las normas de seguridad.

Quizás lo que más trascendencia tiene para el examen que estamos efectuando es la clasificación[17] que incorpora sobre los sistemas de inteligencia artificial en función al riesgo que comportan en la práctica.

No obstante, se plantean en este momento disquisiciones tan relevantes como la supresión de los sesgos y de la discriminación y, en última instancia, el respeto a la dignidad, la autonomía y la seguridad humanas, así como otros derechos fundamentales. Se refuerza, por tanto, la protección del ser humano, que pasa a ocupar el centro de la evolución tecnológica.

En tercer lugar, en esta línea incide la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre la Ley de servicios digitales y las cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales[18].

En cuarto lugar, se aprueba la que, a nuestros efectos, es la más significación merece y que más tarde analizaremos con detalle: la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial[19], que incorpora una Propuesta de Reglamento que, en un futuro, de ser aprobada, será la norma de referencia en este campo[20].

En otro orden de cosas, disponemos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2021, por el que se establecen normas armonizadas de inteligencia artificial (*artificial intelligence act*) y que modifica determinadas normas de la Unión[21], cuyo objetivo principal es crear una legislación armonizada para comercialización, puesta en servicio y uso de sistemas inteligentes en la Unión Europea.

A pesar de que esta disposición no se manifiesta sobre la responsabilidad civil, sí se refiere a ciertos aspectos que están, directa o indirectamente, relacionados. Es el caso de las actividades prohibidas (art. 5) entre las que incluye la puesta en el mercado, puesta en servicio o uso de sistemas que desplieguen técnicas subliminales más allá de la conciencia de una persona para distorsionar

17 Esta clasificación diferencia entre sectores de alto riesgo (como el empleo, la educación, la asistencia sanitaria o el transporte) y usos o fines de alto riesgo (entre los que se encuentran la contratación, los tratamientos y procesos médicos, la gestión del tráfico o el control de emisiones).

18 Ley de servicios digitales y cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales, 2020/2022(INI), P9_TA(2020)0274.

19 (2020/2014(INL), P9_TA-PROV(2020)0276, Régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial.

20 Sea como fuere, como ponen de relieve Čerka, P., Grigienė, J., Sirbikytė, G.: "Liability for damages caused by artificial intelligence", *Computer Law & Security Review*, vol. 31, núm. 3, 2015, p. 377, el problema de la regulación legal de la inteligencia artificial no solamente debe resolverse en Europa y no puede limitarse por la territorialidad y las prácticas de diferentes tradiciones legales. En este sentido, esta problemática se extiende más allá de las fronteras nacionales al ser de importancia mundial.

21 COM/2021/206 final.

materialmente su comportamiento de una manera que cause o pueda causarle a esa persona u otra persona daño físico o psicológico o que exploten cualquiera de las vulnerabilidades de un grupo específico de personas debido a su edad, discapacidad física o mental.

Asimismo, establece otra clasificación[22] de los sistemas de inteligencia artificial y, para los de alto riesgo articula un conjunto de mecanismos[23] cuya finalidad última es evitar o, en su caso, reducir los perjuicios causados. Entre otras cuestiones, requiere que se implemente una gestión de riesgos adecuada, que se elabore una documentación técnica que demuestre que cumple con los requisitos legales y que, además, incorporen registros automáticos en los que quede constancia de todos los eventos que se produzcan.

Por lo que respecta a la seguridad[24], se recoge como una medida de apoyo a la innovación la creación de cajas de pruebas (*sandbox*) para proporcionar un entorno controlado que facilite el desarrollo y la validación de sistemas de inteligencia artificial. Además, las medidas previstas no despliegan sus efectos, únicamente, con carácter previo a la comercialización de los productos.

Muy al contrario, se contempla un seguimiento posterior (artículo 61 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2021) y la necesidad de que exista un intercambio de información sobre incidentes (o deficiente

22 En este caso, su artículo 6 prevé que se considerará de alto riesgo cuando reúna las dos condiciones que se indican a continuación, con independencia de si se ha introducido en el mercado o se ha puesto en servicio sin estar integrado
- Está destinado a ser utilizado como componente de seguridad de uno de los productos contemplados en la legislación de armonización de la Unión que se indica en el anexo II, o es en sí mismo uno de dichos productos
- Conforme a la legislación de armonización de la Unión que se indica en el anexo II, el producto del que el sistema es componente de seguridad, o el propio sistema como producto, debe someterse a una evaluación de la conformidad realizada por un organismo independiente para su introducción en el mercado o puesta en servicio
- O es uno de los incluidos en el Anexo III.

23 Así, por ejemplo, el artículo 15 de la citada norma alude a la necesidad de que los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo se diseñen y desarrollen de tal manera que logren, a la luz de su propósito previsto, un nivel apropiado de precisión, solidez y ciberseguridad, y se desempeñen de manera consistente en esos aspectos a lo largo de su ciclo de vida.

24 Para lograr los fines propuestos, la Propuesta citada prevé la necesidad de que se produzca un trabajo conjunto entre los estados miembros y las instituciones de la Unión Europea. A tal efecto, los primeros han de nombrar una autoridad notificante (artículo 30 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2021), que autorizarán la actividad de los organismos de evaluación de conformidad (artículos 31, 32 y 33 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2021). Así, el artículo 59 indica que cada Estado miembro ha de designar las autoridades nacionales competentes que deberán actuar de manera que salvaguarden la objetividad e imparcialidad de sus actividades y tareas.
Por su parte, se prevé la creación de la Junta Europea de Inteligencia artificial (artículos 56 a 58 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2021) que estará formada por las autoridades nacionales y el Supervisor Europeo de Protección de Datos. Además, de conformidad con el artículo 73 de la misma, se otorgan poderes a la Comisión para adoptar actos delegados (que deberá notificar al Parlamento Europeo y al Consejo) y estará asistida por un Comité.
Cabe destacar que la Propuesta citada recoge, en sus artículos 71 y 72 una serie de infracciones, sanciones, así como multas administrativas a instituciones, agencias y organismos de la Unión Europea.

funcionamiento) entre los proveedores y las autoridades (artículo 62 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2021).

Por último, hemos de aludir a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 26 de enero de 2022, para el establecimiento de una Declaración Europea sobre los derechos y principios digitales para la década digital que, como otros instrumentos previos, entiende que la tecnología debe servir y beneficiar a los ciudadanos, con plena seguridad y respeto a sus derechos.

En este marco, interesa resaltar la publicación en España de la Carta de Derechos Digitales, realizada por el Grupo asesor de Expertas y Expertos constituido por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

III. DERECHO DE DAÑOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ENTRE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LAS ÚLTIMAS TENDENCIAS EUROPEAS.

Al aproximarnos a la cuestión relativa a la responsabilidad civil derivada de daños originados por la inteligencia artificial, la primera consideración que hemos de tener en cuenta es que estos sistemas pueden operar en múltiples sectores que tienen una normativa, en muchos casos, específica y que, en consecuencia, inciden transversalmente diversos principios. Además, en ocasiones, estos principios pueden resultar, en cierta medida, contrapuestos, lo cual dificulta, más si cabe, la tarea de ofrecer una respuesta jurídica que satisfaga los intereses en juego. A lo anterior, hay que añadir que las consecuencias de los sistemas inteligentes pueden tener repercusión en multitud de naciones. Máxime si actúan en entonos virtuales con acceso a internet.

Vamos a poner un ejemplo para ilustrar esta problemática. Con carácter general, encontramos la Directiva 85/374, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y sus respectivas transposiciones a los ordenamientos nacionales. Esta norma, establece la responsabilidad de los fabricantes o productores por los daños causados por sus productos o servicios. No obstante:

Si nos referimos al sector sanitario, disponemos de la Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, relativa a los productos sanitarios. Sin embargo, si estamos ante medicamentos, es muy relevante a estos efectos lo dispuesto en la

Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano.

En el caso de los vehículos automóviles, adquiere vigencia la Directiva 2009/103/CE relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles (en la redacción ofrecida por la Directiva (UE) 2021/2118 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2021)

Para los daños ambientales, la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

Por lo que respecta a la protección de datos, hemos de acudir el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

La lista de disposiciones que podríamos añadir a este breve resumen sería realmente abrumadora, a lo que habría que anudar, en el caso de las directivas, las correspondientes leyes nacionales de transposición. Además, téngase en cuenta que únicamente hemos aludido a legislación europea, pero muchas de las competencias no se han cedido por parte de los estados, lo cual complica el entramado normativo resultante.

Como se podrá comprender, en el presente análisis no podemos abordar el estudio de cada uno de los sectores existentes. Nuestra finalidad es mucho más realista y modesta. En este sentido, nos vamos a centrar en el campo de la Directiva sobre productos defectuosos con una doble finalidad. De una parte, resolver la dicotomía que existe en el ámbito de la norma aplicable entre esta disposición y la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial. De otra parte, referir, siquiera brevemente, las que parecen las últimas tendencias que se están adoptando en el seno de la Unión Europea y que pasan por la "adaptación" de esta norma para incluir a los sistemas inteligentes.

1. La Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial.

A) Ámbito subjetivo de aplicación: la figura del "operador".

Como punto de partida, hemos de tener en cuenta que el artículo 1 de la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia

artificial restringe su ámbito de aplicación a las reclamaciones de responsabilidad civil que se produzcan contra los "operadores[25]" de sistemas de inteligencia artificial. En esta misma línea, su artículo 2.1 prevé que esta norma se empleará para resolver los "casos en que una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernado por un sistema de IA haya causado daños o perjuicios a la vida, la salud, la integridad física de una persona física y los bienes de una persona física o jurídica, o bien haya causado daños morales considerables que den lugar a una pérdida económica comprobable".

De hecho, esta posición se refuerza en el apartado tercero del mencionado precepto, ya que establece la compatibilidad con otras demandas que se produzcan en materia de responsabilidad civil (como la derivada de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos). Además, la Resolución recoge un concepto de "operador[26]" más amplio que el previsto en otros textos anteriores, ya que se refiere tanto al "operador final", esto es, "la persona física o jurídica que ejerce un grado de control sobre un riesgo asociado a la operación y el funcionamiento del sistema de IA y se beneficia de su funcionamiento", como al "operador inicial", es decir, "la persona física o jurídica que define, de forma continuada, las características de la tecnología, proporciona datos y un servicio de apoyo final de base esencial y, por tanto, ejerce también un grado de control sobre un riesgo asociado a la operación y el funcionamiento del sistema de IA".

La conclusión, por tanto, parece relativamente sencilla. Siempre que nos encontremos ante un "operador" (ya sea inicial, ya final) adquirirá vigencia la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial. Sin embargo, esta interpretación admite dos matices.

Desde esta perspectiva, en primer lugar, surge la duda de si estamos ante varios sujetos o si, por el contrario, se pueden reunir ambas condiciones en una misma persona. A este respecto, cabe destacar que, en realidad, ambos supuestos son

25 A este respecto, conviene tener en cuenta que la precitada Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017 no aludía a esta figura, sino que incorporaba la del "formador". Este último, aparecía como el encargado de "educar" al robot, esto es, de colaborar en el aprendizaje del mismo. Desde esta perspectiva, señalaba que para poder concluir quién ha de hacerse cargo del daño producido por la máquina inteligente se ha de tener presente el grado de formación del robot. Así, a medida que esta última aumente, también debería ser mayor la responsabilidad del sujeto. En este punto, nos podíamos encontrar, pues, ante una limitación (o, incluso, una exención) de la responsabilidad de otros posibles intervinientes y una translación de la misma al "formador". Sin embargo, en resoluciones posteriores, el legislador europeo pareció olvidar este extremo y no existe otra referencia a este sujeto. En esta línea, el informe del grupo de expertos *Liability for Artificial Intelligence and other emerging technologies* anuda la persona del "operador". Sea como fuere, la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial incorpora un concepto amplio de "operador", de tal suerte que podemos concluir que la primera acepción de "operador final" se corresponde con la de "operador" a la que alude el Informe del grupo de expertos y, por su parte, el "operador inicial" parece que se vincula a la figura del "formador" incluida en la Resolución de 16 de febrero de 2017.

26 Hay que tener en cuenta que esta figura aparecía en la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil por inteligencia artificial, pero se aludía al operador de interfaz y al operador de *backend* (de servidor).

posibles en la práctica, esto es, en algunas situaciones nos encontraremos ante un "operador inicial" y ante un "operador final" y, por su parte, en otras, tendremos un único operador. En estos últimos casos, dicho operador se beneficiará del funcionamiento del sistema de inteligencia artificial y, además, ejercerá un control directo sobre el mismo, definiendo sus caracteres básicos y proporcionando datos. Esta conclusión viene avalada por la propia Propuesta de Reglamento referida, ya que en su artículo 11 se menciona la posibilidad de que solamente exista un operador.

En segundo lugar, se plantea la disquisición acerca de la relación con el resto de personas intervinientes y que son de sobra conocidos (productor, fabricante, programador, suministrador, responsable del servicio, usuario, etc.). En definitiva, se trata de dilucidar si nos encontramos ante sujetos distintos y separados o si, en algún supuesto, pueden concurrir varias realidades en un mismo individuo. En este sentido, lo cierto es que el "operador inicial" puede coincidir, en ciertos escenarios, con las figuras del fabricante o del productor, cuando estos continúan ejerciendo algún tipo de control sobre el sistema. Por su parte, el "operador final" también es posible que se identifique con el productor, fabricante o programador en los casos en los que, por ejemplo, son los encargados de introducir los datos necesarios a la máquina. Asimismo, cabe que este último operador se confunda con otras personas tales como el usuario, el poseedor o el propietario del robot.

Como se puede comprobar, no es sencillo determinar la normativa aplicable y sería necesario esclarecer cómo se conjugan ambos regímenes, ya que no parece que por el mero hecho de tratarse de un "operador" se deba recurrir a la Propuesta de Reglamento. Máxime, cuando este último posee, a su vez, otras condiciones reservadas, en principio, para otras normas. Veamos cada uno de los escenarios.

B) Relaciones entre operador y productor o fabricante.

Tal y como se ha señalado, existirán supuestos en los que estemos ante un "operador-productor" y otros en los que estas dos realidades residan en dos personas diferentes (como se deduce de algunos preceptos de la Propuesta de Reglamento mencionada como el artículo 8.4[27] o el artículo 11). Esta última posibilidad no genera mayores inconvenientes, más allá de la posible injusticia derivada de la aplicación de dos regímenes diferentes de responsabilidad por la simple condición del sujeto actuante.

27 Así, el artículo señalado se ocupa de las obligaciones de cooperación y de facilitación de la información del productor para determinar las responsabilidades oportunas, que pueden surgir a petición del operador o de la persona afectada.

Más enjundia plantean los casos en los que ambas condiciones concurren en un único sujeto. Y ello, porque pueden surgir dudas acerca de la norma aplicable a las demandas presentadas en este sector. Sobre el particular, se pueden plantear, al menos, tres posibles soluciones. La primera, en la que se entienda que se ha de recurrir a la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos porque, al margen de las peculiaridades, quedan englobados dentro de su campo de actuación. La segunda, que se considere que la ley aplicable es la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (entendiendo por tal, en su caso, el futuro Reglamento) por dos motivos. Por un lado, por la categoría especial de operador que supone una distinción con respecto a otros intervinientes y cuyas características particulares aconsejan la aprobación de una ley propia. Por otro lado y derivado de lo anterior, porque este "conflicto" de normas se ha de resolver siguiendo la máxima expresada en el aforismo latino *lex specialis derogat generali.* En suma, ello conlleva que no tendremos que aplicar la disposición general cuando dispongamos de una especial (reguladora de un caso concreto), pasando a ocupar la primera un papel secundario de supletoriedad y de subsidiariedad.

Por último, la tercera (que es la mantenida en la citada Propuesta de Reglamento) opta por un sistema dual –híbrido– en el cual se diferencia entre las dos acepciones de operador a las que hacíamos referencia anteriormente. En este sentido, el artículo 11 de la mencionada Propuesta de Reglamento señala tres reglas, a saber:

Si el operador inicial también tiene la condición de productor: será de aplicación la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos[28].

Si el operador final es también el productor: prevalecerá la Propuesta de Reglamento.

Si solo hay un operador y dicho operador es también el productor: prevalecerá la Propuesta de Reglamento.

Como se puede comprobar, nos encontramos ante dos regímenes diferentes entre los que existen distinciones de calado. Desde el plazo de prescripción (significativamente más amplio en la Propuesta de Reglamento citada), pasando por las causas eximentes, hasta el propio criterio de imputación (ya que la Directiva no contempla la clasificación entre sistemas y, por ello, la posibilidad de recurrir a un sistema subjetivo de responsabilidad). Además, estas distinciones pueden verse aumentadas si atendemos al margen de disponibilidad que permite,

28 Igualmente, esta conclusión se ve reforzada si atendemos al artículo 3 letra d) de la Propuesta de Reglamento, ya que al definir la figura del "operador" señala que lo será "tanto el operador final como el inicial, siempre que la responsabilidad civil de este último no esté ya cubierta por la Directiva 85/374/CEE".

en algunos puntos, la mencionada Directiva a la hora de transponer su contenido por los estados. Este extremo puede desembocar, sin duda, en una multiplicidad de regulaciones con disparidad de criterios y, por ende, en una grave inseguridad jurídica. Tal hecho repercutirá, inexorablemente, en la inversión que las compañías realicen en este sector (que puede verse gravemente reducida) y provocará que opten por las naciones que incluyan un régimen más laxo de responsabilidad. En suma, contribuirá a llevar a cabo una suerte de mercantilización del sector, que no aparece, al menos *a priori*, como la opción más aconsejable.

C) Relaciones entre operador y otros sujetos intervinientes.

Como hemos destacado, también en este caso nos podemos encontrar ante personas diferentes o ante un único operador que desempeñe las funciones de programador, distribuidor e, incluso, que se trate del usuario, poseedor o propietario de la máquina. Asimismo, al margen de la dualidad de sistemas aplicables, tampoco el primer supuesto genera mayor problemática. Situación distinta se produce en el segundo (un único operador) donde es posible imaginar un conflicto de normas. En este marco, no resulta aplicable, en principio, la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos, sino que hemos de acudir a las distintas legislaciones nacionales sobre la materia.

Este escenario viene reflejado, de alguna forma, en el artículo 2.3 de la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial, al destacar la compatibilidad del mismo con "cualquier otra demanda en materia de responsabilidad civil derivada de las relaciones contractuales, así como de la normativa sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, la protección de los consumidores, la lucha contra la discriminación y la protección laboral y del medio ambiente, entre el operador y la persona física o jurídica que haya sufrido un daño o perjuicio a causa del sistema de IA y de que se pueda presentar contra el operador de conformidad con el Derecho de la Unión o nacional".

La posible confluencia de disposiciones y, por tanto, de pugna entre ambas, queda resuelta, no obstante, en la misma Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial. En primer lugar, al tratar la responsabilidad de los sistemas de alto riesgo, el artículo 4.5 de la mencionada norma prevé que esta Propuesta de Reglamento "prevalecerá sobre los regímenes nacionales de responsabilidad civil en caso de clasificación divergente por responsabilidad objetiva de los sistemas de IA". Por su parte, cuando regula el resto de sistemas de inteligencia artificial, su artículo 9 indica que las demandas estarán sujetas "en relación con los plazos de prescripción, así como con los importes y el alcance de la indemnización, a la legislación del Estado miembro en

el que se haya producido el daño o perjuicio". De lo anterior, podemos extraer las siguientes ideas:

- Si se trata de un sistema de alto riesgo y existen divergencias con las legislaciones nacionales: prevalecerá la Propuesta de Reglamento.

- Si se trata de un sistema no considerado de alto riesgo:

- En cuanto a plazos de prescripción, importes y alcance de indemnización: se aplicarán las normas de los estados.

- Por lo que respecta al resto de cuestiones (como, por ejemplo, el criterio de imputación o las causas eximentes): se aplicará la Propuesta de Reglamento.

De nuevo, nos encontramos ante distintas normas y diferentes criterios lo que desemboca en una oscuridad y desconocimiento total. Tráiganse aquí las reflexiones que realizamos anteriormente, ya que muchas de las conclusiones son extrapolables, *mutatis mutandi*, en este momento. Además, tal y como se ha tenido ocasión de señalar, el "operador final" bien puede ser el propietario (que, a su vez, sea consumidor o usuario) del robot[29]. En este sentido, conviene tener en cuenta que el Considerando 19 de la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial se señala que "Dado que el grado de sofisticación de los operadores puede variar en función de si son meros consumidores o profesionales, los deberes de diligencia deben adaptarse en consecuencia". En principio, el deber de diligencia únicamente adquiere relevancia en relación con los sistemas que no sean considerados de alto riesgo, ya que el criterio de imputación reside en la culpa. A este respecto, debemos tener presente que este extremo puede suavizar las obligaciones impuestas por la norma y, con ello, la posible responsabilidad. Asimismo, a pesar de que para los sistemas de alto riesgo se establezca un régimen objetivo[30], no se puede afirmar

29 De alguna forma, en tales escenarios nos encontramos ante la figura del "prosumidor" que se produce cuando un sujeto actúa tanto como consumidor como productor. Por ello, es posible que se generen conflictos especiales en este ámbito, ya que este sujeto podría ostentar tres categorías: la de consumidor, la de productor y la de operador. De esta suerte, las normas aplicables serían, en principio, tanto la Propuesta de Reglamento, como la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos y las normas nacionales. Tendremos que acudir a las reglas señaladas anteriormente para, según los casos, analizar las características concretas y dilucidar la disposición que adquiere vigencia.

30 A este respecto, no se puede obviar que la regla general del Derecho español es la responsabilidad subjetiva, esto es, por culpa. Además, nuestro sistema parte de que la carga probatoria recae en el que alega (el demandante), por lo que este último es el que tiene que demostrar cada uno de los elementos de la responsabilidad. No obstante, en determinados casos está justificado que se recurra a un régimen objetivo como, por ejemplo, cuando se trate de actividades peligrosas o en aquellos en los que sea socialmente deseable incidir en dicho sector. En este sentido, *vid.* Rubí Puig, A.: "Retos de la inteligencia artificial y adaptabilidad del derecho de daños", en AA.VV.: *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 60-61.
Igualmente, disponemos de otros mecanismos como la inversión del *onus probandi* (a lo que se le denomina responsabilidad cuasi objetiva cuya finalidad es facilitar el resarcimiento a la víctima. Desde esta perspectiva, debemos examinar si, en el ámbito de la inteligencia artificial, existen suficientes motivos para establecer una de estas excepciones.

que no sea relevante la diligencia empleada por el operador. Por ejemplo, esto último será importante para valorar las causas de exoneración.

No se puede obviar que la intervención del propietario resulta primordial en relación con su interacción con las máquinas en general (respeto de las normas cuidado o mantenimiento de las mismas) y, con la inteligencia artificial en particular (por la necesidad de incorporar, por ejemplo, actualizaciones). Sin embargo, tampoco tenemos que perder de vista que, en la línea de lo destacado en la Propuesta de Reglamento, el nivel de formación y de conocimientos exigible a los consumidores y usuarios no puede ser, en ningún punto, equivalente al de los profesionales del ramo. Ello no quiere decir que no podamos encontrarnos ante supuestos, incluso, de concurrencia de culpas, pero este extremo no es óbice para que recurramos a un régimen menos estricto para este colectivo. Precisamente sobre estas cuestiones incide la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2020, sobre los procesos automatizados de toma de decisiones[31], al destacar que "cuando estén interactuando con un sistema que automatice la toma de decisiones, se debe informar debidamente a los consumidores de su funcionamiento, de la manera de contactar con un ser humano con poder de decisión y de cómo se pueden verificar y corregir las decisiones del sistema".

En esta misma línea, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2021, por el que se establecen normas armonizadas de inteligencia artificial (*artificial intelligence act*) prevé, en su artículo 13, que los sistemas de alto riesgo han de garantizar que su funcionamiento sea lo suficientemente transparente para permitir a los usuarios interpretar la salida del sistema y utilizarla de forma adecuada y, en todo caso, han de ir acompañados de instrucciones de uso en un formato digital apropiado que sea comprendido por estos últimos.

D) Los criterios de responsabilidad incluidos en la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial.

En este momento, una vez que hemos determinado el ámbito de aplicación de la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial y, por tanto, los sujetos que pueden ser declarados responsables a su amparo, conviene que nos centremos en las reglas que maneja esta norma para

31 Procesos automatizados de toma de decisiones: garantizar la protección de los consumidores y la libre circulación de bienes y servicios, 2019/2915(RSP), P9_TA(2020)0032. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0032_ES.pdf (fecha última consulta: 16.06.2022).
Igualmente, cabe destacar la Directiva (UE) 2019/2161, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32019L2161 (fecha última consulta: 16.06.2022).

determinar dicha responsabilidad. Esto último conlleva que tengamos que estudiar, al menos, los criterios de imputación, las causas eximentes, las clases de daños indemnizables y sus límites y el plazo de prescripción previsto. Como se tendrá ocasión de comprobar, las diferencias con respecto a otras normas (Directiva de responsabilidad por productos defectuosos o leyes nacionales de responsabilidad) son notables y, por ello, merece un análisis pormenorizado.

- Criterios de imputación

Sobre el particular, entendió la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017 que lo idóneo era la determinación de una responsabilidad objetiva, en la cual se tendría que probar únicamente el nexo causal entre el funcionamiento perjudicial del robot y los daños causados a la persona[32]. Por su parte, el Informe del grupo de expertos matizó estas cuestiones. Así, en cuanto a la causalidad, señaló que era posible que se recurriera a una inversión de la carga probatoria[33] en determinadas circunstancias. No obstante, no parece que siempre tengamos que recurrir a esta clase de responsabilidad, debiendo ser los distintos estados los que determinen la concreción de esta dualidad de sistemas.

Por otro lado, el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica, de 19 de febrero de 2020, para adaptar las normativas nacionales, prevé que "la carga de la prueba podría vincularse al cumplimiento (por el agente pertinente) de obligaciones específicas en materia de ciberseguridad u otras obligaciones en materia de seguridad establecidas por ley: si no cumple estas normas, podría modificarse la carga de la prueba por lo que se refiere a la culpa y la causalidad".

Pues bien, finalmente la Resolución de 20 de octubre de 2020 sobre responsabilidad civil ha destacado que, normalmente, no existirá vínculo contractual con las víctimas y que, por ello, únicamente dispondrían de la responsabilidad subjetiva del Derecho de daños "y podrían tener dificultades para

32 Sin embargo, se permitía que el fabricante, el programador, el propietario o el usuario pudieran beneficiarse de un régimen de responsabilidad limitada si contribuían a un fondo de compensación o bien si suscribían conjuntamente un seguro que garantizase la compensación de daños o perjuicios causados por un robot.

33 A este respecto, parte de la doctrina señala que los sistemas de inteligencia artificial pueden contar con capacidad para guardar información relevante y que, en su caso, sea utilizada por las víctimas. Esto último no conlleva, como es lógico, el acceso al algoritmo que incorpora la tecnología en cuestión, ya que podría dar lugar a situaciones poco deseables. Para lograr este extremo, se tendría que favorecer la transparencia de las compañías con medidas previstas en el ordenamiento e, incluso, a partir de incentivos judiciales (a la hora de valorar la culpa). Por todo ello, salvo en los casos límite, no tendría que recurrirse a soluciones excepcionales de inversión de la carga probatoria. En este sentido, *vid.* Rubí Puig, A.: "Retos de la inteligencia", cit., p. 63; Hacker, P., Krestel, R., Grundmann, S., Naumann, F.: "Explainable AI under contract and tort law: legal incentives and technical challenges", *Artificial Intelligence and Law*, vol. 28, 2020, pp. 415-439.

demostrar la culpa del operador del sistema de IA, por lo que podrían fracasar las correspondientes demandas por responsabilidad civil". Además, en el caso de concurrir varios operadores, todos han de ser responsables civiles solidarios (artículo 11 del Reglamento propuesto[34]). No obstante lo anterior, tal y como tuvimos ocasión de señalar, al igual que el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo de 19 de febrero de 2020, considera que el riesgo predicable de los distintos sistemas de inteligencia artificial no es equivalente.

Así, propone un régimen basado en este extremo que deberá regularse de forma exhaustiva. Como vimos, diferencia entre los sistemas de alto riesgo (a los que incorpora una responsabilidad objetiva y la exigencia de un seguro) y los aquellos que no dispongan de tal carácter (que quedarán sujetos a la responsabilidad subjetiva pero con una inversión del *onus probandi*). Por su parte, por lo que respecta a los sistemas de inteligencia artificial que no hayan sido evaluados por la Comisión y que no estén clasificados, se regirán por la responsabilidad objetiva si han causado incidentes reiterados que den lugar a un daño o un perjuicio grave.

- Causas eximentes, tipos de daños indemnizables, límites y plazo de prescripción

Los sistemas de inteligencia artificial han de ser clasificados en función del riesgo que generen, por lo que debemos referirnos de forma separada a cada uno de ellos. En primer lugar, para aquellos que sean considerados de alto riesgo, hemos señalado que la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial prevé una suerte de responsabilidad objetiva y la obligatoriedad de suscripción de un seguro. Debido a este carácter, en principio, las únicas causas eximentes de la responsabilidad aplicables a este campo serían la fuerza mayor o la culpa exclusiva de la víctima. En este sentido, el artículo 10.1 de la citada norma señala que "Si el daño o perjuicio es causado por una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernados por un sistema de IA o por la actuación de una persona afectada o de una persona de la que la persona afectada sea responsable, el alcance de la responsabilidad civil del operador con arreglo al presente Reglamento se reducirá en consecuencia. El operador no será responsable si la persona afectada o la persona de la que esta es responsable es la única a la que se le puede achacar el daño o perjuicio causado". Podemos, pues, encontrarnos ante una concurrencia de culpas e, incluso, ante una exención total de responsabilidad[35].

34 Asimismo, el artículo 12.2 del Reglamento propuesto prevé la posibilidad de vía de regreso en aquellos casos en los que uno de los operadores que resulte responsable solidario haya abonado la totalidad de la indemnización.

35 A este respecto, Ercilla García, J.: *Normas de Derecho Civil y Robótica. Robots Inteligentes, Personalidad Jurídica. Responsabilidad Civil y Regulación*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 87 destaca que "al tratarse de un

De hecho, el apartado segundo del mismo artículo destaca que cuando el operador sea considerado responsable, podrá utilizar los datos generados por el sistema de inteligencia artificial para demostrar la negligencia concurrente de la persona afectada respetando, en todo caso, las exigencias previstas en el Reglamento (UE) 2016/679 y otras leyes en materia de protección de datos relevantes. Asimismo, también la persona afectada también podrá usar esos datos con fines probatorios o aclaratorios en la demanda por responsabilidad civil.

Por su parte, no prevé las consecuencias de la posible intervención de un tercero. De hecho, tanto el Considerando 9 de la Resolución de 20 de octubre de 2020 sobre responsabilidad civil (que reproduce de forma similar el propio Considerando 9 de la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial) excluyen de su ámbito de aplicación "los perjuicios causados por un tercero interferidor como un pirata informático", al entender que esta interferencia, por regla general, constituye una acción de responsabilidad civil subjetiva y "la legislación vigente de los Estados miembros en materia de responsabilidad subjetiva ofrece, en la mayoría de los casos, un nivel de protección suficiente". Únicamente en aquellos casos en los que ese tercero no sea rastreable o sea insolvente "parece necesario añadir normas en materia de responsabilidad civil para complementar la legislación nacional en materia de responsabilidad civil existente". No obstante, en estos últimos supuestos, tampoco concreta a qué disposiciones debemos acudir ni si, en suma, es aplicable la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial.

Desde nuestra perspectiva, entendemos que sí cabe recurrir a esta norma siempre que ese tercero pueda ser considerado como operador y no exista otra legislación especial. Siguiendo con el principio de resarcimiento integral de la víctima no resulta adecuado que, de forma injustificada, se niegue dicha compensación por el mero hecho de que sea otro sujeto quien cause el daño.

En otro orden de cosas, al igual que en la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos, la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial analizada impide que se acuerde una limitación o exención de responsabilidad en este campo, debiendo ser considerado tal extremo, de producirse, como nulo de pleno derecho (art. 2.2 de la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial).

sistema de responsabilidad objetiva, la carga de la prueba de la exculpación, ex art. 271LEC, habrá de recaer sobre los Agentes Intervinientes que habrán de acreditar que el proceder dañoso del robot, no fue debido a un error de programación de su inteligencia artificial (*culpa in codificando*), o a un fallo de fabricación de sus elementos físicos (*culpa in faciendo*), o a una formación en fase de aprendizaje supervisado incorrecta (*culpa in educando*), o de una falta de mantenimiento de los sensores del robot (*culpa in* curando), sino que en todo caso se trataría de culpa exclusiva de la víctima o de fuerza mayor". No obstante, como señala el autor citado, el problema se plantea, igualmente, en los casos de acción autónoma del robot (*culpa in singularitatem*), que sería un caso fortuito pero no excluyente de responsabilidad.

Por otro lado, en cuanto a los tipos de perjuicios que cabe reparar en este sector, hay que tener en cuenta que cabe tanto anudar los menoscabos de tipo personal como los que afecten a bienes materiales. En el primer grupo, podremos encontrarnos supuestos de fallecimiento[36] o de afectación de la salud o la integridad física[37], así como de daños morales. En este último caso, señala la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial que han de traducirse en una pérdida económica comprobable, por lo que no es posible solicitar, en principio, cualquier clase de daño. Asimismo, el artículo 5 de la citada Propuesta de Reglamento recoge un importe máximo indemnizatorio en función del detrimento producido. Cuando nos encontremos ante casos de fallecimiento o de perjuicio en la salud o la integridad física dicha cantidad es de dos millones de euros.

Por su parte, si se trata de daños morales o a los bienes, la suma es de un millón de euros. Sin embargo, indica la referida norma que cuando nos movamos ante esta clase de lesiones y la persona afectada también disponga de un derecho a reclamar por responsabilidad contractual contra el operador "no se abonará ninguna indemnización en virtud del presente Reglamento si el importe total de los perjuicios materiales o el daño moral es de un valor inferior a 500 euros".

Sea como fuere, si la indemnización ha de abonarse a varias personas que sufran daños o perjuicios causados por el mismo funcionamiento de un sistema de inteligencia artificial y el importe total supere los límites antes referidos, prevé la señalada Propuesta de Reglamento que la cantidad que deba entregarse a cada persona se reducirá proporcionalmente "de forma que la indemnización combinada no supere los importes máximos establecidos". Repárese, no obstante, que se alude a que la lesión sea consecuencia de un funcionamiento concreto del

36 A este respecto, señala el artículo 6.1 de la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial que, dentro de los límites indemnizatorios previstos en el artículo 5.1 letra a), "la indemnización que abonará el operador considerado responsable en caso de daños físicos seguidos de la muerte de la persona afectada se calculará sobre la base de los costes del tratamiento médico que haya seguido la persona afectada antes de su muerte, así como del perjuicio económico sufrido antes del fallecimiento como consecuencia del cese o la reducción de la capacidad de generar ingresos o el aumento de sus necesidades mientras durase el daño antes del fallecimiento. El operador será además responsable de reembolsar los gastos funerarios de la persona afectada fallecida a la parte responsable de sufragar dichos gastos".
Además, destaca el párrafo segundo del citado precepto que "Si en el momento del incidente que causó el daño que condujo a su muerte, la persona afectada mantenía una relación con un tercero y tenía la obligación jurídica de asistir a ese tercero, el operador responsable indemnizará al tercero mediante el pago de una pensión alimenticia proporcional a la que la persona afectada se habría visto obligada a pagar, durante un período equivalente a la esperanza de vida media de una persona de su edad y teniendo en cuenta su estado general. El operador también indemnizará al tercero si, en el momento del incidente que provocó la muerte, el tercero había sido concebido, pero todavía no había nacido".

37 En este sentido, el artículo el artículo 6.2 de la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial que, dentro de los límites indemnizatorios previstos en el artículo 5.1 letra b), "la indemnización que pagará el operador considerado responsable en caso de daño para la salud o para la integridad física de la persona afectada incluirá el reembolso de los gastos del tratamiento médico correspondiente, así como el pago del perjuicio económico sufrido por la persona afectada como consecuencia de la suspensión temporal, la reducción o el cese definitivo de su capacidad de generar ingresos o del aumento consiguiente de sus necesidades acreditado mediante certificado médico".

sistema, por lo que no resultará de aplicación este extremo cuando dichos daños se produzcan por distintas actuaciones del mismo. Imagínese que, por ejemplo, que un robot que se emplea en el ámbito sanitario ofrece un diagnóstico errado a un paciente y, por otro lado, sufre una "fuga de información" que afecta a otro usuario distinto. En este escenario, no parece que deba recurrirse a la reducción proporcional a la que antes hacíamos referencia, ya que se trata de dos funciones distintas y separadas.

Por lo que se refiere al plazo de prescripción, destaca el artículo 7.1 del Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial que cuando se trate de daños a la vida, la salud o la integridad física estarán sujetas a un plazo de prescripción especial de treinta años. En otro orden de cosas, si nos encontramos ante perjuicios materiales o morales, el artículo 7.2 de la misma norma establece dos plazos, de los cuales será aplicable el que venza antes. Por un lado, se recoge el de diez años a partir de la fecha en que se produjo el menoscabo a los bienes o la pérdida económica comprobable resultante del daño moral significativo, respectivamente y, por otro, el de treinta años a partir de la fecha en que tuvo lugar la operación del sistema de inteligencia artificial de alto riesgo que causó posteriormente el menoscabo a los bienes o el daño moral.

En segundo lugar, aquellos sistemas que no merezcan la consideración de alto riesgo, a la ausencia de exigencia de un seguro obligatorio, debemos añadir el establecimiento de una responsabilidad subjetiva, esto es, que atiende a la culpa (artículo 8.1 de la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial). Sin embargo, si deparamos con detenimiento en la regulación, podemos concluir que, en realidad, estamos ante una responsabilidad cuasiobjetiva, ya que se aplica una suerte de inversión de la carga probatoria. Desde esta perspectiva, será el demandado (operador) quien tendrá que demostrar que actuó con la diligencia debida. En este campo, esta prueba se concreta en la acreditación de los extremos contemplado en el apartado segundo del mencionado artículo, a saber:

Que el sistema se activó sin su conocimiento, al tiempo que se tomaron todas las medidas razonables y necesarias para evitar dicha activación fuera del control del operador.

O que se observó la diligencia debida a través de la realización de las siguientes acciones: la selección de un sistema de inteligencia artificial adecuado para las tareas y las capacidades pertinentes, la correcta puesta en funcionamiento del sistema de inteligencia artificial, el control de las actividades y el mantenimiento de la fiabilidad operativa mediante la instalación periódica de todas las actualizaciones disponibles.

En este sentido, se opta por el establecimiento de un estándar de conducta basado en una serie de presunciones *iuris tantum.* De algún modo, con este extremo se objetiva el contenido de la *lex artis* aplicable a este ámbito. De hecho, esta línea ya venía recogida en otros textos anteriores como el Informe del grupo de expertos *Liability for Artificial Intelligence and other emerging technologie*s. No obstante, en la citada Propuesta de Reglamento se anudan una serie de criterios que difieren de otros que también podrían resultar relevantes tales como el cumplimiento de medidas o normas de actuación[38], la suscripción de determinadas garantías, la inscripción en registros públicos o la adhesión a códigos éticos y de conducta.

Por otro lado, en cuanto a las causas eximentes de responsabilidad, interesa señalar que son aplicables las que anteriormente analizamos en el ámbito de los sistemas de alto riesgo. Desde esta perspectiva, el ya citado artículo 8.2 de la Propuesta de Reglamento mencionada, *in fine,* prevé que el operador no será responsable si el daño o perjuicio ha sido provocado por un caso de fuerza mayor. Además, en este caso sí se hace mención expresa a la intervención de un tercero interferidor. Así, el apartado tercero del mencionado artículo indica que "Cuando el daño o perjuicio haya sido causado por un tercero que haya interferido en el sistema de IA por medio de una modificación de su funcionamiento o sus efectos, el operador será, no obstante, responsable del pago de una indemnización en caso de que dicho tercero esté ilocalizable o sea insolvente". De esta suerte, cuando ese tercero se encuentre localizado y no sea insolvente estaremos ante una exención de responsabilidad en favor del operador.

Igualmente, hemos de traer a colación las reflexiones que llevamos a cabo sobre los tipos de daños indemnizables. A pesar de que no se refiera este extremo, parece que tienen vigencia las mismas consideraciones que para los de alto riesgo. No cabe predicar algo similar, sin embargo, con respecto al plazo de prescripción, a los importes y al alcance de la indemnización, ya que el artículo 9 de la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial lo excluye expresamente al señalar que las demandas estarán sujetas a la legislación del Estado miembro en el que se haya producido el daño o perjuicio. Se aplica, pues, la regla del *forum loci delicti comissi* y, para dilucidar estos aspectos, tendremos que atender al ordenamiento jurídico nacional que corresponda.

En tercer y último lugar, hemos de referirnos a los sistemas de inteligencia artificial que no hayan sido evaluados por la Comisión y que no estén clasificados. A este respecto, el Considerando 20 de la Resolución de 20 de octubre de

38 En este sentido, el Libro Blanco sobre la inteligencia artificial antes comentado establece una distinción entre aplicaciones de inteligencia artificial consideradas de riesgo elevado y aquellas que no lo son. Así, como vimos, impone una serie de requisitos legales obligatorios para las primeras y propone, para las segundas, un sistema de etiquetado voluntario.

2020 sobre responsabilidad civil prevé que cuando tales sistemas produzcan un perjuicio, como regla general, han de quedar sujetos a la responsabilidad subjetiva. No obstante, matiza esta cuestión en dos sentidos. De un lado, porque al igual que para los sistemas que no sean considerados de alto riesgo, es aplicable la inversión de la carga probatoria (o, si se quiere, la presunción de culpa del operador). De otro lado, porque el Considerando 21 de la misma norma señala que, excepcionalmente, cuando cause incidentes reiterados que den lugar a un daño grave, tendremos que recurrir a la responsabilidad objetiva[39].

Por su parte, el Considerando 22 de la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial incide en la importancia de que se creen fondos especiales de indemnización para cubrir estos casos. Para que esto último funcione correctamente y para transmitir seguridad jurídica, indica que tanto la existencia de dicho fondo como las condiciones para acogerse a él, deben hacerse públicas de manera clara y exhaustiva. Tras ello, cabe plantearse qué hemos de entender por perjuicio grave, ya que la citada Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial no incluye ninguna pauta[40]. Sería recomendable, por tanto, que en el futuro Reglamento se tuviera en cuenta este extremo y se regulase de forma detallada. De otro modo, nos encontramos ante una situación de inseguridad jurídica que, además, puede desembocar en una diferencia de trato injustificada.

2. La "adaptación" de la Directiva de productos defectuosos a los sistemas inteligentes.

Como se ha tenido ocasión de comprobar, las instituciones europeas han ido variando en sus distintos pronunciamientos sobre la inteligencia artificial. La emisión de una Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial podría llevarnos a la conclusión de que, finalmente, se había optado por el establecimiento de una norma especial en este ámbito.

Máxime cuando se ha continuado en esta línea con la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2021, por el que se establecen normas armonizadas de inteligencia artificial (*artificial intelligence act*). Sin embargo, a pesar de este hecho, en la propia disposición del año 2020 se

39 En este escenario, "la Comisión también debe evaluar, sin demora indebida, la necesidad de revisar dicho anexo para añadir el sistema de IA en cuestión a la lista" y si, a raíz de dicha evaluación, "la Comisión decide incluir dicho sistema de IA en la lista, dicha inclusión debe tener efecto retroactivo a partir del momento del primer incidente probado causado por dicho sistema que haya ocasionado un daño o un perjuicio grave".

40 Únicamente disponemos del Considerando 3 de la mencionada norma, en el que se prevé que estos daños se producen, por ejemplo, cuando se ponga en peligro "la dignidad humana y los valores y libertades europeos mediante el seguimiento de las personas contra su voluntad, la introducción de sistemas de crédito social o la toma de decisiones sesgadas en materia de seguro de enfermedad, concesión de crédito, autos judiciales, contratación o empleo o mediante la construcción de sistemas armamentísticos autónomos letales".

continúa aludiendo a la posibilidad de recurrir a la normativa existente y, en particular, a la Directiva sobre productos defectuosos para ofrecer una solución jurídica adecuada, llevando a cabo, eso sí, algunas adaptaciones.

Pues bien, lo cierto es que el 18 de octubre de 2021 se abrió una consulta pública para la reforma de la Directiva sobre productos defectuosos en la que, hasta el 10 de enero de 2022, todas las personas interesadas han podido aportar sus consideraciones al respecto. Esta modificación tiene como finalidad llevar a cabo la antes mencionada "adaptación" de la misma a la realidad de la inteligencia artificial.

Para realizar lo anterior, desde nuestra perspectiva, han de realizarse, al menos, dos cambios relevantes. De una parte, debe reflexionarse sobre el propio concepto de producto defectuoso contenido en el artículo 2 de la Directiva. No hay que perder de vista que, quizás, para ofrecer cobertura a estas tecnologías se tendría que llevar a cabo una revisión, modificación y/o actualización del mismo[41]. Sea como fuere, algunas voces han apuntado a la posibilidad de considerar los sistemas inteligentes como un servicio y no como un producto defectuoso.

En segundo lugar, en cuanto a su ámbito de aplicación, debemos tener en cuenta que queda restringido a ciertas figuras. En este sentido, se centra en la responsabilidad del "productor", entendiendo por tal "la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto". El resto de los agentes que intervienen en el proceso de elaboración o comercialización quedarían, pues, fuera del ámbito de aplicación de dicha norma y no cabe, en principio, extender el mismo a otros sujetos como el proveedor, el suministrador, el distribuidor, los responsables del servicio, etc.

Así las cosas, tampoco parece que la reforma vaya a sustituir la futura aprobación de un reglamento europeo sobre la materia, sino que ambos se complementarán en la práctica. Lo que sí se desprende es que, quizás, la Propuesta de Reglamento que prospere sea la denominada *artificial intelligence act* y no la relativa a la responsabilidad civil. De este modo, la primera actuaría como una suerte de norma general y, para resolver los problemas de la responsabilidad se acudiría a la (nueva) Directiva sobre productos defectuosos.

Sea como fuere, tendremos que esperar a que las instituciones europeas se manifiesten de forma definitiva para analizar el alcance de la modificación

41 En este sentido, Rubí Puig, A.: "Retos de la inteligencia", cit., pp. 66-67, al plantear la posible aplicación de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos a este ámbito, pone de relieve algunos de los inconvenientes que deberían salvarse.

comportada y para concluir en un sentido u otro. A nuestro parecer, si la fórmula escogida es la comentada, el futuro reglamento sobre inteligencia artificial tendría que actuar a nivel de principios y de valores, en suma, como una disposición de referencia. Además, se debería llevar a cabo una clasificación realista, basada en lo empírico y sometida a una constante revisión. Para finalizar, interesa resaltar que algunas cuestiones que se apuntaban en el año 2017 se presentan, en la práctica, como imprescindibles. Véase el establecimiento de un fondo de compensación para las víctimas, la creación de un registro de máquinas inteligentes o la propia exigencia de seguro obligatorio. No obstante, en este último caso se ha de decidir si se va a crear uno específico, así como su clase y alcance.

BIBLIOGRAFÍA

Čerka, P., Grigienė, J., Sirbikytė, G.: "Liability for damages caused by artificial intelligence", *Computer Law & Security Review*, vol. 31, núm. 3, 2015, pp. 376-389.

Churnin, S.: *Inteligencia artificial: retos éticos y jurídicos, y la influencia de los derechos humanos*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2011.

Ercilla García, J.: *Normas de Derecho Civil y Robótica. Robots Inteligentes, Personalidad Jurídica. Responsabilidad Civil y Regulación*, Aranzadi, Navarra, 2018.

Hacker, P., Krestel, R., Grundmann, S., Naumann, F.: "Explainable AI under contract and tort law: legal incentives and technical challenges", *Artificial Intelligence and Law*, vol. 28, 2020, pp. 415-439.

Jaume-Palasí, L.: "Cómo la inteligencia artificial está impactando en las sociedades", en AA.VV.: *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 27-39.

Kemp, R.: "Artificial Intelligence: introduction", *Practical Law UK Articles*, 2017.

McCarthy, J., *et al.*: "A proposal for the dartmouth summer research project on artificial intelligence", 1955, pp. 1-13.

Murphy, R.R.: *Introduction to AI Robotics,* The MIT Press, Massachusetts, 2019.

Ortiz Fernández, M.: *La responsabilidad civil derivada de los daños causados por sistemas inteligentes y su aseguramiento: análisis del tratamiento ofrecido por la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2021.

Rubí Puig, A.: "Retos de la inteligencia artificial y adaptabilidad del derecho de daños", en AA.VV.: *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 57-71.

Solar Cayón, J.I.: *La Inteligencia Artificial Jurídica. El impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de servicios jurídicos*, Aranzadi, Navarra, 2019.

Turing, A.: "Computing Machinery and Intelligence", *Mind*, vol. LIX, núm. 236, 1950, pp. 433-460.

Zurita Martín, I.: *La responsabilidad civil por los daños causados por los robots inteligentes como productos defectuosos*, Reus, Madrid, 2020.

BLOCKCHAIN, SMART CONTRACTS E NON FUNGIBLE TOKEN: TUTELE E RESPONSABILITÀ*

BLOCKCHAIN, SMART CONTRACTS AND NON FUNGIBLE TOKENS: LIABILITY ISSUES

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1326-1363

* Il contributo è il risultato delle ricerche svolte nell'ambito del progetto "TRUST - digital TuRn in EUrope: Strengthening relational reliance through Technology". This project has received funding from the European Union's Horizon 2020 research and innovation programme under the Marie Skłodowska-Curie grant agreement No 101007820. This article reflects only the author's view and the REA is not responsible for any use that may be made of the information it contains.

Giorgia
VULPIANI

ARTICOLO CONSEGNATO: 12 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: L'emersione della tecnologia blockchain, degli smart contracts e dei non fungible tokens, a fronte dell'assenza di specifici riferimenti normativi, pone diverse questioni sul piano giuridico, con particolare riguardo alla necessità di individuare le tutele più adeguate per i diritti dei singoli.

PAROLE CHIAVE: Blockchain, smart contracts, non fungible tokens, contratti, responsabilità, privacy, proprietà intellettuale.

ABSTRACT: *New technologies as blockchain, smart contracts and non-fungible tokens have been attracting enormous interest. On this topic the legal framework, in Italy but also in the European Union, is insufficient and disjointed. So, many juridical issues arise from these new technologies. Besides their juridical nature, we also need to focus on the liability that can derive from their use.*

KEY WORDS: *Blockchain, smart contracts, non-fungible tokens, contracts, liability, privacy, copyright.*

SOMMARIO.- I. NON FUNGIBLE TOKEN E DIRITTO CIVILE: INTRODUZIONE. – II. BLOCKCHAIN E SMART CONTRACTS: INQUADRAMENTO E PROBLEMATICHE GIURIDICHE. – III. NON FUNGIBLE TOKENS: NATURA GIURIDICA. – IV. NFTS E SUCCESSIONE NEL PATRIMONIO DIGITALE. – V. NFTS, TUTELE E RESPONSABILITÀ. PROPRIETÀ INTELLETTUALE E METAVERSO.

I. NON FUNGIBLE TOKENS E DIRITTO CIVILE: INTRODUZIONE

Nel marzo del 2021 ha fatto scalpore la vendita da Christie's dell'opera di cryptoart *Everydays: The First 5000 days* di Beeple per la somma di $69.3 milioni, la più alta mai registrata per la vendita di un NFT[1]. Il fenomeno NFT ha coinvolto non solo il mondo dell'arte, ma anche la moda, il cinema, lo sport, la musica e ha suscitato inevitabilmente l'interesse dei giuristi[2].

Si impone innanzitutto un breve inquadramento. Un token è un digital asset che può essere inserito in una blockchain o altro registro distribuito[3]. Un token consiste, dunque, in una serie di dati crittografati registrati su una blockchain. Esso, al pari dei beni nel mondo fisico, può essere fungibile o non fungibile, seguendo dunque la classica distinzione tra beni caratterizzati dalla surrogabilità con cose della stessa quantità, specie e qualità (il tantundem), e beni che non possono essere sostituiti con altri, data la loro intrinseca specificità. Tra i beni fungibili digitali possono annoverarsi le criptovalute, come Bitcoin, che sono pertanto token che possono essere scambiati con altri di uguale specie, qualità e quantità.

Gli NFTs sono, invece, token infungibili, unici ed irripetibili, e si sostanziano, pertanto, in una serie di dati crittografati registrati su una blockchain contenenti un certificato identificativo unico[4]. Il concetto chiave è rappresentato proprio

1 Per una panoramica sull'impatto culturale dei non fungible token nel mondo dell'arte, Colella, S.: "Disrupting the Art Market? Blockchain, NFTs and the Promise of Inclusion", *Il capitale culturale,* 2022, pp. 233 ss.

2 In tema di *blockchain* e arte, v. Magri, G: "La blockchain può rendere più sicuro il mercato dell'arte?", *Aedon*, 2/2019; Frezza, G.: "Blockchain, autenticazioni e arte contemporanea", *Dir. Fam. Pers*., 2020, pp. 489 ss.; Moro Visconti, R: "La valutazione dell'arte digitale", *Dir. ind.,* 2021, p. 472; Trovatore G.:, "L'opera d'arte e il suo valore nell'epoca della blockchain", *Arte e Diritto*, 2022, pp. 81 ss.; Damiani, E.: "Cripto-arte e non fungible tokens: i problemi del civilista, *Rass. dir. moda e arti*, 2022, 8 agosto 2022; Vulpiani, G.: "NFTs e cryptofashion: profili giuridici", *Rass. dir. moda e arti*, 2022, 1, pp. 47 ss.; Iorio, C:, "Artwork circulation and blockchain: a legal overview", *Dir. mercato e tecnologia*, 2022; Liberanome, P.: "Criptoarte e nuove sfide alla tutela dei diritti autorali", *Contratti*, 2022, pp. 93 ss.; Muciaccia, N.: "Prime riflessioni sul rapporto tra NFT e proprietà intellettuale", *Dir. informazione e informatica*, 2022, pp. 839 ss.

3 Sul concetto di token come strumento assimilabile ai titoli di credito, v. Rulli, E.: "Incorporazione senza res e dematerializzazione senza accentratore: appunti sui token", *Orizzonti del diritto commerciale*, 2019, pp. 121 ss.

4 Qin, W., Rujia, L., Shipping, C., Qi, W.: "Non-Fungible Token (NFT): Overview, Evaluation, Opportunities and Challenges". Cornell University, 25 ottobre 2021, arXiv:2105.07447.

• Giorgia Vulpiani
Ricercatrice di diritto privato, Ph.D.
g.vulpiani@unimc.it

dall'unicità, in quanto è la scarsità di questi beni a determinarne il valore e a creare, pertanto, un mercato esclusivo. Ogni non fungible token è dunque unico nel suo genere e non può essere scambiato con un altro NFT. Qualsiasi bene digitale[5], come ad esempio un'immagine (un file jpeg), può essere trasformato in NFT attraverso il processo di minting, con il quale avviene la creazione del certificato unico su blockchain associato all'immagine. L'immagine, se di grandi dimensioni, sarà tendenzialmente conservata off chain e sarà accessibile attraverso il link cui rimanda il certificato registrato sulla blockchain. Pensando dunque ad un opera di cripto arte, essa si sostanzia nel file jpeg cui è associato un codice identificativo unico registrato su una blockchain. Se un file jpeg, per sua natura, può essere duplicato, ciò non accade con un non fungible token, in quanto il codice creato e associato all'immagine è unico ed inimitabile. Al non fungible token così creato è associato uno smart contract[6] contenente le informazioni relative alla paternità dell'opera, all'eventuale pagamento di royalties all'autore, alle modalità di cessione e utilizzo dell'opera. Attraverso un NFT il creator può facilmente provare l'esistenza e la proprietà di un asset digitale in forma di video, immagine, biglietto per eventi.

Non esiste una normativa specifica in tema di non fungible tokens; essi fanno pertanto sorgere diversi interrogativi sul piano giuridico, come quello riguardante la natura di tale tipo di beni e la trasmissibilità mortis causa degli stessi. Si pone, inoltre, il problema della tutela della proprietà intellettuale, soprattutto con riferimento al settore artistico-creativo. Si pensi ad esempio alla creazione e vendita di un NFT riproducente il dipinto di un noto artista che però non ha autorizzato tale utilizzo della propria opera. O alla vendita di un fashion item nel metaverso che riproduce i prodotti o i loghi di noti stilisti. In tal caso occorre chiedersi se siano applicabili al metaverso le tutele del mondo "fisico". Un ulteriore questione attiene i profili di responsabilità legati alla creazione e circolazione dei non fungible tokens.

I non fungible token sono inscindibilmente legati alla blockchain e agli smart contracts[7]. Anche con riguardo a tali tecnologie la normativa nazionale ed europea

5 Come ad esempio video (si pensi agli nft relativi ai video dei momenti salienti delle partite NBA o al film Aris di Gucci); musica (ne è un esempio il progetto NFT Yourself dei Kings of Leon o al progetto *Music Is Art* di Boosta e Žeželj); tweet (NFT del primo tweet di Jack Dorsey «just setting up my twttr» (del 21 marzo 2006) è stato venduto per 2,9 milioni di dollari).

6 Il protocollo utilizzato per la realizzazione di smart contract per l'emissione e lo scambio di nft sulla blockchain Ethereum è lo standard ERC-721.

7 Nel dibattito italiano, si segnalano Cuccuru P.: "Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessione sugli smart contract, *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 107 ss.; Di Sabato, D.: "Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale", *Contr. impr.*, 2017, pp. 378 ss.; Restuccia D.:, "Il notaio nel terzo millennio, tra sharing economy e blockchain", *Notariato*, 2017, p. 53; Finoccchiaro, G.: "Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale, *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2018, pp. 441 ss.; Parola, L., Merati, P. e Gavotti, G.: "Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte", *Contratti*, 2018, pp. 681 ss.; Razzini, A.: "Blockchain e protezione dei dati personali alla luce del nuovo regolamento europeo GDPR", *Ciberspazio e diritto*, 2018, pp. 197ss.; Moro Visconti, R.: La valutazione delle blockchain: Internet of value, network digitali e smart transaction, *Dir. ind*., 2019, p. 301; Pardolesi, R., Davola, A.: "«Smart contract»: lusinghe ed

è molto scarna e possono evidenziarsi diverse frizioni tra le stesse ed alcuni diritti fondamentali della persona, come la tutela dei dati personali e la privacy[8]. Sorgono, inoltre, interrogativi in tema di responsabilità civile[9]. Attualmente, l'unico intervento operato dal legislatore italiano in tema è rappresentato dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, legge di conversione del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, che ha inserito l'art. 8 ter, rubricato proprio Tecnologie basate su registri distribuiti e smart contract[10]. Alla luce della suddetta norma, per tecnologie su registri distribuiti si intendono

equivoci dell'innovazione purchessia", *Foro it.*, 2019, V, c. 195; Di Ciommo, F.: "Smart contract e non diritto", *Nuovo dir. civ. comm.*, 2019, pp. 257 ss.; Delfini, F.: Blockchain, smart contracts e innovazione tecnologica: l'informatica e il diritto dei contratti, *Riv. dir. priv.,* 2019, pp. 167 ss.; Giaccaglia, M.: "Considerazioni su blockchain e smart contract", *Contr. impr.*, 2019, pp. 941 ss.; Id., "Il contratto del futuro? Brevi riflessioni sullo smart contract e sulla perdurante vitalità delle categorie giuridiche attuali e delle norme vigenti del codice civile italiano", *Tecnologie e diritto*, 2021, pp. 113 ss.; Id., "Questioni (ir)risolte in tema di smart contract. Per un ritorno al passato", *Tecnologie e diritto*, 2022, pp. 333; Stazi, A.: "Automazione contrattuale e contratti intelligenti. Gli smart contracts nel diritto comparato", Giappichelli, Torino, 2019, pp. 99 ss.; Scutiero, F.: "Smart contract e sistema di diritto, un connubio tutto da definire", *Foro napoletano*, 2019, pp. 113 ss.; Battelli, E.: "Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contracts in ambito assicurativo, bancario e finanziario", *Giust. civ.,* 2020, p. 681; Pernice, C.: "Distributed ledger technology blockchain e smart contracts: prime regolazioni", *Tecnologie e diritto*, 2020, p. 490; Faini, F.: "Blockchain e diritto: la catena del valore tra documenti informatici, smart contracts e data protection", *Resp. civ. prev.*, 2020, pp. 297 ss.; Ferlito, I.: "«Smart Contract». Automazione contrattuale ed etica dell'algoritmo, *Comparazione e diritto civile*, 2020, pp. 661 ss.; Bellomia, V.: "Il contratto intelligente: questioni di diritto civile", *Judicium*, 2020; Amato, C.: "La computerizzazione del contratto (Smart, data oriented, computable e self-driving contracts. Una panoramica)", *Eur. dir. priv.,* 2020, pp. 1259 ss.; Maugeri, M.: *Smart contracts e disciplina dei contratti*, Il Mulino, Bologna, 2021, *passim*; Ead., "Smart contracts", in *Enc. dir.,* cit., pp. 1132 ss.; Gambino, F.: "Blockchain, smart contract e diritto sradicato", *Tecnologie e diritto*, 2021, p. 28; Proto, M.: "Questioni in tema di intelligenza artificiale e disciplina del contratto", in *Il diritto nell'era digitale*, (a cura di R. Giordano, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi, M. Proto), Giuffrè, Milano, 2022, pp. 179 ss.; Matera, P., Benincampi, A.: "Blockchain", in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, UTET, Torino, 2022, pp. 23 ss.; Martone, I., *Smart contracts. Fenomenologia e funzioni*, Esi, Napoli, 2022, pp. 13 ss.; Di Nella, L.: "Smart contract, Blockchain e interpretazione dei contratti", *Rass. dir. civ.,* 2022, pp. 48 ss.

8 Sul diritto alla privacy, v. Rodotà, S.: *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995, *passim*; Id.: "Riservatezza", in *Enc. It. Treccani*, VII Appendice, Treccani, Roma, 2007, (ora ripubblicata da Treccani Libri, 2020) ove l'A. osserva che «Al posto di riservatezza, nel linguaggio corrente si adopera ormai comunemente la parola privacy e in quello giuridico l'espressione protezione dei dati personali. Non si tratta di una semplice questione formale. La nuova dimensione tecnologica ha fatto sì che con il termine riservatezza si indichino sempre piú frequentemente casi che prospettano una esigenza di tutela dell'intimità, mentre privacy e protezione dei dati personali individuano situazioni piú complesse, che rinviano a forme generali di tutela della sfera privata e delle varie libertà a questa connesse. Le modalità di protezione delle informazioni personali, il potere di controllo sui dati che ci riguardano, sono venuti a costituire un elemento della stessa cittadinanza». V. anche Id., "Una costituzione per internet?", in *Politica del diritto*, 2010, p. 342, in cui afferma che «La libertà in rete, tuttavia, non vale solo contro l'invadenza degli Stati, ma si proietta anche verso i nuovi «signori dell'informazione» che, attraverso le gigantesche raccolte di dati, governano le nostre vite. Di fronte a tutto questo la parola «privacy» evoca non solo un bisogno d'intimità, ma sintetizza le libertà che ci appartengono nel mondo nuovo dove ormai viviamo». Sul diritto alla riservatezza, v. anche Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, Esi, Napoli, 2018, pp. 198 ss.; Id., "Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato, *Foro nap.*, pp. 481 ss. e Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Esi, Napoli, III, 2020, pp. 107 ss. La questione della tutela dei dati personali e della riservatezza si pone in modo particolare in tema di social network, su cui v., Perlingieri C.: *Profili civilistici dei social network*, Esi, Napoli, 2014, pp. 66 ss. La problematica è ancor più delicata con riguardo all'accesso alle piattaforme social da parte dei minori, sul punto v. Perlingieri C., "La tutela dei minori di età nei social networks", *Rass. dir. civ.,* 20166, pp. 1324 ss.; Andreola, E.:, *Minori e incapaci in Internet*, Esi, Napoli, 2019, p. 107; Astone, A.: "L'accesso dei minori d'età ai servizi della c.d. Società dell'informazione: l'art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul Codice per la protezione dei dati personali", *Contr. impr.*, 2019, pp. 614 ss.; Vulpiani, G.:, "L'utente minore online: tutela della privacy e attività negoziale", *Tecnologie e diritto*, 2021, pp. 103 ss.

9 Buonanno, L.: "La responsabilità civile nell'era delle nuove tecnologie: l'influenza della blockchain", *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1618.

10 In arg., v. Remotti, G.: "Blockchain smart contract: primo inquadramento e prospettive d'indagine (commento all'art. 8 ter D.L. 14 dicembre 2018, n. 135)", *Oss. dir. civ.,* 2020, pp. 189 ss.; Pernice, C.: *Distributed ledger technology blockchain e smart contracts: prime regolazioni*, cit., p. 490; Maugeri, M.: *Smart*

le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia, verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili. Tali tecnologie consentono la conclusione e l'esecuzione del contratto: la macchina legge il codice, valida, archivia su una pluralità di registri distribuiti ed esegue. Si segue la logica del if this, then that. La norma non parla, dunque, di blockchain, ma più in generale di registri distribuiti, sovrapponendo invero le due figure, che sono in rapporto di genere a specie[11]. Lo smart contract viene, invece, definito dall'art. 8 ter L. 12/2019 come «un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse»[12]. Anche a livello europeo manca una disciplina normativa su blockchain e smart contract, pur a fronte di diverse iniziative come l'istituzione dell'EU Blockchain Observatory and Forum, dell'International Association for Trusts Blockchain Applications e l'Interoperable Standards for DLT and Blockchains. Particolare rilievo rivestono la Risoluzione del Parlamento europeo del 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione[13], che analizza le implicazioni delle digital ledger technologies, e la proposta di Regolamento, elaborata dalla Commissione europea, sui mercati dei crypto assets (MiCAR)[14], alla quale ne è collegata un'altra relativa ad un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulle distributed

contracts, cit., pp. 1139 s.; Rigazio, S.: "Smart contracts e tecnologie basate su registri distribuiti nella L. 12/2019", *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2021, p. 369.

11 In arg., Rigazio, S.: "Smart contracts e tecnologie basate su registri distribuiti nella L. 12/2019", cit., p. 369.

12 Si prevede inoltre che «Gli smart contracts soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia Digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» (comma 2) e che «La memorizzazione di un documento informatico attraverso l'uso di tecnologie basate su registri distribuiti produce gli effetti giuridici della validazione temporale elettronica di cui all'art. 41 del Reg. UE n. 910/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014». Infine, il quarto comma dell'art. 8 *ter*, stabilisce che, ai fini della produzione dell'effetto della validazione temporale di cui al comma precedente, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, l'Agid è chiamata ad individuare gli standard tecnici che le tecnologie basate su registri distribuiti debbono possedere. Anche in Francia, è stata emanata una normativa in tema di blockchain e crypto assets, la Loi 2019-486 del 22 maggio 2019 (nota come loi PACTE - Acronimo di Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises), che fissa un quadro regolamentare per le Initial Coin Offering (ICO) e per l'attività dei prestatori di servizi finanziari. In tema, Berruto, A.: "La nuova disciplina francese dei cryptoasset: un imperfetto tentativo regolatorio?" *dirittobancario.it*. Più in generale su blockchain e smart contracts nell'ordinamento francese, v. Drillon, D.: "La révolution blockchain. La redéfinition des tiers confiance", *RTD. Com.*, 2016, pp. 893 ss.; Guerlin, G.: "Considérations sur les smart contracts", *Recueil Dalloz, IP/IT*, 2017, pp. 512 ss.; Douville, T.: "Blockchain et protection des donnèes à caractère personnel", *AJ Contrat*, 2019, pp. 316 ss.; Cattalano, G.: "Smart contracts et droit des contrats", *AJ Contrat*, 2019, pp. 321 ss.

13 Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione (2017/2772(RSP)).

14 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM(2020) 593 final del 24 settembre 2020. In arg., Annunziata, F.: "Verso una disciplina europea delle crypto-attività- Riflessioni a margine della recente proposta della commissione UE, *dirittobancario.it*, 15 ottobre 2020.

ledger technologies (DLT)[15]. La proposta MiCAR qualifica i crypto assets come una delle principali applicazioni della distributed ledger technology e li definisce come «rappresentazioni digitali di valore o di diritti potenzialmente in grado di apportare vantaggi significativi sia ai partecipanti al mercato che ai consumatori». In tale definizione non rientrano i non fungible tokens, come anche evidenziato dal Report n. 7/2021 dell'osservatorio europeo sulla blockchain[16].

II. BLOCKCHAIN E SMART CONTRACTS: INQUADRAMENTO E PROBLEMATICHE GIURIDICHE

La blockchain è un tipo di tecnologia finalizzata alla gestione delle transazioni attraverso la creazione di un database distribuito tra utenti di una rete[17]. Si tratta di un tipo di registro distribuito (distributed ledger - DLT)[18], condiviso ed immutabile, che facilita il processo di registrazione e gestione delle transazioni e di tracciamento degli assets in una rete definita. Il concetto di distribuzione della gestione del database si contrappone alla logica tradizionale di gestione centralizzata di dati sottoposti al controllo di una sola autorità centrale, che qui è assente. Nelle dlts infatti tuti gli utenti sono allo stesso livello (peer to peer network) e possono agire solo con il consenso della maggioranza dei nodi. Il registro distribuito è strutturato in blocchi concatenati l'uno all'altro attraverso la crittografia in maniera immutabile ed è così in grado di mantenere in modo affidabile le informazioni registrate. Ogni transazione sulla rete di blocchi viene validata dalla rete stessa, senza che sia dunque necessario il controllo di un'autorità centrale o l'intervento di intermediari. Più in particolare, il meccanismo di validazione del blocco e di tutte le transazioni in esso contenute richiede la risoluzione di un puzzle crittografico complesso (mining). I dati registrati vengono fissati (time stamped) mediante tecniche crittografiche a chiave asimmetrica[19] nella catena di blocchi e, una volta registrati, non possono essere modificati o manomessi senza il consenso della maggioranza dei nodi coinvolti (i server di ciascun utente), il che risulta altamente complesso. Questo permette la sostanziale inalterabilità e tracciabilità delle informazioni inserite. Le caratteristiche della *blockchain* sono, pertanto, la decentralizzazione,

15 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology, COM(2020)594 final del 24 settembre 2020.

16 EU Blockchain Observatory and Forum, NFT-Legal token classification, https://www.eublockchainforum.eu/research-paper/nft-legal-token-classification.

17 Aras, S.T., Kulkarni, V.: "Blockchain and its applications – a detailed survey", *International Journal of Computer Applications*, 2017, vol. 180, pp. 29 ss.; Bhutta, M.N.M., Khwaja, A.A., Nadeem, A., Ahmad, H.F., Khan, M.K., Hanif, M., Song, H., Rashwan, M.A., Cao, Y.: "A Survey on Blockchain Technology: Evolution, Architecture and Security", *IEEE Access*, 2021, vol. 9, pp. 61048 ss.

18 Digital legder technology (DLT) è concetto più ampio di quello di blockchain.

19 Nella crittografia a chiave asimmetrica ogni utente possiede una coppia di chiavi, una privata ed una pubblica, per la decodifica dei dati.

la verificabilità e l'immutabilità; caratteristiche che garantiscono l'autenticità, l'integrità e l'affidabilità delle informazioni registrate[20].

Occorre, tuttavia, precisare che la blockchain assicura che i dati inseriti non vengano modificati, ma non rende corrette le informazioni erronee. Se, dunque, viene inserito un dato scorretto, resterà così registrato, ripetendo l'errore all'infinito nella catena dei blocchi, secondo la logica "garbage in, garbage out".

Si distingue tra blockchain permissionless e blockchain permissioned. Le differenze riguardano principalmente l'identificabilità dei soggetti che vi partecipano, la modalità di selezione dei nodi e la grandezza del network, il meccanismo del consenso condiviso e la trasparenza del contenuto dei blocchi. Infatti, nelle blockchain permissionless, chiunque può entrare nel network e fungere da nodo, mantenendo la propria identità riservata; il che rende altamente complesso alterare questo tipo di blockchain perché richiederebbe una potenza computazionale molto elevata, oltre al consenso di più del cinquanta per cento dei nodi. Le blockchain permissioned, invece, sono caratterizzate da maggiore centralizzazione, perché un'entità centrale può determinare chi può accedervi dietro identificazione. Si distingue, inoltre, tra blockchain pubbliche e private, la cui differenza risiede nel fatto che le prime non gestite da nessuno, mentre le seconde fanno riferimento ad una singola entità o gruppo. Il settore che ha testimoniato la nascita e diffusione della tecnologia in esame è quello finanziario, dove la blockchain è usata come 'motore' della criptovaluta bitcoin[21] ideata da Satoshi Nakamoto[22]. Bitcoin non è una moneta rilasciata da una banca centrale, ma un peer-to-peer

20 In tema di blockchain e attività notarile, Manente, M.: "Blockchain: la pretesa di sostituire il notaio", *Notariato*, 2016, pp. 211 ss.; Restuccia, D.: "*Il notaio nel terzo millennio, tra sharing economy e blockchain*", Notariato, 2017, p. 53; Nastri, M.: "Registri sussidiari, blockchain #notaio oltre la lezione di Carnelutti?", *Notariato*, 2017, pp. 369 ss.; Krogh, M.: "Transazioni in valute virtuali e rischi di riciclaggio. Il ruolo del notaio", *Notariato*, 2018, pp. 155 ss.; Licini, C.: "Il notaio nell'era digitale: riflessioni gius-economiche", *Notariato*, 2018, p. 142; Bechini, U.: *Il notaio digitale. Dalla firma alla blockchain*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 153. Sulla particolare figura della notarchain, v. Damiani, E.: "Blockchain Application in General Private Law: the Notarchain Case", in *Legal Technology Transformation. A Practical Assessment*, (a cura di A. Caligiuri), Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, pp. 229 ss.

21 Il termine Bitcoin, con l'iniziale maiuscola, si riferisce alla tecnologia e alla rete, mentre con l'iniziale minuscola si riferisce alla risorsa digitale in sé. Bitcoin rappresenta solo un esempio delle diverse criptovalute esistenti, come Ethereum. In arg., Gasparri, G.: "Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?", *Dir. inf. e informatica*, 2015, pp. 415 ss.; Vardi, N.: ""Criptovalute" e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica dei bitcoin", *Dir. inf. e informatica*, 2015, pp. 443 ss.; Miccoli, M.: "Bitcoin fra bolla speculativa e controllo antiriciclaggio", *Notariato*, 2018, pp. 151 ss.; Razzante, R.: "Bitcoin: tra diritto e legislazione", *Notariato*, 2018, pp. 383 ss.; Pernice, C.: "La controversa natura giuridica di Bitcoin: un'ipotesi ricostruttiva", *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 333 ss; Cian, M.: "La criptovaluta – alle radici dell'idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari", *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, pp. 315 ss.; Caloni, A.: "Bitcoin: profili civilistici e tutela dell'investitore", *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 159; Arcella, G. e Manente, M.: "Le criptovalute e le loro contraddizioni: tra rischi di opacità e di eccessiva trasparenza", *Notariato*, 2020, p. 23; Donadio, G.: "Dalla "nota di banco" all'informazione via Blockchain: profili civilistici e problemi applicativi della criptovaluta", *Giust. civ.*, 2020, pp. 173 ss.; Pisani Massamormile, A.: "Notarelle pessimistiche sui bitcoin", *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, pp. 465 ss. Con riguardo ad aspetti processualcivilistici, Canella, M.G.: "Esecuzione forzata su criptovaluta: qualche idea e nessuna certezza", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 235.

22 Satoshi Nakamoto è in realtà uno pseudonimo utilizzato da una persona o un collettivo. Si veda Nakamoto, S.: *Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash System*, in *www.bitcoin.org*.

electronic cash system, è dunque una tecnologia che consente di inviare valore tra le parti di una rete senza intermediario[23].

Proprio in considerazione della struttura particolare della *blockchain* emergono criticità giuridiche in relazione al raccordo tra tale tecnologia e il Regolamento UE 2016/679 (GDPR)[24] e il d.lgs. n. 196/2003, così come modificato dal d.lgs. n. 101/2018[25], con particolare riferimento all'individuazione del titolare del trattamento dei dati e al diritto all'oblio[26].

Uno smart contract è invece un protocollo informatico di transazione che esegue i termini di un contratto al realizzarsi di condizioni preimpostate. Ed è attraverso la blockchain che si garantisce l'immodificabilità e l'esecuzione automatica del codice informatico dello smart contract[27]. L'espressione smart contract è stata coniata da Nick Szabo secondo il quale «a smart contract is a computerized transaction protocol that executes the terms of a contract. The general objectives of smart contract design are to satisfy common contractual conditions (such as

23 Giuliano, M.: "Le risorse digitali nel paradigma dell'art. 810 cod. civ. ai tempi della blockchain. Parte seconda", *Nuova giur. civ. comm*., 2021, p. 1456. Un'applicazione particolarmente interessante in campo giuridico è rinvenibile in Francia, dove è stata emanata l'ordonnance Blockchain n. 2017/1674 con la quale è stato autorizzato l'uso della BTC per la «représentation et la transmission de titres financiers». L'ordonnance n. 2017/1674 fa seguito all'ord. n. 2016/520 del 28 aprile 2016 che permette di mettere in vendita particolari tipi di prodotti finanziari sulla blockchain.

24 Sul Reg. (UE) n. 679/2016, cfr. Perlingieri, P.: "Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato", cit., pp. 481 ss.; De Franceschi, A.:, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Esi, Napoli, 2018, pp. 3 ss.; Caggiano, I.A.: "Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione", *Familia*, 2018, pp. 3 ss.; Lucchini Guastalla, E., "Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i princìpi ispiratori", *Contr. impr.*, 2018, pp. 106 ss.; Aa.Vv.: *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, (a cura di A. Mantelero e D. Poletti), Pisa University Press, Pisa, 2018, pp. 9 ss.; Cuffaro, V.: "Il regolamento generale sulla protezione dei dati", in *Trattamento dei dati personali e Regolamento UE n. 2016/679*, *Corr. giur.* (Speciali digitali), 2018, pp. 2 ss. V. anche Piraino, F.: "Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato", *Nuove leggi civ. comm*., 2017, pp. 369 ss. e Gentili, A.: "La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone", *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2022, pp. 701 ss.

25 Faini, F.: "Blockchain e diritto: la catena del valore tra documenti informativi, smart contracts e data protection", *Resp. civ. prev*., 2020, p. 297; Belen-Saglam, R., Altuncu, E., Lu, Y., Li, S.: "A systematic literature review of the tension between the GDPR and public blockchain systems", *Blockchain: Research and* Applications, 2023, https://doi.org/10.1016/j.bcra.2023.100129.

26 Sul diritto all'oblio v. Mezzanotte, M.: *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Esi, Napoli, 2009, p. 81, secondo cui il diritto all'oblio sarebbe «una situazione soggettiva con il *corpus* del diritto all'identità personale ma con l'anima della privacy». V. anche Di Ciommo, F.: "Quel che il diritto non dice. Diritto e oblio", *Danno e resp.,* 2014, p. 1101; Rodotà, S.: *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari-Roma, 2012, pp. 404 ss.; Morelli, S.: "Oblio (diritto all')", in *Enc. dir*., agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 848 ss.; Rattin, L.: "Il diritto all'oblio", *Arch. civ.,* 2000, p. 1069; Aa.Vv., *Il diritto all'oblio (Atti del convegno di studi del 17 maggio 1997),* (a cura di E. Gabrielli), Esi, Napoli, 1999; Laghezza, P.: "Il diritto all'oblio esiste (e si vede)", *Foro it*., 1998, I, c. 1835; Morelli, S.: "Fondamento costituzionale e tecniche di tutela dei diritti della personalità di nuova emersione (a proposito del cd "diritto all'oblio"), *Giust. civ.,* 1997, p. 515. In tema di diritto all'oblio e GDPR, v. Di Ciommo, F.: "Il diritto all'oblio (oblito) nel regolamento Ue 2016/679 sul trattamento dei dati personali", *Foro it*., 2017, V, p. 315; Id., "Il diritto all'oblio nel Regolamento (UE) 2016/679. Ovvero, di un "tratto di penna del legislatore" che non manda al macero alcunché", *Corr. Giur*., 2018, p. 16; Id., "Privacy in Europe After Regulation (EU) No 2016/679: What Will Remain of the Right to Be Forgotten?", *The Italian Law Journal*, 2017, p. 623; Bonavita, S. e Pardolesi, R.: "GDPR e diritto alla cancellazione(oblio)", *Danno e resp*., 2018, p. 269.

27 Shi-Yi Lin, Lei Zhang, Jing Li, Li-li Ji, Yue Sun: "A survey of application research based on blockchain smart contract", *Wireless Networks* 28, 2022, pp. 635 ss.

payment terms, liens, confidentiality, and even enforcement), minimize exceptions both malicious and accidental, and minimize the need for trusted intermediaries. Related economic goals include lowering fraud loss, arbitration and enforcement costs, and other transaction costs»[28]. Szabo individua tra gli esempi di *crude smart contracts* «POS terminals and cards, EDI, and agoric allocation of public network bandwidth». La forza dello smart contract risiede nel fatto che per l'esecuzione dello stesso non è necessaria la cooperazione delle parti; basta infatti che siano raggiunte le condizioni previste per la sua esecuzione automatica, secondo la logica dell'if this, then that. L'impulso che determina l'esecuzione dello smart contract può poi dipendere da elementi interni al codice o da elementi esterni, come ad esempio le oscillazioni di un tasso di interesse. Ove occorra accedere ad informazioni off chain, sarà necessario l'intervento di un elemento posto al di fuori della blockchain: il c.d. Oracolo, il quale invia informazioni alla catena di blocchi in relazione a circostanze dedotte nel codice dello smart contract e che ne costituiscono i presupposti di esecuzione. Qui può già evidenziarsi una prima problematica relativa alla correttezza delle informazioni che provengono dall'esterno e all'imputabilità della responsabilità in caso di trasmissione di dati erronei. Una delle questioni centrali poste dagli smart contracts riguarda la riconducibilità dello stesso alla concezione classica di contratto. Il tema dell'esecuzione automatizzata del contratto si è posta in dottrina ben prima dell'avvento degli smart contracts e dei contratti telematici. Ne parlava già Cicu ne *Gli automi nel diritto privato* del 1901, in cui si interrogava sulle problematiche connesse alla conclusione del contratto mediante l'ausilio di automi[29]. Al centro della sua riflessione vi era il cosiddetto «negozio automatico» nel quale l'automa costituisce il meccanismo tramite il quale si effettua una prestazione, mediante un atto da porre in essere da parte di colui che desidera la prestazione stessa e che solitamente consiste nell'introduzione di una moneta. Nel getto della moneta che costituisce l'atto che rende palese la volontà del soggetto diretta ad ottenere l'effetto di acquisire il bene o il servizio pubblicizzato dalla macchina, la dottrina in questione ravvisava un negozio giuridico. Nella sua analisi Cicu individuava l'inizio del negozio giuridico automatico nell'esposizione che il possessore dell'automa realizza in un luogo pubblico. Si prospettavano al riguardo tre diverse ricostruzioni: la prima individuava nella fattispecie un invito ad offrire, la seconda una promessa al pubblico, la terza, sicuramente maggioritaria, una

28 Szabo, N.: "Smart contracts: building blocks for digital markets", *EXTROPY: The Journal of Transhumanist Thought*, 1996, 16, 18.

29 Cicu, A.: "Gli automi nel diritto privato", *Filangieri*, 1901, p. 561 ora in *Scritti minori di Antonio Cicu*, Giuffrè, Milano, 1965, II, pp. 287 ss.; v. anche Galizia, A.:, "I contratti automatici e la loro interpretazione", *Foro it.*, 1910, c. 1475. Sul tema, si veda il noto scambio di opinioni tra Irti, N.: "Scambi senza accordo", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 347 ss. e Oppo, G.: "Disumanizzazione del contratto?", *Riv. dir. civ.,* 1998, pp. 525 ss., con successiva replica di Irti, N.: "«È vero ma...» (replica a Giorgio Oppo)", *Riv. dir. civ.*, 1999, pp. 273 ss.; v. anche Id.: "Lo scambio di foulard (replica semiseria al Prof. Bianca)", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, pp. 601 ss. e Bianca, C.M.: "Acontrattualità dei contratti di massa?", *Vita not.*, 2001, pp. 1120 ss. e Gazzoni, F.: "Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)", *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 2002, pp. 655 ss., poi anche in *Studi in onore di C.M. Bianca*, 3, Giuffré, Milano, 2006, pp. 313 ss. V. anche, Bianca, C.M.: *Diritto civile. 3.3 Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 43.

vera e propria offerta contrattuale. Quest'ultima era la tesi accolta da Cicu, che più precisamente parlava di offerta al pubblico. La persona dell'oblato in questo caso, pur indeterminata al momento della esposizione della macchina, sarebbe stata determinata nel momento dell'inserimento della moneta. Gran parte delle riflessioni svolte da Cicu state considerate dalla dottrina più recente per la disamina della disciplina applicabile alla conclusione del contratto telematico[30], al quale si ritiene applicabile la disciplina generale contenuta nel codice civile[31], seppur con qualche divergenza in dottrina con riferimento ad alcune norme. Tornando agli smart contracts, secondo una ricostruzione va esclusa la natura negoziale degli smart contracts sulla base del fatto che essi rappresentino più canali di gestione degli accordi che accordi[32]. Si afferma, infatti, che lo smart contract non afferisce alla fase della formazione dell'accordo, bensì a quella dell'adempimento, con la conseguenza che esso non possa integrare una fattispecie di accordo atipico ex art. 1322 del codice civile[33]. Si pensi al caso di uno smart contract connesso ad un biglietto aereo che, in caso di ritardo o cancellazione del volo, automaticamente dia al passeggero la compensazione monetaria di cui al Reg. (CE) n. 261/2004[34] oppure ad un protocollo collegato ad un contratto di assicurazione che, al verificarsi delle condizioni indicate nel contratto stesso, proceda automaticamente al pagamento di una somma all'assicurato[35]. Altra dottrina afferma come non vi sia ragione per escludere che agli smart contracts si applichino le discipline dettate dall'ordinamento in tema di contratto, rilevando, tuttavia la necessità di confrontarsi con le diverse questioni che si pongono in tema di imputazione della volontà, modalità del diritto di recesso e dell'acquisizione del consenso espresso

30 Damiani, E., "Note in tema di conclusione del contratto mediante sistemi automatici (spunti per una rilettura delle tesi di Antonio Cicu), *Rass. dir. civ.,* 2020, pp. 749 ss. In tema di contratti telematici, Franceschelli, V., *Computer e diritto*, Maggioli Editore, Rimini, 1989, pp. 165 ss.; Giannantonio, E.: *Manuale di diritto dell'informatica*, Cedam, Padova, 1994, pp. 219 ss.; Gambino, A.M.: *L'accordo telematico*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 14 ss.; Gentili, A.: "L'inefficacia del contratto telematico", *Riv. dir. civ.*, 2000, pp. 747 ss.; Camardi, C.: "Contratto e rapporto nelle reti telematiche. Un nuovo modello di scambio", *Contratto e impresa*, 2001, p. 557; Finocchiaro, G.: "Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su internet", *Contr. impr.*, 2001, p. 571; Giova, S.: *La conclusione del contratto via Internet*, Esi, Napoli, 2000, pp. 9 ss.; Delfini, F.: *Contratto telematico e commercio elettronico*, Giuffrè, Milano, 2002; Pennasilisco, M.: "La conclusione dei contratti online tra continuità ed innovazione", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2004, pp. 805 ss.; Follieri, L.: *Il contratto concluso in Internet*, Esi, Napoli, 2005, pp. 85 ss.; Nazzaro, A.C.: "*Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, *Inf. e dir.*, 2010, p. 13; Perlingieri, G.: "Il contratto telematico", *Manuale di diritto dell'informatica*, (a cura di D. Valentino), Esi, Napoli, 2010, pp. 274 ss.; Battelli, E.: "Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione on line delle clausole vessatorie", *Rass. dir. civ.,* 2014, pp. 1035 ss.; Conte, G.: *La formazione del contratto*, in *Comm. Cod. civ.*, (diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2018, p. 282.

31 Scognamiglio, C.: "La conclusione e l'esecuzione del contratto telematico", in *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, (a cura di S. Sica), Giuffrè, Milano, 2002, p. 73 e ss. V. anche, Delfini, F.: "Il D.Lgs., 70/2003, di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico. Commento", *Contratti*, 2000, pp. 1062 ss.

32 Cuccuru, P.: "Blockchain ed automazione contrattuale", cit., p. 111.

33 Parola, L., Merati, P. e Gavotti, G.: "Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte", cit., p. 685.

34 Janssen, A.U. e Patti, F.P: " Demistificare gli smart contracts, cit., p. 31.

35 Battelli, E.: "Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contarcts in ambito assicurativo, bancario e finanziario", *Giust. civ.*, 2020, p. 681.

del consumatore, rimedi[36]. Con riguardo a tale ultimo profilo va osservato come la rigidità dello smart contract renda estremamente difficile la prospettabilità di un rimedio caducatorio, ad esempio in caso di contratto illecito[37], salvo sia stata inserita ab origine una funzione di autodistruzione dello smart contract stesso.

Ciò si riverbera inoltre sui profili di responsabilità. A tal riguardo, parte della dottrina ha, infatti, osservato come le caratteristiche della blockchain e degli smart contracts rendano impossibile il controllo sulle attività illecite compiute dagli utenti della rete, in quanto il gestore di una blockchain non può intervenire per eliminare dai nodi un contratto illecito[38]. Occorre domandarsi, inoltre, quali siano le tutele prospettabili in caso vi siano errori nell'inserimento dei dati, che vengono poi ripetuti in tutti nodi della rete, secondo il meccanismo garbage in-garbage out, senza poter essere alterati, partendo dall'individuazione del soggetto responsabile. Parte della dottrina ha rilevato come con riguardo alla tecnologia blockchain occorrerebbe far riferimento ad una disciplina fondata sulla natura oggettiva della responsabilità del gestore-creatore della piattaforma, al fine di una più ragionevole ed efficiente assunzione del rischio, oltre che per incentivare la fiducia degli utenti nel mercato di riferimento[39]. Secondo tale tesi, il fatto che il gestore non abbia il controllo delle operazioni compiute sulla piattaforma escluderebbe una disciplina fondata sulla colpa; inoltre, a causa della natura decentralizzata della blockchain è ragionevole che il danno subìto dagli utenti a causa di un malfunzionamento gravi su chi poteva evitarlo. Sul gestore della piattaforma incomberà allora l'onere di risarcire il danno provocato agli utenti. Va, tuttavia, osservato come ciò possa essere agevolmente prospettato nel caso di blockchain permissioned privata, ove è possibile individuare un soggetto che esercita una funzione di controllo. La blockchain permissionless pubblica è, invece, un sistema autonomo, senza un'entità preposta al controllo, e risulterebbe, pertanto, difficile individuare il soggetto responsabile. A ciò si connette un'altra questione rilevante in tema di blockchain, relativa alla frizione tra la struttura della BLT, soprattutto di quella permissionless pubblica, con la tutela dei dati personali e della privacy. Tale tipo di tecnologia non permette, infatti, l'identificazione del titolare del trattamento dei dati cui l'utente possa rivolgersi per la rimozione dei dati[40].

36 Maugeri, M.: "Smart contracts", cit., p. 1142.

37 Sulla rigidità degli *smart contarcts*, Sklaroff, J.M., "Smart Contracts and the Cost of Inflexibility", *University of Pennsylvania Law Review*, 2017, Vol. 166, pp. 279 ss.; Giancaspro, M.: "Is a 'Smart Contract' Really a Smart Idea?", *Computer Law & Security Review*, 2017, pp. 830 ss.

38 Buonanno, L.: "La responsabilità civile nell'era delle nuove tecnologie: l'influenza della blockchain", *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1418.

39 Buonanno, L.: ult. op. cit.

40 In tema, v. Gambino, A.M., Bomprezzi, C.: "Blockchain e protezione dei dati personali", *Dir. informazione e informatica*, 2019, pp. 619 ss.; Belen-Saglam, R., Altuncu, E., Lu, Y., Li, S.: "A systematic literature review of the tension between the GDPR and public blockchain systems", *Blockchain: Research and* Applications, 2023, https://doi.org/10.1016/j.bcra.2023.100129.

III. I NON FUNGIBLE TOKENS: NATURA GIURIDICA

Come detto, un NFT si sostanzia in una serie di dati crittografati registrati su una blockchain, cui è associato un certificato di autenticità.

Sono stati individuati diversi tipi di NFTs, come ad esempio gli asset tokens, che conferiscono un diritto specifico su un bene materiale o immateriale; gli utility tokens, che garantiscono un diritto di accesso esclusivo a beni o servizi su una determinata piattaforma blockchain; i security token[41], che rappresentano la proprietà di un complesso di assets e conferiscono ai titolari diritti equiparabili a quelli degli strumenti finanziari[42]. Possono, pertanto, esserci diverse tipologie di token che assolvono a funzioni diverse.

I Non fungible tokens garantiscono l'autenticità del file multimediale, che altrimenti, per sua natura sarebbe riproducibile all'infinito. Nel caso di un disegno digitale, ciò che conferisce allo stesso valore unico è il codice identificativo registrato sulla blockchain, cui è associato uno smart contract, contenente le informazioni relative alla paternità dell'opera, al pagamento di royalties all'autore. La circolazione di un non fungible token su blockchain, per le caratteristiche di questa tecnologia, avviene in maniera trasparente e resta, dunque, traccia di qualsiasi passaggio di proprietà. I Non fungible tokens hanno dato vita ad un nuovo mercato nel mondo digitale, sollevando diverse riflessioni da un punto di vista giuridico.

Le problematiche giuridiche connesse a tale tipo di assets sono molteplici e riguardano innanzitutto l'individuazione della loro natura giuridica[43]. Parte della dottrina statunitense qualifica l'nft come una digital personal property[44], affermando la necessità di trattare i non fungible tokens come full personal properties, con la seguente applicabilità della disciplina della vendita delle personal properties, in modo da distinguere in maniera netta la situazione giuridica relativa agli Nfts da quella relativa alle licenze connesse alla proprietà intellettuale. Infatti, secondo tale tesi, la disciplina della proprietà si attaglia meglio al modo in cui i non fungible tokens vengono utilizzati, potendo il proprietario goderne e disporne senza alcuna

41 In arg., De Luca, N.: "Documentazione crittografica e circolazione della ricchezza assente", *Riv. dir. civ.*, 2020, pp. 101 ss.

42 *EuBlockchain Observatory and forum* Report, 2021, p. 2, in *eublockchainforum.eu*.

43 Carrière, P.: "La cripto-arte e i non fungible tokens (NFTs): tentativi di inquadramento giuridico", *dirittobancario.it*, 2021; Damiani, E.:, "Cripto-arte e non fungible tokens: i problemi del civilista", *Rassegna di diritto della moda* e *delle arti*, 8 agosto 2022. In generale, sulla natura dei crypto asset, v. Giuliano, M.: "Le risorse digitali nel paradigma dell'art. 810 cod. civ. ai tempi della blockchain. Parte prima", *Nuova giur. civ. comm*., 2021, pp. 1214 ss.; e Id., "Le risorse digitali nel paradigma dell'art. 810 cod. civ. ai tempi della blockchain. Parte seconda", *Nuova giur. civ. comm*., 2021, pp. 1456 ss.

44 Reis, S.: "Toward a Digital transfer doctrine? The first sale doctrine in the digital era", *Northwestern University Law Review*, 2015, pp. 173 ss.; Fairfield, M.J.: "The law of non fungible tokens and unique digital property", *Indiana law journal*, 7 aprile 2021.

interferenza esterna. Ciò si porrebbe in contrasto con il modello di licenza online della proprietà intellettuale dove il titolare dei diritti di proprietà intellettuale su un'opera ha il potere di decidere in che modo possa essere utilizzata o venduta la copia.

Tale impostazione è condivisa ad esempio dalla pronuncia della High Court del Regno Unito nel caso Osbourne v. Persons Unknown e Ozone Inc. (Opensea), che ha stabilito che i non fungible tokens "are to be treated as property as a matter of English law"[45]. La questione origina dal furto di due Nfts dal crypto wallet della ricorrente che ha dunque richiesto al giudice di "congelare" i cryptoasset sottratti e di intimare alla piattaforma gestita da Ozone Network, ossia Opensea – nota piattaforma di scambio di Nfts – di fornire le informazioni utili ad identificare gli account che controllano i wallet in cui gli Nfts rubati erano stati trasferiti[46]. La Corte ha rilevato che i non fungible token, come deciso in altri casi riguardanti frodi relative a criptovalute, vanno considerati come localizzati presso il domicilio del proprietario, e dunque in Inghilterra, in quanto vanno considerati "as property". È, inoltre, interessante evidenziare come la Corte abbia statuito che il risarcimento del danno non sarebbe stato un rimedio adeguato, data la particolare natura dei non fungible tokens "which have a particular, personal and unique value to the claimant which extends beyond their mere Fiat currency value" e che sia pertanto opportuno concedere l'ingiunzione, onde evitare il rischio che i crypto assets vengano trasferiti "through multiple different accounts at great speed, and in a way which will make it practically either very difficult, or possibly even impossible, for the claimant to trace and retrieve her assets".

Parte della dottrina ha, tuttavia, evidenziato come la qualifica dei non fungible tokens come beni ex art. 810 c.c. [47] lascerebbe comunque impregiudicata la questione relativa alla situazione di appartenenza, in quanto della proprietà sarebbe inapplicabile la disciplina della doppia alienazione e del possesso vale titolo, oltre al fatto che per la circolazione di tali beni varrebbe un particolare "regime

45 Osbourne v Persons Unknown & Anor [2022] EWHC 1021 (Comm), reperibile su https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2022/1021.html. Nello stesso senso si è pronunciata la Corte di Singapone nel caso Janesh s/o Rajkumar v Unknown Person [2022] SGHC 264.

46 Riguardo a tale questione nel provvedimento si afferma che "Ozone has no presence in the English jurisdiction, and therefore the ability of the Court to enforce any order it makes against Ozone is, by definition, a limited one, and the Court will decline to make orders which are, by their nature, futile".

47 In tema, Perlingieri, P.: *Introduzione alla problematica della proprietà*, Esi, Napoli, 1971, pp. 37 ss.; Zeno Zencovich, V.: "Cosa", in *Dig. Disc. priv., sez. civ.*, IV, UTET, Torino, 1989, p. 438; De Nova, G., Inzitari, B., Tremonti, G., Visintini, G.: *Dalle res alle new properties*, Giuffrè, Milano, 1991; Zoppini, A.: "Le "nuove proprietà" nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni), *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 191; Clarizia, O.: "Il diritto di proprietà dal codice civile alle nuove forme di appartenenza", in *Scritti in onore di Marco Comporti*, (a cura di S. Pagliantini – E. Quadri – D. Sinesio), Giuffrè, Milano, 2008, p. 787; Mattei, U.: "Proprietà (nuove forme di)", *Enc. del dir.*, Annali, V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1118; Resta, G.: *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, Torino, 2010; Piraino, F.: "Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato", *Riv. crit. dir. priv.,* 2012, p. 470. V. anche Camardi, C.: "Proprietà, appartenenza e processo di oggettivazione dei beni. Suggestioni a partire dalla «Introduzione alla problematica della proprietà» di Pietro Perlingieri", in *A 50 anni dalla «Introduzione alla problematica della proprietà»*, (a cura di G. Carapezza Figlia, G. Frezza, P. Virgadamo), Napoli, 2021, pp. 63 ss.

di pubblicità dichiarativa di soft law, essendo necessario che ogni passaggio risulti tramite Blockchain'"[48].

Secondo una diversa tesi i non fungible tokens sarebbero qualificabili come titoli di credito atipici, riconducibili ai documenti di legittimazione che servono ad identificare l'avente diritto alla prestazione, essendosi il vincolo contrattuale formato in atto separato. Secondo tale ricostruzione, più specificamente, un nft non incorpora il contenuto digitale che viene trasferito tra le parti, ma rappresenta solo una sequenza informatica sottoposta a un processo di hashing ed alcune proprietà algoritmiche del token. Questo certificato è poi connesso in modo univoco mediante un link ad un sito off chain dove viene conservato il prodotto digitale oggetto della transazione; inoltre lo smart contract si limita a dare esecuzione alle previsioni contrattuali disciplinate dalle parti in separati contratti stipulati in linguaggio naturale e dunque l'nft non incorporerebbe alcun diritto, ma si tradurrebbe in un titolo abilitativo che consente l'accesso al contenuto digitale. Tale impostazione riconduce pertanto l'nft ad una sorta di "chiave digitale" che consente di accedere alla «camera di albergo prenotata sulla base di un contratto stipulato in linguaggio naturale con il gestore della struttura ricettiva», permettendo a chi viene identificato come avente diritto alla prestazione di fruire del contenuto digitale.

Altra impostazione qualifica i non fungible token come prodotti finanziari, con la conseguente applicabilità della disciplina contenuta nel Dlgs. n. 58/1998 (T.U.F.)[49].

L'individuazione della natura giuridica dei non fungible tokens non è questione semplice, soprattutto in considerazione della possibilità di individuare diverse tipologie di token che assolvono a funzioni diverse e richiedono pertanto un approccio caso per caso, suggerito peraltro dall'Unione Europea, al fine di individuare la disciplina più adatta alla tutela degli interessi coinvolti. Se, infatti, per alcuni tipi di Nfts non sembra eccessivamente complessa la qualificazione come digital properties, altri Nfts rendono questo inquadramento più arduo. Si pensi all'utilizzo di Nfts per la notifica di atti giudiziari, consentito da alcune corti degli Stati Uniti e del Regno Unito.

IV. NFTS E SUCCESSIONE NEL PATRIMONIO DIGITALE

La questione della natura giuridica dei non fungible tokens diviene rilevante anche con riguardo alla trasmissibilità mortis causa di questi assets. In generale,

48 Damiani, E.:, "Cripto-arte e non fungible tokens: i problemi del civilista", cit.

49 Carrière, P.: "La cripto-arte e i non fungible tokens (NFTs): tentativi di inquadramento giuridico", cit.

la successione mortis causa del patrimonio digitale è questione complessa[50], che porta con sé la necessità di coordinare le tradizionali disposizioni in tema di successioni non solo con la particolare natura di certi beni digitali, nei quali rientrano una pluralità di fattispecie molto diverse tra loro, accomunate dalla caratteristica dell'immaterialità, ma anche con la tutela dei dati personali e della privacy del de cuius[51]. Si impone innanzitutto una preliminare riflessione sul contenuto del testamento, mettendo da parte l'idea che esso debba essere un atto a contenuto esclusivamente patrimoniale e che il contenuto atipico possa essere solo quello normativamente previsto[52]; il che mal si attaglierebbe con l'attuale sistema valoriale dell'ordinamento giuridico e con l'attuazione degli interessi della persona. È quindi indubbio che nel testamento un soggetto possa prevedere la successione nel suo patrimonio digitale, che sia o meno a contenuto patrimoniale; il problema riguarda le concrete modalità di trasmissione di un tale patrimonio. Parte della dottrina ritiene opportuno distinguere tra beni digitali personali[53], che assumono cioè un valore morale, affettivo, come ad esempio le e-mail o le

50 Zoppini, A.: "Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)", *Riv. dir. civ*., 2000, pp. 185 ss.; Martino, M.: "Le «nuove proprietà»", in *Trattato delle successioni e donazioni*, "diretto da G. Bonilini), I, Milano 2009, pp. 355 ss.; Corapi, D.: "Successione. La trasmissione ereditaria delle c.d. «nuove proprietà»", *Fam., pers. succ.,* 2011, p. 379 ss.; Cinque, M.: "La successione nel «patrimonio digitale»: prime considerazioni", *Nuova giur. civ. comm*., 2012, pp. 645 ss.; Ead., "L'«eredità digitale» alla prova delle riforme", *Riv. dir. civ.,* 2020, pp. 72 ss.; Zeno-Zencovich, V.: "La successione nei dati personali e nei beni digitali", *Riv. giur. sarda*, 2014, pp. 448 ss.; Resta, G.: "La «morte digitale»", in Id., *Dignità, persone, mercati*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 375 ss.; Id.: "La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali", *Contr. e impr.,* 2019, pp. 85 ss.; Lorenzo, L.: "Il legato di password", *Notariato*, 2014, pp. 147 ss.; Id., "L'eredità digitale", *Notariato*, 2021, pp. 138 ss.; Magnani, A.: "L'eredità digitale", *Notariato*, 2014, pp. 519 ss. e Id.: "Il patrimonio digitale e la sua devoluzione ereditaria, *Vita not*., 2019, pp. 1281 ss.; De Plano, S.: "La successione a causa di morte nel patrimonio digitale", *Internet e diritto civile*, (a cura di C. Perlingieri e L. Ruggieri), Napoli 2015, pp. 427 ss.; Camardi, C.: "L'eredità digitale. Tra reale e virtuale", *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2018, pp. 65 ss.; Marino, D.: "La successione digitale", *Osserv. dir. civ. comm*., 2018, pp. 165 ss.; Nardi, S.: "Volontà oltre la morte e rapporto contrattuale", Napoli, 2019, pp. 77 ss.; Id.: "Successione digitale e successione nel patrimonio digitale", in *Le successioni*, (a cura di E. del Prato), Zanichelli, Bologna, 2020, pp. 592 ss.; Patti, F.P. e Bartolini, F.: "Digital Inheritance and Post Mortem Data Protection: The Italian Reform", *European Review of Private Law*, 2019, pp. 1181 ss.; Mastroberardino, F.: *Il patrimonio digitale*, Esi, Napoli, 2019, pp. 169 ss.; Maspes, I: "Successione digitale, trasmissione dell'account e condizioni generali di contratto predisposte dagli Internet Services Providers, *Contratti*, 2020, pp. 583 ss.; Spatuzzi, A.: "Patrimoni digitali e vicenda successoria", *Notariato*, 2020, pp. 402 ss.; Vesto, A.: *Successione digitale e circolazione dei beni online. Note in tema di eredità digitale*, Esi, Napoli, 2020; D'Arminio Manforte, A.: *La successione nel patrimonio digitale*, Pacini editore, Pisa, 2020; De Rosa, R.E. : "Trasmissibilità mortis causa del patrimonio digitale, *Notariato*, 2021, pp. 495 ss.; Pinto, F.: "Sulla trasmissibilità mortis causa delle situazioni giuridiche soggettive digitali", *Riv. not.,* 2021, p p. 701 ss. V. anche Bechini, U.: "Password, credenziali e successione mortis causa", *Studio n. 6-2007/IG* approvato dalla Commissione Studi di Informatica Giuridica del Consiglio Nazionale del Notariato l'11 maggio 2007 reperibile in *http://ca.notariato. it/ approfondimenti/6-07-IG.pdf.*

51 Trolli, F.: "La successione mortis causa nei dati personali del defunto e i limiti al loro trattamento", *Jus civile,* 2019, pp. 313 ss.; Mollo, A.A.: "Il diritto alla protezione dei dati personali quale limite alla successione mortis causa", *Jus civile*, 2020, pp. 430 ss.

52 In arg., Giampiccolo, G.: *Il contenuto atipico del testamento*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 12; Cicu, A.: *Il testamento*, Giuffrè, Milano, 1942, p. 13; Barassi, L.: *Le successioni per causa di morte*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 303; Gangi, C.: *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Giuffrè, Milano, 1962, p. 27; Cuffaro, V. "sub art. 587", in *Delle successioni*, (a cura di V. Cuffaro e F. Delfini) in *Commentario del codice civile*, II, (diretto da E. Gabrielli), UTET, Torino, 2010, p. 168; Barba, V.: "Interessi post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà", *Riv. dir. civ*., 2017, p. 340; Damiani, E.: "Il contenuto atipico del testamento", in *Le successioni* (a cura di E. del Prato), Zanichelli, Bologna, 2020, pp. 339 ss.

53 Mastroberardino, F., *Il patrimonio digitale*, cit., pp. 126 ss. Spatuzzi, A.: "Patrimoni digitali e vicenda successoria", *Notariato*, 2020, p. 402.

fotografie, le annotazioni di idee e pensieri personali, e beni digitali patrimoniali, caratterizzati per il loro valore economico, come, ad esempio, un portafoglio di bitcoin o un'opera di crypto-art NFT o un item di crypto-fashion. Altri autori ritengono tale distinzione prospettabile solo in astratto, in quanto, in concreto, un bene digitale può rientrare contemporaneamente in entrambe le categorie[54]. Si distingue, inoltre, tra beni digitali online, esistenti solo nella rete, e beni offline, cioè fissati su supporti fisici (una hard disk, una pennetta). Questi ultimi non pongono, invero, particolari problematiche, potendo il contenuto del supporto essere liberamente trasmesso mortis causa. Più complessa è, invece, la questione della trasmissione dei beni digitali online, sia che si tratti di beni c.d. personali, sia che si tratti di criptovalute o NFTs. In entrambi i casi vengono in rilievo anche i contratti di servizio con i providers (social networks, altre piattaforme)[55], oltre che questioni legate alla tutela dei dati personali. Un esempio è costituito dal noto caso affrontato dalla Probate Court della Oakland County del Michigan, la quale ha ordinato al provider Yahoo di consegnare ai genitori di un marine scomparso in Iraq la corrispondenza presente nella casella elettronica dello stesso. E ciò nonostante le condizioni generali d'uso di Yahoo prevedessero, in caso di morte del titolare, la soppressione dell'account mail, con la cancellazione del suo contenuto. Le piattaforme hanno tentato di arginare il problema prevedendo nelle clausole contrattuali la possibilità per il titolare di decidere cosa accadrà al proprio account dopo la sua morte. Ad esempio Facebook permette all'utente di decidere se far eliminare l'account in modo permanente o nominare un contatto erede che gestisca l'account in modalità commemorativa[56]. In tale ultimo caso il contatto erede, cui Facebook fornisce però credenziali diverse da quelle originali per accedere all'account commemorativo, potrà compiere solo una serie di azioni (scrivere un post, rispondere a nuove richieste di amicizia, aggiornare l'immagine del profilo), ma non potrà accedere all'account originale del soggetto venuto a mancare, né tantomeno leggere i messaggi su messenger. A tal riguardo sono interessanti due casi giurisprudenziali, uno affrontato in Germania nel luglio 2018[57], l'altro deciso dal Tribunale di Milano nel 2021[58]. Il primo caso aveva ad

54 Resta, G.: "La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali", cit., pp. 85 ss.

55 In arg., v. Perlingieri C.: *Profili civilistici dei social network*, cit., pp. 36 ss.

56 In arg., Barba, V.: "Interessi post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà", cit., pp. 341 ss. Nardi, S.: *Successione digitale e successione nel patrimonio digitale*, cit., p. 597.

57 BGH, 12 luglio 2018, III ZR 183/17, *Nuova giur. civ. comm.,* 2019, pp. 691 ss., con nota di Mattera, R.: "La successione nell'account digitale. Il caso tedesco". In arg. Delle Monache, S.: "Successione mortis causa e patrimonio digitale", *Nuova giur. civ. comm.,* 2020, p. 461.

58 Trib. Milano, 10 febbraio 2021, *Fam. dir.,* 2021, p. 622, con nota di Mastroberardino, F.: "L'accesso agli account informatici degli utenti defunti: una prima, parziale, tutela. V. anche Putorti, V.: "Patrimonio digitale e successione mortis causa", *Giust. civ.*, 2021, pp. 186 ss.; Vigorito, A.: "La "persistenza" postmortale dei diritti sui dati personali: il caso Apple", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021, pp. 27 ss.; Bonetti, S.: "Dati personali e tutela post mortem nel novellato codice privacy: prime applicazioni, *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, pp. 557 ss.; Resta, G.: "L'accesso post mortem ai dati personali: il caso Apple, *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, pp. 678 ss.; Maniaci, A. - D'Arminio Monforte, A.: "La prima decisione italiana in tema di "eredità digitale": quale tutela post mortem dei dati personali?", *Corr. Giur.,* 2021, pp. 661 ss.; Maspes, I.: "Morte "digitale" e persistenza dei diritti oltre la vita della persona fisica", *Giur. it.,* 2021, pp. 1601 ss.

oggetto la richiesta da parte dei genitori di una ragazza, deceduta in un tragico incidente nella metropolitana di Berlino, di accedere al profilo Facebook della figlia. L'account in questione era, tuttavia, già stato reso commemorativo e, pertanto, secondo quanto sostenuto dal social, non più accessibile. Facebook affermava inoltre l'intrasmissibilità *mortis causa* dell'account, oltre alla non divulgabilità a terzi dei dati conservati nel profilo dell'utente in base alla normativa sul trattamento dei dati personali. La richiesta dei genitori della ragazza, accolta nel giudizio di prime cure, era stata però rigettata in secondo grado. Il giudizio viene di nuovo ribaltato dalla Corte di Giustizia Federale tedesca che ha affermato che gli eredi del titolare dell'account hanno diritto di accedere all'account stesso, in quanto essi subentrano automaticamente nella posizione del soggetto deceduto in tutti gli aspetti ad essa connessi, compreso, dunque, il contratto stipulato dal soggetto deceduto con il social network; contratto che non può definirsi strettamente personale. Secondo la Corte, peraltro, tale soluzione non sarebbe nemmeno in conflitto con il Regolamento UE n. 679/2016 (c.d. GDPR General Data Protection Regulation). Tale prospettiva in effetti potrebbe ritenersi applicabile nel caso in cui il soggetto nulla abbia disposto in relazione alla sorte del proprio patrimonio digitale. Il caso affrontato dal Tribunale di Milano riguardava un ricorso contro Apple, a cui i genitori di un ragazzo deceduto avevano chiesto di poter accedere ai dati contenuti nell'Iphone dello stesso per recuperare le foto, i video e le note personali, dove appuntava le sue ricette, al fine di farne una raccolta in memoria del figlio. Apple aveva negato l'accesso e richiesto una serie specifiche autorizzazioni previste dalla normativa statunitense, l'Elettronic Communications Privacy Act, come ad esempio un ordine del Tribunale che specificasse che il defunto fosse proprietario di tutti gli account associati all' Id Apple, che i familiari fossero amministratori o rappresentanti legali del de cuius, in modo che vi fosse un consenso legittimo all'accesso al cloud secondo la definizione data dalla normativa statunitense. Ora, occorre precisare che nel nostro ordinamento, la questione della successione del patrimonio digitale trova spazio, a livello normativo, solo all'interno del d.lgs. n. 196/2003 all'art. 2-terdecies relativo alla tutela dei dati personali delle persone decedute, inserito dal dlgs. 10 agosto 2018, n. 101[59], che adeguato la normativa nazionale alle disposizione del GDPR. L'articolo prevede, infatti, che i diritti di cui agli artt. 15-22 del Regolamento sui dati personali, riferiti ai dati personali concernenti persone decedute, «possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario o per ragioni familiari meritevoli di protezione». Tuttavia, l'esercizio di tali diritti può essere espressamente vietato dall'interessato con dichiarazione scritta, sempre revocabile, presentata al titolare del trattamento. Nel caso di cui trattasi, il Tribunale di Milano, facendo riferimento sia al GDPR, sia al menzionato art. 2-*terdecies*, accoglie il ricorso affermando che, in mancanza di una volontà

59 In arg. Cuffaro, V.: "Quel che resta di un codice: il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 detta le disposizioni di adeguamento del codice della privacy al regolamento sulla protezione dei dati", *Corr. giur.*, 2018, pp. 1181 ss.

contraria del figlio, espressa nelle forme di legge, l'interesse dei genitori di vedere foto e video e raccogliere le sue ricette per farne una raccolta che ne tenga viva la memoria, rientra a pieno titolo tra le «ragioni familiari meritevoli di protezione» che secondo la normativa italiana consentono l'acceso dei superstiti ai dati personali del defunto. Peraltro, si afferma che una ragione familiare meritevole di protezione non può essere subordinata alla previsione di requisiti, quali quelli richiesti da Apple, che introducono condizioni diverse da quelle indicate dal legislatore italiano e che fanno riferimento ad istituti di un ordinamento giuridico diverso dall'ordinamento dinanzi al quale il diritto è azionato.

Quanto alla trasmissibilità delle criptovalute e degli NFT, va osservato che anche in questo caso sono essenziali le credenziali di accesso al wallet. L'account, peraltro, implica una relazione contrattuale tra il fornitore del servizio online e l'utente, in forza della quale quest'ultimo può usufruire di un servizio e di un ambiente virtuale, il cui utilizzo è regolato dal contratto con l'utente. Le credenziali di accesso sono pertanto essenziali, in quanto sono il mezzo attraverso cui si accede ai beni digitali. Con riguardo agli NFTs, si pensi al caso in cui un soggetto non pianifichi la consegna delle chiavi d'accesso ad opere di cryptoart o proprietà nel metaverso ai propri eredi. In questo caso, l'erede non potrebbe accedere a questi beni. Ma occorre chiedersi in che modo in concreto un soggetto possa pianificare la successione mortis causa di un nft o del portafoglio bitcoin, anche in considerazione della necessaria permanenza della segretezza delle chiavi d'accesso. In generale, parte della dottrina ritiene che la disposizione con cui un soggetto dispone delle credenziali di un account digitale per trasmetterne il contenuto sia qualificabile come un legato di specie a contenuto atipico: il c.d. legato di password[60]. Mentre la sola messa a disposizione delle credenziali per la gestione del proprio account configurerebbe un mandato post mortem, con cui si affida al soggetto designato di compiere determinati atti. La disposizione a titolo particolare che abbia ad oggetto le credenziali di accesso non importerebbe, infatti, alcun arricchimento del beneficiario, ma solo l'accesso ad un account per la gestione di determinati dati. Ma così non è ad esempio in caso di un account che generi profitti. In quel caso, come nel caso del portafoglio bitcoin, si attribuiscono al soggetto i profitti o il bene legato all'account. In questo caso potrebbe configurarsi una disposizione a titolo di legato nella quale l'oggetto del legato è costituito da un oggetto immediato (la password) ed un oggetto mediato (il contenuto cui la password dà accesso)[61]. Si è osservato inoltre che questo tipo di legato può essere considerato come una fattispecie di relatio, costituendo le credenziali solo un criterio per l'individuazione

60 Di Lorenzo, L.: "Il legato di password", *Notariato*, 2014, p. 144; Delle Monache, S.: "Successione mortis causa e patrimonio digitale", cit., p. 461, il quale ritiene concepibile il legato di password solo nel caso in cui la messa a disposizione della password faccia riferimento a beni di natura patrimoniale e sia, dunque, rappresentativa del trasferimento del bene. In arg. v. anche Bechini, U.: "Password, credenziali e successione mortis causa", *Studio n. 6-2007/IG* approvato dalla Commissione Studi di Informatica Giuridica del Consiglio Nazionale del Notariato l'11 maggio 2007 reperibile in *http://ca.notariato.it/approfondimenti/6-07-IG.pdf.*

61 Di Lorenzo, L.: *Il legato di password*, cit., p. 144.

dell'oggetto del legato. E allora si potrebbe ipotizzare che chi voglia trasferire al proprio erede un NFT inserisca questa previsione nel testamento, indicando le credenziali di accesso in un documento a parte sigillato e custodito da altro soggetto incaricato, il quale si obbligherà a consegnarle all'erede indicato nella scheda testamentaria. Occorre chiedersi inoltre cosa accadrebbe nel caso in cui un soggetto programmi uno smart contracts in cui stabilisca che al momento della sua morte un certo NFT venga trasferito automaticamente ad altri. In un caso del genere, ove fosse necessario recuperare il bene, si porrebbero tutti i problemi già evidenziati relativi alla rigidità degli smart contracts e alle caratteristiche proprie della blockchain technology[62].

V. NFTS, TUTELE E RESPONSABILITÀ. PROPRIETÀ INTELLETTUALE E METAVERSO.

Seppur in circolazione già dal 2014, è a partire dal 2021 che i non fungible tokens si sono imposti sul mercato, dando nuova linfa al settore artistico-creativo. Tra le varie questioni poste dagli NFTs, una delle più interessanti riguarda le tutele prospettabili in caso di violazione della proprietà intellettuale[63]. Si pensi all'ipotesi di "tokenizzazione" non autorizzata di un'opera[64]. A tal riguardo vengono in rilievo i casi "Quentin Tarantino contro Miramax" e "Hermès contro Metabirkin". Il primo trae origine dalla vendita, da parte di Tarantino, di una serie di NFTs con scene tagliate e contenuti esclusivi del film Pulp Fiction[65], a seguito della quale la casa di produzione del film, Miramax, ha citato in giudizio il regista davanti alla United States District Court – Central District of California per breach of contract, copyright infringement, trademark infringement e unfair competition[66].

62 La successione nei beni digitali impone peraltro anche un'altra riflessione: quella della validità di un testamento redatto su supporti informatici. Recentemente è stata lanciata una piattaforma in grado di "mintizzare" un testamento olografo. In tal caso il documento valido sarà solo quello originale, mentre quello su blockchain potrebbe al massimo costituire una prova in caso di successive sospette alterazioni; sempre considerando che un testamento successivo priverebbe di rilevanza la registrazione in blockchain.

63 In tema di NFT e proprietà intellettuale, Liberanome, P.: "Criptoarte e nuove sfide alla tutela dei diritti autorali", cit., pp. 93 ss.; Muciaccia, N.: "Prime riflessioni sul rapporto tra NFT e proprietà intellettuale", cit., pp. 839 ss. V. anche, Caglayan Aksoy, P., Ozkan Under, Z.: "NFT e copyright: challenges and opportunities", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2021, 16,10, pp. 1115 ss.; Garcia Teruel, M.R., Simon-Moreno, H.: "The digital tokenization of property rights. A comparative perspective", *Computer Law and Security Review*, 41, 2021, p. 4 ss.

64 In tema di opera e creazione intellettuale, v. Ascarelli, T.: *Lezioni di diritto commerciale. Introduzione*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 206 ss.; Id., "Teoria della concorrenza e interesse del consumatore", in *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 35 ss.; Oppo, G.: "Creazione ed esclusiva nel diritto industriale", *Riv. dir. comm*., 1964, pp. 341 ss.; Ferri, G.: "Creazioni intellettuali e beni immateriali", in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 288 ss. Più recentemente, Fusar Poli, E.: "Forme giuridiche dell'immateriale. Creazioni dell'intelletto e vis poietica del diritto", in *Il diritto come forza. La forza del diritto*, (a cura di A. Sciumé), Giappichelli, Torino, 2012, pp. 111 ss.; Stella Richter Jr., M.: "Tullio Ascarelli e i beni immateriali", in "*Afferrare...l'inafferrabile". I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra Otto e Novecento*, (a cura di A. Sciumé, E. Fusar Poli), Giuffrè, Milano, 2013, pp. 53 ss.

65 Dieli, E.:, "Tarantino v. Miramax: The rise of NFTS and their copyright implications", *Boston College Intellectual Property & Technology Forum*, 27 giugno 2022.

66 Come risulta dal Complaint Miramax, LLC v. Tarantino, Case No. 2:21-cv-08979 2021 (Nov. 16, 2021).

Secondo Miramax, Tarantino, avendo ceduto i diritti relativi al film alla casa di produzione, non avrebbe potuto creare e vendere NFTs. Ad avviso del regista, d'altro canto, la vendita di non fungible tokens rientrava a pieno titolo tra i diritti che, in base allo stesso contratto, aveva mantenuto sul film, tra i quali la possibilità di effettuare alcune pubblicazioni in tema. Miramax, tuttavia, escludeva che gli NFTs potessero rientrare nel concetto di "screenplay pubblications" e dunque che fossero al di fuori dei "reserved rights" del regista. La vicenda si è poi conclusa con un accordo tra le due parti. Il secondo caso riguarda invece la vendita delle "Metabirkin" ossia delle borse digitali, ispirate al modello Birkin di Hermès, create da Mason Rothschild e vendute come NFTs. La nota casa di moda ha chiamato in giudizio davanti alla District Court di New York il creatore delle Metabirkin per violazione del marchio, seppur sul sito di Rothschild sia presente un disclaimer in cui si afferma che in alcun modo le metabirkin sono associate ad Hermès[67]. D'altra parte, Rothschild ha proposto una motion to dismiss, rigettata dalla District Court di New York[68], in cui affermava di poter utilizzare il termine "Metabirkin" in base a quanto deciso nel caso Rogers v. Grimaldi del 1989, secondo il quale l'utilizzo del nome di un famoso marchio connesso ad un'opera d'arte non costituisce violazione del marchio, in base al primo emendamento, ove il nome non induca in errore riguardo all'associazione con il marchio stesso. Secondo Rotschild le Metabirkin costituiscono un'opera d'arte autonoma, comparabile ai dipinti delle zuppe Campbell di Andy Warhol, e la loro associazione con il marchio Birkin non poteva indurre in errore nessuno.

Sulla protezione del marchio nel metaverso si è espresso anche il Tribunale di Roma con l'ordinanza del 20 luglio 2022[69], che rappresenta la prima decisione a livello europeo in tema di NFTs. Nel caso di specie, la Juventus Football Club s.p.a., quale titolare dei marchi denominativi JUVE e JUVENTUS e del marchio figurativo costituito dalla divisa della squadra, richiedeva al Tribunale di inibire l'ulteriore produzione e commercializzazione non autorizzata delle Cards NFT raffiguranti la fotografia di un ex giocatore con indosso la maglia della Juventus, operata da un'altra società. La questione principale riguarda, dunque, l'estensione agli NFTs delle classiche tutele del marchio.

Il Tribunale di Roma evidenzia che la registrazione dei marchi inerisce anche a "pubblicazioni elettroniche scaricabili" e che la stessa società calcistica ha avviato un mercato nel settore dei crypto game e dei non fungible tokens. Ne conseguen

67 Sul sito dedicato può infatti leggersi "We are not affiliated, associated, authorized, endorsed by, or in any way officially connected with the HERMES, or any of its subsidiaries or its affiliates. The official HERMES website can be found at https://www.hermes.com/.".

68 District Court New York, 22-CV-384 (JSR) 18 maggio 2022. V. anche District Court New York Case 1:22-cv-00384-JSR, 30 settembre 2022.

69 Trib. Roma, 20 luglio 2022, *Dir. & Giust.,* fasc. 197, p. 5, con nota di Iaia, V.: "La tutela del marchio Juventus si spinge nel metaverso".

dunque che la creazione e commercializzazione delle Cards comporta una contraffazione dei marchi della Juventus Football Club, concretizzando il rischio di confusione determinato dalla identità dei segni utilizzati. Secondo il Tribunale, inoltre, operando la società calcistica nel settore NFT, la commercializzazione delle Cards NFTs costituisce un'ipotesi di concorrenza sleale in conseguenza dell'uso non autorizzato di marchi altrui e dell'appropriazione dei pregi collegati ai marchi utilizzati e un pericolo di danno sia in relazione alla possibile volgarizzazione del marchio che in relazione alla lesione dei diritti di sfruttamento del marchio stesso, "provocando un danno con obbiettive difficoltà di quantificazione".

Sembra pertanto opportuno affermare l'estensione ai non fungible tokens delle tutele del marchio e della proprietà intellettuale, ben potendo un artista che veda riprodotta una propria opera in NFT senza autorizzazione chiamare in giudizio colui che ha operato la mintizzazione non autorizzata. Più complessa appare, invece, la questione, che pure emerge dal caso Metabirkin, relativa alla tutelabilità del non fungible token come un'opera d'arte autonoma.

In tema di NFT e settore artistico occorre, peraltro, evidenziare che questi, in linea teorica, dovrebbero superare i tradizionali problemi in relazione alla certificazione dell'autenticità e provenienza dell'opera[70], date le caratteristiche della blockchain sopra delineate, utili a garantire la trasparenza[71]. A patto però, come detto, che l'informazione iniziale registrata su blockchain corrisponda a verità, in quanto tali tecnologie si limitano a registrare quanto inserito, non a certificarne la veridicità.

Si potrebbe, inoltre, porre il caso in cui un soggetto acquisti un'opera di crypto art, ma in realtà, successivamente al pagamento, riceva esclusivamente un file jpeg non NFT o un NFT diverso da quello che si intendeva acquistare. In applicazione delle norme in tema di vendita, l'acquirente potrebbe invocare la risoluzione del contratto e la restituzione del prezzo per vendita di aliud pro alio, oltre al risarcimento del danno. La difficoltà potrebbe stare, tuttavia, nell'individuazione del soggetto alienante, data la pseudonimicità della blockchain. A quel punto,

70 In tema, Frezza, G.: "Opere d'arte e diritto all'autenticazione", in *Dir. fam. pers*., 2011, p. 1734 ss; Id., *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, Esi, Napoli, 2019, pp. 11 ss.; Donati, A.: "Autenticità, Authenticité, Authenticity dell'opera d'arte. Diritto, mercato, prassi virtuose", *Riv. dir. civ.,* 2015, p. 987 ss.; Cherti, S.: "L'acquisto di arte moderna e contemporanea", *Rass. dir. civ.,* 2015, pp. 50 ss.; Mastropietro, B.: "Mercato dell'arte e autenticità dell'opera: un "quadro" a tinte fosche?", *Rass. dir. civ*., 2017, pp. 556 ss.; Virgadamo, P.: "La protezione giuridica dell'opera d'arte ai confini del diritto d'autore (e oltre): dalla logica mercantile all'assiologia ordinamentale", *Dir. fam. pers*., 2018, pp. 1478 ss.; Guardamagna, M.F.: "L'azione di accertamento giudiziale dell'autenticità di un'opera. I recenti sviluppi giurisprudenziali", *Dir. fam. pers*., 2018, pp. 1588 ss.; Barenghi, A.: "L'attribuzione di opere d'arte. Vero o falso?", *Corr. Giur.,* 2019, pp. 1093 ss.; Damiani, E.: "Questioni in tema di diritto della circolazione delle opere d'arte: i casi de Chirico", *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, 2020, pp. 93 ss.

71 Con riguardo al tema NFT, moda e contraffazione, con riferimento alla legislazione statunitense, Yanisky Ravid, S., Monroy, G.: "When blockchain meets fashion design: can smart contracts cure intellectual property protection deficiency?", in *ssrn.com*, aprile 2020.

l'acquirente potrebbe chiamare in causa la piattaforma ove sono stati messi in vendita gli NFTs per l'individuazione del soggetto venditore, come accaduto nel caso degli NFTs rubati esaminato dalla Corte del Regno Unito.

BIBLIOGRAFIA

Aa.Vv., *Il* diritto *all'oblio (Atti del convegno di studi del 17 maggio 1997),* (a cura di E. Gabrielli), Esi, Napoli, 1999.

Aa.Vv.: *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679* e *la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia* e *Spagna*, (a cura di A. Mantelero e D. Poletti), Pisa University Press, Pisa, 2018, pp. 9 ss.

Amato, C.: "La computerizzazione del contratto (Smart, data oriented, computable e self-driving contracts. Una panoramica)", *Eur. dir. priv.,* 2020, pp. 1259 ss.

Andreola, E.:, *Minori e incapaci in Internet*, Esi, Napoli, 2019, p. 107.

Annunziata, F.: "Verso una disciplina europea delle crypto-attività- Riflessioni a margine della recente proposta della commissione UE, *dirittobancario.it*, 15 ottobre 2020.

Aras, S.T., Kulkarni, V.: "Blockchain and its applications – a detailed survey", *International Journal of Computer Applications*, 2017, vol. 180, pp. 29 ss.

Arcella, G., Manente, M.: "Le criptovalute e le loro contraddizioni: tra rischi di opacità e di eccessiva trasparenza", *Notariato*, 2020, p. 23.

Ascarelli, T.: "Teoria della concorrenza e interesse del consumatore", in *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 35 ss.

Ascarelli, T.: *Lezioni di diritto commerciale. Introduzione*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 206 ss.

Astone, A.: "L'accesso dei minori d'età ai servizi della c.d. Società dell'informazione: l'art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul Codice per la protezione dei dati personali", *Contr. impr.*, 2019, pp. 614 ss.

Barassi, L.: *Le successioni per causa di morte*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 303.

Barba, V.: "Interessi post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 340.

Barenghi, A.: "L'attribuzione di opere d'arte. Vero o falso?", *Corr. Giur.,* 2019, pp. 1093 ss.

Battelli, E.: "Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contracts in ambito assicurativo, bancario e finanziario", *Giust. civ.,* 2020, p. 681.

Battelli, E.: "Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione on line delle clausole vessatorie", *Rass. dir. civ.,* 2014, pp. 1035 ss.

Bechini, U.: "Password, credenziali e successione mortis causa", *Studio n. 6-2007/IG* approvato dalla Commissione Studi di Informatica Giuridica del Consiglio Nazionale del Notariato l'11 maggio 2007 reperibile in *http://ca.notariato.it/ approfondimenti/6-07-IG.pdf.*

Bechini, U.: *Il notaio digitale. Dalla firma alla blockchain*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 153.

Belen-Saglam, R., Altuncu, E., Lu, Y., Li, S.: "A systematic literature review of the tension between the GDPR and public blockchain systems", *Blockchain: Research and* Applications, 2023, https://doi.org/10.1016/j.bcra.2023.100129.

Bellomia, V.: "Il contratto intelligente: questioni di diritto civile", *Judicium*, 2020.

Bhutta, M.N.M., Khwaja, A.A., Nadeem, A., Ahmad, H.F., Khan, M.K., Hanif, M., Song, H., Rashwan, M.A., Cao, Y.: "A Survey on Blockchain Technology: Evolution, Architecture and Security", *IEEE Access*, 2021, vol. 9, pp. 61048 ss.

Bianca, C.M.: "Acontrattualità dei contratti di massa?", *Vita not.*, 2001, pp. 1120 ss.

Bianca, C.M.: *Diritto civile. 3.3 Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 43.

Bonavita, S. e Pardolesi, R.: "GDPR e diritto alla cancellazione(oblio)", *Danno e resp.*, 2018, p. 269.

Bonetti, S.: "Dati personali e tutela post mortem nel novellato codice privacy: prime applicazioni, *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, pp. 557 ss.

Buonanno, L.: "La responsabilità civile nell'era delle nuove tecnologie: l'influenza della blockchain", *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1418.

Caggiano, I.A.: "Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione", *Familia*, 2018, pp. 3 ss.

Caglayan Aksoy, P., Ozkan Under, Z.: "NFT e copyright: challenges and opportunities", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2021, 16,10, pp. 1115 ss.

Caloni, A.: "Bitcoin: profili civilistici e tutela dell'investitore", *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 159.

Camardi, C.: "Contratto e rapporto nelle reti telematiche. Un nuovo modello di scambio", *Contratto e impresa*, 2001, p. 557.

Camardi, C.: "L'eredità digitale. Tra reale e virtuale", *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2018, pp. 65 ss.

Camardi, C.: "Proprietà, appartenenza e processo di oggettivazione dei beni. Suggestioni a partire dalla «Introduzione alla problematica della proprietà» di Pietro Perlingieri", in *A 50 anni dalla «Introduzione alla problematica della proprietà»*, (a cura di G. Carapezza Figlia, G. Frezza, P. Virgadamo), Napoli, 2021, pp. 63 ss.

Canella, M.G.: "Esecuzione forzata su criptovaluta: qualche idea e nessuna certezza", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 235.

Carrière, P.: "La cripto-arte e i non fungible tokens (NFTs): tentativi di inquadramento giuridico", *dirittobancario.it*, 2021.

Cattalano, G.: "Smart contracts et droit des contrats", *AJ Contrat*, 2019, pp. 321 ss.

Cherti, S.: "L'acquisto di arte moderna e contemporanea", *Rass. dir. civ.,* 2015, pp. 50 ss.

Cian, M.: "La criptovaluta – alle radici dell'idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari", *Banca, borsa, tit. cred.,* 2019, pp. 315 ss.

Cicu, A.: "Gli automi nel diritto privato", *Filangieri*, 1901, p. 561 ora in *Scritti minori di Antonio Cicu*, Giuffrè, Milano, 1965, II, pp. 287 ss.

Cicu, A.: *Il testamento*, Giuffrè, Milano, 1942, p. 13.

Cinque, M., "L'«eredità digitale» alla prova delle riforme", *Riv. dir. civ.,* 2020, pp. 72 ss.

Cinque, M.: "La successione nel «patrimonio digitale»: prime considerazioni", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, pp. 645 ss.

Clarizia, O.: "Il diritto di proprietà dal codice civile alle nuove forme di appartenenza", in *Scritti in onore di Marco Comporti*, (a cura di S. Pagliantini – E. Quadri – D. Sinesio), Giuffrè, Milano, 2008, p. 787.

Colella, S.: "Disrupting the Art Market? Blockchain, NFTs and the Promise of Inclusion", *Il capitale culturale,* 2022, pp. 233 ss.

Conte, G.: *La formazione del contratto*, in *Comm. Cod. civ.*, (diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2018, p. 282.

Corapi, D.: "Successione. La trasmissione ereditaria delle c.d. «nuove proprietà»", *Fam., pers. succ.,* 2011, p. 379 ss.

Cuccuru P.: "Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessione sugli smart contract, *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 107 ss.

Cuffaro, V. "sub art. 587", in *Delle successioni*, (a cura di V. Cuffaro e F. Delfini) in *Commentario del codice civile*, II, (diretto da E. Gabrielli), UTET, Torino, 2010, p. 168.

Cuffaro, V.: "Il regolamento generale sulla protezione dei dati", in *Trattamento dei dati personali e Regolamento UE n. 2016/679*, *Corr. giur.* (Speciali digitali), 2018, pp. 2 ss.

Cuffaro, V.: "Quel che resta di un codice: il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 detta le disposizioni di adeguamento del codice della privacy al regolamento sulla protezione dei dati", *Corr. giur.*, 2018, pp. 1181 ss.

D'Arminio Manforte, A.: *La successione nel patrimonio digitale*, Pacini editore, Pisa, 2020.

Damiani, E.: "Blockchain Application in General Private Law: the Notarchain Case", in *Legal Technology Transformation. A Practical Assessment*, (a cura di A. Caligiuri), Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, pp. 229 ss.

Damiani, E.:, "Cripto-arte e non fungible tokens: i problemi del civilista", *Rassegna di diritto della moda e delle arti*, 8 agosto 2022.

Damiani, E.: "Il contenuto atipico del testamento", in *Le successioni* (a cura di E. del Prato), Zanichelli, Bologna, 2020, pp. 339 ss.

Damiani, E., "Note in tema di conclusione del contratto mediante sistemi automatici (spunti per una rilettura delle tesi di Antonio Cicu), *Rass. dir. civ.,* 2020, pp. 749 ss.

Damiani, E.: "Questioni in tema di diritto della circolazione delle opere d'arte: i casi de Chirico", *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, 2020, pp. 93 ss.

De Franceschi, A.:, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Esi, Napoli, 2018, pp. 3 ss.

De Luca, N.: "Documentazione crittografica e circolazione della ricchezza assente", *Riv. dir. civ.,* 2020, pp. 101 ss.

De Nova, G., Inzitari, B., Tremonti, G., Visintini, G.: *Dalle res alle new properties*, Giuffrè, Milano, 1991.

De Plano, S.: "La successione a causa di morte nel patrimonio digitale", *Internet e diritto civile*, (a cura di C. Perlingieri e L. Ruggieri), Napoli 2015, pp. 427 ss.

De Rosa, R.E. : "Trasmissibilità mortis causa del patrimonio digitale, *Notariato*, 2021, pp. 495 ss.

Delfini, F.: Blockchain, smart contracts e innovazione tecnologica: l'informatica e il diritto dei contratti, *Riv. dir. priv.,* 2019, pp. 167 ss.

Delfini, F.: "Il D.Lgs., 70/2003, di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico. Commento", *Contratti*, 2000, pp. 1062 ss.

Delle Monache, S.: "Successione mortis causa e patrimonio digitale", *Nuova giur. civ. comm.,* 2020, p. 461.

Di Ciommo, F.: "Il diritto all'oblio (oblito) nel regolamento Ue 2016/679 sul trattamento dei dati personali", *Foro it*., 2017, V, p. 315.

Di Ciommo, F.: "Il diritto all'oblio nel Regolamento (UE) 2016/679. Ovvero, di un "tratto di penna del legislatore" che non manda al macero alcunché", *Corr. Giur.*, 2018, p. 16.

Di Ciommo, F.: "Privacy in Europe After Regulation (EU) No 2016/679: What Will Remain of the Right to Be Forgotten?", *The Italian Law Journal*, 2017, p. 623.

Di Ciommo, F.: "Quel che il diritto non dice. Diritto e oblio", *Danno e resp.,* 2014, p. 1101.

Di Ciommo, F.: "Smart contract e non diritto", *Nuovo dir. civ. comm.*, 2019, pp. 257 ss.

Di Lorenzo, L.: "Il legato di password", *Notariato*, 2014, p. 144.

Di Nella, L.: "Smart contract, Blockchain e interpretazione dei contratti", *Rass. dir. civ.,* 2022, pp. 48 ss.

Di Sabato, D.: "Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale", *Contr. impr.*, 2017, pp. 378 ss.

Dieli, E.:, "Tarantino v. Miramax: The rise of NFTS and their copyright implications", *Boston College Intellectual Property & Technology Forum*, 27 giugno 2022.

Donadio, G.: "Dalla "nota di banco" all'informazione via Blockchain: profili civilistici e problemi applicativi della criptovaluta", *Giust. civ.*, 2020, pp. 173 ss.

Donati, A.: "Autenticità, Authenticité, Authenticity dell'opera d'arte. Diritto, mercato, prassi virtuose", *Riv. dir. civ.,* 2015, p. 987 ss.

Douville, T.: "Blockchain et protection des donnèes à caractère personnel", *AJ Contrat*, 2019, pp. 316 ss.

Drillon, D.: "La révolution blockchain. La redéfinition des tiers confiance", *RTD. Com.,* 2016, pp. 893 ss.

Faini, F.: "Blockchain e diritto: la catena del valore tra documenti informativi, smart contracts e data protection", *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 297.

Fairfield, M.J.: "The law of non fungible tokens and unique digital property", *Indiana law journal*, 7 aprile 2021.

Ferlito, I.: "«Smart Contract». Automazione contrattuale ed etica dell'algoritmo, *Comparazione e diritto civile*, 2020, pp. 661 ss.

Ferri, G.: "Creazioni intellettuali e beni immateriali", in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 288 ss.

Finoccchiaro, G.: "Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale, *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2018, pp. 441 ss.

Finocchiaro, G.: "Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su internet", *Contr. impr.*, 2001, p. 571.

Follieri, L.: *Il contratto concluso in Internet*, Esi, Napoli, 2005, pp. 85 ss.

Franceschelli, V., *Computer e diritto*, Maggioli Editore, Rimini, 1989, pp. 165 ss.

FREZZA, G.: *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, Esi, Napoli, 2019, pp. 11 ss.

FREZZA, G.: "Blockchain, autenticazioni e arte contemporanea", *Dir. Fam. Pers.*, 2020, pp. 489 ss.

FREZZA, G.: "Opere d'arte e diritto all'autenticazione", in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 1734 ss.

FUSAR POLI, E.: "Forme giuridiche dell'immateriale. Creazioni dell'intelletto e vis poietica del diritto", in *Il diritto come forza. La forza del diritto*, (a cura di A. Sciumé), Giappichelli, Torino, 2012, pp. 111 ss.

GALIZIA, A.:, "I contratti automatici e la loro interpretazione", *Foro it.*, 1910, c. 1475.

GAMBINO, A.M., BOMPREZZI, C.: "Blockchain e protezione dei dati personali", *Dir. informazione e informatica*, 2019, pp. 619 ss.

GAMBINO, F.: "Blockchain, smart contract e diritto sradicato", *Tecnologie e diritto*, 2021, p. 28.

GANGI, C.: *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Giuffrè, Milano, 1962, p. 27.

GARCIA TERUEL, M.R., SIMON-MORENO, H.: "The digital tokenization of property rights. A comparative perspective", *Computer Law and Security Review*, 41, 2021, p. 4 ss.

GASPARRI, G.: "Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?", *Dir. inf. e informatica*, 2015, pp. 415 ss.

GAZZONI, F.: "Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)", *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 2002, pp. 655 ss., anche in *Studi in onore di C.M. Bianca*, 3, Giuffré, Milano, 2006, pp. 313 ss.

GENTILI, A.: "L'inefficacia del contratto telematico", *Riv. dir. civ.*, 2000, pp. 747 ss.

GENTILI, A.: "La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, pp. 701 ss.

GIACCAGLIA, M.: "Considerazioni su blockchain e smart contract", *Contr. impr.*, 2019, pp. 941 ss.

Giaccaglia, "Questioni (ir)risolte in tema di smart contract. Per un ritorno al passato", *Tecnologie e diritto*, 2022, pp. 333.

Giaccaglia, M.: "Il contratto del futuro? Brevi riflessioni sullo smart contract e sulla perdurante vitalità delle categorie giuridiche attuali e delle norme vigenti del codice civile italiano", *Tecnologie e diritto*, 2021, pp. 113 ss.

Giampiccolo, G.: *Il contenuto atipico del testamento*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 12.

Giancaspro, M.: "Is a 'Smart Contract' Really a Smart Idea?", *Computer Law & Security Review*, 2017, pp. 830 ss.

Giannantonio, E.: *Manuale di diritto dell'informatica*, Cedam, Padova, 1994, pp. 219 ss.; Gambino, A.M.: *L'accordo telematico*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 14 ss.

Giova, S.: *La conclusione del contratto via Internet*, Esi, Napoli, 2000, pp. 9 ss.; Delfini, F.: *Contratto telematico e commercio elettronico*, Giuffrè, Milano, 2002.

Giuliano, M.: "Le risorse digitali nel paradigma dell'art. 810 cod. civ. ai tempi della blockchain. Parte prima", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, pp. 1214 ss.

Giuliano, M.: "Le risorse digitali nel paradigma dell'art. 810 cod. civ. ai tempi della blockchain. Parte seconda", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, pp. 1456 ss.

Guardamagna, M.F.: "L'azione di accertamento giudiziale dell'autenticità di un'opera. I recenti sviluppi giurisprudenziali", *Dir. fam. pers.*, 2018, pp. 1588 ss.

Guerlin, G.: "Considérations sur les smart contracts", *Recueil Dalloz, IP/IT*, 2017, pp. 512 ss.

Iaia, V.: "La tutela del marchio Juventus si spinge nel metaverso", *Dir. & Giust.*, fasc. 197, p. 5.

Iorio, C:, "Artwork circulation and blockchain: a legal overview", *Dir. mercato e tecnologia*, 2022

Irti, N.: "«È vero ma...» (replica a Giorgio Oppo)", *Riv. dir. civ.*, 1999, pp. 273 ss.

Irti, N.: "Lo scambio di foulard (replica semiseria al Prof. Bianca)", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, pp. 601 ss.

Irti, N.: "Scambi senza accordo", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 347 ss.

Krogh, M.: "Transazioni in valute virtuali e rischi di riciclaggio. Il ruolo del notaio", *Notariato*, 2018, pp. 155 ss.

Laghezza, P.: "Il diritto all'oblio esiste (e si vede)", *Foro it*., 1998, I, c. 1835.

Liberanome, P.: "Criptoarte e nuove sfide alla tutela dei diritti autorali", *Contratti*, 2022, pp. 93 ss.

Licini, C.: "Il notaio nell'era digitale: riflessioni gius-economiche", *Notariato*, 2018, p. 142.

Lorenzo, L.: "Il legato di password", *Notariato*, 2014, pp. 147 ss.; Id., "L'eredità digitale", *Notariato*, 2021, pp. 138 ss.

Lucchini Guastalla, E., "Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i princìpi ispiratori", *Contr. impr.*, 2018, pp. 106 ss.

Magnani, A.: "Il patrimonio digitale e la sua devoluzione ereditaria, *Vita not*., 2019, pp. 1281 ss.

Magnani, A.: "L'eredità digitale", *Notariato*, 2014, pp. 519 ss.

Magri, G: *La blockchain può rendere più sicuro il mercato dell'arte?*, *Aedon*, 2/2019

Manente, M.: "Blockchain: la pretesa di sostituire il notaio", *Notariato*, 2016, pp. 211 ss.

Maniaci, A. - D'Arminio Monforte, A.: "La prima decisione italiana in tema di "eredità digitale": quale tutela post mortem dei dati personali?", *Corr. Giur.,* 2021, pp. 661 ss.

Marino, D.: "La successione digitale", *Osserv. dir. civ. comm*., 2018, pp. 165 ss.

Martino, M.: "Le «nuove proprietà»", in *Trattato delle successioni e donazioni*, "diretto da G. Bonilini), I, Milano 2009, pp. 355 ss.

Martone, I., *Smart contracts. Fenomenologia e funzioni*, Esi, Napoli, 2022, pp. 13 ss.

Maspes, I: "Successione digitale, trasmissione dell'account e condizioni generali di contratto predisposte dagli Internet Services Providers, *Contratti*, 2020, pp. 583 ss.

MASPES, I.: "Morte "digitale" e persistenza dei diritti oltre la vita della persona fisica", *Giur. it.,* 2021, pp. 1601 ss.

MASTROBERARDINO, F.: *Il patrimonio digitale*, Esi, Napoli, 2019, pp. 169 ss.

MASTROBERARDINO, F.: "L'accesso agli account informatici degli utenti defunti: una prima, parziale, tutela, *Fam. dir.,* 2021, p. 622.

MASTROPIETRO, B.: "Mercato dell'arte e autenticità dell'opera: un "quadro" a tinte fosche?", *Rass. dir. civ.*, 2017, pp. 556 ss.

MATERA, P., BENINCAMPI, A.: "Blockchain", in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, UTET, Torino, 2022, pp. 23 ss.

MATTEI, U.: "Proprietà (nuove forme di)", *Enc. del dir.*, Annali, V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1118.

MAUGERI, M.: "Smart contracts", in *Enc. dir.,* cit., pp. 1132 ss.

MAUGERI, M.: *Smart contracts e disciplina dei contratti*, Il Mulino, Bologna, 2021.

MEZZANOTTE, M.: *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Esi, Napoli, 2009, p. 81

MICCOLI, M.: "Bitcoin fra bolla speculativa e controllo antiriciclaggio", *Notariato*, 2018, pp. 151 ss.

MOLLO, A.A.: "Il diritto alla protezione dei dati personali quale limite alla successione mortis causa", *Jus civile*, 2020, pp. 430 ss.

MORELLI, S.: "Fondamento costituzionale e tecniche di tutela dei diritti della personalità di nuova emersione (a proposito del cd "diritto all'oblio"), *Giust. civ.,* 1997, p. 515.

MORELLI, S.: "Oblio (diritto all')", in *Enc. dir.*, agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 848 ss.

MORO VISCONTI, R: "La valutazione dell'arte digitale", *Dir. ind.,* 2021, p. 472.

MORO VISCONTI, R.: La valutazione delle blockchain: Internet of value, network digitali e smart transaction, *Dir. ind*., 2019, p. 301.

MUCIACCIA, N.: "Prime riflessioni sul rapporto tra NFT e proprietà intellettuale", *Dir. informazione e informatica*, 2022, pp. 839 ss.

NAKAMOTO, S.: *Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash System*, in *www.bitcoin.org.*

NARDI, S.: "Successione digitale e successione nel patrimonio digitale", in *Le successioni*, (a cura di E. DEL PRATO), Zanichelli, Bologna, 2020, pp. 592 ss.

NARDI, S.: "Volontà oltre la morte e rapporto contrattuale", Napoli, 2019, pp. 77 ss.

NASTRI, M.: "Registri sussidiari, blockchain #notaio oltre la lezione di Carnelutti?", *Notariato*, 2017, pp. 369 ss.

NAZZARO, A.C.: "*Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, *Inf.* e *dir.*, 2010, p. 13.

OPPO, G.: "Creazione ed esclusiva nel diritto industriale", *Riv. dir. comm.*, 1964, pp. 341 ss.

OPPO, G.: "Disumanizzazione del contratto?", *Riv. dir. civ.,* 1998, pp. 525 ss.

PARDOLESI, R., DAVOLA, A.: "«Smart contract»: lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia", *Foro it.*, 2019, V, c. 195.

PAROLA, L., MERATI, P. e GAVOTTI, G.: "Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte", *Contratti*, 2018, pp. 681 ss.

PATTI, F.P. e BARTOLINI, F.: "Digital Inheritance and Post Mortem Data Protection: The Italian Reform", *European Review of Private Law*, 2019, pp. 1181 ss.

PENNASILISCO, M.: "La conclusione dei contratti online tra continuità ed innovazione", *Diritto dell'informazione* e *dell'informatica*, 2004, pp. 805 ss.

PERLINGIERI C., "La tutela dei minori di età nei social networks", *Rass. dir. civ.,* 20166, pp. 1324 ss.

PERLINGIERI, C.: *Profili civilistici dei social network*, Esi, Napoli, 2014, pp. 66 ss.

PERLINGIERI, G.: "Il contratto telematico", *Manuale di diritto dell'informatica*, (a cura di D. VALENTINO), Esi, Napoli, 2010, pp. 274 ss.

PERLINGIERI, P: "Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato, *Foro nap.*, pp. 481 ss.

PERLINGIERI, P: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Esi, Napoli, III, 2020, pp. 107 ss.

Perlingieri, P.: *Introduzione alla problematica della proprietà*, Esi, Napoli, 1971, pp. 37 ss.

Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, Esi, Napoli, 2018, pp. 198 ss.

Pernice, C.: "Distributed ledger technology blockchain e smart contracts: prime regolazioni", *Tecnologie e diritto*, 2020, p. 490.

Pernice, C.: "La controversa natura giuridica di Bitcoin: un'ipotesi ricostruttiva", *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 333 ss.

Pinto, F.: "Sulla trasmissibilità mortis causa delle situazioni giuridiche soggettive digitali", *Riv. not.,* 2021, pp. 701 ss.

Piraino, F.: "Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, pp. 369 ss.

Piraino, F.: "Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato", *Riv. crit. dir. priv.,* 2012, p. 470.

Pisani Massamormile, A.: "Notarelle pessimistiche sui bitcoin", *Banca, borsa, tit. cred.,* 2020, pp. 465 ss.

Proto, M.: "Questioni in tema di intelligenza artificiale e disciplina del contratto", in *Il diritto nell'era digitale*, (a cura di R. Giordano, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi, M. Proto), Giuffrè, Milano, 2022, pp. 179 ss.

Putortì, V.: "Patrimonio digitale e successione mortis causa", *Giust. civ.*, 2021, pp. 186 ss.

Qin, W., Rujia, L., Shipping, C., Qi, W.: "Non-Fungible Token (NFT): Overview, Evaluation, Opportunities and Challenges", Cornell University, 25 ottobre 2021, arXiv:2105.07447.

Rattin, L.: "Il diritto all'oblio", *Arch. civ.,* 2000, p. 1069.

Razzante, R.: "Bitcoin: tra diritto e legislazione", *Notariato*, 2018, pp. 383 ss.

Razzini, A.: "Blockchain e protezione dei dati personali alla luce del nuovo regolamento europeo GDPR", *Ciberspazio e diritto*, 2018, pp. 197ss.

Reis, S.: "Toward a Digital transfer doctrine? The first sale doctrine in the digital era", *Northwestern University Law Review*, 2015, pp. 173 ss.

Remotti, G.: "Blockchain smart contract: primo inquadramento e prospettive d'indagine (commento all'art. 8 ter D.L. 14 dicembre 2018, n. 135)", *Oss. dir. civ.,* 2020, pp. 189 ss.

Resta, G.: "L'accesso post mortem ai dati personali: il caso Apple, *Nuova giur. civ. comm*., 2021, pp. 678 ss..

Resta, G.: "La «morte digitale»", in Id., *Dignità, persone, mercati*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 375 ss.

Resta, G.: "La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali", *Contr. e impr.,* 2019, pp. 85 ss.

Resta, G.: *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, Torino, 2010.

Restuccia D.:, "Il notaio nel terzo millennio, tra sharing economy e blockchain", *Notariato*, 2017, p. 53

Restuccia, D.: "*Il notaio nel terzo millennio, tra sharing economy e blockchain*", Notariato, 2017, p. 53.

Rigazio, S.: "Smart contracts e tecnologie basate su registri distribuiti nella L. 12/2019", *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2021, p. 369.

Rodotà, S.: *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari-Roma, 2012, pp. 404 ss.

Rodotà, S.: "Riservatezza", in *Enc. It. Treccani*, VII Appendice, Treccani, Roma, 2007.

Rodotà, S.: "Una costituzione per internet?", in *Politica del diritto*, 2010, p. 342.

Rodotà, S.: *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995.

Rulli, E.: *Incorporazione senza res e dematerializzazione senza accentratore: appunti sui token*, *Orizzonti del diritto commerciale*, 2019, pp. 121 ss.

Yanisky Ravid, S., Monroy, G.: "When blockchain meets fashion design: can smart contracts cure intellectual property protection deficiency?", *ssrn.com*, aprile 2020.

Scognamiglio, C.: "La conclusione e l'esecuzione del contratto telematico", in *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, (a cura di S. Sica), Giuffrè, Milano, 2002, p. 73 ss.

Scutiero, F.: "Smart contract e sistema di diritto, un connubio tutto da definire", *Foro napoletano*, 2019, pp. 113 ss.

Shi-Yi Lin, Lei Zhang, Jing Li, Li-li Ji, Yue Sun: "A survey of application research based on blockchain smart contract", *Wireless Networks*, 28, 2022, pp. 635 ss.

Sklaroff, J.M., "Smart Contracts and the Cost of Inflexibility", *University of Pennsylvania Law Review*, 2017, Vol. 166, pp. 279 ss.

Spatuzzi, A.: "Patrimoni digitali e vicenda successoria", *Notariato*, 2020, pp. 402 ss.

Stazi, A.: "Automazione contrattuale e contratti intelligenti. Gli smart contracts nel diritto comparato", Giappichelli, Torino, 2019, pp. 99 ss.

Stella Richter Jr., M.: "Tullio Ascarelli e i beni immateriali", in *"Afferrare...l'inafferrabile". I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra Otto e Novecento*, (a cura di A. Sciumé, E. Fusar Poli), Giuffrè, Milano, 2013, pp. 53 ss.

Szabo, N.: "Smart contracts: building blocks for digital markets", *EXTROPY: The Journal of Transhumanist Thought*, 1996, 16, 18.

Trolli, F.: "La successione mortis causa nei dati personali del defunto e i limiti al loro trattamento", *Jus civile,* 2019, pp. 313 ss.

Trovatore G.:, "L'opera d'arte e il suo valore nell'epoca della blockchain", *Arte e Diritto*, 2022, pp. 81 ss.

Vardi, N.: ""Criptovalute" e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica dei bitcoin", *Dir. inf. e informatica*, 2015, pp. 443 ss.

Vesto, A.: *Successione digitale e circolazione dei beni online. Note in tema di eredità digitale*, Esi, Napoli, 2020.

Vigorito, A.: "La "persistenza" postmortale dei diritti sui dati personali: il caso Apple", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021, pp. 27 ss.

Virgadamo, P.: "La protezione giuridica dell'opera d'arte ai confini del diritto d'autore (e oltre): dalla logica mercantile all'assiologia ordinamentale", *Dir. fam. pers.*, 2018, pp. 1478 ss.

Vulpiani, G.:, "L'utente minore online: tutela della privacy e attività negoziale", *Tecnologie e diritto*, 2021, pp. 103 ss.

VULPIANI, G.: "NFTs e cryptofashion: profili giuridici", *Rass. dir. moda* e *arti*, 2022, 1, pp. 47 ss.

ZENO ZENCOVICH, V.: "Cosa", in *Dig. Disc. priv.*, *sez. civ.*, IV, UTET, Torino, 1989, p. 438.

ZENO-ZENCOVICH, V.: "La successione nei dati personali e nei beni digitali", *Riv. giur. sarda*, 2014, pp. 448 ss.

ZOPPINI, A.: "Le "nuove proprietà" nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni), *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 191.

SVILUPPI IN TEMA DI SOGGETTIVITÀ TRIBUTARIA. IL CASO DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE

DEVELOPMENTS ON TAX SUBJECTIVITY. THE CASE FOR ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1364-1391

Daniele CANÈ

ARTICOLO CONSEGNATO: 12 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Fra gli studi civilistici e quelli tributari in tema di soggettività esistono notevoli somiglianze, nonostante i diversi rapporti e interessi regolati. In materia tributaria, la soggettività può concepirsi come tecnica normativa utile alla rilevazione e alla determinazione dei presupposti impositivi, cui si collega il concorso dei consociati alle spese pubbliche. I soggetti passivi vanno però distinti dai contribuenti: i primi riflettono la "cifra tecnica" della materia; i secondi, la sua dimensione sociale e costituzionale. In quest'ottica, l'intelligenza artificiale non può essere contribuente, ma solo oggetto di un'imposta che colpisce necessariamente l'utilizzatore.

PAROLE CHIAVE: Teoria giuridica dell'imposta; soggettività tributaria; tassazione dell'intelligenza artificiale.

ABSTRACT: *Considerable similarities can be envisaged between civil and tax studies on the subjectivity, despite the different relationships and interests regulated. In tax matters, subjectivity can be conceived as a regulatory technique, functional to the determination of the subject matter which justifies the contribution of the taxpayers to public expenses. Taxable persons, however, must be distinguished from taxpayers: the former reflect the technical nature of tax law; the latter, its social and constitutional dimension. In this view, artificial intelligence cannot be regarded as a taxpayer itself, but the object of a tax that necessarily concerns its user.*

KEY WORDS: *Legal theory of taxation; tax subjectivity; AI taxation.*

SOMMARIO.- I. IMPOSIZIONE E REGOLAZIONE, MODI DIVERSI DI CONCEPIRE LA FUNZIONE DEL TRIBUTO. - II. SVILUPPI CIVILISTICI IN TEMA DI SOGGETTIVITÀ. - 1. Dal soggetto alla persona. - 2. La concezione normativo funzionale della soggettività. - III. OLTRE LA SPECIALITÀ DELLA SOGGETTIVITÀ TRIBUTARIA. - 1. Dal soggetto passivo al contribuente. - 2. La soggettività (tributaria) funzionale e i suoi sviluppi teorici. - IV. PRESUPPOSTI D'IMPOSTA E INTELLIGENZA ARTIFICIALE. - 1. Determinazione dei presupposti d'imposta e norme sui soggetti passivi. - 2. L'IA come oggetto d'imposizione, non contribuente. Il problema della differenziazione dell'imposizione su chi utilizza la IA. - V. ACQUISIZIONI E PROSPETTIVE

I. IMPOSIZIONE E REGOLAZIONE, MODI DIVERSI DI CONCEPIRE LA FUNZIONE DEL TRIBUTO.

Come suggeriscono i contributi in questo volume, la relazione fra uomo e "intelligenza artificiale[1]" può essere regolata in più modi dal diritto, a seconda delle opzioni di politica legislativa – che sottendono, a loro volta, una diversa fiducia in una positiva e spontanea evoluzione di quel rapporto: può non essere regolata affatto – e qui è massima la fiducia del decisore politico nella capacità della società di auto-regolarsi – o può esserlo, ma per la tutela di alcuni interessi soltanto (si pensi alla tutela del consumatore, cui si rivolge gran parte della normativa di fonte europea).

In questo secondo caso, la disciplina normativa può atteggiarsi in termini regolatori-preventivi, imponendo – a chi utilizzi l'intelligenza artificiale, produttori e commercianti ad esempio – obblighi o divieti, al fine di indirizzare i comportamenti dei consociati secondo un dato modello (che privilegia la centralità della persona umana). Oppure, può assumere carattere sanzionatorio, collegando in tal caso conseguenze sfavorevoli alla violazione di quegli obblighi, o comunque alla produzione di un danno ingiusto ad altri consociati (nell'esempio, i consumatori).

Ma la tutela di quegli stessi interessi potrebbe anche seguire tecniche alternative; in particolare, considerando l'intelligenza artificiale come soggetto delle proposizioni normative: la soggettività della IA si pone come tecnica di tutela delle persone che entrano in contatto con essa, così protette per il sol fatto di aver subito un danno dalla IA (in un parallelismo con la responsabilità dei danni prodotti da animali). Cambiano le modalità, non gli interessi da tutelare, sempre riferibili alle persone umane.

1 Per semplificare, si parlerà indifferentemente di *robot* e IA senza farsi carico del compito, pur rilevante, di definire l'IA. La distinzione ha infatti scarso rilievo per questo discorso.

• Daniele Canè
Ricercatore di diritto tributario,
Università degli Studi dell'Insubria, Giurisprudenza
daniele.cane@uninsubria.it

La possibilità di "tassare i *robot*" – o meglio: di attribuire loro situazioni soggettive tributarie – è precisamente frutto di un'opzione di quest'ultimo tipo, ma in un contesto, quello dei tributi, in cui l'interesse da tutelare è uno e ha natura patrimoniale (non tanti e tanto vari quanto quelli che la Costituzione, e le fonti europee, riferiscono alla persona umana): il concorso di ciascuno alle spese pubbliche, in ragione della propria capacità contributiva. La soggettività dei *robot* si presenta, in questo contesto, come soluzione alternativa ad altre, (forse) funzionalmente equivalenti ma tecnicamente diverse e, per quanto diremo, più congrue.

Quella che affiora, a riguardo, fra i tributaristi è riflessione che a fatica si capirebbe, se non la si collegasse all'idea del tributo come mezzo per quei compiti redistributivi e regolatori che la Costituzione assegna ad uno Stato non più neutrale, ma che concorre a conformare l'assetto socio-economico (secondo una visione dell'economia sociale di mercato che non disdegnerebbe, in certi suoi sviluppi, pesanti interventi statali)[2].

Con una certa sintesi, si può infatti dire che, finora, la tassazione dei *robot* è stata per lo più posta come questione di politica economica e affrontata con approccio economico, specie all'estero. Ci si è cioè chiesti come progettare, secondo criteri di efficienza, un'imposta in grado di sostituire il gettito, contributivo e tributario, oggi garantito dai redditi dei lavoratori, che i *robot* verosimilmente sostituiranno. L'imposta sui *robot* è stata così presentata come sostituto (finanziario) dell'imposizione sui redditi di lavoro e come (ulteriore) strumento di redistribuzione di una ricchezza sempre più disegualmente distribuita.

Il problema della soggettività passiva dei *robot* – detto altrimenti: dei *robot* come possibili contribuenti – nasce, quindi, da una discussione sulle potenzialità regolatorie del tributo, per poi divenire problema di *tax design*, cioè di assumere il *robot* come soggetto passivo, o come oggetto d'imposizione[3]. Costretta in questi termini, è però questione scarsamente giuridica, involgendo questo tipo di analisi

2 Esponente illustre di questa corrente è Gallo, di cui si possono ricordare: Gallo, F.: *Le ragioni del fisco*, 1ª ed., Il Mulino, Bologna, 2007, con seconda edizione del 2011; e il più conciso, ma altrettanto efficace, Id., *L'uguaglianza tributaria*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012. Alle sue tesi si richiamano, più o meno dichiaratamente, quasi tutti i lavori sul tema. Sul rapporto fra Stato e mercato, specie in fasi di crisi, non si possono però non ricordare le diverse opinioni di altrettanto autorevoli costituzionalisti: senza ovviamente pretesa di completezza, e limitandoci agli italiani, *vid.* Bognetti, G.: "Costituzione e bilancio dello stato. Il problema delle spese in deficit (*Note ispirate dalla lettura di un libro di G. Rivosecchi*)", *Nomos*, 2008, p. 17, ove ampi riferimenti.

3 Esempio recente di questo approccio è Ortoleva, M.G.: "*Artificial Intelligence and Robots: Taxing or Incentivising?*", *Riv. tel. dir. trib.*, 31 dicembre 2022. Sulle varie proposte: Dorigo, S.: "La tassa sui robot tra mito (tanto) e realtà (poca)", *Corr. trib.*, 2018, p. 2364; Uricchio, A.: "*Robot tax*: modelli di prelievo e prospettive di riforma", *Giur. it.*, 2019, p. 1757; Parente, S.A.: "La soggettività tributaria delle macchine intelligenti e i nuovi modelli di tassazione dei processi produttivi automatizzati e interconnessi", *Ianus*, 2021, p. 109; Pontillo, M.: "*Robot Tax*: possibili modelli di prelievo tra consensi e resistenze", *Riv. tel. dir. trib.*, 30 giugno 2022.

nozioni proprie dell'economia, e della scienza delle finanze in particolare, da cui gli studi giuridici tendono storicamente a distinguersi[4].

In termini più giuridici, si è allora ipotizzata la capacità contributiva "elettronica" dei *robot*, riflesso di una possibile soggettività giuridica, che autorizzerebbe l'imposizione dell'attività da essi svolta, commisurata al suo valore normale[5]. Anche questa opzione tuttavia non soddisfa, se non altro perché alla capacità contributiva, cui l'articolo 53 della Costituzione collega il concorso alle spese pubbliche, si è "fatto dire di tutto"[6]. Soprattutto, non si tratta tanto di definire il contenuto di questa formula, quanto la funzione rispetto alla concezione complessiva del fenomeno tributario: se essa indichi, cioè, al legislatore solo un criterio di riparto, o anche un limite all'imposizione. Se funzione prima del tributo è il finanziamento concorsuale – cioè, tramite il con-corso di tutti i consociati – delle spese pubbliche, il problema è l'effettività dei presupposti cui quel concorso si collega[7], spettando la selezione di essi alla discrezionalità legislativa, secondo un giudizio di meritevolezza sociale della ricchezza.

Se si valorizza la funzione del tributo, non si può ignorare che – anche per lo stato attuale dell'esperienza giuridica, che non conosce una capacità giuridica generale della IA – la capacità contributiva tassabile è di chi la utilizza. È costui a manifestare quel legame con la collettività che giustifica il concorso alle spese pubbliche, mentre la IA resta strumento di produzione di una ricchezza che può ritenersi più meritevole di tassazione rispetto ad altre, prodotte senza l'ausilio di strumenti così potenti, e dunque esprimenti minore capacità contributiva. Dalla soggettività della IA si arriva, così, alla differenziazione – o discriminazione qualitativa – dell'imposizione sulla ricchezza realizzata dall'utilizzatore o dal proprietario, cioè alla differenziazione della tassazione in ragione delle modalità di produzione della ricchezza. È questione molto diversa, che nasce con l'ottocentesca imposta di ricchezza mobile e risale alla più moderna imposta sulle società di capitali, concepita inizialmente e appunto come aggravio impositivo su redditi prodotti collettivamente, e oggi giustificata dalla – asserita – autonoma capacità

4 Fedele, A.: "Cultura giuridica e politica legislativa nel diritto tributario", *Jus*, 1998, p. 71, sulla coerenza della sistematica elaborata dalla teoria economico-finanziaria – cui si deve la stessa nozione di oggetto dell'imposta – e sui successivi sviluppi del pensiero giuridico, che ha inteso superarla senza però raggiungere uguale coerenza.

5 Oberson, X.: *Taxing Robots. Helping the Economy to Adapt to the Use of Artificial Intelligence*, Edward Elgar Publishing Ltd., Celthenham, 2019.

6 Lupi, R.: *Diritto amministrativo dei tributi. Ovvero: si pagano le imposte quando qualcuno le impone*, Castelvecchi Editore, Roma, 2017, p. 72; sul valore per lo più politico di questo criterio, già Min. Costituente, *Rapporto della Commissione economica, presentato all'Assemblea Costituente. Vol. V. Finanze. I. Relazione*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1946, p. 13.

7 Per tutti, Fedele, A.: "Ancora sulla nozione di capacità contributiva nella Costituzione italiana e sui limiti costituzionali all'imposizione", *Riv. dir. trib.*, I, 2013, p. 1035.

contributiva degli enti societari[8]. Non possiamo, per la sua ampiezza, risolverla in poche pagine.

È invece possibile, e doveroso, spiegare come una discussione sulla soggettività si risolva, in materia tributaria, in un problema di disciplina dei presupposti impositivi – dunque, di oggetto dell'imposizione. E per questa via, raffrontare gli sviluppi che le scienze giuridiche hanno avuto, a questo riguardo, nei settori civilistico e tributario.

II. SVILUPPI CIVILISTICI IN TEMA DI SOGGETTIVITÀ.

1. Dal soggetto alla persona.

È noto specialmente agli amici civilisti che la "costituzionalizzazione" del diritto civile ha, dagli anni Sessanta in poi, fatto emergere nuove esigenze di tutela. Ne sono derivati due processi divergenti negli sviluppi, ma che hanno entrambi contributo ad una modificazione e, al contempo, ad un ampliamento dei soggetti di diritto – che la teoria organica, storicamente prevalente anche da noi, aveva a lungo identificati nelle sole persone fisiche e giuridiche[9].

Per un verso, si è – da una parte della dottrina – preso atto dell'eccessivo formalismo che la categoria del soggetto di diritto aveva raggiunto tanto nella teoria organica che in quelle normative, assai raffinate ma considerate entrambe inadeguate a consentire l'effettivo sviluppo della persona umana – l'una per eccesso, l'altra per difetto: tanto la prima, che ricollegava la soggettività all'uomo, quale «*centro di imputazione di situazioni giuridiche*», e non conosceva gradazioni nella capacità giuridica, che o spettava pienamente, o non spettava affatto; quanto la seconda, che lo configurava come «*unità personificata di norme*» e risolveva la persona fisica in una «*unità di doveri* e *diritti*»[10], come se l'esperienza umana si esaurisse nei comandi normativi. Una categoria siffatta, quella del soggetto, aveva sì consentito di estendere a tutti gli uomini, appunto, la capacità giuridica, quale risultato di battaglie secolari per l'uguaglianza dinnanzi alla legge. Ma, nella sua astrattezza, quella nozione aveva conseguito un'uguaglianza per l'appunto solo formale tra gli individui, restando possibile al legislatore conformarla a seconda delle preferenze politiche e, per tal via, negare capacità a – ed escludere dalla

8 In tema, *vid.* Stevanato, D.: *La giustificazione sociale dell'imposta. Tributi e determinabilità della ricchezza tra diritto e politica*, Il Mulino, Bologna, 2014, spec. p. 683.

9 Per tutti, Basile, M. - Falzea, A.: "Persona giuridica (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffré, Milano, 1983, p. 234.

10 Kelsen, H.: *La dottrina pura del diritto* (a cura di M.G. Losano), Einaudi, Torino, 1966, p. 198.

tutela giuridica – incapaci, disabili, non proprietari, non maschi, analfabeti, figli non legittimi ed infine ebrei[11].

Ma proprio nella consapevolezza che si può essere uguali nella capacità giuridica ma diversi nei diritti fondamentali, ed in reazione a queste drammatiche esperienze, si è posta la persona umana come «*centro degli interessi e dei valori attorno a cui ruota tutto il sistema delle garanzie costituzionali*»[12], impresso, in particolare, negli articoli 2 e 3, secondo comma, Cost. Al riconoscimento della libertà e dignità della persona, dei suoi diritti fondamentali, e alla garanzia di un suo pieno ed effettivo sviluppo, si è collegato il dovere della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che lo impediscono. La necessità di considerare le specifiche condizioni personali e sociali del singolo, in funzione di un'uguaglianza non più formale ma sostanziale, ha così preparato un rovesciamento dei termini del rapporto fra persona e soggetto, quali erano stati concepiti fino ad allora: la personalità si fa valore e la persona umana diviene presupposto della soggettività, e quest'ultima non più qualificazione astratta, precedente l'attribuzione delle situazioni soggettive, ma esattamente il risultato del concreto riconoscimento di quei diritti[13].

Il risultato di questa operazione è stato una modificazione della categoria del soggetto – ora struttura giuridica della personalità, non più suo presupposto; «*sintesi di effetti*», non più fattispecie[14] – ma anche un suo ampliamento a figure fino ad allora escluse (bambino, disabile, consumatore).

11 L'articolo 1 del Codice civile italiano del 1939 ammetteva limitazioni della capacità giuridica per l'«*appartenenza a determinate razze*» – possibilità che, come noto, il regime nazista portò alle più terribili conseguenze. Afferma a riguardo Rodotà, S.: "Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica", *Fil. pol.*, 2007, p. 369: «[…] *si deve tener conto degli eccessi di una dogmatica che aveva via via sterilizzato la forza storica e teorica dell'invenzione del soggetto, riducendolo ad uno scheletro che isolava l'individuo e lo separava da ogni contesto; e delle caratteristiche di un progetto politico che attribuiva al soggetto una funzione di neutralizzazione dei conflitti sociali, di un vero e proprio occultamento della realtà*»; e ancora: «*La riflessione sulla persona* […] *soprattutto trae forza rinnovata proprio dalla finalità di fondare i diritti sulla persona, reagendo al formalismo che aveva consentito la negazione legislativa della capacità giuridica* […]» (ivi, p. 371). Quella riflessione rivela «*una permanente tensione verso l'universalità e l'eguaglianza nei diritti, verso una inclusione di ogni persona che non può essere soddisfatta se non squarciando il velo di talune astrazioni e formalismi. All'interno dell'area della persona nessuna esclusione è possibile. Essa viene così connotata dal codice dell'eguaglianza» (ivi, p. 367). Il riferimento alla persona serve, in definitiva, «non solo per dar rilevo alle condizioni materiali dell'esistenza, ma per ridefinire lo stesso suo statuto», che impegna la Repubblica* a rimuovere gli ostacoli che ne impediscono il pieno sviluppo (ivi, p. 368).

12 Barbera, A.: "Art. 2", in *Comm. cost.* Branca, Zanichelli, Bologna, 1975, p. 98. Per un quadro dei principi costituzionali legati alla persona umana, Pizzorusso, A.: "Delle persone fisiche", in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, *Libro primo. Delle persone e della famiglia*, Bologna-Roma, 1988, p. 1.

13 Su questi progressivi sviluppi, che valorizzano anche altri dati costituzionali, come l'articolo 22, che vieta privazioni della capacità giuridica per motivi politici: Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Esi, Napoli, 1972; Stanzione, P. - Perlingieri, P.: *Soggetti e situazioni soggettive*, Esi, Napoli, 2000; Rodotà, S.: *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007; Stanzione, P.: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Esi, Camerino-Napoli, 1975; Id.: "Persona fisica (diritto civile)", in *Enc. giur.*, XXIII, Treccani, Roma, 1991, p. 1; Id: "Capacità (diritto privato)", *ivi*, V, 1988. Per una sintesi, Stanzione, P.: *Capacità, legittimazione, status*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo, Mengoni. *Il soggetto. II*, Giuffré, Milano, 2017, p. 74. Tra i filosofi, riferimenti essenziali in Bobbio, N.: "Eguaglianza", in *Enc. Novecento*, II, Ist. Enc. Italiana, Roma, 1977, p. 355.

14 In questi termini, Lipari, N.: "Spunti problematici in tema di soggettività giuridica", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 641; Id.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffré, Milano, 2013, p. 85.

Al di là dei coni d'ombra – la definizione degli attributi fondamentali e dei valori fondativi della persona riposa comunque su un dato, quello costituzionale, che, per quanto sembri rimandare alla persona sociale, l'*homme situé*, resta suscettibile di interpretazioni mutevoli – è, questa, operazione sicuramente trasponibile nel sistema tributario, che, dal 1973, con l'istituzione dell'imposta personale sul reddito, pone la persona umana al proprio centro.

Non v'è dubbio – e non ne dubita infatti chi più ha approfondito questi aspetti[15] – che il concorso alle spese pubbliche sia dovere fondamentale della persona umana, strettamente funzionale a quei diritti fondamentali, civili e sociali, di cui esso consente il finanziamento; né si dubita che il fondamento, o la misura, di quel dovere, ravvisato nella capacità contributiva, sia riferibile in prima istanza alla persona umana, così come i corollari che se ne traggono (l'esenzione del minimo vitale, cioè del necessario a un'esistenza dignitosa dell'individuo). Neppure si dubita che la funzione redistributiva del tributo, che si attua in necessaria sinergia con la spesa pubblica, si esplichi a vantaggio dei consociati, più che delle formazioni intermedie in cui essi si riuniscono[16] – rispetto alle quali, si può discutere, al più, di incentivi o penalizzazioni. E che le caratteristiche dei singoli prelievi non valorizzino sempre adeguatamente le condizioni del singolo, è carenza strutturale ma per molti versi necessitata della disciplina tributaria, che, in una fiscalità di massa, deve pur sempre conciliare esigenze di semplice e sicura attuazione del prelievo[17] (e sconta non lievi condizionamenti ideologici e socio-economici[18]).

Resta tuttavia irrisolta, anche agli effetti tributari, la questione della soggettività degli enti, o comunque delle persone diverse dagli individui, rispetto alla quale l'inversione – si perdoni la sintesi – fra persona e soggetto non sembra portare a progressi altrettanto significativi (si è fatto rilevare, ad esempio, che i requisiti costitutivi della persona giuridica non appartengono a tutti gli enti, riconosciuti e non, e dunque non possono valere come presupposti della soggettività).

2. La concezione normativo funzionale della soggettività.

È su questo fronte che gli studi civilistici hanno compiuto ulteriori passi in avanti: in particolare, con la teoria dell'interesse, secondo cui soggetto di diritto non è

15 *Vid*. Moschetti, F.: "Il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto tra singolo e comunità", in *Diritto tributario e Corte costituzionale* (a cura di L. Perrone - C. Berliri), Esi, Napoli, 2006, p. 39.

16 *Vid*. Fedele, A.: "La funzione fiscale e la «capacità contributiva» nella Costituzione italiana", in *Diritto tributario e Corte costituzionale*, cit., p. 1.

17 Su questi aspetti, in part., Lupi, R.: *Metodi induttivi e presunzioni nell'accertamento tributario*, Giuffré, Milano, 1988; Id.: *Diritto amministrativo*, cit., pp. 133-134.

18 Per una testimonianza di questi condizionamenti, Pescatore, M.: *La logica delle imposte*, Stamperia della Gazzetta del popolo, Torino, 1867, pp. 58 e 65. Più di recente: Cipollina, S.: *I confini giuridici nel tempo presente. Il caso del diritto fiscale*, Milano, Giuffré, 2003; Stevanato, D.: *Forme del tributo nell'era industriale. Ascesa dell'imposta sul reddito e segni di un declino*, Giappichelli, Torino, 2021, *passim*.

più necessariamente una persona fisica o giuridica, o un ente non personificato, un soggetto dotato, cioè, di capacità giuridica "piena", bensì il titolare dell'interesse protetto dalla norma, l'"autonomo centro di interessi", cui sono imputate situazioni giuridiche soggettive. Destinatario della norma giuridica diviene il soggetto dell'interesse giuridicamente protetto, che si collega a una posizione di vantaggio (non chi adotta la condotta prescritta)[19].

La soggettività si svincola, in questo modo, da concezioni totalizzanti della capacità giuridica, implicite nella teoria organica, e da quella volontà che, nella visione liberale-ottocentesca, ne costituiva il sostrato e ne legittimava limitazioni (rispetto ai folli, ad esempio, o ai minori)[20]. E, rispetto alla teoria organica, si individuano nuove e "flessibili" ipotesi di soggettività, anche prive dei requisiti costitutivi della persona giuridica (organizzazione, alterità ed autonomia patrimoniale). Figure titolari di capacità giuridica ridotta, limitata, cioè, a determinati fini o fattispecie soltanto, e non relativa a tutte le situazioni soggettive contemplate dall'ordinamento (il condominio, ad esempio, i contratti di rete senza personalità giuridica, ma anche l'embrione e i *trust* con scopo benefico, dove l'interesse non è riconducibile a beneficiari determinati). E se, diversamente dalle teorie individualiste e nominaliste, la teoria dell'interesse non conduce necessariamente a negare soggettività agli enti collettivi, e alle persone giuridiche in particolare, cui non sembra possibile disconoscere un interesse altro da quello dei membri, si è comunque adattata alle multiformi istanze della realtà. In un certo senso, i suoi esiti più innovativi – in tema, ad esempio, di elementi naturali[21] – sono anche il portato delle teorie negatrici, secondo cui l'imputazione di situazioni soggettive agli enti, oltre a "ridursi" alla loro ascrizione agli individui, non risponde a logiche o presupposti predeterminati – quali potevano essere, nella teoria organica, gli elementi costitutivi della personalità giuridica – ma alle sempre variabili scelte del legislatore[22].

La categoria della soggettività può, in questo modo, adeguarsi alle circostanze storiche e alle necessità pratiche di ogni epoca, quale "tecnica" che consente di assecondare i più attuali obiettivi politici e sociali, come la tutela dell'ambiente[23].

19 I riferimenti all'interesse, nello studio del soggetto, risalgono a concezioni anche non normative, come quella istituzionale. La prospettiva normativa le utilizza, distinguendo rilevanza ed efficacia: Falzea, A.: "Capacità (teoria generale)", in *Enc. dir.*, VI, Giuffré, Milano, 1960, p. 15; Id.: "Efficacia giuridica", *ivi*, XIV, 1965, p. 476.

20 Per un esempio, Pellizzi, G.L.: "Soggettività giuridica", in *Enc. giur.*, XXIX, Treccani, Roma, 1993.

21 Miguéz Nùñez, R.: "Soggettività giuridica e natura. Spunti per una riflessione civilistica", *Dir. quest. pubbl.*, 2020, spec. p. 37; Id.: "Soggettivizzare la natura?", *Card. El. L. Bulltn.*, 2019, p. 1.

22 P. es., D'Alessandro, F.: *Persone giuridiche* e *analisi del linguaggio*, Giuffrè, Milano, 1963, su cui comunque le considerazioni di Basile, M. - Falzea, A.: "Persona giuridica (dir. priv.)", cit., p. 265. Più ampiamente, Miguéz Nùñez, R.: *Le avventure del soggetto. Contributo teorico-comparativo sulle nuove forme di soggettività giuridica*, Mimesis, 2018.

23 La soggettività, quindi, come «*tecnica che soggettivizza per rappresentare*»; o, all'inverso, una «*prassi culturale prende così forma tramite la scelta di soggettivizzare o meno*»; cfr. Miguéz Nùñez, R.: "Soggettività giuridica", cit., p. 35. Parlano di "soggettività strumentale", per indicare che la soggettività non è una

Va tuttavia avvertito che questa prospettiva è molto diversa da quella che ha consentito di rivalutare la persona come centro dell'ordinamento giuridico. Si tratta infatti di una visione "oggettivistica" del diritto, che considera il soggetto un prodotto delle qualificazioni operate dalle norme, assunte, queste ultime, come centro dell'ordinamento[24]. Come le situazioni giuridiche, anche l'uomo è in quest'ottica ridotto a prodotto del diritto, a fattispecie fra le altre, e il soggetto di diritto diviene "punto di riferimento", o "di collegamento" di effetti, fattispecie o situazioni giuridiche, a seconda delle teorie. Questa visione ha come si diceva pregi, ma anche limiti significativi: non permette infatti di conservare all'uomo una posizione logica differenziata, col rischio – storicamente purtroppo provato – di tralasciare gli attributi dell'*humanitas* che la legge non riconosce. Può dunque essere convalidata, ma non assolutizzata e, se possibile, impiegata insieme all'altra per spiegare la complessità dei fenomeni giuridici[25].

III. OLTRE LA SPECIALITÀ DELLA SOGGETTIVITÀ TRIBUTARIA.

1. Dal soggetto passivo al contribuente.

Rispetto a questa evoluzione, gli studi tributari hanno scontato un certo ritardo, condizionati dall'esigenza, anche culturale[26], di adattare i modelli esplicativi della soggettività comune alle particolari fattispecie soggettive tributarie – specie quelle riguardanti i soggetti passivi delle imposte. Ed un simile confronto non poteva che seguire le – in quest'ottica, prioritarie – elaborazioni civilistiche, o adattarsi a quelle percepite come prevalenti.

In termini generali, si può dire che, anche in questa materia, gli sviluppi più significativi sono frutto di una rimeditazione della dimensione costituzionale

qualificazione generale, ma può essere riconosciuta per soddisfare interessi rilevanti per alcuni settori, o alcune discipline soltanto, anche: Mazzù, S.: "La soggettività contingente", *Comp. dir. civ.*, 2012, p. 1, su *www.comparazionedirittocivile.it*; Landini, S. - Rizzuti, M. - Bassi, L. - Rumine, N.: "Brevi riflessioni sulla soggettività. Giurisprudenza e prassi", *Ianus,* 2015, p. 115.

24 Di cui Kelsen e Falzea sono stati, per l'argomento che interessa, importanti esponenti.

25 Accolta, cioè, una concezione normativa, od oggettiva, del diritto, la stessa distinzione fra soggetti e oggetti, nella fattispecie giuridica, diviene relativa ed è utile mantenerla se, e nella misura in cui, consente di descrivere efficacemente le discipline. Sulla *relatività* e la *storicità* dei concetti giuridici, si veda Orestano, R.: *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia,* Il Mulino, Bologna, 1978, spec. p. 193, ove riflessioni illuminanti sul soggetto di diritto. Gli scritti ivi raccolti si trovano originariamente pubblicati in: Id.: *Azione (storia del problema)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffré, Milano, 1959, p. 784; Id.: *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, p. 149; Id.: *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1968, p. 7.

26 I giuristi che, nei primi decenni del Novecento, si impegnarono in uno studio giuridico della disciplina dei tributi sentirono subito di doversi distinguere dagli scienziati delle finanze, che se n'erano occupati fino ad allora. D'altro canto, occorreva superare l'approccio riduttivo degli studiosi di diritto amministrativo, che tendevano a considerare quello dei tributi un diritto "formale" e a non separarlo dalla gestione della spesa pubblica. Di qui, l'idea, in un certo modo necessitata, di impostare uno studio giuridico dei tributi sui già solidi istituti e categorie del diritto civile, quali l'obbligazione, il rapporto giuridico e, appunto, la soggettività. Più ampiamente su questi aspetti: Fedele, A.: "Cultura giuridica", cit.; Cipollina, S.: "Origini e prospettive dell'autonomia scientifica del diritto tributario", *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2018, I, p. 163.

dell'esperienza giuridica, in un primo momento (come altrove) meno valorizzata. Solo una volta inquadrato il tributo nella sua valenza comunitaria, come, cioè, istituto funzionale al concorso di ciascun consociato alle pubbliche spese (in ragione della capacità contributiva[27]), è stato possibile superare la visione, storicamente radicata ma non necessitata, del tributo come prestazione patrimoniale imposta dall'autorità – espressione di una dimensione del potere invero mai tramontata[28]. Da essa conseguiva una sopravvalutazione del dato strutturale del tributo, risolto, dai più, nell'obbligazione tributaria[29], e la conseguente individuazione del soggetto passivo nel titolare di quell'obbligazione. La stessa, rinnovata terminologia – non più soggetto passivo ma *contribuente* – indica non solo un cambio di prospettiva, che enfatizza non già l'autoritarietà dell'imposizione ma, appunto, il con-corso del singolo, *insieme* con gli altri consociati[30]; indica, soprattutto, la possibilità di scindere i diversi profili comunemente riuniti nella "monolitica" figura del soggetto passivo dell'obbligazione, e superare una visione "privatistica" del diritto tributario[31].

Si nota, in questo modo, che contribuente e obbligato al pagamento del tributo possono non coincidere proprio in ragione del collegamento col presupposto d'imposta, che costituisce il fondamento e il limite di ogni prelievo tributario: chi realizza il presupposto, e concorre, in ragione di esso, alle spese pubbliche, non è sempre tenuto al relativo versamento (o agli altri obblighi, dichiarativi e di partecipazione all'accertamento). E il collegamento col presupposto cambia a seconda delle discipline che il legislatore configura in modo diverso, dovendo coniugare valori talora confliggenti (la precisa misurazione della capacità contributiva del singolo e la semplice e sicura riscossione del tributo)[32]. La soggettività si atteggia,

27 Dove il collegamento (*rect*. commisurazione) alla capacità contributiva non va inteso quale elemento costitutivo del tributo, come sembra dire la Corte costituzione, ma quale suo requisito di costituzionalità, per le ragioni indicate da Fedele, A.: "La Corte ritorna sulla definizione del tributo e sui limiti alla sua legittimità costituzionale", *Giur. cost*., 2017, p. 3111 (a commento della sentenza n. 169/2017, sulla natura tributaria dei contributi dovuti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato).

28 Anche il potenziamento dei c.d. "istituti della collaborazione fiscale", che dovrebbero favorire la partecipazione volontaria del privato all'attività amministrativa di attuazione dei tributi, si avvantaggia di, e fa in un certo senso perno su, un potere che cambia volto, ma non si eclissa mai: *vid*. Ragucci, G.: *Gli istituti della collaborazione fiscale. Dai comandi e controlli alla tax compliance*, Giappichelli, Torino, 2018.

29 Il cui regime sarebbe ricalcato sull'obbligazione civilistica, quale paradigma comune a tutte le obbligazioni, pubbliche e private. Per tutti, Allorio, E.: *Diritto processuale tributario*, 1ª ed., Giuffré, Milano, 1942, p. 81. Per un coerente sviluppo di questa concezione, *vid*.: Tesauro, F.: *Il rimborso dell'imposta*, Utet, Torino, 1975; Id.: *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, 1ª ed., Utet, Torino, p. 73, e successive edizioni; Fregni, M.C.: *Obbligazione tributaria e Codice civile*, Giappichelli, Torino, 1998, spec. pp. 69 e 82.

30 A riguardo, Marongiu, G.: "Dall'imposta al contribuente", *Dir. prat. trib*., 2015, I, p. 656; Id., "Ezio Vanoni e il riformismo fiscale centrista", in *Costituzione, legge, tributi. Scritti in onore di Gianfranco Gaffuri* (a cura di G. Ragucci - F.V. Albertini, Giuffré, Milano, 2018, pp. 19-20.

31 In senso critico, Lupi, R.: *Diritto amministrativo*, cit., p. [•]. Visione che può considerarsi frutto di quella "pan-civilizzazione" del diritto, portata dalla Pandettistica, che descrive Orestano, R.: *Azione Diritti*, cit., p. 263.

32 Il lettore pensi alle ritenute a titolo d'imposta, previste in relazione ai redditi di capitale: l'obbligo di prelevare e versare il tributo cade su un soggetto, il sostituto, diverso da chi realizza il presupposto – percepisce, cioè, il reddito – che, subendo la rivalsa obbligatoria da parte del primo, concorre, in via definitiva, alle spese pubbliche. Diversamente, i redditi prodotti da società di persone sono determinati presso la società, ma poi imputati, e tassati, presso i soci, secondo le rispettive aliquote Irpef. La società è solo obbligata alla dichiarazione, e soggetta al potere di accertamento, non anche al pagamento dell'Irpef, dovuta dai soci. Sul passaggio indicato nel testo, che assume il presupposto a fulcro della teoria del tributo:

dunque, in termini essenzialmente funzionali e secondo articolazioni non solo diverse – chi realizza il presupposto e subisce, in via definitiva, la corrispondente decurtazione patrimoniale; chi è obbligato al versamento e alla dichiarazione; chi è anche, o solo, soggetto al potere di accertamento – ma diversamente disciplinate in relazione alle caratteristiche (giuridiche) del presupposto impositivo (produzione o percezione di un reddito, possesso o trasferimento di un patrimonio, etc.).

Guardando appunto alle finalità delle norme sui soggetti passivi, rispetto alla disciplina del particolare presupposto, è possibile spiegare quelle disposizioni in cui, in luogo del soggetto, compaiono figure "atipiche", cioè non corrispondenti a quelle già tipizzate dal diritto civile. Figure della cui autonomia soggettiva si era in precedenza dubitato, o perché la teoria organica, avvertita sempre come prevalente, non ammetteva soggetti con capacità giuridica parziale[33]; o perché, sempre da quella teorica, le si riteneva prive dei requisiti costitutivi della soggettività (che, semplificando, erano poi quelli già associati alla persona giuridica: alterità dello scopo, organizzazione, autonomia patrimoniale). In quelle figure si ravvisano, ora, formule che delimitano il presupposto, cioè elementi che integrano la fattispecie impositiva. Si tratta, detto altrimenti, di figure utili a rilevare il presupposto dell'imposta – la produzione di un reddito, in molti casi – e consentirne la tassazione, considerate solo a quegli specifici fini ma senza pregiudizio di un loro ulteriore riconoscimento ad altri fini – senza, perciò, condizionamenti per una teoria o l'altra (sulla soggettività)[34].

Ne esce per questa via ridimensionata l'annosa questione della soggettività tributaria "speciale". Si spiegano, inoltre, le ragioni per cui alcune norme considerano, come soggetti passivi, patrimoni destinati privi, nel diritto comune, di soggettività. Ragioni riconducibili, da un lato, ai princìpi costituzionali di uguaglianza e concorso secondo capacità contributiva, dall'altro, ai sotto-princìpi che informano la disciplina di ciascun prelievo.

Fedele, A.: *Le imposte ipotecarie. Lineamenti*, Giuffré, Milano, 1968; Id.: *La tassa*, ed. provv., Tipografia senese, Siena, 1974, p. 93; Id.: "La definizione del tributo nella giurisprudenza costituzionale", *Riv. dir. trib*., 2018, I, p. 1. Per una critica alla – tuttora prevalente – concezione del tributo come obbligazione, utile ma angusta e, perciò, vista come eccessivamente semplificante, *adde*: Micheli, G.A. - Tremonti, G., "Obbligazioni (dir. trib.)", in *Enc. dir*., XXIX, Giuffré, Milano, 1979, p. 409; Glendi, C.: *L'oggetto del processo tributario*, Cedam, Padova, 1986, p. 143; Fedele, A.: "Sostituzione tributaria e situazioni giuridiche soggettive dei privati coinvolti", *Riv. dir. trib*., 2016, I, p. 1555; in relazione all'Iva, in part., Comelli, A.: *Iva comunitaria e Iva nazionale. Contributo alla teoria generale dell'imposta sul valore aggiunto*, Cedam, Padova, 2000, p. 965.

33 Cioè, limitata ad alcune norme, o gruppi di norme, soltanto. Sulle «*serie difficoltà dommatiche*» che comporta «*conciliare* […] *soggetti dotati di mera capacità tributaria con la nozione di capacità come sinonimo di personalità e con la normale riduzione dei soggetti alle sole persone fisiche e giuridiche*», Lavagna, C.: "Teoria dei soggetti e diritto tributario", *Riv. dir. fin. sc. fin*., 1961, I, p. 14.

34 Così, le norme che ponevano, a carico della società di gestione, l'obbligo di prelevare un'imposta sostitutiva sui redditi rilevati nel fondo comune di investimento (art. 9, comma 2, l. 77/1983); che configuravano il fondo come non soggetto alle imposte sui redditi (art. 9, 1° comma, stessa legge); e che oggi lo indicano fra i soggetti passivi dell'Ires (art. 73, 1° comma, D.P.R. 917/1986), su cui oltre.

Nelle sue massime implicazioni, questa analisi semplifica moltissimo il quadro dei soggetti passivi tributari, perché unico, vero contribuente, risulta la persona umana – in linea con una visione "costituzionalizzata" del diritto, che vede negli enti intermedi moduli di esplicazione della personalità umana, o discipline dei rapporti fra singoli e terzi (e non consociati anch'essi). Nella disciplina dei singoli tributi, l'imposizione degli enti intermedi, o dei patrimoni destinati, anticipa o sostituisce il prelievo definitivo sull'individuo, che è il centro (anche) dell'ordinamento tributario: così, l'imposizione Ires sui primi anticipa e si coordina con quella Irpef rispetto a redditi non tassabili da subito, cioè alla produzione, presso i secondi, mentre l'imposizione sui fondi sostituisce quella sui partecipanti. È inoltre con riguardo alla persona umana che sono concepite, e poi disciplinate, le manifestazioni di capacità contributiva, successivamente adattate agli enti. E si potrebbe infine aggiungere – senza per questo indulgere in concezioni "totalizzanti" della capacità giuridica – che solo la persona umana può realizzare tutti i presupposti impositivi ed essere, al contempo, titolare di tutti gli obblighi funzionali all'attuazione del tributo.

2. La soggettività (tributaria) funzionale e i suoi sviluppi teorici.

Questo passaggio è frutto di acquisizioni successive – come detto, non perfettamente sincroniche rispetto a quelle civilistiche – a loro volta frutto di teoriche anche molto elaborate e registrate, nella loro compiutezza, solo in tempi relativamente recenti.

Il problema della soggettività è stato posto rispetto agli enti diversi dalle persone fisiche, la cui capacità anche tributaria non è mai stata in discussione. Un primo, decisivo progresso lo si è guadagnato sul campo della teoria organica. Solo portando alle estreme implicazioni l'idea che non si dessero altri soggetti dalle persone fisiche e giuridiche, queste ultime viste come entità reali, dotate di vita e volontà autonoma – o dagli enti non personificati, cui, dopo la nota sentenza del 1976 sulle associazioni non riconosciute[35], si è parimenti riconosciuta soggettività – se ne sono potute apprezzare le insufficienze rispetto alla disciplina tributaria.

È in questo contesto che viene ipotizzata la "soggettività tributaria speciale", quale «*espediente tecnico*» per riferire situazioni soggettive tributarie ad associazioni di persone od organizzazioni di beni, prive di personalità giuridica (e quindi, in quella fase, di soggettività). Questa idea rivelava quel carattere funzionale delle norme tributarie, utili «*a raggiungere gli scopi in relazione all'oggetto ed all'ambito che si vuole assegnare alle varie imposte*»[36], che tornerà utile più avanti. Essa era, tuttavia,

35 Cass., sez. I, 16 novembre 1976, n. 4252, in *Foro it*., 1977, I, col. 1482.

36 Così, Giannini, A.D.: *Istituzioni di diritto tributario,* 5ª ed., Giuffrè, Milano, 1951, p. 82; Id.: "Le «aziende autonome» e la sottoposizione dei loro redditi all'imposta di ricchezza mobile", *Riv. dir. fin sc. fin*., 1953, II, p. 8; Id.: *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Utet, Torino, 1956, pp. 206-207. L'autore fondava tuttavia questa – per altri versi condivisibile – affermazione su un'interpretazione già al tempo criticata della normativa sulla dichiarazione dei redditi prodotti dalle associazioni di persone (*amplius*, Canè, D.:

destinata a ridimensionarsi, essendo difficile da ammettere una simile specialità in una rigorosa concezione organica della soggettività: di fronte a nuove figure di soggetti – gli enti non personificati, in particolare – sembrava in effetti possibile riconoscere ulteriori soggetti di diritto, rispetto alle persone giuridiche, senza per ciò solo ammettere una soggettività tributaria più ampia di quella civilistica[37].

L'adesione dei tributaristi alle teorie normative sulla soggettività si è tuttavia compiuta secondo direttive non univoche, ma soprattutto non conclusive – tanto da parte di chi[38] ha visto, nelle disposizioni che tuttora annoverano, fra i soggetti passivi dell'Ires, anche enti non personificati, la conferma della teoria organica, quanto da chi ha più autorevolmente contestato quella teoria, negando l'autonomia soggettiva – anche tributaria – di *tutti* gli enti collettivi[39].

Da un canto, gli elementi costitutivi dei soggetti di diritto non umani (organizzazione, alterità ed autonomia patrimoniale), non ricorrono in alcune fattispecie che le norme tributarie sembrano elevare a soggetti, come i patrimoni autonomi e destinati[40]. E se è vero che la considerazione di quelle figure dipende dalle modalità di realizzazione del presupposto, che si realizza unitariamente

Soggettività tributaria e *giusta imposizione. Presupposti, discipline, sistema*, Giuffré-Francis Lefebvre, Milano, 2021, p. 48). La disposizione che più di tutte ha attirato le attenzioni degli studiosi, i quali vi hanno edificato appunto la teoria della soggettività speciale, era però nell'articolo 8, t.u. 645/1958, in materia di imposte dirette, che, fra i soggetti all'imposta sulla ricchezza mobile, includeva «*le altre organizzazioni di beni o di persone prive di personalità giuridica e non appartenenti a persone giuridiche, nei confronti dei quali il presupposto si verifica in modo unitario ed autonomo*».

37 Lo spiega, di recente, Fiorentino, S.: "La soggettività tributaria: aspetti evolutivi e precisazioni metodologiche", dattiloscritto consultato per gentile concessione dell'autore.

38 L'allora articolo 87, comma 2, D.P.R. 917/1986 – già contenuta nell'art. 8, t.u. 645/58 e oggi nell'art. 73, comma 2, D.P.R. 917/86 – che indica i soggetti passivi all'imposta sui redditi degli enti collettivi, instaurerebbe – secondo questa dottrina – un rinvio al diritto comune. Espressione notevole di questa tesi è Gallo, F.: "Il problema della soggettività ai fini IVA dei fondi comuni di investimento", *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1987, I, p. 504, secondo cui «*l'art. 2 lett. b)* […] *nel fare riferimento ai fini della soggettività IRPEG al requisito della «non appartenenza a terzi» dell'organizzazione di beni, opera un rinvio ricettizio alla disciplina civilistica della soggettività e perciò costituisce classica norma di collegamento tra i due ordinamenti*»; già prima Id., "Contributo all'elaborazione del concetto di «stabile organizzazione» secondo il diritto interno", *ivi,* 1985, I, p. 385, e dopo Id., "La soggettività ai fini IRPEG", in Aa.Vv., *Il reddito di impresa nel nuovo Testo Unico*, Cedam, Padova, 1988, p. 664; Id., "I soggetti del libro I del codice civile e l'Irpeg: problematiche e possibili evoluzioni", *Riv. dir. trib.*, 1993, I, p. 346. Conformi: Moschetti, F.: "La soggettività tributaria delle unità sanitarie locali ai fini dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche", *Fin. loc.*, 1982, p. 389; Nuzzo, E.: "Questioni in tema di tassazione degli enti non commerciali", *Rass. trib.*, 1985, I, in part. pp. 131 e 137; Croxatto, G.: "Redditi delle persone giuridiche (imposta sui) (Irpeg)", in *N.mo Dig. it., App.*, vol. VI, Utet, Torino, 1986, p. 429; Fantozzi, A.: *Diritto tributario*, 1ª ed., Utet, Torino, 1991, p. 232; Fedele, A.: "Il regime fiscale delle associazioni", *Riv. dir. trib.*, 1995, I, p. 328; Id., *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2005, p. 218. L'idea del rinvio recettizio è radicata nella manualistica — Puri, P.: *I soggetti*, in *Diritto tributario* (a cura di A. Fantozzi), 4ª ed., Utet, Torino, 2012, p. 427 — e in alcuni studi che toccano il tema della soggettività tributaria — Interdonato, M.: *Il regime fiscale dei consorzi tra imprenditori*, Giuffré, Milano, 2004, pp. 21-23; Ricci, C.: *La tassazione consolidata nell'IRES*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 105 — ed è per inciso condivisibile ma se riferita ai soggetti nominati, di cui al 1° comma, art. 73, D.P.R. 917/1986, anche perché il rinvio al diritto civile non risolve ogni incertezza, essendo la soggettività, come molte categorie giuridiche, in continua evoluzione.

39 Il riferimento è ad Antonini, E.: *La soggettività tributaria*, Morano Editore, Napoli, 1965.

40 Si pensi ai fondi comuni di investimento, inclusi fra i soggetti passivi dell'Ires, ancorché esenti, ma di cui Cass., sez. un., 15 luglio 2010, n. 16605, in *Giur. it.,* 2011, p. 1550, ha escluso la soggettività. Sull'importante decisione, cfr. anche Ferro Luzzi, P.: "Un problema di metodo: la "natura giuridica" dei fondi comuni di investimento (a proposito di Cass. 15 luglio 2010, n. 16605)", *Riv. soc.*, 2012, p. 754.

rispetto ai beni in essi compendiati[41], quel complesso di beni risponde dell'obbligo tributario – è cioè esposto, in sé e per sé, all'azione esecutiva del fisco – non per effetto della norma tributaria, ma del vincolo civilistico che vi dà causa[42].

Ciò non significa che il rilievo riconosciuto, anche ai fini tributari, agli effetti della separazione patrimoniale autorizzi, in sé e per sé, ad elevare il patrimonio a contribuente – anche perché vi sono esempi di destinazione che il legislatore non ha considerato (i patrimoni destinati a specifici affari, *ex* art. 2447-bis, c.c., non sono soggetti all'Ires). Non basta, insomma, il vincolo di destinazione a spiegare quelle fattispecie[43].

D'altro canto, non sembra nemmeno possibile "ridurre" gli effetti dell'imposizione agli individui (i beneficiari della destinazione): l'obbligo relativo all'Ires per il reddito rilevato nel patrimonio destinato, o nel *trust*, non corrisponde a quello dei singoli per l'imposta relativa ai redditi da essi percepiti. La "riduzione" della soggettività degli enti a quella degli individui, in molti tributi, incontra serie difficoltà[44].

È però merito innegabile delle teorie negatrici (della soggettività degli enti) aver ridimensionato l'importanza di quelle formule di cui si diceva, che appunto integrano la fattispecie impositiva[45]. È in questo modo emersa la necessità di indagare la funzione delle singole norme, in cui quelle formule si collocano[46]. Questo esame consiste nella ricerca della loro *ratio*, che impegna a considerarne le relazioni con il resto della disciplina sostanziale del tributo. E quella *ratio* riporta alla determinazione del presupposto, indice della capacità contributiva tassabile.

41 *Vid*. Micheli, G.A.: "Soggettività tributaria e categorie civilistiche", *Riv. dir. fin. sc. fin*., 1977, I, pp. 432, 435, 436. Che Micheli accettasse una concezione organica della soggettività è confermato da Gallo, F.: "La soggettività tributaria nel pensiero di G.A. Micheli", *Rass. trib*., 2009, p. 611. Rifuggiva tuttavia da contrapposizioni "ideologiche" con le categorie civilistiche, consapevole della varietà di profili della soggettività passiva tributaria.

42 Condivisibilmente, Laroma Jezzi, P.: *Separazione patrimoniale e imposizione sul reddito*, Giuffré, Milano, 2006, p. 295. Per lo stesso motivo, i patrimoni destinati rispondono anche dell'imposta di registro relativa ai trasferimenti degli immobili in essi compendiati. Il presupposto dell'imposta, cioè la variazione patrimoniale, si realizza – come nell'imposta sul reddito – rispetto a quel patrimonio, ancorché l'obbligo tributario cada poi sul gestore.

43 Non è nemmeno sufficiente l'autonomia patrimoniale, che, di per sé, indica solo una limitazione della responsabilità (così, invece, Giovannini, A.: *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Cedam, Padova, 1996, spec. p. 400). Conta piuttosto l'esistenza di un patrimonio, definito in funzione dell'appartenenza a un soggetto giuridico o dei limiti alla responsabilità per le obbligazioni ad esso riferibili, ma solo se ciò ha rilievo nella determinazione del presupposto (nel reddito d'impresa, ad esempio). Né si può trasformare la fonte del reddito – il patrimonio in questo caso, l'azienda in altri – in soggetto, come fa Laroma Jezzi, P.: *Separazione patrimoniale*, cit., attribuendogli il possesso di quel reddito che, tramite quella stessa fonte, si produce ed è giuridicamente rilevato.

44 Così, Fiorentino, S.: "La soggettività tributaria", cit., rispetto ad Antonini, E.: *La soggettività tributaria*, cit.

45 Antonini, E.: *La soggettività tributaria*, cit., *passim*, parla di formule in cui un «*nome occupa il luogo del soggetto*». L'esigenza di approfondire quelle formule era stata segnalata anche da studiosi non vicini alle teorie nominaliste: Lavagna, C.: "Teoria dei soggetti", cit., p. 17; Berliri, L.V., "*«Capacità giuridica tributaria» o concorso di debitori d'imposta?", Riv. it. dir. fin*., 1940, I, p. 237.

46 *Vid*. Fiorentino, S.: *Contributo allo studio della soggettività tributaria*, Esi, Napoli, 2000, spec. p. 87, ma già in questo senso Micheli, G.A.: "Soggettività tributaria", cit., pp. 435-437.

Si superano per questa via complicate astrazioni, e diviene possibile distinguere le formule che delimitano il presupposto, e che sembrano elevare a soggetti quelli che sono, in sostanza, fonti o oggetto d'imposizione (i patrimoni destinati, appunto), dai contribuenti, che realizzano il presupposto dell'imposta ed esprimono una propria capacità contributiva. La differenza è che la considerazione dei primi – la loro "soggettivizzazione", se si preferiscono concezioni normative della soggettività – è scelta non necessitata, perché alternativa ad altre, pure possibili – in questo senso, un'opzione tecnica" – o concorre a definire il fatto imponibile. La considerazione dei secondi è invece imposta dai princìpi: tutti concorrono alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva.

Anche in materia tributaria, insomma, sembra maturare la consapevolezza, della *relatività* e della *storicità* dei concetti giuridici. Di qui, l'importanza di chiedersi non cosa sia ma cosa significhi, nel discorso normativo, essere soggetto passivo delle imposte. Il riferimento ai soggetti passivi non è diverso da quello che, in altre situazioni, la legge compie ad associazioni non riconosciute, al condominio, ai fondi previdenziali nell'ambito dell'impresa, all'azienda, al fallimento, al fine di regolare direttamente le situazioni stesse, a prescindere dalla possibilità di inquadrare quelle figure (i soggetti passivi) negli schemi del soggetto di diritto. Risponde ad una concezione oggettiva del diritto, alla quale siamo forse abituati, ma che la storia insegna a non generalizzare.

La figura del soggetto, come quella del soggetto passivo, resta una necessità logica del discorso giuridico, che si esprime per soggetti e predicati, e può essere spiegata secondo le due grandi, ma opposte, sistematiche del diritto moderno: come centro di un sistema che ha nell'uomo il proprio riferimento e nei diritti soggettivi i suoi predicati, secondo l'impostazione soggettivistica; o come prodotto delle qualificazioni operate dalle norme, assunte, queste ultime, come centro dell'ordinamento, nella sistematica del diritto oggettivo. Nessuna di queste concezioni spiega, però, l'intera gamma delle situazioni regolate dal diritto. Nella concezione che pone la norma al proprio centro e riduce il soggetto a fattispecie, o punto di riferimento di situazioni soggettive, resta comunque indefinita la "soglia" oltre la quale l'imputazione di quelle situazioni determini la soggettività. E allora, di essa può ben farsi una questione linguistica, di stabilire, cioè, le condizioni di uso del termine soggetto[47].

Allo stesso modo, si possono dare, del soggetto passivo, definizioni diverse e pure valide, nessuna delle quali però assolutizzabile, perché incapace di spiegare tutte le possibili situazioni. Vedervi "centri di imputazione" di situazioni soggettive è una possibilità teorica, che resta aperta ma va poi percorsa fino in fondo –

47 Così in effetti: Scarpelli, U.: *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Accademia delle Scienze, Torino, 1959; D'alessandro, *Persone giuridiche*, cit.; Pellizzi, G.L.: *Soggettività giuridica*, cit.

in una concezione del diritto comunque oggettiva. L'alternativa è una visione soggettivistica, forse semplificata ma che – ci sembra – rende ragione delle discipline rimaste finora inspiegate e delle istanze di giustizia nell'imposizione ritraibili anche dalla Costituzione: contribuente e centro dell'ordinamento tributario deve restare la persona, rispetto alla quale l'imposizione degli enti e delle formazioni intermedie – società incluse – è soluzione residuale e necessitata (che anticipa, o sostituisce la prima, a seconda dei presupposti d'imposta configurati dal legislatore).

Di soggetti passivi si può quindi continuare a parlare, ma consapevoli della cifra "tecnica" dell'espressione, della sua funzione nella disciplina giuridica del presupposto e senza sovraccarichi ideologici e dogmatici[48].

IV. PRESUPPOSTI D'IMPOSTA E INTELLIGENZA ARTIFICIALE.

1. Determinazione dei presupposti d'imposta e norme sui soggetti passivi.

Quella tributaria può dirsi normativa che procede per schemi di tipo "oggettivo". La disciplina sostanziale dei tributi non regola rapporti fra privati; non impone, cioè, diritti e obblighi ai singoli secondo schemi di corrispettività. Essa si volge a tutti i consociati, e all'Amministrazione, allo scopo determinare i presupposti d'imposta; specifica, cioè, astrazioni economiche, come il reddito, e ne disciplina la misurazione, per quantificare il concorso di ciascuno alle spese pubbliche. La definizione dei soggetti s'innesta in questo sistema e serve anch'essa all'individuazione dei presupposti impositivi.

Per questo, si dice che, in diritto tributario, «*i soggetti passivi rappresentano dei punti di arrivo, più che di partenza*»[49]; perché le discipline sostanziali considerano i fatti che costituiscono i presupposti d'imposta, lasciando in secondo piano i soggetti: stabiliscono regole per la rilevazione – quali fattispecie si considerano produttive di redditi, ad esempio – e per la determinazione dei presupposti; eventualmente, anche per la loro attribuzione ai contribuenti, dove occorra modificare le regole del diritto comune (così, il reddito prodotto dalla società di persone è imputato e tassato presso i rispettivi soci, anche se è il frutto dell'attività sociale).

48 Come la sopravvalutazione della nozione di capacità contributiva, non trasponibile *de plano* agli enti collettivi, o almeno non nella stessa configurazione assunta per le persone fisiche. Anche l'imposizione degli enti societari – e tra l'altro, solo di quelli con personalità giuridica – può spiegarsi come soluzione necessitata, non potendosene colpire il reddito, alla produzione, direttamente presso i soci, pena la tassazione di una capacità contributiva non effettiva (e perciò incostituzionale). Non si tratta, tuttavia, di un effetto della personalità giuridica, bensì delle regole proprie *di quel tipo di ente societario*, che subordinano ad una delibera l'attribuzione ai soci della ricchezza ivi prodotta.

49 *Vid.* Lavagna, C.: "Teoria dei soggetti", cit., p. 8, il quale precisa poi: «*Mentre in altri campi i soggetti si atteggiano a centri di interessi variamente tutelati dalle diverse normative, nel diritto tributario il centro della strumentazione è il presupposto d'imposta.* […] *Si potrebbe anzi dire che il presupposto rappresenti l'elemento principale di individuazione delle fattispecie soggettive*». Sviluppa in seguito questa prospettiva anche Ferlazzo Natoli, L.: "Riflessioni in tema di capacità giuridica tributaria", *Riv. dir. trib.*, 1998, I, p. 3.

Le regole tributarie s'incardinano, insomma, in un più ampio quadro normativo (civilistico) che già disciplina la produzione e la circolazione della ricchezza, cui attribuiscono veste giuridica (reddito, patrimonio, consumo) e valore monetario (base imponibile). Non disciplinano i soggetti e non hanno bisogno di farlo, se non quando debbono modificare i destinatari degli effetti delle regole civilistiche[50]. È quindi alle regole sulla determinazione dei presupposti che dobbiamo guardare per capire perché le discipline di alcune imposte individuino i soggetti passivi e altre no, e perché, soprattutto, ne considerino alcuni e non altri.

Problemi anche molto dibattuti nel diritto comune, come la soggettività dei patrimoni autonomi, possono pertanto ridursi, nella nostra materia, a questioni di disciplina del presupposto. Patrimoni autonomi e aziende sono in questo campo mezzi, o fonti, di produzione e circolazione della ricchezza appartenenti a già ben individuati contribuenti, che le norme tributarie non tramutano in soggetti. Esse li considerano per riferirvi la misurazione del reddito, come nel caso dei fondi di investimento; o per descrivere il fatto imponibile, come accade per le organizzazioni di beni e persone, prive di personalità giuridica, menzionate nella disciplina dell'imposta di registro, cui possono ricondursi i patrimoni destinati, come appunto i fondi di investimento.

Per l'imposta di registro, che colpisce gli atti che trasferiscono diritti patrimoniali, manca invece una norma sui soggetti passivi analoga all'articolo 73, D.P.R. 917/1986 (Tuir): l'articolo 57, D.P.R. 131/1986, indica gli «*obbligati al pagamento*» dell'imposta nelle parti dell'atto da registrare. E non v'è dubbio che, se pure quell'obbligo cada sul gestore del fondo, i suoi effetti vadano riferiti al patrimonio in fondo. Il presupposto dell'imposta, cioè la modificazione patrimoniale correlata al trasferimento, si verifica, infatti, rispetto ad esso. Ma non è la normativa tributaria a stabilirlo, bensì quella che regola l'istituzione del fondo e vi concentra la responsabilità per le obbligazioni riferibili a quel patrimonio – fra cui anche l'obbligazione tributaria (art. 36, comma 4, d.lgs. 58/1998). Per questo, l'indicazione delle «*altre organizzazioni di persone o di beni, con o senza personalità giuridica, aventi per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali*», fra gli autori degli atti imponibili, ai sensi dell'art. 4, Tariffa, Parte I, allegata al D.P.R. 131/86, completa appunto la fattispecie imponibile, ma non crea alcun "nuovo" centro di imputazione degli effetti tributari (che già, come detto, esiste)[51].

50 Così, già Micheli, G.A.: "Soggettività tributaria", cit., p. 436. Quello tributario non è, quindi, un diritto "di secondo grado" rispetto al diritto civile, come si è talvolta ritenuto. Completa, si aggiunge, o integra semplicemente le discipline di certi rapporti – la cui classificazione non interessa davvero, se non nella misura in cui esprima regole diverse. Si consideri che il rapporto privatistico fra datore di lavoro e lavoratore non si occupa degli obblighi di ritenuta invece previsti dalla legge tributaria, la quale li considera obbligatori – e in ciò vincola l'autonomia dei privati, integrando un assetto disciplinare che risulta, alla fine, unitario e non scomponibile.

51 Al più, si può dire che la norma tributaria espliciti una regola già ritraibile dalla norma per cui, delle obbligazioni contratte per conto del fondo, risponde unicamente lo stesso (patrimonio in) fondo (art.

Più articolato il discorso sui fondi di investimento, indicati fra i soggetti passivi dell'Ires dall'articolo 73, D.P.R. 917/1986. La "soggettivizzazione" dei fondi è l'effetto di due vincoli, uno interno e l'altro esterno alla disciplina dell'imposta reddituale.

In primis, dell'inscindibilità del reddito delle società commerciali, che implica il divieto di tassazioni separate di redditi rivenienti da cespiti da quelle posseduti. È solo eccezionalmente derogata, perché concilia la semplificazione dell'accertamento e la precisa misurazione della capacità contributiva[52]. Vale, perciò, anche in presenza di vincoli di destinazione, come quelli che danno appunto vita ai fondi di investimento. Tuttavia, la determinazione unitaria del reddito riferibile alla società che gestisce i diversi fondi avrebbe comportato la confluenza, nell'imponibile unitario di questa, del reddito rilevato nel fondo. Da un lato, si sarebbe alterata la misurazione del reddito della società di gestione, dei suoi soci e degli stessi partecipanti al fondo (cui spettano in ultimo i redditi). Dall'altro, la società di gestione avrebbe potuto opporre la separazione patrimoniale, posta – anche per i tributi – dall'articolo 36, comma 4, d.lgs. 58/1998, rispetto alla quota d'imposta riferibile ai redditi rilevati nel fondo, con diminuzione della garanzia patrimoniale del fisco[53]. D'altro canto, non era nemmeno possibile tassare il reddito direttamente presso i partecipanti al fondo, non avendo costoro diritto a percepire i proventi fino alla delibera della società di gestione (si sarebbe colpita una capacità contributiva non effettiva). Né si poteva considerare il fondo una di quelle organizzazioni di beni, nei cui confronti «*il presupposto si realizza in modo unitario* e *autonomo*», cui fa riferimento l'art. 73, comma 2, perché il fondo appartiene già a un soggetto passivo (la società di gestione)[54].

L'indicazione dei fondi, fra i soggetti all'Ires, si offriva, allora, quale soluzione utile a separarne la rilevazione del reddito rispetto a quello proprio della società di gestione – operazione come visto inammissibile senza una deroga espressa – e a consentirne l'immediata tassazione alla produzione (non potendosi colpire i partecipanti). Ma perché non prevedere la, apparentemente più semplice, tassazione separata del reddito in fondo presso la società che lo gestisce?

Qui subentra il secondo vincolo, esterno alla normativa Ires, che risale alle convenzioni contro le doppie imposizioni sui redditi transnazionali. Beneficiano infatti dei rimedi contro le doppie imposizioni tutti (e solo) i soggetti passivi delle

36, comma 4, cit.). Per indicazioni essenziali sui profili civilistici e ulteriori riferimenti, Annunziata, F.: *Gli organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR): fattispecie* e *forme*, Egea, Milano, 2017.

52 La regola dell'inscindibilità si ricava dagli attuali artt. 6, 9, 1° comma, e 81, D.P.R. 917/1986, e si giustifica in un contesto di determinazione della ricchezza su basi analitico-contabile.

53 L'imposta, unitariamente determinata, è infatti dovuta dalla società con riferimento sia al proprio reddito, che a quello riveniente dai cespiti in fondo; su quest'ultimo effetto, Laroma Jezzi, *Separazione patrimoniale*, cit., *passim*. Per indicazioni sui profili civilistici e ulteriori riferimenti, v. invece Annunziata, *Gli organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR): fattispecie* e *forme*, Milano, 2017.

54 Per una più distesa esposizione e per riferimenti, se si vuole, Canè, *Soggettività tributaria*, cit., spec. p. 64, sulla *ratio* della «*non appartenenza ad altri soggetti passivi*», richiesta dall'art. 73, comma 2.

imposte sul reddito. Sicché, la mancata inclusione del fondo tra i soggetti passivi faceva dubitare dell'applicabilità dei benefici convenzionali, con ripercussioni significative sugli investimenti internazionali. La loro considerazione è dovuta principalmente a questo ed è ragione rilevantissima, considerata la diffusione dello strumento.

Si può quindi considerare la "soggettivizzazione" dei fondi di investimento come soluzione residuale, frutto di una serie di regole che attengono, principalmente, alla determinazione del reddito sulla base di scritture contabili, e all'esigenza di rilevarlo e tassarlo comunque alla produzione. Non, pertanto, riconoscimento di una capacità giuridica che i fondi non possiedono, essendo patrimoni gestiti da altri e nell'interesse di altri ancora, né di una capacità contributiva che i fondi non manifestano, considerandoli il legislatore come veicoli di circolazione di ricchezze altrove prodotte e altrove destinate (ai partecipanti, presso i quali i redditi distribuiti dal fondo sono infatti tassati).

2. L'IA come oggetto d'imposizione, non contribuente. Il problema della differenziazione dell'imposizione su chi utilizza la IA.

Rispetto a temi di frontiera come questo, che collegano discipline diversissime – dalla filosofia all'etica, fino alle scienze dure – una discussione che ambisca a mantenersi in termini giuridici dovrebbe rifuggire tanto le une, quanto le altre. Eviterebbe, così, questioni forse irrisolvibili – i *robot* sentono e pensano come gli uomini – che possiamo forse lasciare a filosofi e fisici.

Lo sviluppo dell'intelligenza artificiale porta certo a riflettere su categorie giuridiche consolidate, come *res* e persone, rispetto alle quali il fenomeno è difficilmente collocabile. Ma, per il tributarista, contribuente e soggetto passivo appaiono categorie adattabili. Non è in discussione, per lui, la possibilità di attribuire uno statuto giuridico completo, persino la personalità giuridica, a certi fenomeni di intelligenza artificiale, se non bastassero le discipline esistenti[55]. È però questione di politica legislativa, rispetto alla quale il tributarista si muove "in secondo piano". A lui interessano gli effetti che quelle opzioni producono sul sistema tributario esistente, per rilevarne vincoli e possibilità. E i vincoli di quel sistema sono tali da non consentire improprie "soggettivizzazioni" di quelli che, in una prospettiva antropocentrica comunque da confermare, restano strumenti dell'azione umana (e delle persone giuridiche, in generale).

La "soggettivazione" dei fondi era, come si è visto, opportuna – non necessaria: poteva bastare la tassazione separata – per consentire la separata

55 Cfr. Parlamento europeo: *Risoluzione del 16 febbraio 2017, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL))*, lett. Z.AC.

determinazione di un reddito destinato, in ultimo, ai partecipanti, e non ai soci della società, oltre che per evitare che la società di gestione opponesse al fisco la separazione patrimoniale rispetto alla quota d'imposta riferibile ai redditi rilevati nel fondo. L'autonoma tassazione del *robot* si risolverebbe, invece, in un'impropria separazione di un imponibile altrimenti riferibile alla società proprietaria, senza, però, che il reddito riferibile al *robot* sia destinato a nessun altro[56]. Solo un pieno riconoscimento dell'autonomia patrimoniale del *robot*[57] modificherebbe i criteri di rilevazione della ricchezza, ma non ne imporrebbe comunque la tassazione in via autonoma – come fosse, cioè, una persona. Potrebbe infatti bastare la tassazione separata dei redditi presso l'utilizzatore, o il proprietario, del *robot*, secondo quell'equivalenza fra tassazione autonoma e separata che si è già rilevata.

Il punto resta, allora, come differenziare il prelievo su chi utilizzi i *robot* e come progettare un'imposta che sia commisurata alla maggior capacità contributiva di costui e soddisfi, al contempo, criteri di efficienza e gettito. Ma questo è appunto un altro problema[58].

V. ACQUISIZIONI E PROSPETTIVE.

Giunti al termine del nostro raffronto, è possibile cogliere una certa somiglianza fra gli sviluppi che lo studio dei soggetti ha avuto in materia civilistica e tributaria. Alcune implicazioni sono comuni e ben visibili ora.

Separando persona e soggetto, nei termini delineati in dottrina, è possibile accogliere la concezione funzionale della soggettività anche in materia tributaria: il soggetto come tecnica, o espressione di una regola di rapporti. Estremizzando: al centro è la persona umana, il resto è tecnica. L'assunto si scioglie in passaggi scandibili in questi termini, per un – si spera – utile prosieguo della discussione:

in materia tributaria, la separazione fra persona-contribuente e soggetto passivo consente di disarticolare i diversi profili della soggettività tributaria passiva. Si possono così distinguere i contribuenti, che realizzano il presupposto d'imposta

56 Al contrario dei redditi della società di gestione, realizzati in ultimo dai soci, e di quelli del fondo, destinati ai partecipanti (diversi dai soci).

57 L'attribuzione di un patrimonio autonomo al *robot* consentirebbe di concentrarvi la responsabilità, ad esempio, per danni a terzi; cfr. Rizzuti, *Il* peculium *del* robot. *Spunti sul problema della "soggettivizzazione" dell'intelligenza artificiale*, in Dorigo (cur.), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale* Pisa, 2020, p. 283.

58 La cui soluzione richiede di chiarire su quali princìpi tributari possa fondarsi un'imposta correlata all'uso dei *robot*, e come essa possa conseguentemente strutturarsi. Vanno in quest'ottica considerati il principio del beneficio – è possibile correlare l'imposizione ai benefici che l'utilizzatore del *robot* ottiene dall'azione pubblica? – e della capacità contributiva – l'uso di *robot* implica una maggiore capacità contributiva? – in relazione a diverse soluzioni tecniche: da un'imposizione sui redditi imputati dei lavoratori sostituiti dal *robot*, alle imposte commisurate al loro valore patrimoniale, fino alle imposte sul fatturato. Per un inquadramento: Dimitropoulou, C.: "*Robot Taxes: Where Do We Stand?*", in *CFE Tax Advisers. 60th Anniversary - Liber Amicorum*, IBFD, Amsterdam, 2019, spec. p. 67.

e concorrono per capacità contributiva propria, dagli obbligati al tributo, che non necessariamente sono anche contribuenti;

vanno inoltre distinte le formule normative, che tengono luogo dei soggetti ma non per questo creano soggetti tributari. Esse completano la fattispecie impositiva, o richiamano figure già regolate da altre discipline, per adattarvi la disciplina tributaria, e utilizzarle alla individuazione del presupposto;

queste figure sono cioè prese in considerazione solo per consentire la corretta determinazione del presupposto impositivo e non manifestano una propria capacità contributiva. Non sono per questo considerate nelle discipline di tutti i tributi. La disciplina dell'imposta sul reddito degli enti collettivi, ad esempio, vieta di creare ulteriori soggetti passivi, nella misura in cui il reddito prodotto col contributo del *robot* fluisca nell'imponibile del proprietario – è questa, per inciso, la ragione per cui l'art. 73, comma 2, Tuir, richiede che l'organizzazione non appartenga ad altri soggetti passivi, non sfuggendo in tal caso il relativo reddito a tassazione;

se si accetta questa "cifra tecnica" della soggettività tributaria, si ridimensiona il problema dei presunti soggetti di diritto tributario, che tali non sarebbero per il diritto comune, e ci si concentra su questioni più urgenti, come appunto la discriminazione qualitativa (o soggettiva) del reddito prodotto da chi usi la IA.

BIBLIOGRAFIA

ALLORIO, E.: *Diritto processuale tributario*, 1ª ed., Giuffré, Milano, 1942.

ANNUNZIATA, F.: *Gli organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR): fattispecie e forme*, Egea, Milano, 2017.

ANTONINI, E.: *La soggettività tributaria*, Morano Editore, Napoli, 1965.

BARBERA, A.: "Art. 2", in *Comm. cost.* Branca, Zanichelli, Bologna, 1975, pp. 98 ss.

BASILE, M. - FALZEA, A.: "Persona giuridica (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffré, Milano, 1983, pp. 234 ss.

BERLIRI, L.V., "*«Capacità giuridica tributaria» o concorso di debitori d'imposta?", Riv. it. dir. fin.*, 1940, I, pp. 237 ss.

BOBBIO, N.: "Eguaglianza", in *Enc. Novecento*, II, Ist. Enc. Italiana, Roma, 1977, p. 355.

CANÈ, D.: *Soggettività tributaria e giusta imposizione. Presupposti, discipline, sistema*, Giuffré-Francis Lefebvre, Milano, 2021.

CIPOLLINA, S.: *I confini giuridici nel tempo presente. Il caso del diritto fiscale*, Milano, Giuffré, 2003.

CIPOLLINA, S.: "Origini e prospettive dell'autonomia scientifica del diritto tributario", *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2018, I, pp. 163 ss.

CROXATTO, G.: "Redditi delle persone giuridiche (imposta sui) (Irpeg)", in *N.mo Dig. it., App.*, vol. VI, Utet, Torino, 1986, pp. 429 ss.

D'ALESSANDRO, F.: *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Giuffrè, Milano, 1963.

DIMITROPOULOU, C.: "*Robot Taxes: Where Do We Stand?*", in *CFE Tax Advisers. 60th Anniversary - Liber Amicorum*, IBFD, Amsterdam, 2019, pp. 55 ss.

DORIGO, S.: "La tassa sui robot tra mito (tanto) e realtà (poca)", *Corr. trib.*, 2018, pp. 2364 ss.

FALZEA, A.: "Capacità (teoria gen.)", in *Enc. dir.*, VI, Giuffré, Milano, 1960, pp. 8 ss.

FALZEA, A.: "Efficacia giuridica", in *Enc. dir.*, XIV, Giuffré, Milano, 1965, pp. 374 s.

FANTOZZI, A.: *Diritto tributario*, 1ª ed., Utet, Torino, 1991.

FEDELE, A.: *Le imposte ipotecarie. Lineamenti*, Giuffré, Milano, 1968.

FEDELE, A.: *La tassa*, ed. provv., Tipografia senese, Siena, 1974.

FEDELE, A.: "Cultura giuridica e politica legislativa nel diritto tributario", *Jus*, 1998, pp. 71 ss.

FEDELE, A.: "Il regime fiscale delle associazioni", *Riv. dir. trib.*, 1995, I, pp. 328 ss.

FEDELE, A.: *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2005.

FEDELE, A.: "La funzione fiscale e la «capacità contributiva» nella Costituzione italiana", in *Diritto tributario* e *Corte costituzionale* (a cura di L. PERRONE - C. BERLIRI), Esi, Napoli, 2006, pp. 1 ss.

FEDELE, A.: "Sostituzione tributaria e situazioni giuridiche soggettive dei privati coinvolti", *Riv. dir. trib.*, 2016, I, pp. 1555 ss.

FEDELE, A.: "La definizione del tributo nella giurisprudenza costituzionale", *Riv. dir. trib.*, 2018, I, pp. 1 ss.

FEDELE, A.: "Ancora sulla nozione di capacità contributiva nella Costituzione italiana e sui limiti costituzionali all'imposizione", *Riv. dir. trib.*, I, 2013, pp. 1035 ss.

FEDELE, A.: "La Corte ritorna sulla definizione del tributo e sui limiti alla sua legittimità costituzionale", *Giur. cost.*, 2017, pp. 3105 ss.

FERLAZZO NATOLI, L.: "Riflessioni in tema di capacità giuridica tributaria", *Riv. dir. trib.*, 1998, I, pp. 3 ss.

FERRO LUZZI, P.: "Un problema di metodo: la "natura giuridica" dei fondi comuni di investimento (a proposito di Cass. 15 luglio 2010, n. 16605)", *Riv. soc.*, 2012, pp. 754 ss.

FIORENTINO, S.: *Contributo allo studio della soggettività tributaria*, Esi, Napoli, 2000.

FIORENTINO, S.: "La soggettività tributaria: aspetti evolutivi e precisazioni metodologiche", dattiloscritto consultato per gentile concessione dell'autore.

GALLO, F.: "Il problema della soggettività ai fini IVA dei fondi comuni di investimento", *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1987, I, pp. 504 ss.

Gallo, F.: "Contributo all'elaborazione del concetto di «stabile organizzazione» secondo il diritto interno", *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1985, I, pp. 385 ss.

Gallo, F.: "La soggettività ai fini IRPEG", in Aa.Vv., *Il reddito di impresa nel nuovo Testo Unico*, Cedam, Padova, 1988, pp. 664 ss.

Gallo, F.: "I soggetti del libro I del codice civile e l'Irpeg: problematiche e possibili evoluzioni", *Riv. dir. trib.*, 1993, I, pp. 346 ss.

Gallo, F.: "La soggettività tributaria nel pensiero di G.A. Micheli", *Rass. trib.*, 2009, pp. 611 ss.

Gallo, F.: *Le ragioni del fisco*, 1ª ed., Il Mulino, Bologna, 2007.

Gallo, F.: *L'uguaglianza tributaria*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

Giannini, A.D.: *Istituzioni di diritto tributario,* 5ª ed., Giuffrè, Milano, 1951.

Giannini, A.D.: "Le «aziende autonome» e la sottoposizione dei loro redditi all'imposta di ricchezza mobile", *Riv. dir. fin sc. fin.*, 1953, II, pp. 3 ss.

Giannini, A.D.: *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Utet, Torino, 1956.

Giovannini, A.: *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Cedam, Padova, 1996.

Kelsen, H.: *La dottrina pura del diritto* (a cura di M.G. Losano), Einaudi, Torino, 1966.

Laroma Jezzi, P.: *Separazione patrimoniale e imposizione sul reddito*, Giuffré, Milano, 2006.

Lavagna, C.: "Teoria dei soggetti e diritto tributario", *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1961, I, p. 3 ss.

Lipari, N.: "Spunti problematici in tema di soggettività giuridica", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 641 ss.

Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffré, Milano, 2013.

Lupi, R.: "Presupposto del tributo", in *Diz. dir. pubbl.*, V, Giuffré, Milano, 2006, pp. 4470 ss.

Lupi, R.: *Diritto amministrativo dei tributi. Ovvero: si pagano le imposte quando qualcuno le impone*, Castelvecchi Editore, Roma, 2017, p. 72.

Lupi, R.: *Diritto delle imposte*, Giuffré-Francis Lefebvre, Milano, 2020.

Marongiu, G.: "Dall'imposta al contribuente", *Dir. prat. trib.*, 2015, I, pp. 651 ss.

Marongiu, G.: "Ezio Vanoni e il riformismo fiscale centrista", in *Costituzione, legge, tributi. Scritti in onore di Gianfranco Gaffuri* (a cura di G. Ragucci - F.V. Albertini, Giuffré, Milano, 2018, pp. 1 ss.

Micheli, G.A.: "Soggettività tributaria e categorie civilistiche", *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1977, I, pp. 419 ss.

Micheli, G.A. - Tremonti, G., "Obbligazioni (dir. trib.)", in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffré, Milano, 1979, pp. 409 ss.

Miguéz Nùñez, R.: "Soggettivizzare la natura?", *Card. El. L. Bulltn.*, 2019, pp. 1 ss.

Miguéz Nùñez, R.: "Soggettività giuridica e natura. Spunti per una riflessione civilistica", *Dir. quest. pubbl.*, 2020, pp. 29 ss.

Min. Costituente, *Rapporto della Commissione economica, presentato all'Assemblea Costituente. Vol. V. Finanze. I. Relazione*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1946.

Moschetti, F.: "La soggettività tributaria delle unità sanitarie locali ai fini dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche", *Fin. loc.*, 1982, pp. 389 ss.

Moschetti, F.: "Il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto tra singolo e comunità", in *Diritto tributario e Corte costituzionale* (a cura di L. Perrone - C. Berliri), Esi, Napoli, 2006, pp. 39 ss.

Nuzzo, E.: "Questioni in tema di tassazione degli enti non commerciali", *Rass. trib.*, 1985, I, pp. 128 ss.

Oberson, X.: *Taxing Robots. Helping the Economy to Adapt to the Use of Artificial Intelligence*, Edward Elgar Publishing Ltd., Celthenham, 2019.

Orestano, R.: "Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale", *Jus*, 1960, pp. 149 ss.

Orestano, R.: *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia,* Il Mulino, Bologna, 1978.

Ortoleva, M.G.: "*Artificial Intelligence and Robots: Taxing or Incentivising?*", *Riv. tel. dir. trib.*, 31 dicembre 2022

Parente, S.A.: "La soggettività tributaria delle macchine intelligenti e i nuovi modelli di tassazione dei processi produttivi automatizzati e interconnessi", *Ianus*, 2021, pp. 109 ss.

Pellizzi, G.L.: "Soggettività giuridica", in *Enc. giur.*, XXIX, Treccani, Roma, 1993.

Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Esi, Napoli, 1972.

Pizzorusso, A.: "Delle persone fisiche", in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, *Libro primo. Delle persone e della famiglia*, Bologna-Roma, 1988, p. 1 ss.

Pescatore, M.: *La logica delle imposte*, Stamperia della Gazzetta del popolo, Torino, 1867.

Pontillo, M.: "*Robot Tax*: possibili modelli di prelievo tra consensi e resistenze", *Riv. tel. dir. trib.*, 30 giugno 2022.

Puri, P.: *I soggetti*, in *Diritto tributario* (a cura di A. Fantozzi), 4ª ed., Utet, Torino, 2012, pp. 417 ss.

Rizzuti, M.: "Il *peculium* del *robot*. Spunti sul problema della soggettivizzazione dell'intelligenza artificiale", in *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale* (a cura di S. Dorigo), Pacini, Pisa, 2020, pp. 283 ss.

Rodotà, S.: *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

Rodotà, S.: "Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica", *Fil. pol.*, 2007, p. 365 ss.

Stanzione, P. - Perlingieri, P.: *Soggetti e situazioni soggettive*, Esi, Napoli, 2000.

Stanzione, P.: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Esi, Camerino-Napoli, 1975.

Stanzione, P.: "Persona fisica (diritto civile)", in *Enc. giur.*, XXIII, Treccani, Roma, 1991.

Stanzione, P.: "Capacità (diritto privato)", in *Enc. giur.*, V, 1988.

Stanzione, P.: *Capacità, legittimazione, status*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo, Mengoni. *Il soggetto. II*, Giuffré, Milano, 2017.

Stevanato, D.: *La giustificazione sociale dell'imposta. Tributi e determinabilità della ricchezza tra diritto e politica*, Il Mulino, Bologna, 2014.

STEVANATO, D.: *Forme del tributo nell'era industriale. Ascesa dell'imposta sul reddito e segni di un declino*, Giappichelli, Torino, 2021.

URICCHIO, A.: "*Robot tax*: modelli di prelievo e prospettive di riforma", *Giur. it.*, 2019, pp. 1757 ss.

LO STATUTO GIURIDICO DEGLI ILLECITI ONLINE TRA HATE SPEECH E FAKE NEWS

LEGAL DISCIPLINE OF ONLINE OFFENCES BETWEEN HATE SPEECH AND FAKE NEWS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1392-1435

Angela
MENDOLA

ARTICOLO CONSEGNATO: 12 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: A seguito della capillare diffusione dei social network, ciascun attore sociale ha iniziato a trasferire le proprie modalità di comunicazione dagli spazi tradizionali alle cc.dd. agorà digitali. Il frequente rinvio al c.d. "free marketplace of ideas" evoca il principio secondo cui la disinformazione e la diffusione di opinioni discriminatorie o offensive dovrebbero essere contrastate attraverso lo strumento della critica. In concreto, però, l'unica soluzione realmente postulabile pare quella di responsabilizzare di più le piattaforme affinché adottino rimedi "tecnologici" efficienti a risolvere i problemi della proliferazione delle notizie false e comunque sospette o dei contenuti d'odio.

PAROLE CHIAVE: Discorsi d'odio; informazioni false; responsabilità; piattaforme; rimedi tecnologici.

ABSTRACT: *Following the widespread diffusion of social networks, each social actor has begun to transfer their communication methods from traditional spaces to the so-called digital agoras. The frequent reference to the so-called "free marketplace of ideas" evokes the principle according to which disinformation and the diffusion of discriminatory or offensive opinions should be countered through the tool of criticism. In practice, however, the only solution that seems to be truly claimable is that of making platforms more responsible, so that they will adopt efficient "technological" remedies to solve the problems of the proliferation of false or suspicious news or hate content.*

KEY WORDS: *Hate speech; fake news; responsibility; platforms; tecnological remedies.*

SOMMARIO.- I. L'HATE SPEECH NELLE CC.DD. AGORÀ DIGITALI. - 1. Le condizioni generali di contratto di Facebook, Instagram, Twitter, e il "Code of Conduct on illegal online hate speech". - 2. L'esperienza americana e il quadro normativo-giurisprudenziale europeo nel contrasto ai discorsi d'odio. - 3. La giurisprudenza italiana nelle vicende CasaPound e Forza Nuova c. Facebook: disattivazione di profili social e responsabilità c.d. da posizione. - II. MANIPOLAZIONE DELL'INFORMAZIONE ONLINE E PROFILI RISARCITORI. - III. HATE SPEECH E FAKE NEWS ONLINE: IPOTESI DI CONTRASTO AL FENOMENO. - IV. LA RESPONSABILITÀ DEL SOCIAL NETWORK PROVIDER NEL C.D. DIGITAL MARKETPLACE OF IDEAS.

I. L'HATE SPEECH NELLE CC.DD. AGORÀ DIGITALI.

La progressiva espansione dei social network ha visto ciascun attore sociale iniziare a trasferire le proprie modalità di comunicazione dai tradizionali luoghi di confronto a territori virtuali[1], le cc.dd. "agorà digitali"[2]: veri e propri spazi pubblici ove l'utente, riducendosi ogni divario nell'interazione, gode del diritto di essere ascoltato[3]. Spetta, del resto, non confondere la "digitalizzazione" con la "trasformazione digitale", laddove è solo la seconda a descrivere l'impatto trasformativo delle tecnologie digitali sulla realtà sociale e sull'economia. "Trasformazione che non riguarda soltanto - come nella digitalizzazione - il modo in cui si fanno le cose, ma definisce un cambiamento più profondo"[4]. Il sistema di comunicazione, infatti, si modifica ed orbita prevalentemente attorno agli schemi propri del social medium, laddove se, da un lato, in un clima di "parresia digitale"[5], si tende a diffondere liberamente le proprie idee, dall'altro, si è sempre più spinti anche a seminare messaggi d'odio, spesso perché erroneamente convinti di restare impuniti e di celarsi dietro un presunto anonimato[6]. Il che rileva ancora di più sol

1 Cfr. Rodotà, S: *Il mondo della rete. Quali i diritti, quali i vincoli,* Roma, Laterza, 2014, p. 38; Pitruzzella, G.; Pollicino, O.; Quintarelli, S.: *Parole e potere. Libertà d'espressione,* hate speech e fake news, Milano, Egea, 2017, p. 88.

2 Passarelli G., "La metamorfosi dei *social media.* La rilevanza sociale nell'attuale agorà digitale di un servizio 'privatistico'", *Nuova giur. civ. comm*., 2021, 5, p. 1196.

3 Osserva, al riguardo, Riccio, G.M.: *La giurisprudenza su* Facebook/Casa Pound e *l'esigenza di eteroregolazione del contratto con il* social network, in Stanzione, P.: (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme* e *le nuove frontiere della* privacy, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 339 ss., per il quale si è passati "dall'era del controllo all'era della determinazione comportamentale, dove sono gli stessi strumenti a indirizzare le nostre abitudini e i nostri comportamenti sociali e, da ultimo, le nostre scelte, anche in campo politico".

4 Lo sottolineano Attias, L.; Scorza, G.: "La consapevolezza digitale al servizio dell'etica", *Dir. informaz. e inf.*, 2019, 6, pp. 1191 ss.

5 Quando si discorre di "parresia digitale" si suole intendere una situazione di estrema confusione, in cui chiunque si ritiene autorizzato a dire qualsiasi cosa e a pubblicarla *online*, come osserva F. Colombo, "Controllo, identità, parresia. Un approccio foucaultiano al *web* 2.0", *Comunicazioni sociali*, 2012, 2, p. 209.

6 Il tema è ben affrontato da Trimarchi, R.: "Contrastare l'*hate speech*: l'anonimato digitale e l'importanza delle piattaforme digitali per il professionista ", *Not*., 2021, 3, pp. 261 ss., per cui "contrastare l'*hate speech* e, più in generale la disinformazione, richiede una classe politica che promuova l'educazione e la

• Angela Mendola
Professore a contratto di diritto privato, Università degli studi di Salerno
amendola@unisa.it.

che si pensi al fatto che "(...) a differenza della pubblicazione cartacea, destinata per sua natura a venire accantonata e non più letta dopo un certo tempo, la fruizione della notizia in rete è permanente e continua e dunque (…) si aggrava il pericolo di un pregiudizio"[7]. Sono, d'altronde, le componenti strutturali della rete ad agevolare messaggi ostili, aumentandone di conseguenza le potenzialità lesive per effetto di un semplice like, di un tweet, di una condivisione[8], quindi dell'infinita replicabilità e dell'agevole veicolabilità dei contenuti illeciti. I messaggi d'odio, del resto, non fanno che sfruttare le peculiarità degli stessi dati personali: la capacità di amplificazione, la persistenza e la viralità, al punto che vi è chi discute di cc.dd. "big data d'odio" che hanno trovato, nel contesto generale dei big data (appunto), e nella loro tecnologia, "un luogo ideale per diffusione e impatto"[9].

Si pensi al fatto che la giurisprudenza tedesca utilizzi il rimedio civilistico dello Störerhaftung per colpire l'utente che ha creato o veicolato un contenuto pregiudizievole il quale non solo è investito del dovere di rimozione dello stesso, ma anche del compito di adoperarsi affinché cessi ogni altra attività di ripubblicazione o diffusione di tali informazioni[10].

A nulla vale, allora, il frequente rinvio al c.d. "free marketplace of ideas" che evoca il principio per cui la disinformazione e la diffusione di opinioni discriminatorie o offensive dovrebbero essere contrastate attraverso la critica, "in un contesto in cui l'affermazione o la sconfitta di una tesi dovrebbero dipendere solo dalla sua solidità e quindi dalla sua capacità di prevalere sulle tesi contrastanti"[11], in perfetta armonia con il dettato di cui all'art. 21 Cost.

responsabilizzazione dei cittadini e che dovrebbe alimentare, non reprimere, la molteplicità di fonti di opinioni ed informazioni che il *web* garantisce come mai prima d'ora".

7 Trib. Trani, 5 giugno 2009, *Dir. Informaz. e inf.*, 2010, 2, pp. 263 ss., con nota di Sammarco, P.: "Diffamazione *on-line* e nuovi criteri per la determinazione dell'importo risarcitorio". Cfr. Corte cost., 12 luglio 2021, n. 150, in *Foro it.*, 2022, 12, I, 3782, per cui i moderni mezzi di comunicazione "possono incidere grandemente sulla vita privata, familiare, sociale, professionale, politica delle vittime. E tali danni sono suscettibili, oggi, di essere enormemente amplificati proprio dai moderni mezzi di comunicazione, che rendono agevolmente reperibili per chiunque, anche a distanza di molti anni, tutti gli addebiti diffamatori associati al nome della vittima. Questi pregiudizi debbono essere prevenuti dall'ordinamento con strumenti idonei, necessari e proporzionati, nel quadro di un indispensabile bilanciamento con le contrapposte esigenze di tutela della libertà di manifestazione del pensiero, e del diritto di cronaca e di critica in particolare".

8 Gasparini, I.: "L'odio ai tempi della rete: le politiche europee di contrasto all'*online hate speech*", *Jus*, 2017, 3, p. 505 ss.; Nardi, V.: "I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'*internet service provider?*", *Dir. pen. cont.*, 7 marzo 2019, p. 6.

9 Ziccardi, G.: "Profilazione dell'individuo, *big data* e metadati: comprendere le tecnologie attuali per comprendere i contenuti d'odio *online*", *Quad. de La Rivista Gruppo di Pisa, Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarità*, a cura di Lo Calzo, A.; Pace, L.; Serges, G.; Siccardi, C.; Villaschi, P., 2021, 3, p. 56.

10 BGH, 28 luglio 2015 – VI ZR 340/14, in *NJW* 2016, 56. Ai sensi del § 1004 BGB, è considerato un "disturbatore" chiunque, dolosamente o colposamente, abbia cagionato un'interferenza nel godimento di un diritto altrui. Rientra nella normativa non solo il c.d. disturbatore diretto (*unmittelbarer Störer*) ma anche il terzo-disturbatore mediato o indiretto (*mittelbarer Störer*) che abbia agito in sostegno al disturbatore ovvero in modo indipendente, purché fosse possibile per il terzo intervenire in modo legittimo per impedire il verificarsi della turbativa.

11 Cuniberti, M.: "Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di contro", *Riv. dir.* media, 2017, 1, p. 35. Osserva Pitruzzella, G.: "La libertà di informazione nell'era di

Richiama l'attenzione, in tale contesto, l'art. 19 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea poiché colloca tra i principi fondamentali la non discriminazione, aprendo alla tutela di tutti i diritti civili, politici e sociali. I medesimi scopi sono perseguiti anche dalla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea e, in particolare, dall'art. 21, nonché dall'art. 14 CEDU[12].

Dapprima nell'esperienza americana e poi anche in quella europea, tuttavia, si è costretti a fare i conti con l'espressione "hate speech" con cui si è soliti intendere messaggi discriminatori e che veicolino intolleranza. Fenomeno questo che ha una definizione specifica ed è stato oggetto di numerosi interventi normativi in ambito di Unione Europea[13], laddove è stato definito illegale fin dalla Decisione quadro

Internet", Riv. dir. media, 2018, 1, p. 31, che "quando gli individui sono chiusi in bolle autoreferenziali e proliferano le *fake news* e gli *hate speech*, la politica tende a polarizzarsi, seguendo il "neo-tribalismo" che si alimenta nel *web*".

12 Né fondata sul sesso, né sulla razza, né sul colore, né sulla lingua, né sulla religione, né sulle opinioni politiche o su quelle di altro genere quali l'origine nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione.

13 Più da vicino, per *hate speech* si intendono, secondo il Consiglio di Europa, "tutte le forme di espressione miranti a diffondere, fomentare, promuovere o giustificare l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio fondate sull'intolleranza. Tra cui l'intolleranza espressa sotto forma di nazionalismo aggressivo e di etnocentrismo, la discriminazione e l'ostilità nei confronti delle minoranze, dei migranti e delle persone di origine immigrata". In questi termini, cfr. Consiglio d'Europa, *Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on "Hate Speech"*, no. R (97), 30 ottobre 1997, p. 107. Nel 2020, il Consiglio d'Europa ha istituito un Comitato di Esperti sulla lotta all'incitamento all'odio, denominato ADI/MSI-DIS, finalizzato a preparare una bozza di raccomandazione per affrontare e regolamentare il discorso dell'odio nell'ambito del quadro dei diritti umani. Si pensi anche alla Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del dicembre 1965, che obbliga i governi a punire atti discriminatori di stampo razziale, sia nelle istituzioni pubbliche sia negli ambiti privati. Utile è anche il rinvio alla Raccomandazione di politica generale n. 15 della Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza del Consiglio d'Europa (ECRI) del 21 marzo 2016 relativa alla lotta al discorso dell'odio, vale a dire contro "l'istigazione, la promozione o l'incitamento alla denigrazione, all'odio o alla diffamazione nei confronti di una persona o di un gruppo di persone, o il fatto di sottoporre a soprusi, molestie, insulti, stereotipi negativi, stigmatizzazione o minacce tale persona o gruppo, e comprende la giustificazione di queste varie forme di espressione, fondata su una serie di motivi, quali la "razza", il colore, la lingua, la religione o le convinzioni, la nazionalità o l'origine nazionale o etnica, nonché l'ascendenza, l'età, la disabilità, il sesso, l'identità di genere, l'orientamento sessuale e ogni altra caratteristica o situazione personale". In merito, si rinvia a Casarosa, F.: "L'approccio normativo europeo verso il discorso dell'odio *online*: l'equilibrio fra un sistema di '*enforcement*' efficiente ed efficace e la tutela della libertà di espressione", *Questionegiustizia.it*, 2020. Osserva Caggiano, G.: "Il contrasto alla disinformazione tra nuovi obblighi delle piattaforme *online* e tutela dei diritti fondamentali nel quadro del *Digital Service Act* e della co-regolamentazione", Papers *di diritto europeo*, 2021, 1, p. 48, che "la politica dell'Unione in materia appare complessivamente orientata verso un sistema di co-regolamentazione: da un lato, l'armonizzazione legislativa dell'azione contro i contenuti illegali; dall'altro, l'autoregolamentazione dei soggetti interessati per i contenuti legali ma dannosi, sulla base di 'indicazioni' (con aspetti di *soft-law*) della Commissione europea". Sul tema, cfr. altresì Sica, S.; Giannone Codiglione, G.: (a cura di), *Security and Hate Speech. Personal Safety and Data Security: Rights in The Age of Social Media*, Bologna, il Mulino, 2019, *passim*; Giannone Codiglione, G.: *Internet e tutele di diritto civile,* Torino, Giappichelli, 2020, p. 81, per il quale "la violazione dell'onore e della reputazione in ambito digitale nasce in un ambiente che incentiva la comunicazione istintiva e le conseguenti manifestazioni di replica e reazione intesi come impulsi informativi *attivi* (e quindi utili in termini di sfruttamento da parte delle piattaforme), coinvolgendo in modo paritario una sconfinata platea di utenti di ogni ideologia ed estrazione sociale"; e p. 84, "la violazione dell'onore e della reputazione in Internet si pone pertanto come un atto di comunicazione digitale lesivo di una molteplicità di diritti e libertà fondamentali (dignità, uguaglianza, non discriminazione, riservatezza, identità personale), che sovente non è fine a se stesso, ma risulta mirato ad innescare ulteriori focolai e catene comunicative, così da renderne sempre più difficile l'interruzione e la completa eradicazione".

2008/913/JHA del 28 novembre 2008[14], in un'ottica di costante counter-speech, o "contro-discorso".

Il tema dell'hate speech in rete è stato altresì ambito d'analisi di numerose pronunce da parte della Corte EDU, la quale ha fornito un contributo fondamentale proprio nella definizione del fenomeno, delle sue caratteristiche e dei suoi limiti[15]. Una rassegna delle più importanti decisioni dei Giudici di Strasburgo consente innanzitutto di desumere la sussistenza di un orientamento concorde nel qualificare la comunicazione online come una declinazione della libertà di manifestazione del pensiero[16] - e, pertanto, di includerla nell'ambito applicativo dell'art. 10 CEDU[17]. Libertà questa che, nel sistema convenzionale, costituisce una delle essenziali fondamenta di una società democratica, nonché una delle condizioni basilari per lo sviluppo della persona umana[18]. Sicché la Corte di Strasburgo ha confermato che l'hate speech[19] rappresenti un attacco all'integrità fisica e mentale di coloro che ne sono i destinatari[20], ristretti nelle loro libertà, in quanto l'esigenza di sottrarsi a messaggi d'odio li porta a modificare le proprie abitudini di vita e, in molti casi, a rinunciare a esprimere le loro personali opinioni.

1. Le condizioni generali di contratto di Facebook, Instagram, Twitter, e il "Code of Conduct on illegal online hate speech".

A prospettarsi, soprattutto nei *social network*, sono forme estreme di espressione caratterizzate da violenza delle parole, dettata da fini politici o di aggressione verso gruppi sociali e minoranze, in evidente contrasto con il

14 La risposta ai discorsi di odio trova anche espressione in organismi come l'UNAR, vale a dire l'Ufficio per la promozione delle parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni fondate sulla razza o sull'origine etnica. Parimenti a dirsi per l'Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori (OSCAD), come puntualizza Spatuzzi, A.: "*Hate speech* e tutela della persona. Tra incertezza del paradigma e declinabilità dei rimedi", *Dir. fam. pers*., 2021, 2, pp. 888 ss.

15 Caruso, C.: *Ai confini dell'abuso del diritto: l'*Hate Speech nella *giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in Mezzetti L.; Morrone A. (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Atti del Convegno internazionale di studi*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 339 ss.

16 Ricorrente è l'impiego di collegamenti ipertestuali sicché si pone il problema di imputare o meno in capo all'autore del *link* una responsabilità allorché risulti accertata la natura diffamatoria o comunque illecita dei contenuti esterni richiamati. Al riguardo, cfr. Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2019, *Magyar Jeti Zrt c. Hungary*, *Nuova giur. civ. comm*., 2019, 5, pp. 1024 ss., con nota di Falconi, F.: "Diffamazione via *hyperlinking* e tutela della libertà di informazione *on-line*", per cui la neutralità della tecnica del collegamento ipertestuale preclude alle autorità nazionali di imputare una responsabilità giuridica a carico del portale di notizie *on-line* autore del *link*, salvo ricorrano particolari condizioni da accertare caso per caso alla luce della fattispecie concreta.

17 Gli orientamenti della Corte europea in tal senso sono raccolti in *Freedom of expression in Europe: case-law concerning article of the European Convention on Human Rights*, pubblicato a cura del Consiglio d'Europa nel 2007.

18 Essa, "comportando doveri e responsabilità", può essere sottoposta, ai sensi dell'art. 10 par. 2 CEDU, "alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui".

19 Relativo, nel caso di specie, all'orientamento sessuale dei ricorrenti.

20 Corte eur. dir. uomo, 14 gennaio 2020, *Beizaras e Levickas c. Lituania*, *www.echr.coe.int*.

rispetto dei diritti fondamentali della persona[21] e, vale a dire, di beni cc.dd. di tipo informazionale, quali l'onore e la reputazione.

E, proprio al fine di fronteggiare il proliferare di siffatti fenomeni di condivisione digitale patologica, l'Unione Europea ha concordato, il 31 maggio 2016, con Facebook, Microsoft, Twitter e You Tube, il "Code of Conduct on illegal online hate speech". Esso prevede l'implementazione di procedure per la segnalazione da parte degli utenti dei contenuti illeciti e per la loro rimozione; l'impegno a riscontrare i reclami concernenti hate speech e a rimuovere i messaggi lesivi; nonché una migliore informazione agli utenti sulle tipologie di contenuti non permessi e sulle procedure di rimozione degli stessi.

Il contesto di riferimento è quello del sistema interattivo web 2.0[22], che offre al "cittadino della rete"[23] non solo la possibilità di navigazione tra le pagine caricate, ma altresì quella di partecipare alla creazione e alla condivisione dei contenuti digitali, dei quali è, contemporaneamente, fruitore e produttore[24]. Ad emergere è un nuovo genere mediale, costituito da contenuti soggettivamente privati[25], in quanto generati dagli utenti[26], utilizzatori e creatori di informazioni. Tale processo vede invero l'utente aderire alle condizioni generali di contratto determinate unilateralmente dalle piattaforme informatiche[27], nell'ambito di contratti di diritto privato, in cui è possibile rinvenire clausole che consentono ai gestori di rimuovere contenuti illeciti o semplicemente non in linea con i principi su cui si fondano le piattaforme stesse[28].

Le condizioni generali di utilizzo dei principali social network appaiono, in tal senso, piuttosto attente al tema dei contenuti d'odio. Quelle di Facebook, ad

21 Si veda, Ziccardi, G.: "*Internet* e le espressioni d'odio: influenza della tecnologia e strategie di contrasto", *Ciberspazio e diritto*, 2015, 3, pp. 387 ss.; Magnani, C.: "Libertà di espressione e *fake news*, il difficile rapporto tra verità e diritto. Una prospettiva teorica", *www.costutizionalismo.it*, 4 aprile 2019.

22 Per differenziarla da quella *web* 1.0, rappresentata, invece, "prevalentemente da siti informativi statici che, al di là della navigazione tra le pagine caricate, l'uso delle *e-mail* e dei motori di ricerca, non offrivano la possibilità di interazione con l'utente, cioè la capacità tecnica per quest'ultimo di contribuire ai contenuti informativi offerti *on-line*", come sottolinea Agnino, F.: "Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti? (vedi contratto *facebook*)", *Giur. merito*, 2012, 12, pp. 2555 ss.

23 In questi termini, Rodotà, S: *op. cit.*, p. 38, che indica, come contenuto essenziale dello *status* di cittadino della rete, la libertà di utilizzazione, il diritto alla conoscenza e quello alla *privacy*.

24 Agnino, F.: *op. cit.*, pp. 2555 ss. Cfr. altresì Galli, C.: "*Social media*, segni distintivi e lealtà della concorrenza, tra *influencer*, *trend setters*, *fake news* e pubblicità", *Dir. ind.*, 2019, 2, pp. 122 ss., il quale pone l'attenzione sull'evoluzione della rete *web* verso forme sempre più accentuate di interattività, che coinvolgono gli utenti come produttori di contenuti.

25 Si discute, infatti, di *user's generated content*.

26 Per una analisi in merito sia consentito il rinvio a Mendola, A.: "Atto di consumo e libertà di scelta nel *social media marketing*", *Riv. dir. priv.*, 2022, 3, pp. 423 ss.

27 Le *terms and conditions* delle piattaforme integrano contratti per adesione, che gli utenti possono solo accettare, senza apporre alcuna modifica.

28 Puntualizza Riccio, G. M.: *La giurisprudenza su* Facebook/Casa Pound e *l'esigenza di eteroregolazione del contratto con il* social network, cit., pp. 339 ss., il quale osserva come tutte le piattaforme consentono agli utenti di bloccare altri utenti, ossia di impedire o di limitare l'accesso ai contenuti pubblicati o ricondivisi per mezzo dei propri *account*.

esempio, si preoccupano di definire l'hate speech come un attacco diretto rivolto a persone, sulla base di particolari caratteristiche, considerate protette[29]. Vengono poi ritenuti integranti la nozione di "attacco", rilevante ai fini della predetta fattispecie, discorsi violenti o disumanizzanti, stereotipi offensivi, affermazioni di inferiorità, espressioni di disprezzo, disgusto o rifiuto, imprecazioni e incitazioni all'esclusione, ecc.[30].

Non dissimili risultano i termini e le condizioni di Instagram, laddove si prevede che i contenuti condivisi dagli utenti possono essere rimossi ove contrastanti con le policy della piattaforma. A tal fine, la stessa si riserva la facoltà di rifiutare o interrompere la fornitura del servizio in una serie di casi, quali il mancato rispetto delle normative predisposte dal social, la ripetuta violazione dei diritti di proprietà intellettuale di terzi, oltre che nei casi consentiti o disposti dalla legge. Si prevede inoltre la possibilità di cessazione o modifica del servizio, di rimozione o blocco dei contenuti o delle informazioni condivise, nonché di interruzione totale o parziale della relativa fornitura, allorché ciò risulti necessario al fine di evitare o limitare conseguenze pregiudizievoli in danno della piattaforma. Nell'ipotesi in cui quest'ultima provveda a rimuovere contenuti, è chiaramente previsto che di ciò sia data informazione all'utente, cui vengono altresì illustrate le opzioni di cui dispone onde richiedere un ulteriore controllo. Prerogativa questa che è esclusa allorché l'utilizzatore medesimo abbia violato in modo serio o reiterato le condizioni in parola oppure ove un simile modo di agire finisca per esporre la società o altri suoi utenti a responsabilità, arrechi pregiudizio alla sua community, comprometta o interferisca con l'integrità o il funzionamento di propri servizi, ecc. A tutela dell'utente, si prevede, poi, la possibilità di interfacciarsi con l'apposito centro assistenza, ove si ritenga che il proprio account sia stato chiuso per errore oppure si desideri disabilitarlo o eliminarlo in via permanente.

Similmente, le condizioni di accesso di Twitter riservano alla società il diritto di rimuovere quei contenuti che non rispettino il consenso prestato dall'utente. Vengono ricondotte a siffatta ipotesi, a titolo esemplificativo, le violazioni dei diritti in materia di proprietà intellettuale, nonché le ipotesi di sostituzione di persona, di condotta illecita o di molestia. Accanto a ciò, la società si attribuisce la facoltà di sospendere un account ove ne venga segnalato il mancato rispetto delle regole della piattaforma.

29 Quali la razza, l'etnia, la nazionalità, la disabilità, l'affiliazione religiosa, l'orientamento sessuale, il sesso, l'identità di genere e gravi patologie. Inoltre, ci si premura di precisare che, laddove in aggiunta a queste si faccia riferimento ad altre caratteristiche protette, tra esse deve altresì annoverarsi l'età.

30 In tale contesto, viene peraltro proibito l'uso di stereotipi offensivi, definiti come confronti disumanizzanti storicamente utilizzati per attaccare, intimidire o escludere gruppi specifici e spesso legati alla violenza fisica *offline*.

Diversi sociali network hanno, pertanto, iniziato ad implementare e ad applicare più rigidamente "termini e condizioni" d'uso e le proprie normative, scegliendo così di valorizzare la strada dell'auto-regolazione, di cui emblematica si rivela (su iniziativa di Facebook) l'istituzione dell'Oversight Board, quale organo cui rivolgersi ove si voglia contestare la legittimità di una rimozione di contenuti, un oscuramento di un post, la disattivazione di un profilo, ecc.[31]. Come a dire che le piattaforme digitali hanno creato un apposito sindacato sulle proprie decisioni alternativo o comunque parallelo rispetto ai canali tradizionali della tutela giurisdizionale[32].

In merito a tali condizioni generali di contratto, la Grande Camera della Corte EDU ha affermato che laddove un portale ammetta la diffusione di commenti che offendono la reputazione o incitano all'odio e non proceda alla rimozione dei detti messaggi, può essere condannato al risarcimento del danno non patrimoniale, senza che si configuri una violazione della libertà di espressione[33], garantita dall'art. 10 CEDU[34]. Per la Corte, nel valutare se l'ingerenza nella detta libertà sia necessaria

31 Si tratta di un organo collegiale, indipendente da Facebook, a cui potranno rivolgersi gli utenti che non si trovino d'accordo con la decisione finale assunta dalla piattaforma, affinché si pronunci definitivamente sulla legittimità di tale decisione secondo quanto stabilito dalle condizioni d'uso e dagli *standard* della *community*. Sul tema, si rinvia a Bianchi, P.: Piesczek e l'Independent Oversight Bo*ard di FB: piccoli passi verso la censura collaterale*, *Consulta online*. Liber amicorum *per Pasquale Costanzo*, 10 febbraio 2020, p. 6 s.; Giubileo, A.: "Il nuovo *Oversight Board* istituito per il controllo dei contenuti su *Facebook* alla luce delle sue prime decisioni: tra natura paragiurisdizionale e tutela della libertà d'espressione", *Quad. de La Rivista Gruppo di Pisa, Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarità*, a cura di Lo Calzo, A.; Pace, L.; Serges, G.; Siccardi, C.; Villaschi, P., 2021, 3, pp. 179 ss.

32 Giubileo, A.: *op. cit*., p. 192.

33 Corte eur. dir. uomo, 16 giugno 2015, Grande Camera, *Delfi AS c. Estonia*, *www.echr.coe.int*. La vicenda aveva ad oggetto il ricorso della società Delfi avverso la condanna definitiva pronunciata dal giudice nazionale al risarcimento del danno non patrimoniale patito da un membro del consiglio di amministrazione di una società diffamato da commenti anonimi resi nell'ambito di un'inchiesta giornalistica pubblicata sulla piattaforma *web* direttamente dal *provider*. Per un commento si rinvia a Petruso, R.: "Responsabilità delle piattaforme *online,* oscuramento di siti *web* e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo", *Dir. informaz.* e *inf*., 2018, 3, pp. 511 ss. L'a. specifica che, sul piano interno, il portale, sebbene munito di un sistema di rimozione dei contenuti illeciti su segnalazione ("*notice and take down*") e di un *software* volto alla rimozione automatica dei commenti formulati con termini osceni o lascivi, fu condannato al risarcimento del danno alla stregua dei principi della responsabilità editoriale per non essersi attivato, di propria iniziativa, per la tempestiva rimozione dei contenuti diffamatori. Sul tema, in generale, cfr. altresì Mula, D.: *La responsabilità del portale*, in Bianca, M.; Gambino, A.; Messinetti, R. (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 73 ss.
Cfr. Corte eur. dir. uomo, 2 settembre 2021, *Sanchez v. Francia*, *Riv. dir.* media, 2021, 3, pp. 211 ss., con nota di Castellaneta, M..: "Responsabilità del politico per commenti altrui su *Facebook*: conforme alla Convenzione europea la 'tolleranza zero' nei casi di messaggi d'odio", per cui il politico che non rimuove tempestivamente commenti di incitamento all'odio o alla violenza dalla sua bacheca su *Facebook*, utilizzata durante una campagna elettorale, può essere considerato responsabile di *hate speech* in modo analogo all'autore del commento, se non adotta alcuna misura per impedire la diffusione dei messaggi posti da terzi. In questi casi, secondo la Corte Edu, l'ingerenza nel diritto alla libertà di espressione è considerata necessaria in una società democratica e la condanna del politico non comporta una violazione dell'art. 10 della Convenzione europea". L'a. osserva che, nella scelta di non rimuovere il commento, il politico ha partecipato attivamente alla diffusione del messaggio con l'intento di incitare all'odio e alla violenza e, attraverso la propria pagina, accelerare la diffusione dell'*hate speech*.

34 Segnatamente, l'art. 10 CEDU prevede che: "Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera. Il presente articolo non impedisce che gli Stati sottopongano a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, di cinema o di televisione. 2. L'esercizio di queste libertà, comportando doveri e responsabilità, può essere sottoposto a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge e costituenti misure necessarie in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine

in una società democratica, è indispensabile indagare il contesto dei commenti, le misure predisposte per prevenire o rimuovere i messaggi diffamatori, nonché la responsabilità degli autori di questi ultimi[35].

Ma vi è di più. Ed infatti, i Giudici di Strasburgo si sono spinti al punto da osservare che i commenti offensivi non costituiscono incitamento all'odio e minacce per l'integrità fisica di terzi qualora le espressioni utilizzate risultino di uso comune su molti siti web e i richiedenti tutela abbiano adottato le giuste misure per evitare commenti diffamatori sui loro portali o per rimuoverli - come, ad esempio, un disclaimer nelle condizioni generali e un sistema di eliminazione di commenti offensivi basato sul notice-and-take-down[36]. Nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, quindi, si accorda tutela ad ogni forma di manifestazione del pensiero, senza considerare lo scopo perseguito, né il contenuto, che rilevano solo ai fini del grado di protezione da approntare[37].

2. L'esperienza americana e il quadro normativo-giurisprudenziale europeo nel contrasto ai discorsi d'odio.

I modelli - statunitense ed europeo - come ormai noto, adottano soluzioni divergenti rispetto al fenomeno dei discorsi d'odio. Il primo, in nome del freedom of speech, sancito nel Primo Emendamento della Costituzione americana, ripudia limiti alla libertà di esprimersi[38]; il secondo, invece, si fonda su un corretto equilibrio tra diritti fondamentali in misura tale da giustificare anche restrizioni alla libertà di espressione sul web in funzione della tutela dei diritti della personalità[39]. Su questa

pubblico, la prevenzione dei disordini e dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, o per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o per garantire l'autorità e la imparzialità del potere giudiziario".

35 Così, Corte eur. dir. uomo, 2 febbraio 2016, *MTE and Index.hu Zrt v. Hungary*, *Guida al dir.*, 2016, 11, pp. 104 ss., con nota di Castellaneta, M.: "Non c'è responsabilità oggettiva dei portali che pubblicano commenti senza filtro se non c'è incitamento all'odio", per cui l'affermazione della responsabilità oggettiva di portali che pubblicano commenti senza filtro è incompatibile, salvo nei casi di *hate speech*, con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

36 Corte eur. dir. uomo, 2 febbraio 2016, *MTE and Index.hu Zrt v. Hungary*, cit.

37 Così Apa, E.: *La pubblicità commerciale*, Napoli, Jovene, 2011, p. 72; cfr. Sammarco, P.: "Libertà di espressione, comunicazioni pubblicitarie e loro restrizioni nella giurisprudenza comunitaria", *Dir. informaz. e inf.*, 2009, 3, pp. 479 ss.

38 Ai sensi del I Emendamento della Costituzione statunitense: "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*". Ricorda Pollicino, O.: "La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di *Internet*", *Riv. dir.* media, 2018, 1, p. 64, come cruciale, nell'economia dell'interpretazione costituzionale della libertà di espressione, sia la dottrina del *clear and present danger*, elaborata da Justice Holmes. Costruzione questa che individua in modo più puntuale i limiti all'esercizio del *free speech*, senza però negare l'esigenza che ogni limitazione sia assoggettata a uno *strict scrutiny*, ossia a uno scrutinio che assicuri la necessità (ossia l'assenza di altre misure meno "invasive") della restrizione al fine di perseguire un altro obiettivo legittimo "concorrente".

39 Rimarca Pollicino, O.: *op. cit.*, p. 69, per cui "se l'Europa, e in particolare la giurisprudenza delle sue corti, si caratterizza per una dimensione di marcata ostilità rispetto all'estensione della libertà di espressione nel mondo dei *bit*, gli Stati Uniti si contraddistinguono all'opposto come il paese campione della libertà di manifestazione del pensiero anche nel nuovo ecosistema digitale". Sul tema, si rinvia anche ad Abbondante, F.: "Il ruolo dei *social network* nella lotta all''*hate speech*': un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense

premessa e in considerazione di quanto esposto con riguardo alle condizioni generali di contratto, rileva ancora di più la decisione di Facebook, Instagram, Twitter e YouTube di voler bloccare, sospendere e disattivare gli account di Donald Trump per averli utilizzati al fine di fomentare l'odio e la violenza all'interno del dibattito pubblico[40].

Nel sistema americano, è il Communications Decency Act (CDA) del 1996 a prevedere una vera e propria immunità in capo agli intermediari dei servizi, proponendosi di perseguire esclusivamente le condotte che possano favorire la diffusione dei materiali pornografici e non già quelle necessarie al funzionamento della rete (quali, ad esempio, le attività esercitate dai fornitori di accesso, dai motori di ricerca, dagli hosting providers, ecc.)[41]. Il riferimento specifico è al § 230, rubricato "Protection for Private Blocking and Screening of Offensive Material", che si pone l'obiettivo di promuovere lo sviluppo di modelli interattivi di comunicazione; preservare il libero mercato; incoraggiare l'implementazione di sistemi tecnologici di controllo nel caso di informazioni ricevute da singoli, famiglie e scuole; incentivare il progresso e l'utilizzazione dei sistemi di filtraggio e di blocco dell'informazione che consentano ai genitori di creare una restrizione all'accesso da parte dei propri figli a materiali pericolosi, ecc. Il Communications Decency Act - al § 230 (c) - prevede, nella specie, la Good Samaritan Clause fondata sulla buona fede dell'intermediario[42]. Con essa si dispone l'esenzione da responsabilità delle piattaforme quanto ai contenuti ospitati, e caricati da terzi, anche quando, in

e quella europea (*The Role of Social Networks in the Fight Against Hate Speech: A Comparative Analysis between the USA and the European Experience*)", *Riv. it. inf.* e *dir.*, 2017, 1-2, pp. 41 ss.

40 Lo sottolinea Cassano, G.: "Il caso Trump, la cacciata dai *social media* e il diritto positivo. Brevi note in tema di ostracismo nell'era digitale", *Dir.* Internet, 2021, 2, pp. 215 ss. per cui sono ben accolte (e doverose) tutte le moderne tecniche di blocco immediato dei contenuti violenti e discriminatori veicolati per mezzo dei *social network*, ma le stesse non devono tradursi in sentenze inappellabili che dispongono censure nei confronti dei protagonisti del dibattito politico anche quando dai toni aspri ed accesi. Cfr. *Facebook Oversight Board*, *Case decision* 2021-001-FB-FBR, 5 maggio 2021, in *www.oversightboard.com*.

41 Osserva Riccio, G. M.: *La giurisprudenza su* Facebook/Casa Pound *e l'esigenza di eteroregolazione del contratto con il* social network, cit., pp. 339 ss. che le corti americane fanno generalmente riferimento al concetto di *public forum*, equiparando gli spazi virtuali a quelli fisici. La *Supreme Court* distingue tra: *public forum*, vale a dire un luogo pubblico, che è stato sempre utilizzato per *expressive purposes* e, dunque, per finalità di espressione; *designated public forum*, cioè un "bene pubblico che lo Stato ha aperto all'uso del pubblico come luogo per lo svolgimento dell'attività espressiva" e per il quale, una volta aperto, valgono le stesse regole applicate per il *public forum*; e, infine un *non public forum*, cioè un luogo non pubblico, rispetto al quale le autorità pubbliche non possono operare discriminazioni, ma possono unicamente "fare distinzioni che si riferiscono allo scopo speciale per il quale la proprietà è utilizzata". Cfr. altresì Quarta, A.: "*Property* vs. *Freedom of Speech*: cronache americane di un cortocircuito metropolitano", *Pol. diritto*, 2015, 1, pp. 157 ss.; Monti, M.: "La Corte Suprema statunitense e il potere delle piattaforme digitali: considerazione sulla privatizzazione della censura a partire da una *concurring opinion*", *Dpce* online, 2021, 2, pp. 1 ss., in commento a Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Joseph R. Biden, Jr., v. Knight First Amendment Institute*, 593 U. S.

42 Ai sensi di questa disposizione, "*no provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of (a) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or (b) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (1)*".

buona fede, incidano sui diritti protetti dalla Costituzione, ivi compresa la libertà d'espressione.

È la sezione n. 230 del Communications Decency Act - unitamente alla n. 512 del Digital Millennium Copyright Act - a porsi a fondamento della regolazione in materia e a costituire un sistema di "safe harbor" per gli intermediari online[43]. Per godere di siffatto regime, questi ultimi non devono, chiaramente, avere consapevolezza effettiva del fatto che il materiale o un'attività che lo utilizza sul proprio sistema o sulla sua rete stia ponendo in essere una violazione[44]. In assenza di tali effettive conoscenze, l'intermediario non deve essere consapevole di fatti o circostanze da cui risulti l'attività illecita; o, dopo essere venuto a conoscenza o avendone la consapevolezza, deve agire per rimuovere o disabilitare l'accesso al materiale; non deve ricevere alcun diretto beneficio finanziario dallo svolgimento dell'attività illecita, nel caso in cui il fornitore di servizi abbia il diritto o la capacità di controllare tale attività; e, in seguito alla notifica di una presunta violazione, deve agire tempestivamente per la rimozione o la disattivazione dell'accesso al materiale che si ritiene oggetto di attività illecite[45].

43 La § 512(g) prevede una generica presunzione di irresponsabilità a favore del *provider* che in buona fede disabilita l'accesso o rimuove contenuti ed attività sulla base di fatti o circostanze che ne comprovino l'apparente illiceità, a prescindere dal fatto che, in seguito ad ulteriori accertamenti, l'attività possa essere reputata lecita o meno. Questa presunzione non trova applicazione nei casi in cui il prestatore non garantisce un contraddittorio minimo tra il titolare del *copyright* che si presume violato e l'autore delle attività o dei contenuti oggetto di notifica. La SEC 512 D.M.C.A. al par. K definisce il *serviceprovider* come: "(A) *As used in subsection (a), the term "service provider" means an entity offering the transmission, routing or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user's choosing, without modification to the content of the material as sent or received.* (B) *As used in this section, other than subsection (a), the term, service provider, means a provider of online services or network access, or operator of facilities therefore, and includes an entity described in subparagraph* (A). (2) *Monetary relief. – As used in this section, the term 'monetary relief' means damages, costs, attorneys'fees, and any other form of monetary payment*".

44 Osserva Del Corona, L.: "*Social Media* e la disinformazione scientifica: spunti per un cambiamento di rotta alla luce dell'esperienza statunitense ed europea", *Quad. de La Rivista Gruppo di Pisa, Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarità*, a cura di Lo Calzo, A.; Pace, L.; Serges, G.; Siccardi, C.; Villaschi, P., cit., p. 483: "Così come interpretate, (…), le disposizioni della Sezione 230 del Communications Decency Act possono creare non pochi problemi in termini di tutela dei diritti fondamentali nel mondo digitale: l'assoluta tutela di cui gode la libertà di espressione fa sì che le attività di censura e moderazione dei contenuti in rete siano sostanzialmente riservate al monopolio delle piattaforme digitali, le quali si trovano in tal modo investite di un enorme potere, non controbilanciato da alcuna forma di responsabilità, posto che la Sezione 230 del Communications Decency Act è interpretata dalla giurisprudenza in modo estensivo e copre di immunità anche le piattaforme digitali che esercitino forme di censura".

45 Ricevuta la notifica, il prestatore è tenuto per legge a rimuovere o disabilitare l'accesso al contenuto considerato manifestamente illecito in un termine variabile dalle 24 ore ad un massimo di 7 giorni dalla ricezione della segnalazione, a meno che la richiesta non venga inoltrata ad un organo di autoregolamentazione accreditato dall'Autorità di controllo competente. In determinati casi, il *provider* può richiedere la proroga di ulteriori 7 giorni anche al fine di garantire un contraddittorio minimo con l'utente che ha generato o condiviso il contenuto oggetto di segnalazione. Il prestatore è obbligato ad informare l'utente che ha caricato i contenuti della decisione adottata e delle motivazioni su cui essa si fonda. In caso di rimozione del contenuto è poi tenuto a documentare e conservare tutti gli atti relativi al procedimento di segnalazione ai sensi delle direttive 2000/31/CE e 2010/13/UE, per un periodo di dieci settimane. Il soggetto che si reputa leso dai contenuti non rimossi o disabilitati a seguito della procedura di segnalazione, può rivolgersi al giudice di merito al fine di ottenere una riforma della decisione. La questione può essere decisa anche in assenza di discussione orale e la decisione non è impugnabile. Nel caso di accoglimento della domanda, l'organo amministrativo indipendente è tenuto ad emanare un provvedimento in cui dichiara l'illiceità dei contenuti oggetto di contestazione, come puntualizza Giannone Codiglione, G.: *Internet e tutele di diritto civile,* cit., p. 108.

Va, tuttavia, specificato che benché la Costituzione americana garantisca la libertà di espressione in modo apparentemente assoluto, non contemplando alcuna limitazione, la giurisprudenza della Supreme Court, in realtà, attua un concreto bilanciamento tra la freedom of speech e altri diritti e libertà, tra cui la privacy, l'onore e la reputazione[46].

Venendo alla prospettiva europea, in Francia, il legislatore ha approvato la Loi n. 2018-1202 del 22 dicembre 2018, "contro la manipolazione dell'informazione" durante il periodo elettorale, che impone ai gestori di piattaforme informatiche obblighi di trasparenza[47]. Al riguardo, rilevante risulta la decisione del Tribunal de Grande Istance di Parigi, emanata in data 17 maggio 2019. In tale occasione, l'autorità giudiziaria ha negato che il tweet di un ministro del governo francese potesse integrare la fattispecie prevista dall'articolo L163-2 du code électoral che, appunto, stigmatizza la manipolazione dell'informazione. E ciò in quanto, per i giudici francesi, ancorché il tweet fosse stato espresso in termini esagerati, non si era impedito un regolare svolgimento del dibattito politico poiché era stata offerta, anche via web, ampia possibilità di contestazione[48]. A completamento di tale ricostruzione si consideri anche che, il 13 maggio 2020, l'Assemblée nationale ha approvato definitivamente la legge n. 2020-776, «visant à lutter contre les contenus haineux sur internet» (c.d. loi Avia) la quale prevedeva, a carico delle piattaforme, obblighi di oscuramento di contenuti illeciti[49]. Poiché, tuttavia, tale normativa delineava limiti alla libertà d'espressione non giustificati dalla presenza di un effettivo pericolo per la democrazia, la stessa è stata in parte dichiarata incostituzionale dal Conseil Constitutionnel con decisione del 18 giugno 2020[50] - pur ribadendosi la possibilità di limitare la libertà di espressione e di comunicazione su internet al fine di frenare gli abusi.

Ad aver rappresentato un primo intervento organico di uno Stato membro dell'Unione europea volto ad introdurre strumenti per il contrasto degli illeciti

46 Al riguardo, si rinvia alle osservazioni di D'Antonio, V.; Stanzione, M.G.: *Libertà di espressione* e privacy *nel dialogo delle Corti*, in *Comunicazione, linguaggi* e *società*. Studi in onore di Annibale Elia, Bogotà, Penguin Random House Grupo Editorial, 2022, p. 125.

47 Prevedendo, in caso di violazioni, pene fino a un anno di reclusione e settantacinquemila euro di ammenda. In un'ottica comparatistica, cfr. Falletti, E.: "Politici su *Twitter:* le decisioni delle corti straniere", *www.quotidianogiuridico.it*, 18 luglio 2019.

48 La ricostruzione è di Falletti, E.: *op. cit*.

49 Siccardi, C.: *La* loi Avia. *La legge francese contro l'odio* on line *(o quello che ne rimane)*, in D'Amico, M.; Siccardi, C.: (a cura di), *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire* e *contrastare* l'hate speech on line, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 171 ss.

50 Conseil constitutionnel, n. 2020-801 DC del 18 giugno 2020, *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*.

sulle piattaforme del c.d. web 2.0[51] è, però, stato l'ordinamento giuridico tedesco, sol che si pensi che il Bundestag ha approvato, il 30 giugno 2017, una legge (Netzwerkdurchsetzungsgesetz) contro l'odio in rete[52]. La citata normativa ha introdotto, per i portali aventi almeno due milioni di utenti, un dovere di rendicontazione e di gestione dei reclami ricevuti per la pubblicazione di contenuti illeciti. L'obbligo - la cui inottemperanza determina multe elevatissime - è quello di provvedere a verificare i contenuti pubblicati e rimuovere o bloccare messaggi incitanti all'odio o falsi. La normativa tedesca, in particolare, prevede che i social media predispongano un sistema di notifica dei contenuti illeciti facilmente accessibile. Le norme sulla detta procedura di segnalazione si basano, inoltre, sulla tempestività dell'intervento di rimozione o disabilitazione dell'accesso e sulla possibilità di garantire un contraddittorio minimo al soggetto che ha immesso in rete il contenuto sospetto.

Diversa, invece, l'impostazione della giurisprudenza tedesca. Nel maggio 2019, il Bundesverfassungsgericht ha, infatti, ordinato a Facebook di ripristinare l'accesso alla pagina di un partito politico che era stata oggetto di oscuramento poco prima che si tenessero le elezioni del Parlamento europeo[53]. La vicenda aveva tratto origine dalla decisione di Facebook di rimuovere un articolo - considerato forma di hate speech - che era stato pubblicato sulla pagina appartenente al partito politico il quale poi aveva proposto ricorso per violazione dell'art. 5 della Legge fondamentale tedesca. Quest'ultima garantisce, infatti, la libertà di espressione, anche in combinazione con altre previsioni a tutela del pluralismo politico[54].

Il Bundesverfassungsgericht, pur riconoscendo che le comunicazioni violassero effettivamente le policy della piattaforma e la normativa tedesca in materia, giungeva alla conclusione di ordinare il ripristino della pagina social del partito in quanto Facebook costituisce uno spazio di particolare importanza per il mutuo scambio di espressioni. Di talché negarne l'accesso a un partito politico, soprattutto nel contesto di una campagna elettorale, avrebbe significato privare quest'ultimo di uno spazio di divulgazione delle proprie idee[55].

51 Giannone Codiglione, G.: "La nuova legge tedesca per l'*enforcement* dei diritti sui *social media*", cit., p. 728, il quale specifica che il NetzDG si propone di contrastare il linguaggio dell'odio on line ed ogni forma di discriminazione basata sull'opinione, il colore della pelle, l'etnia, la religione, le tendenze sessuali, per poi estendersi a tutti i comportamenti illeciti sui social media, compresa la diffusione di notizie non veritiere.

52 *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken* (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz* - NetzDG), in *https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/NetzDG.html.*

53 In sede di giudizio cautelare, la giurisprudenza aveva rigettato le istanze dei ricorrenti, che lamentavano appunto la disattivazione del proprio spazio virtuale, riconoscendo la legittimità dell'azione del *social network*.

54 Bassini, M.: "Libertà di espressione e *social network,* tra nuovi 'spazi pubblici' e 'poteri privati□'. Spunti di comparazione", *Riv. dir.* media, 2021, 2, pp. 43 ss. È opportuno ricordare che, in Germania, sin dal 1997, la Commissione sulla concentrazione nei media (*Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich, KEK*) promuove la tutela del pluralismo.

55 Magnani, C.: *op. cit.*

Si pensi ancora alla decisione del Bundesgerichtshof, del 23 settembre 2014, la quale, dinanzi alla richiesta di un sanitario di rimuovere da una piattaforma informatica i commenti degli utenti sul proprio operato, ha fatto prevalere la libertà di espressione sul diritto della personalità, dal momento che le informazioni raccolte sul sito coinvolgevano soltanto la sfera sociale della personalità del professionista. In questo senso, l'ordinamento avrebbe favorito l'esercizio del diritto di critica, apprestando le sue tutele soltanto in estreme ipotesi di stigmatizzazione ed emarginazione del richiedente protezione. A prevalere nella ricostruzione consegnataci dalla giurisprudenza tedesca, fu, dunque, il free speech[56].

3. La giurisprudenza italiana nelle vicende CasaPound e Forza Nuova c. Facebook: disattivazione di profili social e responsabilità c.d. da posizione.

È, invece, il testo del d.d.l. n. 634 presentato alla Camera dei Deputati, in data 11 luglio 2018, ad offrire un quadro sulla situazione in Italia[57]. È qui, infatti, che si collegano all'hate speech "l'utilizzo di contenuti o espressioni miranti a diffondere, propagandare o fomentare l'odio, la discriminazione e la violenza per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi, ovvero fondati sull'identità di genere, sull'orientamento sessuale, sulla disabilità, o sulle condizioni personali e sociali, attraverso la diffusione e la distribuzione di scritti, immagini o altro materiale anche mediante la rete internet, i social network o altre piattaforme telematiche"[58].

Di hate speech discute anche la giurisprudenza italiana, nell'ambito della quale, più che altrove, si ravvisa un intenso contrasto interpretativo.

Prima fra tutte, la pronuncia del Tribunale di Roma, del 12 dicembre 2019[59], secondo la quale la disattivazione di una pagina Facebook può essere eseguita dal gestore del social network soltanto a seguito di un giudizio di piena cognizione che accerti l'illiceità dei contenuti, configurandosi altrimenti una violazione del principio

56 Cfr. Giannone Codiglione, G.: "Reputazione *on line*, sistemi di *rating* e anonimato in una recente decisione della Corte di Cassazione tedesca", *Dir. informaz. e inf.*, 2015, 1, p. 169 (nota a BGH, 23 settembre 2014).

57 Rubricato "Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di contrasto all'istigazione all'odio e alla discriminazione (*hate speech*)".

58 L'AGCOM ha, peraltro, avviato nel giugno 2016, con Delibera n. 309/16/CONS, una indagine conoscitiva su "Piattaforme digitali e sistema dell'informazione", alla quale ha fatto seguito "l'istituzione di un tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali" (Delibera n. 423/17/CONS).

59 Trib. Roma, 12 dicembre 2019, *Foro it.*, 2020, 2, 1, c. 722; e *Danno e resp.*, 2020, 4, pp. 489 ss., con nota di Quarta, A.: "Disattivazione della pagina *Facebook*. Il caso *CasaPound* tra diritto dei contratti e bilanciamento dei diritti". Cfr. altresì il commento di Venanzoni, A.: "Pluralismo politico e valore di spazio di dibattito pubblico della piattaforma *social Facebook:* la vicenda *CasaPound* (Tribunale Civile di Roma, sezione specializzata in materia d'Impresa, ord. 12 dicembre 2019)", *Dir.* internet, 12 dicembre 2019. Per un ulteriore commento cfr. Mazzolai, B.: "La censura su piattaforme digitali private: il caso *Casa Pound* c. *Facebook*", *Dir. informaz. e inf.*, 2020, 1, pp. 109 ss.; Villaschi, P.: "*Facebook* come la RAI*?:* note a margine dell'ordinanza del Tribunale di Roma del 12.12.2019 sul caso *CasaPound* c. *Facebook*", *Oss. cost.*, 2020, 2, pp. 430 ss.

costituzionale del pluralismo politico e del diritto alla libertà di espressione[60]. Nel caso di specie, per la società Facebook, la divulgazione, da parte dell'associazione CasaPound, tramite la pagina poi disattivata, di contenuti che incitavano all'odio, aveva rappresentato una condotta a seguito della quale poter determinare lo scioglimento del contratto, secondo quanto previsto dalle condizioni d'uso accettate dagli utenti. Questi ultimi, di converso, nel domandare la riattivazione della pagina, avevano evidenziato "il rispetto da parte dell'Associazione delle 'Condizioni d'uso' del social network", e, di conseguenza, l'impossibilità di configurare l'inadempimento da cui far discendere la risoluzione del contratto.

Per l'autorità giudiziaria - secondo la quale il rapporto tra utente e Facebook non è assimilabile ad una relazione "tra due soggetti privati qualsiasi in quanto una delle parti, appunto Facebook, ricopre una speciale posizione" - evidentemente, sussistevano i presupposti per accordare una tutela cautelare, ordinando, pertanto, l'immediata riattivazione della pagina. Si sarebbe, così, garantito un bilanciamento di diritti contrapposti nell'attesa di un giudizio di cognizione piena, che sarebbe l'unico all'esito del quale si potrebbe autorizzare una disattivazione di profili da parte del gestore della piattaforma. Il punto centrale è che, secondo l'autorità giudiziaria, l'assenza dal social network coincide con l'esclusione dal dibattito, come testimoniato dal fatto che gli esponenti politici italiani, di norma, affidino alla pagina Facebook i messaggi politici e la diffusione delle idee del proprio movimento. Visto, dunque, il ruolo che la piattaforma può svolgere rispetto all'attuazione del pluralismo delle idee e delle posizioni politiche, essa "nella contrattazione con gli utenti [deve] strettamente attenersi al rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali, finché non si dimostri (con accertamento da compiere attraverso una fase a cognizione piena) la loro violazione da parte dell'utente"[61].

La soluzione fin qui delineata dalla giurisprudenza, non risulta, tuttavia, meritevole di accoglimento. Altrimenti opinando, infatti, i diritti di proprietà intellettuale verrebbero collocati in una posizione di supremazia su altri fondamentali e, soprattutto, rispetto ai diritti della personalità. Al contrario, un accertamento giudiziario sarebbe necessario nel momento in cui si domanda la tutela di questi ultimi "e, in particolare, il diritto di non essere discriminato né

60 Cfr. Bruno, B.: "Pluralismo dell'informazione politica sui *media.* Criticità ed esigenze di regolazione del *web*", *Dir.* internet, 2021, 1, pp. 3 ss.; Lo Presti, I.: *CasaPound,* Forza Nuova e *Facebook*. Considerazioni a margine delle recenti ordinanze cautelari e questioni aperte circa la relazione tra partiti politici e *social network*", *Quaderni costituzionali*, 2020, p. 2.

61 Trib. Roma, 12 dicembre 2019, cit. Per Riccio, G.M.: *La giurisprudenza su* Facebook/Casa Pound *e l'esigenza di eteroregolazione del contratto con il* social network, cit., pp. 339 ss. "ritenere che *Facebook* - così come gli altri *social network* - sia sottratto alle regole privatistiche nei rapporti con gli utenti equivale a svilire la natura di società privata, che, a questo punto, sarebbe equiparata ad un potere pubblico, seppur detenuta e finanziata da privati, nonché negare che la società stessa possa assumere preferenze politiche o, semplicemente, rifiutare di fornire i propri servizi a soggetti le cui opinioni politiche o i cui messaggi sono a lei sgraditi".

che la propria persona possa essere minacciata da discorsi di odio"[62]. La tutela da azionare e, vale a dire, la limitazione, la sospensione o la cessazione del servizio di social networking è, peraltro, espressamente disciplinata dall'art. 4, Reg. EU 20 giugno 2019, n. 1150/2019[63], nonché dalla Direttiva n. 770/2019[64], relativa ai contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, recepita con il d.lgs. n. 173/2021[65].

Nondimeno, i diritti costituzionalmente garantiti non possono ritenersi lesi a causa dell'esclusione da Facebook, potendo essi venire esercitati dall'utente in altre piattaforme private che lo consentano e nei contesti pubblici a ciò preposti.

In tal verso, il Tribunale di Siena, con l'ordinanza del 19 gennaio 2020[66], si è occupato di un ulteriore caso di disattivazione decisa da Facebook nei confronti delle pagine di CasaPound, ritenendo che le condizioni d'uso del social network, nelle disposizioni dedicate alla descrizione dei discorsi che incitano all'odio, motivino compiutamente il diritto di origine contrattuale di procedere alla disattivazione di profili privati.

Quest'ultima, senza dubbio, nell'ambito di un contratto di diritto privato, non è da qualificarsi come la risoluzione del negozio in forza dell'apposizione di una clausola risolutiva espressa, bensì come la forma digitale assunta online dal recesso del fornitore del servizio, peraltro compiutamente regolamentato[67] e pattiziamente convenuto "o meglio unilateralmente predisposto ed accettato per adesione - all'interno di un contratto atipico e corrispettivo di fornitura di servizi"[68].

Sulla stessa impostazione, vale la pena considerare un'ulteriore ordinanza del Tribunale di Roma, del 23 febbraio 2020[69]. Si è qui affrontato un caso del tutto

62 Riccio, G.M.: *La giurisprudenza su* Facebook/Casa Pound *e l'esigenza di eteroregolazione del contratto con il* social network, cit., pp. 339 ss.

63 Il Reg. EU n. 1150/2019, ai par. 3.3 e 3.14, prevede che la piattaforma sia tenuta ad indicare nelle condizioni generali di contratto "le ragioni che giustificano le decisioni di sospendere, cessare o limitare in altro modo, in tutto o in parte, la fornitura dei servizi di intermediazione *online*".

64 La Direttiva prevede, all'art. 16, comma 5, che, in caso di risoluzione del contratto o recesso, l'operatore economico possa "impedire qualsiasi ulteriore utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale da parte del consumatore, in particolare rendendogli il contenuto digitale o il servizio digitale inaccessibile o disattivando il suo *account* utente".

65 Per un commento alla normativa, cfr. Musio, A.: "Il contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali in cambio di dati personali nel D.Lgs. n. 173/2021", *Dir.* internet, 2022, 2, pp. 202 ss.

66 Trib. Siena, 19 gennaio 2020, *Dir.* internet, versione *online*, 21 gennaio 2020, con nota di Cassano, G.: "Gira la ruota per *CasaPound,* a Siena prevale il regime privatistico del rapporto, ed il profilo rimane disattivato".

67 Su tali casi, v. ampiamente Grandinetti, O.: "*Facebook vs. CasaPound* e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine *social* e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali", *Riv. dir.* media, 2021, 1, pp. 173 ss.

68 Trib. Trieste, 27 novembre 2020, *Giur. it*., 2021, 10, pp. 2089 ss., con nota di Martinelli, S.: "La chiusura dell'*account facebook* di un'associazione: quale tutela?".

69 Il testo dell'ordinanza è consultabile in *Dir.* internet, versione *online*, 28 febbraio 2020, con commento di Stella, M.: "Disattivazione dell'*account facebook* legittima, invero doverosa per il *provider*, se l'utente

analogo rispetto a quello deciso con la pronuncia del dicembre 2019 e sono stati reputati illeciti i contenuti pubblicati dall'associazione Forza Nuova sulla sua pagina Facebook. La decisione è giustificata dal fatto che la libertà di manifestazione del pensiero non può includere discorsi ostili, discriminatori e basati sull'intolleranza, che sono, infatti, proibiti sia in ambito interno che in quello sovranazionale. Vieppiù che, secondo quanto già evidenziato nell'ambito del Codice di condotta sottoscritto con la Commissione Europea, le condizioni d'uso di Facebook vietano contenuti che possano essere interpretati come discorsi di incitazione all'odio[70]. Ragion per cui il social network ha il diritto di risolvere il contratto con gli utenti, atteso che, nel caso di specie, il richiamo agli ideali del fascismo, in svariate iniziative pubbliche e manifestazioni, vale a qualificare Forza Nuova come organizzazione d'odio[71]. Il diritto alla libera manifestazione del pensiero incontra, dunque, il limite del rispetto degli altrui diritti fondamentali, primo tra tutti il diritto alla tutela della dignità umana, nonché il divieto di ogni discriminazione.

Parimenti a dirsi per l'ordinanza del Tribunale di Trieste, del 27 novembre 2020. Qui l'autorità giudiziaria ha sottolineato la "posizione di garanzia" che, in concreto, assume Facebook nel gestire le pagine social ed il conseguente dovere di rimuovere i contenuti illeciti pubblicati dai terzi esercitando il proprio potere di gestione, ricalcando, così, lo schema della c.d. responsabilità da posizione. Sicché, per l'autorità giudiziaria, non si rivela illegittima né abusiva la scelta del social network di esercitare, in via cautelare, il diritto di recesso contrattuale e di chiudere definitivamente il profilo di un'associazione che ha pubblicato contenuti inscindibilmente connessi al regime fascista. Siffatta conclusione è suffragata dal fatto che neppure la pronuncia di merito potrebbe conferire al richiedente la tutela in forma specifica e, quindi, la reintegrazione richiesta (vale a dire, la riattivazione dell'account) atteso che il recesso ingiustificato dal contratto legittimerebbe al più la condanna al risarcimento del danno, in caso di concreto accertamento di uno specifico pregiudizio[72].

incita all'odio". Per un commento cfr. altresì Mazzolai, B.: "*Hate speech* e comportamenti d'odio in rete: il caso Forza Nuova c. *Facebook*", *Dir. informaz. e inf.*, 2020, 3, pp. 581 ss.; Golia, A. Jr.: "L'antifascismo della Costituzione italiana alla prova degli spazi giuridici digitali. Considerazioni su partecipazione politica, libertà d'espressione *online* e democrazia (non) protetta in *CasaPound* c. *Facebook* e Forza Nuova c. *Facebook*", *federalismi.it*, 2020, 18, p. 162.

70 Che si sostanziano in un attacco diretto alle persone sulla base di aspetti, quali razza, etnia, nazionalità di origine, religione, orientamento sessuale, casta, sesso, genere o identità di genere e disabilità o malattie gravi.

71 Per un approfondimento cfr. Vigorito, A.: "Piattaforme digitali e '*political speech*': dal caso *Facebook-CasaPound* alla vicenda *Twitter-Trump*", *www.giustiziacivile.com*, 24 novembre 2020, pp. 1 ss.; Mazza, P.: "L'esperibilità del rimedio *ex* art. 700 c.p.c. a seguito della disattivazione dell'*account* su *Facebook:* l'ultimo episodio della saga chiude (ma non del tutto) le porte alla concessione della tutela d'urgenza", *Dir.* internet, 2021, 1, pp. 97 ss.; Stella, M.: "Disattivazione ad *nutum* del profilo *facebook*: quale spazio per la tutela cautelare *ex* art. 700?", *ivi*, 2020, 2, pp. 286 ss.

72 Per Trib. Trieste, 27 novembre 2020, cit., l'utente, tramite i servizi di *Facebook*, dà "sfogo a diritti primari, quali l'identità personale, la libertà di espressione e di pensiero, quella di associazione, ed altri. Questi diritti in larga misura trascendono la specifica dinamica contrattuale, integrano - affiancandosi ad esso - l'oggetto dell'ordinaria prestazione contrattuale, intesa quale messa a disposizione del servizio offerto agli utenti in corrispettivo della cessione di dati personali". Critica, al riguardo, Martinelli, S.: *op. cit.*, p. 2094.

Ricorrente, infatti, è l'ipotesi di disattivazione illegittima del profilo social e della contestuale cancellazione di tutti i dati da parte del gestore di un social network. La giurisprudenza di merito, sul punto, ha ritenuto che il prolungarsi del congelamento di una pagina social determini l'assoluta perdita di interesse degli utenti nei confronti della stessa e, di conseguenza, la vanificazione di tutto il tempo speso e dell'attività svolta per la sua implementazione, con l'irrimediabile perdita dei follower acquisiti[73]. Sicché il social network è obbligato, a titolo di responsabilità contrattuale, al risarcimento del danno patito dall'utente per la lesione dei suoi diritti fondamentali[74]. Illegittime azioni di rimozione di post e sospensioni del profilo dell'utente, nella misura in cui hanno rappresentato un'ingiustificata limitazione delle relazioni interpersonali e delle comunicazioni private, rappresentano, in definitiva, comportamenti certamente idonei a produrre conseguenze dannose, sia in termini di sofferenza interiore, che di impedimento della possibilità di coltivare quelle relazioni quotidiane costituenti manifestazione della personalità che avevano rappresentato la ragione stessa dell'adesione[75].

Particolarmente delicato, dunque, è il bilanciamento tra gli opposti diritti e interessi meritevoli di tutela, quali la libertà di espressione o di associazione da un lato, e quella di iniziativa economica privata dall'altro[76], unitamente alla protezione di diritti fondamentali, tutelati ex artt. 2, 3, 21, 49, Cost.[77].

In attesa di adeguati interventi normativi, di grande supporto possono quindi rivelarsi le ricostruzioni del diritto vivente in misura tale da originare una "giurisprudenza tecnologica" che garantisca e tuteli i diritti degli utenti[78]. Nel free marketplace of ideas, non si può, pertanto, far prevalere incondizionatamente la libertà di espressione sugli altri diritti fondamentali dovendosi piuttosto privilegiare un'attività di bilanciamento che avviene ex-ante da parte del legislatore, in sede di

73 Trib. Pordenone, 10 dicembre 2018, *Juscivile*, 2019, 3, pp. 292 ss., con nota di Calpona, E.: "Congelamento della pagina *Facebook* e lesione dei diritti all'identità e all'immagine".

74 In questi termini, Trib. Bologna, 10 marzo 2021, *www.medialaws.eu*, 11 giugno 2021, con nota di Albertini, L.: "Responsabilità di *Facebook* per chiusura immotivata dell'*account* con distruzione dei dati ivi presenti. Sul rapporto giuridico utente/piattaforma: tra protezione e commercializzazione dei dati personali".

75 Cfr. altresì App. L'Aquila, 9 novembre 2021, *www.ridare.it*, 28 febbraio 2022, con nota di Alagna, I.: "*Facebook* deve risarcire il danno all'utente se lo banna ingiustamente dal *social network*",

76 Martinelli, S.: *op. cit*., p. 2092, osserva che "il riferimento è ai limiti posti all'autonomia privata della piattaforma nel regolare e cancellare i contenuti degli utenti o, addirittura, nel limitare l'accesso alla piattaforma stessa". Per l'a., "pur non potendo essere assimilate a luoghi pubblici, è evidente come alcune di queste grandi piattaforme, tra le quali certamente rientra *Facebook*, rivestano posizioni di mercato tali per cui un'esclusione da esse può essere estremamente rilevante, ove non anche determinante ai fini della diffusione delle informazioni. Il bilanciamento dei contrapposti diritti e interessi viene in parte affidato alla piattaforma stessa, con riguardo ai rapporti tra gli utenti, e in parte si configura quale limite posto alla piattaforma stessa nell'esercizio della sua autonomia privata, con riguardo ai rapporti tra piattaforma e utenti".

77 Al riguardo, significativo è il contributo offerto da Alpa, G.: "Autonomia privata, diritti fondamentali e 'linguaggio dell'odio'", *Contr. e impr.*, 2018, 1, pp. 45 ss., laddove l'a. riflette sul fatto che la Corte EDU non abbia prospettato alcuna definizione di *hate speech* e che, pertanto, il significato dell'espressione in questione debba essere ricavato dal contesto di volta in volta preso in considerazione.

78 Passagnoli, G.: *op. cit*., p. 1204.

emanazione delle leggi, o ex-post da parte delle Corti[79]. La particolare natura del rapporto tra social network ed utenti disvela, del resto, una matrice privatistica penetrabile dall'autorità pubblica solo allorché si configurino degli illeciti online da sottoporre a sindacato giurisdizionale per accertare l'eventuale lesione di situazioni giuridiche soggettive[80]. Ne emerge un combinarsi di funzioni nell'ambito di una disciplina in cui profili privatistici si intrecciano con aspetti più squisitamente pubblicistici dando vita ad una sorta di statuto giuridico degli illeciti online[81].

II. MANIPOLAZIONE DELL'INFORMAZIONE ONLINE E PROFILI RISARCITORI.

Se il concetto di hate speech è determinato e giuridicamente regolato, assai più generico e sfuggente risulta quello di fake news[82]. In questo contesto, ha suscitato un intenso dibattito il c.d. disegno di legge "Gambaro", del 7 febbraio 2017, presentato al Senato nella XVII legislatura, intitolato «Disposizioni per prevenire la manipolazione dell'informazione online, garantire la trasparenza sul web e incentivare l'alfabetizzazione mediatica»[83] - che mirava ad introdurre un sistema sanzionatorio e di controlli per l'informazione on line e non professionale[84].

79 De Gregorio, G.: "*The market place of ideas* nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati *online*?", *Riv. dir.* media, 2017, 1, p. 92.

80 Lo sottolinea Falletta, P.: "Controlli e responsabilità dei *social network* sui discorsi d'odio *online*", *Riv. dir.* media, 2020, 1. p. 156.

81 Cfr., al riguardo, anche in ottica comparatistica, Rinaldi, L.: "Le piattaforme tra diritto pubblico e diritto privato: libertà d'espressione, discorso politico e *social network* in alcuni casi recenti tra Italia e Stati Uniti", *Quad. de La Rivista Gruppo di Pisa, Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarità*, a cura di Lo Calzo, A.; Pace, L.; Serges, G.; Siccardi, C.; Villaschi, P., cit., pp. 211 ss.

82 L'incrocio tra media tradizionali e diffusione delle notizie *on line*, così come l'incrocio fra *fake news* e *hate speech*, dà vita a quello che *Mediamatters for America* ha definito nel suo noto paper "*Misinforme of the Year: the Ecosystem of Fake News and the "Alt-Right*", come un vero e proprio Ecosistema.

83 Si legge nella presentazione del d.d.l.: "La libertà di espressione non può trasformarsi semplicemente in un sinonimo di totale mancanza di controllo, laddove controllo, nell'ambito dell'informazione, vuol dire fornire una notizia corretta a tutela degli utenti. È infatti sotto gli occhi di tutti il danno che può comportare, nell'era dell'infosittizzazione, la diffusione di una notizia sbagliata e distorta. Peggio ancora se manipolata. Le notizie false, o *fake news* o bufale, ci sono sempre state, ma non sono mai circolate alla velocità di oggi. Per questo non è più rinviabile un dibattito serio in questo senso. Se l'informazione diventa disinformazione i mezzi di comunicazione di massa possono essere utilizzati a fini di propaganda con il rischio che notizie appositamente distorte vengano strumentalmente adoperate per influenzare l'opinione pubblica. Questo perché con il diffondersi dei social media il pericolo di contaminare internet con notizie inesatte e infondate o, peggio ancora, con opinioni che seppur legittime rischiano di apparire più come fatti conclamati che come idee, è in crescita esponenziale. […] È dunque importante disciplinare la vita *online* come la vita *offline*, che si parli di cyberbullismo o di divulgazione di notizie false, bisogna puntare ad usare gli strumenti già a disposizione nel nostro ordinamento giuridico spostando l'attenzione dal reale al virtuale perché gli attori sono sempre gli stessi: i cittadini che, come nella vita reale, hanno il diritto di essere tutelati anche in quella virtuale. Si tratta di un dibattito ormai in fase avanzata in tutte le democrazie occidentali che investe i colossi di internet, il cui impegno è rivolto alla ricerca di nuovi strumenti in grado di filtrare e garantire l'autenticità delle notizie. Di pari passo all'incremento dei consensi dei movimenti populisti nei Paesi occidentali è accresciuta la preoccupazione che le *fake news* possano essere diffuse e poi cavalcate a fini politici. La reazione di Francia e Germania è stata quasi immediata: oltre all'avvio di programmi specifici volti a verificare l'attendibilità delle notizie che circolano sul web, è emersa l'esigenza di intervenire sotto il profilo normativo per ottemperare alla duplice necessità di effettuare un costante monitoraggio dei contenuti presenti in rete, per poi procedere alla rimozione di quelli considerati falsi".

84 Magnani, C.: *op. cit.*

Parimenti a dirsi per il successivo d.d.l. recante "Norme generali in materia di Social Network e per il contrasto della diffusione su internet di contenuti illeciti e delle fake news"[85], il quale pone delle specifiche responsabilità amministrative in relazione ai contenuti pubblicati dagli utenti del servizio e considerati illeciti, quali, ad esempio, l'obbligo di gestione dei reclami, nonché la comunicazione e la rimozione dei contenuti illeciti.

Quando si allude al fenomeno della c.d. disinformazione ci si vuole, in linea di massima, riferire ad un'informazione falsa, imprecisa o fuorviante, progettata, presentata e diffusa al fine di provocare un pubblico pregiudizio o per profitto. Nella specie, le notizie "appearing to be something it is not", per raggiungere il loro scopo, devono persuadere il destinatario della loro veridicità e indurlo a diffonderne il contenuto[86], proprio come accade tramite la condivisione a mezzo dei social network[87]. La propagazione delle notizie false è, d'altronde, determinata dalla condivisione (sharing) dei social media e dal ruolo di gatekeepers delle grandi piattaforme online[88].

Si pensi ai cc.dd. website fake che divulgano informazioni non vere rispetto al contenuto o al modo col quale questo è presentato, per finalità politiche, finanziarie, commerciali, o comunque di inquinamento del dibattito scientifico e storico. Utile è anche il riferimento a quei siti costruiti in modo da ingannare l'utente e fargli credere che quanto su di essi diffuso sia di assoluta affidabilità[89] e che attecchiscono soprattutto rispetto ai destinatari più ingenui e sprovveduti. L'ingannevolezza nel mercato dell'informazione, di cui le fake news sono l'emblema è, del resto, un fenomeno legato al tipo di emozione che una certa notizia suscita

85 Atto Senato n. 3001 della XVII Legislatura, 14 dicembre 2017.

86 Valditara, C.: "*Fake news:* regolamentazione e rimedi", *Dir. informaz. e inf.*, 2021, 2, p. 257, definisce in tal modo la "disinformazione", da doversi distinguere dalla "misinformazione" (consistente, invece, nella diffusione involontaria di informazioni false), nonché dalla "malainformazione" che consiste nella diffusione illecita - finalizzata a produrre un danno - di notizie genuine che dovrebbero tuttavia non essere pubblicizzate ovvero rimanere segrete.

87 Valditara, C.: *op. cit.*, p. 264, per la quale "come insegna la psicologia della comunicazione, affinché questo meccanismo funzioni i messaggi devono: essere costruiti in modo tale da riflettere la personalità, gli obiettivi e gli interessi dei destinatari; raggiungere un elevato numero di persone; non sembrare falsi; presentarsi in modo simile alle altre notizie presenti nel *web*; coinvolgere soggetti che difficilmente approfondiranno la loro provenienza e veridicità".

88 Come rileva Caggiano, G.: *op. cit.*, p. 50. Osserva Campagnoli, M.N.: "*Social media* e information *disorder*: questioni di ecologia comunicativa in Rete (Parte prima - Le *fake news*)", *www.dirittifondamentali.it*, 2020, 2, p. 1545, che il legame fra le *fake news* e i nuovi *network* non è esclusivamente tecnologico ma è anche di natura sociologica. Si tratta di un nesso che, per l'a., emerge "nel momento in cui ci si sofferma a riflettere sulla straordinaria capacità che queste notizie hanno di generare, dal nulla, dei fatti sociali. Ovverosia, dei fatti che - pur non essendo affatto reali - vengono ritenuti tali perché il gruppo sociale di riferimento, a causa di un particolare meccanismo di reciproco condizionamento, inizia a considerarli veri".

89 Pizzetti, F.: "*Fake news* e allarme sociale: responsabilità, non censura", *Riv. dir.* media, 2017, 1, p. 53 s., per il quale "quello che serve, se vogliamo conservare all'umanità il libero arbitrio e la responsabilità delle proprie scelte e dei propri comportamenti, è non tanto impedire la circolazione delle *fake news* (cosa comunque necessaria in determinate situazioni, come quelle legate all'uso di *robot* o alla diffusione di notizie scientifiche false o non verificate che possono ingannare i cittadini), quanto consentire a tutti di poter operare scelte responsabili, avvalendosi di una conoscenza della rete che li metta in grado di decidere liberamente e consapevolmente i propri comportamenti".

in chi la riceve vieppiù se in assenza di idonei strumenti di difesa e, quindi, in presenza di vulnerabilità cognitive[90].

Sono, peraltro, enumerabili diverse tipologie di notizie false. Una prima categoria comprende fake news diffuse dai governi stranieri, con l'obiettivo di manipolare l'informazione e la formazione dell'opinione pubblica, al fine di incrementare il consenso dei sostenitori o diminuire quello dei detrattori.

A seguire, le notizie false o di dubbia autenticità che circolano in rete e che risultano confermate dalla condivisione tra utenti[91]. È, del resto, ormai chiaro quanto l'evoluzione digitale abbia realizzato una disintermediazione rispetto agli operatori che, in precedenza, potevano vantare una posizione di supremazia nella creazione e nella diffusione di notizie[92]. Si pensi al caso delle recensioni false ai ristoranti o alle strutture turistiche. Al riguardo, una parte della giurisprudenza civile di merito, nel caso di diffamazione di un ristoratore, ha riconosciuto responsabile TripAdvisor affermando che, qualora quest'ultimo non si limiti a fungere da intermediario[93], ma eroghi un servizio fornendo prestazioni aggiuntive per ottimizzare la piattaforma multimediale, con consigli di viaggio e link di prenotazione delle strutture turistiche, assume, ex art. 2043 c.c., l'obbligo, non solo di risarcire l'eventuale danno, ma ancor prima di prevenirlo, controllando le recensioni postate dagli utenti ed escludendo quelle diffamatorie o non verosimili[94]. Più correttamente, come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa, a far venir meno la responsabilità di TripAdvisor e, con essa, l'indebito condizionamento dei consumatori, sarebbe sia l'avvertimento dell'impossibilità di verificare la veridicità delle recensioni, sia la specificazione che esse non rappresenterebbero che "opinione di gente comune e non di professionisti remunerati a tale scopo, come facilmente percepibile"[95].

90 Visco Comandini, V.: "Le *fake news* sui *social network*: un'analisi economica", *Riv. dir.* media, 2018, 2, p. 188 e 190, il quale osserva come "il *web*, almeno fino ad oggi, non seleziona contenuti, non cura il controllo redazionale, non offre servizi di *fact-checking*, ossia procedure di controllo e segnalazione della veridicità dell'informazione e della sua fonte".

91 Bassini, M.; Vigevani, G.: "Primi appunti su *fake news* e dintorni", *Riv. dir.* media, 2017, 1, p. 16.

92 Bassini, M.; Vigevani, G.: *op. cit.,* p. 15.

93 Cfr. provvedimento *PS9345* del 19 dicembre 2014 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in *www.agcm.it*, con cui si vieta la diffusione e la continuazione di una pratica commerciale consistente nella "diffusione di informazioni ingannevoli sulle fonti delle recensioni", pubblicate sulla banca dati telematica degli operatori, adottando strumenti e procedure di controllo inadeguati a contrastare il fenomeno delle false recensioni. Si legge, infatti, nel Comunicato stampa dell'AGCM, del 22 dicembre 2014, che *TripAdvisor* pubblicizza la propria attività mediante *claim* commerciali che, in maniera particolarmente assertiva, enfatizzano il carattere autentico e genuino delle recensioni, inducendo così i consumatori a ritenere che le informazioni siano sempre attendibili in quanto espressione di reali esperienze turistiche.

94 Trib. Venezia, 24 febbraio 2015, *Corr. giur.*, 2016, 1, pp. 80 ss., con nota di Gelli, R.: "False recensioni su *Tripadvisor*: accolta l'azione inibitoria promossa dal ristoratore diffamato".

95 T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 13 luglio 2015, n. 9355, *Riv. dir. impr.*, 2016, pp. 405 ss., con nota di Della Bruna, E.: "Ingannevolezza della comunicazione commerciale, (in)adeguatezza organizzativa e responsabilità degli *internet providers* (il caso *Tripadvisor*)". In dottrina, cfr. Blasco, B.: "Falsità della recensione in *internet, astroturfing* e scorrettezza delle pratiche commerciali", *Contratti*, 2017, 2, pp. 231 ss.; Vizzoni, L.: "Recensioni non genuine su *TripAdvisor*: quali responsabilità?", *Resp. civ. e prev.*, 2018, 2, p. 719. Il T.A.R. ritiene, nella specie, che il messaggio proposto da *Tripadvisor* non verta "essenzialmente e principalmente sulla veridicità delle recensioni, con toni enfatici, ma piuttosto che esso veicoli verso un corretto utilizzo

Da menzionare sono, poi, le fake news protese a garantire l'affidabilità dell'informazione rispetto ad una determinata terapia medica o ad un particolare farmaco[96] e che trovano terreno fertile soprattutto in destinatari sprovvisti di una sufficiente alfabetizzazione sanitaria (c.d. *health literacy*[97]). Non può non evocarsi, in tale contesto, quel fenomeno che, durante l'emergenza pandemica, l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha definito come "infodemia", vale a dire "l'eccesso di informazioni su un problema che rende difficile individuare una soluzione", e che "durante un'emergenza sanitaria può contribuire alla diffusione di informazioni false, fuorvianti e non confermate (…) e generare confusione e sfiducia tra le persone".

È ormai noto che quella tra tutela della salute e diritto ad un'informazione veritiera risulti - specie negli ultimi anni - una dialettica ricorrente e delicata. Tanto si ricava, da ultimo, dall'ordinanza del Tribunale di Roma, del 27 novembre 2020, con cui è stato respinto il ricorso proposto da un fondatore di un canale web, il quale contestava l'illegittimo oscuramento, da parte di Google, di alcuni video pubblicati sul proprio canale YouTube. Questi ultimi erano stati ritenuti contrari alle regole che governano la community e, in particolare, atti a diffondere informazioni sul contrasto al coronavirus non supportate da studi scientifici. Similare la fattispecie poi decisa dal Tribunale di Milano. Anche per l'autorità giudiziaria meneghina, infatti, in un caso che vedeva coinvolta una nota testata giornalistica, la sospensione di un canale YouTube da parte di Google è stata ritenuta legittima, poiché giustificata dalla pubblicazione di alcuni video confliggenti con le norme contro la disinformazione sulla pandemia da Covid-19 adottate dalla piattaforma. Al più, secondo il Tribunale, Google sarebbe obbligata ad eseguire le prestazioni di contenuto patrimoniale alle quali è tenuta in base al contratto concluso, non essendo neppure astrattamente ravvisabile, al di fuori ed a prescindere dal contratto, un obbligo di garantire alle controparti l'esercizio della libertà, di cui all'art. 21 Cost., attraverso i social media[98].

del sito" e che precisi "con pari grado di chiarezza, che i fatti di cui alle recensioni non sono verificabili e che l'uso più efficace del servizio è quello orientato a verificare un alto numero di recensioni per la stessa struttura di riferimento, come d'altronde dovrebbe fare un utente medio di "Internet" dalla ormai ventennale diffusione di tale "rete" informatica, il quale dovrebbe diligentemente conoscere i meccanismi che operano ai fini dell'accesso alla rete stessa e le insidie insite nella particolare struttura che i c.d. "siti aperti" possono contenere sull'attendibilità dei singoli apporti, relativi alle opinioni personali espresse da utenti di ogni tipo". Per un commento alla pronuncia, cfr. altresì Carota, L.: "Diffusione di informazioni in rete e affidamento sulla reputazione digitale dell'impresa", *Giur. comm*., 2017, 4, pp. 624 ss.

96 Pizzetti, F.: *op. cit*., p. 49, il quale specifica che le false comunicazioni scientifiche possono andare, infatti, dai farmaci e dalle cure relative alla salute fino alle tematiche ambientali.

97 Con tale espressione si suole intendere "il grado in cui le persone hanno capacità di ottenere, gestire e comprendere l'informazione sanitaria di base e i servizi necessari per prendere decisioni appropriate riguardo la salute".

98 Trib. Roma, 27 novembre 2020, *Dir. merc. tecn*., 29 settembre 2021, pp. 1 ss., con nota di Palombino, G.: "Le *fake news* ai tempi del coronavirus*:* note all'ordinanza del Tribunale di Roma n. 41450/2020 e alle ordinanze del Tribunale di Milano nn. 13489/2021, 20390/2021 e 26248/2021".

Ancor più in presenza di un'emergenza pandemica, in caso di informazione sanitaria fuorviante o falsa, si avverte, pertanto, la necessità di un ponderato bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto alla salute, tale per cui la prima debba necessariamente retrocedere rispetto alla seconda[99].

Ricorrenti, infine, le falsità diffuse per pubblicizzare prodotti commerciali[100]; per aumentare gli uditori di una trasmissione televisiva, i lettori di un giornale o gli utenti di una piattaforma[101]. In questa evenienza, i social traggono un profitto dal numero di accessi alla notizia accrescendosi il valore degli spazi pubblicitari. È, d'altronde, ormai noto che i servizi di social networking si carichino di una precipua funzione offrendo esternalità di rete: i benefici derivanti dall'utilizzo del servizio aumentano, cioè, con la diffusione dello stesso[102].

Al fine di fronteggiare il fenomeno delle notizie false in rete, la Commissione Europea ha prima sottoscritto con le principali piattaforme - Facebook, Twitter, Microsoft e Youtube - un Codice di condotta e autodisciplina per i contenuti diffusi online[103] e poi intrapreso una politica di contrasto alla disinformazione che vede proprio al centro le fake news[104]. Nell'ottobre del 2018 è stato, infatti, firmato il primo documento che stabilisce una linea di auto-regolazione: il c.d. Code of Practice on Disinformation[105]. Di esso, a partire dal 2021 e anche a seguito della

99 Pollicino, O.: *op. cit.*, pp. 64 ss.

100 Per Franceschelli, V.: "*Fake news* e *Social networks:* riflessi sul diritto d'autore e concorrenza", *Dir. ind.*, 2019, 2, p. 141, "una *fake news* contro un concorrente o un prodotto può costituire un atto di concorrenza sleale. Una *fake news* nel sistema della comunicazione pubblicitaria può costituire un atto di pubblicità decettiva e aggressiva o una forma di pubblicità occulta".

101 Rileva Pizzetti, F.: *op. cit.*, p. 49, che "diffondere *fake news* o non impedirne la circolazione può essere utilissimo allo scopo di aumentare le vendite di beni o servizi, di ampliare lo *share* dei *media* o di aumentare il numero degli account di un *social*, al fine di innalzare il valore commerciale del mezzo col quale la notizia è diffusa. Allo stesso modo", per l'a., "non si può ignorare che i *social* stessi hanno interesse a diffondere *fake news* quando queste, per il loro contenuto, incentivano la curiosità degli utenti e si prestano a esser ridiffuse in modo massiccio".

102 In merito, cfr. Frosini, T.E.: "Il costituzionalismo nella società tecnologica", *Dir. informaz. e inf.*, 2020, 3, pp. 465 ss., il quale ritiene che le tecnologie abbiano rappresentato e continuino a rappresentare uno sviluppo delle libertà; "anzi, le libertà si sono potute notevolmente accrescere ed espandere verso nuove frontiere dell'agire umano proprio grazie al progresso tecnologico". L'a. osserva come emergano "dalla coscienza sociale, e a seguito dello sviluppo tecnologico, dei "nuovi diritti", i quali, sebbene non godano di un loro esplicito riconoscimento normativo, hanno un forte e chiaro "tono costituzionale", che li colloca, implicitamente, all'interno della costituzione, riservando all'interprete il compito di estrapolarli da essa. (…). I nuovi diritti sono il diritto di accesso, quello alla libera espressione del pensiero, il diritto alla *privacy*, il diritto all'oblio".

103 Commissione europea, *Code of conduct on countering illegal hate speech online*, 31 maggio 2016.

104 Si veda, in primo luogo, l'istituzione, il 12 gennaio 2018, del gruppo di lavoro "*High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation*": una *task force* formata da esperti, per la conduzione di un tavolo di confronto permanente con incarico esplorativo sul fenomeno disinformazione, al fine di produrre una proposta legislativa in grado di porvi un freno. Il Gruppo di lavoro ha prodotto il "*Code of Practice on Disinformation*", pubblicato il 26 settembre 2018, che mira a raggiungere gli obiettivi prefissati proprio dalla Commissione Europea.

105 Per un primo commento al Codice, si veda Monti, M.: "Il *Code of Practice on Disinformation* dell'UE: tentativi *in fieri* di contrasto alle *fake news*", *Riv. dir.* media, 2019, 1, pp. 328 ss.; Id., "La disinformazione *online,* la crisi del rapporto pubblico-esperti e il rischio della privatizzazione della censura nelle azioni dell'Unione europea *(Code of practice on disinformation)*", *federalismi.it*, 24 aprile 2020; Pagano, G.: "Il *Code of Practice on Disinformation.* Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione", *ivi*, 5 giugno 2019. Utile è

dilagante disinformazione sul Covid-19, la medesima Commissione ha proposto un rafforzamento, presentando delle linee guida al fine di implementare le strategie di contrasto alle notizie false in circolazione sulle piattaforme informatiche, come la maggiore demonetizzazione della disinformazione, il depotenziamento di robot o account falsi, la valorizzazione del ruolo degli utenti, la segnalazione di fake news, il miglioramento della collaborazione con i fact-checkers, ecc.[106]. Nella specie, le iniziative adottate nell'ambito del contesto eurounitario rispondono all'esigenza di intervenire al fine di arginare la diffusione di notizie false o fuorvianti, tali da incidere sui valori e sui processi decisionali democratici[107]. Certamente, un primo passo in tale direzione è rappresentato dagli sforzi compiuti per favorire una collaborazione con le piattaforme digitali ed elaborare codici di condotta[108]. Tanto che alcuni, in tal senso, propongono di integrare le tutele del cittadino-utente-consumatore tramite un apposito Statuto dei diritti e doveri sul Web con lo scopo di uniformare e garantire i diritti del singolo all'interno dei confini dell'Unione Europea[109].

Non tutte le fake news, a ben vedere, danno, però, diritto al risarcimento del danno. Deve, infatti, trattarsi di informazioni false che ledono l'onore e la reputazione di una persona; siano dannose se considerate nel loro complesso; provochino un pregiudizio alla società; ecc.[110]. Si discorre, per meglio dire, di "danni da condivisione digitale", connotati da "persistenza" e "viralità" e derivanti da falsità

altresì il rinvio al Report del gruppo di studio indipendente HLEG, nominato ed incaricato dalla Commissione Europea al fine di tracciare i futuri interventi dell'Unione riguardo *fake news* e disinformazione *online*, pubblicato il 12 marzo 2018, in *www.quotidianogiuridico.it*, 24 aprile 2018, con commento di Piccirillo, F.: "Le strategie europee di contrasto alle *fake news*: il *report* della Commissione europea". Cfr. Id: "Europa e disinformazione: luci ed ombre del rapporto sulle *fake news*", *ivi*, 21 maggio 2018.

106 *European Commissione Guidance on Strengthening the Code of Practice on Disinformation* (COM(2021) 262 finale), su cui utile è l'analisi di Monti, M.: "Lo *strengthened Code of Practice on Disinformation*: un'altra pietra della nuova fortezza digitale europea?", *www.medialaws.eu*, 30 agosto 2022, il quale, utilizzando la terminologia della Commissione Europea, discute di *Code of Practice on Disinformation 2.0*, che "non solo cerca di promuovere una più effettiva ed efficace opera di contrasto alla disinformazione, ma tenta anche di sviluppare meccanismi di *accountability*, che rendano l'operato delle piattaforme controllabile e valutabile da utenti".

107 La riflessione è di Galimberti, M.: "La disinformazione: profili regolatori e *policy*", *Dir. pen. cont.*, 2021, 4, p. 279.

108 Nardi, V.: *op. cit.*, p. 26.

109 È la proposta di Flaminio, S.: "Lotta alle *fake news*: dallo stato dell'arte a una prospettiva di regolamentazione per il 'vivere digitale' a margine del *Digital Services Act*", *Riv. it. inf. e dir.*, 2022, 2, pp. 1 ss.

110 La classificazione è di Valditara, C.: *op. cit.*, pp. 257 ss. la quale osserva che "nel cercare un bilanciamento tra libertà di espressione e tutela della corretta informazione e della "verità personale", un'impostazione equilibrata potrebbe essere (…) quella che vuole l'intervento del "diritto" solo laddove la notizia falsa provochi un danno immediato e diretto a un soggetto o all'intera collettività". La questione è ben approfondita anche da Calia, A.: "Le *fake news* e i danni da condivisione digitale in Italia", *Cyberspazio e diritto*, 2019, 3, p. 384, la quale elabora il concetto di danni da condivisione digitale quale "strumento utile per meglio comprendere l'*an*, il *quantum* e il *quomodo* della lesione di rilevanti beni o interessi giuridici per via di una divulgazione online incontrollata e virale di contenuti nocivi resi difficilmente eliminabili a causa della reiterazione delle successive ripubblicazioni da parte di terzi". Cfr. Id.: "I danni da condivisione digitale: alcune categorie esemplari", *ivi*, 2020, 3, p. 489 ss. la quale pone come esempi di danni da condivisione digitale quelli derivanti dalla divulgazione di notizie idonee a provocare un danno alla salute o turbative dell'ordine pubblico; le conseguenze della diffusione di informazioni lesive dei diritti della personalità, soprattutto della reputazione e dell'immagine personale; gli effetti derivanti dalla circolazione di notizie dannose per la reputazione aziendale.

che pongono a rischio interessi individuali o collettivi tutelati dalla Costituzione[111]. E ciò in quanto le fake news superano il confine del diritto di critica, perché rappresentano episodi non veri, ma riportati come fatti genuini che, se diffusi via web, possono raggiungere in breve tempo un numero elevato di utenti[112].

Esplicativo, in tal senso, è il provvedimento del Tribunale di Torino, del 21 aprile 2020, laddove l'autorità giudiziaria[113] ha stabilito che un video fake, pubblicato su un social network, in cui si diffondono, appunto, notizie false può dare diritto al risarcimento del danno non patrimoniale[114], sub specie di danno morale soggettivo[115], oltre alla rimozione del contenuto, all'inibitoria alla sua ulteriore diffusione e alla condanna, ex art. 614 bis c.p.c., al versamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'adempimento del detto obbligo di eliminazione di quanto pubblicato[116]. La funzione dell'astreinte, del resto, consiste "nel coartare all'adempimento, a tutela del creditore e dell'interesse generale all'esecuzione dei provvedimenti giudiziari"[117], di guisa che, per scongiurare il rischio di vedere aumentare la misura comminata, gli utenti saranno incentivati ad adempiere.

A configurarsi, nella fattispecie, è un danno all'onore e alla reputazione il quale, come stabilito, di recente, dalla Cassazione, non è in re ipsa, poiché il danno si identifica non con la lesione all'interesse tutelato dall'ordinamento giuridico

111 Melzi D'Eril, C.: "*Fake news* e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incriminatrici", *Riv. dir.* media, 2017, 1, p. 64. Cfr. Id.: "Diffusione di notizie false tramite *Internet* e manipolazione del mercato", *Dir. informaz. e inf.*, 2012, 2, pp. 224 ss., secondo il quale solo in questi casi si possono utilizzare le categorie di legale e di illegale.

112 Calia, A.: "I danni da condivisione digitale: alcune categorie esemplari", cit., p. 491, evidenzia le peculiarità dei cc.dd. danni da condivisione digitale e vale a dire: "la condivisione digitale attraverso le modalità di inoltro e di interazione sulle varie piattaforme social di contenuti lesivi poiché falsi, inesatti o non destinati alla divulgazione". Rilevano, altresì, la "persistenza dell'informazione immessa in rete, ossia la capacità della stessa di perdurare online resistendo ai tentativi di cancellazione; infine, la continuità, da intendersi come la possibilità di replicare potenzialmente all'infinito le azioni di condivisione dei contenuti, idonee a favorire fenomeni di "viralizzazione"".

113 Trib. Torino, 21 aprile 2020, *www.quotidianogiuridico.it*, 23 giugno 2020, con nota di Ciccia Messina, A.: "*Fake news:* quando l'imprenditore può chiedere il risarcimento dei danni"; e *Danno e resp.*, 2021, 1, pp. 239 ss., con nota di Monti, S.: "Critica e *web*: la tutela della personalità tra nodi sciolti e da sciogliere".

114 Quanto ai danni patrimoniali, raramente viene offerta la prova dell'esistenza di un danno emergente o di un lucro cessante, eziologicamente connesso alla diffusione della notizia lesiva. Ragion per cui il danno patrimoniale, le rare volte in cui viene richiesto, non viene liquidato.

115 Trib. Roma, 3 agosto 2017, n. 15743, *www.dejure.it*.

116 Cfr. Cons. Stato, 15 luglio 2019, n. 4976, *Foro it.*, 2020, 4, III, cc. 246 ss.

117 Cass. civ., 15 aprile 2015, n. 7613, *Riv. dir. priv.*, 2016, 3, pp. 471 ss., con nota di Pardolesi, P.: "DNA polifunzionale della responsabilità civile: recenti apporti della Cassazione"; e *Giur. it.*, 2016, 3, pp. 562 ss., con note di Mendola, A.: "*Astreinte* e danni punitivi"; e di Majo, A.: "I confini mobili della responsabilità civile". Va da sé che - come ben sottolinea la Corte - non si può considerare in contrasto con un principio fondamentale, desumibile dalla Costituzione o da fonti equiparate, il provvedimento di condanna al pagamento di una somma che si accresce con il protrarsi dell'inadempimento. Tanto, non solo perché nell'ordinamento giuridico italiano, in tal senso, militano già alcune ipotesi riconducibili all'*astreinte*, ma soprattutto, in quanto essa, anziché contrastare con un principio di ordine pubblico, pare, invece, esserne piena esplicazione. Si tratta dei principi del giusto processo civile, contemplato all'art. 111 Cost., che il giudicante intende come "attuazione in tempi ragionevoli e con effettività delle situazioni di vantaggio", e del diritto alla libera iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.

ma con le conseguenze di tale violazione [118]. In assenza del danno al singolo individuo, il messaggio contestato, per quanto riprovevole, non fa sorgere, quindi, un'obbligazione risarcitoria.

Ad ogni modo, la prova del nocumento si "risolve nella dimostrazione di due condizioni, cioè l'esistenza di un fatto produttivo di conseguenze pregiudizievoli e l'idoneità del medesimo ad ingenerare una ripercussione "dolorosa" nella sfera personale del soggetto leso"[119]. Affinché, poi, si possa dimostrare siffatto pregiudizio, può farsi anche ricorso alle presunzioni[120] e, in tal caso, assumono rilevanza, quali parametri di riferimento, la diffusione della notizia, la rilevanza dell'offesa e la posizione sociale della vittima[121]. Indici questi che, unitamente al comportamento dell'autore dell'offesa (es. l'essersi o meno attivato per rettificare la notizia o eliminarne la circolazione), possono essere utili per la determinazione del quantum del danno non patrimoniale da doversi risarcire e, prima ancora, liquidare in via equitativa stante la natura immateriale dei beni oggetto di lesione[122]. L'illecito è, senza dubbio, permanente, atteso che la condotta non si esaurisce con il verificarsi dell'evento dannoso ma l'effetto pregiudizievole derivante dalle fake news si rinnova ogni volta che il contenuto falso raggiunge un altro motore di ricerca o social network[123].

III. HATE SPEECH E FAKE NEWS ONLINE: IPOTESI DI CONTRASTO AL FENOMENO.

La necessità per gli intermediari digitali di moderare i contenuti - falsi o denigratori - diffusi in internet dagli utenti, da quanto sin qui emerso, è sempre più evidente.

118 Cass. civ., 4 giugno 2020, n. 10595, *Dir. e giust.*, 5 giugno 2020.

119 Trib. Milano, 21 agosto 2018, n. 8738, *www.dejure.it*.

120 Cass. civ., 26 ottobre 2017, n. 25420, *Mass. Giust. civ.*, 2018.

121 Cfr. Trib. Roma, 10 febbraio 2020, n. 2875, *www.dejure.it*, per cui il convenuto si era sì reso autore di una offesa che aveva travalicato i confini della libertà di manifestazione del pensiero, ma il danno in concreto patito dall'offeso aveva appena varcato quella "soglia minima di rilevanza (o se si vuole di tolleranza) oltre la quale il pregiudizio diviene risarcibile". L'autorità giudiziaria aveva ritenuto del tutto inverosimile infatti che il ricorrente avesse subito una qualunque "flessione della considerazione di cui gode nel mondo accademico o dell'avvocatura a causa della improvvida uscita del convenuto, come pure è implausibile che ad una offesa di sì bassa caratura" potesse "aver fatto seguito una rilevante sofferenza in capo ad una vittima che vanta un curriculum personale e professionale di rilievo quale è quello esposto e documentato dall'attore". Di talché l'unico pregiudizio che il Tribunale aveva ritenuto che potesse logicamente ricondursi al commento lesivo "era il momentaneo disagio che secondo l'*id quod plerumque accidit* consegue al vedersi rivolgere una parola scorretta, disagio che si ritiene adeguatamente ristorato dall'attribuzione della somma di € 2.000,00, comprensiva anche degli interessi compensativi medio tempore maturati e del danno da ritardo".

122 Osserva, infatti, Cass. civ., 5 dicembre 2014, n. 25738, *CED Cassazione*, 2014, che "in tema di risarcimento del danno causato da diffamazione a mezzo stampa, la liquidazione del danno morale va necessariamente operata con criteri equitativi, il ricorso ai quali è insito nella natura del danno e nella funzione del risarcimento, realizzato mediante la dazione di una somma di denaro compensativa di un pregiudizio di tipo non economico". Cfr. Cass. civ., 21 settembre 2017, n. 21932, *www.dejure.it*.

123 Andreola, E.: "*Fake news* e danno da false informazioni in *internet*. I parte", *Resp. civ. prev.*, 2020, 5, pp. 1604 ss.

Un primo strumento di intervento, cui si affidano motori di ricerca e social network, è offerto dai "verificatori di notizie", i cc.dd. fact-checker, i quali assolvono la funzione di controllare le notizie circolanti in rete, al fine di individuare quelle che possono essere considerate non vere[124], ancorché non sia semplice stabilire quali soggetti possano effettivamente essere investiti del potere di discernere il vero dal falso e, ancora di più, comprendere di quali competenze costoro debbano essere muniti al fine di assolvere nel migliore dei modi al compito loro affidato[125].

O, ancora, con riferimento sempre alle fake news, potrebbe ipotizzarsi l'introduzione di una disciplina che estenda il diritto di replica e rettifica dalla stampa al web, sul modello di quanto previsto dall'art. 8 della legge stampa. A postularsi è il diritto per l'interessato di rispondere o rettificare fatti che lo riguardano, purché falsi e lesivi di diritti, e a condizione che il testo sia di dimensione contenuta e non penalmente rilevante[126].

Rispetto alle notizie false, utile pare addizionare al risarcimento del danno un rimedio inibitorio sulla falsariga di quello previsto dall'art. 840 sexiesdecies del d.lgs. n. 206/2005. E ciò in quanto il solo risarcimento del danno non risulta sufficiente ad eliminare e/o limitare certi tipi di fake news, operando la tutela solo ex post e a seguito di contenzioso. Vieppiù se si considera che ove a domandare il risarcimento sia un singolo e non un'associazione di categoria, il rimedio avrebbe una limitata efficacia solo a colui che agisce in giudizio, lasciando così privi di qualsivoglia protezione quanti non abbiano esperito azione[127].

In punto di contrasto all'hate speech, invece, ad operare può essere la normativa nazionale e sovranazionale sulla tutela giurisdizionale dei soggetti discriminati. I rimedi azionabili sono quello del risarcimento economico per equivalente o le varie forme di tutela in forma specifica e inibitoria[128]. Manifesto è il ricorso al risarcimento del danno non patrimoniale, ex art. 2059 c.c., in cui rientrano i pregiudizi derivanti dalla lesione dei diritti della persona (alla dignità, alla reputazione e all'onore) non aventi rilievo economico[129].

124 Come osserva Valditara, C.: *op. cit.*, pp. 257 ss.

125 Del Corona, L.: *op. cit.*, p. 485, per la quale "inoltre, bisogna tener conto di come sussistano sempre "aree grigie", in cui il confine tra il vero e il falso si fa labile e di come in questi casi un intervento di *fact checking* potrebbe portare a reazioni controproducenti, rafforzando derive relativistiche. Infine, dal punto di vista pratico sottoporre ad un tal tipo di scrutinio la miriade di informazioni che quotidianamente circolano sul web è compito che pare al momento tecnicamente di difficile, se non impossibile, realizzazione".

126 Rileva Melzi D'Eril, C.: "*Fake news* e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incriminatrici", cit., p. 67, per il quale dovrebbe essere introdotta anche la possibilità per l'interessato di rivolgersi velocemente al giudice per ottenere la pubblicazione qualora questa, pur in presenza dei requisiti di legge, non fosse stata effettuata.

127 Valditara, C.: *op. cit.*, pp. 257 ss.

128 Spatuzzi, A.: *op. cit.*, p. 898. In giurisprudenza, cfr. Trib. Torino, 21 aprile 2020, cit.

129 Come osserva Spatuzzi, A.: *op. cit.*, pp. 898 e 902, per cui "ciò sempre che emerga un danno ingiusto, dovendo il giudice procedere ad un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore

Può, inoltre, rendersi necessario l'utilizzo di strumenti di moderazione algoritmica e machine-learning per la rilevazione dei contenuti da rimuovere[130]. Se non fosse che siffatti sistemi possono determinare il rischio di censure generalizzate o, ancora, risultare viziati da bias discriminatori i quali rendono particolarmente elevato il pericolo di falsi positivi che, in quanto tali, si rivelano dannosi per l'esercizio della libertà di espressione online degli utenti e, soprattutto, delle minoranze[131]. Le macchine "intelligenti", infatti, nonostante il loro indiscusso potere computazionale, pongono ancora oggi problemi che investono la capacità di comprensione semantica[132]. Bisognerebbe, pertanto, migliorare il funzionamento degli algoritmi, apportando delle correzioni al meccanismo di sistemazione delle notizie e riducendo la possibilità di replicare i pregiudizi che si erano precedentemente già configurati[133].

Si dovrebbero, in altre parole, responsabilizzare di più le piattaforme affinché adottino rimedi tecnologici efficienti a risolvere i problemi della proliferazione delle fake news e comunque sospette o dei contenuti d'odio. Ad esempio, si potrebbe richiedere che le piattaforme online blocchino l'accesso ai robot diffusori di notizie

del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza". Sottolinea Viglione, F.: "Riflessioni sui rimedi civilistici all'*hate speech*", *Riv. dir. civ.*, 2020, 4, p. 780, che il pregiudizio nelle ipotesi di discorsi di odio, investe gli appartenenti al gruppo sociale oggetto delle espressioni di disprezzo, colpiti nella dimensione della dignità, nonché la collettività intera, che vede compromessa la presenza di un ambiente solidale.

130 Dunn, P.: "Moderazione automatizzata e discriminazione algoritmica: il caso dell'*hate speech*", *Riv. it. inf. e dir.*, 2022, 1, pp. 1 ss. Cfr. Id.: "Piattaforme digitali e moderazione dei contenuti d'odio: nodi giuridici e pratici", *Riv. dir.* media, 3 maggio 2021. Osserva Caggiano, G.: *op. cit.*, p. 50, che "l'automazione è utilizzata, sia per la generazione di contenuti da parte di soggetti che svolgono azioni di disinformazione, sia da parte delle piattaforme nella rilevazione proattiva di contenuti dubbi o problematici e nella decisione di rimuovere, etichettare, assegnare priorità".

131 Si pensi ai contenuti pubblicati dai membri della comunità afro americana o di quella LGBTQIA i cui usi comunicativi tipici non sono perfettamente decifrabili da alcuni *dataset*, come rammentato da Dunn, P.: "Moderazione automatizzata e discriminazione algoritmica: il caso dell'*hate speech*", cit., pp. 1 ss. il quale evidenzia come "nel sistema costituzionale europeo il contrasto ai contenuti d'odio sia giustificato dall'esigenza di perseguire un'uguaglianza sostanziale di tutte le componenti sociali e come, pertanto, un'applicazione discriminatoria del divieto di *hate speech* sia in sé incoerente con il sistema di valori dell'Unione europea. Occorre", per l'a., "un ripensamento delle strategie legislative nell'ottica di offrire più adeguate garanzie, sostanziali e procedurali, a tutela della libertà di espressione e del diritto di non discriminazione dei gruppi marginalizzati".

132 Dunn, P.: "Moderazione automatizzata e discriminazione algoritmica: il caso dell'*hate speech*", cit., p. 5, per cui laddove "si implementi un sistema più "permissivo", vi sarà un rischio minore di falsi positivi a fronte di un maggior numero di contenuti illeciti, o contrari alle condizioni di utilizzo, rimasti impuniti; mentre un sistema più "severo" sarà, all'opposto, più difficilmente eludibile ma più probabilmente esposto al rischio di falsi positivi".

133 Così, Marchetti, G.: "Le *fake news* e il ruolo degli algoritmi", *Riv. dir.* media, 2020, 1, p. 33, per la quale sembra difficile che le soluzioni algoritmiche possano essere efficaci sul piano del contrasto alle *fake news*. Osserva Ziccardi, G.: "Profilazione dell'individuo, *big data* e metadati: comprendere le tecnologie attuali per comprendere i contenuti d'odio *online*", cit., p. 61, che "il rovescio della medaglia è che simili sistemi possano togliere, all'uomo, la facoltà di scelta e di valutazione, sino a prospettare la possibilità della già vista dittatura dell'algoritmo, dove saranno i computer a prendere decisioni anche su un tema così delicato e idoneo a violare diritti fondamentali quale il censurare un'espressione".

false i quali sfruttano la profilazione degli utenti effettuata dagli algoritmi cc.dd. di raccomandazione per influenzare singoli e gruppi di utenti[134].

Merita attenzione, in tale contesto, anche l'idea di dare spazio ad un nuovo paradigma di distribuzione delle notizie nel mondo digitale, e, quindi, all'utilizzo di un "certificatore dei contenuti pubblicati", offerto dalla blockchain, la quale, da un lato, dovrebbe certificare - appunto - l'attendibilità dell'autore dei messaggi pubblicati in rete e, dall'altro, potrebbe tracciare il percorso effettuato dai contenuti, in misura tale da poter sempre risalire alla fonte della notizia[135].

Una ulteriore soluzione prospettata sarebbe quella di istituire, per ogni social network, una ODR composta da arbitri designati dalla società di gestione della piattaforma, da associazioni di utenti e da rappresentanti dello Stato e che operi previo contraddittorio tra hosting provider ed utente. In tal misura, l'intermediario verrebbe, però, esonerato da specifiche responsabilità connesse alla mancata rimozione di alcuni contenuti. Nel medesimo verso, si è ipotizzata l'istituzione di giudici specializzati o di autorità indipendenti che siano dotati del potere di intervenire per far rimuovere dalla rete i contenuti palesemente falsi o illegali o lesivi dei diritti fondamentali[136].

Più interessante è l'idea - seppur contrastata - di un controllore pubblico, vale a dire di una "Autorità Pubblica della Verità", cui affidare il compito di identificare i contenuti on line falsi o illegali ovvero quelli lesivi di diritti fondamentali della persona[137]. Si postula, così, una cooperazione funzionale all'eliminazione dei contenuti illeciti dalla rete, per effetto della intensificazione del confronto tra social network e autorità pubblica in relazione all'attività di monitoraggio delle fake news o alla diffusione di discorsi d'odio[138]. In tal misura, il diritto alla libertà di espressione sarebbe garantito anche dall'impegno dell'attore pubblico proteso a perseguire uno

134 Ghidini, G.; Massolo, A.: "*Fake news*: responsabilità, non censura", *Dir ind*., 2017, 4, pp. 355. Osserva, infatti, Marchetti, G.: *op. cit*., p. 31, che le *fake news* hanno successo "perché sono sapientemente create, grazie agli algoritmi, da coloro che conoscono le tendenze, le opinioni e le convinzioni degli utenti".

135 Piras, A.: "*Fake news* e nuove tecnologie: la *Blockchain* può realmente essere la nuova frontiera della lotta alla disinformazione in rete?", *www.andig.it*, 10 luglio 2020.

136 Passarelli, G.: *op. cit*., p. 1205, per cui questa soluzione potrebbe garantire maggior affidabilità, celerità e imparzialità dell'*hosting provider* e, pertanto, anche una adeguata tutela dell'utente. *Contra*, Frosini, T.E.: "*No news is fake news*", *Dir. pubbl. comp. eur*., 4, 2017, p. 5 s.

137 Pitruzzella, G.; Pollicino, O.; Quintarelli, S.: *op. cit*., pp. 50 ss.; Zanon, N.: "*Fake news* e diffusione dei *social media:* abbiamo bisogno di un"Autorità Pubblica della Verità'?" (A margine di Pitruzzella, G.; Pollicino, O.; Quintarelli S.: "*Parole e potere - Libertà d'espressione,* hate speech e fake news, Milano, Egea, 2017)", *Riv. dir.* media, 2018, 1, p. 14. *Contra*, Monti, M.: "Privatizzazione della censura e *Internet platforms*: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale", *Riv. it. inf.* e *dir*., 2019, 1, pp. 35 ss., per cui tale Autorità potrebbe configurare una sorta di censura che si aggiungerebbe a quella privatizzata e gestita dalle piattaforme, come osserva pure De Rada, D.: "'*Fake news*': tra diritto soggettivo ad essere informati e ricerca di una regolamentazione", *www.giustiziacivile.com*, 11 maggio 2021.

138 De Gregorio, G.: *op. cit*., p. 105. Al riguardo, cfr. Stanzione, P.: "Indagine conoscitiva sulla natura, cause e sviluppi recenti del fenomeno dei discorsi d'odio", *www.garanteprivacy.it*, 13 luglio 2021, il quale individua il punto più delicato della tutela della persona (e in particolare della dignità) *on line* nella promozione della cooperazione attiva delle piattaforme, pur senza renderle arbitre delle libertà fondamentali.

scopo di interesse pubblicistico, quale la repressione della circolazione di notizie false[139] o discriminatorie. Il fine, senza dubbio, è quello di applicare le sanzioni previste dalle condizioni d'uso del social network solo a seguito di una motivata valutazione delle attività dell'utente.

IV. LA RESPONSABILITÀ DEL SOCIAL NETWORK PROVIDER NEL C.D. DIGITAL MARKETPLACE OF IDEAS.

In tale contesto, gli intermediari informatici svolgono, dunque, un'ampia gamma di attività, tra cui quelle di piattaforme pubblicitarie online, motori di ricerca, social media o fornitori di contenuti creativi[140].

Deve allora vagliarsi la responsabilità della società di gestione del social media ogniqualvolta abbia omesso di accertare o vigilare su contenuti lesivi della personalità di terzi[141]. Si pensi al caso della mancata rimozione di post o commenti discriminatori o falsi lesivi di valori fondamentali, la cui tutela è imposta anche da norme sovranazionali[142].

In via di controllo successivo, si è ipotizzata, in caso di inserimento in piattaforma di contenuti pericolosi, la possibilità che il provider verifichi la natura della comunicazione[143], rivolgendosi direttamente al soggetto che ha caricato il contenuto sospetto ed eventualmente segnalando i messaggi veicolati[144].

La disposizione normativa da applicare risulta, senza dubbio, l'art. 14 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico (attuato dal d.lgs. n. 70/2003, all'art. 16), da leggere in combinato disposto con il considerando n. 46 della medesima. Da essi

139 De Gregorio, G.: *op. cit.*, p. 104.

140 Stazi, A.: "Multiformi approcci dei Paesi dell'Asia estremo-occidentale e dell'Oceania alla responsabilità degli intermediari *online*: una panoramica comparatistica da una prospettiva occidentale", *Dir. informaz.* e *inf.*, 2018, 2, pp. 233 ss.; Califano, L.: "La libertà di manifestazione del pensiero in rete…; nuove frontiere di esercizio di un diritto antico. *Fake news*, *hate speech* e profili di responsabilità dei *social network*", *federalismi.it*, 17 novembre 2021.

141 Utile si rivela il rinvio alla triste vicenda che ha visto coinvolta Tiziana Cantone. Il riferimento è all'ordinanza del 10 agosto 2016, *www.iurisprudentia.it*, con cui il Tribunale di Napoli Nord ha accolto la domanda *ex* art. 700 c.p.c. proposta dall'attrice, con l'emissione di un'ordinanza che imponeva a *Facebook* "l'immediata cessazione e rimozione dalla piattaforma del *social network* di ogni *post* contenente immagini (foto e/o video) o apprezzamenti riferiti specificamente alla persona della ricorrente". Nell'ordinanza di Napoli Nord si legge che "se la responsabilità del *provider* è indiscussa nell'ipotesi in cui è il *provider* medesimo a porre in essere un illecito (come avviene per i c.d. *Content Providers*), ben più complessa è la questione che si pone quando dei soggetti terzi, sfruttando dei servizi quale l'*hosting*, commettono degli illeciti, come è avvenuto nel caso di specie". Per una interessante ricostruzione si rinvia a Camilletti, F.: "Alcune considerazioni sui profili giuridici dei *social network*", *Contratti*, 2017, 4, pp. 451 ss.

142 L'osservazione è di Passarelli, G.: *op. cit.*, pp. 1195 ss.

143 Osserva Terlizzi, G.: "'Autonomia e controlli' e nuovi mezzi di comunicazione", *www.juscivile.it*, 2018, 2, p. 249, che "si tratta allora di rivisitare i problemi posti dal binomio "autonomia e controllo" nel nuovo contesto dei mezzi di comunicazione di massa". Il riferimento è, tra gli altri, al "controllo *ex post*, riguardante la responsabilità dell'*internet provider* per la violazione dei diritti dei singoli, nel rapporto con la libertà di informazione".

144 È la soluzione postulata da Ciani, J.; Tavella M.: *op. cit.*, p. 517.

si ricava che il prestatore di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio[145], non è di queste ultime responsabile a condizione che non abbia svolto un ruolo attivo volto a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati[146]. Più precisamente, le piattaforme online, come i social network, risultano destinatarie di tale previsione normativa in quanto prestatori di servizi di hosting che, peraltro, non si limitano a memorizzare informazioni fornite dai destinatari del servizio su richiesta di questi ultimi, provvedendo anche alla diffusione al pubblico[147]. Nel caso dei social network, a ben vedere, l'attività svolta dall'internet service provider non è di mera trasmissione, memorizzazione ovvero ospitalità del contenuto in rete, configurandosi a tutti gli effetti una gestione imprenditoriale del servizio che, in quanto tale, genera ricchezza al pari di una qualunque attività lucrativa. Ed infatti, i social network provider non si limitano a svolgere un'attività di hosting neutrale, ma intervengono direttamente "nell'organizzazione, nella gestione e talvolta anche nell'editing dei contenuti, al fine di aumentare i ricavi derivanti dalla raccolta pubblicitaria"[148].

Come chiarito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, per verificare se sia o meno applicabile l'esenzione da responsabilità di cui all'art. 16, d.lgs. n. 70/2003, occorre valutare se il ruolo svolto dal prestatore sia neutro, in quanto il suo comportamento è meramente tecnico, automatico e passivo, determinante una mancanza di conoscenza o di controllo dei dati che esso memorizza, o se, invece, questi svolga una funzione attiva volta a conferirgli una conoscenza o un controllo di tali dati con conseguente applicazione delle regole della responsabilità aquiliana ove si configuri un illecito[149].

È la Cassazione a rilevare che, in tale ultima evenienza, a delinearsi non è una responsabilità oggettiva o per fatto altrui, ma una responsabilità per fatto

145 Ai sensi dell'art. 2, lett. d), della direttiva 2000/31/CE, "destinatario del servizio" è la persona fisica o giuridica che, a scopi professionali e non, utilizza un servizio della società dell'informazione, in particolare per ricercare o rendere accessibili delle informazioni.

146 In sede di commento alla direttiva 2000/31/CE, cfr. Zeno Zencovich, V.: *Profili attivi e passivi della responsabilità dell'utente in Internet*, in Palazzo, A.; Ruffolo, U.: (a cura di), *La tutela del navigatore in* Internet, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 195 ss.; Riccio, G.M.: *La responsabilità civile degli* internet providers, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 57 ss.; Sica, S.: *Le responsabilità civili,* in Tosi, E.: (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione,* Milano, Giuffrè, 2003, pp. 127 ss.

147 Al riguardo, cfr. Riccio, G.M.: "*Social networks* e responsabilità civile", *Dir. informaz.* e *inf.*, 2010, 6, pp. 870 ss.

148 Allegri, M.R.: "Alcune considerazioni sulla responsabilità degli intermediari digitali, e particolarmente dei *social network provider*, per i contenuti prodotti dagli utenti", *Riv. it. inf.* e *dir.*, 2017, 1-2, p. 71.

149 Corte Giustizia UE, 12 luglio 2011, C-324/09; Corte Giustizia UE, 23 marzo 2010, C-324/09, C 236/08, *www.curia.europa.eu*. Si ricordi che il considerando n. 42 della direttiva CE 31/2000 prevede che "le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate".

proprio colpevole, non potendo un'implicazione del prestatore di servizi restare esclusa ove questi abbia avuto una conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure da altri[150]. È evidente che non si possano imporre obblighi di sorveglianza generale ai fornitori di servizi di accesso ad Internet[151], potendo una responsabilità sorgere solo in presenza di una specifica richiesta cui non si è ottemperato, come una diffida di rimozione proveniente dal soggetto leso o un ordine dell'autorità (cfr. art. 17, comma 3, d.lgs. n. 70/2003)[152]. In altre parole, l'hosting provider è responsabile della illiceità dei contenuti ospitati sulla piattaforma se non li ha rimossi immediatamente o se ha continuato a pubblicarli nonostante ne fosse stato informato dal titolare del diritto leso o da altro soggetto; se, per colpa grave, non abbia riscontrato l'illiceità; se, infine, avuta la possibilità di attivarsi per rimuovere i contenuti lesivi, non si sia mosso in tal senso[153]. A configurarsi è pertanto un concorso sopravvenuto nel medesimo illecito che da monosoggettivo diventa plurisoggettivo, connotandosi di due distinte modalità. Una di esse è cronologicamente precedente, commissiva, e posta in essere dall'utente; l'altra è, invece, successiva, di tipo omissivo, ed è realizzata dal provider, la cui responsabilità è quindi limitata alle conseguenze risarcitorie derivate solo dalle condotte tenute dopo la violazione a lui imputabile, non potendosi estendere a quelle determinate dalla condotta anteriore, le quali restano a carico dell'utente[154]. Chiaramente, ai fini del giudizio di responsabilità del prestatore, occorre l'accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie, "ovvero, la condotta, consistente nell'inerzia; l'evento, quale fatto pregiudizievole ed antidoveroso altrui; il nesso causale, mediante il c.d.

150 Cfr. Cass. civ., 19 marzo 2019, n. 7708, *Giur. it*., 2019, 12, c. 2604, con nota di R. Bocchini, "La responsabilità civile plurisoggettiva, successiva ed eventuale dell'ISP". Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Catania, 29 giugno 2004, *Dir. informaz.* e *inf*., 2004, p. 466; Trib. Milano, 2 marzo 2009, *ivi*, 2009, p. 521 ss.; Trib. Roma, 15 dicembre 2009, *ivi*, 2009, pp. 521 ss.; Trib. Roma, 11 febbraio 2010, *ivi*, 2010, p. 275 ss.; Trib. Milano, 24 febbraio 2010, *Riv. dir. ind*., 2010, p. 328 s.

151 L'art. 17 del d.lgs. n. 70/2003, rubricato "Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza" prevede che il *provider*, nelle prestazioni dei servizi di cui agli artt. 14-16, "non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite".

152 Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto dei servizi di cui agli artt. 14, 15 e 16, d.lgs. n. 70/2003, nel caso in cui, su richiesta dell'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non abbia agito prontamente per impedire l'accesso ad un dato contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non abbia provveduto ad informarne l'autorità competente. Al riguardo, in giurisprudenza, si segnala Trib. Napoli Nord, 3 novembre 2016, *Giur. it*., 2017, 3, pp. 629 ss., con nota di Bocchini, R.: "La responsabilità di *Facebook* per la mancata rimozione di contenuti illeciti" per cui "sussiste la responsabilità dell'*internet service provider* per le informazioni oggetto di "*hosting*" (memorizzazione durevole) allorquando il *provider* sia effettivamente venuto a conoscenza del fatto che l'informazione è illecita e non si sia attivato per impedire l'ulteriore diffusione della stessa e ciò pur in assenza di un generale obbligo di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, né integrandosi alcuna posizione di garanzia".

153 Cass. civ., 16 settembre 2021, n. 25070, *Dir. e giust*., 17 settembre 2021. Nella giurisprudenza di merito, cfr. App. Milano, 7 gennaio 2015, *Riv. dir. ind*., 2017, 1, II, p. 4; Trib. Roma, sez. spec. Impr., 5 maggio 2016, *www. dejure.it*; Trib. Roma, 27 aprile 2016, *Riv. dir. ind*., 2017, 1, II, p. 3.

154 Osserva Cass. civ., 19 marzo 2019, n. 7708, cit.

giudizio controfattuale, allorché l'attivazione avrebbe impedito l'evento, anche con riguardo (…) alla sua protrazione; l'elemento soggettivo della fattispecie"[155].

La Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali, del 15 dicembre 2020[156], da ultimo, ipotizza di sopprimere gli articoli da 12 a 15 della direttiva 2000/31/CE riproducendoli nel Regolamento e mantenendo le esenzioni dalla responsabilità per tali prestatori, conformemente, però, alla delineata interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Si prevede, nella specie, un rafforzamento degli obblighi a carico della piattaforma, soprattutto con riguardo alla rimozione del contenuto illecito con conseguente responsabilità in caso di inerzia[157]. A tal fine, e senza pregiudicare il Regolamento n. 2016/679, si propone l'introduzione di un nuovo sistema di segnalazione di contenuti illeciti da parte degli utenti della piattaforma, garantendo a questi ultimi una comunicazione trasparente su come le piattaforme eroghino i servizi di pubblicità online, nonché sulle motivazioni in presenza delle quali queste blocchino un account, oppure rimuovano un contenuto o un post. L'obiettivo evidente è quello di salvaguardare l'indipendenza della rete e la libertà di espressione, mai avulse, però, da un controllo sui contenuti divulgati e sui soggetti che potrebbero essere danneggiati dagli illeciti telematici[158].

In tal senso, il Parlamento Europeo, in data 5 luglio 2022, ha approvato il Digital Services Package, composto dal Digital Services Act e dal Digital Markets Act, aventi, tra gli altri, l'obiettivo di introdurre un adeguato apparato di procedure di contrasto ai contenuti illegali online - incitamento all'odio o alla violenza e informazioni diffamatorie - imponendo alle grandi piattaforme informatiche un comportamento diligente nonché una maggiore responsabilità sul controllo e sulla moderazione dei contenuti divulgati in rete, sempre nel rispetto dei diritti fondamentali[159].

155 Cass. civ., 19 marzo 2019, n. 7708, cit.

156 *Proposal for a Regulation on a Single Market for Digital Services* (COM/2020/825 final).

157 Sintetizza, efficacemente, Mazzarella, M.: "La responsabilità degli *hosting provider* sulle piattaforme digitali", *Giorn. dir. amm*., 2021, 3, pp. 396 ss. (nota a T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *ter*, 28 ottobre 2021, n. 11036), che "vige dunque un *favor* rispetto al prestatore di servizi: egli è esonerato dalla responsabilità civile extracontrattuale, tranne nel caso in cui, per colpa, non si comporti diligentemente, non tentando di prevenire o evitare eventuali condotte illecite. Non sussiste in ogni caso in capo ad esso, conclude l'a. "un obbligo di controllo dei contenuti da lui memorizzati".

158 In merito, sia consentito un rinvio a Mendola, A.: Influencer marketing e *indebito condizionamento del consumatore c.d.* follower*: profili di responsabilità*, in Mendola A.; Carrubbo L., *Le scelte "inconsapevoli" nelle nuove dinamiche d'acquisto.* Il neuromarketing e *la tutela del consumatore*-follower, Milano, Wolters Kluwer - Cedam, 2022, pp. 195 ss.

159 Per ciò che riguarda le società di *hosting* l'art. 5, par. 1, del DSA impone di agire per rimuovere i contenuti illeciti o per disabilitare l'accesso agli stessi, non appena tali società acquisiscono la conoscenza di contenuti illeciti, decretando la fine dell'irresponsabilità dell'impresa sulla base della avvenuta conoscenza della detta attività.

BIBLIOGRAFIA

Abbondante, F.: "Il ruolo dei *social network* nella lotta all'*'hate speech'*: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea (*The Role of Social Networks in the Fight Against Hate Speech: A Comparative Analysis between the USA and the European Experience*)", *Riv. it. inf.* e *dir.*, 2017, 1-2, pp. 41 ss.

Agnino, F.: "Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti? (vedi contratto *facebook*)", *Giur. merito*, 2012, 12, pp. 2555 ss.

Alagna, I.: "*Facebook* deve risarcire il danno all'utente se lo banna ingiustamente dal *social network*", *www.ridare.it*, 28 febbraio 2022, (nota ad App. L'Aquila, 9 novembre 2021).

Albertini, L.: "Responsabilità di *Facebook* per chiusura immotivata dell'*account* con distruzione dei dati ivi presenti. Sul rapporto giuridico utente/piattaforma: tra protezione e commercializzazione dei dati personali", *www.medialaws.eu*, 11 giugno 2021 (nota a Trib. Bologna, 10 marzo 2021).

Allegri, M.R.: "Alcune considerazioni sulla responsabilità degli intermediari digitali, e particolarmente dei *social network provider*, per i contenuti prodotti dagli utenti", *Riv. it. inf.* e *dir.*, 2017, 1-2, pp. 71 ss.

Andreola, E.: "*Fake news* e danno da false informazioni in *internet*. I parte", *Resp. civ. prev.*, 2020, 5, pp. 1604 ss.

Alpa, G.: "Autonomia privata, diritti fondamentali e 'linguaggio dell'odio'", *Contr.* e *impr.*, 2018, 1, pp. 45 ss.

Apa, E.: *La pubblicità commercial*e, Napoli, Jovene, 2011.

Attias L.; Scorza G.: "La consapevolezza digitale al servizio dell'etica", *Dir. informaz.* e *inf.*, 2019, 6, pp. 1191 ss.

Bassini, M.: "Libertà di espressione e *social network*, tra nuovi 'spazi pubblici' e 'poteri privati'. Spunti di comparazione", *Riv. dir.* media, 2021, 2, pp. 43 ss.

Bassini M.; Vigevani G.: "Primi appunti su *fake news* e dintorni", *Riv. dir.* media, 2017, 1, pp. 16 ss.

Bianchi, P.: Piesczek e l'Independent Oversight Bo*ard di FB: piccoli passi verso la censura collaterale*, *Consulta online.* Liber amicorum *per Pasquale Costanzo*, 10 febbraio 2020, pp. 6 s.

Blasco, B.: "Falsità della recensione in *internet, astroturfing* e scorrettezza delle pratiche commerciali", *Contratti*, 2017, 2, pp. 231 ss.

Bocchini, R.: "La responsabilità civile plurisoggettiva, successiva ed eventuale dell'ISP", *Giur. it.*, 2019, 12, cc. 2604 ss. (nota a Cass. civ., 19 marzo 2019, n. 7708).

Bocchini, R.: "La responsabilità di *Facebook* per la mancata rimozione di contenuti illeciti", *Giur. it.*, 2017, 3, pp. 629 ss. (nota a Trib. Napoli Nord, 3 novembre 2016).

Bruno, B.: "Pluralismo dell'informazione politica sui *media*. Criticità ed esigenze di regolazione del *web*", *Dir.* internet, 2021, 1, pp. 3 ss.

Caggiano, G.: "Il contrasto alla disinformazione tra nuovi obblighi delle piattaforme *online* e tutela dei diritti fondamentali nel quadro del *Digital Service Act* e della co-regolamentazione", Papers *di diritto europeo*, 2021, 1, pp. 48 ss.

Calia, A.: "I danni da condivisione digitale: alcune categorie esemplari", *Cyberspazio e diritto*, 2020, 3, pp. 489 ss.

Calia, A.: "Le *fake news* e i danni da condivisione digitale in Italia", *Cyberspazio e diritto*, 2019, 3, pp. 369 ss.

Califano, L.: "La libertà di manifestazione del pensiero in rete…; nuove frontiere di esercizio di un diritto antico. *Fake news*, *hate speech* e profili di responsabilità dei *social network*", *federalismi.it*, 17 novembre 2021.

Calpona, E.: "Congelamento della pagina *Facebook* e lesione dei diritti all'identità e all'immagine", *Juscivile*, 2019, 3, pp. 292 ss. (nota a Trib. Pordenone, 10 dicembre 2018).

Camilletti, F.: "Alcune considerazioni sui profili giuridici dei *social network*", *Contratti*, 2017, 4, pp. 451 ss.

Campagnoli, M.N.: "*Social media* e *information disorder*: questioni di ecologia comunicativa in Rete (Parte prima - Le *fake news*)", *www.dirittifondamentali.it*, 2020, 2, pp. 1525 ss.

Carota, L.: "Diffusione di informazioni in rete e affidamento sulla reputazione digitale dell'impresa", *Giur. comm.*, 2017, 4, pp. 624 ss.

Caruso, C.: *Ai confini dell'abuso del diritto: l'*Hate Speech *nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in Mezzetti L.; Morrone A. (a cura di), *Lo*

strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Atti del Convegno internazionale di studi, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 339 ss.

Casarosa, F.: "L'approccio normativo europeo verso il discorso dell'odio *online*: l'equilibrio fra un sistema di "*enforcement*" efficiente ed efficace e la tutela della libertà di espressione", *Questionegiustizia.it*, 2020.

Cassano, G.: "Il caso Trump, la cacciata dai *social media* e il diritto positivo. Brevi note in tema di ostracismo nell'era digitale", *Dir.* Internet, 2021, 2, pp. 215 ss.

Cassano, G.: "Gira la ruota per *CasaPound*, a Siena prevale il regime privatistico del rapporto, ed il profilo rimane disattivato", *Dir.* internet, versione *online*, 21 gennaio 2020 (nota a Trib. Siena, 19 gennaio 2020).

Castellaneta, M.: "Responsabilità del politico per commenti altrui su *Facebook*: conforme alla Convenzione europea la 'tolleranza zero' nei casi di messaggi d'odio", *Riv. dir.* media, 2021, 3, pp. 211 ss. (nota a Corte eur. dir. uomo, 2 settembre 2021).

Castellaneta, M.: "Non c'è responsabilità oggettiva dei portali che pubblicano commenti senza filtro se non c'è incitamento all'odio", *Guida al dir.*, 2016, 11, pp. 104 ss. (nota a Corte eur. dir. uomo, 2 febbraio 2016).

Ciccia Messina, A.: "*Fake news*: quando l'imprenditore può chiedere il risarcimento dei danni", *www.quotidianogiuridico.it*, 23 giugno 2020 (nota a Trib. Torino, 21 aprile 2020).

Colombo, F.: "Controllo, identità, parresia. Un approccio foucaultiniano al *web* 2.0", *Comunicazioni sociali*, 2012, 2, pp. 197 ss.

Cuniberti, M.: "Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di contro", *Riv. dir.* media, 2017, 1, p. 35 ss.

D'Antonio, V.; Stanzione, M.G.: *Libertà di espressione* e privacy *nel dialogo delle Corti*, in *Comunicazione, linguaggi e società*. Studi in onore di Annibale Elia, Bogotà, Penguin Random House Grupo Editorial, 2022, p. 125.

De Gregorio, G.: "*The market place of ideas* nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati *online*?", *Riv. dir.* media, 2017, 1, p. 92 ss.

Del Corona, L.: "*Social Media* e la disinformazione scientifica: spunti per un cambiamento di rotta alla luce dell'esperienza statunitense ed europea", *Quad. de La Rivista Gruppo di Pisa, Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarità*, a cura di Lo Calzo, A.; Pace, L.; Serges, G.; Siccardi, C.; Villaschi, P., 2021, 3, pp. 483 ss.

Della Bruna, E.: "Ingannevolezza della comunicazione commerciale, (in) adeguatezza organizzativa e responsabilità degli *internet providers* (il caso *Tripadvisor*)", *Riv. dir. impr.*, 2016, 2, pp. 405 ss.

De Rada, D.: "'*Fake news*': tra diritto soggettivo ad essere informati e ricerca di una regolamentazione", *www.giustiziacivile.com*, 11 maggio 2021.

di Majo, A.: "I confini mobili della responsabilità civile", *Giur. It.*, 2016, 3, pp. 572 ss. (nota a Cass. civ., 15 aprile 2015, n. 7613).

Dunn, P.: "Moderazione automatizzata e discriminazione algoritmica: il caso dell'*hate speech*", *Riv. it. inf. e dir.*, 2022, 1, pp. 1 ss.

Dunn, P.: "Piattaforme digitali e moderazione dei contenuti d'odio: nodi giuridici e pratici", *Riv. dir.* media, 3 maggio 2021.

Falconi, F.: "Diffamazione via *hyperlinking* e tutela della libertà di informazione *on-line*", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 5, pp. 1024 ss. (nota a Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2019).

Falletta, P.: "Controlli e responsabilità dei *social network* sui discorsi d'odio *online*", *Riv. dir.* media, 2020, 1, pp. 146 ss.

Falletti, E.: "Politici su *Twitter:* le decisioni delle corti straniere", *www.quotidianogiuridico.it*, 18 luglio 2019.

Flaminio, S.: "Lotta alle *fake news*: dallo stato dell'arte a una prospettiva di regolamentazione per il 'vivere digitale' a margine del *Digital Services Act*", *Riv. it. inf. e dir.*, 2022, 2, pp. 1 ss.

Franceschelli, V.: "*Fake news* e *Social networks:* riflessi sul diritto d'autore e concorrenza", *Dir. ind.*, 2019, 2, pp. 141 ss.

Frosini, T.E.: "Il costituzionalismo nella società tecnologica", *Dir. informaz. e inf.*, 2020, 3, pp. 465 ss.

Frosini, T.E.: "*No news is fake news*", *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, 4, pp. 5 ss.

Galimberti, M: "La disinformazione: profili regolatori e *policy*", *Dir. pen. cont.*, 2021, 4, pp. 251 ss.

Galli, C.: "*Social media*, segni distintivi e lealtà della concorrenza, tra *influencer, trend setters*, *fake news* e pubblicità", *Dir. ind.*, 2019, 2, pp. 122 ss.

Gasparini, I.: "L'odio ai tempi della rete: le politiche europee di contrasto all'*online hate speech*", *Jus*, 2017, 3, pp. 505 ss.

Gelli, R.: "False recensioni su *Tripadvisor*: accolta l'azione inibitoria promossa dal ristoratore diffamato", *Corr. giur.*, 2016, 1, pp. 78 ss. (nota a Trib. Venezia, 24 febbraio 2015).

Ghidini G.; Massolo A.: "*Fake news:* responsabilità, non censura", *Dir ind.*, 2017, 4, pp. 355.

Giannone Codiglione, G.: *Internet e tutele di diritto civile*, Torino, Giappichelli, 2020.

Giannone Codiglione, G.: "Legge per migliorare la tutela dei diritti sui *social network*", *Riv. dir.* media, 2019, 1, pp. 328 ss.

Giannone Codiglione, G.: "La nuova legge tedesca per l'*enforcement* dei diritti sui social media", *Dir. informaz. e inf.*, 2017, 4-5, pp. 723 ss.

Giannone Codiglione, G.: "Reputazione *on line*, sistemi di *rating* e anonimato in una recente decisione della Corte di Cassazione tedesca", *Dir. informaz. e inf.*, 2015, 1, pp. 169 ss. (nota a BGH, 23 settembre 2014).

Giubileo, A.: "Il nuovo *Oversight Board* istituito per il controllo dei contenuti su *Facebook* alla luce delle sue prime decisioni: tra natura paragiurisdizionale e tutela della libertà d'espressione", *Quad. de La Rivista Gruppo di Pisa, Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarità*, a cura di Lo Calzo, A.; Pace, L.; Serges, G.; Siccardi, C.; Villaschi, P., 2021, 3, pp. 179 ss.

Golia, A. Jr.: "L'antifascismo della Costituzione italiana alla prova degli spazi giuridici digitali. Considerazioni su partecipazione politica, libertà d'espressione *online* e democrazia (non) protetta in *CasaPound* c. *Facebook* e Forza Nuova c. *Facebook*", *federalismi.it*, 2020, 18, pp. 162 ss.

Grandinetti, O.: "*Facebook vs. CasaPound* e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine *social* e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali", *Riv. dir.* media, 2021, 1, pp. 173 ss.

Lo Presti, I.: "*CasaPound,* Forza Nuova e *Facebook.* Considerazioni a margine delle recenti ordinanze cautelari e questioni aperte circa la relazione tra partiti politici e *social network*", *Quaderni costituzionali*, 2020, pp. 2 ss.

Magnani, C.: "Libertà di espressione e *fake news*, il difficile rapporto tra verità e diritto. Una prospettiva teorica", *www.costutizionalismo.it*, 4 aprile 2019.

Marchetti, G.: "Le *fake news* e il ruolo degli algoritmi", *Riv. dir.* media, 2020, 1, pp. 29 ss.

Martinelli, S.: "La chiusura dell'*account facebook* di un'associazione: quale tutela?", *Giur. it.*, 2021, 10, pp. 2089 ss. (nota a Trib. Trieste, 27 novembre 2020).

Mazza, P.: "L'esperibilità del rimedio *ex* art. 700 c.p.c. a seguito della disattivazione dell'*account* su *Facebook:* l'ultimo episodio della saga chiude (ma non del tutto) le porte alla concessione della tutela d'urgenza", *Dir.* internet, 2021, 1, pp. 97 ss.

Mazzarella, M.: "La responsabilità degli *hosting provider* sulle piattaforme digitali", *Giorn. dir. amm.,* 2021, 3, pp. 396 ss. (nota a T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *ter*, 28 ottobre 2021, n. 11036).

Mazzolai, B.: "*Hate speech* e comportamenti d'odio in rete: il caso *Forza Nuova c.* Facebook", *Dir. informaz.* e *inf.*, 2020, 3, pp. 581 ss.

Mazzolai, B.: "La censura su piattaforme digitali private: il caso *Casa Pound* c. *Facebook*", *Dir. informaz.* e *inf.*, 2020, 1, pp. 109 ss.

Melzi D'Eril, C.: "*Fake news* e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incriminatrici", *Riv. dir.* media, 2017, 1, pp. 64 ss.

Melzi D'Eril, C.: "Diffusione di notizie false tramite *Internet* e manipolazione del mercato", *Dir. informaz.* e *inf.*, 2012, 2, pp. 224 ss.

Mendola, A.: "Atto di consumo e libertà di scelta nel *social media marketing*", *Riv. dir. priv.*, 2022, 3, pp. 423 ss.

Mendola, A.: Influencer marketing e *indebito condizionamento del consumatore c.d.* follower*: profili di responsabilità*, in Mendola A.; Carrubbo L.: *Le scelte "inconsapevoli" nelle nuove dinamiche d'acquisto.* Il neuromarketing e *la tutela del consumatore*-follower, Milano, Wolters Kluwer - Cedam, 2022, pp. 195 ss.

Mendola, A.: "*Astreinte* e danni punitivi", *Giur. it.*, 2016, 3, pp. 562 ss. (nota a Cass. civ., 15 aprile 2015, n. 7613).

Monteleone, A.G.: "Le piattaforme come strumenti di creazione di contenuti. L'incerta regolazione degli *user-adapted content* nella proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale", *Riv. dir.* media, 2019, 1, pp. 126 ss.

Monti, M.: "Lo *strengthened Code of Practice on Disinformation*: un'altra pietra della nuova fortezza digitale europea?", *www.medialaws.eu*, 30 agosto 2022.

Monti, M.: "La Corte Suprema statunitense e il potere delle piattaforme digitali: considerazione sulla privatizzazione della censura a partire da una *concurring opinion*", *Dpce* online, 2021, 2, pp. 1 ss. (commento a Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Joseph R. Biden, Jr.*, v. *Knight First Amendment Institute*, 593 U.S.).

Monti, S.: "Critica e *web*: la tutela della personalità tra nodi sciolti e da sciogliere", *Danno e resp.*, 2021, 1, pp. 239 ss. (nota a Trib. Torino, 21 aprile 2020).

Monti, M.: "La disinformazione *online,* la crisi del rapporto pubblico-esperti e il rischio della privatizzazione della censura nelle azioni dell'Unione europea *(Code of practice on disinformation*)", *federalismi.it*, 24 aprile 2020.

Monti, M.: "*Il Code of Practice on Disinformation* dell'UE: tentativi *in fieri* di contrasto alle *fake news*", *Riv. dir.* media, 2019, 1, pp. 328 ss.

Monti, M.: "Privatizzazione della censura e *Internet platforms*: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale", *Riv. it. inf. e dir.*, 2019, 1, pp. 35 ss.

Mula, D.: *La responsabilità del portale*, in Bianca, M.; Gambino, A.; Messinetti, R. (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 73 ss.

Musio, A.: "Il contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali in cambio di dati personali nel D.Lgs. n. 173/2021", *Dir.* internet, 2022, 2, pp. 202 ss.

Nardi, V.: "I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'*internet service provider*?", *Dir. pen. cont.*, 7 marzo 2019, pp. 1 ss.

Pagano, G.: "Il *Code of Practice on Disinformation.* Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione", *federalismi.it*, 5 giugno 2019.

Palombino, G.: "Le *fake news* ai tempi del coronavirus: note all'ordinanza del Tribunale di Roma n. 41450/2020 e alle ordinanze del Tribunale di Milano nn. 13489/2021, 20390/2021 e 26248/2021", *Dir. merc. tecn.*, 29 settembre 2021, pp. 1 ss.

Pardolesi, P.: "DNA polifunzionale della responsabilità civile: recenti apporti della Cassazione", *Riv. dir. priv.*, 2016, 3, pp. 471 ss. (nota a Cass. civ., 15 aprile 2015, n. 7613).

Passarelli, G.: "La metamorfosi dei *social media.* La rilevanza sociale nell'attuale agorà digitale di un servizio 'privatistico'", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 5, pp. 1196 ss.

Petruso, R.: "Responsabilità delle piattaforme *online*, oscuramento di siti *web* e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo", *Dir. informaz. e inf.*, 2018, 3, pp. 511 ss.

Piccirillo, F.: "Europa e disinformazione: luci ed ombre del rapporto sulle *fake news*", *www.quotidianogiuridico.it*, 21 maggio 2018.

Piccirillo, F.: "Le strategie europee di contrasto alle *fake news*: il *report* della Commissione europea", *www.quotidianogiuridico.it*, 24 aprile 2018.

Piras, A.: "*Fake news* e nuove tecnologie: la *Blockchain* può realmente essere la nuova frontiera della lotta alla disinformazione in rete?", *www.andig.it*, 10 luglio 2020.

Pitruzzella, G.: "La libertà di informazione nell'era di *Internet*", *Riv. dir.* media, 2018, 1, p. 31.

Pitruzzella, G.; Pollicino, O.; Quintarelli, S.: *Parole e potere. Libertà d'espressione,* hate speech e fake news, Milano, Egea, 2017.

Pizzetti, F.: "*Fake news* e allarme sociale: responsabilità, non censura", *Riv. dir.* media, 2017, 1, pp. 53 ss.

Pollicino, O.: "La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di *Internet*", *Riv. dir.* media, 2018, 1, pp. 8 ss.

Quarta, A.: "Disattivazione della pagina *Facebook*. Il caso *CasaPound* tra diritto dei contratti e bilanciamento dei diritti", *Danno e resp.*, 2020, 4, pp. 489 ss. (nota a Tribunale di Roma, 12 dicembre 2019).

Quarta, A.: "*Property* vs. *Freedom of Speech*: cronache americane di un cortocircuito metropolitano", *Pol. diritto*, 2015, 1, pp. 157 ss.

Riccio, G.M.: *La giurisprudenza su* Facebook/Casa Pound *e l'esigenza di eteroregolazione del contratto con il* social network, in Stanzione P.: (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della* privacy, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 339 ss.

Riccio, G.M.: "*Social networks* e responsabilità civile", *Dir. informaz. e inf.*, 2010, 6, pp. 870 ss.

Riccio, G.M.: *La responsabilità civile degli* internet providers, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 57 ss.

Rinaldi, L.: "Le piattaforme tra diritto pubblico e diritto privato: libertà d'espressione, discorso politico e *social network* in alcuni casi recenti tra Italia e Stati Uniti", *Quad. de La Rivista Gruppo di Pisa, Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarità*, a cura di Lo Calzo, A.; Pace, L.; Serges, G.; Siccardi, C.; Valleschi, P., 2021, 3, pp. 211 ss.

Rodotà, S: *Il mondo della rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma, Laterza, 2014.

Sammarco, P.: "Diffamazione *on-line* e nuovi criteri per la determinazione dell'importo risarcitorio", *Dir. Informaz. e inf.*, 2010, 2, pp. 263 ss. (nota a Trib. Trani, 5 giugno 2009).

Sammarco, P.: "Libertà di espressione, comunicazioni pubblicitarie e loro restrizioni nella giurisprudenza comunitaria", *Dir. informaz. e inf.*, 2009, 3, pp. 479 ss.

Sica S.; Giannone Codiglione, G.: (a cura di), *Security and Hate Speech. Personal Safety and Data Security: Rights in The Age of Social Media,* Bologna, il Mulino, 2019.

Sica, S.: *Le responsabilità civili*, in Tosi E. (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 127 ss.

Siccardi, C.: *La* loi Avia. *La legge francese contro l'odio* on line *(o quello che ne rimane)*, in D'Amico, M.; Siccardi, C.: (a cura di), *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare* l'hate speech on line, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 171 ss.

Spatuzzi, A.: "*Hate speech* e tutela della persona. Tra incertezza del paradigma e declinabilità dei rimedi", *Dir. fam. pers.*, 2021, 2, pp. 888 ss.

Stanzione, P.: "Indagine conoscitiva sulla natura, cause e sviluppi recenti del fenomeno dei discorsi d'odio", *www.garanteprivacy.it*, 13 luglio 2021.

Stazi, A.: "Multiformi approcci dei Paesi dell'Asia estremo-occidentale e dell'Oceania alla responsabilità degli intermediari *online*: una panoramica comparatistica da una prospettiva occidentale", *Dir. informaz. e inf.*, 2018, 2, pp. 233 ss.

Stella, M.: "Disattivazione *ad nutum del* profilo *facebook*: quale spazio per la tutela cautelare *ex* art. 700", *Dir.* internet, 2020, 2, pp. 286 ss.

Stella, M.: "Disattivazione dell'*account facebook* legittima, invero doverosa per il *provider*, se l'utente incita all'odio", *Dir.* internet, versione *online*, 28 febbraio 2020.

Terlizzi, G.: "'Autonomia e controlli' e nuovi mezzi di comunicazione", *www.juscivile.it*, 2018, 2, pp. 249 ss.

Trimarchi, R.: "Contrastare l'*hate speech*: l'anonimato digitale e l'importanza delle piattaforme digitali per il professionista", *Not.*, 2021, 3, pp. 261 ss.

Valditara, C.: "*Fake news:* regolamentazione e rimedi", *Dir. informaz.* e *inf.*, 2021, 2, pp. 2 ss.

Venanzoni, A.: "Pluralismo politico e valore di spazio di dibattito pubblico della piattaforma *social Facebook*: la vicenda *CasaPound* (Tribunale Civile di Roma, sezione specializzata in materia d'Impresa, ord. 12 dicembre 2019)", *Dir.* internet, 12 dicembre 2019.

Viglione, F., "Riflessioni sui rimedi civilistici all'*hate speech*", *Riv. dir. civ.*, 2020, 4, pp. 775 ss.

Vigorito, A.: "Piattaforme digitali e *'political speech':* dal caso *Facebook-CasaPound* alla vicenda *Twitter-Trump*", *www.giustiziacivile.com*, 24 novembre 2020, pp. 1 ss.

Villaschi, P.: "*Facebook* come la RAI?: note a margine dell'ordinanza del Tribunale di Roma del 12.12.2019 sul caso *CasaPound* c. Facebook", *Oss. cost.*, 2020, 2, pp. 430 ss.

Visco Comandini, V.: "Le *fake news* sui *social network*: un'analisi economica", *Riv. dir.* media, 2020, 2, pp. 430 ss.

Vizzoni, L.: "Recensioni non genuine su *TripAdvisor*: quali responsabilità?", *Resp. civ.* e *prev.*, 2018, 2, pp. 719 ss.

Zanon, N.: "*Fake news* e diffusione dei *social media:* abbiamo bisogno di un"Autorità Pubblica della Verità?" (A margine di Pitruzzella, G.; Pollicino, O.; Quintarelli, S.: *Parole e potere - Libertà d'espressione,* hate speech e fake news, Milano, Egea, 2017)", *Riv. dir.* media, 2018, 1, pp. 14 ss.

Zeno Zencovich, V.: *Profili attivi e passivi della responsabilità dell'utente in* Internet, in Palazzo A.; Ruffolo U.: (a cura di), *La tutela del navigatore in* Internet, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 195 ss.

Ziccardi, G.: "Profilazione dell'individuo, *big data* e metadati: comprendere le tecnologie attuali per comprendere i contenuti d'odio *online*", *Quad. de La Rivista Gruppo di Pisa, Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarità*, a cura di Lo Calzo, A.; Pace, L.; Serges, G.; Siccardi, C.; Villaschi, P., 2021, 3, pp. 56.

Ziccardi, G.: "*Internet* e le espressioni d'odio: influenza della tecnologia e strategie di contrasto", *Ciberspazio* e *diritto*, 2015, 3, pp. 387 ss.

LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADA DE UNA FALTA DE CONFORMIDAD O FALTA DE SUMINISTRO DE LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

COMPENSATION FOR DAMAGES CAUSED BY A LACK OF CONFORMITY OR A FAILURE TO SUPPLY THE DIGITAL CONTENT OR DIGITAL SERVICE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1436-1477

Álvaro BUENO BIOT

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la indemnización por daños y perjuicios que se puede pretender por parte del consumidor o usuario ante una falta de conformidad o falta de suministro del contenido o servicio digital. Dado que la Directiva 2019/770 y el TRLGDCU han renunciado a establecer una regulación de la misma para reclamar los posibles daños y perjuicios que se puedan producir en este ámbito, es necesario acudir a las normas generales del Derecho Común, en concreto, a los arts. 1.101 y ss. CC, aunque ello no está exento de problemas, para los cuales se ha pretendido establecer algunas soluciones.

PALABRAS CLAVE: Consumidores; usuarios; contenidos digitales; servicios digitales; contrato de suministro; falta de conformidad; indemnización por daños y perjuicios; medidas correctoras; datos personales; Directiva 2019/770; TRLGDCU.

ABSTRACT: *This paper analyzes the compensation for damages that can be claimed by the consumer or user in the event of a lack of conformity or lack of supply of digital content or service. Given that Directive 2019/770 and the TRLGDCU have renounced to establish a regulation of the same for claiming possible damages that may occur in this area, it is necessary to resort to the general rules of Common Law, specifically, arts. 1.101 et seq. CC, although this is not without problems, for which we have tried to establish some solutions.*

KEY WORDS: *Consumers; users; digital content; digital services: supply contract; lack of conformity; compensation for damages; remedies; data protection; Directive 2019/770; TRLGDCU.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA FALTA DE CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES COMO PRESUPUESTO PREVIO PARA LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.- III. LA POSIBLE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD O FALTA DE SUMINISTRO.- 1. ¿En qué debe consistir la indemnización?.- 2. Compatibilidad de la indemnización por daños y perjuicios con las medidas correctoras.- 3. ¿Pueden existir diferentes tipos de indemnización?.- IV. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CONFORME A LAS REGLAS DEL DERECHO COMÚN.- 1. Fundamentos normativos de la indemnización por daños y perjuicios.- 2. Determinación de los daños y perjuicios.- V. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR FALTA DE CONFORMIDAD O FALTA DE SUMINISTRO FRENTE A LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA PARA LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.- VI. LA INDEMNIZACIÓN COMO FÓRMULA PARA COMPENSAR AL CONSUMIDOR QUE HA CEDIDO SUS DATOS PERSONALES COMO CONTRAPRESTACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

La imparable evolución tecnológica que estamos experimentando ha traído consigo nuevos retos para la sociedad y la economía, pero también para las legislaciones de la Unión Europea y sus Estados miembros. Uno de los retos inminentes para los ordenamientos jurídicos es dotar de seguridad jurídica a las relaciones de consumo y aumentar la protección del consumidor en aquellos casos en que resulte especialmente vulnerable.

El suministro de contenidos y servicios digitales ha ido tomando protagonismo en los últimos tiempos. Es cierto que los consumidores y usuarios obtienen innumerables ventajas de estas adquisiciones, pero también es cierto que existe cierta desconfianza por parte de los mismos, especialmente porque en la mayoría de ocasiones no tienen contacto físico con el vendedor, no pueden comprobar las características del contenido o servicio digital con carácter previo y, en caso de que no sea conforme, no existe un establecimiento al que puedan ir a reclamar. Por todo ello, es tan importante establecer un marco jurídico que proteja adecuadamente los derechos e intereses de los consumidores, que se presentan como la parte débil en este tipo de relaciones jurídicas, especialmente en el ámbito digital.

La Unión Europea es consciente de la situación, por ello tiene como objetivo garantizar a los consumidores un mejor acceso a los contenidos y servicios digitales, y facilitar que las empresas suministren contenidos y servicios digitales, ya que ello puede contribuir a impulsar la economía digital de la Unión y a estimular el crecimiento en general. En este sentido, dentro de la Estrategia para un Mercado Único Digital, se lanzó la Directiva (UE) 2019/770, del Parlamento y del Consejo,

• Álvaro Bueno Biot
Investigador predoctoral, Universidad de Valencia
Alvaro.bueno@uv.es

de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (en adelante, DCSD)[1], que ha sido transpuesta al Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU) a través del RD Ley 7/2021[2], de forma conjunta y con un enfoque unitario, junto con su gemela: la Directiva (UE) 2019/771, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (en adelante, DCVB)[3].

En la DCSD se han pretendido armonizar determinados aspectos relativos a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, partiendo de la base de un alto nivel de protección de los consumidores, a fin de lograr un auténtico mercado único digital, reforzar la seguridad jurídica y reducir los costes de las transacciones, en particular para las pequeñas y medianas empresas (pymes)[4]. En este sentido, con la DCSD y, por ende, con su transposición al TRLGDCU se ha establecido un marco contractual claro para los contenidos y servicios digitales, así como cuáles son los derechos y obligaciones contractuales del consumidor o usuario en la adquisición de este tipo de contenidos[5], en especial, para hacer frente a los problemas relacionados con la calidad o el acceso a los mismos, ya que es bastante frecuente que los consumidores o usuarios reciban contenidos o servicios digitales erróneos o defectuosos, o simplemente el proveedor no cumpla con su obligación de suministro.

Ante estos problemas que se presentan en la adquisición de los contenidos y servicios digitales, los consumidores y usuarios podrán hacer uso de una serie de medidas correctoras, así como reclamar, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios. Por tanto, ante una falta de conformidad o el incumplimiento en el suministro de los contenidos o servicios digitales, el consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización por daños y perjuicios. No obstante, la DCSD ha renunciado a regular este derecho de indemnización, dejándolo en manos de los Estados Miembros. En esta línea, según el Cdo. 73 DCSD, se establece que "Dado que ese derecho a indemnización por daños y perjuicios ya existe en todos los Estados miembros, la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de las

1 ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/2019/770/oj

2 Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (ELI: https://www.boe.es/eli/es/rdl/2021/04/27/7), cuyas normas entraron en vigor el día 1 de enero de 2022.

3 ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/2019/771/oj

4 Cdo. 3 DCSD

5 Como señala Juárez Torrejón, Á.: "Garantías en la venta de bienes de consumo y servicios" posventa", *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial* (coord. por M. J. Santos Morón y M. N. Mato Pacín), Tecnos, Madrid, 2022, p. 114, la incorporación de este régimen jurídico en el TRLGDCU es, sin duda, una posible concreción de los "legítimos intereses económicos" de los consumidores *ex* artículo 51 CE.

normas nacionales sobre compensación de los daños y perjuicios causados a los consumidores por el incumplimiento de dichas normas". Y, en el mismo sentido, el art. 3.10 DCSD reconoce "la facultad de los Estados miembros de regular los aspectos del Derecho contractual en general (…), o el derecho a indemnización por daños y perjuicios". De esta forma, la norma europea garantiza que, en ningún caso, se limite este derecho del consumidor, aunque no se encuentre regulado expresamente en el articulado de la Directiva[6]. Sin embargo, bajo mi punto de vista, este es el primer problema que se plantea, ya que si la finalidad de la DCSD es establecer un conjunto de derechos contractuales plenamente armonizados para todos los consumidores de la UE con el fin de reducir la inseguridad jurídica y aumentar la protección de los mismos, no tiene mucho sentido que la indemnización por daños y perjuicios se deje en manos de los Estados Miembros, pues es evidente que cada ordenamiento nacional va a presentar unos matices y, en consecuencia, vamos a tener una regulación fragmentaria en lo relativo a la indemnización por daños y perjuicios. Justo el efecto contrario que pretende la DCSD.

Es cierto que el resarcimiento de los daños y perjuicios está más que garantizado en la tradición regulatoria de los Estados miembros, pero también cabe decir lo mismo de las medidas correctoras. No obstante, el legislador europeo, a través de la DCSD, sí ha querido armonizar el régimen jurídico de las medidas correctoras con el fin de subsanar las divergencias que pudieran presentar en este punto los ordenamientos jurídicos nacionales. Ello nos lleva a plantearnos el por qué el legislador europeo sí ha querido elevar el nivel de protección del consumidor respecto a los remedios y armonizar su regulación y, en cambio, no lo ha hecho respecto a la indemnización por daños y perjuicios. Quizás la negativa a armonizar este tipo de indemnización se debe a la dificultad que supone afrontar la gran diversidad de criterios de imputación de responsabilidad que existen en los distintos ordenamientos nacionales, o al hecho de que se trata de una materia que, según qué ordenamiento jurídico, se encuadra bajo el Derecho de Contratos o del Derecho de Daños. Sea como fuere, me parece reprochable la renuncia del legislador europeo a regular y armonizar el régimen jurídico de la indemnización por daños y perjuicios[7], ya que la fragmentación normativa que existirá entre los diferentes Estados Miembros –distintos plazos, criterios de imputación, etc.- redunda en perjuicio de la protección del consumidor y aumentará la inseguridad

6 Sánchez Lería, R.: "Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2021, núm. 4, p. 75.

7 *Vid.,* en el mismo sentido, la crítica de Castilla Barea, M.: *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*, Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 251-254, sobre la relegación de la indemnización por daños y perjuicios a los ordenamientos nacionales, si bien, en este caso, se refiere a la venta de bienes de consumo regulados por la Directiva 2019/771, aunque sus comentarios pueden ser perfectamente trasladables al ámbito de los contenidos y servicios digitales, pues aquélla fue transpuesta junto con la DCSD al TRLGDCU.

jurídica para los empresarios lo que, al fin y al cabo, también supondrá un aumento de costes adicionales relacionados con las diferencias que presentan las normativas nacionales de Derecho del consumo.

En cualquier caso, configurado así el sistema, deberemos acudir a la normativa nacional de cada Estado Miembro para comprender el régimen jurídico de la indemnización por daños y perjuicios derivada de una falta de conformidad o un incumplimiento contractual, lo que, en el ordenamiento jurídico español, como veremos a lo largo de este trabajo, nos conduce a las normas generales del Derecho Común. Sin embargo, el hecho de que existan contraprestaciones de tipo no dinerario, como la cesión de uso de datos personales, así como cuando la falta de conformidad afecte a la seguridad del contenido o servicio digital, nos puede abocar a acudir a la vía indemnizatoria prevista en la normativa de protección de datos personales[8] o a la normativa de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen[9], aunque, en el presente trabajo, no entraremos a analizar las indemnizaciones que proceden por estas dos últimas vías, sino que nos centraremos en aquella que surge conforme a las normas del Código Civil.

II. LA FALTA DE CONFORMIDAD DE LOS CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES COMO PRESUPUESTO PREVIO PARA LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

La DCSD ha acogido el parámetro de la conformidad de los bienes y servicios, siguiendo en este punto el término ya consolidado por la Directiva 1999/44/CE[10], aunque lo ha adecuado a la naturaleza de los contenidos y servicios digitales, por lo que se puede afirmar que es la primera vez que se utiliza este criterio para determinar el cumplimiento por parte del empresario o proveedor en el suministro de contenidos y servicios digitales, lo que, bajo mi punto de vista, es un acierto del legislador europeo ya que con ello se logra un régimen uniforme para todos los Estados Miembros y, por ende, se reduce la inseguridad jurídica para los empresarios y aumenta la protección de los consumidores.

En este sentido, para valorar si se produce un incumplimiento en el suministro o falta conformidad en los contenidos y servicios digitales, la DCSD y, por ende, el TRLGDCU han establecido unos criterios a los cuales deberán ajustarse los

8 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj)

9 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (ELI: https://www.boe.es/eli/es/lo/1982/05/05/1/con)

10 Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/1999/44/oj)

contenidos y servicios digitales. Esto es, los contenidos o servicios digitales que el empresario suministre al consumidor o usuario se considerarán conformes con el contrato cuando cumplan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos que sean de aplicación siempre que, cuando corresponda, hayan sido instalados o integrados correctamente (art. 115 TRLGDCU). Así, cuando los contenidos o servicios digitales suministrados al consumidor no son conformes con el contrato, el empresario o proveedor habrá incumplido. Y, por el contrario, cuando los contenidos o servicios digitales sean conformes con el contrato, el empresario o proveedor habrá cumplido[11]. En cualquier caso, también habrá que cumplir con las obligaciones de información precontractual.

Estos requisitos a los cuales deben ajustarse los contenidos y servicios digitales para estar en conformidad pueden clasificarse en dos tipos: criterios subjetivos y criterios objetivos.

Los requisitos subjetivos (arts. 7 DCSD y 115 bis TRLGDCU) hacen referencia a los elementos que resultan directamente de la relación entre el empresario y el consumidor, esto es, aquellos que son establecidos contractualmente. En consecuencia, los contenidos y servicios digitales para ser conformes con el contrato deberán cumplir con una serie de parámetros subjetivos que se valorarán conforme a lo estipulado en el contrato. Además, también hay que tener en cuenta que, conforme al Cdo. 42 DCSD, los requisitos del contrato deben incluir los que resulten de la información precontractual que, de acuerdo con la Directiva 2011/83/UE, forma parte integrante del contrato. Estos requisitos subjetivos que los contenidos y servicios digitales han de cumplir son los siguientes: a) serán acordes a la descripción, la cantidad y la calidad, y poseerán la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características, según disponga el contrato; b) serán aptos para los fines específicos para los que el consumidor los necesite y que este haya puesto en conocimiento del empresario como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el empresario haya expresado su aceptación; c) se suministrarán junto con todos los accesorios, instrucciones, también en materia de instalación, y asistencia al consumidor según disponga el contrato, y; d) se actualizarán según disponga el contrato.

Los requisitos objetivos de conformidad (arts. 8 DCSD y 115 ter TRLGDCU) son aquellos elementos que forman parte del contrato porque son esperados razonablemente por el consumidor. Esto es, se trata de una serie de situaciones en las que, objetivamente, se debe valorar si se ha cumplido el fin para el que

11 Esta forma de abordar la cuestión supone un cambio de paradigma si lo comparamos con el régimen de saneamiento por vicios ocultos del Código Civil. Para un análisis más exhaustivo sobre esta cuestión, *vid.,* De Verda y Beamonte, J.R.: "Del saneamiento por vicios ocultos al deber de conformidad. Un examen de la cuestión en el derecho comunitario a la luz de las recientes propuestas de Directiva en materia de consumo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, núm. 770, pp. 2929-3002.

se utilizarían normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo. En definitiva, los requisitos objetivos constituyen criterios que las partes deberán respetar al margen del contrato específico que celebren entre ellas, pues constituyen criterios de naturaleza legal que reflejan estándares objetivos impuestos por el ordenamiento[12]. En este sentido, es el ordenamiento, y no el contrato, el que define los criterios objetivos que deben cumplirse[13]. Esta decisión del legislador europeo de haber establecido unos requisitos objetivos es positiva ya que constituyen unos *stándare*s legales de conformidad que, en caso de no contemplarse, supondría dejar en manos del empresario y consumidor la negociación sobre la calidad y otros aspectos de los contenidos y servicios digitales cada vez que se concluyese un contrato[14].

Estos requisitos objetivos que deben cumplir los contenidos y servicios digitales son los siguientes: a) ser aptos para los fines a los que normalmente se destinen contenidos o servicios digitales del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente de la Unión o nacional, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector: b) presentar la cantidad y poseerán las cualidades y características de funcionamiento, en particular respecto de la funcionalidad, compatibilidad, accesibilidad, continuidad y seguridad, que presentan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los contenidos o servicios digitales y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, especialmente en la publicidad o el etiquetado; c) en su caso, se suministrarán junto con cualesquiera accesorios e instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir, y; d) serán conformes con la versión de prueba o vista previa de los contenidos o servicios digitales, puestos a disposición por el empresario antes de la celebración del contrato.

Por tanto, en el caso de que el proveedor haya suministrado los contenidos o servicios digitales, pero estos no cumplan los requisitos subjetivos y objetivos *ex* arts. 7 y 8 DCSD o 115 ter y 115 bis TRLGDCU, respectivamente, existirá falta de conformidad. En consecuencia, el consumidor podrá hacer uso de las medidas correctoras establecidas en la DSCD y el TRLGDCU, lo cual supone

12 Lete Achirica, J.: "Artículo 115. Conformidad de los bienes y de los contenidos o servicios digitales", *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Tomo II) (dir. por A. Cañizares Laso), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1654.

13 Staudenmayer, D.: "Comentario al art. 6 Directiva (UE) 2019/770", *EU Digital Law. Article-byArticle Commentary* (dir. por R. Schulze y D. Staudenmayer) Nomos Verlag, Baden-Baden (Munich), 2020, p. 113

14 Como afirma Sánchez Lería, R.: "Mercado digital y protección del consumidor", cit., p. 56, "El requisito legal de conformidad tiene como objetivo fundamental fijar unos parámetros mínimos sobre la cualidad y adecuación de los bienes o servicios entregados, sin necesidad de recurrir a una negociación expresa sobre esta cuestión o a la redacción específica de los mismos en el acuerdo celebrado".

que, conforme al art. 14 DCSD, "el consumidor podrá exigir que los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad, que se le aplique una reducción proporcionada del precio o que se resuelva el contrato (…)"[15].

Así pues, el consumidor, ante una falta de conformidad, estará facultado para optar por cualquiera de estas tres opciones: puesta en conformidad, reducción del precio o resolución del contrato. No obstante, existen algunos límites, es decir, algunas situaciones en las que el consumidor no va a poder hacer uso de alguna de estas medidas.

Así, por ejemplo, el art. 14.4 DCSD señala que "El consumidor podrá exigir una reducción proporcionada del precio con arreglo al apartado 5, si los contenidos o servicios digitales se suministran a cambio del pago de un precio (…)", por lo que cuando el contenido o servicio digital se suministre a cambio de la cesión de uso de datos personales ello no será posible, ya que ni lo contempla el precepto ni sería acorde con la naturaleza de este tipo de contraprestación, pues resulta sumamente complicado pensar en una reducción proporcional de los datos personales que el consumidor le ha cedido al empresario.

Por otro lado, esta facultad del consumidor también se ve limitada en aquellos casos en los que la falta de conformidad sea leve, así como aquellos en los que el consumidor no haya solicitado aún la puesta en conformidad. En este sentido, el art. 14.6 DCSD indica que "Cuando los contenidos o servicios digitales se suministren a cambio del pago de un precio, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato solo si la falta de conformidad no es leve (…)". A sensu contrario, parece que esta exigencia de que la falta de conformidad sea leve no entra en juego cuando la contraprestación por parte del consumidor o usuario consista en la cesión de uso de datos personales al empresario[16].

En definitiva, cuando exista una falta de conformidad, el consumidor tiene a su alcance una serie de medidas correctoras que, dependiendo de las circunstancias, podrá ejercitar con un menor o mayor alcance. Sin embargo, por cuestión de espacio en este trabajo, no es posible hacer un análisis exhaustivo de las mismas, sino que nos centraremos en la indemnización por daños y perjuicios que puede surgir una vez que se ha constatado la falta de suministro o falta de conformidad

15 *Vid.,* en el mismo sentido, Cdo. 61 DCSD y *cfr.* 117.1 TRLGDCU.

16 De hecho, el propio Cdo. 67 DCSD así lo aclara al señalar que "cuando los contenidos o servicios digitales no se suministren a cambio de un precio, sino a cambio de que el consumidor facilite datos personales, el consumidor debe tener derecho a resolver el contrato también en aquellos casos en que la falta de conformidad sea de carácter leve, ya que no dispone de una corrección consistente en la reducción del precio". Y, en el mismo sentido, apunta el art. 119 ter .2 TRLGDCU el cual indica que "La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación, correspondiendo la carga de la prueba al empresario".

del contenido o servicio digital conforme a los requisitos subjetivos u objetivos que se acaban de exponer.

III. LA POSIBLE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD O FALTA DE SUMINISTRO.

Constatada la falta de conformidad o el incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales, el consumidor podrá hacer uso, además de las medidas correctoras *ex* arts. 14 DCSD y 117.1 TRLGDCU, de la indemnización por daños y perjuicios. En este sentido lo confirma el Cdo. 73 DCSD, el cual dispone que "el consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización en concepto de perjuicios debidos a una falta de conformidad o a un incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales". Sin embargo, hay que tener presente que ni el art. 13 DCSD ni el art. 66 bis TRLGDCU contemplan expresamente la posibilidad de entablar la acción de indemnización por daños y perjuicios en caso de incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales.

Por su parte, como ya hemos dicho anteriormente, la DCSD ha renunciado a armonizar el régimen de la indemnización por daños y perjuicios, a diferencia de la propuesta de Directiva de 2015 que sí lo hizo[17]. Así lo ha establecido el art. 3.10 DCSD, el cual señala que "La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de regular los aspectos del Derecho contractual en general (…), o el derecho a indemnización por daños y perjuicios"[18]. De ahí que sea cada Estado Miembro el encargado de establecer el régimen jurídico propio de la indemnización por daños y perjuicios.

En nuestro caso, el legislador español menciona, aunque sea de forma tangencial, la posibilidad de reclamar la indemnización por daños y perjuicios en el art. 117.1 TRLGDCU, pero sin precisar nada más al respecto. Es cierto que, por

17 *Vid.,* en este sentido, el art. 14 de la propuesta de Directiva de 2015 (Consultar en: http://data.europa.eu/eli/dir/2019/770/oj). Sin embargo, hay que tener en cuenta que gran parte de la doctrina europea se mostró crítica con esta regulación por considerar que ello suponía una rebaja de los Derechos nacionales existentes, ya que la regulación de la indemnización por daños y perjuicios establecida en el art. 14 era muy limitada. *Vid*, a este respecto, Beale, H.: "Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment : in-depth analysis", Publications Office, 2015, pp. 23-24 (consultar en: https://data.europa.eu/doi/10.2861/679216); y Mak, V.:"The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content: in-depth analysis", Publications Office, 2016, pp. 14 y 26-27 (consultar en: https://data.europa.eu/doi/10.2861/277682).

18 *Vid*., en el mismo sentido, el Cdo. 73 el cual señala que "Dado que ese derecho a indemnización por daños y perjuicios ya existe en todos los Estados miembros, la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de las normas nacionales sobre compensación de los daños y perjuicios causados a los consumidores por el incumplimiento de dichas normas". En palabras de Arnau Raventós, L.: "Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?", *Revista de educación y derecho*, 2021, núm. 24, p. 17, "De algún modo, el legislador europeo asume que la uniformización pretendida en este particular, que alcanzaría sólo a la existencia del derecho a obtener una indemnización, pero no a sus condiciones o requisitos de ejercicio, a criterio de la legislación nacional, ya existe y, por tanto, no es necesario imponerla".

vía interpretativa, de lo dispuesto en el art. 124 TRLGDCU, podemos deducir que esta acción está sometida a un plazo de prescripción de cinco años a contar desde la manifestación de la falta de conformidad.

En concreto, el art. 117.1, párrafo primero *in fine* señala que "en cualquiera de estos supuestos, el consumidor o usuario podrá exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios, si procede". Por tanto, aunque no se diga nada más sobre la indemnización por daños y perjuicios, sí que podemos extraer dos ideas:

1) La primera idea es que esta indemnización la van a poder reclamar tanto los consumidores o usuarios que hayan pagado un precio en dinero, como los que hayan consentido el tratamiento de sus datos personales a modo de contraprestación[19]. En este mismo sentido apunta el art. 1.103 del Código Civil que señala que "la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos". Sin embargo, como expresa parte de la doctrina[20], sería deseable que el legislador español en el futuro aportase alguna pauta al efecto, ya que ello reduciría la incertidumbre que ocasiona relegar a los tribunales la consolidación de ese régimen de los daños y perjuicios sobre la pura base del Derecho civil común.

En definitiva, el consumidor que concierte un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales que se ofrezcan a cambio de obtener datos personales también tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios, lo que supone sin duda el verdadero paso adelante de la normativa en orden a proteger el interés del mismo aun cuando no haya pagado un precio en dinero[21].

2) La segunda idea reside en que la acción de indemnización de daños y perjuicios surge como una medida adicional y cumulativa a las medidas correctoras. Esto es, constatada la falta de conformidad, el consumidor o usuario podrá hacer uso, según las circunstancias, de la medida correctora adecuada –puesta en conformidad, reducción del precio o resolución del contrato- y, en su caso, de la indemnización de daños y perjuicios, si procede, conforme a las reglas generales del Derecho Común.

19 Esto encuentra su explicación en que, conforme al art. 2.6 DCSD, se considera consumidor a "toda persona física que, en relación con los contratos regulados por la presente Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión", por lo que, cualquier persona física que adquiera un contenido o servicio digital con un propósito ajeno a su actividad comercial, podrá hacer uso de las medidas correctoras y de la indemnización de daños y perjuicios prevista en el art. 117.1 TRLGDCU, con independencia de que la contraprestación sea un precio en dinero o consista en la cesión de uso de sus datos personales.

20 Cámara Lapuente, S.: "Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales", *Diario La Ley*, 2021, núm. 9887, p. 27.

21 Sánchez Lería, R.: "Mercado digital y protección del consumidor", cit. p. 50.

1. ¿En qué debe consistir la indemnización?

A pesar de que la DCSD no contiene una regulación *ad hoc* de la indemnización por daños y perjuicios, el Cdo. 73 señala que "La indemnización debe situar al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos o servicios digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado en conformidad", lo que se traduce en que la indemnización por daños y perjuicios debe consistir en el interés contractual positivo, de manera que deberá cubrir tanto el daño emergente como el lucro cesante[22]. Se sigue aquí, por tanto, el principio de reparación integral del daño (*restitutio in integrum*) ya consagrada en nuestra doctrina y jurisprudencia. En cualquier caso, la distinción del interés contractual positivo o negativo es, en muchas ocasiones, difícil de delimitar de forma que diversas partidas pueden liquidarse como un daño u otro. De esta forma, el consumidor podrá reclamar todos los daños que se hayan producido en su entorno digital como consecuencia de la prestación defectuosamente cumplida y también en el caso de que haya incurrido en algún gasto como consecuencia del contrato, que finalmente resultó inútil[23].

Hay que tener en cuenta que la propuesta de Directiva de 2015 señalaba en su art. 14 que el "El proveedor será responsable ante el consumidor por cualquier daño económico ocasionado al entorno digital del consumidor (…)", lo que comprendía el daño patrimonial, pero excluía, como afirma parte de la doctrina[24], los daños morales y personales/físicos, así como daños patrimoniales en otros objetos o bienes del consumidor (incluidos bienes inmateriales, derechos de la personalidad, etc.). Ahora bien, dado que la versión definitiva de la DCSD ha renunciado a su regulación y, en consecuencia, no se establece ningún límite, serán los ordenamientos jurídicos propios de cada Estado Miembro los que establezcan el alcance de la indemnización, lo que no excluye que se pueda reclamar una indemnización por daños morales o personales.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta que, en el ámbito digital, una práctica frecuente es ofrecer, a modo de indemnización por daños y perjuicios, descuentos en el precio de futuros contenidos o servicios digitales. Sin embargo, esto no debe ser admisible como indemnización por daños y perjuicios, ya que ello no sitúa al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos o servicios digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado en conformidad, tal y como exige el Cdo. 73 DCSD. Ni tampoco deberán constituir la indemnización por daños y perjuicios

22 Cámara Lapuente, S.: "El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2016, núm. 3, p. 76.

23 Sánchez Lería, R.: "Mercado digital y protección del consumidor", cit., pp. 76-77.

24 Cámara Lapuente, S.: "El régimen de la falta de conformidad", cit., p. 76.

otro tipo de compensaciones en especie, tales como las descargas gratuitas o las extensiones gratuitas de la duración del contrato[25]. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, en caso de optar por la resolución contractual, se podrá pedir, conforme al art. 1.124 CC, junto al resarcimiento del daño, el abono de intereses que corresponda.

2. Compatibilidad de la indemnización por daños y perjuicios con las medidas correctoras

Como hemos avanzado anteriormente, una de las ideas que se puede extraer del art. 117.1 TRLGDCU, es que la acción de indemnización de daños y perjuicios surge como una medida adicional y cumulativa a las medidas correctoras. Por tanto, una vez constatada la falta de conformidad o la falta de suministro, el consumidor o usuario, según las circunstancias, puede reclamar la puesta en conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato y, de forma adicional, si procede, la acción de indemnización por daños y perjuicios.

No obstante, aquí se plantean algunas dudas al respecto.

Por un lado, se plantea la cuestión de si se opta por la resolución contractual ¿qué es lo que podemos pedir como indemnización por daños y perjuicios? ¿el interés contractual positivo, negativo o ambos? El problema del resarcimiento de daños que se puede plantear en los casos de resolución contractual parte de la idea de que el consumidor puede verse ya protegido por la propia resolución, pues ésta tiene efectos retroactivos y eficacia *ex tunc*, de forma que el consumidor puede recuperar el dinero entregado a cambio del contenido o servicio digital, lo cual supone, en cierta forma, un efecto de resarcimiento. Es por ello, que, *a priori*, pudieran resultar incompatibles la resolución contractual con la indemnización por daños y perjuicios. Sin embargo, esta idea puede resultar un tanto simplista y, en consecuencia, no ser aceptada, ya que, como afirma parte de la doctrina[26], una cosa es el resarcimiento de los daños y otra, bien distinta, la restitución, de manera que a ésta no se le puede otorgar un alcance indemnizatorio. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que la resolución ha sido pedida por el demandante de ella, como consecuencia del incumplimiento del demandado, de manera que la resolución es una consecuencia del incumplimiento, que no tiene por qué excluir el resarcimiento de los daños si, de acuerdo con las reglas generales, el demandado lo debía. Por tanto, es evidente que el interés contractual positivo deberá ser resarcido, ya que puede existir una falta de conformidad grave que le cause daños relevantes al consumidor como, por ejemplo, daños al entorno digital

25 Cámara Lapuente, S.: "El régimen de la falta de conformidad", cit., p. 77.

26 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias* (vol. II), Civitas, Madrid, 1993, p. 727.

(hardware o software) o, incluso, daños morales o personales y que, por tanto, el consumidor pretenda la resolución contractual y, además, el resarcimiento de los daños causados[27]. Y, por otro lado, tampoco creo que haya que descartar el resarcimiento del interés contractual negativo, pues puede haber supuestos en los que el consumidor haya satisfecho una serie de gastos con motivo del suministro del contenido o servicio digital, de forma que con la restitución de la prestación no resultaría completamente satisfecho, pues existen unos gastos que deberán ser resarcidos. Piénsese, por ejemplo, en la adquisición de un hardware específico para que funcione una determinada aplicación que adolece de una falta de conformidad que la hace incompatible con el aparato adquirido. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el alcance de la indemnización por daños y perjuicios sí que puede verse reducida en tanto en cuanto la restitución de la prestación puede servir para mitigar, en cierta forma, el alcance de los daños sufridos. De ahí que el valor del interés positivo tiene que centrarse en la diferencia entre el valor de la prestación adversa en el momento del contrato y el que tuviera en el momento de la resolución[28]. Desde luego que, junto a la resolución, una vez admitida la posibilidad de reclamar el resarcimiento de los daños tanto por interés contractual positivo como negativo, tampoco se debe descartar –si procede- la combinación de ambos.

Por otra parte, se puede plantear la cuestión de si la reducción del precio es compatible con la indemnización de daños y perjuicios. Y la respuesta debe ser afirmativa puesto que tanto una como otra responden a fundamentos jurídicos distintos. Así, de una parte, con la reducción del precio se trata de compensar el menor valor que tiene el contenido o servicio digital que adolece de una falta de conformidad[29]. Mientras que con la indemnización por daños y perjuicios lo que se pretende es resarcir al consumidor de los daños sufridos –materiales, personales o morales- que el contenido o servicio digital no conforme le haya ocasionado. De ahí que cuando la elección del comprador se materializa en la reducción del precio, en la medida en que la rebaja sea proporcional a la reducción del valor de lo que se recibió, la indemnización solo subsistirá como medio de obtener la reparación de daños de otra naturaleza que haya podido sufrir el comprador (por ejemplo, gastos de notificación de la falta de conformidad), pero no el menor valor del bien en sí que ya es compensado mediante la reducción de su precio. Ello, por supuesto, no significa que si el menor valor del bien aceptado respecto del comprado es causa de otros perjuicios patrimoniales directos (como pueda

27 Como pone de relieve Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 1295, el daño a intereses de indemnidad (en la propiedad o en la integridad física) es neutral y su resarcimiento procederá siempre.

28 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil,* cit., p. 727.

29 Como señala Cámara Lapuente, S.: "El régimen de la falta de conformidad", cit., p. 59, la reducción del precio "en muchos casos supondrá una solución adecuada para el consumidor que, pese a la falta de conformidad, encuentre atractivo quedarse a menor precio con el contenido digital defectuoso que aún es adecuado a sus fines e intereses, sin resolver, por tanto, y sin buscar el mismo contenido en un competidor".

ser un lucro cesante, al no materializarse una proyectada transacción posterior a consecuencia del menor valor del bien) no se pueda solicitar –y obtener – la correspondiente indemnización[30].

3. ¿Pueden existir diferentes tipos de indemnización?

En el suministro de contenidos y servicios digitales pueden aparecer distintos tipos de indemnización como consecuencia de una falta de conformidad o falta de suministro, ya que dependiendo de cuál o cómo sea la falta de conformidad, el consumidor puede sufrir daños en su entorno digital, daños morales o personales/físicos. Sin embargo, en este tipo de contratos, cada vez es más habitual que los datos personales se constituyan como la contraprestación de los mismos[31], es decir, los consumidores o usuarios ceden el uso de sus datos personales (a cambio de la instalación de una App, mediante la suscripción a un boletín de ofertas de un grupo empresarial, permitiendo la geolocalización del Smartphone, revelando todo tipo de información personal en una red social…) a empresas que se dedican a almacenarlos, venderlos a terceros o procesarlos para un tratamiento posterior, generalmente con objetivos de marketing[32]. Así, bajo el marco de este tipo de contrato, me gustaría hacer una distinción entre los distintos tipos de indemnización que pueden surgir:

1) En primer lugar, la más frecuente, es la indemnización por daños y perjuicios *ex* art. 117.1 TRLGDCU que puede surgir a raíz de una falta de conformidad o falta de suministro del contenido o servicio digital. Se trata de una indemnización que podrá exigir el consumidor cuando el contenido o servicio digital que no sea conforme –según los requisitos subjetivos y objetivos de conformidad- le cause un daño a su entorno digital, o incluso un daño moral o personal. En este caso, la indemnización por daños y perjuicios se regirá por las reglas generales del Derecho Común (arts. 1101 y ss. CC)[33].

30 Sánchez González, Mª.P.: "Remedios del comprador", en AA.VV.: *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (edit. por A. Vaquer Aloy, E. Bosch Capdevila y M.P. Sánchez González), Atelier, Barcelona, 2015, p. 495.

31 Para un análisis más exhaustivo de los datos personales como contraprestación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, *vid*., entre otros, Martínez Calvo, J.: "Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales", *InDret: Revista para el* Análisis *del Derecho*, 2021, núm. 4, pp. 100-130; Sánchez Lería, R.: "Los datos personales como contraprestación en la legislación de consumo", *Actualidad Civil*, 2022, núm. 3; Castillo Parrilla, J.A.: "Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD", *La Ley Mercantil*, 2021, núm. 82; o Bueno Biot, Á.: "Los datos personales como contraprestación en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *Derecho digital y nuevas tecnologías* (dir. por A. Madrid Parra y L. Alvarado Herrera), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 291-309.

32 Martínez Valencoso, L.M. y Sancho López, M.: "El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2018, núm. 1, p. 20.

33 *Vid.,* infra apartado IV.

2) En segundo lugar, es posible que el contenido o servicio digital adolezca de una falta de conformidad, especialmente en lo que respecta al requisito objetivo de conformidad relativo a la seguridad.

El art. 8.1, letra b) DCSD señala que los contenidos y servicios digitales "presentarán la cantidad y poseerán las cualidades y características de funcionamiento, en particular respecto de la funcionalidad, compatibilidad, accesibilidad, continuidad y seguridad, que presentan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los contenidos o servicios digitales (…)"[34]. A diferencia de las demás características que pueden presentar los contenidos o servicios digitales, la seguridad resulta especialmente relevante, ya que una falta de conformidad relativa a la seguridad puede suponer no solo una falta de conformidad como tal del contenido o servicio digital, sino que puede afectar a la protección de datos personales. En este sentido, como señala parte de la doctrina[35], el concepto de seguridad, como criterio objetivo de conformidad se puede relacionar con la protección de datos desde el diseño y por defecto *ex* art. 25 RGPD. Y, en esta misma línea, el Cdo. 48 DCSD señala que "Los hechos que den lugar a una falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento (UE) 2016/679, incluidos principios básicos como los relativos a la minimización de datos, la protección de datos desde el diseño y la protección de datos por defecto, pueden considerarse asimismo, dependiendo de las circunstancias del caso, una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva (…)". Un ejemplo, sería el caso de un proveedor de un software de cifrado de datos que no aplicara las medidas apropiadas exigidas por el Reglamento (UE) 2016/679 para garantizar que, tal como se haya diseñado, los datos personales no se revelen a destinatarios no autorizados, con lo que el programa (software) de cifrado no sería apto para la finalidad prevista, que es la transmisión segura de datos por parte del consumidor a su destinatario previsto. En este caso, el consumidor debe tener derecho a las medidas correctoras por falta de conformidad y, en su caso, a la indemnización de daños y perjuicios prevista en el art. 117.1 TRLGDCU –lo cual se regirá por las reglas generales del Derecho Común-, pero el incumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones conforme al RGPD, también puede dar lugar a la indemnización por daños y perjuicios prevista en el art. 82 RGPD.

3) En tercer lugar, es posible que no exista falta de conformidad o falta de suministro del contenido o servicio digital, pero que, en el marco del contrato de

34 *Vid.,* en el mismo sentido, art. 115 ter.1, letra d) TRLGDCU.

35 García Goldar, M.: "La seguridad como criterio de conformidad objetivo en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *Retos de la sociedad digital: Regulación y fiscalidad en un contexto internacional* (dir. por J.J. Honojosa Torralvo, J. Álvarez Martínez, I. Cruz Padial y C. Tirado Robles), Reus, Madrid, 2022, p. 486.

suministro de contenidos o servicios digitales, exista a modo de contraprestación la cesión de uso de datos personales por parte del consumidor, lo cual no significa que estos contratos puedan calificarse como gratuitos. En estos casos, el proveedor no exige el pago de un precio en dinero a cambio del contenido o servicio digital, sino que lo que exige es la cesión de determinados datos personales del usuario para proceder a su tratamiento y, en consecuencia, obtener un beneficio. En efecto, de lo que realmente se obtiene una gran rentabilidad es a partir del cruce de todos esos datos, esto es, el almacenamiento, tratamiento y transferencia de dichos datos que, estructurados a gran escala[36], permiten una reconstrucción de la personalidad online capaz de predecir nuestros pasos o intereses en la vida real[37], y que constituyen información de gran valor para otros sujetos que están dispuestos a pagar enormes cantidades de dinero a cambio de ello. Piénsese, por ejemplo, en aplicaciones como *Instagram* o *Facebook*, donde el usuario no paga un precio en dinero, sino que proporciona una serie de datos personales al proveedor como contraprestación para poder utilizar estas redes sociales. En estos casos, aunque el contenido o servicio digital sea conforme con el contrato, es posible que se produzca un incumplimiento de las obligaciones que le corresponden al proveedor en el tratamiento de los datos personales cedidos como contraprestación y, por ende, surja para el consumidor el derecho a reclamar una indemnización por daños y perjuicios *ex* art. 82 RGPD como consecuencia de la infracción de alguna norma del RGPD.

4) Y, por último, en cuarto lugar, íntimamente relacionado con los dos supuestos anteriores, cabe la posibilidad de que, en determinados casos, se pueda exigir la indemnización prevista en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, LO 1/1982). El ejercicio de esta acción indemnizatoria puede surgir a raíz del incumplimiento de la normativa de protección de datos, ya que cuando ésta se infringe se pueden producir, a su vez, daños a los derechos fundamentales al honor, la intimidad o la propia imagen (art. 18 CE). Pero, también se pueden derivar daños a los derechos de la personalidad debido a una falta de conformidad. Piénsese, por ejemplo, cuando un servicio de almacenamiento en la nube adolece de un fallo de seguridad –falta de conformidad- y, en consecuencia, resultan accesibles a cualquier persona las fotos, vídeos o datos personales del usuario del servicio. De ahí que puedan verse afectados algunos derechos de la personalidad del consumidor o usuario y, en consecuencia, pueda pedir el resarcimiento de los daños morales o patrimoniales sufridos.

36 Es lo que se conoce como "Big Data", el cual consiste en el análisis masivo de datos. Se tratan grandes cantidades de datos que, conjuntamente organizados y analizados, producen una información muy valiosa que resulta de gran utilidad de cara a tomar mejores decisiones y movimientos en negocios estratégicos.

37 Martínez Valencoso, L.M. y Sancho López, M.: "El nuevo concepto de onerosidad", cit., p. 24.

IV. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CONFORME A LAS REGLAS DEL DERECHO COMÚN.

La indemnización por daños y perjuicios derivada de una falta de conformidad o un incumplimiento en el suministro de contenidos y servicios digitales se debe regir por las normas nacionales de cada Estado Miembro. Así lo establece el art. 3.10 DCSD, el cual deja en manos de los Estados Miembros la facultad de "regular los aspectos del Derecho contractual en general, (…) o el derecho a indemnización por daños y perjuicios"[38]. A este respecto, si acudimos al TRLGDCU –que es la normativa española específica a la cual se ha transpuesto la DCSD-, en concreto a su art. 117.1, se nos dice que, efectivamente, ante una falta de conformidad del contenido o servicio digital, además de ejercitar las correspondientes medidas correctoras, se podrá exigir, de forma cumulativa, la indemnización por daños y perjuicios, si procede[39]. Sin embargo, no se dice nada más. Por tanto, el TRLGDCU prevé la indemnización por daños y perjuicios, pero no establece una regulación al respecto, sino que se limita a señalar en el segundo párrafo del art. 116 que "En todo caso, el consumidor o usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad"[40]. No se entiende muy bien la remisión que se hace a la legislación mercantil, ya que, como advierte autorizada doctrina[41], el sujeto protegido es el consumidor y éste, por definición, no puede ser un comprador que adquiere los bienes para revenderlos, sino para consumirlos, por lo que no le puede ser de aplicación el art. 336.2 C.Co. que regula la indemnización por daños y perjuicios por los vicios o faltas de las mercaderías objeto de un contrato de compraventa mercantil. De ahí que, por lo que al presente estudio concierne, tengamos que acudir a la legislación civil, en concreto, a las reglas generales de la responsabilidad contractual por incumplimiento (arts. 1.101 y ss. CC)[42].

1. Fundamentos normativos de la indemnización por daños y perjuicios

El artículo 1.101 CC se constituye como el fundamento normativo principal de la indemnización por daños y perjuicios sufridos por el acreedor (en nuestro

38 *Vid.,* en el mismo sentido, Cdo. 73 DCSD.

39 Este derecho a la indemnización de daños y perjuicios se configura como un derecho básico de los consumidores y usuarios [art. 8.1, letra c) TRLGDCU].

40 Aunque el precepto haga referencia a la indemnización de daños y perjuicios únicamente ante una falta de conformidad, me parece oportuno poner de relieve que, de una interpretación conjunta de este precepto junto con el Cdo. 73 DCSD, también será posible reclamar esta indemnización por daños y perjuicios en los casos de falta de suministro. El citado Cdo. 73 DCSD indica claramente que "el consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización en concepto de perjuicios debidos a una falta de conformidad o a un incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales (…)".

41 Castilla Barea, M.: *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 262

42 Por lo que respecta al Derecho comparado de nuestro entorno, la responsabilidad por incumplimiento se encuentra regulada en los arts. 1.218 y ss. del *Codice Civile* italiano, los arts. 1.146 y ss. del *Code Civil* francés o los § 249 y ss. del *BGB* alemán.

caso consumidor) a consecuencia del incumplimiento del contrato, esto es, cuando exista una falta de conformidad o falta de suministro del contenido o servicio digital. En este sentido, el referido artículo dispone que "quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas".

Por su parte, los arts. 1.102 y 1.103 CC configuran la pretensión de resarcimiento del daño como un sistema de responsabilidad subjetiva, de forma que la acción de indemnización de daños y perjuicios procederá si el daño producido se debe a la conducta dolosa o culposa del deudor-empresario. En este sentido, el art. 1.102 CC señala que "la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones (...)", mientras que el art. 1.103 indica que "la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones", sin embargo, en este último caso, la responsabilidad por culpa "podrá moderarse por los Tribunales según los casos'"[43]. Y, en esta línea, el art. 1.104 CC nos aclara qué debe entenderse por culpa o negligencia del deudor. A este respecto, "la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". En tal sentido, para determinar la conducta culposa del deudor habrá que estar a las circunstancias del caso concreto, lo que, al fin y al cabo, supone que serán los tribunales los que, en última instancia, según las reglas del criterio humano, aprecien la reprochabilidad de la conducta, pudiendo recurrir, cuando de la obligación no pueda deducirse la misma, al criterio de la diligencia exigible "a un buen padre de familia".

Por otro lado, el art. 1.106 CC expresa cuáles son las partidas del daño resarcible, esto es, "no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor", lo que, comúnmente, se conoce como el daño emergente y lucro cesante[44]. Pero aquí no solo se comprenden los daños materiales o económicos, sino también los daños morales[45].

43 Aunque, como defiende Díaz Alabart, S.: "Comentario al art. 1.103", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. Albaladejo García), Tomo XV, vol. 1, Edersa, Madrid, 1989, pp. 574-575, siempre y cuando se trate de una conducta no dolosa, esta regla que otorga la facultad de moderación a los tribunales será de aplicación tanto en los supuestos de responsabilidad contractual como extracontractual, pues aunque no pueda decirse que la una y la otra sean lo mismo, nada hay en este precepto que choque con la esencia de la responsabilidad extracontractual.

44 Como afirma Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V La Responsabilidad Civil Extracontractual*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 2011, p. 344, "una antigua tradición escolástica que ha llegado hasta nosotros estableció, para medir el alcance del daño patrimonial indemnizable, los conceptos de *damnum emergens* y *lucrum cessans*". En este sentido, podemos apreciar como la inclusión del daño emergente y del lucro cesante en la indemnización de los daños y perjuicios está presente en la mayoría de ordenamientos de los países de la Unión Europea. Así lo prevé el art. 1.149 del CC francés, el art. 564 del CC portugués, el art. 1.223 del CC italiano o el § 252 BGB alemán, entre otros.

45 Respecto a la inclusión de los daños morales en la indemnización por daños y perjuicios derivada de un incumplimiento contractual, la doctrina no ha sido del todo pacífica. Sin embargo, la mayor parte de ella es partidaria de aceptar el daño moral contractual. A favor, *vid.,* Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil español,*

En esa misma línea, el art. 1.107 establece el ámbito material de los daños resarcibles que se han de imputar al deudor, distinguiendo entre el deudor no doloso y deudor doloso. Así, el primero responde de los daños y perjuicios "previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento", esto es, aquellos que se deriven de la falta de conformidad o falta de suministro. Mientras que el deudor doloso responderá de "todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación".

Por tanto, en el marco de un contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, según estos fundamentos normativos que acabamos de exponer, para que sea viable la indemnización por daños y perjuicios como acción complementaria y cumulativa a las medidas correctoras establecidas en el art. 117.1 TRLGDCU, se deben cumplir los siguientes requisitos: 1) Que exista una relación contractual entre consumidor y empresario; 2) Que el contenido o servicio digital presente una falta de conformidad o exista un incumplimiento en el suministro; 3) Que la falta de conformidad o el incumplimiento se haya producido por una falta de diligencia o previsión del deudor: 4) Que se produzca un daño o perjuicio, especialmente en el entorno digital del consumidor, aunque también es posible la causación de un daño moral; 5) Y, por último, que exista una relación de causalidad entre el hecho culposo y el daño efectivamente causado.

Hasta aquí, me he referido a los fundamentos normativos que sientan las bases de la indemnización por daños y perjuicios sufridos por el consumidor o usuario ante el incumplimiento del contrato. He hecho referencia, en concreto, a los daños que se pueden cubrir bajo esta acción indemnizatoria y que no plantean problemas: los daños materiales o económicos y los daños morales. Pero, no debemos olvidar que con los daños materiales o morales no se agotan todos los tipos de daño que se pueden producir bajo el suministro de contenidos o servicios digitales, sino que también es posible que se produzcan daños personales o físicos[46]. Piénsese, por ejemplo, en el suministro de un programa (software) que recalienta un ordenador y éste explota produciendo quemaduras en el cuerpo del

común y foral, Tomo III (revisada y actualizada por G. García Cantero), Reus, Madrid, 1986, p. 245; García López, R.: *Responsabilidad civil por daño moral*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 281; Álvarez Vigaray, R.: "La responsabilidad por daño moral", *Anuario de Derecho civil*, 1966, p. 88; Martín Casals, M. y Solé Feliu, J.: Comentario a la STS de 31 de octubre de 2002", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2002, núm. 61, p. 250. En contra, *vid.*, Espiau Espiau, S.: "La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual", en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 1789-1798. Por su parte, en el ámbito jurisprudencial, cabe decir que, entre los años 80 y 90, se comenzó a admitir el resarcimiento de los daños morales en el ámbito contractual. Como supuesto paradigmático, *vid.,* en este sentido, la STS (Sala 1ª), de 9 de mayo de 1987 (RJ 1984, 2403).

46 Los daños personales o físicos son aquellos que suponen una lesión a los derechos fundamentales del art. 15 CE. En este sentido, la STC, de 29 de junio de 2000, núm. 181/2000 (RTC 2000, 181), señala que el art. 15 CE exige que el legislador "establezca unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE)" y que a través de dichas indemnizaciones "se atienda a la integridad –según la expresión literal del art. 15 CE- de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas".

usuario. En estos casos, se podría plantear la cuestión de si el fundamento de la indemnización la encontramos también en las reglas generales de responsabilidad contractual (arts. 1.101 CC y ss.) o si, por el contrario, deberíamos acudir a la vía de la responsabilidad extracontractual prevista en el art. 1.902 CC en relación con el art. 1,089 CC.

En efecto, el art. 1.902 CC establece que "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado". Es cierto que, en el caso que nos ocupa, existe una relación contractual entre el proveedor del contenido o servicio digital y el consumidor o usuario, pero la aplicación de este precepto podría tener cabida porque, aunque exista una relación contractual, el daño ocasionado no se debe directamente a un incumplimiento de una cláusula del contrato. Sin embargo, la cuestión no es del todo clara. Aquí debemos plantearnos si el daño personal o físico que ha sufrido el consumidor deriva necesariamente de la falta de conformidad, porque si ello es así no sería de aplicación el art. 1.902 CC, sino los arts. 1.101 y ss. CC[47]. Por tanto, la cuestión estriba, realmente, en determinar si el daño personal o físico que sufre el consumidor o usuario se ha producido como consecuencia de una falta de conformidad. Y ello no es tan improbable que ocurra, porque las faltas de conformidad se producen cuando el contenido o servicio digital no se ajusta a los requisitos subjetivos y objetivos *ex* arts. 115 bis y 115 ter TRLGDCU, entre los que se encuentran las características de funcionamiento como la funcionalidad, compatibilidad o interoperabilidad[48]. Por tanto, si debido a un defecto en algunas de estas características, el software que se pretende instalar produce un daño no solo al entorno digital del usuario –por ejemplo, al propio ordenador-, sino que

47 Me parece conveniente aclarar aquí, por si existe algún tipo de duda, que no es de aplicación la responsabilidad por productos defectuosos prevista en el Capítulo I del Título II del Libro Tercero del TRLGDCU, ya que el art. 136 del referido cuerpo normativo define al "producto" como "cualquier bien mueble, aún cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad", lo que, claramente, excluye a los contenidos y servicios digitales que se definen, conforme a los arts. 59 bis.1, letras d) y o), respectivamente, como "los datos producidos y suministrados en formato digital" y "un servicio que permite al consumidor o usuario crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos".

48 Sin embargo, la expresión "que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento" hay que entenderla como el resultado de un juicio prospectivo, es decir, cuestionarse cuáles son los daños que se derivan necesariamente del incumplimiento. Como afirma Carrasco Perera, Á.: "Comentario al art. 1.107", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. Albaladejo García), Tomo XV, vol. 1, Edersa, Madrid, 1989, p. 725, el carácter de necesario "no hace referencia, pues, a una cuestión de causalidad, sino a un problema jurídico, de valoración posterior, que elige entre las series causales aquellas que, en razón al criterio jurídico de *necesariedad*, le han de ser imputadas al deudor". Así, por ejemplo, el proveedor no respondería en el siguiente caso: el proveedor proporciona al consumidor un navegador web que es una aplicación de software que permite acceder a la Worl Wide Web (v.gr. Google Chrome o Mozilla Firefox), la cual adolece de un defecto de seguridad. El consumidor, tras instalarla en su ordenador, comienza a navegar por redes turbias y a descargar contenidos maliciosos que el programa le advierte que no son seguros y que podrían dañar su ordenador. Aquí el riesgo de daño es del consumidor o usuario, no del proveedor del servicio, ya que la finalidad del navegador web no era proteger al ordenador de posibles virus por conductas nada diligentes del consumidor -más aún cuando se lo advirtió el propio programa -, a pesar de que si no hubiera adolecido del defecto de seguridad, se podría haber evitado el referido virus malicioso.

se irroga algún otro tipo de daño como puede ser un daño físico a la persona del consumidor, creo que, en estos supuestos, la indemnización por daños y perjuicios encontraría justificación en los preceptos de la responsabilidad contractual y, por ende, el consumidor se beneficiaría del plazo de prescripción de la acción de 5 años (art. 1.964.2 CC), frente al plazo previsto para la responsabilidad extracontracual de 1 año (1.968.2 CC)[49]. En cualquier caso, con independencia de la acción que se haga valer, se tendrá que demostrar el hecho culposo, el daño efectivamente producido y la relación de causalidad entre ambos, lo que, a mi juicio, es lo que más dificultades puede plantear en la práctica para el consumidor. Piénsese en el ejemplo de antes, donde el ordenador explota a causa de un calentamiento excesivo por un defecto del programa instalado. Aquí el verdadero problema reside en demostrar que la explosión del ordenador se debió a un fallo del programa (software) y no a un defecto del propio ordenador.

2. Determinación de los daños y perjuicios.

Ya sabemos que los daños que se pueden ocasionar bajo el suministro de contenidos y servicios digitales pueden ser daños de tipo material o económico, daños morales e, incluso, daños personales o físicos[50]. Pero, es conveniente determinar en qué consisten exactamente este tipo de daños y cuál es el alcance de la indemnización respecto a los mismos.

En primer lugar, debemos acudir al Cdo. 73 DCSD el cual señala que "La indemnización debe situar al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos o servicios digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado en conformidad". Por tanto, según la DCSD, el cálculo de la indemnización se basará en el interés contractual positivo y que, como señala la mejor doctrina[51], deberá cubrir tanto el daño emergente como el lucro cesante.

49 Sin embargo, ello no obsta a que también se pueda demandar a través de la responsabilidad extracontractual (art. 1.902 CC), pues hay que tener en cuenta que el resarcimiento de la responsabilidad se limita a la compensación de daños previstos o previsibles dentro de las cláusulas del contrato, excepto el dolo o mala fe (art. 1.107 CC), mientras que en la responsabilidad extracontractual el resarcimiento, *a priori*, no tiene límites preestablecidos. Sobre las diferencias entre los regímenes jurídicos de ambos tipos de responsabilidad (contractual y extracontractual) y los problemas que plantea su distinción, *vid.,* en este sentido, Reglero Campos, L.F.: "Conceptos generales y elementos de delimitación", Tratado de Responsabilidad Civil (coord. L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, RB-1.20 y ss. (consulta online).

50 A diferencia de lo que ocurría con la Propuesta de Directiva de 2015, la cual sí optó por establecer una regulación de la indemnización por daños y perjuicios y que, en su art. 14, limitaba la indemnización a "cualquier daño económico ocasionado al entorno digital del consumidor". Ahora, en cambio, dado que no existe una regulación *ad hoc* de la indemnización por daños y perjuicios en la versión definitiva de la DCSD, sino que la misma se relega a los ordenamientos nacionales, por vía de las reglas generales de responsabilidad contractual o extracontractual previstas en el CC, los tipos de daño que se pueden reclamar no son únicamente los daños materiales, sino también los daños morales y personales o físicos.

51 Cámara Lapuente, S.: "El régimen de la falta de conformidad", cit., p. 76.

Como daño emergente entendemos la pérdida económica que el acreedor sufre como consecuencia de una contingencia patrimonial negativa procedente de: 1) los desembolsos efectivos (out-of-pockets costs), 2) las pérdidas de valor, y 3) el daño material o de indemnidad[52]. En este sentido, el daño emergente abarca todos los gastos realizados por razón de la obligación incumplida, y también las pérdidas o menoscabos producidos en los bienes del acreedor a causa de la falta de prestación o de la prestación defectuosa[53].

Así las cosas, entendemos que el daño material que, efectivamente, trae causa de la falta de conformidad o del incumplimiento del suministro es el daño que se produce directamente en el entorno digital del consumidor como, por ejemplo, los daños producidos directamente en el dispositivo en el que se ha instalado el programa defectuoso o, incluso, los daños producidos a otros programas o aplicaciones previamente instalados en dicho dispositivo.

Sin embargo, los daños de indemnidad también incluyen los daños producidos en otros intereses (bienes o personas) distintos del interés de la prestación, sobre los que el acreedor ostenta un derecho absoluto de propiedad o análogo[54]. Así, por un lado, aquí también deben incluirse los daños materiales causados a otros bienes del consumidor como, por ejemplo, podrían ser los daños producidos por la quema del tablero del escritorio como consecuencia del recalentamiento del ordenador situado sobre el mismo. Y, por otro lado, también deben incluirse los daños personales que sufre el consumidor a consecuencia del efecto del contenido o servicio digital adquirido como, por ejemplo, el quemazón que el consumidor puede sufrir en el brazo o en la cara como consecuencia de la explosión del dispositivo debido a su recalentamiento excesivo causado por un defecto del programa instalado[55].

Cuestión distinta son los daños causados a los derechos de la personalidad del consumidor. Piénsese en el supuesto en el que debido a un fallo de seguridad del servicio digital (v.gr. servicio de almacenamiento en la nube) las fotos íntimas

52 *Vid.,* en este sentido, Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 1163.

53 De Pablo Contreras, P.: "Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Colex, Madrid, 2000, p. 198.

54 Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, cit., p. 1163.

55 Como pone de manifiesto Parra Lucán, Mª.Á.: "Responsabilidad civil por productos defectuosos", en AA.VV: *Tratado de Responsabilidad Civil* (coord. L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, RB-11.6 (consulta online) entre los daños personales a los que hace referencia el art. 129 TRLGDCU deben incluirse, necesariamente, los corporales, dolor físico, secuelas y perjuicios estéticos. Es cierto que el art. 129 TRLGDCU se refiere a la responsabilidad por productos defectuosos y, por tanto, no se aplica al ámbito de los contenidos y servicios digitales, los cuales quedan excluidos de tal concepto. Sin embargo, los tipos de daños personales que entiende incluidos la autora bajo dicho concepto podemos entenderlos perfectamente trasladables al ámbito de la responsabilidad en el caso de los contenidos y servicios digitales.

o vídeos personales almacenados resultan ser accesibles por terceros. En este caso, es cierto que el daño moral que se derive podría reclamarse por la vía del art. 1.101 y ss. CC, sin embargo, creo que, respecto a los daños causados a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen), es más acertado pretender la indemnización por daños y perjuicios prevista en el art. 9.3 LO 1/1982. De hecho, es más conveniente para el consumidor, pues una vez constatada la intromisión ilegítima, el daño moral se presume[56], presunción que no se da en el caso de la indemnización conforme a las reglas generales del Derecho Común. Esta presunción, como afirma parte de la doctrina[57], puede explicarse tanto por la dificultad de su prueba y cuantificación, como porque los costes que provocaría la obtención de la información podrían ser tan desmesurados que convertirían a la prueba en algo económicamente prohibitivo.

Y, en este mismo sentido, también puede ocurrir que debido a un fallo en el sistema de seguridad se releven datos personales del consumidor. En este caso, creo que lo más adecuado no es pretender la indemnización por la vía del Derecho Común, sino acudir a la normativa específica de protección de datos, en concreto, al art. 82 RGPD el cual prevé la indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de la infracción del RGPD. No obstante, el Cdo. 48 DCSD señala que "Los hechos que den lugar a una falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento (UE) 2016/679 (…) pueden considerarse asimismo, dependiendo de las circunstancias del caso, una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva". Por tanto, en estos supuestos, no se cierra la puerta de la indemnización de daños y perjuicios conforme a la DCSD, aunque para evitar los problemas que se pueden derivar de reclamar la indemnización por daños y perjuicios por los mismos hechos con base en el RGPD o la DCSD y el TRLGDCU[58], creo que es conveniente acudir directamente a la normativa específica de protección de datos.

56 Existe debate doctrinal sobre si la presunción comprende también los daños patrimoniales derivados de una intromisión ilegítima. A favor de esta inclusión, *vid.,* entre otros, De Cossío, M.: *Derecho al Honor. Técnicas de protección y límites,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 70. y Concepción Rodríguez, J.L.: *Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982,* Bosch, Barcelona, 1996, p.171. Por el contrario, entre quienes defienden que la presunción únicamente alcanza a los daños morales, *vid.,* García López, R.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 270; Salvador Coderch, P. y Martín Casals, M.: "Derecho al honor. Quantum de la indemnización. Su no revisabilidad en casación", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 21, 1989, pp. 757 y 758; Azurmendi Adarraga, A.: *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997, p. 219; Yzquierdo Tolsada, M.: "Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen), en AA.VV.: *Tratado de Responsabilidad Civil* (Tomo III) (coord. por L. F. Reglero Campos), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 401; Atienza Navarro, Mª. L.: "Indemnizaciones de daños y perjuicios e intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, *Revista Boliviana de Derecho*, 2013, núm. 15, p. 220.

57 Salvador Coderch, P. y Martín Casals, M.: "Derecho al honor", cit., p. 757.

58 Sobre los problemas de pedir la indemnización por los mismos hechos con base en el RGPD y en la Propuesta de DCSD (aunque perfectamente trasladable a la versión definitiva de la DCSD), *vid.,* MANKO, R.: "Contracts fo supply of digital content. A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive", *In-depth Analysis, EPRS (European Parliamentary Research Service)*, Bruselas, 2016, p. 26 (consultar en: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/582048/EPRS_IDA%282016%29582048_EN.pdf)

Y, por último, también se ha planteado por la doctrina[59] lo que se denominan daños "consecuenciales" o indirectos, como cuando mediante malware o por defectos de seguridad se produce un robo de las claves de acceso a las cuentas bancarias del consumidor o la aplicación informática de acceso a ellas tiene un fallo que habilita ese resultado. En estos casos, a mi entender, este tipo de daño también podría indemnizarse a través de los arts. 1.101 y ss. CC, pues se trata de un daño que tiene su origen en el defecto de seguridad y que, por tanto, deriva de la falta de conformidad.

Por otro lado, el lucro cesante se puede definir como el incremento patrimonial neto (deducidos costes) que el acreedor deja de obtener a causa del incumplimiento del deudor[60]. También puede definirse como los beneficios o ventajas que el acreedor habría obtenido si el deudor hubiere cumplido exacta y oportunamente su obligación[61]. Sin embargo, en este tipo de contratos, el consumidor es "toda persona física que, en relación con los contratos regulados por la presente Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión"[62], por lo que, en estos casos, difícilmente podremos apreciar la existencia de lucro cesante, ya que el consumidor o usuario no actuará con propósitos empresariales o profesionales[63]. De lo contrario, no tendría la consideración de consumidor y, en consecuencia, escaparía del ámbito de aplicación de la DCSD y del TRLGDCU.

Ahora bien, imaginemos que la instalación de un software recalienta un dispositivo y la explosión del mismo le causa daños físicos (por ejemplo, en la mano) al consumidor, el cual se dedica profesionalmente a la música. Entonces aquí se puede plantear la cuestión de si el lucro cesante es indemnizable. En efecto, el lucro cesante está constituido por la ganancia de los contratos que se hayan hecho con terceros y que, finalmente, hayan resultado frustrados, de forma que de no haber mediado el incumplimiento del deudor, se podrían haber realizado[64]. En concreto, a lo que nos estamos refiriendo aquí es al lucro cesante derivado

59 Cámara Lapuente, S.: "El régimen de la falta de conformidad", cit., p. 79.

60 Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, cit., p. 1148.

61 De Pablo Contreras, P.: "Incumplimiento de las obligaciones", cit., p. 198. En este mismo sentido, Cristóbal Montés, A.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 249 indica que el lucro cesante se origina "por no lograr alcanzar el acreedor aquello que previsiblemente y consecuencialmente habría obtenido caso de haberse cumplido la obligación ahora incumplida".

62 Art. 2.6 DCSD. *Vid*., en el mismo sentido, art. 3.1. TRLGDCU.

63 Cabe señalar que el hecho de que el consumidor actúe con ánimo de lucro no excluye su condición de consumidor, pero una cosa es que actúe con tal ánimo lucrativo en un caso aislado y otra bien distinta que actúe con un propósito empresarial o profesional, lo cual ocurrirá cuando actúe con ánimo de enriquecerse pero de forma regular, ya que la habitualidad constituye una de las características de la cualidad legal de empresario conforme al art. 1.1º del Código de Comercio. *Vid.,* en este sentido, STS 17/2017, de 16 de enero de 2017, rec. núm. 2718/2014 (ECLI:ES:TS:2017:17).

64 En este mismo sentido, afirma Pantaleón Prieto, F.: "Comentario al art. 74", en AA.VV.: *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dir. por L. Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, p. 594, que el lucro cesante puede ser tanto "la ganancia ya dejada de obtener" como aquella "que previsiblemente se dejará de obtener en el futuro".

del daño de indemnidad que, según la mejor doctrina[65], es la ganancia frustrada que el acreedor deja de obtener como consecuencia de un daño a otros intereses patrimoniales distintos de su interés de prestación[66]. En el supuesto que nos ocupa, el lucro cesante estaría compuesto por la ganancia dejada de obtener como consecuencia de no poder prestar los servicios musicales contratados. Por tanto, entendemos que, según esta tesis, la ganancia que no se haya podido obtener por los contratos frustados que no se han llevado a cabo como consecuencia del daño personal sufrido que impide ejecutarlos también debería ser indemnizada.

Sin embargo, existe un límite. La indemnización por este tipo de lucro cesante se determinará en función de la mayor o menor probabilidad de que el acreedor hubiese llegado a experimentar tales incrementos, no siendo resarcibles las meras expectativas o planes contingentes de ganancia[67], sino sólo las oportunidades de lucro verosímilmente deducibles del curso causal de los acontecimientos[68], a la luz de las actividades y circunstancias en que se halle involucrado el acreedor[69]. Por tanto, en este supuesto, creo oportuno que deberían indemnizarse solamente las ganancias que se hubieran obtenido por aquellos contratos ya firmados que no se podrán ejecutar a consecuencia del daño sufrido, quedando excluidas de la indemnización las ganancias meramente potenciales por contratos que aún no estaban firmados[70]. Cuestión distinta es que el perjudicado sea un trabajador autónomo (v.gr. albañil, fontanero, carpintero, etc.) cuyas ganancias dejadas de percibir por futuros trabajos no puedan determinarse a raíz de contratos ya concertados, principalmente porque no existen. Entonces, en estos casos, puede tomarse en consideración el promedio de las ganancias obtenidas en años anteriores[71]. En cualquier caso, lo que parece que determinará el alcance de la indemnización será el grado de probabilidad que logre probarse de que el acreedor hubiere obtenido las referidas ganancias por trabajos futuros.

65 Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, cit., pp. 1148-1149.

66 El ejemplo con el que Carrasco Perera ilustra este lucro cesante derivado del daño de indemnidad es lo que el acreedor deja de ganar como consecuencia de una enfermedad contraída por el uso del producto comprado.

67 *Vid.,* en este sentido, STS (Sala 1ª), 8 de junio de 1996, núm. 454/1996 (RJ 1996, 4831).

68 STS (Sala 1ª), 16 de junio de 1993 (RJ 1993, 5272).

69 Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario al artículo 1106 del Código Civil", en *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009 (recurso online: BIB 2009, 5297).

70 Sin embargo, aquí no existe una regla absoluta a partir de la cual se pueda determinar con exactitud qué ganancias dejadas de percibir se podrían indemnizar como lucro cesante. Como apunta Carrasco Perera, Á.: "Comentario al art. 1.106", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. Albaladejo García), Tomo XV, vol. 1, Edersa, Madrid, 1989, pp. 685-686, "cuanto mayor sea la probabilidad de que el lucro no se obtenga, mayores serán las exigencias de prueba requeridas al acreedor. Pero sin duda debe existir una frontera entre la no constancia del lucro cuando su probabilidad es mínima y la posibilidad de repercutir esta probabilidad en el *quantum* del mismo". De ahí que, siguiendo esta postura, si se logra acreditar la alta probabilidad que existe de que se firmen determinados contratos que no se llevarán a cabo por el daño personal sufrido, nada impide que se puedan tener en cuenta a la hora de determinar el *quantum* indemnizatorio.

71 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil,* cit., p. 687

Ahora bien, la posibilidad de que podamos reclamar *ex* arts. 1.101 y ss. CC las ganancias dejadas de obtener en un trabajo que no guarde relación con el incumplimiento del contrato puede plantear dificultades, ya que, en ocasiones, el Tribunal Supremo niega el lucro cesante reclamado porque no está en conexión inmediata con el incumplimiento, tal y como exige el art. 1.107 CC. Argumento que, como expresa la mejor doctrina[72], muchas veces resulta correcto, dado que el lucro cesante es, por definición, una de las partidas ulteriores del daño sufrido por el acreedor, acaso no previsibles para el deudor en el momento de contratar. De ahí que, en algunos casos cobrará especial relevancia la nota de la previsibilidad[73], la cual exige una información o conocimiento por ambas partes de los riesgos que el contrato entraña, pero exige también, de manera expresa o implícita, un cierto sistema de distribución de tales riesgos, de manera que la contemplación de éstos o la contemplación de que la finalidad de la prestación, como causa concreta, en la esfera del acreedor, constituye causa concreta del contrato o motivo determinante de él[74]. Es por ello que, en estos supuestos donde existen serias dudas de que exista una conexión directa entre el lucro cesante pedido y el incumplimiento, puede ser conveniente reclamar también por la vía de la responsabilidad extracontractual (art. 1.902 CC). En la práctica lo que ocurre es que, en estos supuestos, se aplica de forma orientativa el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, más comúnmente conocido como el Baremo de tráfico[75].

En cualquier caso, lo que sí está claro es que, si el suceso que ha dado lugar al incumplimiento no hubiera podido preverse por el proveedor, estaremos ante un caso fortuito *ex* art. 1.105 CC. La nota de la imprevisibilidad hace que no pueda ponerse a cargo del deudor aquello que no se ha podido prever. De lo contrario, estaríamos contradiciendo la regla de diligencia estipulada en el art. 1.104 CC. Y, en el mismo sentido, el art. 1.107 CC impide la indemnización por daños y perjuicios que no se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación.

Este concepto de imprevisibilidad, como afirma parte de la doctrina[76], puede formularse conjuntamente tanto para una responsabilidad por culpa como para

72 Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, cit., pp. 1178.

73 En efecto, esta nota de previsibilidad será exigible en aquellos casos en los que el deudor sea de buena fe. En este sentido apunta el art. 1107 CC el cual señala que "Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación (…)", mientras que, en caso de dolo, el deudor responderá "de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación".

74 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil,* p. 691.

75 Este Baremo para valorar los daños y perjuicios en accidentes de tráfico se encuentra en el Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2004/10/29/8/con), el cual fue introducido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que entró en vigor a partir del 1 de enero de 2016.

76 Carrasco Perera, Á.: "Comentario al art. 1.105", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. Albaladejo García), Tomo XV, vol. 1, Edersa, Madrid, 1989, p. 659.

una responsabilidad por riesgo, de manera que la imprevisibilidad será aquello que exceda del ámbito de riesgo asignado al deudor. En este sentido, al proveedor no se le podrá imputar el daño ocasionado por un uso incorrecto del contenido o servicio digital, ya que el proveedor no debe soportar el riesgo derivado de la mala o errónea utilización que se haga por parte de quienes adquieran dichos contenidos o servicios digitales.

No obstante, hay que tener en cuenta que el suceso imprevisible que excusa la responsabilidad del proveedor es aquel que se haya podido prever al tiempo de constituirse la obligación (art. 1.107 CC). Esto es perfectamente aplicable a aquellos suministros de contenidos y servicios digitales que tengan lugar en un único acto como por ejemplo, cuando se descarga un programa (software) y se almacena en un dispositivo personal. Pero, también cabe la posibilidad de que el contrato prevea un suministro continuo a lo largo de un período de tiempo como, por ejemplo, cuando el contrato estipule que una copia de un programa (software) antivirus se puede utilizar durante un año y se actualizará automáticamente el primer día de cada mes de dicho período[77]. En estos supuestos donde el contrato instaura una relación duradera, la previsibilidad se predica también de todo momento posterior al contrato. Hay sucesos que son imprevisibles al contratar, pero que posteriormente se revelan como previsibles, de forma que, si al tiempo de contratar, el suceso era imprevisible pero, posteriormente resulta evitable con la diligencia y con los costes que se le pueden exigir al deudor según su modelo de conducta, el deudor responde, si no refuerza (pudiendo) sus medidas de seguridad[78]. Así, en el ejemplo del programa (software) antivirus, el proveedor responderá si, de acuerdo con la diligencia y los costes que se le pueden exigir según su modelo de conducta –y aquello que resulte esperable de un contenido o servicio digital de la misma naturaleza- no establece nuevas medidas de seguridad a través de actualizaciones para hacer frente a los nuevos virus (malware) creados y distribuidos por los hackers.

Por el contario, quien sufre el incumplimiento del contrato, debe adoptar todas las medidas que razonablemente se encuentren en su mano para mitigar la extensión del daño causado por el incumplimiento y no puede pretender que la otra parte le compense de aquellos daños que no son consecuencia del incumplimiento, sino de su propia falta en la adopción de tales medidas[79]. Se trata de un deber que encuentra su fundamento en la buena fe, de forma que el perjudicado por el incumplimiento deberá adoptar aquellas medidas que se pueden exigir conforme a una diligencia razonable[80]. De lo contrario, el aumento

77 Ejemplo extraído del Cdo. 57 DCSD.

78 Carrasco Perera, Á.: "Comentario al art. 1.105", cit., p. 660.

79 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil*, cit., p. 689.

80 Sin embargo, como precisa Soler Presas, A.: *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 1998, p. 64, no se trata de una obligación jurídica en sentido

que se produzca de los daños como consecuencia de la inacción del acreedor-consumidor ante el incumplimiento no deberá indemnizarse, pues en este caso ya no existe la relación de causalidad entre el incumplimiento y el aumento de costes que derivan del daño por la omisión del perjudicado.

V. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR FALTA DE CONFORMIDAD O FALTA DE SUMINISTRO FRENTE A LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA PARA LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

Es unánime la opinión de la doctrina sobre el carácter objetivo del sistema de responsabilidad del vendedor por falta de conformidad[81]. En este sentido, para los casos de falta de conformidad o falta de suministro de los contenidos o servicios digitales, tanto la DCDS como el TRLGDCU prevén un sistema de responsabilidad objetiva, es decir, constatada la falta de conformidad o la falta de suministro, el consumidor, según las circunstancias, podrá hacer uso de las medidas correctoras, a saber: la puesta en conformidad, reducción del precio o la resolución del contrato. En cambio, si lo que se pretende es la indemnización por daños y perjuicios que se pueda derivar de una falta de conformidad o falta de suministro, habrá que acudir a los distintos ordenamientos nacionales, en los cuales el sistema de responsabilidad no tiene por qué coincidir. De hecho, en nuestro caso, como ya hemos analizado, se prevé un sistema de responsabilidad subjetiva, por lo que, una vez constatada la falta de conformidad o falta de suministro, no siempre prosperará la indemnización por daños y perjuicios. Para ello, será necesario que exista un hecho culposo o doloso, un daño de carácter patrimonial o no patrimonial y una relación de causalidad entre ambos.

Por tanto, nos podemos encontrar ante supuestos en los que un contenido o servicio digital adolezca de una falta de conformidad o, directamente, no se haya suministrado, ante los cuales podremos pedir directamente la puesta en conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato, pero, en cambio, no podamos pretender la indemnización por daños y perjuicios, porque el daño no se presume, sino que hay que probarlo, aunque incluso en aquellos supuestos en los que se pruebe un daño no siempre prosperará la indemnización por daños y perjuicios porque no se aprecia la falta de diligencia o culpa del proveedor.

estricto, cuyo cumplimiento pueda ser exigido por el causante del daño y cuyo incumplimiento lleve aparejado sanción alguna. Sino que el deber de mitigar los daños es una carga, que obliga al acreedor del resarcimiento a adoptar todas aquellas medidas que se estimen razonables para evitar la propagación de las consecuencias lesivas del incumplimiento o a paliar la gravedad del mismo.

81 En este sentido, Llamas Pombo, E.: *La compraventa*, La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2014, p. 908, precisa que "en definitiva, sucede lo mismo que en la teoría general del contrato: para determinar si el contrato se cumplió o no, es intrascendente preguntarse acerca de cuál fue el grado de esfuerzo o la diligencia que desplegó el deudor, pues lo único relevante es valorar en qué medida quedó satisfecho el interés del acreedor".

Es cierto que, como ha puesto de manifiesto la doctrina[82], cuando la obligación no se cumple como se debía (falta de conformidad o falta de suministro), conforme a las reglas generales del Derecho Común, se presume que ello se debió a la culpa del deudor. Por tanto, quien ha incumplido deberá probar que está exento de culpa, es decir, que el incumplimiento se debió a una causa ajena a él. Sin embargo, cuando exista una falta de conformidad o falta de suministro, pero la conducta del proveedor se aleje de aquella que le fuera exigible, entonces estaremos ante un supuesto de caso fortuito y el proveedor quedará exento de responder por los daños y perjuicios[83], pero no de la falta de conformidad o falta de suministro, de forma que el consumidor sí tendrá derecho a las medidas correctoras que se estimen pertinentes (sistema de responsabilidad objetiva).

En concreto, para determinar si la conducta culposa puede ser atribuible al proveedor habrá que acudir al juicio de la previsibilidad *ex* art. 1.107 CC, de forma que el proveedor quedará exento de responder de aquellos sucesos que no se pudieron prever al tiempo de constituirse la obligación. Por el contrario, responderá, únicamente, de aquellos que sí pudo o debió prever[84]. Obviamente, dependiendo de las circunstancias, no siempre será exigible la misma diligencia al proveedor. De ahí que, dependiendo del supuesto concreto, aquello que se pudo o debió prever servirá como parámetro para medir el grado de diligencia que resulte exigible al proveedor o suministrador del contenido o servicio digital en cada momento.

Por otro lado, como ya hemos avanzado, hay que tener presente que aquí nos encontramos ante dos sistemas de responsabilidad distintos: por un lado, el sistema de responsabilidad objetiva previsto en la DCSD y el TRLGDCU para las faltas de conformidad o faltas de suministro y; por otro lado, el sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa para la indemnización por daños y perjuicios previsto en los arts. 1.101 y ss. CC por remisión de la DCSD y el TRLGDCU. Este es el primer problema que se puede plantear, pues hay que tener en cuenta que, mientras la DCSD ha establecido un régimen uniforme para las medidas correctoras, sin embargo, ha renunciado a armonizar el régimen de indemnización

82 Albaladejo García, M.: *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 178.

83 Como señala Zurita Martín, I.: "Indemnización por daños y perjuicios e intereses", *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (edit. por A. Vaquer Aloy, E. Bosch Capdevila y M.P. Sánchez González), Atelier, Barcelona, 2015, p. 691, "todo lo que no es culpa es caso fortuito, y viceversa".

84 Precisa el autor Sánchez Aristi, R.: Comentarios al Códigos al Código Civil (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 1286, que el nivel de diligencia vendrá representado, salvo pacto al respecto, por el modelo abstracto del buen padre de familia, acomodado a lo que requiera la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Por su parte, Reglero Campos, L.F.: "Los sistema de responsabilidad civil", *Tratado de Responsabilidad Civil* (coord. L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, RB-2.8 (consulta online) señala que "para el juicio de previsibilidad es necesario atender a las circunstancias que concurren en el sujeto eventualmente responsable, fundamentalmente a su edad, fase de madurez, capacidad mental, etc. (…)".

por daños y perjuicios. La consecuencia es que nos vamos a encontrar, respecto a la indemnización por daños y perjuicios, distintas regulaciones con diferentes sistemas de responsabilidad –objetiva o subjetiva- y distintos requisitos de imputación. En realidad, dejando está regulación en manos de los Estados Miembros se ha conseguido justo el efecto contrario pretendido por la DCSD: establecer una regulación uniforme para todos los países de la Unión Europea. Habría sido deseable que el legislador europeo hubiera establecido un régimen de indemnización por daños y perjuicios como sí hizo la Propuesta de 2015, aunque, como afirma parte de la doctrina[85], debería haber aclarado también si el sistema de responsabilidad por daño allí previsto era objetivo.

No obstante, estando así las cosas, la segunda cuestión que se puede plantear es la convivencia –en nuestro caso- de un sistema de responsabilidad objetiva con un sistema de responsabilidad subjetiva. Quizás, *a priori*, podríamos pensar que lo ideal sería establecer un sistema de responsabilidad objetiva unificado tanto para las faltas de conformidad como para la indemnización por daños y perjuicios. De hecho, sería extremadamente más beneficioso para el consumidor, estableciendo así una presunción *iuris et de iure* de la conducta culposa del proveedor, de forma que, constatada la falta de conformidad o falta de suministro, junto a las medidas correctoras, el consumidor podría reclamar –si existe un daño- la indemnización por daños y perjuicios, sin que el empresario pudiera exonerarse de responder. Pero, la realidad es que un sistema de responsabilidad objetiva para la indemnización de daños y perjuicios puede resultar excesivo. Sobre todo, si tenemos en cuenta que el suministro de contenidos y servicios digitales es una obligación de resultado, por lo que, ante una falta de conformidad o falta de suministro, existe una presunción *iuris tantum* de que el proveedor actuó de forma negligente, debiendo ser éste el que pruebe que actuó con la diligencia debida para exonerarse de responder por daños y perjuicios. Por tanto, creo que, configuradas así las cosas, se responde a los principios de justicia y equidad, pues, por un lado, el consumidor, una vez constatada la falta de conformidad o falta de suministro, va a tener derecho a ejercitar las medidas correctoras *ex* arts. 14 DCSD y 117.1 TRLGDCU y, por otro lado, si procede, podrá reclamar la indemnización por daños y perjuicios *ex* arts. 1.101 y ss. CC, donde se presume que el proveedor actuó de forma negligente y se invierte la carga de la prueba, lo cual, bajo mi punto de vista, resulta considerablemente favorable a la protección del consumidor, pero sin llegar a eliminar por completo la posibilidad que debe tener el empresario de exonerarse de responder si acredita que actuó con la diligencia debida.

85 Cámara Lapuente, S.: "El régimen de la falta de conformidad", cit., p. 85.

VI. LA INDEMNIZACIÓN COMO FÓRMULA PARA COMPENSAR AL CONSUMIDOR QUE HA CEDIDO SUS DATOS PERSONALES COMO CONTRAPRESTACIÓN.

En los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales en los que la contraprestación consiste en la cesión de uso de datos personales por parte del consumidor pueden surgir dos tipos de indemnización: 1) Por un lado, aquella que surge como consecuencia de una vulneración de las obligaciones previstas en el RGPD para el tratamiento de datos personales por parte del proveedor y que no tiene nada que ver con la existencia de una falta de conformidad o incumplimiento en el suministro; y 2) Por otro lado, aquella indemnización por daños y perjuicios que se puede reclamar de forma cumulativa y complementaria junto con las medidas correctoras ante una falta de conformidad o incumplimiento en el suministro de contenidos y servicios digitales. Esta última es la que debe regirse conforme a las reglas del Derecho Común, tal y como hemos analizado en el presente trabajo, y que puede surgir con independencia de si la contraprestación ha consistido en el pago de un precio en dinero o en la cesión de uso de los datos personales para su tratamiento.

En aquellos casos en los que la contraprestación consiste en la cesión de uso de datos personales y exista una falta de conformidad o un incumplimiento por parte del empresario, una de las medidas correctoras que se puede ejercitar por parte del consumidor o usuario es la resolución del contrato[86], cuyo efecto típico es la restitución de las prestaciones. Sin embargo, aquí no es posible la restitución de los datos personales, ya que la protección de los datos personales se configura como un derecho individual y personalísimo, cuya propiedad no se puede transmitir, sino, en todo caso, ceder su uso como contraprestación[87]. De ahí que la DCSD establezca que, ante una resolución contractual donde la contraprestación por el suministro del contrato que se pretenda resolver haya consistido en la cesión de uso de datos personales, el empresario deba cumplir con las obligaciones previstas en el RGPD [arts. 16 DCSD y 119 ter. 5, letra b) TRLGDCU][88]. En concreto,

86 En concreto, la resolución del contrato se podrá ejercitar en los supuestos previstos en los arts. 13 y 14 DCSD y 119 y 119 ter TRLGDCU. De hecho, es posible que, en la práctica, cuando la contraprestación consista en la cesión de uso de datos personales, la opción por la resolución del contrato se utilice con más frecuencia. La razón estriba en que los casos en los que la contraprestación consista en el pago de un precio en dinero la resolución contractual no procederá si la falta de conformidad es leve o de escasa importancia, mientras que, cuando la contraprestación consista en la cesión de uso de datos personales, cabe la posibilidad de resolver el contrato ante cualquier falta de conformidad, aun cuando ésta sea leve o de escasa importancia (art. 14.6 DCSD y 119 ter TRLGDCU).

87 En este sentido, como afirma Martínez Valencoso, L.M. y Sánchez López, M.: "El nuevo concepto de onerosidad", cit., p. 11, "el cedente de los datos asume una obligación de hacer, en concreto una obligación de cesión de uso de la información, del que la otra parte puede obtener un rédito (…), por lo que difícilmente podría hablarse de restitución.

88 El art. 119 ter.5, letra b) TRLGDCU también señala que el empresario deberá cumplir con las obligaciones prevista en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

deberá garantizar el derecho de acceso (art. 15 RGPD), el derecho de supresión o "derecho al olvido" (art. 17 RGPD) y el derecho a la portabilidad (art. 20 RGPD)[89] , de forma que el consumidor pueda conocer qué datos se están tratando, decidir si quiere que se supriman y, en caso de ser técnicamente posible, solicitar su traslado directo a otro proveedor y responsable del tratamiento[90]. Por tanto, aquí no resulta del todo correcto hablar de restitución, sino que, ante la resolución contractual, la obligación del proveedor y responsable se limita a cesar en el tratamiento de los datos personales del consumidor, obligación que parece que se extenderá igualmente a cualquier tercero al que el empresario haya podido ceder dichos datos[91]; y ello, sin perjuicio de los problemas que se puedan plantear, ya que nada garantiza que los datos personales hayan sido suprimidos y que no serán utilizados para futuros usos ni por parte del proveedor ni de los terceros a los que éste se los haya trasferido[92]. Ello es debido a que hasta la fecha no hay manera posible, desde un punto de vista técnico, de borrar por completo y para siempre la información subida a Internet[93].

El consumidor o usuario, ante la resolución contractual, también debe cumplir con una serie de obligaciones. En concreto, deberá abstenerse de utilizar los contenidos o servicios digitales [arts. 17.1 DCSD y 119 ter.6 6, letra a) TRLGDCU] y de ponerlos a disposición de terceros o, en caso de que los mismos se hayan suministrado en soporte material, deberá devolver dicho soporte material al empresario sin demora indebida [arts. 17.2 DCSD y 119 ter. 6, letra b) TRLGDCU]. Sin embargo, estos supuestos no plantean problemas, ya que, desde el momento de la resolución contractual, el empresario tiene la facultad de impedir al consumidor el uso posterior de los contenidos o servicios digitales, en particular haciendo que los contenidos o servicios digitales sean inaccesibles para el mismo o inhabilitando su cuenta de usuario [arts. 16.6 DCSD y 119 ter. 5, letra f) TRLGDCU].

89 Para un análisis extenso y completo de la intersección de las normas sobre protección de datos personales con las normas sobre la defensa contractual del consumidor al extinguirse el contrato por vía de resolución *vid.,* en este sentido, Cámara Lapuente, S.: "Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1, pp. 838-862.

90 En el caso de que el consumidor haya proporcionado datos no personales, es decir, cualquier contenido distinto de los datos personales que el consumidor haya facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales, el empresario también deberá cumplir en relación a los mismos con una serie de obligaciones. En concreto, se deberá abstener de utilizar cualquier contenido generado por el consumidor, aunque cuenta con algunas excepciones [arts. 16.3 DCSD y 119 ter. 5, letra c) TRLGDCU], también deberá poner a disposición del consumidor, a petición de este, los contenidos que el propio consumidor haya proporcionado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales y, en consecuencia, el consumidor tendrá derecho a recuperar los contenidos digitales que haya creador al utilizar los contenidos o servicios digitales sin cargo alguno y sin impedimentos por parte del empresario [arts. 16.4 DCSD y 119 ter. 5, letras d) y e) TRLGDCU]. Esos contenidos que son distintos de los datos personales pueden incluir imágenes digitales, archivos de vídeo y audio y contenidos creados en dispositivos móviles (Cdo. 69 DCSD).

91 Martínez Calvo, J.: "Los datos personales", cit., p. 126.

92 En este sentido, Navas Navarro, S. y Camacho Clavijo, S.: *Mercado digital: principios y reglas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 43 (consulta online) señala que "La cuestión es que, en el internet de las cosas, los datos se usan, se reutilizan, se usan los deshechos de datos, existen usos secundarios, no se destruyen, cancelan o desaparecen; al contrario, se almacenan para ser objeto de usos nuevos en el futuro".

93 Martínez Valencoso, L.M. y Sancho López, M.: "El nuevo concepto de onerosidad", cit., p. 17.

No obstante, en el caso de que la contraprestación haya consistido en la cesión de uso de datos personales por parte del consumidor o usuario se plantea un problema. Imaginemos que existe un incumplimiento imputable al empresario, ya sea por la existencia de una falta de conformidad o una falta de suministro del contenido o servicio digital. En este caso, si el consumidor opta por la resolución del contrato, el empresario deberá cumplir con las obligaciones establecidas en el RGPD (derecho de acceso, derecho de supresión y derecho de portabilidad), pero la DCSD no establece nada más al respecto. Sin embargo, el problema es que durante el periodo transcurrido entre el momento en que el consumidor cede sus datos personales[94] y la resolución del contrato, el empresario ha podido realizar un tratamiento con los datos personales del consumidor y, en consecuencia, obtener un beneficio. De esta forma, el problema es que la parte incumplidora –el empresario- aun cuando cumpla con sus obligaciones ante una resolución contractual *ex* art. 16 DCSD, puede verse beneficiado por el correcto cumplimiento del consumidor que le ha cedido sus datos personales en tiempo y forma. Por esa razón, en estos supuestos, lo justo sería que el empresario compensara al consumidor que sí ha cumplido con su obligación de ceder sus datos y no ha obtenido a cambio la contraprestación a cargo del empresario, o al menos no en la forma acordada entre ambas partes[95]. Para ello, aquí se proponen dos soluciones:

1) La primera sería establecer la obligación del empresario de compensar al consumidor con una cantidad económica igual al beneficio que se haya obtenido por el tratamiento de los datos personales. Este beneficio puede venir dado por las transacciones que haya hecho con terceros con esos datos personales o por el propio valor que se le dé a los datos personales cuando se hayan utilizado para sí con fines de mercadotecnia. Aunque, es cierto que es muy difícil calcular el valor de nuestra información personal por la falta de datos al respecto, pues es un mercado opaco lleno de secretismo y dónde las fluctuaciones económicas del producto escapan a nuestro entender[96]. De hecho, las cantidades que los anunciantes estarían dispuestos a pagar por nuestros datos personales son ínfimas[97], ya que los datos personales singularmente considerados tienen escaso valor. Cuestión distinta es que las empresas, a través de softwares con algoritmos diseñados al efecto, cruzan estos datos individualmente considerados con otros

94 Normalmente, el momento en el que el consumidor cede su datos personales coincidirá con la celebración del contrato, aunque nada impide que sea en un momento posterior, por ejemplo cuando el consumidor dé su consentimiento para que el empresario utilice los datos personales que el consumidor pueda cargar o crear con el uso de los contenidos o servicios digitales (Cdo. 24 DCDS).

95 Martínez Calvo, J.: "Los datos personales", cit., p. 129.

96 Martínez Valencoso, L.M. y Sancho López, M.: "El nuevo concepto de onerosidad", cit., p. 23.

97 En un estudio llevado a cabo por Total Money (https://www.totallymoney.com/personal-data/) el valor de algunos de nuestros datos personales serían los siguientes: edad (0,00004 $), trabajo (0,066 $), estado civil (0,0924 $), datos relativos a la salud (0,2335 $), correo electrónico (0,0713 $) o ubicación actual (0,0004 $).

datos de forma que obtienen información de gran valor, de la cual pueden obtener grandes beneficios, pues no hay duda de que cuanta más información se reciba y mayor sea el volumen de los datos, mayores serán los beneficios que se obtengan. Sin embargo, esta compensación económica que se plantea, no se ha previsto en la DCSD ni en el TRLGDCU por lo que difícilmente podría tener recorrido la pretensión del consumidor por esta vía.

2) La segunda solución que se propone parte de la consideración de canalizar a través de la indemnización de daños y perjuicios la compensación económica que el consumidor podría merecer como consecuencia de los beneficios obtenidos injustamente por el empresario al hacer uso de sus datos personales durante el íter temporal transcurrido desde la celebración del contrato hasta la resolución del mismo. En este sentido, como afirma parte de la doctrina[98], una opción será que el eventual beneficio obtenido por el empresario se tenga en cuenta a la hora de calcular la correspondiente indemnización en favor del consumidor por los daños y perjuicios causados como consecuencia de su incumplimiento contractual. Sin embargo, aquí nos encontramos con el problema de que no siempre prosperará la indemnización por daños y perjuicios. Como hemos visto, la resolución contractual es una medida correctora que se puede ejercitar una vez se constate la falta de conformidad o la falta de suministro del contenido o servicio digital (sistema de responsabilidad objetiva), mientras que para que surja la indemnización de daños y perjuicios es necesario probar la culpa del proveedor y la relación de causalidad entre aquella y el daño efectivamente causado (sistema de responsabilidad subjetiva), lo que no siempre será posible. De ahí que muchas veces resultará especialmente difícil canalizar esta compensación a través de la vía indemnizatoria *ex arts. 1,101 y ss CC*, pues la indemnización por daños y perjuicios no siempre procederá, bien porque no se haya logrado probar la culpa del proveedor o bien porque no se haya causado efectivamente un daño en la esfera patrimonial o no patrimonial del consumidor. Por tanto, creo que, en estos casos, una solución sería acudir a la vía del enriquecimiento injusto[99], cuyo fundamento principal es un enriquecimiento patrimonial que carece de razón jurídica o justificación que lo legitime[100]. Además, esta acción de enriquecimiento sin causa está sometida al

98 Martínez Calvo, J.: "Los datos personales", cit., p. 129.

99 Los requisitos para que prospere la acción de enriquecimiento injusto, según la STS Sala 1ª, de 24 de junio de 2020, núm. 352/2020 (RJ 2020, 5137), son "(a) un aumento de patrimonio del enriquecido, (b) un correlativo empobrecimiento del actor, representado por un *damnum emergens* , o por un *lucrum cesans* ; (c) falta de causa que justifique el enriquecimiento; y (d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio".

100 Fundamento que, como señala la STS Sala 1ª, de 13 de enero de 2015, rec. núm. 1147/2013 (RJ 2015, 267) encontraría aplicación incluso "Como principio general del derecho, cuya formulación sería «nadie debe enriquecerse injustamente o sin causa a costa de otro», se aplica de forma subsidiaria, en defecto de ley y de costumbre, y también informa el Derecho patrimonial, para evitar que puedan producirse enriquecimientos injustos, y contribuye a su interpretación en tal sentido. Como institución jurídica autónoma (enriquecimiento sin causa), y sin perjuicio de las eventuales previsiones legales, su aplicación descansa sobre la concurrencia de un elemento económico (la ganancia de uno, correlativa

mismo plazo de prescripción que la acción de indemnización por daños y perjuicios, esto es, al plazo general de 5 años establecido en el art. 1964.2 CC.

al empobrecimiento de otro, mediando un nexo de causalidad entre ambas), y una condición jurídica (la ausencia de causa justificativa)".

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M.: *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2011.

Álvarez Vigaray, R.: "La responsabilidad por daño moral", *Anuario de Derecho civil*, 1966.

Arnau Raventós, L.: "Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?", *Revista de educación y derecho*, 2021, núm. 24.

Atienza Navarro, Mª. L.: "Indemnizaciones de daños y perjuicios e intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, *Revista Boliviana de Derecho*, 2013.

Azurmendi Adarraga, A.: *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997.

Beale, H.: "Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment : in-depth analysis", Publications Office, 2015 (consultar en: https://data.europa.eu/doi/10.2861/679216).

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario al artículo 1106 del Código Civil", en *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009 (recurso online: BIB 2009, 5297).

Bueno Biot, Á.: "Los datos personales como contraprestación en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *Derecho digital y nuevas tecnologías* (dir. por A. Madrid Parra y L. Alvarado Herrera), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

Cámara Lapuente, S.: "Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales", *Diario La Ley*, 2021, núm. 9887.

- "Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1.

- "El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2016, núm. 3.

Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, Civitas -Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021.

- *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017.

- "Comentario al art. 1.105", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. Albaladejo García), Tomo XV, vol. 1, Edersa, Madrid, 1989.

- "Comentario al art. 1.106", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. Albaladejo García), Tomo XV, vol. 1, Edersa, Madrid, 1989.

- "Comentario al art. 1.107", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. Albaladejo García), Tomo XV, vol. 1, Edersa, Madrid, 1989.

Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo III (revisada y actualizada por G. García Cantero), Reus, Madrid, 1986.

Castilla Barea, M.: *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*, Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021

El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo, Dykinson, Madrid, 2005.

Castillo Parrilla, J.A.: "Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD", *La Ley Mercantil*, 2021, núm. 82.

Concepción Rodríguez, J.L.: *Honor, intimidad* e *imagen: un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982,* Bosch, Barcelona, 1996.

Cristóbal Montés, A.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989.

Díaz Alabart, S.: "Comentario al art. 1.103", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. Albaladejo García), Tomo XV, vol. 1, Edersa, Madrid, 1989.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V La Responsabilidad Civil Extracontractual*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 2011.

Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias (vol. II), Civitas, Madrid, 1993.

De Cossío, M.: *Derecho al Honor. Técnicas de protección y límites,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

De Pablo Contreras, P.: "Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Colex, Madrid, 2000.

De Verda y Beamonte, J.R.: "Del saneamiento por vicios ocultos al deber de conformidad. Un examen de la cuestión en el derecho comunitario a la luz de las recientes propuestas de Directiva en materia de consumo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, núm. 770.

Espiau Espiau, S.: "La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual", en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

García Goldar, M.: "La seguridad como criterio de conformidad objetivo en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales", en AA.VV.: *Retos de la sociedad digital: Regulación y fiscalidad en un contexto internacional* (dir. por J.J. Honojosa Torralvo, J. Álvarez Martínez, I. Cruz Padial y C. Tirado Robles), Reus, Madrid, 2022.

García López, R.: *Responsabilidad civil por daño moral*, Bosch, Barcelona, 1990.

Juárez Torrejón, Á.: "Garantías en la venta de bienes de consumo y servicios" posventa", *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial* (coord. por M. J. Santos Morón y M. N. Mato Pacín), Tecnos, Madrid, 2022.

Lete Achirica, J.: "Artículo 115. Conformidad de los bienes y de los contenidos o servicios digitales", *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Tomo II) (dir. por A. Cañizares Laso), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Llamas Pombo, E.: *La compraventa*, La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2014.

Mak, V.:"The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content: in-depth analysis", Publications Office, 2016 (consultar en: https://data.europa.eu/doi/10.2861/277682).

Martín Casals, M. y Solé Feliu, J.: Comentario a la STS de 31 de octubre de 2002", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2002, núm. 61.

Martínez Calvo, J.: "Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales", *InDret: Revista para el* Ánalisis *del Derecho*, 2021, núm. 4.

Martínez Valencoso, L.M. y Sancho López, M.: "El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2018, núm. 1.

Navas Navarro, S. y Camacho Clavijo, S.: *Mercado digital: principios y reglas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 (consulta online).

Pantaleón Prieto, F.: "Comentario al art. 74", en AA.VV.: *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dir. por L. Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998.

Parra Lucán, Mª.Á.: "Responsabilidad civil por productos defectuosos", en AA.VV: *Tratado de Responsabilidad Civil* (coord. L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014 (consulta online).

Reglero Campos, L.F.: "Conceptos generales y elementos de delimitación", Tratado de Responsabilidad Civil (coord. L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014 (consulta online).

- "Los sistema de responsabilidad civil", *Tratado de Responsabilidad Civil* (coord. L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014 (consulta online).

Salvador Coderch, P. y Martín Casals, M.: "Derecho al honor. Quantum de la indemnización. Su no revisabilidad en casación", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 21, 1989.

Sánchez Aristi, R.: Comentarios al Códigos al Código Civil (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Cizur Menor (Navarra), 2011.

Sánchez González, Mª.P.: "Remedios del comprador", en AA.VV.: *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (edit. por A. Vaquer Aloy, E. Bosch Capdevila y M.P. Sánchez González), Atelier, Barcelona, 2015.

Sánchez Lería, R.: "Los datos personales como contraprestación en la legislación de consumo", *Actualidad Civil*, 2022, núm. 3.

- "Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2021, núm. 4.

Soler Presas, A.: *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 1998.

Staudenmayer, D.: "Comentario al art. 6 Directiva (UE) 2019/770", *EU Digital Law. Article-byArticle Commentary* (dir. por R. Schulze y D. Staudenmayer) Nomos Verlag, Baden-Baden (Munich), 2020.

Yzquierdo Tolsada, M.: "Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen), en AA.VV.: *Tratado de Responsabilidad Civil* (Tomo III) (coord. por L. F. Reglero Campos), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

Zurita Martín, I.: "Indemnización por daños y perjuicios e intereses", *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (edit. por A. Vaquer Aloy, E. Bosch Capdevila y M.P. Sánchez González), Atelier, Barcelona, 2015.

AUGMENTED REALITY, ADVERTISING AND CONSUMER PROTECTION IN THE LIGHT OF EUROPEAN UNION LAW

REALTÀ AUMENTATA, PUBBLICITÀ E TUTELA DEI CONSUMATORI ALLA LUCE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1478-1509

Cecilia ISOLA

ITEM RECEIVED: 14 de octubre de 2022
ARTICLE APPROVED: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Augmented reality (AR) is a technology that has been actively integrated into marketing strategies in recent years. This technology allows to overlay the physical environment with virtual elements, which can interact with the real surroundings in real time, holds the potential to affect a wide range of consumer activities, including information searches and product testing. This article focuses on the key features of AR advertising, which may raise fairness concerns from the perspective of EU Consumer Law, investigating whether the current EU legal framework on unfair commercial practices meets the challenges of new technologies.

KEY WORDS: Augmented reality; consumer protection; unfair commercial practices; advertising; Directive 2005/29/EC.

RESUMEN: *La realtà aumentata (AR) è una tecnologia immersiva che, negli ultimi anni, è stata attivamente integrata nelle pratiche commerciali tra imprese e consumatori. Questa tecnologia permette di sovrapporre, in tempo reale, l'ambiente fisico con elementi virtuali ed è in grado di influenzare un'ampia gamma di attività dei consumatori, tra cui la ricerca di informazioni e la possibilità di testare prodotti da casa senza recarsi in negozio o acquistarli. Questo articolo si concentra sulle caratteristiche della pubblicità AR e sui i potenziali rischi per la salute, sicurezza ed interessi economici dei consumatori, indagando se l'attuale quadro giuridico europeo in materia di pratiche commerciali sleali è in grado di affrontare le sfide derivanti dallo sviluppo delle nuove tecnologie.*

PALABRAS CLAVES: *Realtà aumentata; protezione consumatori; pratiche commerciali scorrette; pubblicità; Direttiva 2005/29/CE.*

SUMMARY.- I. INTRODUCTION. – II. VIRTUAL REALITY, AUGMENTED REALITY AND METAVERSE. – III. AUGMENTED REALITY AND COMMERCIAL PRACTICES. – IV. LEGAL FRAMEWORK: DIRECTIVE 2005/29/EC. – V. UNFAIR AR ADVERTISING UNDER THE UCPD: AN EXERCISE IN LEGAL FUTUROLOGY. – VI. CONCLUSIONS.

I. INTRODUCTION.

Augmented reality is one of the main technologies of Extended Reality, namely a catch-all term encompassing technologies that in some way 'extend' reality and capable of concretely changing the way human beings perceive reality, taking their experience of their surroundings to a new level (predominantly Augmented Reality (AR), Virtual Reality and Mixed Reality (MR)). The global market of Augmented Reality and Virtual Reality reached 28 billion U.S. dollars in 2021, rising to over 250 billion U.S. dollars by 2028[1], where VR gaming, VR video viewing and AR gaming make up the three largest consumer use cases[2]. In recent years, AR has started to emerge as a relevant interactive technology in the marketing environment and is being actively integrated into marketing strategies in retail contexts and often developed in formats of smart device applications. AR technology-enhanced marketing campaign, in which AR advertising plays a key role, is becoming more popular and it promises to usher in a new era of business-consumer interaction, where the consumer is gradually moving from being a passive consumer to being a real actor in the business-to-consumer interaction. Its ability to overlay the physical environment with virtual elements such as information or images, which can interact with the physical environment in real time, provides new possibilities for content delivery to consumers. It consequently holds the potential to alter a large number of consumer activities, among which information search and product trials. In this regard, AR advertising can be an added value for market efficiency, giving consumers the opportunity to receive, perceive and process information about products, services and rights in a more realistic and detailed way but, on the other hand, there is a wide range of threats for consumers' health and safety, such as physical harms, like nausea or motion sickness caused by headsets or epileptic seizures due to AR/VR contents, or psychological harms such as induced vulnerabilities on consumers or state of cognitive absorption, which can constitute fertile ground for manipulative commercial practices more dangerous than the traditional forms that are currently used. In this regard, it is worth stressing that one of the primary goals of the European Union is to safeguard the interests of

1 Alsop, T.: "AR/VR Market Size Worldwide 2021-2028 | Statista", *Statista*, 2022.

2 Alsop, T.: "AR/VR Investment Worldwide by Use Case 2024 | Statista", *Statista*, 2022.

• Cecilia Isola
Phd Candidate, University of Genoa cecilia.isola@edu.unige.it
Teaching Assistant, Bocconi University cecilia.isola@unibocconi.it

consumers and to ensure a high level of consumer protection. Within that scope, the EU legislator must contribute to protecting the health, safety and economic interests of consumers, also promoting the consumers' right to 'information' and 'education'. This calls for an investigation of the existing consumer protection policies and a profound reflection on whether the EU Consumer Law continues to safeguard consumer's interests in light of developments in AR advertising.

This article aims to contribute to the better understanding of AR advertising as a new form of business-to-consumer commercial practice that may raise fairness concerns from the perspective of EU Consumer Law. First, the Author will offer a conceptual analysis of Virtual and Augmented Reality and Metaverse. Second, by drawing on the key insights from current economic theory, this article will explore the different functions through which advertising conveys information to consumers and persuade them to buy products and services. Then, it will investigate the peculiarities of AR-based advertising, exploring the technical aspects, the representational elements and potential impacts of this new commercial practice on consumers. Third, the article discusses the current EU legal framework applied to commercial practices, with a particular focus on the Directive 2005/29/CE (UCPD) concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market. Finally, expounding on the conceptual and meta-jurisprudential analysis, this article will consider the interpretive issue of how the Directive 2005/29/CE can address unfair AR advertising. It builds on existing provisions in EU Consumer Law and argues that the Directive 2005/29/CE can play a key role in tackling unlawful AR advertising.

The article will unfold as follows. Section II provides an exhaustive characterization of Augmented Reality, Virtual Reality and Metaverse. Section III explores the key features of AR advertising, investigating its impact on traditional advertising functions and potential risks for consumers. Section IV analyses the Directive 2005/29/CE, the key EU regulation for safeguarding informed and rational consumer decisions, focusing on the different benchmarks for assessing the impact of a commercial practice, namely the average consumer, the target group and the vulnerable benchmark. Finally, Section V integrates the partial findings of the previous sections – as well as the different methods of analysis – into an evolutionary interpretation of AR advertising under the Directive 2005/29/CE. Section VI draws two main conclusions: first, it suggests that the Directive 2005/29/CE is relatively future-proof, adapting well to the rise of the digital sector and developments of technology-based commercial practices. Secondly, it paves the way for a new field of research, leaving open the question of whether a stricter consumer benchmark should be required for protecting consumers targeted by commercial practices based on XR technologies.

II. VIRTUAL REALITY, AUGMENTED REALITY AND METAVERSE.

1. Virtual Reality.

When approaching "Virtual Reality" (VR), people may refer to something that has to do with an artificial world, usually generated by a computer software, where various sensory and imaginary experiences are fused and where the users can explore a reality not necessarily related to the physical world. Actually, "virtual reality" is a context-dependent term: its semantic meaning varies drastically across contexts of communications and often depends on the perspective through which it is analysed.

Depending on the technical and cultural background of the speaker, VR can be qualified both as a technology and as an experience. From a strictly technical perspective, typically favoured by engineers, VR is a software which recreates a computer rendered 3D environment that, through a synergistic combination of software and hardware devices, is intended to be immersive, interactive and simulate a user's physical presence in that environment[3]. Basically, a VR specialized software creates a virtual environment (VE)[4], which can be either a virtually recreated real environment or a non-existent environment (e.g., a virtual animated world in a video game)[5]. The user can connect to the VR platform and interact with the VE by providing input data through traditional input tools like keyboard or mouse, or cutting-edge tools such as wired gloves, VR keyboards, or bodysuits. In this vein, VR technology acts as an intermediary between the real environment and a VE, through which the users experience their presence in the VE and have the perception of being somewhere other than where they are (i.e. telepresence)[6].

The two main technological properties of telepresence are vividness and interactivity[7]. Vividness refers to the ability of a technology to produce a sensorial rich mediated environment. Note that it does not refer to the ability to perfectly replicate real objects, such as the ability to reproduce a virtual car exactly like a real car; it refers to the 'sensory richness'; namely the intensity with which a mediated environment is able to present information to the senses[8]. Consequently,

3 Steve Bryson, a pioneer of VR, defined it as 'the use of computer technology to create the effect of an interactive three-dimensional world in which the objects have a sense of spatial presence'. Bryson, S.: "Virtual Reality: A Definition History-A Personal Essay", 2013.

4 Rauschnabel, P.A., Felix, R., Hinsch, C., Shahab, H., Alt, F.: "What is XR? Towards a framework for augmented and virtual reality", *Computers in Human Behavior*, vol. 133, p.107289 ss.

5 Steuer, J.: "Defining Virtual Reality: Dimensions Determining Telepresence", *Journal of Communication*, 1992, vol. 42, pp. 73-93.

6 Riva, G., Morganti, F.: *Conoscenza, Comunicazione E Tecnologia: Aspetti Cognitivi Della Realtà Virtuale*, Led Edizioni Universitarie, Milano, 2006, p. 23.

7 Steuer, J.: "Defining Virtual Reality: Dimensions Determining Telepresence", cit., p. 10.

8 Fortin, D.R., Dholakia, RR.: "Interactivity and Vividness Effects on Social Presence and Involvement with a Web-Based Advertisement", *Journal of Business Research*, 2005, vol. 58, pp. 387-396.

since VR is able to address multiple senses (i.e., being able to look around and having the sensation of moving and being able to fall), it offers a greater sensory richness to the users[9] compared to simple digital environments represented in 2D resolution. Interactivity refers to the degree to which users can influence the form or content of the mediated environment (mouse versus a touch-screen as input device). The ability to produce scenarios, experiences and processes that closely resemble real life are what confers authenticity to a virtual experience: the more the VE is perceived as real, the more the user will feel 'immersed' in the VE. Vividness is often mistaken for interactivity. Actually, it differs on the capacity for two-way communication; in fact, certain pieces of communication can be highly vivid but non-interactive (e.g., television, magazine). Similarly, certain forms of communication can be highly interactive but also be low in vividness. Using the case of e-mail, the level of interactivity can fluctuate whether it is part of a one-on-one or newsgroup communication (i.e. a continuous public discussion about a particular topic).

Over the years, scholarship debated the distinction between immersion and presence[10]. Immersion refers to what is, in principle, a quantifiable description of a technology: it describes the extent to which the computer displays are capable of delivering an inclusive, extensive, surrounding and vivid illusion of reality to the senses of a human participant[11]. In other words, immersion is an objective assessment related to what a certain technology "delivers" from an objective point of view: the more a system preserves fidelity in relation to their equivalent real-world sensory modalities, the more it will be "immersive".

On the contrary, presence refers to the human response to experiencing environments that such technology delivers. It is a state of consciousness, the (psychological) sense of being in the VE and behaviours therein should be consistent with behaviours that would have occurred in everyday reality in similar circumstances[12]. To summarize, immersion is an objective assessment, based on technical parameters whereas presence is a psychological state. According to this meaning of presence, techno-philosophers argue[13] that the key factor of VR lies right on the user's perception of the presence in the VE: when the perception of the VE comes close to the perception of the real world, the virtual experience

9 Riva, G., Morganti, F.: *Conoscenza, Comunicazione E Tecnologia*, cit., p. 23.

10 Ibid 38.

11 Slater M., Wilbur, S.: "A Framework for Immersive Virtual Environments (FIVE): Speculations on the Role of Presence in Virtual Environments", *Presence: Teleoperators and Virtual Environments*, 1997, vol. 6, pp. 603-616.

12 Slater, M., Linakis, V., Usoh, M., Kooper, R.: "Immersion, Presence, and Performance in Virtual Environments: an Experiment with Tri-dimensional Chess", in *VRST '96: Proceedings of the ACM Symposium on Virtual Reality Software and Technology*, 1996, pp. 163–172.

13 Technophilosophy is the two-way interaction between technology and philosophy, where philosophy helps to come to grips with new questions about technology, and technology helps to shed light on ancient questions in philosophy.

inevitably creates an illusion in the eyes of the user and, at the same time, it provides something that appears vivid and convincing from a sensorial point of view. Even though the virtual experience is artificial, the feelings and emotions that it generates in users are real: users consider the environment specified by the displays as places visited rather than as images seen. This paradigm is what philosophers call 'the realism of simulation[14]', whereby the simulation is so close to reality that there is no perceived difference between what is real and what is not.

VR can be either immersive or non-immersive. Immersive VR offers realistic simulation experience, with 3D vision and immersive sound. It is usually achieved through head-mounted displays (HMDs), which provide high resolution content with a wide field of view. The display typically splits between the user's eyes, creating a stereoscopic 3D effect, and relies on input tracking systems to establish a truly immersive experience: for example, when tilting the head, the virtual perspective adapts to this new position. Alternatively, a recorded or simulated VR scene can also be played on a standard display (desktop or laptop screens). Here, the viewing direction is changed manually via a mouse or keyboard or by rotating and tilting on smartphones or tablets and the user has not the perception of being in the VE. It is worth stressing that a given level of immersion of the VR cannot be taken as a useful benchmark for assessing the human reaction to a certain VE of the whole category of VR users. Stimuli achieved through VR systems (but even with other technologies that we will further explore in the following) have similar – but not identical – ramifications across an undefined range of perceivers. Therefore, given the same immersive system, different people may exhibit different levels of presence, and different immersive VRs may give rise to the same level of presence in different people. Thus, even in the same VE, its perception will vary across individuals[15].

2. Augmented Reality.

One of the earliest definitions of augmented reality was formulated in 1962 by the engineer Ronald Azuma, credited with defining augmented reality and guiding its early developments. His conception of AR can be resumed as the technology, which "allows the user to see the real world, with virtual objects superimposed upon or composited with the real world[16]". More specifically, a specialized AR software adds/ erases[17] in real time digital objects to a real environment or any

14 See generally Chalmers, D.J.: *Reality+: Virtual worlds and the problems of philosophy*, Penguin Books Ltd, 2022, pp. 1-544.

15 Steuer, J.: "Defining Virtual Reality: Dimensions Determining Telepresence", cit., p. 6.

16 Azuma, R.T.: "A Survey of Augmented Reality", *Presence: Teleoperators and Virtual Environments (MIT press)*, 1997, vol. 6, num. 4, pp. 355–385.

17 Even if AR technology is being known as a technology that 'augments' reality, it also includes 'diminished reality', where contents, instead of being added to the real environment, are erased.

other indirect view of the real-world surroundings, such as live-video stream. Using smartphones (which are much more common today) or cutting-edge devices as special glasses[18] the users can see the real world as it actually exists, but with digital images superimposed on the world, so that they seem to exist as part of the world.

Sometimes, the improper use of VR and AR terms creates confusion amongst the distinction of both of them. The key aspect of VR is presence: VR provides a simulated experience that is similar to (or completely different from) the real world, in which both the objects and the environment are virtualized. During this experience, the user has dabbled in an artificial environment and, while immersed, it is difficult for him or her to perceive the actual world how it really is.

At contrary, AR does not rely on the perception of 'being there': the user is not virtually bounced somewhere and does not feel his presence in the virtual surroundings. His perception of the real environment is simply modified: either augmented or diminished. In other words, AR systems supplement reality rather than completely replacing it, allowing users to sense a hybrid experience, which consists in seeing virtual objects superimposed on (or deleted from) the real world[19].

3. Metaverse.

The term Metaverse was coined in 1992 by Neal Stephenson, author of the science fiction novel "Snow Crash", to describe a three-dimensional virtual world inhabited by avatars of real people. In October 2021, when Mark Zuckerberg, founder and CEO of Facebook Inc., announced his decision to rebrand the company with the name "Meta Platforms, Inc.", the concept of Metaverse has gradually become mainstream in the debate on the future evolution of technology[20].

Metaverse is an advanced technology that allows digital representations of people giving them the possibility to interact with each other, even with the medium of virtual and augmented reality systems, in a variety of settings: at work, in the office, while going to concerts or sports events, or even trying on clothes. Very often Metaverse is referred to as a unique three-dimensional space, but it is possible to create an indefinite number of digital spaces and, consequently, metaverses. For this reason, Metaverse, rather than a parallel world, should be labelled as a mere three-dimensional space, usually networked, that enhances the perceived immersion with character realness of the avatars, where its users can

18 For example, Google Glass by Google LLC or Microsoft HoloLens 2 by Microsoft Corporation.

19 Azuma, R.T.: "A Survey of Augmented Reality", cit., p. 2.

20 See the official announcement in <https://about.fb.com/news/2021/10/facebook-company-is-now-meta/> Accessed 30 November 2022.

freely interact with each other[21]. Indeed, metaverses or virtual spaces goes beyond sheer entertainment: they aim at the transposition of physical perception of people and objects into a virtual dimension and the creation of digital communities where users can interact and bargain with real money and real (virtual) counterparts[22].

Actually, Metaverse is not entirely new: pioneering forms of deeply social digital spaces already existed in the 2000s, such as the popular game "Habbo Hotel", an online community marked by pixelated avatars and items existing within an arcade-evoking isometric landscape. The platform supporting Habbo Hotel enables users to socialise in virtual hotels, with public rooms accessible to all and private rooms that can be tricked out with customised digital furniture. The interesting fact is that avatars can buy furniture items such as tables, paintings, chairs, and other objects paying through real money, and sell them to other avatars; so, transactions in metaverses already existed well before Zuckerberg's Metaverse. Early social games such as Habbo Hotel paved the way to Metaverse for years but, as history teaches us, the advancement of technology relies heavily on the process of social acceptance through which a new technology is accepted by a community. Advanced forms of metaverses differ from their predecessors because most of them work through blockchain technology, making virtual spaces more functional and interactive due to the possibility for users to handle transactions more quickly and in complete autonomy, without going through any intermediary (e.g., bank circuits)[23].

Over the past year, big tech companies have started to invest in the Metaverse by implementing their own metaverses and developing AR/VR-based commercial practices[24]. However, these three-dimensional virtual spaces are still in their infancy compared to traditional digital marketplaces and platforms, while XR marketing campaigns and, in particular, advertising, are achieving success in the digital market. For example, VR technology can be used to insert virtual content into a live or pre-recorded television show or to appeal more senses and sensory cues of consumers. Common VR ad formats are virtual billboards in sports

21 Shen, B., Tan, W., Guo, J., Zhao, L., Qin, P.: "How to Promote User Purchase in Metaverse? A Systematic Literature Review on Consumer Behavior Research and Virtual Commerce Application Design", *Applied Sciences*, 2021, vol. 11, pp. 11087 ss.

22 US analyst Matthew Ball tried to identify the main characteristics of a metaverse to be functional : i) persistent, i.e. continuing indefinitely and without any pause; (ii) running in real time; (iii) no connection limitation; (iv) autonomous and independent economy where users can trade or buy goods and services v) an experience that unites the physical and virtual worlds with no distinction in terms of access or use; vi) total interoperability in terms of data and information entered and exchanged between users; vii) a space with infinite possibilities in terms of experiences to be had and content to be exploited. See Ball, M.: *The Metaverse: And How It Will Revolutionize Everything*, Liveright Publishing Corporation, 2022, pp. 1-352.

23 For a general overview, see Pate, R.L.: "Legal Issues Inside the Unnatural World of Metaverse", *Business Law Review*, 2022, vol. 43, pp. 188-193.

24 Iversen, B., Nadella, S., Hood, A.: "Microsoft Fiscal Year 2021 Fourth Quarter Earnings Conference Call", 21 July 2021; Giang Barrera, K.P., Shah, D.: "Marketing in the Metaverse: Conceptual understanding, framework, and research agenda", *Journal of Business Research*, vol. 155, 2023.

events: for example, if a user is watching a football game in Rome he will see an Italian sponsor, while another user watching the same match in the UK will see a local sponsor. AR technology can be used to enhance static advertising in newspapers and magazines or to make product packaging more interactive, allowing consumers to manipulate and play with the virtual objects around them. Common AR ad formats include apps that allow users to preview and try the products online (e.g., projecting furniture onto consumers' living room[25]) and AR product packaging (e.g., QR codes printed on products that can be scanned to see digital augmentations appearing around the package[26]).

III. AUGMENTED REALITY AND COMMERCIAL PRACTICES.

1. AR advertising.

Advertising at its core is primarily economic phenomenon, which has a significant impact on the market players and economic agents, affecting both traders and consumers. Traditionally, economists attribute to advertising three central and correlative functions: an informative function, a persuasive function and a complementary function[27]. Advertising provides information to consumers about products, services and prices, allowing consumers to make reasoned choices about their purchases. At the same time, advertising is designed to induce consumers to buy products and services or, at least, to consider a product or service. Economists also attribute a complementary function to advertising, according to which instead of altering consumers' preferences or primarily conveying information, advertising is 'complementary' to the promoted product, namely it increases the value of the product or service perceived by consumers (e.g., consumers prefer to buy products that are well known for social prestige purposes[28]).

Advertising has also been a key driver for the digital economy, since it has promoted many organisational and technological innovations, and it has permeated the digital environment, contributing to expanding access to information. In recent years, firms are developing new forms of advertising based on XR technologies and, in particular, AR technology, in order to optimize and maximize sales. The revenue in the European AR advertising B2C industry is estimated to increase to

25 For example, the Swedish company IKEA developed the "Ikea Place" app, through which the users can experience AR *using* the camera to place digital furniture around their places.

26 In 2019, The Jack Daniel's company launched a mobile app that use AR to turns the labels of the bottles into pop-up book style dioramas depicting the story of Jack Daniel and the process of making whiskey.

27 For an excellent discussion, see Bagwell, K.: "The Economic Analysis of Advertising", in Aa. Vv.: *Handbook of Industrial Organization* (M. Armstrong and R.H. Porter eds.), III, North-Holland, New York, 2007, pp. 1701–1844. From a philosophical perspective, see also Santilli, P.C.: "The Informative and Persuasive Functions of Advertising: A Moral Appraisal", *Journal of Business Ethics*, 1983, vol. 2, pp. 27-33.

28 Becker, G.S., Murphy, K.M.: "A Simple Theory of Advertising as a Good or Bad", *The Quarterly Journal of Economics*, 1993, vol. 108, pp. 941–964.

1.43 billion euros by 2027[29]and to 6.72 billion U.S. in the global market[30]. Based on the current capabilities of AR technology and the existing cases of AR advertising, scholars have shown that it can have a significant impact on the traditional functions of advertising.

As hinted above, the informative function consists in providing information to consumers about products, services and prices, allowing consumers to make reasoned choices about their purchases. In this regard, we must introduce a central issue in market economy: the asymmetry information between traders and consumers. Most of the economic models used by economic theorists assumed that individuals, in their choices and actions, maximize their own preferences through utility functions and, conversely, firms maximize profits by selecting best or optimal strategies and actions[31]. To put it differently, economists assume that both individuals and companies are rational; rationality, in turn, is defined in terms of the rational choice theory. The availability of information is essential for evaluating individuals' decisions, given that it shapes the agents' decisions and defines the possibilities they must reach optimal outcomes given their preferences[32]. This leads to what legal scholars call 'information paradigm[33]', which suggests that when the trader fulfils his obligation to provide information to the consumer, the latter is sufficiently informed and therefore can make rational choices. In turn, the consumer's ability to rationally locate products gives firms an incentive to compete to improve their offerings, including prices. In order to prevent market failures, different jurisdictions turn to legal and regulatory interventions, one of which is the requirement to disclose information. Without such information, the incentive to compete on price and quality would be weakened, reducing consumer welfare[34] and, consequently, market efficiency would be affected as well. In contrast, some scholars argue that the availability of information is a necessary but not a sufficient condition to ensure that individuals act properly on it when making decisions, since individuals do not equally understand and evaluate the information available to them, due to the various circumstances in which the information may come or be accessible to them[35]. Recent behavioural analyses when evaluating individuals' decisions have shown evidence of cognitive limitations and biases

29 Alsop, T.: "Augmented reality (AR) advertising B2C market revenue in Europe from 2017 to 2027(in billion euros), *Statista*, 2022.

30 Alsop, T.: "Augmented reality (AR) advertising B2C market revenue worldwide from 2017 to 2027(in billion U.S. dollars)", *Statista*, 2022.

31 Posner, R.: *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2014.

32 Pomar, G.F., Artigot G., M.: "Rational choice and behavioural approaches to consumer issues" in Aa. Vv.: *Research Methods in Consumer Law* (H-W. Micklitz, A-L. Sibony and F. Esposito eds.), Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 119-164.

33 Reich, N., Micklitz, H-W., Rott, P., Tonner K.: *European Consumer Law*, Intersentia, 2014, pp. 21 ss.

34 Beales, H., Craswell, R., Salop, S.C.: "The Efficient Regulation of Consumer Information", *The Journal of Law and Economics*, 1981, vol. 24, pp. 491-539.

35 Trzaskowski, J.: "Behavioural Innovations in Marketing Law", in Aa. Vv.: *Research Methods in Consumer Law a Handbook* (H-W. Micklitz, A-L. Sibony and F. Esposito eds.), Edward Elgar, 2018, pp. 296-333; Incardona,

revealed by humans when making decisions[36]. Such limitations and biases may result in different evaluations of the information available by different agents, but also incorrect of harmful – for the agents themselves – assessments, which do not seem to correspond to the predictions of rational choice. Information asymmetry constitutes an obstacle in the correct functioning of the market, since incorrectly exchanged and perceived information distorts the consumer's ability to make efficient choices, laying the basis for the market decline or failure.

AR advertising can work as a source of information and amplify advertising's informative effect, making it more effective than traditional advertising. The increased vividness and interactivity of AR advertising allows consumers to more effectively gather information of products, since it can expand the amount of information available, make it clearer and, in a way, 'fun'. Indeed, an AR advert can give consumers the chance to show and experience the goods they want to buy before a purchase, enabling them to preview more complete and higher quality representations of items (e.g., 3D-digital recreation instead of a 2D picture) and interact with the item by picking it up, rotating it and exploring it in detail, rather than just seeing it on a screen[37]. In this regard, recent research has demonstrated that consumers feel it is easier to understand and predict the performance of a product when they have an AR experience while shopping[38]. Accordingly, AR advertising can increase the likelihood that a consumer will pay attention not only to the information provided by traders concerning a certain product or service, but also to the contractual rights and obligations between consumer and trader, thus having all the necessary information to be able to make efficient choices.

The persuasive function of advertising consists in inducing consumers to buy products and services. In this vein, advertising is designed to influence consumer purchasing practices, and influential persuasion is often necessary for firms that act under profit-maximization objective[39]. Such commercial practice encourages consumers to, at the very least, consider a particular product or service. In philosophy, it is a habit to distinguish between the concepts of persuasion and manipulation. Without going into details about the current debates in literature, for the purposes of this contribution, we just need to outline that – conceptually – persuasion is a form of influence that, as for manipulation, is aimed to alter beliefs, values, attitudes and actions of others but, unlike manipulation, a certain degree of

R., Poncibò, C.: "The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive, and the Cognitive Revolution", *Journal of Consumer Policy Issue*, 2007, vol. 30, pp. 21-38.

36 Trzaskowski, J.: "Behavioural Innovations in Marketing Law", cit., p. 309.

37 Ibid 6.

38 Hilken, T., Heller, J., Chylinski, M., et al.: "Making omnichannel an augmented reality: the current and future state of the art", *Journal of Research in Interactive Marketing*, 2018, vol. 12, pp. 509-523; Yim, M.Y-C., Chu, S.C., Sauer, P.L.: "Is augmented reality technology an effective tool for ecommerce? An interactivity and vividness perspective", *Journal of Interactive Marketing*, 2017, vol. 39, pp. 89-103.

39 O'shaugnessy, J., O'shaughnessy, N.: *Persuasion in Advertising*, Routledge, London, 2003, pp. 1-232.

autonomy in maintained by readers or listeners, that is, a sufficiently independent formation of preferences, and the possibility to critically and rationally review these preferences. When the autonomy in the choice is interfered and it becomes, at least, sufficient impaired, the influence shall be regarded as manipulative[40]. Manipulation is regarded to 'bypass' the target's rational deliberation[41], where 'bypass' means exploiting psychological mechanisms or techniques that can generate behaviour without any input from rational deliberation. From this perspective, manipulation differs from rational persuasion since it influences behaviour by means that do not engage the target's rational capacities[42]. For our purpose, we then consider persuasion as a form of influence, which the target is still rationale and manipulation as a form of influence that significantly impairs rational consumer decision making.

AR technology, due to its inherent properties such as vividness and interactivity, has the potential to affect consumers' internal states by generating changes in the means and processes through which a consumer understands and acquires knowledge about a product or service[43], and this can have a positive impact on the persuasive function of advertising. Several studies have shown that consumers react positively to AR-based content[44]: for instance, interactive high-quality graphics of products helps consumers to mentally envision anticipatory experiences with products, reducing uncertainly or negative impressions about them and enhancing consumer confidence in the decision-making process, thereby increasing consumer purchase intention[45].

2. Risks of AR advertising worthy of legal intervention.

The increasing availability of data and technological advances have enabled online traders to refine a wide variety of practices that rely on the possibility of tracking and profiling consumer activities, obtaining valuable insights on which websites consumers like to visit, which products they look for online and with what frequency or means, and insights in relation to socio-demographic data (such as age, gender, financial situation) as well as personal or psychological characteristics (personal interests, preferences, psychological profile, mood). Although AR

40 Wood, A.W.: "Coercion, Manipulation, Exploitation", in Aa. Vv.: *Manipulation: Theory and Practice* (C. Coons, M. Weber eds.), Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 17-50.

41 See generally NOGGLE, R.: "The Ethics of Manipulation", *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, 2018.

42 Wood, A.W.: "Coercion, Manipulation, Exploitation", cit., 35.

43 Kim, J-H., Kim, M., Park, M., Yoo, J.: "How interactivity and vividness influence consumer virtual reality shopping experience: the mediating role of telepresence", *Journal of Research in Interactive Marketing*, 2021, vol. 15, pp. 502-525.

44 Javornik, A.: "Augmented reality: Research agenda for studying the impact of its media characteristics on consumer behaviour", *Journal of Retailing and Consumer Services*, 2016, vol. 30, 252-261; Jung, T., Chung, N., Leue, M.C.: "The determinants of recommendations to use augmented reality technologies: The case of a Korean theme park", *Tourism Management*, 2015, vol. 49, pp. 75-86.

45 M.Y-C., Chu, S.C., Sauer, P.L.: "Is augmented reality technology an effective tool for ecommerce?", cit., pp. 91 ss.

technology applied to digital advertising can, on the one hand, contribute to market efficiency by enhancing the traditional roles of advertising, it can also distort consumers' economic choices and thus lead to market failure for two reason. First, AR technology applied to advertising can induce vulnerability on consumers. To illustrate, giving consumers a certain extent of immersion and interactivity, such as the freedom to walk around in an environment or the opportunity to try a garment without physically going to the shop instead of seeing experiences on a screen, may make consumer emotions more powerful or induce emotions on users that there no existed before, which may make vulnerable a consumer who wasn't or exacerbate vulnerability in consumers who were vulnerable. Furthermore, the effects of AR technology can lead the consumer to the so-called 'cognitive absorption' status (i.e., a state of deep involvement with software that leads individuals to such intense concentration that they ignore everything else[46]). Accordingly, traders can use AR technology to make dangerous products seem playful and fun or alter a consumer's perception of reality, changing what products they want to purchase.

Secondly, AR technology can be used by traders to develop hyper-personalised adverts, where ads are not targeted to groups of consumers who share a characteristic (for example, all females who live in Paris), but adverts are tailor-made and customized for individuals so that no two people see the same content[47]. For example, a person who really likes dogs might be shown an advert for a product with a virtual fictional dog as a spokesperson for the product. A different person who dislikes dogs and prefers cats would be shown the same advert, but with a fictitious cat as a spokesperson for that product.

Induced vulnerability, combined to the vast data collection capabilities of XR devices and the rise of other advanced technologies such as deep fake systems[48], poses the risk that consumers may be targeted when they are emotionally vulnerable or especially susceptible to a certain product. For example, an AR advert can simulate individuals who have significant emotional sway over a consumer (such as trusted figure, or a figure the consumer has affection for). The exploitation of such emotions may override a consumer's ability to rationally evaluate the ad and bias consumer's evaluation of the product, interfering with their buying intention when making an economic choice, beside involving new privacy risks for consumers, which may be leveraged for advertising, through which firms could

46 Agarwal, R., Karahanna, E.: "Time Flies When You're Having Fun: Cognitive Absorption and Beliefs About Information Technology Usage" *MIS Quarterly*, 2000, vol. 24, pp. 673 ss.

47 Mhaidli, A.H., Florian, S.: "Identifying Manipulative Advertising Techniques in XR Through Scenario Construction" in *Proceedings of the 2021 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, pp. 1–18.

48 Deepfake systems are broadly regarded as technologies used to superimpose face images of a target person onto a video of a source person to make a video of the target person doing or saying things the source person does. For example, they can simulate and make realistic something which is unreal, such as celebrities making statements they haven't made.

know sensitive information about consumers that renders them susceptible to certain advertisements, such as inferring consumer's emotional state to evaluate when they are emotionally vulnerable[49].

Under the EU legal framework, advertising and any other commercial practice designed to impair consumers' ability to make rational choices is prohibited. In traditional digital markets there are several forms of unfair commercial practices that exploit technology to impair consumers' rational choice, as, for example, Dark Patterns, namely online user interfaces or a part thereof designed in such a way that subvert or impair the autonomy of recipients' decision-making[50]; Nudges, that are aspects of platform architecture specifically designed to encourage recipients to take economic choices without constraining them; Sludges, a means to steer the recipients away from certain choices[51]. A key issue that emerged in literature is the identification of their manipulative nature, since such practices often operate in a blurred area between legitimate persuasion attempts, which are supposed to inform the consumer and induce them to take a certain decision without radically changing their preferences, and illegitimate manipulation techniques, that leverage biases and personal data to influence consumer behaviour.

As announced in the New Consumer Agenda[52], in December 2021 the European Commission (EC) published a Commission Notice on the interpretation and application of the Directive 2005/29/CE (UCPD Guidance) providing legal interpretation on, for instance, obligations of online platforms and marketplaces, influencer marketing, consumer reviews, data-driven personalisation and dark patterns[53]. Curiously, the UCPD Guidance did not make any reference to XR technologies, virtual environments or these technologies applied to commercial practices. Despite several EU legislative acts address traditional forms of digital unfair practices[54], the EU legal framework does not provide for a proper regulation

49 Helberger, N., Sax, M., Strycharz, J., Micklitz, H-W.: "Choice Architectures in the Digital Economy: Towards a New Understanding of Digital Vulnerability" *Journal of Consumer Policy*, 2022, vol. 45, pp. 197 ss.

50 See generally Leiser, M.R., Caruana, M.: "Dark Patterns: Light to be found in Europe's Consumer Protection Regime" *Journal of European Consumer and Market Law*, 2021, vol. 10, pp. 237-251.

51 See generally Mills, S.: "Nudge/sludge symmetry: On the relationship between nudge and sludge and the resulting ontological, normative and transparency implications", *Behavioural Public Policy*, 2020, pp. 1-24.

52 On 13 November 2020 the EC adopted the New Consumer Agenda, an overall strategic framework of the EU consumer policy, which aims to face the new challenges to consumer rights brought about by the green and digital transitions, the COVID pandemic and the plans for post-COVID recovery. It also focuses on the effective enforcement in ensuring consumer rights in the globalisation era and international cooperation.

53 Guidance on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market

54 Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (Unfair Commercial Practices Directive); Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council (Consumer Rights Directive); Council Directive 93/13/EEC of 5

for unfair AR advertising. This lack of regulation calls for an investigation of the existing consumer protection policies and a profound reflection on whether the EU Consumer Law continues to safeguard consumer's interests.

IV. LEGAL FRAMEWORK: DIRECTIVE 2005/29/CE.

1. Directive 2005/29/CE .

Traders can use AR technology to develop misleading or aggressive commercial practices, resulting in information asymmetries or unequal bargaining power. In the EU legislative framework, unfair commercial practices that occur before, during and after a business-to-consumer transaction are mainly addressed by the Directive 2005/29/EC of the European Parliament of the Council of 11 May 2005[55], also called Unfair Commercial Practices Directive (UCPD), recently amended by Directive (EU) 2019/2161[56]. The Directive provides for a maximum level of harmonisation of the rules contained therein establishing a regulatory framework where Member States may not adopt stricter rules than those provided for in the Directive, in order to achieve a higher level of consumer protection[57]. The rationale under the full harmonisation lies in the fact that differentiated regulations among Member States can generate appreciable distortions of competition and obstacles to the smooth functioning of the internal market for two reasons. On the one hand, these disparities cause consumer's uncertainty about their rights, undermining their confidence in the internal market and harming consumers' economic interests. On the other hand, such barriers cause uncertainty about which national rules apply to unfair commercial, which increases the cost for businesses to exercise the freedoms of the internal market, creating many barriers that affect consumers and businesses; in particular, when the latter wish to engage in cross-border marketing, advertising campaigns and sales promotions. Hence, full-harmonisation of legislations on unfair commercial practices is essential to prevent market failures.

In order to include the widest number of practices potentially harmful to consumers, the EU legislator adopted a broad definition of 'commercial

April 1993 on unfair terms in consumer contract (Unfair Commercial Terms Directive); Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

55 Directive 2005/29/EC.

56 Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules.

57 Weatherill, S., Bernitz, U.: *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, Hart Publishing, 2007, pp. 13 ss.

practice' i.e., 'any act, omission, course of conduct or representation, commercial communication including advertising and marketing, by a trader, directly connected with the promotion, sale or supply of a product to consumers[58]'. The Directive does not address commercial practices carried out primarily for other purposes, including commercial communication aimed to investors (such as annual reports or corporate promotional literature) and business-to-business commercial practices, the latter regulated by the Directive 2006/114/EC concerning misleading and comparative advertising[59], which seeks to protect traders from other firms.

Article 5 (2) and Articles 6-9 UCPD set out the specific criteria for the assessment of the unfairness of a commercial practice. The UCPD presents a pyramid structure (or, according to another widespread figure, concentric circles structure[60]), which includes a general clause of prohibition of unfair practices[61] (Article 5 (2) UCPD), two main categories of unfair practices (respectively, misleading – Articles 6 and 7, and aggressive – Articles 8 and 9) and a list of practices that are considered unfair in all circumstances (Annex I, also called blacklist)[62]. The UCPD does not specify the logic proceeding that national courts should follow to assess the unfairness of a commercial practice. Despite the debates among legal scholars[63], the Court of Justice of the European Union (CJEU) clarified that the standard of professional diligence set out in Article 5 (2) UCPD must be considered as a fundamental rule, whereas the specific categories of misleading and aggressive commercial practices are specific applications of the general principle[64]. When a commercial practice satisfies the criteria of the UCPD for being categorised as misleading or aggressive, there is no need to examine whether such practice is also contrary to the requirements of professional diligence. Therefore, in line with the CJEU's interpretation, the general clause of Article 5 (2) represents a residual criterion applicable only when there is no codified practice.

58 Art. 2(d) UCPD.

59 Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising.

60 Libertini, M.: "Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette", *Contratto e Impresa*, 2009,1, p. 94.

61 Art. 5 UCPD, para 1.

62 Annex I UCPD.

63 MICKLITZ, H-W.: "The General Clause of Unfair Practices" in Aa. Vv.: *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive* (G. Howells, H-W. Micklitz and T. Wilhelmsson eds.), Routledge, London & New York, 2016, pp. 119 ss.; Siciliani, P., Gamper, H.: "Should a Finding of 'Material Distortion' under Art 6 Para 1 UCPD Raise an Unrebuttable Presumption of Breach of the Duty of Professional Diligence?" *Journal of European Consumer and Market Law*, 2013, vol. 4, 225-229; De Cristofaro, G.: "Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale 'sleale' e i parametri di valutazione della 'slealtà'" in Aa. Vv.: *Le Pratiche Commerciali Sleali tra Imprese e Consumatori: la Direttiva 2005/29/CE e il Diritto Italiano* (E. Bargelli and G. De Cristofaro eds.), Giappichelli, Torino, 2007, pp. 109 ss.

64 Case C-435/11, *CHS Tour Services GmbH v Team4 Travel GmbH*, 19 September 2013, ECLI:EU:C:2013:574, para 42.

According to Article 5 (2) UCPD, a commercial practice is unfair a) when it is contrary to the requirements of professional diligence and b) when it distorts or it is likely to materially distort the economic behaviour of the average consumer whom it reaches or to whom it is addressed, or of the average member of the group when a commercial practice is directed to a particular group of consumers. Article 2 (h) UCPD states that 'professional diligence' is 'the standard of special skill and care which a trader may reasonably be expected to exercise towards consumers, commensurate with honest market practice and/or the general principle of good faith in the trader's field of activity'. Since Article 5 (2) refers to a standard of special skill and care which a trader 'may reasonably be expected to exercise towards consumers', the adherence of trader's conduct to the standard of professional diligence must be assessed on a case-by-case basis, taking into account the peculiarities of the concrete case. The parameters that must be used to evaluate whether these reasonable expectations are being met are the 'honest market practices' in use in the trader's sector of operations and the 'general principle of good faith'. Accordingly, the requirements of professional diligence do not end with 'the honest market practices' or 'the general principle of good faith', which represent instead the parameters to be used to evaluate the level of special skill and care that may be legitimately expected of the trader in his business practices[65]. When this level is not reached, the practice shall be qualified as contrary to the requirements of professional diligence.

In order to be regarded as unfair, a commercial practice must also cause the material distortion of the economic behaviour of the average consumer or of the average member of the group when the default setting is directed to a particular group of consumers. According to Article 2(e) UCPD, a practice materially distorts the economic behaviour of consumers when it is used to significantly impair the consumer's ability to make an informed decision, thus causing the consumer to take a transactional decision that he/she would not have made otherwise.

Article 5 (4) states that commercial practices shall be unfair which are misleading (by action or by omission) as set out in Articles 6 and 7, or aggressive as set out in Articles 8-9. Actions are the activities traders carry out in the promotion and sales of their products. A commercial practice by action is misleading when contains false information or gives an overall impression that deceives, or is likely to deceive, the average consumer (even if the information is factually correct) and causes or is likely to cause him to take a transactional decision that he would have otherwise not taken. False information must relate to certain matters set out in Art. 6(2) UCPD which includes product's essential element such as the price and quality of goods or services. According to Article 7, a practice is also misleading if the material information needed to take an informed purchasing decision is omitted or

65 De Cristofaro, G.: "Il divieto di pratiche commerciali sleali", cit., p. 119.

provided in an unclear, unintelligible, ambiguous or untimely manner. The rationale under article 7 is based on the aforementioned information paradigm, according to which the increasing amount of information and establishing full transparency help consumers to make rational choices. As a result, UCPD provides a general list of information that should be regarded as material, such as the price and main characteristics of the product, - also complemented by other Directives such as Consumer Rights Directive, which imposes further information requirements (for example, for distance and off-premises contracts).

According to Article 8(1) a practice is aggressive if, as a result of harassment, coercion or undue influence occurred at the marketing stage - but also during or after a transaction has taken place - it significantly impairs the average consumer's freedom of choice and causes them to take a purchasing decision they would not have taken otherwise· As clarified by the Court of Justice (CJEU) [66], Article 8 must be interpreted taking into account certain factors (specifically listed in Article 9) when determining whether an unfair aggressive practice has occurred. Finally, the commercial practices included in Annex I of UCPD are those that shall be – in any case – regarded as unfair and shall be punished without having to apply a case-by-case test. This list has been drawn up to enable enforcers, traders and consumers to identify certain practices and give them a more immediate enforcement response, leading to greater legal certainty.

A) The average consumer benchmark

UCPD leaves Member States the right to choose the appropriate authorities (courts or administrative authorities) to whom enforcement powers are granted (ordering the cessation of unfair commercial practices, taking appropriate legal proceedings against them, etc.). For example, in Italy, the Italian Competition Authority (AGCM) has wide latitude to take action against practices that it deems misleading or deceptive. When a court or an administrative authority is required to assess the fairness of a commercial practice, it needs to determine which benchmark for consumers should be applied. According to Article 5(2) UCPD, commercial practices must be assessed from the perspective of the 'average consumer', who is a person 'reasonably well informed and reasonably observant and circumspect[67]'. This notion was developed by the CJEU prior to the UCPD, and its origins can be traced in the free movements of goods case law. The notion of the average consumer has been used by the CJEU to tackle over-protective national laws related to unfair commercial practices and, in particular, against Germany, where it was common practice to assess commercial practices from the

66 Case C-628/17, *Prezes Urzedu Ochrony Konkurencji i Konsumentów v. Orange Polska S.A.*, 12 June 2019, EU:C:2019:480.

67 Recital 18 of the Preamble to the Directive.

point of view of a superficially observing and generally uncritical consumer[68]. In Gut Springenheide[69], the CJEU ruled that when assessing the legality of a commercial practice, national court must consider the presumed expectations of a consumer which is assumed to be 'reasonably well informed and reasonably observant and circumspect. However, the CJEU also stressed that the average consumer test is not a statistical test: this means that national authorities and courts should be able to use, if necessary, empirical evidence to determine whether a practice is liable to mislead the average consumer. In later cases, the CJEU emphasised that social, cultural and linguistic factors can be taken into account in the application of the average consumer benchmark[70].

B) The target group and the vulnerable consumer benchmarks

Besides the 'average consumer' test, the UCPD provides for two further benchmarks: the 'target group' and the 'vulnerable consumer', respectively. As follow from the text of Art. 5(2) UCPD, when commercial practices are aimed at certain groups of consumers (who, for example, are less than averagely informed, observant or circumspect), the average member of that group is the benchmark. Legal scholars argue that the demarcation between the average consumer benchmark and the target group benchmark is not clear, since even the average consumer is determined on the basis of who is reached by the practice or to whom the practice is directed[71]. In this regard, the EC Guidance for the interpretation of UCPD clarified that in order to isolate a 'particular group of consumers', the group should be sufficiently identifiable, limited in scope and homogeneous. For instance, this could be the case when a commercial practice concerns the promotion of a specific product, through marketing channels specifically addressed to a limited group of recipients, such as a particular profession. In this case, the average member of that particular group may have more specific knowledge or characteristics that an average consumer would not necessarily have. If a particular group cannot be identified, then the assessment should focus on the general average consumer benchmark.

Art. 5(3) UCPD provides for the notion of the vulnerable group of consumers, i.e. 'a clearly identifiable group of consumers who are particularly vulnerable to the practice or the underlying product because of their mental or physical infirmity, age or credulity'. The recognition of such vulnerable consumers is based on the

68 See generally Duivenvoorde, B.B.: *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Springer, 2015; Mak, V.: "Standards of Protection: In Search of the 'Average Consumer' of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive", *European Review of Private Law*, 2011, vol. 19, pp. 25- 42.

69 Case C-210/96, *Gut Springheide GmbH v. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt.* ECLI:EU:C: 1998:369.

70 Case C-220/98, *Estee Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG v. Lancaster Group GmbH*, ECLI:EU:C:2000:8, para 28.

71 Duivenvoorde, B.B.: *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, cit., p. 23.

idea that they should be ensured a higher level of protection than 'the average consumer' referred to in Article 5(2), by virtue of their particular conditions which make them most in need of protection. Consequently, when commercial practices are addressed to a vulnerable group, the unfairness of the practice shall be assessed from the perspective of the average member of that group, provided that this vulnerability is foreseeable by the trader.

Part of consumer law literature strongly criticizes this approach of identifying particular groups of vulnerable users as unnecessarily stigmatizing and far away from social reality. They argue that vulnerability should not be considered as a distinctive character of particular weaker individuals and groups, based on specific situations or socio-economic contexts[72], but rather suggest a reformulation of the understanding of vulnerability as a universal human condition to which anyone may be exposed at any given moment and subject to changes due to different periods and also in spaces[73]. According to this universal understanding of vulnerability, vulnerable consumers would not be the exception but the rule and this is essentially the opposite approach adopted by the UCPD.

V. UNFAIR AR ADVERTISING UNDER UCPD: AN EXERCISE IN LEGAL FUTUROLOGY[74].

1. AR advertising as unfair commercial practice.

As explored in the previous sections, AR advertising is not simply a more appealing form of digital advertising, but instead a complex technological evolution that is at the same time opaque for consumers. This requires a thorough investigation on whether the existing EU legislative framework continues to meet these challenges or these risks may prompt future legislative and regulatory action. In this section, I will make a 'futurology exercise', trying to investigate how UCPD can address unfair AR advertising. Before presenting the further discussion, it should be stressed that the application of the UCPD rules to AR advertising remains mostly untested by national courts and the CJEU. Thus, further argumentation as to how the UCPD's rules apply to this relatively new practice are purely speculative.

In line with the interpretative logic of the UCPD proposed by the CJEU[75], as first step, national courts are asked to verify whether the AR advert in question

72 Malgieri, G., Niklas, J.: "Vulnerable Data Subjects", *Computer Law and Security Review*, 2020, vol. 37, p. 3.

73 Fineman, M.A.: "Equality, Autonomy and the Vulnerable Subject in Law and Politics," in Aa. Vv.: *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics, Farnham: Ashgate* (M.A. Fineman and A. Grear eds.), 2013, pp. 17 ss.

74 Giannini, M.S.: "Futurologia e diritto" in *Scritti. 1970-1976*, Giuffré, Milano, 1996, pp. 295 ss.

75 See Section IV.1.

falls within one of the unfair practices listed in Annex I. If the test is successful, the practice is unfair without the possibility of a different or contrary assessment, regardless of the concrete impact of the practice on consumer economic behaviour or the trader's compliance with the professional diligence requirements of Article 5(2) UCPD.

Secondly, if the practice does not meet the requirements to be listed in Annex I, national courts should examine whether it constitutes a form of deceptive or aggressive practice. Similarly, even in that case the practice shall be qualified as unfair, regardless of whether the practice lends itself to being regarded as 'unfair' within the meaning of the general test of Article 5 (2) UCPD, and also regardless of whether the trader contravenes or complies with the requirements of professional diligence. AR advertising may constitute a misleading practice when the trader fails to disclose mandatory information or does so in an unclear, unintelligible, ambiguous or untimely way. This could happen if the trader fails to provide information on the use of AR technology to improve product qualities or characteristics. Although current AR and VR graphics are not so much photorealistic, it's most likely that over time the sophistication of software and devices will lead to more photorealistic graphics, and this may lead consumers to have difficulty discerning if something they see is an ad or if it is part of reality. For instance, if an AR application overlays a digital object such as a sandwich or a beer can on a user's field of vision and the ad the graphics is realistic enough, the consumer may not know if that sandwich or can are real or not.

AR advertising may also constitute an aggressive practice by 'undue influence' under Article 8 UCPD when it exploits the vulnerabilities of consumers. According to Article 8, a commercial practice is aggressive when it significantly impairs or it is likely to significantly impair the average consumer's freedom of choice or conduct 'by harassment, coercion, including the use of physical force, or undue influence'. Article 2 (J) further clarifies the interpretation of 'undue influence', which must be regarded as the exploitation of a 'position of power in relation to the consumer so as to apply pressure, even without using or threatening to use physical force, in a way which significantly limits the consumer's ability to make an informed decision'. In Orange Polska judgment[76] the CJEU had the opportunity to concretise the requirements to qualify commercial practices as aggressive through the exercise of undue influence[77] and this case is certainly relevant for the purpose of the recognition of illicit nature of AR advertising which exploits consumer vulnerabilities. On the facts, the CJEU held that an 'undue influence' 'undue influence' requires a form of influence that 'put pressure on the consumer such that his freedom of

76 C-628/17, *Orange Polska.*

77 On the CJEU's interpretation on meaning of aggressive practices and undue influence under UCPD see Case C-54/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato v. Wind Tre SpA*, 13 September 2018, ECLI:EU:C:2018:710.

choice is significantly impaired, such as conduct that makes that consumer feel uncomfortable or confuses his thinking concerning the transactional decision to be taken[78]'. Therefore, an 'undue influence' is not necessarily 'impermissible influence but influence which, without prejudice to its lawfulness, actively entails, through the application of a certain degree of pressure, the forced conditioning of the consumer's will[79]'. Accordingly, an AR advert constitutes an aggressive commercial practice when the consumer feel uncomfortable and confuse his thinking in relation to the transactional decision at hand[80]. Thus, the use of AR technology that lead to the targeting of cognitive bias or emotional weakness may constitute an undue influence when the effect is so significant as to confuse the consumer.

Finally, only when the practice does not fall under the above hypotheses, will it be possible (and necessary) to resort to the general clause of Article 5 (2) UCPD, which allows the prohibition of unfair practices that would otherwise not be prohibited.

According to Article 5 (2) UPCD, a commercial practice is unfair only when it meets the following two cumulative criteria: a) it is contrary to the requirement of professional diligence and b) it distorts or is likely to materially distort the economic behaviour of the average consumer or of the average member of the group when the default setting is directed to a particular group of consumers. Legal doctrine argued that the twofold test provided in Article 5(2) may seem, at first glance, an extremely broad test[81]. As hinted in Section III, one of the main functions of commercial practices (and, in particular, advertising) is to influence consumer choice, since it would be against the widely shared normative intuition to even consider prohibiting many practices that are known to influence choice (such as cleverly designing the way in which options are displayed in a store or on a menu [82]). In this regard, it is worth stressing that not every commercial practice deliberately aimed to influence and persuade consumer behaviour is illegal per se, since not every form of influence is forbidden. Furthermore, not every exploitation of consumers' irrationality violates the UCPD (for instance, the exaggeration of the quality of a product is mostly considered fair play in advertising). Thus, proving that an AR advert materially (or is likely to) distorts the average consumer economic behaviour is no simple matter and needs to be sought in the effects

78 C-628/17, *Orange Polska*, para 47.

79 Ibid para 33.

80 However, such interpretation of the decision faces certain objections in case the traders are not deliberative trying to manipulate the consumer, but they are just trying to persuade him/her. Indeed, according to Article 9(c) UCPD, a situation-specific impairment of the consumer's decision-making capacities must be taken into account if the trader is 'aware', and not 'should have been aware'. See Hacker, P.: "Manipulation by algorithms. Exploring the triangle of unfair commercial practice, data protection, and privacy law", *European Law Journal*, 2021, pp. 1-34.

81 Sibony, A-L.: "Can EU Consumer Law Benefit from Behavioural Insights? An Analysis of the Unfair Practices Directive", *European Journal of Private Law,* 2014, vol. 6, pp. 901-941.

82 Ibid 909.

of AR technology on consumers. As explored in Section III.1., AR advertising can expand the amount of information available, make it clearer and increase the likelihood that a consumer will pay attention to the information provided by traders, making consumers more aware about of the products' characteristics and their contractual rights. However, AR technology has the potential to affect consumer behaviour such as the searching for, purchasing, using and disposing of products and services in several ways and, in particular, it has the potential to amplify or generate previously absent feelings and emotions in consumers, making them subject to some kind of manipulation by traders. Proving that an AR advert is likely to materially distorts the economic behaviour of the average consumer whom it reaches or to whom it is addressed is not easy, since the same AR advert may simultaneously show different content to an indefinite range of consumers who may evaluate the same product or service differently[83].

Since its adoption, the average consumer benchmark has raised criticism in academic literature. The prevailing assumption in Consumer Law is that consumers act rationally when they have the necessary information. The importance of information for the functioning of efficient markets has been broadly discussed in the previous sections. Information about price, quality and other product's attributes allows buyers to make the most of their budget by finding the product whose mix of price and quality they prefer. However, has it has been observed by the critical doctrine[84], empirical evidence has shown that individual consumers may not always be at all observant and circumspect or may not be so in a particular situation[85]. They argue that the purely normative approach adopted at EU level seems to fail to consider behavioural insights of the consumer-decision making process, which is mistakenly considered to be always reasonably aware and circumspect[86]. According to this standpoint, the expected awareness of the average consumer is unrealistically high because consumers do not always have the time and resources at their disposal to acquire and process sufficient information for rational decision-making. Even well-informed consumers of a high intellectual and educational level, who would be – at least in theory – ideally suited for rational market behaviour, may often base their decisions on custom and feelings rather than on an analytical process[87]. In this context, since AR advertising is specifically targeted to individual consumers and not to groups of consumers, the average

83 See Section III.

84 Sibony, A-L.: "Can EU Consumer Law Benefit from Behavioural Insights? An Analysis of the Unfair Practices Directive", cit.; Incardona, R., Poncibò, C.: "The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive, and the Cognitive Revolution", cit.

85 Case C-470/93, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. v Mars GmbH*, 6 July 1995, ECLI:EU:C:1995:224.

86 Incardona, R., Poncibò, C.: "The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive, and the Cognitive Revolution", cit., p. 23.

87 Ibid 35.

consumer benchmark seems inadequate to evaluate the fairness of AR advertising, which hints at the need of replacing or complementing it with a more suiting one.

The CJEU has so far only opened itself to behaviourally informed assumptions to a limited extent. While not deviating from its rationalistic standard, in its more recent case law the CJEU has shown an increasing openness to receive behavioural insights on the interpretation of the average consumer. In Teekanne judgement[88], the Court was asked to rule on whether a consumer could be misled by the labelling about the ingredients in a product, even though the list of ingredients was accurate (the case concerned the interpretation of the Directive 2000/13 on labelling, presentation and advertising of foodstuffs). The CJEU ruled that 'the list of ingredients, even though correct and comprehensive, may in some situations not be capable of correcting sufficiently the consumer's erroneous or misleading impression concerning the characteristics of a foodstuff that stems from the other items comprising its labelling[89]', acknowledging that the average consumer may be prone to ignore, or misunderstand, important product information; thus providing a necessary (feeble) 'update' to the concept of average consumer in older jurisprudence.

VI. CONCLUSIONS.

Despite AR advertising provides fertile ground for undermine consumer's autonomy and interfering with their freedom of consumer choice, the effective harms are currently mainly theoretical in nature and remain more related to a hypothetical future scenario than to real market contexts. This is due to the fact that XR technologies are still in their early stages: the success of many new technologies and technology-based applications strongly depends on several manufacturers and the process of social acceptance, determined by both efficiency and perceived usefulness. However, by drawing on key insights from current economic theory, this article suggests that current EU consumer law could offer a remedy for potential unfair AR advertising, offering a futuristic but effective assessment of AR advertising under the UCPD. It has shown that the UCPD is relatively future-proof in the sense that, even though it was approved almost 20 years ago, it adapts well to the rise of the digital sector and developments of technology-based commercial practices. To date, UCPD is sufficiently effective to cover misleading or deceptive AR adverts under Articles 6-7 UCPD as well as manipulative AR adverts that exploit consumers' vulnerabilities, which may constitute a form of 'undue influence' and fall within the scope of aggressive commercial practices under Articles 8-9 UCPD.

88 Case C-195/14, *Bundesverband der Verbraucherzentralen e. a. vs. Teekanne GmbH*, 4 June 2015, ECLI:EU:C:2015:361.

89 Ibid para 40.

Nonetheless, this article opens a new field of debate in the legal literature. It's most likely that future advances in AR advertising may introduce new forms of personalized persuasion strategies that discover – and build on – individual biases, weaknesses, preferences and needs of consumers, and they can be deliberately aimed at making consumers vulnerable, in the sense of affecting their ability to rationally deal with a particular commercial practice. By drawing on key insights from current theories, I conclude questioning whether such exploitation of consumer weakness and vulnerabilities is substantially changing the reference actor from the average to the vulnerable consumer[90]. In that case, the recent behavioural insights by the CJEU – such as Teekanne case – could be seen as a first step to understand the 'average consumer' in a less normative way, paving the way for discussions about the likely behaviour of real consumers.

90 Calo, R.: "Digital market manipulation", *George Washington Law Review*, 2013, vol. 82, p. 1033.

BIBLIOGRAFIA

Agarwal, R., Karahanna, E.: "Time Flies When You're Having Fun: Cognitive Absorption and Beliefs About Information Technology Usage" *MIS Quarterly*, 2000, vol. 24, pp. 673 ss.

Azuma, R.T.: "A Survey of Augmented Reality", *Presence: Teleoperators and Virtual Environments (MIT press),* 1997, vol. 6, pp. 355–385.

Ball, M.: *The Metaverse: And How It Will Revolutionize Everything*, Liveright Publishing Corporation, 2022, pp. 1-352.

Bagwell, K.: "The Economic Analysis of Advertising", in Aa. Vv.: *Handbook of Industrial Organization* (M. Armstrong, R.H. and Porter Eds.), III, North-Holland, New York, 2007, pp. 1701–1844.

Beales, H., Craswell, R., Salop, Sc.: "The Efficient Regulation of Consumer Information", *The Journal of Law and Economics*, 1981, vol. 24, pp. 491-539.

Becker, G.S., Murphy, K.M.: "A Simple Theory of Advertising as a Good or Bad", *The Quarterly Journal of Economics*, 1993, vol. 108, pp. 941–964.

Bryson, S.: "Virtual Reality: A Definition History-A Personal Essay", 2013.

Calo, R.: "Digital market manipulation", *George Washington Law Review*, 2013, vol. 82, p. 1033.

Chalmers, D.J.: *Reality+: Virtual worlds and the problems of philosophy*, Penguin Books Ltd, 2022, pp. 1-544.

De Cristofaro, G.: "Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale 'sleale' e i parametri di valutazione della 'slealtà'" in Aa. Vv.: *Le Pratiche Commerciali Sleali tra Imprese e Consumatori: la Direttiva 2005/29/CE e il Diritto Italiano* (E. Bargelli, G. De Cristofaro eds.), Giappichelli, Torino, 2007, pp. 109 ss.

Duivenvoorde, B.B.: *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Springer, 2015, pp. 1-281.

Fineman, M.A.: "Equality, Autonomy and the Vulnerable Subject in Law and Politics," in Aa. Vv.: *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics, Farnham: Ashgate* (M.A. Fineman, A. Grear eds.), 2013, pp. 17 ss.

Fortin, D.R., Dholakia, R.R.: "Interactivity and Vividness Effects on Social Presence and Involvement with a Web-Based Advertisement", *Journal of Business Research*, 2005, vol. 58, pp. 387-396.

Giang Barrera, K.P., Shah, D.: "Marketing in the Metaverse: Conceptual understanding, framework, and research agenda", *Journal of Business Research*, vol. 155, 2023.

Giannini, M.S.: "Futurologia e diritto", *Scritti. Vol 6 1970-1976,* Milano, 2006, pp. 295 ss.

Hacker, P.: "Manipulation by algorithms. Exploring the triangle of unfair commercial practice, data protection, and privacy law", *European Law Journal*, 2021, pp. 1– 34.

Helberger, N., Sax, M., Strycharz, J., Micklitz, H-W., "Choice Architectures in the Digital Economy: Towards a New Understanding of Digital Vulnerability" *Journal of Consumer Policy*, 2022, vol. 45, pp. 197 ss.

Hilken, T., Heller, J., Chylinski, M., et al.: "Making omnichannel an augmented reality: the current and future state of the art", *Journal of Research in Interactive Marketing,* 2018, vol. 12, pp. 509-523.

Javornik, A.: "Augmented reality: Research agenda for studying the impact of its media characteristics on consumer behaviour", *Journal of Retailing and Consumer Services*, 2016, vol. 30, 252-261;

JUNG, T., CHUNG, N., LEUE, M.C.: "The determinants of recommendations to use augmented reality technologies: The case of a Korean theme park", *Tourism Management*, 2015, vol. 49, pp. 75-86.

Kim, J-H., Kim, M., Park, M., Yoo, J.: "How interactivity and vividness influence consumer virtual reality shopping experience: the mediating role of telepresence", *Journal of Research in Interactive Marketing*, 2021, vol. 15, pp. 502-525.

Incardona, R., Poncibò, C.: "The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive, and the Cognitive Revolution", *Journal of Consumer Policy Issue*, 2007, vol. 30, pp. 21-38.

Libertini, M.: "Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette", *Contratto e Impresa*, 2009,1, p. 94.

Leiser, M.R., Caruana, M.: "Dark Patterns: Light to be found in Europe's Consumer Protection Regime" *Journal of European Consumer and Market Law*, 2021, vol. 10, pp. 237-251.

Malgieri, G., Niklas, J.: "Vulnerable Data Subjects", *Computer Law and Security Review*, 2020, 37, p. 3.

Mak, V.: "Standards of Protection: In Search of the 'Average Consumer' of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive", *European Review of Private Law*, 2011, vol. 19, pp. 25- 42.

Mhaidli, A.H., Florian, S.: "Identifying Manipulative Advertising Techniques in XR Through Scenario Construction" in *Proceedings of the 2021 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, pp. 1–18.

Micklitz, H-W.: "The General Clause of Unfair Practices" in Aa. Vv.: *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive* (G. Howells, H-W. Micklitz, T. Wilhelmsson eds.), Routledge, London & New York, 2016, p. 119 ss.

Mills, S.: "Nudge/sludge symmetry: On the relationship between nudge and sludge and the resulting ontological, normative and transparency implications", *Behavioural Public Policy*, 2020, pp. 1-24.

Noggle, R.: "The Ethics of Manipulation", Stanford Encyclopaedia of Philosophy, 2018.

O'shaugnessy, J., O'shaughnessy, N.: *Persuasion in Advertising*, Routledge, London, 2003, pp. 1-232.

Pate, R.L.: "Legal Issues Inside the Unnatural World of Metaverse", *Business Law Review*, 2022, vol. 43, pp. 188-193.

Pomar, G.F., Artigot, G.M.: "Rational choice and behavioural approaches to consumer issues" in Aa. Vv.: *Research Methods in Consumer Law* (H-W. Micklitz, A-L. Sibony, F. Esposito eds.), Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 119-164.

Posner, R.: *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2014.

Rauschnabel, P.A., Felix, R., Hinsch, C., Shahab, H., Alt, F.: "What is XR? Towards a framework for augmented and virtual reality", *Computers in Human Behavior*, vol. 133, pp. 107289 ss.

Reich, N., Micklitz, H-W., Rott, P., Tonner K.: *European Consumer Law*, Intersentia, 2014, pp. 21 ss.

Riva, G, Morganti, F.: *Conoscenza, Comunicazione E Tecnologia: Aspetti Cognitivi Della Realtà Virtuale*, Led Edizioni Universitarie, Milano, 2006.

Santilli, P.C.: "The Informative and Persuasive Functions of Advertising: A Moral Appraisal", *Journal of Business Ethics*, 1983, vol. 2, pp. 27-33.

Shen, B., Tan, W., Guo, J., Zhao, L., Qin, P.: "How to Promote User Purchase in Metaverse? A Systematic Literature Review on Consumer Behavior Research and Virtual Commerce Application Design", *Applied Sciences, 2021,* vol. 11, pp. 11087 ss.

Sibony, A-L.: "Can EU Consumer Law Benefit from Behavioural Insights? An Analysis of the Unfair Practices Directive", *European Journal of Private Law,* 2014, vol. 6, pp. 901-941.

Siciliani, P., Gamper, H.: "Should a Finding of 'Material Distortion' under Art 6 Para 1 UCPD Raise an Unrebuttable Presumption of Breach of the Duty of Professional Diligence?" *Journal of European Consumer and Market Law*, 2013, vol. 4, 225-229;

Slater, M., Linakis, V., Usoh, M., Kooper, R.: "Immersion, Presence, and Performance in Virtual Environments: an Experiment with Tri-dimensional Chess", in *VRST '96: Proceedings of the ACM Symposium on Virtual Reality Software and Technology*, 1996, pp. 163–172.

Slater M., Wilbur, S.: "A Framework for Immersive Virtual Environments (FIVE): Speculations on the Role of Presence in Virtual Environments", *Presence: Teleoperators and Virtual Environments*, 1997, vol. 6, pp. 603-616.

Steuer, J.: "Defining Virtual Reality: Dimensions Determining Telepresence", *Journal of Communication*, 1992, vol. 42, pp. 73-93.

Trzaskowski, J.: "Behavioural Innovations in Marketing Law", in Aa. Vv.: *Research Methods in Consumer Law a Handbook* (H-W. Micklitz, A-L. Sibony, F. Esposito eds.), Edward Elgar, 2018, pp. 296-333.

Weatherill, S., Bernitz, U.: *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, Hart Publishing, 2007, pp. 13 ss.

Wood, Aw.: "Coercion, Manipulation, Exploitation", in Aa. Vv.: *Manipulation: Theory and Practice* (C. Coons, M. Weber eds.), Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 17-50.

YIM, M.Y-C., CHU, S.C., SAUER, P.L.: "Is augmented reality technology an effective tool for ecommerce? An interactivity and vividness perspective", Journal of Interactive Marketing, 2017, vol. 39, pp. 89-103.

NOTE MINIME IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DELLE AGENZIE DI *RATING*

MINIMAL NOTES ON THE LIABILITY OF RATING AGENCIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1510-1527

Gabriele
TOSCANO

ARTICOLO CONSEGNATO: 7 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: L'obiettivo del lavoro è quello di analizzare la responsabilità delle agenzie di *rating* nella moderna società dei rischi, un tema che ancora oggi è molto discusso in quanto i mercati finanziari sono sempre di più condizionati dai loro giudizi.

PAROLE CHIAVE: Rating; agenzie; mercati; finanza; responsabilità; azioni; contratti; giudizio.

ABSTRACT: *This paper aims to analyse the liability of rating agencies in the modern risk society, a topic that is still much discussed today as financial markets are increasingly influenced by their judgments.*

KEY WORDS: *Rating; agencies; markets; finance; liability; actions; contracts; judgement.*

SOMMARIO.- I. INTRODUZIONE: UNA PROBLEMATICA DIFFICILE DA RISOLVERE. - II. LE AGENZIE DI RATING NEL CONTESTO DEL MERCATO FINANZIARIO. - III. IL CONCETTO DI RATING NELLE MODERNE SOCIETÀ DI RISCHIO. - IV. LA RESPONSABILITÀ DELLE AGENZIE DI RATING E LA TUTELA DEL CLIENTE. - V. LE ANALOGIE CON LA FIGURA DEL REVISORE DEI CONTI. - VI. QUANDO IL GIUDIZIO INESATTO GENERA CONSEGUENZE LESIVE: IL CD. DANNO DA RATING. - VII. NESSO DI CAUSALITÀ E DILIGENZA PROFESSIONALE DELL'AGENZIA DI RATING: UN QUADRO PROBLEMATICO NELLA BABELE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE. - VIII RIFLESSIONI CONCLUSIVE: LA (IR)RESPONSABILITÀ DELLE AGENZIE DI *RATING*.

I. INTRODUZIONE: UNA PROBLEMATICA DIFFICILE DA RISOLVERE.

Il mercato finanziario, nel moderno diritto dell'economia, rappresenta il luogo in cui avviene la negoziazione e lo scambio degli strumenti finanziari di vario genere a medio e lungo termine[1].

Nell'ambito di queste operazioni di mercato, che caratterizzano il cuore pulsante dell'economia mondiale, particolare importanza rivestono le agenzie di *rating* in quanto organismi indipendenti e specializzati nella valutazione della solidità e, soprattutto, della solvibilità di una società che emette titoli all'interno del mercato finanziario[2].

Più specificatamente queste agenzie sono entità indipendenti rispetto alle società emittenti di valori mobiliari e da quelle di gestione dei mercati regolamentati, la cui attività principale consiste nel valutare, per l'appunto, il grado di solvibilità di un determinato emittente oppure di un determinato titolo[3].

Il giudizio in merito al grado di rischio del soggetto o valore analizzato è riassunto nel cd. *rating*, volendo alludere con questa definizione un punteggio alfanumerico che rappresenta la capacità dell'emittente di far fronte ai propri impegni entro le scadenze prestabilite[4].

1 Galgano, F. e Roversi Monaco, F.: *Le nuove regole del mercato finanziario*, Cedam, Padova, 2009. Cfr. Balletta, F., *Mercato finanziario e assicurazioni generali*, Esi, Napoli, 1995.

2 Adamo, S., Capobianco, E. e Cucurachi, P. A.: *Regolamentazione del mercato finanziario e contratti con gli investitori*, Esi, Napoli, 2010. Per maggiori approfondimenti vedi Parisi, F., e Baffi, E.: "Il mercato dopo la crisi finanziaria del 2008", in A.A.V.V., *Capitalismo prossimo venturo: etica, regole*, Giuffré, Milano, 2010, p. 313.

3 Rotondo, G.: *Il controllo antitrust nel mercato finanziario*, Esi, Napoli, 2004.

4 Ferri, G. e Lacitignola, P.: *Le agenzie di rating*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 17. Gli autori sostengono che "la nascita delle agenzie di rating è considerata la più importante innovazione finanziaria del XX secolo. Ad oggi, l'industria del rating è caratterizzata da due importanti poli di sviluppo: il mercato statunitense e quello asiatico. Entrambi i mercati hanno un vigoroso sviluppo di questa attività, anche se le due esperienze hanno alla base motivazioni storiche diverse e un arco temporale molto diverso, dettato, per la maggior parte, dalle diverse caratteristiche dei due mercati di riferimento".

• Gabriele Toscano
Dottorando in Diritto privato e dei consumi
Università di Perugia e Salamanca
E-mail. gabriele.toscano@gmail.com

Nonostante l'ampia complessità della disciplina e, soprattutto, la non facile classificazione sistematica all'interno di un argomento assai complesso come quello dei mercati finanziari, particolare riflessione sarà dedicata al cd. danno da *rating* e all'utilizzo dell'istituto della responsabilità civile come strumento di regolamentazione del settore[5].

L'indagine sulla responsabilità civile dell'agenzie di *rating* appare assai interessante – sebbene in dottrina ed in giurisprudenza alcune voci molto autorevoli lo considerano uno strumento debole in quanto operante *ex post* e non *ex ante*[6] – perché in un mercato ricco di insidie come quello finanziario al fine di garantire una maggiore efficienza e stabilità nei confronti degli operatori economici sarebbero auspicabili maggiori regole di trasparenza che operino *ex ante* e non *ex post*.

II. LE AGENZIE DI *RATING* NEL CONTESTO DEL MERCATO FINANZIARIO.

Negli ultimi anni le agenzie di *rating* sembrano attraversare momenti positivi ed al contempo negativi a causa delle continue oscillazioni da parte dei mercati finanziari. È prassi ormai consolidata che in ambito economico un'agenzia di *rating* taglia le proprie stime di *outlook* oppure declassi il *rating* debitorio di un istituto bancario o addirittura di un Paese[7].

Le agenzie di *rating* sono istituzioni che si collocano in una posizione intermedia tra le entità che emettono titoli azionari (società, governi, società pubbliche etc.) e gli investitori (sia essi privati che istituzionali) che, conducendo analisi ed esami di dati, cercano di capire quale sia il reale valore di un titolo di stato o di una banca.

Le agenzie di *rating* sono quindi entità che conducono studi e analisi finanziarie su azioni e obbligazioni con lo scopo di valutare la stabilità finanziaria di un determinato soggetto attraverso un giudizio[8] che viene poi classificato su una scala standardizzata denominato per l'appunto *rating*[9] e dalla quale emerge il cd. merito creditizio[10].

5 Presti, G.: "Le agenzie di *rating*: dalla protezione alla regolazione", A.A.V.V., *I nuovi equilibri mondiali: imprese, banche, risparmiatori*, Giuffré, Milano, 2009, p. 75 ss.

6 Picciau, C.: *Diffusione di giudizi inesatti nel mercato finanziario e responsabilità delle agenzie di rating*, Giuffré, Milano, 2018, p. 333. L'autrice sostiene che "un'ultima questione relativa alla quantificazione del danno che può essere risarcito riguarda l'eventuale rilevanza della prevedibilità del danno della classificazione ai fini della distinzione tra il diritto contrattuale e il regime di responsabilità extracontrattuale".

7 Per maggiori approfondimenti vedi Castaldo, A. e Palla, L.: *L'informazione nei mercati finanziari: il ruolo delle agenzie di rating*, Giappichelli, Torino, 2016.

8 Bontempi, P.: *Diritto bancario e finanziario*, Giuffré, Milano, 2021.

9 Principe, A. (a cura di): *Agenzie di rating*, Giuffré, Milano, 2014.

10 Sacco Ginevri, A.; "Le società di *rating* nel Regolamento CE n. 1060/2009: profili organizzativi dell'attività", *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 291 ss.

Non a caso il termine *rating*, dall'inglese «*to rate*» significa appunto dare un giudizio, volendo alludere con questa definizione l'attività valutativa di tipo qualitativo dalla quale emerge l'importanza del giudizio dell'analista[11].

Le agenzie di *rating* più conosciute e influenti al mondo sono *Standard & Poor's*, *Moody's Investor Service* e *Fitch Ratings*, società newyorkesi la cui proprietà è ascrivibile a grandi multinazionali, nate con l'obiettivo di aiutare le aziende ad affrontare i problemi legati all'asimmetria informativa del mercato finanziario. Questo servizio di consulenza permette alle grandi aziende di aumentare l'efficienza a livello globale, fornendo loro informazioni sugli investimenti giacché il giudizio negativo o positivo delle agenzie di *rating* può determinare la vita di una società quotata in borsa[12].

Poiché queste agenzie assegnano un giudizio (o valutazione) sulla solidità e solvibilità di una società che emette titoli nel mercato finanziario, determinando quindi una valutazione di solvibilità che viene poi classificata su una scala standardizzata che è appunto il *rating* (un punteggio dunque di valore alfanumerico che rappresenta la capacità dell'emittente di onorare i propri impegni in conformità con le scadenze prestabilite) tale valutazione deve essere effettuata in modo trasparente e, soprattutto, imparziale[13].

Per questi motivi le agenzie di *rating* sono tenute ogni anno a preparare una relazione sulla trasparenza ed a presentare le metodologie utilizzate per l'emissione del *rating* per la convalida e la revisione da parte dell'Autorità europea dei mercati e degli strumenti finanziari (ESMA).

Il successo delle agenzie di *rating* è dovuto principalmente al fatto che sono considerate altamente affidabili, nella misura in cui i loro giudizi sono stati spesso incorporati nel funzionamento dei mercati finanziari[14].

11 Presti, G.: "Le agenzie di *rating*: dalla protezione alla regolazione", A.A.V.V., *I nuovi equilibri mondiali: imprese, banche, risparmiatori*, cit., p. 75. L'autore sostiene che "il *rating* consiste nella valutazione, brevemente espressa su una scala predeterminata in lettere, effettuata da un soggetto specializzato e indipendente (*credit rating agencies*: CRA) per quanto riguarda il grado di probabilità di pagamento regolare del capitale e degli interessi da parte dell'emittente di un determinato prestito obbligazionario (*issue rating*) e può anche riferirsi alla capacità generale dell'emittente di adempiere regolarmente a tutti i suoi obblighi (*issuer rating*)".

12 Ferri, G. e Lacitignola, P.: *Le agenzie di rating*, cit., p. 33. Gli autori sostengono che "come abbiamo già notato, il settore del *rating* è dominato da agenzie globali; tuttavia, sia le esigenze normative delle diverse entità nazionali che le esigenze di informazione degli investitoti hanno determinato l'emergere delle agenzie nazionali".

13 Per maggiori approfondimenti vedi Mainas, G. e Iorio, P.: *La disciplina delle agenzie di rating alla luce del diritto comunitario*, Università, Roman, 2017. Cfr. Mezzasoma, L.: "Meritevolezza e trasparenza nei contratti finanziari", *Banca borsa tit. cred.*, 2018, p. 180-194.

14 Troisi, A.: *Agenzie di rating*, Cedam, Padova, 2013, p. 23. L'autrice sostiene che "la turbolenza finanziaria verificatasi negli ultimi anni ha messo in discussione la validità di alcune formule operative che contraddistinguono l'attuale sistema di mercato. Come è noto, infatti, la crescente internazionalizzazione della produzione di beni e servizi (derivanti da un processo di globalizzazione ormai diffuso) ha agito da catalizzatore nell'emergere di mutevoli esigenze riconducibili ad un rinnovato scenario competitivo, finanziario e sociale".

Tale affidabilità, tuttavia, potrebbe però essere messa in discussione, ad esempio, nel caso di un errore di valutazione (intenzionale o negligente) da parte di queste agenzie, con la conseguenza che la questione della responsabilità delle agenzie di *rating* è stata ampiamente oggetto di discussione nella letteratura giuridica soprattutto dal punto di vista dell'investitore.

III. IL CONCETTO DI *RATING* NELLE MODERNE SOCIETÀ DI RISCHIO.

Il concetto di *rating*, come è già stato osservato in precedenza, deriva dal lessico anglosassone e significa valutazione[15] relativamente all'affidabilità di un'azienda di far fronte ad un debito entro un determinato lasso di tempo[16].

Il *rating*[17] è quindi una sorta di valutazione che le agenzie danno ad un determinato ente che può essere sia pubblico che privato[18]. Questa valutazione del profilo di rischio di credito di un ente si basa su una scala di valori che riassume le informazioni qualitative e quantitative in modo sintetico che vanno dall'AAA, il giudizio che indica il massimo grado di solvibilità di una società, alla D che indica invece lo stato di una società insolvente (si pensi che i titoli che hanno un *rating* molto basso sono anche chiamati titoli spazzatura in quanto non hanno alcun valore).

Il giudizio delle agenzie di *rating* è molto importante perché la loro valutazione mostra le condizioni di accesso al credito da parte delle società valutate. Ecco perché sono le stesse società, enti, o Stati che richiedono espressamente la valutazione da parte delle agenzie di *rating* al fine di essere maggiormente competitive ed attrarre investitori sul mercato.

15 Presti, G.: voce "Rating", *Enc. dir.*, Annali VII, Giuffré, Milano, 2014, p. 847 ss.

16 Partnoy, F.: "The Siskel and Ebert of Financial Markets?: Two Thumbs Down for the Credit Rating Agencies", 77 *Wash. U. L. Q.*, 1999, p. 619.

17 Per maggiori approfondimenti vedi Castaldo, A. e Palla, L.: *L'informazione nei mercati finanziari: il ruolo delle agenzie di rating*, cit., p. 13 ss. Gli autori sostengono che "il *rating* è una definizione previsionale da parte di un soggetto specializzato sulla capacità di un ente (normalmente una società, ma anche un ente di tipo diverso, ad esempio uno Stato sovrano) di soddisfare regolarmente i propri debiti per capitale ed interessi, ovvero una singola obbligazione. Si tratta dunque di una valutazione che non riguarda tutti i rischi cui è sottoposto il sottoscrittore, ma solo il rischio di credito dell'emittente. Tale definizione sintetizza sia le previsioni normative sia quanto dichiarato dalle agenzie di *rating* più importanti ed è utile soprattutto poiché precisa ciò che il *rating* non è. Il *rating* non è una raccomandazione a sottoscrivere, acquistare, vendere determinati strumenti finanziari e non è neppure una valutazione di convenienza giacché oggetto di valutazione non è il rendimento, ma solo il rischio, ovvero, probabilità di *default* dell'operatore economico; il rendimento, semmai, può dipendere dal *rating* assegnato ad un emittente o ad una determinata emissione".

18 Ferri, G. e Lacitignola, P.: *Le agenzie di rating*, cit., p. 41. Gli autori sostengono che "conformemente al principio di indipendenza, nessun istituto finanziario interessato all'emissione di obbligazioni o che svolge la gestione di titoli come attività principale dovrebbe essere coinvolto in agenzie".

Il *rating* determina quindi l'andamento del mercato azionario e dei titoli di Stato[19]: qualsiasi investitore prima di acquistare un'obbligazione (che è come un credito che l'investitore acquista) ha bisogno di un'analisi accurata delle condizioni relative alla stabilità economica, finanziaria e patrimoniale della società per cui sta acquistando i suoi titoli[20].

In sostanza, le agenzie di *rating* da sempre si sono proposte di analizzare, studiare e valutare le condizioni finanziarie di un istituto e fornire agli investitori uno strumento per valutare le loro opzioni di investimento[21].

IV. LA RESPONSABILITÀ DELLE AGENZIE DI *RATING* E LA TUTELA DEL CLIENTE.

Il problema che ora si pone riguarda il danno subito da un soggetto a seguito dell'emissione di un giudizio inesatto, espresso sulla base, ad esempio di informazioni errate o dalla ritardata emissione di una valutazione da parte delle agenzie di *rating*[22].

Con riferimento alla natura giuridica del danno da *rating* la questione è stata ampiamente dibattuta nella letteratura giuridica[23] perché inizialmente le decisioni

19 Il *rating* di credito emesso sul debito di una società è però soltanto un tipo specifico di *rating*. Vi sono *rating* di credito internazionale che valutano i rischi, e quindi le spese, di un investitore che voglia trasferire nella valuta della propria nazione i titoli espressi nella valuta di un altro stato.
Vi sono poi i *rating* sul debito delle nazioni. Essendo gli stati i maggiori debitori in assoluto, le agenzie di *rating* valutano e classificano i titoli del loro debito in base alla capacità che gli stessi stati dimostrano di fronteggiarli.
Un altro tipo di *rating* è il cosiddetto "*Country ceiling rating*" che valuta i rischi di un investimento in uno stato che possa attuare delle misure per bloccare eventuali uscite di capitale dai propri confini. Con questo tipo di *rating* gli investitori possono valutare anche questo tipo di rischio. Appare evidente lo stretto legame che intercorre fra questi ultimi tre tipi di *rating*, ma esistono anche altri tipi di valutazione che le agenzie di *rating* sono capaci di emettere. Per maggiori approfondimenti vedi *borsaitaliana.it*.

20 Di Donna, L.: "Danni da *rating* e rimedi degli investitori", Principe, A. (a cura di): *Agenzie di rating*, cit., p. 275 ss.

21 Per maggiori approfondimenti vedi Troisi, A.: "Diligenza e responsabilità delle agenzie di *rating* negli orientamenti di *Common Law*. Riflessi sulle prospettive disciplinari di tali società", *Riv. trim. dir. econ.*, 2012, p. 187 ss. e Di Donna, L.: *La responsabilità civile delle agenzie di rating*, Cedam, Padova, 2012, p. 390. L'autore sostiene che "il ruolo della responsabilità delle agenzie di *rating* è quello di fornire agli investitori, soprattutto di piccole-medie e non istituzionali, un ulteriore strumento di protezione contro i fallimenti del mercato dovuti al comportamento ingannevole, o comunque fuorviante, di uno dei principali attori dei mercati finanziari". Cfr. Bonelli, F.: "Responsabilità delle società di revisione nella certificazione obbligatoria e volontaria dei bilanci", *Riv. soc.*, 1979, p. 983.

22 Troisi, A.: *Agenzie di rating*, cit., p. 187. L'autrice sostiene che "la condotta delle agenzie di *rating*, che può comportare una potenziale responsabilità per gli investitori, può assumere più configurazioni. A tale riguardo, indicano i casi in cui: (i) il *rating* pubblicato è (in tutto o in parte) distorto, quindi specificamente pregiudizievole per gli investitori che, in buona fede, si basano sull'accuratezza dei *rating* espressi; ii) l'agenzia non ha modificato il *rating* preventivamente formulato (nonostante evidenti segnali di cambiamento della situazione economica, finanziaria e patrimoniale del cliente), arrecando così danno agli operatori che basano le proprie strategie su dati e notizie obsolete (e quindi fuorvianti)".

23 Per maggiori approfondimenti vedi Alpa, G.: "La responsabilità civile delle agenzie di *rating*. Alcuni rilievi sistematici", *Riv. trim. dir. econ.*, 2013, p. 78 ss. Cfr. Lombardi, E. M.: *La "responsabilizzazione" delle autorità di controllo del mercato finanziario*, Esi, Napoli, 2016 e Depretis, E.: *La responsabilità civile delle agenzie di rating del credito nella disciplina italiana ed europea*, Giappichelli, Torino, 2015.

delle agenzie di *rating* erano considerate mere opinioni e, di conseguenza, esenti da un giudizio di responsabilità. Per questi motivi, ad in base al Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America, nei primi anni del Novecento del secolo scorso si parlava anche di un iniziale disinteresse da parte del legislatore per i giudizi di *rating*[24].

La questione, tuttavia, è molto importante perché il danno ingiusto può verificarsi a seguito di un giudizio impreciso, espresso sulla base di informazioni errate oppure emesso con un grave ritardo.

L'agenzia di *rating* deve quindi comportarsi diligentemente rispetto alla media degli altri operatori finanziari presenti sul mercato in considerazione dell'influenza che essa riveste all'interno dello scenario economico mondiale e, soprattutto, sul destino delle società che, a seguito di una decisione negativa, possono anche andare incontro al fallimento.

In tal senso, il legislatore italiano all'art. 187 *ter* comma 1 del T.U.F., rubricato manipolazioni del mercato, stabilisce espressamente la responsabilità di chi realizza «operazioni od ordini di compravendita che forniscano o siano idonei a fornire indicazioni false o fuorvianti in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo di strumenti finanziari»[25].

Per quanto riguarda le agenzie di *rating* ciò dovrebbe essere inteso in un duplice senso: da un lato la responsabilità contrattuale nei confronti dell'emittente, e dall'altro la responsabilità extracontrattuale nei confronti degli investitori[26]. Nel primo caso, il rapporto contrattuale tra l'agenzia di *rating* e la persona che riceve il giudizio si basa sul passaggio dal modello *subscriber-paid* al modello *issuer-paid*, con la conseguenza che per la determinazione o meno della responsabilità delle agenzie di *rating* sarà necessario valutare il comportamento di quest'ultime ai sensi dell'art. 1218 c.c.; mentre nel secondo caso la questione è diversa perché non

24 Presti, G.: voce "Rating", *Enc. dir.*, cit., p. 847 ss.

25 Ponzanelli, G.: "Quando sono responsabili le agenzie di *rating*", *Analisi giur. econ.*, 2012, p. 446. L'autore sostiene che "il *rater* deve realizzare un'attività di due diligence sulle informazioni fornite dalla società (da cui è necessario valutare la qualità delle obbligazioni). L'omissione di svolgere tale attività potrebbe essere qualificata come condotta dolosa o gravemente negligente, poiché si basa sulla deliberata indifferenza all'integrità e alla valutazione accurata dei dati da presente in considerazione, da questo punto di vista, nuove prospettive di responsabilità del *rater*". Cfr. Scaroni, C.: "La responsabilità delle agenzie di *rating* nei confronti degli investitori", *Contr. impr.*, 2011, p. 791.

26 Troisi, A.: *Agenzie di rating*, cit., p. 183. L'autrice sostiene che "la crescente importanza del *rating* nel sistema finanziario ha sollevato la necessità di valutare il grado di interazione tra le scelte degli investitori e l'*agere* di aziende specializzate. Come è stato detto più volte, le elaborazioni espresse nei *rating* non hanno un valore limitato al contesto strategico-organizzativo dei candidati, ma denotano effetti di vasta portata; ci riferiamo al fatto che questi ultimi si riferiscono non solo alle modalità di scambio degli strumenti negoziabili, ma più in generale al regolare funzionamento di un sistema finanziario sempre più dinamico e globalizzato".

esiste alcun rapporto contrattuale tra i due soggetti, con la conseguenza che la responsabilità che rileva sarà valutata ai sensi dell'art. 2043 c.c.[27].

V. LE ANALOGIE CON LA FIGURA DEL REVISORE DEI CONTI.

Un problema attuale della questione può ricondursi al fatto che il contratto di *rating* è atipico[28], quindi non disciplinato dal Codice civile. Per questo motivo la dottrina, per cercare di inquadrare questo tipo di responsabilità in una determinata categoria giuridica, ha sollevato l'ipotesi dell'analogia con quella del revisore dei conti nei confronti dell'emittente, in considerazione del fatto che questo soggetto emette un giudizio contro il pagamento di una somma di denaro[29].

Il revisore dei conti[30] è una figura professionale esperta in bilancio, contabilità e controllo delle scritture, nonché dei principi e delle norme che regolano questi ambiti espressamente menzionato dal Codice civile all'art. 2049 *bis* comma 1 il quale dispone espressamente che «la revisione legale dei conti sulla società è esercitata da un revisore legale dei conti o da una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro».

Il revisore dei conti controlla la regolare tenuta dei libri contabili, i sistemi informativi contabili, l'idoneità dei sistemi di controllo interno e offre consulenza in caso di riorganizzazione aziendale e di operazioni straordinarie; vigila sulle attività di selezione, formazione e gestione del personale, e controlla inoltre la gestione del portafoglio titoli e di eventuali contenziosi in essere, che vedono la società coinvolta, valutando anche le passività potenziali[31].

27 Per maggiori approfondimenti vedi Trib. Catanzaro, 2 marzo 2012, n. 685, *DeJure online* dalla quale si evince che "al fine dell'esistenza del danno iniquo subito dall'investitore a seguito della diffusione di un *rating* errato, inesatto o gravemente ritardato, la fiducia generata dalle comunicazioni effettuate al mercato è considerata come "indubbiamente meritevole di tutela, quando tali informazioni provengono da un soggetto particolarmente qualificato, come le agenzie di *rating*, che generano ragionevolmente fiducia nella serietà e nella credibilità delle loro valutazioni"". Cfr. Parmeggiani, F.: "La regolazione delle agenzie di *rating* tra tentativi incompiuti e prospettive future", *Giur. comm.*, 2010, p 121 e Enriquez, L. e Gargantini, M.: "Regolamentazione dei mercati finanziari, *rating* e regolamentazione del *rating*", *An. giur. econ.*, 2010, p. 485.

28 Per maggiori approfondimenti vedi Luminoso, A.: *I contratti tipici e atipici*, Giuffré, Milano, 1995. Cfr. Del Prato, E.: "Patologia del contratto: rimedi e nuove tendenze", *Riv. dir. comm.*, 2015, p. 25

29 Giudici, P.: "L'agenzia di *rating* danneggia l'emittente con i propri *rating* eccessivamente favorevoli?", *Società*, 2011, p. 1453 e Trib. Milano, 1° luglio 2011, n. 8790, *DeJure online* dalla quale si evince che "esistono due importanti differenze tra l'agenzia di *rating* e il revisore dei conti. Per l'agenzia di *rating*, lo scopo del servizio è la previsione sulla capacità di pagare il debito, mentre per il revisore dei conti una situazione che si è già verificata. Per quanto riguarda l'agenzia di *rating*, non ha uno scopo specifico, a differenza del revisore che deve realizzare un piano generale nell'interesse dei *partner* e dei *manager* di un'azienda".

30 Voce "Revisore contabile", *Diz. ec. fin.* Treccani, Milano, 2012, *online*.

31 Ibidem.

Di fronte a questa atipicità del contratto di *rating*[32], la dottrina cercato di restituire la questione attraverso due contratti tipici: il contratto d'opera (art. 2222 c.c.) ed il contratto di appalto di servizi (art. 1655 c.c.).

Attraverso questa operazione nel primo caso per non incorrere in responsabilità il comportamento dell'agenzia di *rating* dovrà essere orientato sia verso *standard* settoriali che regole di condotta, mentre nel secondo caso sarà sufficiente il raggiungimento dei risultati stabiliti in sede di negoziazione con il cliente[33].

VI. QUANDO IL GIUDIZIO INESATTO GENERA CONSEGUENZE LESIVE: IL CD. DANNO DA *RATING*.

Nel caso in cui un'agenzia di *rating* emetta un parere negativo intenzionalmente o per negligenza grave, l'investitore e l'emittente hanno diritto al risarcimento dei danni subiti a seguito di tale comportamento[34].

Tale risarcimento è chiamato danno da *rating*, ed a tale proposito è sempre responsabilità di chi ha subito il danno (quindi l'investitore e l'emittente) fornire gli elementi precisi e dettagliati che indicano non solo che l'agenzia di *rating* ha violato il regolamento in materia, ma che la valutazione ha avuto un grave impatto sul *rating* emesso[35].

Le asimmetrie informative «creano delle inefficienze nel funzionamento del mercato di capitali tali da non consentire di determinare esattamente il valore attuale dei flussi di reddito futuro delle attività e, dunque, il prezzo corretto delle attività stesse» e ciò compromette la capacità del mercato dei titoli di attirare gli investitori[36].

Per queste ragioni la condizione di asimmetria informativa in cui versano gli operatori economici è generalmente ritenuta «una delle cause principali che giustifica l'intervento pubblico tramite il ricorso alla regolazione dei mercati»[37].

32 Marianello, M.: "La responsabilità contrattuale dell'agenzia di *rating* nei confronti del committente", *Obbl. contr.*, 2010, p. 289.

33 Troisi, A.: *Agenzie di rating*, cit., p. 161. L'autrice sostiene che "il problema del conflitto di interessi può essere affrontato in relazione a più profili di ricerca. La commistione di finalità (e/o esigenze) convergenti nello svolgimento dei servizi di qualificazione può infatti, implicare conformazioni variabili che si distinguono in virtù dei casi analizzati e dalla varietà degli agenti coinvolti, nonché in relazione al tempo in cui vengono svolge le indagini". Cfr. Berti De Marinis, G. M.: "La tutela del cliente "vulnerabile" *Banca borsa tit. cred.*, 2018, pp. 651-676.

34 Cfr. Presti, G.: voce "Rating", *Enc. dir.*, cit., p. 870.

35 Per maggiori approfondimenti vedi Facci, G.: *I danno da informazione finanziaria inesatta*, Zanichelli, Bologna, 2009.

36 Castaldo, A. e Palla, L.: *L'informazione nei mercati finanziari: il ruolo delle agenzie di rating*, cit., p. 9. Cfr. Ferri, G. e Lacitignola, P.: *Le agenzie di rating*, cit., p. 41.

37 Castaldo, A. e Palla, L.: *L'informazione nei mercati finanziari: il ruolo delle agenzie di rating*, cit., p. 10. Gli autori sostengono che "nella realtà la perfezione assoluta non esiste e la presenza di inefficienze

Il danno derivante da *rating* può portare dunque a conseguenze molto gravi come la lesione della reputazione economica dell'emittente[38] e più precisamente, come è stato osservato in dottrina, «all'interesse patrimoniale a mantenere il prestigio e la credibilità in relazione ai prodotti o servizi immessi sul mercato»[39].

VII. NESSO DI CAUSALITÀ E DILIGENZA PROFESSIONALE DELL'AGENZIA DI *RATING*: UN QUADRO PROBLEMATICO NELLA BABELE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE.

Resta adesso da analizzare brevemente la questione della diligenza e del nesso di causalità anche se la complessità dei problemi sottesi alla questione affrontata non può essere esaurita nella brevità di questo lavoro.

Diligenza e nesso causale rappresentano due punti nevralgici nell'alveo della responsabilità extracontrattuale ed in particolare il primo è di cruciale importanza data la forte aleatorietà dei giudizi di *rating*[40]. Per questi motivi la dottrina è concorde nel sostenere che per l'attribuzione della responsabilità all'agenzia di *rating* non è sufficiente dimostrare l'inesattezza del *rating*[41], ma è necessario un *quid pluris* ovvero valutare giudizialmente la condotta dell'agenzia di *rating* «verificando la corretta applicazione da parte del valutatore delle metodologie e delle procedure sviluppate dalla pratica del settore»[42].

(costi di transazione, asimmetrie informative, barriere all'entrata, ecc.) sembra ormai frequentemente caratterizzare i mercati finanziari. Inevitabilmente i prezzi che si formano dall'incontro di domanda e offerta in situazioni di scarsa trasparenza non sono significativi poiché non esprimono la corretta relazione tra il rischio dell'investimento e il rendimento del medesimo. Laddove il *trade-off* tra rischio e rendimento non è correttamente ponderato, il singolo investimento (o il portafoglio degli investimenti) è inefficiente poiché solo attraverso la stima del rendimento atteso è possibile determinare il prezzo attuale dell'attività finanziaria". Cfr. Dabrassi, C.: *Asimmetrie informative e mercati finanziari. Il ruolo degli enti creditizi*, EGEA, Milano, 1996, p. 2 ss.

38 Presti, G.: voce "Rating", *Enc. dir.*, cit., p. 870. L'autore sostiene che "in particolare, la dottrina specifica che un'emittente, a sua volta, può chiedere il risarcimento dei danni solo se dimostra che la violazione non è stata causata da informazioni inesatte o fuorvianti su sé stessa, direttamente o attraverso informazioni accessibili al pubblico fornite dall'agenzia".

39 Fusaro, A.: "*Rating* finanziario e responsabilità nei confronti dell'emittente", *Contr. impr.*, 2012, p. 184.

40 Saponaro, M.: "Il danno da "*rating*": se e come le agenzie sono tenute a rispondere", *Danno resp.*, 2012, p. 186. Cfr. Di Donna, L.: *La responsabilità civile delle agenzie di rating*, cit., p. 340. L'autore sostiene che "il danno è risarcito nei limiti del danno subito dal creditore e del lucro cessante, cosicché, se la persona lesa è un investitore, il danno può consistere nella svalutazione del prezzo del titolo in cui ha investito, cioè nella differenza tra il valore che, sulla base dell'erronea analisi finanziaria, possedeva il valore e il suo valore reale e nel fatto che l'investitore, se avesse saputo dell'errore dell'analisi finanziaria avrebbe investito in altri titolo […]".

41 Facci, G.: *I danno da informazione finanziaria inesatta*, cit., p. 63. L'autore sostiene che "le conseguenze della violazione degli obblighi di informazione e, più in generale, delle regole di comportamento che l'intermediario è tenuto ad osservare – in conformità non solo ai principi del Codice civile ma anche a quanto espressamente previsto dal T.U.F. e dal regolamento CONSOB – dà luogo a una serie di problemi, derivanti principalmente dalle lacune normative presenti nel caso di specie, tenendo presente che nulla è previsto al riguardo, ad eccezione delle disposizioni dell'art. 23, 6° co., T.U.F., che si limita a riconoscere il diritto dell'investitore al risarcimento dei danni". Cfr. Luminoso, A.: "Contratti di investimento, *mala gestio* dell'intermediario e rime- di esperibili dal risparmiatore, *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1422.

42 Saponaro, M.: "Il danno da "*rating*": se e come le agenzie sono tenute a rispondere", cit., p. 193 ss.

Per questi motivi, il valutatore deve rispettare tutta una serie di obblighi di condotta[43] come ad esempio quello di informazione, indipendenza e riservatezza[44], e per determinare la violazione il giudice dovrà valutare la diligenza ai sensi dell'art. 1176 c.c. tenendo conto della natura professionale dell'attività svolta[45].

Infine, al fine di ottenere il risarcimento del danno, sarà necessario dimostrare il nesso di causalità tra il comportamento dell'agenzia di *rating* ed il danno che si è verificato. La prova del nesso causale non è sempre la stessa in quanto se il comportamento dell'agenzia di *rating* è inquadrato con un obbligo di risultato sarà sufficiente dimostrare in giudizio la violazione delle disposizioni tra le parti con maggiore facilità per la parte lesa[46].

In questo senso spetterà all'agenzia di *rating* effettuare la prova contraria, cioè dimostrare in giudizio, come è stato osservato dalla dottrina, che la condotta è stata «conforme a regolamenti, procedure predeterminate, pratiche esistenti a livello internazionale, *standard* etici e codici di autoregolamentazione»[47].

VIII. RIFLESSIONI CONCLUSIVE: LA (IR)RESPONSABILITÀ DELLE AGENZIE DI *RATING*.

La complessità della tematica trattata in queste brevi riflessioni, anche per l'assenza di un quadro normativo organico d'insieme, è un problema tutt'ora aperto a studi ed approfondimenti[48].

43 Per maggiori approfondimenti vedi Llamas Pombo, E.: *Las formas de prevenir y de reparar el daño*, La Ley, Madrid, 2020.

44 Marianello, M.: "La responsabilità contrattuale dell'agenzia di *rating* nei confronti del committente", cit., p. 298. L'autore sostiene che "il valutatore deve inoltre rispettare quanto previsto dal regolamento CONSOB del 2 novembre 1999".

45 Presti, G.: voce "Rating", *Enc. dir.*, cit., p. 870. L'autore sostiene che "la responsabilità delle agenzie può essere limitata in anticipo solo nei casi in cui tale limitazione sia ragionevole e proporzionata ed è consentita dalla legge applicabile". Cfr. Perlingieri, P.: *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Esi, Napoli, 2003, p. 39 ss.

46 Marianello, M.: "La responsabilità contrattuale dell'agenzia di *rating* nei confronti del committente", cit., p. 362. Per maggiori approfondimenti vedi Presti, G.: voce "Rating", *Enc. dir.*, cit., p. 870. L'autore sostiene che "la legislazione europea è quindi molto cauta, soprattutto in termini di causalità, e poco uniforme. La cautela, tuttavia, non sembra essere tale da giustificare un giudizio negativo. Al di là della considerazione che questa rimane la prima volta che la responsabilità civile delle agenzie di *rating* è chiaramente espressa nella legge, va ricordato che è più facile la prova del nesso di causalità, più efficace diventa la responsabilità civile delle agenzie, ma rafforza anche la dipendenza degli utenti della valutazione".

47 Facci, G.: *I danno da informazione finanziaria inesatta*, cit., p. 344. Cfr. Fusaro, A.: "*Rating* finanziario e responsabilità nei confronti dell'emittente", cit., p. 189.

48 Troisi, A.: *Agenzie di rating*, cit., p. 206. L'autrice sostiene che "[…] il regime di responsabilità definito dalla normativa europea non garantisce una protezione efficace a coloro che sono danneggiati dalla diffusione di valutazioni inesatte. Come è stato rilevato, infatti, la complessità degli oneri della prova che il legislatore ha imposto a quest'ultimo solleva numerosi dubbi quanto alla reale possibilità di ottenere il pagamento (da parte dell'agenzia) di un adeguato risarcimento a favore degli investitori lesi da decisioni che si sono rivelate errate".

Le aspettative degli operatori del mercato finanziario molte volte non ricevono un'adeguata tutela, così che il ricorso all'istituto giuridico della responsabilità civile sembra essere lo strumento più idoneo per sanzionare abusi ed errori da parte delle agenzie di *rating* che non svolgono adeguatamente il loro delicato lavoro[49].

Lo strumento della responsabilità civile però presenta alcune perplessità avanzate in dottrina in quanto considerato strumento debole a causa della propria operatività *ex post* e non *ex ante*[50].

A tale proposito appare pienamente condivisibile l'opinione di un'autorevole dottrina che nell'enunciare le funzioni della responsabilità civile mette in primo piano – oltre a quella di sanzionare il comportamento di chi pone in essere determinati fatti dannosi e quella di riparare i danni subiti dai soggetti – quella di prevenire il ripetersi di determinati fatti dannosi giacché «l'obbligo di risarcire il danno svolge altresì la funzione di indurre la persona che agisce ad adottare le misure necessarie ad evitarlo»[51].

In effetti, la capacità delle agenzie di *rating* di influenzare le tendenze del mercato finanziario a livello globale è un grosso problema se si considera il fatto che, senza una reale protezione per il cliente vulnerabile, le agenzie di *rating* stanno di fatto giocando ad armi dispari[52].

Per questi motivi è opportuno migliorare lo strumento della responsabilità civile attraverso un sistema[53] che vada a colpire con maggior incisività i comportamenti giù gravi[54] e che svolga una funzione[55] deterrente nei confronti delle agenzie di *rating*.

Questo miglioramento potrebbe essere realizzato attraverso la previsione di un sistema sanzionatorio più efficiente che ponga le proprie radici sul T.U.F. o su altri regolamenti anche di matrice comunitaria – volti a dissuadere certi

49 Presti, G.: "Le agenzie di *rating*: dalla protezione alla regolazione", A.A.V.V., *I nuovi equilibri mondiali: imprese, banche, risparmiatori*, cit., p. 110.

50 Ponzanelli, G.: "Quando sono responsabili le agenzie di *rating*", cit., p. 453. L'autore sostiene che "tuttavia, il mercato finanziario maturo e avanzato tollera pochissimi interventi straordinari: preferisce, invece, l'adozione di regole, purché siano vere, sicure e conoscibili *ex ante*".

51 Per maggiori approfondimenti vedi Llamas Pombo, E.: *Las formas de prevenir y de reparar el daño*, cit. e Id.: *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, La Ley, Madrid, 2020.

52 Troisi, A.: *Agenzie di rating*, cit., p. 187.

53 Pagliantini, S.: "La nullità di protezione come una categoria giurisdizionalizzata?", *Pers. merc.*, 2020, p. 31 ss.

54 Presti, G.: voce "Rating", *Enc. dir.*, cit., p. 871. L'autore sostiene che "questo esclude la capacità riparativa della responsabilità civile, riduce notevolmente la sua funzione deterrente e, ovviamente, può portare all'esaurimento dell'innovazione metodologica o addirittura all'uscita dal mercato di chi oggi emette un *rating*". Cfr. Montalenti, P.: "Le agenzie di *rating*: appunti", *Giur. comm.*, 2013, p. 511 e Mezzasoma, L.: *Il danno da cose negli ordinamenti italiano e spagnolo*, Esi, Napoli, 2001.

55 Scognamiglio, C.: *Ingiustizia del danno, contatto sociale, funzioni del risarcimento*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 243.

comportamenti che talvolta generano conseguenze a catena – attraverso espresse previsioni normative chiare e determinate.

Il sistema dei danni punitivi non sembra essere la via più corretta da seguire[56] in quanto, a parare di chi si scrive, la strada da percorre, in assenza di un consolidamento normativo dovrebbe essere quella della statalizzazione delle agenzie di *rating*, volendo alludere con questa espressione la sottrazione alla sfera privata di una così delicata funzione così da farla ricondurre nell'alveo dell'autorità statale.

Questa ipotesi è da considerarsi una e*xtrema ratio* nel caso in cui dovessero verificarsi abusi tali da non garantire più gli equilibri di sistema necessari per il corretto funzionamento dei mercati finanziari.

Questo perché un ruolo così cruciale, come quello delle agenzie di *rating*, deve funzionare in maniera corretta ed in maniera *super partes* così da garantire quell'affidamento e quella serietà che da sempre le hanno contraddistinte.

Non a caso si parla di potere straordinario delle agenzie di *rating* in quanto aziende private, finanziate per lo più dalle istituzioni che in teoria dovrebbero giudicare e poiché fanno parte dei mercati che valutano «il loro interesse privato modella inevitabilmente i loro processi decisionali»[57].

56 Llamas Pombo, E.: "Contra los daños punitivos", Prats Albentosa, L. e Tomás Martínez, G.: *Culpa y responsabilidad*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 669-686.

57 Ghosh, J.: "Il potere straordinario e immeritato delle agenzie di *rating* private", *internazionale.it*. L'autrice sostiene che "le autorità di controllo cercano di limitare i conflitti d'interesse nella finanza, eppure non hanno alcun problema con il fatto che le agenzie di *rating* si autoregolamentino. Questa assenza di controlli riflette in parte la grande capacità di fare pressioni di *Moody's*, *Standard & Poor's* e *Fitch Ratings*. E sta generando gravi rischi, che la pandemia ha accentuato. […] il *rating* tende a seguire il ciclo economico, cioè a essere più severo durante le crisi: questo rende le condizioni del mercato finanziario inospitali per i paesi in via di sviluppo, che vedono declassate le proprie prospettive economiche. Ora, con l'ultima mossa di *Moody's*, questi paesi avranno paura ad avviare le trattative sulla ristrutturazione del debito con i creditori privati".

BIBLIOGRAFIA

ADAMO, S., CAPOBIANCO, E. e CUCURACHI, P. A.: *Regolamentazione del mercato finanziario e contratti con gli investitori*, Esi, Napoli, 2010.

ALPA, G.: "La responsabilità civile delle agenzie di *rating*. Alcuni rilievi sistematici", *Riv. trim. dir. econ.*, 2013, p. 78 ss.

BALLETTA, F., *Mercato finanziario e assicurazioni generali*, Esi, Napoli, 1995.

BERTI DE MARINIS, G. M.: "La tutela del cliente «vulnerabile» *Banca borsa tit. cred.*, 2018, pp. 651-676.

BONELLI, F.: "Responsabilità delle società di revisione nella certificazione obbligatoria e volontaria dei bilanci", *Riv. soc.*, 1979, p. 983.

BONTEMPI, P.: *Diritto bancario e finanziario*, Giuffré, Milano, 2021.

CASTALDO, A. e PALLA, L.: *L'informazione nei mercati finanziari: il ruolo delle agenzie di rating*, Giappichelli, Torino, 2016.

DABRASSI, C.: *Asimmetrie informative e mercati finanziari. Il ruolo degli enti creditizi*, EGEA, Milano, 1996, p. 2 ss.

DEPRETIS, E.: *La responsabilità civile delle agenzie di rating del credito nella disciplina italiana ed europea*, Giappichelli, Torino, 2015.

DI DONNA, L.: "Danni da *rating* e rimedi degli investitori", PRINCIPE, A. (a cura di): *Agenzie di rating*, cit., p. 275 ss.

DI DONNA, L.: *La responsabilità civile delle agenzie di rating*, Cedam, Padova, 2012, p. 390.

ENRIQUEZ, L. e GARGANTINI, M.: "Regolamentazione dei mercati finanziari, *rating* e regolamentazione del *rating*", *An. giur. econ.*, 2010, p. 485.

FACCI, G.: *I danno da informazione finanziaria inesatta*, Zanichelli, Bologna, 2009.

FERRI, G. e LACITIGNOLA, P.: *Le agenzie di rating*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 17.

FUSARO, A.: "*Rating* finanziario e responsabilità nei confronti dell'emittente", *Contr. impr.*, 2012, p. 184.

GALGANO, F. e ROVERSI MONACO, F.: *Le nuove regole del mercato finanziario*, Cedam, Padova, 2009.

Ghosh, J.: "Il potere straordinario e immeritato delle agenzie di *rating* private", *internazionale.it*.

Giudici, P.: "L'agenzia di *rating* danneggia l'emittente con i propri *rating* eccessivamente favorevoli?", *Società*, 2011, p. 1453.

Llamas Pombo, E.: "Contra los daños punitivos", Prats Albentosa, L. e Tomás Martínez, G.: *Culpa y responsabilidad*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 669-686.

Llamas Pombo, E.: *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, La Ley, Madrid, 2020.

Llamas Pombo, E.: *Las formas de prevenir y de reparar el daño*, La Ley, Madrid, 2020.

Lombardi, E. M.: *La «responsabilizzazione» delle autorità di controllo del mercato finanziario*, Esi, Napoli, 2016.

Luminoso, A.: "Contratti di investimento, *mala gestio* dell'intermediario e rimedi esperibili dal risparmiatore, *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1422.

Luminoso, A.: *I contratti tipici e atipici*, Giuffré, Milano, 1995.

Del Prato, E.: "Patologia del contratto: rimedi e nuove tendenze", *Riv. dir. comm.*, 2015, p. 25.

Mainas, G. e Iorio, P.: *La disciplina delle agenzie di rating alla luce del diritto comunitario*, Università, Roman, 2017.

Marianello, M.: "La responsabilità contrattuale dell'agenzia di *rating* nei confronti del committente", *Obbl. contr.*, 2010, p. 289.

Mezzasoma, L.: "Meritevolezza e trasparenza nei contratti finanziari", *Banca borsa tit. cred.*, 2018, p. 180-194.

Mezzasoma, L.: *Il danno da cose negli ordinamenti italiano e spagnolo*, Esi, Napoli, 2001.

Montalenti, P.: "Le agenzie di *rating*: appunti", *Giur. comm.*, 2013, p. 511

Pagliantini, S.: "La nullità di protezione come una categoria giurisdizionalizzata?", *Pers. merc.*, 2020, p. 31 ss.

Parisi, F., e Baffi, E.: "Il mercato dopo la crisi finanziaria del 2008", in A.A.V.V., *Capitalismo prossimo venturo: etica, regole*, Giuffré, Milano, 2010, p. 313.

Parmeggiani, F.: "La regolazione delle agenzie di *rating* tra tentativi incompiuti e prospettive future", *Giur. comm.*, 2010, p 121.

Partnoy, F.: "The Siskel and Ebert of Financial Markets?: Two Thumbs Down for the Credit Rating Agencies", 77 *Wash. U. L. Q.*, 1999, p. 619.

Perlingieri, P.: *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Esi, Napoli, 2003, p. 39 ss.

Picciau, C.: *Diffusione di giudizi inesatti nel mercato finanziario e responsabilità delle agenzie di rating*, Giuffré, Milano, 2018, p. 333.

Ponzanelli, G.: "Quando sono responsabili le agenzie di *rating*", *Analisi giur. econ.*, 2012, p. 446.

Presti, G.: "Le agenzie di *rating*: dalla protezione alla regolazione", in A.A.V.V., *I nuovi equilibri mondiali: imprese, banche, risparmiatori*, Giuffré, Milano, 2009, p. 75 ss.

Presti, G.: voce "Rating", *Enc. dir.*, Annali VII, Giuffré, Milano, 2014, p. 847 ss.

Principe, A. (a cura di): *Agenzie di rating*, Giuffré, Milano, 2014.

Rotondo, G.: *Il controllo antitrust nel mercato finanziario*, Esi, Napoli, 2004.

Sacco Ginevri, A.; "Le società di *rating* nel Regolamento CE n. 1060/2009: profili organizzativi dell'attività", *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 291 ss.

Saponaro, M.: "Il danno da «*rating*»: se e come le agenzie sono tenute a rispondere", *Danno resp.*, 2012, p. 186.

Scaroni, C.: "La responsabilità delle agenzie di *rating* nei confronti degli investitori", *Contr. impr.*, 2011, p. 791.

Scognamiglio, C.: *Ingiustizia del danno, contatto sociale, funzioni del risarcimento*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 243.

Trib. Catanzaro, 2 marzo 2012, n. 685, *DeJure online*.

Trib. Milano, 1° luglio 2011, n. 8790, *DeJure online*.

Troisi, A.: "Diligenza e responsabilità delle agenzie di *rating* negli orientamenti di *Common Law*. Riflessi sulle prospettive disciplinari di tali società", *Riv. trim. dir. econ.*, 2012, p. 187 ss.

Troisi, A.: *Agenzie di rating*, Cedam, Padova, 2013, p. 23.

Voce "Revisore contabile", *Diz. ec. fin.* Treccani, Milano, 2012, *online*.

LA RESPONSABILITÀ DELL'ISTITUTO BANCARIO NEL SOVRAINDEBITAMENTO DEL CONSUMATORE E NELLA CRISI DELL'IMPRESA

THE LIABILITY OF THE BANKING INSTITUTE IN THE OVER-BEBT OF THE CONSUMER AND IN THE COMPANY CRISIS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1528-1545

Francesco
ANGELI

ARTICOLO CONSEGNATO: 13 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Negli assetti economici e finanziari che governano il sistema bancario, occupa una posizione rilevante il sistema delle garanzie. Oggigiorno la garanzia bancaria ha assunto una posizione che spesso travalica la funzione tipica a cui è chiamata generando delle responsabilità dell'istituto bancario nel caso di insolvenza o sovraindebitamento del cliente. Il codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza se da un lato mette a disposizione rimedi risarcitori in favore del debitore che ha subito dei soprusi da parte dall'istituto bancario dall'altro concede all'istituto bancario dei privilegi nel caso in cui finanzi il debitore al fine di risolvere la propria crisi finanziaria.

PAROLE CHIAVE: Banca; debitore; garanzia bancaria; insolvenza; sovraindebitamento; responsabilità; risarcimento del danno.

ABSTRACT: *The system of guarantees occupies an important position in the economic and financial stuctures that govern the banking system. Today, the bank guarantee has taken a position that often goes beyond the tyoical function to which it is called, generating the responsibilities of the banking institution in the event of customer insolvency or over-indebtedness. The code of the businness crisis and insolvency, if on the one hand it provides compensatory remedies in favor of the debtor who has suffered abuse by the banking institution, on the other hand it grants privileges to the banking institution in the event that it finances the debtor in order to resolve their financial crisis.*

KEY WORDS: *Banca; Bank guarantee; insolvency; over-indebtedness; responsability; compensation for damage.*

SOMMARIO.- I. IL RAPPORTO TRA BANCA E CLENTE ED IL SISTEMA DELLE GARANZIE ATIPICHE. – II. I RIMEDI A DISPOSIZIONE DEL CONSUMATORE DI FRONTE ALLA PRETESA DELLA BANCA. – III. IL RUOLO DELLA BANCA NELLA SOLUZIONE DEL SOVRAINDEBITAMENTO DEL CONSUMATORE. – IV. CONCLUSIONI.

I. IL RAPPORTO TRA BANCA E CLENTE ED IL SISTEMA DELLE GARANZIE ATIPICHE.

Negli assetti che governano il sistema creditizio e finanziario, la banca spesso assume una posizione predominante nel rapporto[1] che intrattiene con il suo cliente stante la insindacabile facoltà che ha di concedergli credito[2] e questo avviene, con maggiore incisività, quando il cliente del credito ne ha impellente bisogno quale strumento risolutivo della propria situazione finanziaria[3]. Ad aumentare la posizione predominante della banca nel rapporto contrattuale si aggiunga anche che essa è possibile percorrere delle corsie processuali privilegiate quando il cliente risulti inadempiente o già soggetto all'esecuzione immobiliare o di liquidazione giudiziale[4].

Indubbiamente la banca può essere definita un contraente forte ed è anche vero che potrebbe usufruire anche di agevolazioni processuali privilegiate ma ciò che si ritiene sia utile è appurare se i diritti del cliente, che anche se sia un imprenditore non può che essere considerato debole, vengono adeguatamente tutelati sia durante la fase di conclusione del contratto bancario che durante la fase esecutiva del contratto stesso. In buona sostanza è necessario verificare se gli interessi del debitore e del creditore sono correttamente bilanciati. La verifica del bilanciamento degli interessi è necessaria anche ai fini della scelta del rimedio utile per ottenere il loro bilanciamento, qualora risultasse che non fossero bilanciati, scelta che deve essere parametrata alla peculiarità del caso concreto.

È necessario, quindi, coordinare i singoli strumenti giuridici sia tra di loro che con i principi generali dell'ordinamento per evitare effetti distorsivi nella

1 Sul punto si veda Capobianco, E.: "Profili generali della contrattazione bancaria", in AA.VV.: *I contratti bancari* (a cura di E. Capobianco), WKY, Milano, 2016, p. 39.

2 Modica, L.: *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Jovene, Napoli, 2012, p. 280.

3 Si veda Di Raimo, R.: "Antecedenti e criteri ordinanti delle tutele nelle negoziazioni bancaria e fiduciaria", in AA.VV: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (profili internazionali)* (a cura di E. Llmas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana, V. Rizzo), ESI, Napoli, 2019, p. 89.

4 Rispoli Farina, M. e Falcone, G.: "Le operazioni bancarie speciali", in AA.VV.: *I contratti bancari*, (a cura di E. Capobianco), WKY, Milano, 2016, p. 1386 ss.

• Francesco Angeli
Dottorando di ricerca UNIPG
e.mail francescoangeli71@gmail.com

loro applicazione[5] e solo dopo avere eseguito questo lavoro interpretativo si possono contestualizzare i singoli rimendi al caso concreto[6]. L'auspicato lavoro di coordinamento, permetterà anche di appurare se la specifica disposizione normativa applicata al caso concreto sia idonea per attuare un effettivo bilanciamento degli interessi tutelando adeguatamente i contrapposti diritti delle parti contraenti.

Tra i tanti casi che si potrebbero analizzare nell'applicazione delle varie norme e dei vari istituti che regolamentano il rapporto che intercorre tra la banca ed il proprio cliente, si è deciso di circoscrivere l'indagine all'analisi delle interessenze che intercorrono tra creditore e debitore nella fase di esecuzione del contratto di finanziamento garantito dal trasferimento di un immobile, soggetto a condizione sospensiva, in favore della banca finanziatrice.

L'istituto oggetto di indagine, anche impropriamente noto come patto marciano, potrebbe essere ridotto ad un istituto che preveda che se il debitore che non adempia la propria obbligazione contratta nei confronti della banca, quest'ultima, senza transitare a mezzo dell'esecuzione in forma generica[7], acquisisca la proprietà dell'immobile concessole in garanzia[8].

Nel corso del presente approfondimento si proverà, invece, a dimostrare che le norme che regolano questo istituto, mediante una interpretazione assiologica rivolta ai principi sui quali si fonda il nostro ordimento, tutela gli interessi in gioco sia della banca che del cliente inadempiente.

Scendendo nell'analisi del cosiddetto patto marciano[9], si deve porre subito l'attenzione sul fatto che la vendita sottoposta a condizione sospensiva, non può avere ad oggetto l'immobile adibito ad abitazione principale del debitore, del coniuge o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado. La norma, in questo caso, torva il suo fondamento nell'esigenza della tutela dell'abitazione principale, tutela che non può sottostare alla sua vendita, seppur soggetta a condizione sospensiva, connessa all'erogazione di un finanziamento da parte della banca. Cosa ben diversa

5 Sul metodo di ricerca dei giusti rimedi si legga Perlingieri, P.: "Il «Giusto Rimedio» nel diritto civile", *Il Giusto Processo Civile*, 2011, p. 4: "Dopo aver individuato gli interessi in gioco ed averne verificato la meritevolezza di tutela è possibile ricercare il rimedio adeguato. Altrimenti si incorrerebbe nell'errore di cristallizzare i diritti attorno alla misura di protezione e di conferirvi rilevanza soltanto al momento patologico del giudizio.".

6 Sulla modalità di interpretazione delle norme che regolano i due istituti secondo l'applicazione delle clausole generali negli stessi richiamati si legga Patti, S.: *Ragionevolezza e clausole generali,* Giuffrè, Milano, 2016, p. 41: "Chi applica le clausole generali deve giustificare alla luce del criterio storico e delle caratteristiche del caso concreto la propria «precomprensione» e il metodo logico seguito nella fase di concretizzazione.".

7 Per un approfondimento sui poteri che l'ipoteca attribuisce al creditore si veda Lobiano, M.: "I negozi ipotecari", in AA.VV.: in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato* (a cura di P. Perlingieri), ESI, Napoli, 2007, p. 273.

8 D'Orazio, L.: "Le garanzie: pegno non possessorio e patto marciano", *Il nuovo diritto delle società*, 2017, p. 375 ss.

9 Per un approfondimento si veda Luminoso, A.: "Patto marciano e sottotipi", *Rivista di diritto civile*, 2017, p. 1398 ss.

è la possibilità che ha la banca creditrice di agire esecutivamente sui beni[10], e quindi anche sull'abitazione principale, del debitore. In quest'ultimo caso la banca, come ogni creditore, trova la sua tutela sia nelle previsioni dell'art. 2740 c.c. che nell'art. 24 della Costituzione che all'interno del catalogo dei diritti che garantiti in via giudiziaria annovera anche la tutela del creditore ad agire in via esecutiva per il recupero del suo credito[11].

Tra le disposizioni dell'istituto in commento, vi è, passando quasi inosservata, la disposizione che, a parere di chi scrive, è finalizzata al bilanciamento dei contrapposti interessi che intercorrono tra la banca creditrice ed il cliente debitore, in particolare ci si riferisce a quanto disposto dal secondo comma dell'art. 48 bis del T.U.B. il quale sancisce che: "*In caso di inadempimento, il creditore ha diritto di avvalersi degli effetti del patto di cui al comma 1, purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempiuto e delle spese di trasferimento*".

Questo non significa che il debitore inadempiente vedrà sottrarsi il bene immobile ad un valore irrisorio che coprirà solo minimamente il suo debito. Questo significa, invece, che il debitore inadempiente si vedrà corrispondere il valore effettivo dell'immobile, determinato a seguito di una perizia di stima[12] effettuata da un esperto stimatore che nel caso di disaccordo tra le parti sulla nomina, sarà di nomina giudiziale[13].

Sostanzialmente l'operazione di finanziamento, nel caso di inadempimento del debitore, potrebbe essere considerata come una vendita per la quale l'acquirente, banca, paga anticipatamente il corrispettivo della vendita che è rappresentato dal finanziamento.

Forse, ci si potrebbe spingere anche oltre sostenendo che visto che l'art. 48 bis del T.U.B. regolamenta solo il caso in cui sia la banca a dover restituire l'eccedenza tra il valore di stima dell'immobile e il valore del debito residuale del finanziamento al debitore, lo stesso precetto potrebbe sottendere che se il valore di stima del bene immobile fosse inferiore al debito residuale del finanziamento, il debitore sia automaticamente esdebitato nei confronti della banca per l'eccedenza ancora ad essa dovuta[14].

10 Ambrosini, S.: "La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciano", *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2016, p. 1075 ss.

11 Sulla questione si veda la pronuncia della Corte Costituzionale Sent. n. 128 del 22.06.2021 in *www.dejure.it* la quale ha operato il bilanciamento degli interessi tra il creditore che ha diritto ad agire esecutivamente per il recupero del proprio credito ed il debitore che ha il diritto all'abitazione.

12 Sulla necessità della stima conformemente Cass. n. 844 del 17.01.2020 in *www.italgiure.giustizia.it*.

13 Sul punto si veda anche Saraceno, M.: "Il patto marciano nella disciplina dell'art. 48 bis T.U.B.", *Jus Civile*, 2021, p. 102 ss.

14 Contrariamente ritenendo l'esdebitazione ammissibile solo a seguito di clausola contrattuale si veda Moscogiuri, F.: "L'esdebitazione nell'attuazione del patto marciano disciplinato dall'art. 48 bis T.U.B.",

Si può, quindi, concludere che l'istituto appena esaminato seppur da una prima lettura potrebbe essere considerato solo una concessione "processuale" in favore della banca finalizzata alla vendita del bene immobile senza transitare per il procedimento dell'esecuzione immobiliare, concedendo così alla banca una corsia preferenziale per il recuperare il proprio credito, così invece non è in quanto la norma tutela anche gli interessi della parte debitrice che se da un alto subirà la vendita dell'immobile che ha posto in garanzia, dall'altro la vendita avverrà solo a fronte di una equa stima del valore dell'immobile stesso ottenendo l'esdebitazione nei confronti della banca nel caso in cui l'immobile venisse venduto ad un prezzo che non riesca a coprire integralmente il debitor residuale vantato dalla banca.

II. I RIMEDI A DISPOSIZIONE DEL CONSUMATORE DI FRONTE ALLA PRETESA DELLA BANCA.

Diversamente dal caso trattato nel precedente paragrafo, deve essere ora posta l'attenzione al caso in cui la banca, durante la conclusione o esecuzione di un contratto finanziario applica un tasso di interesse a carico del proprio cliente che va oltre a quello individuato quale tasso soglia stabilito dalle norme in materia.

Oggigiorno parlare della cosiddetta usura originaria, o meglio di tasso di interesse superiore al tasso soglia, applicato dalla banca già al momento della stipula del contratto di conto corrente o di finanziamento, è una ipotesi alquanto remota invece ancora oggi si può assistere ad un superamento del tasso soglia dell'interesse applicato nell'esecuzione del contratto, dovuto a cause interne al rapporto contrattuale stesso[15].

Ad esempio, è abbastanza usuale che il tasso di interesse originariamente accordato potrebbe, invece, nel corso del tempo lievitare e superare la soglia massima consentita dalla legge a seguito dell'applicazione di costi[16] che vengono addebitati periodicamente dalla banca[17]. In particolare ci si riferisce, a titolo esemplificativo, all'applicazione di interessi moratori, al costo delle polizze

Orizzonti del diritto commerciale, 2019, p. 151 ss.; sullo stesso tema si veda anche Follieri, L.: "Il patto marciano tra diritto "comune" e "speciale"", *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, p. 1857 ss..

15 È calzante la riflessione di carattere generale sugli interessi del contratto di Llmas Pompo, E.: "Pandemia e attuazione dell'obbligatorietà del contratto nell'ordinamento spagnolo", in AA.VV.: Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del COVID-19 (a cura di V. Rizzo, L. Mezzasoma, E. Llamas Pombo e G. Berti de Marinis), Napoli, ESI, 2021, p. 439: "Coloro che stipulano un contratto intendono difendere i propri interessi e, quindi, devono considerare con adeguata lungimiranza non solo le circostante esistenti al momento della sua conclusione, ma anche quelle che possono sorgere successivamente.[…] Quindi, adempiere al contratto significa riconoscere la dignità dell'altro contraente e rispettare la legalità.".

16 In merito all'obbligo che ha la banca di pubblicizzare le singole voci previste dal contrato finanziario si veda Imbruglia, D.: "I contratti bancari", in AA.VV.: *Contratto e responsabilità* (a cura di G. Vettori), CEDAM, Milano, 2013, p. 1667.

17 In giurisprudenza sulla modalità di calcolo del T.A.E.G. si veda Cass. n. 16303 del 20.06.2018, in www.italgiure.giustizia.it la quale ha sancito che: "anche altri oneri e spese applicati dalla banca devono essere considerati nel calcolo del tasso medio applicato al cliente."

assicurative che garantiscono la banca in caso di perdita o danneggiamento del bene dato in garanzia, al costo delle polizze assicurative che garantiscono la banca in caso di inadempimento, totale o parziale, del cliente, ai costi di gestione del conto corrente e del finanziamento bancario[18].

Di questi costi se ne deve tenere conto e conseguentemente devono essere considerati quali componenti aggiuntivi del tasso di interesse applicato originariamente dalla banca al momento dell'apertura del rapporto con il proprio cliente. È così che il tasso di interesse rideterminato tenendo conto dei costi aggiuntivi[19] posti a carico del cliente potrebbe superare quella che è la soglia massima oltre la quale il tasso di interesse è considerato illegittimo[20]. È per questo motivo che giurisprudenza consolidata ha rilevato che la disciplina antiusura intende sanzionare solo la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo della concessione del denaro[21].

L'alterazione del sinallagma contrattuale che si concretizza nel modo appena prospettato, impone un'attenta opera di individuazione dei rimedi adeguati per la soluzione degli interessi in conflitto tra la banca ed il cliente fermo restando che, accertata l'alterazione, sulla banca incomberebbe l'onere di eliminare il disequilibrio contrattuale che ha generato[22] riportando il tasso di interesse applicato entro i limiti previsti dalla legge ma questo, purtroppo, spesso non accade.

In questa prospettiva è necessario ricercare un rimedio che potrebbe essere preliminarmente individuato nella richiesta alla banca della rimodulazione del tasso di interesse con la restituzione delle somme pagate in eccesso dal cliente e, solo nel caso di esito negativo della richiesta, il rimedio può essere individuato nell'azione risarcitoria nei confronti della banca[23].

18 Nello stesso senso Candian, A.: "Tutela del consumatore nei rapporti bancari", in AA.VV.: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (profili internazionali)* (a cura di E. Llmas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana, V. Rizzo), ESI, Napoli, 2019, p. 44 ss.; Si veda anche Colombo, C.: "Gli interessi nei contratti bancari", in AA.VV.: *I contratti bancari* (a cura di E. Capobianco), WKY, Milano, 2016, p. 514.

19 Per l'esatta definizione del T.A.E.G. si legga Costa, A.: "La nuova disciplina del credito ai consumatori", in AA.VV.: *I contratti del consumatore* (a cura di G. Alpa), Giuffrè, Milano, 2014, p. 941.

20 Sull'obbligo che incombe in capo alla banca di indicare nel contratto di credito al consumo il TAEG si legga Berti de Marinis, G.: "Formalismo nel credito al consumo", in AA.VV.: *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito* (a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. di Nella, L. Mezzasoma), ESI, Napoli, 2010, p. 180.

21 In giurisprudenza sugli effetti dell'usura originaria e sopravvenuta si veda Cass. Sez. Unite del 19.10.2017, in *www.italgiure.giustizia.it* che ha disposto: "Allorché il tasso di interessi concordato tra mutuante e mutuatario superi nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della L. 108 del 1996 non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula; né la pretesa del mutuante di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato può essere qualificata per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contrato.".

22 Restivo, C.: "Abuso del diritto e autonomia privata", in AA.VV.: *Abuso del diritto e buona fede nei contratti* (a cura di S. Pagliantini), Giappichelli, Torino, 2010, p. 119 ss.

23 Sui rimedi si legga Carapezza Figlia, G.: "Epidemia e distribuzione del rischio contrattuale", in AA.VV.: *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del COVID-19* (a cura di V. Rizzo, L. Mezzasoma, E. Llamas

Non vi è dubbio che il cliente al quale è stato applicato un tasso superiore a quello soglia, ha diritto al risarcimento del danno subito, danno che coincide, almeno, con la restituzione della parte degli interessi indebitamente addebitati da parte della banca[24]. La somma risarcita andrà ad incidere positivamente sul saldo di conto corrente o sulla quota capitale del finanziamento tant'è che in dottrina si ritiene che l'azione risarcitoria possa essere promossa anche dai creditori del cliente della banca nel caso esso rimanga inerte[25].

Ma il giusto rimedio del quale potrebbe beneficiare il cliente, laddove venissero lesi i suoi diritti inviolabili, potrebbe andare anche oltre a quello che è stato individuato nell'azione risarcitoria del danno patrimoniale subito. In particolare, se si dovesse riuscire a provare che la banca applicando un tasso di interesse superiore a quello soglia abbia leso dei diritti fondamentali, come ad esempio il diritto alla dignità ed alla salute nel caso di una esecuzione immobiliare proposta dalla banca nei confronti del cliente inadempiente[26] successivamente dichiarata improcedibile a causa dell'applicazione di interessi superiori al tasso soglia, allora la persona, non più debitore, che ha subito la lesione dei propri diritti fondamentali a seguito dell'ingiusta esecuzione immobiliare, potrebbe ottenere il risarcimento anche del danno non patrimoniale che gli è stato cagionato[27].

Il giusto rimedio per il debitore, in questo caso, si snoda in un percorso che è non solo complesso ma è anche oneroso e, sicuramente, i tempi necessari per l'accertamento giudiziario del torto subito non sono confacenti alle esigenze del debitore che spesso è privo anche di adeguate risorse economiche necessarie per intraprendere l'azione giudiziale[28].

Pombo e G. Berti de Marinis), Napoli, ESI, 2021, p. 150 ss.: "In questa prospettiva, appare essenziale ricercare, nel tessuto ordinamentale, un apparato di rimedi civili, pienamente ispirati al principio di effettività della tutela. Ciò richiede che all'alterazione del sinallagma provocata dalle misure di contenimento risponda ad un rimedio che abbia almeno due caratteristiche: evitare lo scioglimento del rapporto […]; riequilibrare l'operazione economica nell'esercizio di un potere di autotutela privata, che renda soltanto eventuale l'iniziativa processuale.".

24 Si veda Di Nella, L.: "Gli orientamenti dell'ABF in materia di tutela dei consumatori", in AA.VV.: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (profili internazionali)* (a cura di E. Llmas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana, V. Rizzo), ESI, Napoli, 2019, p. 239.

25 Nello stesso senso in merito alla responsabilità della banca si legga Mezzasoma, L.: "La valutazione del merito creditizio del consumatore", in AA.VV.: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (profili internazionali)* (a cura di E. Llmas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana, V. Rizzo), ESI, Napoli, 2019, p. 127: "La responsabilità aquilana può essere promossa con una azione intrapresa da eventuali creditori del debitore consumatore.".

26 Sulla quantificazione del danno non patrimoniale si legga Savorai, G.: "Il danno non patrimoniale da inadempimento", in AA.VV.: *Trattato della responsabilità contrattuale* (diretto da G. Visentini), WKY, Milano, 2009, p. 288, la quale in tema di quantificazione del danno non patrimoniale rileva che: "fra gli indici di cui il giudice potrà tenere conto possono annoverarsi: l'intensità della lesione dell'interesse non patrimoniale alla prestazione, le qualità personali dell'obbligato che giustificano il particolare affidamento del creditore, le modalità e circostanze di conclusione del contratto, il comportamento del debitore che abbia determinato nella controparte particolari aspettative, l'equilibrio del sinallagma.".

27 Nello stesso senso Cass. Sez. Civile n. 9445 del 11.06.2012, in *www.dejure.it*.

28 Nello stesso senso Candian, A.: "Tutela del consumatore nei rapporti bancari", in AA.VV.: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (profili internazionali)* (a cura di E. Llmas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana, V. Rizzo), ESI, Napoli, 2019, p. 40: "Un buon apparto di rimedi deve essere efficiente sia dal punto

È opportuno, quindi, appurare se la tutela della persona, percorrendo una diversa strada, possa essere più efficace, immediata e risolutiva permettendo al debitore anche di non indebitarsi ulteriormente per risolvere la sua situazione finanziaria già compromessa.

A questo punto ci si deve chiedere se la medesima esigenza del consumatore, cioè quella del giusto rimedio al torto subito, può trovare la sua soluzione in fattispecie normative diverse da ricercare secondo la valutazione, anche di convenienza, del caso specifico.

III. IL RUOLO DELLA BANCA NELLA SOLUZIONE DEL SOVRAINDEBITAMENTO DEL CONSUMATORE.

La risposta alla domanda appena posta può essere cercata nell'ulteriore direzione verso la quale si può muovere il debitore consumatore che, alternativamente all'azione giudiziaria precedentemente prospettata, può accedere ad uno dei procedimenti protettivi regolamentati dal Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza ed in particolare, tra questi, può accedere alla procedura denominata piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore[29].

Non essendo questa la sede deputata allo studio delle tre, forse oggi quattro[30], procedure che il Codice citato mette a disposizione del debitore sovraindebitato, restringendo il perimetro dell'indagine da condurre al rapporto tra banca e consumatore e premettendo che si presuppone che il consumatore sovraindebitato abbia avuto accesso alla procedura del piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore, si ritiene di porre l'attenzione, in particolare, solo su alcune parti della norma che regolamenta l'istituto. Difatti se da un lato al consumatore sovraindebitato vengono accordate delle tutele nei confronti della banca volte al risanamento del proprio stato di sovraindebitamento, dall'altro lato viene concessa alla banca una posizione privilegiata nel rimborso del finanziamento erogato al consumatore per risolvere il suo stato di sovraindebitamento.

L'art. 67 c. 5 CCII, concede al consumatore la facoltà di prevedere il rimborso "alla scadenza convenuta, delle rate a scadere del contratto di mutuo garantito da ipoteca iscritta sull'abitazione principale del debitore se lo stesso, alla data del deposito della proposta, ha adempiuto le proprie obbligazioni o se il giudice

di vista del c.d. trattamento processuale ma anche dalla ragionevole certezza del rimedio sull'esito del rimedio stesso, dal che ne consegue che il tipo di rimedio che viene che viene riconosciuto non può essere troppo difficile da esperire perché troppo costoso e lungo o perché troppo incerto.".

29 Si legga Modica, L.: *Profili giuridici del sovraindebitamento,* Jovene, Napoli, 2012, p. 330 ss.

30 In merito all'esdebitazione del debitore incapiente, si veda anche alla luce della modifica apportata alla L. 3/2012 Di Raimo, R.: "Antecedenti e criteri ordinanti delle tutele nelle negoziazioni bancaria e fiduciaria", in AA.VV.: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (profili internazionali)* (a cura di E. Llmas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana, V. Rizzo), ESI, Napoli, 2019, p. 94.

lo autorizza al pagamento del debito per capitale ed interessi scaduto a tale data". La banca viene obbligata ad incassare il proprio credito secondo i tempi originariamente previsti dal contratto di finanziamento anche se questo è già stato risolto per inadempimento del debitore già da prima dell'apertura della procedura di sovraindebitamento.

La chiave di lettura della norma risiede nella tutela del diritto all'abitazione, che prevale sul diritto della banca ad incassare il proprio credito giustificando, quindi, la compressione, seppur momentanea, della garanzia patrimoniale del consumatore meritevole di aver ottenuto l'accesso alla procedura concorsuale[31].

Seguendo ancora la via della tutela dei diritti fondamentali della persona[32], la norma in commento sanziona la banca che nel concedere il finanziamento al consumatore non ha tenuto conto del suo merito creditizio e questo a prescindere della motivazione specifica della defezione[33]. La sanzione prevista è di natura processuale e consiste nell'impossibilità per la banca di opporsi all'omologazione del piano proposto dal consumatore se non che per motivi dipendenti da comportamenti dolosi tenuti dal consumatore stesso[34].

A parere di chi scrive è in tale sanzione che deve essere ricercato il giusto rimedio per il consumatore per ottenere il ristoro del torto subito da parte della banca. Difatti operando una falcidia del credito della banca, senza che essa possa opporsi, può, seppur indirettamente, vedersi risarcito da tutti quei torti non solo di natura patrimoniale[35], ma anche di natura non patrimoniale, che nella siffatta ipotesi potrebbe aver subito[36].

31 Si veda Mezzasoma, L.: "La responsabilità patrimoniale del consumatore", in AA.VV.: *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del COVID-19* (a cura di V. Rizzo, L. Mezzasoma, E. Llamas Pombo e G. Berti de Marinis), Napoli, ESI, 2021, p. 490: "La meritevolezza – oggi circoscritta esclusivamente all'assenza di colpa grave, mala fedo o frode – da requisito soggetto a verifica in sede di omologa diventi presupposto di ammissibilità alla procedura.".

32 Sui valori che costituiscono il nostro ordinamento si legga Perlingieri, P.: "Relazione conclusiva", in AA.VV.: *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito* (a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. di Nella, L. Mezzasoma), ESI, Napoli, *p.* 141.

33 Sul punto si veda anche Ricciuto, V.: "La tutela dell'investitore finanziario", in AA.VV.: *La MIFID II Rapporti con la clientela – regole di governance – mercati* (a cura di V. Troiano e R. Motroni), WKY, Milano, 2016, p. 9 il quale rileva che: "Si scopre, insomma, in questo particolare mercato, che il professionista non è sempre, e di per sé, contraente idoneo, esperto, accorto e intenditore.".

34 Si veda Mezzasoma, L.: "La responsabilità patrimoniale del consumatore", in AA.VV.: *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del COVID-19* (a cura di V. Rizzo, L. Mezzasoma, E. Llamas Pombo e G. Berti de Marinis), Napoli, ESI, 2021, p. 487: "Allo stesso tempo va ricordato che il Testo unico bancario (art. 124 *bis*), seppur imponga al finanziatore una valutazione del merito creditizio del consumatore nella fase anteriore alla conclusione del contratto di credito sulla base di «informazioni adeguate» fornite dallo stesso consumatore […] non prevede una specifica sanzione a fronte di un sua omissione o, ancor peggio, a fronte di una valutazione inesatta o non rispondente al vero.".

35 In tema di responsabilità della banca a seguito dell'omesso obbligo di adeguata informazione del cliente si legga Uda, G.M.: "L'informativa alla clientela in relazione ai servizi di investimento", in AA.VV.: *La MIFID II Rapporti con la clientela – regole di governance – mercati*, WKY, Milano, 2016, p. 28.

36 Sempre in tema di illegittima esecuzione immobiliare a carico del creditore e della conseguente risarcibilità del danno non patrimoniale subito, si veda Francisetti Brolin, M.M.: *Danno non patrimoniale e inadempimento,* ESI, Napoli, 2014, p. 293: "Se dunque si può ventilare l'esistenza nell'ordinamento di un siffatto diritto

Ma la norma regolatrice della medesima procedura tutela anche gli interessi della banca che crede nella possibilità di risanamento della posizione debitoria del consumatore ed è per questo motivo che il finanziamento concesso dalla banca finalizzato, appunto, alla soluzione dello stato di sovraindebitamento del consumatore, sia se concesso in funzione che in occasione della procedura, è considerato prededucibile e sarà soddisfatto con preferenza rispetto ad ogni altro creditore.

A differenza di quanto detto nel precedente paragrafo, la persona indebitata ricorrendo tempestivamente ai benefici della procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore, potrà usufruire di un mezzo più efficace rispetto all'azione giudiziaria precedentemente intessuta in quanto tramite tale procedura potrà risolvere non solo la situazione debitoria connessa al rapporto con la banca ma potrà risolvere anche tutte le sue eventuali posizioni debitorie. Questo farà sì che il consumatore, non più debitore, diverrà, di nuovo, parte attiva del sistema economico e, cosa più importante, vedrà tutelati i propri diritti della sua persona.

IV. CONCLUSIONI.

Alla fine della strada che si è fin qui percorsa, con questo studio si è tentato di provare, anche secondo diverse prospettive, come l'ordinamento concede al debitore, ed in particolare del debitore consumatore, vari rimedi ai quali può ricorrere per ottenere il risarcimento del danno conseguente ai torti che ritiene di aver subito da parte dei creditori. Ma se in questa prospettiva si esegue una analisi concreta di questi rimedi e se le norme che li regolamentano vengono lette anche alla luce dei principi contenuti nell'intero ordinamento[37], si può arrivare a presupporre che in essi non vi sono posizioni di vantaggio né del debitore e né del creditore ma, invece, in essi sussiste un bilanciamento degli interessi di entrambe le parti sanzionando solo quella parte che ha tenuto un comportamento ritenuto illegittimo dall'ordinamento.

Difatti il presupposto generale sul quale orientarsi è che la predisposizione del rimedio è espressione dell'esigenza di realizzazione di un valore che ne giustifica l'applicazione sia essa giudiziale che stragiudiziale[38].

fondamentale, l'attuale frontiera consiste nel valutare se le lesioni al godimento dell'abitazione possano dar luogo a pregiudizi di natura non patrimoniale, i quali siano risarcibili a favore di chi sta in quel momento un uso legittimo del bene.".

37 Sul punto si legga Pierlingieri, P.: "*Relazione conclusiva",* in AA.VV.: *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito* (a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. di Nella, L. Mezzasoma), ESI, Napoli, 2010, p. 139: "L'unitarietà fa sì che nell'interpretazione e nell'applicazione di una norma risulti irrilevante la sua collocazione in questo o quel determinato contesto normativo, in quanto ciò che conta è la sua interpretazione sistematica ed assiologica.".

38 Perlingieri, P.: "Il «Giusto Rimedio» nel diritto civile", *Il Giusto Processo Civile*, 2011, p. 6.

E così si è dimostrato che l'avveramento della condizione sospensiva in favore della banca, che fa sì che questa acquisti la proprietà dell'immobile posto a garanzia finanziamento concesso al cliente inadempiente, è assimilabile al pagamento anticipato del prezzo di vendita dell'immobile stesso da parte della banca sotto forma della preventiva concessione del finanziamento.

Si è anche provato come il consumatore può ottenere dalla banca il risarcimento del danno patrimoniale quando questa applica un tasso di interesse superiore a quello soglia ma, nello stesso tempo, può ottenere anche un risarcimento del danno non patrimoniale quando la banca, tenendo un comportamento illegittimo, provoca una lesione dei diritti fondamentali del debitore quale persona da tutelare.

Infine si è visto, ai fini del bilanciamento della posizione del debitore e del creditore quale presupposto dell'allocazione dei rischi connessi all'insolvenza, come l'accesso del consumatore alla relativa alla procedura di sovraindebitamento, il cui accesso è preliminarmente condizionato all'accertamento giudiziale della sua meritevolezza, possa permettergli non solo di ottenere, seppur indirettamente, il giusto risarcimento del torto subito da parte della banca ma anche di poter rientrare nel sistema sociale ed economico di cui fa parte a pieno titolo.

A questo punto è opportuno svolgere un'ultima considerazione; quanto è stato prospettato nel corso del presente studio, in parte, è riconducibile all'applicazione di procedure che tutelano le parti in gioco ma che pur essendo di matrice rimediale non sono di esclusiva natura giudiziale con la diretta conseguenza che l'equazione rimedio-strumento giudiziale ormai è superata potendo, forse, definire il «giusto rimedio» ogni rimedio idoneo ad attuare interessi meritevoli di tutela.

In conclusione, con questo studio, oltre a cercare di offrire ulteriori spunti di indagine si è anche provato a dimostrare che le clausole generali quali sono la correttezza, la buona fede e la meritevolezza[39] sono poste a base della tutela della persona, anche quando questa diviene debitore, quale rimedio alle situazioni di disequilibrio, nel senso che se da un lato assumono la veste di elementi essenziali per ottenere la legittimazione della compressione della sua responsabilità patrimoniale dall'altro lato sono le basi su cui fondare il giusto rimedio al quale il debitore può ricorrere per ottenere il torto che ha subito[40] anche in relazione alla responsabilità sociale dell'impresa bancaria.

39 Candian, A.: "Tutela del consumatore nei rapporti bancari", in AA.VV.: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (profili internazionali)* (a cura di E. Llmas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana, V. Rizzo), ESI, Napoli, 2019), p. 40 ss.

40 Sul rimedio applicabile si veda Mezzasoma, L.: "La responsabilità patrimoniale del consumatore", in AA.VV.: Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del COVID-19 (a cura di V. Rizzo, L. Mezzasoma, E. Llamas Pombo e G. Berti de Marinis), Napoli, ESI, 2021, p. 489.

Tuttavia per comprendere compiutamente l'evoluzione della normativa che ha coinvolto l'impresa bancaria anche in materia di responsabilità sociale, della quale alcuni aspetti sono stati trattati nel presente studio, e le sue connessioni con la tematica della tutela del consumatore quale contraente debole, è necessario partire dalla considerazione che la responsabilità esige quali elementi costitutivi sia l'obbligo che la sanzione e proprio in relazione a quest'ultimo elemento resta ancora da verificare se gli strumenti sin qui prospettati siano rimedi efficaci, quando calati nella realtà giudiziaria, per ristabilire il necessario equilibrio contrattuale. Ulteriori affinamenti del dettato normativo saranno probabilmente necessari ma per contestualizzare e rendere effettivamente concreto, anche secondo l'ottica processuale, quanto sin qui detto è sicuramente venuto in aiuto il Codice della Crisi dell'Impresa e dell'Insolvenza[41] che all'art. 4 dispone che il rapporto che si deve incardinare tra debitore e creditori deve rispettare i canoni della correttezza e della buona fede. Vi è poi un altro aspetto del codice che merita attenzione anche nella prospettiva della tutela del consumatore: il ricorso al principio della meritevolezza quale elemento necessario non solo per l'accesso del consumatore alla procedura deputata alla ristrutturazione dei suoi debiti ma anche quale elemento volto a risarcire il torto da esso subito da parte della banca che non ha correttamente valutato il suo merito creditizio. D'altronde, come rilevato in dottrina, "non avrebbe senso continuare a bilanciare il mercato di fronte al perdurare di posizioni creditorie sicuramente o quasi sicuramente inesigibili"[42].

La costante e consapevole applicazione dei principi fondamentali dell'ordinamento anche agli istituti volti alla soluzione della crisi del debitore[43], potrebbe essere in grado di generare un equilibrio stabile tra le parti che agevola, sicuramente, la soluzione della sua crisi[44].

41 Il Codice della Crisi dell'Impresa e dell'Insolvenza è entrato in vigore il 15.07.2022 ed in esso sono regolamentate unitariamente tutte le procedure prima previste dalla Legge Fallimentare, dalla L. n. 3/2012 nonché la procedura di composizione negoziata della crisi dell'impresa prevista dal D.L. n. 118/2021.

42 Sul punto Mezzasoma, L.: "La valutazione del merito creditizio del consumatore", in AA.VV.: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (profili internazionali)* (a cura di E. Llmas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana, V. Rizzo), ESI, Napoli, 2019, p. 133 ss.

43 Martone I.: "Il giudizio di meritevolezza, questioni aperte e profili applicativi", in Quaderni della rassegna di diritto civile, ESI, Napoli, 2017, p. 30: "Il giudizio di meritevolezza, in sostanza, costituirebbe il risultato di una valutazione comparativa o, se si preferisce, di un bilanciamento tra l'interesse sacrificato – quello dei creditori generali – e l'interesse realizzato con l'atto di destinazione.".

44 Sul punto si legga Mezzasoma, L.: *Il percorso della meritevolezza nel sovraindebitamento del consumtore,* ESI, Napoli, 2021, p. 240: "Una conferma, quindi, che l'art. 2740 c.c. non è stato integralmente superato, ma solo mitigato per far fronte ad un necessario bilanciamento di interessi che non può prescindere da principi di ordine pubblico economico e dai principi fondanti il nostro ordinamento.".

BIBLIOGRAFIA

Ambrosini, S.: "La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciano", *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2016, p. 1075 ss.

Berti de Marinis, G.: "Formalismo nel credito al consumo", in AA.VV.: *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito* (a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. di Nella, L. Mezzasoma), ESI, Napoli, 2010, p. 180.

Candian, A.: "Tutela del consumatore nei rapporti bancari", in AA.VV.: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (profili internazionali)* (a cura di E. Llmas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana, v. Rizzo), ESI, Napoli, 2019, p. 44 ss.

Candian, A.: "Tutela del consumatore nei rapporti bancari", in AA.VV.: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (profili internazionali)* (a cura di E. Llmas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana, v. Rizzo), ESI, Napoli, 2019, p. 40.

Candian, A.: "Tutela del consumatore nei rapporti bancari", in AA.VV.: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (profili internazionali)* (a cura di E. Llmas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana, v. Rizzo), ESI, Napoli, 2019*op. cit.*, p. 40 ss.

Capobianco, E.: "Profili generali della contrattazione bancaria", in AA.VV.: *I contratti bancari* (a cura di E. Capobianco), WKY, Milano, 2016, p. 39.

Carapezza Figlia, G.: "Epidemia e distribuzione del rischio contrattuale", in AA.VV.: *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del COVID-19* (a cura di V. Rizzo, L. Mezzasoma, E. Llamas Pombo e G. Berti de Marinis), Napoli, ESI, 2021, p. 150 ss.

Colombo, C.: "Gli interessi nei contratti bancari", in AA.VV.: *I contratti bancari* (a cura di E. Capobianco), WKY, Milano, 2016, p. 514.

Costa, A.: "La nuova disciplina del credito ai consumatori", in AA.VV.: *I contratti del consumatore* (a cura di G. Alpa), Giuffrè, Milano, 2014, p. 941.

D'Orazio, L.: "Le garanzie: pegno non possessorio e patto marciano", *Il nuovo diritto delle società*, 2017, p. 375 ss.

Di Nella, L.: "Gli orientamenti dell'ABF in materia di tutela dei consumatori", in AA.VV.: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (profili internazionali)* (a cura di E. Llmas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana, v. Rizzo), ESI, Napoli, 2019, p. 239.

Di Raimo, R.: "Antecedenti e criteri ordinanti delle tutele nelle negoziazioni bancaria e fiduciaria", in AA.VV: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (profili internazionali)* (a cura di E. Llmas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana, v. Rizzo), ESI, Napoli, 2019, p. 89.

Di Raimo, R.: "Antecedenti e criteri ordinanti delle tutele nelle negoziazioni bancaria e fiduciaria", in AA.VV.: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (profili internazionali)* (a cura di E. Llmas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana, v. Rizzo), ESI, Napoli, 2019, p. 94.

Follieri, L.: "Il patto marciano tra diritto "comune" e "speciale"", *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, p. 1857 ss.

Francisetti Brolin, M.M.: *Danno non patrimoniale e inadempimento,* ESI, Napoli, 2014, p. 293.

Imbruglia, D.: "I contratti bancari", in AA.VV.: *Contratto e responsabilità* (a cura di G. Vettori), CEDAM, Milano, 2013, p. 1667.

Llmas Pompo, E., "Pandemia e attuazione dell'obbligatorietà del contratto nell'ordinamento spagnolo", in AA.VV.: Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del COVID-19 (a cura di V. Rizzo, L. Mezzasoma, E. Llamas Pombo e G. Berti de Marinis), Napoli, ESI, 2021, p. 439.

Lobiano, M.: "I negozi ipotecari", in AA.VV.: in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato* (a cura di P. Perlingieri), ESI, Napoli, 2007, p. 273.

Luminoso, A.: "Patto marciano e sottotipi", *Rivista di diritto civile*, 2017, p. 1398 ss.

Martone, I.: "Il giudizio di meritevolezza, questioni aperte e profili applicativi", in Quaderni della rassegna di diritto civile, ESI, Napoli, 2017, p. 30.

Mezzasoma, L.: "La responsabilità patrimoniale del consumatore", in AA.VV.: *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del COVID-19* (a cura di V. Rizzo, L. Mezzasoma, E. Llamas Pombo e G. Berti de Marinis), ESI, Napoli, 2021, p. 490.

Mezzasoma, L.: "La responsabilità patrimoniale del consumatore", in AA.VV.: *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del COVID-19* (a cura di V. Rizzo, L. Mezzasoma, E. Llamas Pombo e G. Berti de Marinis), Napoli, ESI, 2021, p. 487.

Mezzasoma, L.: "La responsabilità patrimoniale del consumatore", in AA.VV.: Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del COVID-19 (a cura di V.

Rizzo, L. Mezzasoma, E. Llamas Pombo e G. Berti de Marinis), Napoli, ESI, 2021, p. 489.

Mezzasoma, L.: "La valutazione del merito creditizio del consumatore", in AA.VV.: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (profili internazionali)* (a cura di E. Llmas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana, v. Rizzo), ESI, Napoli, 2019, p. 127.

Mezzasoma, L.: "La valutazione del merito creditizio del consumatore", in AA.VV.: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (profili internazionali)* (a cura di E. Llmas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana, v. Rizzo), ESI, Napoli, 2019, p. 133 ss.

Mezzasoma, L.: *Il percorso della meritevolezza nel sovraindebitamento del consumtore,* ESI, Napoli, 2021, p. 240.

Modica, L.: *Profili giuridici del sovraindebitamento,* Jovene, Napoli, 2012, p. 280.

Modica, L.: *Profili giuridici del sovraindebitamento,* Jovene, Napoli, 2012, p. 330 ss.

Moscogiuri, F.: "L'esdebitazione nell'attuazione del patto marciano disciplinato dall'art. 48 bis T.U.B.", *Orizzonti del diritto commerciale*, 2019, p. 151 ss.

Patti, S.: *Ragionevolezza e clausole generali,* Giuffrè, Milano, 2016, p. 41.

Perlingieri, P.: "Il «Giusto Rimedio» nel diritto civile", *Il Giusto Processo Civile*, 2011, p. 4.

Perlingieri, P.: "Il «Giusto Rimedio» nel diritto civile", *Il Giusto Processo Civile*, 2011, p. 6.

Perlingieri, P.: "Relazione conclusiva", in AA.VV.: *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito* (a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. di Nella, L. Mezzasoma), ESI, Napoli, *p.* 141.

Perlingieri, P.: "*Relazione conclusiva",* in AA.VV.: *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito* (a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. di Nella, L. Mezzasoma), ESI, Napoli, 2010, p. 139.

Restivo, C.: "Abuso del diritto e autonomia privata", in AA.VV.: *Abuso del diritto e buona fede nei contratti* (a cura di S. Pagliantini), Giappichelli, Torino, 2010, p. 119 ss.

Ricciuto, V.: "La tutela dell'investitore finanziario", in AA.VV.: *La MIFID II Rapporti con la clientela – regole di governance – mercati* (a cura di V. Troiano e R. Motroni), WKY, Milano, 2016, p. 9.

Rispoli Farina, M. e Falcone, G.: "Le operazioni bancarie speciali", in AA.VV.: *I contratti bancari*, (a cura di E. Capobianco), WKY, Milano, 2016, p. 1386 ss.

Saraceno, M.: "Il patto marciano nella disciplina dell'art. 48 bis T.U.B.", *Jus Civile*, 2021, p. 102 ss.

Savorai, G.: "Il danno non patrimoniale da inadempimento", in AA.VV.: *Trattato della responsabilità contrattuale* (diretto da G. Visentini), WKY, Milano, 2009, p. 288.

Uda, G.M.: "L'informativa alla clientela in relazione ai servizi di investimento", in AA.VV.: *La MIFID II Rapporti con la clientela – regole di governance – mercati*, WKY, Milano, 2016, p. 28.

LA RESPONSABILITÀ DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA NAZIONALI ED EUROPEE PER OMESSA VIGILANZA

THE LIABILITY OF NATIONAL AND EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES FOR FAILURE OF SUPERVISION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1546-1565

Valeria
CAPUTO

ARTICOLO CONSEGNATO: 13 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: La presente ricerca offre una panoramica generale sulla tematica della responsabilità civile delle Autorità di vigilanza. Muovendo dal sindacato sulle decisioni delle Autorità amministrative indipendenti, si darà atto delle difficoltà che incontrano i giudici nel valutare l'esercizio dei poteri di vigilanza.

L'analisi di alcune sentenze recenti, sia nazionali che europee, consentirà di appurare un atteggiamento altalenante, alcune volte talmente orientato alla tutela del risparmiatore da forzare le maglie delle norme. Altre volte si attesta, invece, una maggiore deferenza verso le scelte dell'Autorità. Presa di posizione dell'Autorità giudiziaria o semplici differenze casistiche?

PAROLE CHIAVE: Autorità di vigilanza, responsabilità civile, responsabilità contrattuale, giurisdizione, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, principio di effettività della tutela.

ABSTRACT: *This paper provides a general overview of civil liability of supervisory Authorities. Starting from the judicial review of the decisions of independent administrative authorities, it is noted the difficulties that the judges face when they have to consider supervisory powers.*

By analysing some recent cases, both national and European, it is revealed a fluctuating attitude, at times so oriented to the saver to force the law. At other times, on the other hand, there is a greater deference to the choices of the Authority. Stance of the judge or simple differences based on the case?

KEY WORDS: *Supervisory authority, civil liability, contractual liability, jurisdiction, Court of Justice of the European Union, principle of effectiveness of protection.*

SOMMARIO.- I. CENNI INTRODUTTIVI. – II. QUESTIONI TRADIZIONALI. – III. AUTORITÀ DI VIGILANZA EUROPEE ED EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA. – IV. CONCLUSIONI.

I. CENNI INTRODUTTIVI.

"Quis custodiet ipsos custodes?" è il quesito che sin dai tempi di Giovenale tormenta la società. Declinato in ambito giuridico, l'interrogativo rimanda alle "Authorities", quei soggetti pubblici, autonomi e indipendenti dal potere esecutivo, a cui sono affidati compiti di vigilanza e regolamentazione di interessi costituzionalmente rilevanti.

L'assenza di controlli accentua il loro carattere eccentrico rispetto alla morfologia della Pubblica Amministrazione; tuttavia, sin dalla prima metà degli anni 80 ci si è posti sia in Italia che in Europa il problema della responsabilità civile.[1]

La presente indagine intende concentrarsi sulla responsabilità della Consob[2]: autorità che vigila sui mercati mobiliari, sul corretto comportamento degli intermediari e che garantisce la trasparenza sui prodotti finanziari. Ci si soffermerà, altresì, sulla responsabilità della sua "cugina" europea che è l'ESMA.

Nell'affrontare il tema, non può prescindersi da un'analisi di carattere generale sui nodi problematici che riguardano questo tipo di sindacato giurisdizionale.

Per un lungo periodo la giurisprudenza ha ritenuto che le attività di vigilanza e regolazione fossero attività di alta amministrazione[3]. I risparmiatori erano titolari di un mero interesse di fatto, non giustiziabile.[4]

1 Blandini, A.: "Sulla responsabilità degli organi di vigilanza", en AA.VV.: *Intermediari finanziari, mercati* e *società quotate (*coord. por A. Patroni Griffi, M. Sandulli, V. Santoro), Giappichelli, Torino, 1999, p. 323 ss.

2 In generale sulla Consob cfr. Rodorf, R.: "La Consob come autorità indipendente nella tutela del risparmio", *Foro it.,* 2000, vol. 123, núm 5, p. 145 ss.; Romagnoli, G.: *Consob, profili e attività,* Giappichelli, Torino, 2012; D'Ambrosi, F.: *Consob e sistema di vigilanza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017.

3 Sul punto si veda Antoniazzi, S.: *La Banca centrale europea tra politica monetaria* e *vigilanza bancaria*, Giappichelli, Torino, 2013.

4 Cass., sez. Un., 29 marzo 1989, n. 1531: «La Banca d'Italia e il governatore di essa, nell'esplicare l'attività relativa al controllo della funzione creditizia, agiscono come organi diretti dello stato, sicché a fronte dell'esercizio del proprio potere pubblicistico discrezionale e di alta amministrazione non è dato ravvisare alcuna situazione soggettiva tutelabile quale diritto soggettivo e neppure quale interesse legittimo»; nonché Cass., 14 gennaio 1992, n. 367, secondo la quale i poteri di vigilanza attribuiti dal legislatore alla Consob sono finalizzati ad assicurare la «tutela dell'interesse generale all'ordinata attivazione ed alla trasparenza di quel settore specifico rappresentato dal mercato mobiliare», pertanto la situazione soggettiva del privato «si traduce nell'interesse all'appropriato svolgimento, da parte della Consob, delle funzioni regolatrici e di vigilanza demandatele, e trova, quindi, considerazione nell'ordinamento solo in maniera indiretta ed a

• Valeria Caputo
Dottoranda in Diritto dei consumi presso l'Università degli Studi di Perugia e Università di Salamanca
valeriacaputo9@gmail.com

La storica sentenza delle Sezioni Unite n. 500 del 1999 ha segnato una svolta di rilevanza epocale nei rapporti tra P.A. e cittadini, ammettendo che la prima possa essere condannata nei confronti dei secondi al risarcimento del danno derivante dalla lesione di quelle posizioni soggettive che, pur non assurgendo al rango di veri e propri diritti soggettivi, ricevono protezione dal parte dell'ordinamento[5].

Con specifico riferimento alla Consob, nel 2001[6] la Corte di Cassazione ha chiarito che il risparmiatore ha diritto di vedere tutelati i suoi risparmi da parte dell'Autorità di vigilanza perché è titolare di un diritto soggettivo all'integrità patrimoniale[7], distinto dalla posizione delle imprese, titolari di un interesse legittimo.

La Suprema Corte ha specificato che la Consob non è solo organo di vigilanza del mercato dei valori ma anche organo di garanzia del risparmio pubblico e privato: la sua attività deve svolgersi nei limiti imposti dal precetto primario del "neminem laedere"[8].

In dottrina è stato sottolineato che, con questa storica sentenza, la Corte di Cassazione ha compiuto «due passi oltre la sentenza 500/99»[9], perché si è spinta ad esplorare l'area grigia della distinzione tra interessi legittimi risarcibili ed interessi di mero fatto.

Gli approdi cui sono pervenute dottrina e giurisprudenza sono stati recepiti anche dal legisaltore.

Nell'incessante ricerca di un punto di equilibro tra il principio della responsabilità della P.A. *ex* art. 28 Cost. e il principio del buon andamento dell'azione amministrativa, di cui all'art. 125 Cost., il Parlamento ha ritenuto la responsabilità un contrappeso irrinunciabile in quanto le funzioni di regolazione e

livello, quindi, di mero interesse variamente qualificato»; in termini analoghi cfr. Cass., sez. Un., 22 luglio 1993, n. 8181, e Cass. 15 marzo 1989, n. 1303.

5 I commenti alla sentenza della Cassazione a sezioni unite n. 500 del 22 luglio 1999 sono numerosissimi. Si vedano, tra i tanti contributi, quelli pubblicati nell'annata 2000 della Rivista di diritto civile. Cfr., altresì Clarich, M.: "La responsabilità della Consob nell'esercizio dell'attività di vigilanza: due passi oltre la sentenza della Cassazione n. 500/99", *Danno e resp*., 2002, p. 223 ss.

6 Cfr. Cass., 3 marzo 2001, n. 3132, *Banca borsa e tit. cred.*, 2002, vól II, p. 10 ss. con nota di Perrone, A.: "Falsità del prospetto e responsabilità civile della Consob". I fatti oggetto della sentenza riguardavano un'offerta di sottoscrizione di "titoli atipici", operazione a monte della quale vi era l'autorizzazione della Consob e che non andò a buon fine. Alcuni sottoscrittori citarono in giudizio la Consob (nonché alcuni suoi funzionari), chiedendone la condanna al risarcimento dei danni patiti per effetto dell'indebita autorizzazione all'operazione.

7 La figura del diritto alla «integrità del patrimonio» fu affermata per la prima volta da Cass. 4 maggio 1982, n. 2765, sul caso De Chirico e poi ribadita da Cass., 21 ottobre 1983, n. 6177 e da Cass. 25 luglio 1986, n. 4755, *Nuova giur. civ. comm.,* 1987, I, p. 386, con nota di Libertini, M.

8 Sclafani, F.: "La responsabilità civile delle autorità indipendenti nelle funzioni di regolazione e vigilanza dei mercati: molti interrogativi e poche certezze", *Rivista della regolazione dei mercati*, 2017, núm 1, p. 14. In senso critico cfr. Castronovo, C.: *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Giuffré, Milano, 1991, p. 26 ss.

9 Clarich, M.: "La responsabilità della Consob", cit., p. 224.

vigilanza dei mercati, essendo affidate prevalentemente ad autorità indipendenti, sono sottratte al controllo del corpo elettorale. Da ciò la necessità che non venga eliminato anche il sindacato del giudice.

Per evitare che l'effetto deterrenza scatenasse una vigilanza di tipo "difensivo", il legislatore ha scelto di circoscrivere la responsabilità civile ai casi di dolo o colpa grave *ex* art. 24, comma 6 bis, della l. 262 del 2005.

Appurata la responsabilità, sorge il problema del tipo di sindacato.

Le funzioni di regolazione e vigilanza implicano valutazioni tecnico-economiche complesse e sono esercitate in una cornice legislativa dominata da norme elastiche e concetti giuridici indeterminati che lasciano ampio margine di manovra alla amministrazione.

Il giudice deve tenere in considerazione il variegato spettro di poteri attribuiti all' Autorità e la fluidità che ne caratterizza l'esercizio.

Il carattere continuo della vigilanza, l'utilizzo di strumenti di "soft regulation" e di fasi e/o segmenti procedimentali informali, il comportamento complessivamente tenuto dall'amministrazione e l'ambivalenza della vigilanza, a seconda che la si guardi con gli occhi dei soggetti vigilati o dei beneficiari[10], sono alcuni dei piani che concorrono alla multi-dimensionalità delle funzioni attribuite alle autorità di vigilanza[11].

10 Questa distinzione di ruoli deve tenere in considerazione la complessità dei mercati vigilati e, in particolare, la loro struttura multipolare: si pensi, ad esempio, ai danni generati da interventi di soft regulation (a mezzo di meri comunicati sui siti istituzionali), perciò non vincolanti, che hanno tuttavia l'effetto, proprio in virtù dell'autorevolezza delle autorità, di dissuadere i risparmiatori-investitori da determinate operazioni. In giurisprudenza, sulla sovrapposizione del ruolo di investitore e consumatore e delle conseguenze che questo produce sulla legittimazione della Banca d'Italia, cfr. Cons. St., 10 dicembre 2020, n. 7852. Sulla diversità tra creditori e azionisti nell'ambito del meccanismo di risoluzione, Cons. St., sez. VI, 9 ottobre 2020, n. 5991. Sugli effetti che la complessità dei sistemi di mercato vigilati produce anche sul ruolo del giudice, chiamato ad essere giudice del mercato si veda: Clarich, M.: "La giurisdizione esclusiva e la regolazione di mercato", *Foro amm.* T.A.R., 2003, p. 3133: "In questo nuovo universo, «il bisogno di tutela», per riprendere l'espressione di Massimo Severo Giannini, e dunque, in ultima analisi, il ruolo del giudice, diventa più articolato. Nella veste di giudice del mercato, sia pur attraverso la mediazione necessaria del sindacato sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza del mercato, vengono colpite, ex post, le manifestazioni illecite, spesso sfuggenti e cangianti, del potere di mercato. Nella veste di giudice della regolamentazione economica, viene sindacato l'uso del potere allo scopo di prevenire gli eccessi di regolamentazione, o, come è stato detto, per contenere «la propensione intrusiva e "ardore regolatorio» di talune autorità di regolazione. Nel primo caso, prevale l'esigenza di tutela dell'interesse pubblico (interesse di consumatori) e, talora, dell'interesse privato dell'impresa concorrente leso dall'esercizio del potere di mercato; nel secondo caso, assume rilievo soprattutto l'interesse dell'impresa privata (libertà di iniziativa economica) sacrificato ingiustamente o in misura non proporzionata dall'esercizio delle potestà pubbliche". Sul punto si veda, altresí, Clarich, M.: "Giustizia amministrativa e processi economici", *Riv. Trim. dir. Pubbl.,* 2020, núm 1, p. 19.

11 Corte cost., 21 dicembre 2018, n. 240, sulla legittimità costituzionale dell'art. 55, comma 2, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. In tema di multi-dimensionalità anche Cass., 8 ottobre 2018, n. 24692 e n. 24723, che pongono le autorità indipendenti fuori dall'esercizio dell'amministrazione attiva, nel senso che non perseguono, pur con il rispetto del canone d'imparzialità imposto alla P.A., la realizzazione del pubblico interesse in senso tipico, quale tradizionalmente noto al diritto amministrativo, ma svolgono funzione ibrida d'alta verifica, controllo, vigilanza e indirizzo, alla quale viene associata quella sanzionatoria; Cass.,

Pur essendo tramontata l'epoca del sindacato debole[12], il giudice non può rischiare di sostituirsi all'amministrazione, violando il principio di separazione dei poteri.

Pertanto, l'autorità giudiziaria, nel verificare direttamente[13] l'attendibilità[14] degli elementi acquisiti nel procedimento e le valutazioni tecniche compiute nel provvedimento, deve rimanere nella sua sfera di potere, compito alquanto arduo quando si tratta di sindacare il mancato esercizio del potere di vigilanza.

Seguendo il solco di queste considerazioni generali, occorre dare atto degli amibiti di responsabilità che saranno approfonditi nel prosieguo della trattazione.

Saranno analizzati i profili di responsabilità civile in cui potrà incorrere l'Autorità nei confronti dei soggetti direttamente vigilati e nei confronti degli investitori/risparmiatori[15].

Non saranno oggetto di riflessione, in questa sede, né la responsabilità da cattivo o omesso esercizio dei poteri societari attribuiti all'Autorità da specifiche

6 agosto 2019, n. 21017 che ha affermato la possibilità per la Consob, in virtù degli artt. 4,5 e 10 del t.u.f., di utilizzare gli esiti della verifica ispettiva svolta dalla Banca d'Italia che le sono stati comunicati, senza dover necessariamente svolgere in via autonoma nuovi accertamenti. La multi-dimensionalità emerge anche in chiave storica quale tratto caratteristico della vigilanza sul credito: sul punto si rinvia a Clarich, M.: "La disciplina del settore bancario in Italia: dalla legge bancaria del 1936 all'Unione bancaria europea", *Giurisprudenza commerciale*, 2019, núm 1, p. 32, ove si sottolinea come già la legge bancaria del 1936 avesse dotato la Banca d'Italia di "amplissimi poteri prescrittivi, autorizzatori e sanzionatori".

12 Espressione utilizzata dal Consiglio di Stato che qualificava "debole" il sindacato di legittimità sull'accertamento dell'illecito antitrust e "forte" il sindacato sulle sanzioni, ritenuto di merito. Questa terminologia ha indotto le imprese a contestare l'effettività della tutela giurisdizionale che però è passata indenne al vaglio sia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sent. 9 novembre 2009, n. 23667 in cui si sottolinea che tale giurisdizione esclusiva presuppone un atto adottato nell'ambito di un rapporto non paritario ma asimmetrico perché caratterizzato dalla relazione potere-soggezione e che quindi non coinvolge diritti soggettivi) sia della Corte Europe dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU, sez. II, sent. 27 settembre 2011, ric. n. 43509/08, Pres. Tulkens, Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia). Si consideri, peraltro che il sindacato di legittimità è sostanzialmente conforme al modello di controllo del Giudice Comunitario.

13 È ormai pacifico in giurisprudenza che il giudice amministrativo può sindacare la discrezionalità tecnica attraverso un controllo c.d. intrinseco, purché non sostitutivo, ossia "con gli occhi dell'esperto", cfr. Cass., sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013. Osservano Villata, R., Ramajoli, M.: *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 154-155, che l'attività di valutazione tecnica viene scomposta in quattro fasi distinte ad ognuna delle quali corrisponde, secondo la giurisprudenza, un sindacato diverso: «i fatti posti a fondamento del provvedimenti dell'autorità antitrust "possono senza dubbio essere pienamente verificati dal giudice amministrativo sotto il profilo della verità degli stessi", mentre la fase dell'individuazione del parametro e del raffronto con i fatti accertati si caratterizza per l'esercizio di un'attività discrezionale di carattere tecnico, che giustificherebbe un sindacato di tipo debole».

14 Nelle pronunce piú recenti il Consiglio di Stato richiede necessario un sindacato di "maggiore attendibilitá". Sul punto, cfr. Consiglio di Stato, 19 luglio 2019, n. 4990, *federalismi.it:* "Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della quaestio facti sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile). Al sindacato (non sostitutivo) di "attendibilità" va dunque un sindacato pieno di «maggiore attendibilità»".

15 Non vi è alcuna differenza tra risparmiatori e azionisti, né sul piano della tutela derivante dall'attività di vigilanza, né sul piano della domanda risarcitoria (non solo perché il mancato esercizio del potere è invocato, dagli uni e dagli altri, quale *mera* causa dell'evento dannoso, ma anche perché quei poteri non vengono in rilievo. Anche gli azionisti, dunque, in quanto terzi beneficiari del potere di vigilanza, entrano nella dimensione di relazione schiusa dal principio del *neminem laedere*.

disposizioni di legge: ad esempio, del potere di impugnativa del bilancio, né la responsabilità da cattivo o omesso esercizio del potere regolamentare (sul modello della responsabilità dello Stato per cattivo esercizio del potere legislativo).[16]

II. QUESTIONI TRADIZIONALI.

Evacuato il campo di indagine da qualsiasi ritrosia in merito all' "an" del sindacato giurisdizionale, occorre affrontare le problematiche tradizionali che, a cadenza fissa, si ripresentano all'attenzione dell'interprete.

Prima fra tutte: il riparto di giurisdizione[17] tra giudice amministrativo e giudice ordinario.

Questo "leitmotiv" è soggetto a continue turbolenze; sembra proprio che la giurisprudenza faccia fatica ad assestarsi nel caso in cui la pretesa risarcitoria venga avanzata dal risparmiatore-investitore.

Nel 2003[18] la Corte di Cassazione si è orientata a favore del giudice ordinario, stabilendo che compete a questo giudice conoscere la domanda risarcitoria proposta dal risparmiatore nei confronti dell'autorità di vigilanza finanziaria per il danno subito dall'esercizio o mancato esercizio dei propri poteri di vigilanza.

Nonostante dal precedente art. 33 del d.lgs. del 31 marzo 1998 n. 80 e dal vigente art. 133 del codice del processo amministrativo si evinca che le controversie aventi ad oggetto provvedimenti della Consob appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, "esula dalla giurisdizione medesima, atteso che la controversia deve farsi rientrare nella categoria delle controversie meramente risarcitorie".

Differentemente, quando le Sezioni Unite della Corte di Cassazione[19] sono state chiamate a individuare il giudice competente in un giudizio avente a oggetto una domanda inibitoria proposta da alcuni investitori ai fini della condanna della Consob all'esercizio dei poteri di vigilanza, hanno optato per il giudice amministrativo.

16 Mazzamuto, S.: "Verso una responsabilità civile delle Authorities?", *Danno e resp.*, 2000, p. 364 ss.; Alpa, G.: "La responsabilità extracontrattuale della Consob: alcuni problemi di metodo e di merito", *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, vol. II, p. 90 ss.

17 Sulla problematica cfr., senza pretese di esaustività, Contessa, C.: "Il riparto di giurisdizione in materia di responsabilità civile della Pubblica Amministrazione" en AAVV, *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione* (coord. por F. Caringella, M. Protto), Zanichelli, Bologna, 2005, p. 511 ss.; Agnino, F.: *Risarcimento del danno e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005.

18 Cass., sez. un., ordinanza 2 maggio 2003, n. 6719, *Foro It.*, 2003, vol. 126, núm. 6, p. 1685.

19 Cass., sez. un., ordinanza 18 maggio 2015, n. 10095, *Dejure online*.

La Suprema Corte, infatti, ha escluso che la pretesa avanzata dai ricorrenti costituisse una declinazione specifica della domanda risarcitoria, né che la posizione giuridica di questi ultimi potesse essere configurata come diritto soggettivo.

In questo caso : "spetta al Giudice amministrativo stabilire, in concreto e nel merito, se l'interesse del privato volto ad ottenere o a conservare un bene della vita quando esso viene a confronto con un potere attribuito dalla legge all'Amministrazione non per la soddisfazione proprio di quell'interesse individuale, ma di un interesse pubblico che lo ricomprende e per la cui realizzazione è dotata di discrezionalità nell'uso dei mezzi a sua disposizione, costituisca un interesse meritevole di tutela ovvero rientri tra gli interessi di mero fatto".

Per superare le evidenti contraddizioni e criticità di tale approdo giurisprudenziale, la Cassazione sembra aver recentemente fatto un passo indietro, offrendo una via d'uscita: il riparto di giurisdizione deve seguire il criterio dell'interesse leso che, dinanzi alle domande risarcitorie (per equivalente e in forma specifica), rientra nella giurisdizione del g.o.[20]

Si pongono in una linea di continuità le ordinanze 6 marzo 2020, n. 6324 e 16 novembre 2020 n. 25953 che hanno confermato l'orientamento tradizionale in base al quale sulle domande proposte dagli investitori e azionisti nei confronti delle autorità di vigilanza per i danni conseguenti alla mancata, inadeguata o ritardata vigilanza nei confronti delle banche ed intermediari, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, non venendo in rilievo la contestazione di poteri amministrativi.

Si tratta, infatti, di comportamenti "doverosi" che non investono scelte e atti autoritativi, essendo dette autorità tenute a rispondere delle conseguenze della violazione dei canoni comportamentali della diligenza, prudenza e perizia, nonché delle norme di legge e regolamentari relativi al corretto svolgimento dell'attività di vigilanza, quali espressione del principio generale del "neminem laedere".

L'omesso esercizio del potere è assunto come mero fatto causativo del danno; il danno è ingiusto per il solo fatto che il principio del "neminem laedere" è violato. Di qui, la sussistenza della giurisdizione ordinaria.

20 Il riferimento è a Cass., Sez. un., 6 marzo 2020, n. 645, ove si afferma: "L'affermazione della giurisdizione ordinaria nella controversia in esame non è, infine, contraddetta da un precedente nel quale le Sezioni Unite hanno affermato la giurisdizione amministrativa in un caso in cui gli investitori chiedevano di ordinare alla Consob di porre termine al proprio comportamento omissivo adottando le misure idonee a ripristinare la corretta informazione circa la reale situazione patrimoniale (Cass., Sez. un., 8 maggio 2015, n. 10095). Ed infatti, in primo luogo, la citata decisione ha premesso che la questione di giurisdizione non atteneva alla domanda risarcitoria ma unicamente a quella «cd. inibitoria» contestualmente proposta. In secondo luogo, non si potrebbe interpretare il suddetto precedente come se fosse ricognitivo della regola della duplicità delle giurisdizioni, a seconda del modo di declinare la domanda risarcitoria (da devolvere al giudice ordinario se proposta per equivalente e al giudice amministrativo se proposta in forma specifica), in considerazione della natura rimediale della tutela risarcitoria in entrambi i casi (cfr. art. 30 c.p.a., comma 2) che impone di individuare il giudice competente in relazione alla natura dell'interesse sostanziale leso che, nel caso in esame, è il giudice ordinario".

L'azione amministrativa è ridotta a evento causale, le tradizionali regole di validità dell'agire amministrativo e l'ampiezza dei poteri attribuiti alle autorità di vigilanza sono misura della gravità della colpa. La responsabilità opera, dunque, sul potere e sulle sue regole, non configurando quale mero rimedio[21].

Un'altra questione classica che spesso si pone all'attenzione dell'interprete attiene alla natura giuridica della responsabilità civile della Consob.

Anche in questo caso sono due le tesi sul tappeto.

Un orientamento[22] riconduce la responsabilità della Autorità di vigilanza alla responsabilità da contatto sociale qualificato.

La tesi si fonda sul legittimo affidamento che l'esercizio sano della funzione amministrativa ingenera nel privato. Il cittadino che entra in contatto con la pubblica amministrazione, infatti, fa affidamento su uno sforzo maggiore in termini di correttezza, lealtà e protezione rispetto a quello che si attenderebbe da un comune cittadino, da cui scaturisce una relazione qualificata caratterizzata da un elevato grado di intensità dei doveri ad essa connessi.

La responsabilità della pubblica amministrazione, pertanto, non si sostanzierebbe nella sola violazione di una pretesa di adempimento, ma nella lesione arrecata ad una relazione qualificata tra un privato e la pubblica amministrazione.

La tesi tradizionale, tuttora maggioritaria[23], è quella della responsabilità aquiliana.

21 Boschetti, B.: "Sulla responsabilità per danni delle autorità di vigilanza (Banca d'Italia e Consob)", *Giurisprudenza Commerciale,* 2021, vol. 4, p. 741.

22 Cass, Sez. Un., 28 aprile 2020 n. 8236, *Dejure online*.

23 Per un inquadramento generale si veda: Alpa, G.: "La responsabilità extracontrattuale della Consob: alcuni problemi di metodo e di merito", cit., p. 90 ss.; Sconamiglio, G.: "La responsabilità civile della Consob", *Rivista del diritto commerciale* e *del diritto generale delle obbligazioni,* 2006, vol. 104, p. 695 ss.; Carriero, G.: "La responsabilità civile delle autorità di vigilanza (in difesa del comma 6-bis dell'art. 24 della legge sulla tutela del risparmio)", *Foro it*., 2008, p. 221 ss.; Crea, C.: "Omesso esercizio di poteri di vigilanza e di controllo: analisi sistematico-evolutiva della responsabilità della Consob (nota a Trib. Roma, 28 aprile 2008)", *Riv. dir. comm.*, 2009, p. 141 ss.; Durante, F.: "Responsabilità per omessa vigilanza, «missione» della Consob e ruolo della giurisprudenza (nota a Trib. Roma, 28 aprile 2008, n. 7119 e Trib. Roma, Sez. II civ., 18 aprile 2007, n. 7856)", *Giur. merito*, 2009, p. 625 ss.; Capriglione, F.: *L'ordinamento finanziario italiano*, Cedam, Padova, 2010, p. 230 ss. Al modello teorico della responsabilità aquiliana è tutt'ora ricondotta la responsabilità per danno da provvedimento illegittimo (da ultimo, T.A.R., Lombardia, Milano, sez. II, 24 giugno 2020, n. 1184; T.A.R. Lazio, 12 giugno 2020, n. 6479; Cons. St., 26 febbraio 2020, n. 1419; si veda anche Cass. Sez. un., 7 maggio 2019, n. 11929, in tema di danno da sanzione illegittima irrogata dall'AGCM); alla stessa è accostata anche la responsabilità per danno da ritardo (ex multis, Cons. St., sez. IV, 1° dicembre 2020, n. 7622; T.A.R. Lombardia, 14 maggio 2020, n. 815; Cons. St., 18 giugno 2018, n. 3730); la responsabilità precontrattuale cd. spuria (T.A.R. Campania, 19 febbraio 2020, n. 790; Cons. St., 24 ottobre 2010, n. 7246). Sul piano normativo, il regime di queste ipotesi di responsabilità aquiliana è costruito dal giudice a partire da un mix variabile di fonti: accanto alle norme del Codice civile, anche norme speciali, quali l'art. 30 c.p.a. (che ha una duplice valenza sostanziale e processuale), oltre all'art. 2 bis della l. 7 agosto 1990, n. 241 (in tema di danno da ritardo).

Giova rammentare il recente arresto della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato[24] che ha ribadito che: "Il paradigma cui è improntato il sistema della responsabilità dell'amministrazione per l'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o per il mancato esercizio di quella doverosa è quello della responsabilità da fatto illecito".

Ultimo profilo tradizionale da analizzare è l'elemento soggettivo.

In materia di vigilanza e regolazione vige un regime speciale: l'art. 24, comma 6 bis della legge n. 262 del 2005 prevede che la Banca d'Italia, la Consob, l'Ivass, la Covip e l'Antitrust rispondono civilmente solo per dolo e colpa grave. Nella relazione illustrativa si legge che la limitazione dei profili soggettivi di imputazione della responsabilità aquiliana al dolo e alla colpa grave appare necessaria per allinearsi agli standard internazionali, come rilevato dal Fondo monetario internazionale in esito alle verifiche condotte sui sistemi di vigilanza nel nostro paese.

Detta giustificazione non ha dissuaso parte della dottrina dal muovere alcune cesure. In primo luogo, non si comprende l'estensione di tale limitazione della responsabilità all'autorità garante della concorrenza e del mercato data l'assenza di funzioni da essa espletate nell'ambito della vigilanza del sistema bancario e finanziario.

Non si coglie, poi, la ragione per la quale altre autorità non vengano incluse, sollevando dubbi anche sulla costituzionalità della norma "ex" art. 3 Cost [25]. Inoltre, la limitazione della responsabilità esclusivamente al dolo e alla colpa grave risulta eccentrica[26] rispetto ad un ordinamento nel quale un'analoga limitazione riguarda solo la responsabilità personale degli impiegati "ex" art. 28 Cost. per danni cagionati alla stessa amministrazione.

Si è, per di più, osservato che il criterio individuato dalla l. n. 262 del 2005 diverge dal regime di responsabilità del prestatore d'opera intellettuale, posto che la limitazione alla colpa grave individuata dal codice civile riguarderebbe solo il caso dell'imperizia e non anche quelli di negligenza e imprudenza che la norma in oggetto è giunta a ricomprendere[27].

24 Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7, *Dejure online*.

25 Atelli, M.: "Prime note sulla nuova responsabilità civile delle authorities dopo il d.lgs. n. 303/2006", *Responsabilità civile*, 2007, p. 191.

26 Della Cananea, G.: "L'autonomia della Banca d'Italia dopo la riforma del 2005", *Quad. cost.*, 2006, p. 787.

27 Siclari, D.: "La limitazione della responsabilità civile delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari recata dall'art. 24, comma 6-bis, della legge n. 262/05: un primo monito dalla Cassazione?", *Giur. It,* 2009, núm. 10, p. 2307 ss. Secondo Carriero, G.: "*La responsabilità civile delle autorità di vigilanza",* cit., p. 221 ss. la limitazione introdotta dal legislatore sia conforme alla specialità dei compiti attribuiti alle autorità amministrative indipendenti.

Nell'applicazione della norma, la giurisprudenza ha avuto un atteggiamento altrettanto "diffidente". Sembra, infatti, che i giudici non intendano seguire la linea del legislatore.

La Corte di Cassazione[28], in tema di omessa vigilanza della Consob, ha avuto modo di sottolineare come: "si ha colpa grave quando l'agente, pur essendone obbligato *de iure*, non faccia uso della diligenza, della perizia o della prudenza professionali esigibili in relazione al tipo di servizio pubblico o ufficio rivestito".

Non viene, quindi, limitata la responsabilità ai soli casi di macroscopiche inosservanze dei doveri di ufficio o di abuso delle funzioni per il perseguimento di fini personali[29].

Parimenti, il Consiglio di Stato, nel condannare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato al risarcimento del danno per aver erroneamente sanzionato una pratica commerciale scorretta, ha ritenuto l'autorità colpevole sostenendo che "non è necessario che venga in questione una violazione grave e manifesta del diritto"[30].

III. AUTORITÀ DI VIGILANZA EUROPEE ED EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA.

L'integrazione dei mercati finanziari, favorita dall'introduzione dell'euro e del mercato unico, ha reso necessaria l'istituzione di un sistema di vigilanza integrata[31]. Si è istituito, da una parte, un organismo di vigilanza macroprudenziale: il Consiglio Europeo per il Rischio Sistemico (ESRB) che fa perno sulla BCE e, dall'altra, un sistema di tre autorità di vigilanza microprudenziali: Sistema Europeo delle Autorità di Vigilanza Finanziaria (ESFS), articolato nell'Autorità Bancaria Europea (EBA), nell'Autorità Europea per le assicurazioni e i fondi pensione (EIOPA) e nell'Autorità Europea per i valori mobiliari (ESMA).

L'ESRB, non avendo personalità giuridica, non risponde direttamente dei danni cagionati dai propri atti, essendo questi ultimi imputabili all'Unione Europea.

In capo alle Autorità di vigilanza microprudenziale, invece, configura una responsabilità diretta. I regolamenti istitutivi prevedono, infatti, (art. 69, co. 1, di ciascuno dei regolamenti istitutivi) che: "in materia di responsabilità extracontrattuale, l'Autorità risarcisce, conformemente ai principi generali comuni

28 Cfr. Cass., 25 febbraio 2009, n. 4587, *Dejure online*.

29 Mora, A.: "Brevi note in tema di responsabilità civile della Consob", *Resp. civ. e prev.*, 2011, vol. 11, p. 2181 ss.

30 Cons. Stato, 14 ottobre 2016, n. 4266, *Dejure online*.

31 D'Ambrosio, R.: "Le Autorità di vigilanza finanziaria dell'Unione", *Dir. banca e merc. fin.*, 2011, núm. 2, p. 109 ss.

agli ordinamenti degli Stati membri, i danni cagionati dall'Autorità stessa o dal suo personale nell'esercizio delle sue funzioni. La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a conoscere delle controversie relative al risarcimento dei danni''.

Coerentemente con la presente indagine, si intende approfondire la responsabilità dell'ESMA, i cui atti – analogamente a quelli della Consob – possono recare danno sia agli intermediari che ai risparmiatori.

I primi possono esperire l'azione risarcitoria ''ex'' art. 268 TFUE (ricorso per risarcimento danni); i secondi potrebbero, invece, dolersi del pregiudizio cagionato prima dall'Autorità nazionale e, poi, dall'Autorità dell'Unione.

Nel primo caso saranno tenuti ad adire il giudice nazionale, nel secondo dovranno invocare il risarcimento dei danni dinanzi ai Giudici di Lussemburgo.

Non sempre è intuitivo capire se la norma comunitaria conferisca o no diritti ai risparmiatori; l'unica strada percorribile per superare l'impasse è il ricorso pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Nel 2004[32] quest'ultima ha approfondito la tematica dell'indisponibilità dei depositi dei risparmiatori causata da vigilanza carente.

In questa occasione ha ritenuto che le norme comunitarie in materia di vigilanza bancaria non conferiscano diritti ai risparmiatori azionabili in sede risarcitoria. Secondo il ragionamento della Corte, la direttiva n. 1994/19/CE garantisce ai depositanti soltanto l'indennizzo minimo da essa previsto, non riconosce ai medesimi un interesse giuridicamente qualificato al corretto esercizio dei poteri di vigilanza; conseguentemente deve escludersi un diritto dei depositanti stessi al risarcimento del danno in caso di negligente esercizio dei poteri suddetti[33].

Nemmeno le tre direttive di coordinamento, trasfuse nella direttiva n. 2000/12, ora 2006/48, contengono disposizioni che riconoscono direttamente diritti ai singoli depositanti[34].

32 Caso *Peter Paul* (C-222/02), 12 ottobre 2004, *Eur-lex*.

33 Secondo la Corte, siffatta interpretazione della direttiva 94/19/ CE: ''è corroborata dal suo ventiquattresimo 'considerando', il quale esclude che questa possa avere per effetto di comportare la responsabilità degli Stati membri o delle loro autorità competenti nei confronti dei depositanti''.

34 La Corte ha premesso che le finalità di armonizzazione della disciplina che ispirano le predette direttive si limitano a quanto: ''essenziale, necessario e sufficiente per pervenire al reciproco riconoscimento delle autorizzazioni e dei sistemi di controllo prudenziale il quale consente il rilascio di un'unica autorizzazione valida in tutta la Comunità e l'applicazione del principio del controllo da parte dello Stato membro di origine''; per il raggiungimento di un tale risultato, prosegue la Corte, non sembra necessario anche: ''il coordinamento delle norme nazionali relative alle responsabilità delle autorità nazionali nei confronti dei depositanti in caso di vigilanza carente''. Ne consegue – secondo la Corte – che neppure le citate direttive di coordinamento: ''possono essere interpretate nel senso che esse attribuiscono ai depositanti diritti in caso di indisponibilità dei loro depositi causata da una vigilanza carente da parte delle autorità

La pronuncia è stata aspramente criticata dalla dottrina che ha invocato settori specifici della disciplina bancaria comunitaria, in cui la tutela dei consumatori assume rilievo pregnante e altri precedenti della stessa Corte di giustizia, sempre in materia bancaria, che rimarcano, tra le finalità della disciplina comunitaria, la tutela dei consumatori di prodotti e servizi bancari.[35]

Chiaramente rivolte alla tutela dei risparmiatori sono, inoltre, le direttive in materia di mercato mobiliare e talune norme del regolamento istitutivo dell'ESMA. L'art. 1 dispone che l'Autorità contribuisce ad "aumentare la protezione dei consumatori" (art. 1, co. 5, lett. f); "promuove la tutela di depositanti e investitori/degli investitori/dei titolari di polizze assicurative, degli aderenti e dei beneficiari di schemi pensionistici" (art. 8, co. 1, lett. h); "assume un ruolo guida nella promozione della trasparenza, della semplicità e dell'equità nel mercato per i prodotti o servizi finanziari destinati ai consumatori" (art. 9, co. 1); "contribuisce a rafforzare il sistema europeo dei sistemi nazionali di garanzia dei depositi/di indennizzo degli investitori con l'obiettivo di assicurare" che i medesimi forniscano "un elevato livello di protezione per tutti i depositanti/investitori" (art. 26).

Il regolamento annovera, tuttavia, tra gli obiettivi dell'Autorità, non soltanto la tutela dei risparmiatori e dei consumatori, ma anche, tra gli altri, la stabilità e l'efficacia a breve, medio e lungo termine del sistema finanziario.

La pluralità di obiettivi che perseguono rende il loro compito complesso e delicato, con inevitabili riflessi nella valutazione delle condizioni e dei limiti della loro eventuale responsabilità nei confronti dei risparmiatori.

Proprio nell'ambito di tale valutazione la Corte di giustizia ha una vera e propria funzione di creazione del diritto. Le condizioni e i limiti della responsabilità dell'Autorità devono, infatti, essere ricavate dal diritto interno degli Stati membri (art. 69), che però non offre soluzioni omogenee.

Il criterio della sufficiente gravità della violazione, inizialmente seguito dalla giurisprudenza della Corte per i soli atti normativi degli Stati membri, è stato esteso, nel caso "Bergaderm"[36] anche alla responsabilità delle istituzioni comunitarie e ai loro atti amministrativi.

nazionali competenti". È stato, pertanto, escluso che le menzionate direttive: "conferiscano ai singoli, in caso di indisponibilità dei loro depositi causata da una vigilanza carente da parte delle autorità nazionali competenti, diritti che possano far sussistere la responsabilità dello Stato in base al diritto comunitario".

35 Cfr. *Panagis Pafitis* (C-441/93); *Parodi* (C-222/95); *Romanelli* (C-366/97), *Eur-lex*.

36 Cfr. C-6 e C-9/90 del 4 luglio 2000, *Eur-lex*.

In linea con i principi di vigilanza sulle banche e sul mercato finanziario sanciti in sede internazionale[37], molti ordinamenti nazionali hanno previsto norme limitative della responsabilità[38] per i provvedimenti adottati "in buona fede" nell'esercizio dei poteri a esse conferiti dalla legge.

In definitiva, la Corte si trova di fronte, oltreché al criterio della sufficiente gravità della violazione, ove ritenuto applicabile anche agli atti amministrativi degli organismi dell'Unione, ai diversi parametri nazionali d'imputazione della responsabilità, dai quali poter ricavare principi comuni. Sembra, tuttavia, da escludere che possa trovare applicazione il principio di esenzione totale dalla responsabilità nei confronti dei risparmiatori, come previsto dall'ordinamento tedesco.

A tacer d'altro, esso sarebbe contrario all'art. 6, co. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), a cui l'Unione espressamente aderisce (art. 6 TFUE), in quanto tale norma, garantendo a ciascuno, prima ancora che il diritto ad un processo equo, pubblico e celere, il diritto di rivolgersi a un tribunale per ogni contestazione relativa a suoi diritti e obbligazioni di carattere civile, presuppone a monte l'effettiva tutela del diritto sostanziale.

L'art. 6, co. 1, della Convenzione trova, di regola, applicazione nell'ipotesi di barriere procedurali che impediscano o limitino la possibilità di adire i tribunali, non potendo la Corte creare, attraverso l'interpretazione dell'art. 6, co. 1, cit., un diritto sostanziale che non abbia base alcuna nell'ordinamento del singolo Stato.

Tuttavia, la Corte medesima ha ritenuto che sarebbe contrario alla preminenza del diritto in una società democratica nonché al principio fondamentale presupposto dall'art. 6, co. 1, della Convenzione, secondo il quale le rivendicazioni civili debbano poter essere portate innanzi ad un giudice, la circostanza che uno Stato possa, senza alcun controllo da parte degli organi della Convenzione, sottrarre alla giurisdizione dei tribunali tutta una serie di azioni civili o esonerare da ogni responsabilità civile larghi gruppi o categorie di soggetti.

37 Sul punto si ricorda che il primo principio dei "Core Principles for Effective Banking Supervision" include, tra i requisiti fondamentali della regolamentazione della vigilanza bancaria, la "legal protection of supervisor", specificando, a tal proposito che le autorità di vigilanza devono poter fare affidamento su di una "protection (normally in law) from personal and institutional liability for supervisory action taken in good faith in the corse of performing supervisory duties".

38 Le limitazioni di responsabilità stabilite nei vari ordinamenti vanno dall'esenzione completa di responsabilità nei confronti dei risparmiatori, come avviene in Germania , in virtù della norma di legge che considera la vigilanza esercitata nell'interesse pubblico e non di terzi determinati (requisito quest'ultimo necessario per configurare ai sensi della Costituzione tedesca una responsabilità civile della P.A.), alla responsabilità per i soli illeciti dolosi, come avviene, anche qui per espressa previsione di legge, in Inghilterra, a quella per i soli casi di dolo e di colpa grave, come sancito in Francia da un ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale, e in Italia, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 24 l. n. 262/2005, come modificato dall'art. 4, co. 2, lett. d), d.lgs. n. 303/2006.

Ebbene, è proprio alla luce di tale ultima considerazione della Corte che va valutata la compatibilità con l'art. 6, co. 1, della Convenzione delle norme che limitano in misura più o meno ampia la responsabilità delle autorità di vigilanza.

IV. CONCLUSIONI.

Le considerazioni appena esposte, seppur brevi e a "compasso allargato", bastano per mettere a fuoco la complessità dei sistemi di vigilanza e di regolazione. Questo intrico scaturisce dal mix eterogeneo di fonti[39] che si intersecano con i principi dell'ordinamento e con i "condizionamenti" derivanti dagli altri sistemi giuridici.

La prospettiva della responsabilità per danni delle autorità di vigilanza aiuta senz'altro a prendere sul serio questa complessità.

Anche quando la norma è chiara, come l'art. 24, comma 6 bis, della legge n. 262 del 2005 che limita la responsabilità della Consob ai casi di dolo o colpa grave, non è ipotizzabile una quadratura del cerchio[40].

Si è appurato come detto regime di favore predisposto dal legislatore non sia stato applicato "tout court" dai giudici.

Un senso di precarietà normativa si avverte anche guardando l'approccio della Corte di Giustizia che, a fronte di direttive "investor friendly", fa fatica a riconoscere al risparmiatore – "coram populo" – il diritto al risarcimento del danno da omessa vigilanza.

Attualmente, in Italia, sembra che venga quasi esasperato il principio democratico, giacché i giudici - ritenendo irrinunciabile la responsabilità dell'Autorità in quanto la funzione di vigilanza dei mercati è sottratta al controllo del corpo elettorale - tendono a interpretare restrittivamente la limitazione di responsabilità.

La Corte di Giustizia mostra, invece, un atteggiamento di maggiore riverenza verso le Autorità di vigilanza, poco attento al principio di parità delle parti.

La fusione di materie, il groviglio di competenze e di poteri, la varietà degli interessi impone di rifuggire da astratte e aprioristiche semplificazioni atte a

39 Sul tema Amorosino, S.: "Il «puzzle» delle fonti normative del mercato bancario e la «dialettica circolare» tra le Corti europee e nazionali", *Rivista della Regolazione dei Mercati,* 2020, núm 1, p. 94 ss.

40 Sul difficile equilibrio tra tutela degli investitori e immunitá delle Autoritá si veda, Vella, F.: "La responsabilitá civile delle autoritá di vigilanza sui mercati finanziari: alla ricerca di un equilibrio tra «immunitá» e tutela degli investitori", *Analisi giuridica dell'Economia*, 2002, núm 1, p. 295 ss.

neutralizzare la complessità della vigilanza, sede in cui spesso la regolazione e il controllo si presentano come attività osmotiche.

Il rischio insito nel processo di separazione dei pezzi del sistema, secondo la convenienza del caso, è di minare l'effettività e la pienezza della tutela, così come la capacità del giudice di essere giudice del mercato[41].

In definitiva, sembra potersi constatare che la responsabilità delle Autorità di vigilanza costituisce l'ennesima linea di faglia fra legislatore e giudice.

Soluzioni facili non si scorgono all'orizzonte. Si auspica che le motivazioni a sostegno di quelle pronunce che si allontanano dal dato normativo siano quanto più cospicue, giacché una delle funzioni della responsabilità civile[42] è quella di orientare le condotte dei consociati.

41 Boschetti, B.: "Sulla responsabilità per danni delle autorità di vigilanza (Banca d'Italia e Consob)", cit., p. 741.

42 Bussani, M.: "Le funzioni delle funzioni della responsabilitá civile", *Rivista di diritto civile*, 2022, p. 264 ss.; Perlingieri, P.: "Le funzioni della responsabilitá civile", *Rassegna di diritto civile*, 2011, vol. 1, p. 115 ss.

BIBLIOGRAFIA

AGNINO, F.: *Risarcimento del danno e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005.

ALPA, G.: "La responsabilità extracontrattuale della Consob: alcuni problemi di metodo e di merito", *Nuova giur. civ. comm.,* 2004, vol. II, p. 90 ss.

AMOROSINO, S.: "Il «puzzle» delle fonti normative del mercato bancario e la «dialettica circolare» tra le Corti europee e nazionali", *Rivista della Regolazione dei Mercati,* 2020, núm 1, p. 94 ss.

ANTONIAZZI, S.: *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Giappichelli, Torino, 2013

ATELLI, M.: "Prime note sulla nuova responsabilità civile delle authorities dopo il d.lgs. n. 303/2006", *Responsabilità civile*, 2007, p. 191.

BLANDINI, A.: "Sulla responsabilità degli organi di vigilanza", en AA.VV.: *Intermediari finanziari, mercati e società quotate (*coord. por A. PATRONI GRIFFI, M. SANDULLI, V. SANTORO), Giappichelli, Torino, 1999, p. 323 ss.

BOSCHETTI, B.: "Sulla responsabilità per danni delle autorità di vigilanza (Banca d'Italia e Consob)", *Giurisprudenza Commerciale,* 2021, vol. 4, p. 741.

BUSSANI, M.: "Le funzioni delle funzioni della responsabilitá civile", *Rivista di diritto civile*, 2022, p. 264 ss.

CAPRIGLIONE, F.: *L'ordinamento finanziario italiano*, Cedam, Padova, 2010, p. 230 ss.

CARRIERO, G.: "La responsabilità civile delle autorità di vigilanza (in difesa del comma 6-bis dell'art. 24 della legge sulla tutela del risparmio)", *Foro it.*, 2008, p. 221 ss.

CASTRONOVO, C.: *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Giuffré, Milano, 1991, p. 26 ss.

CLARICH, M.: "Giustizia amministrativa e processi economici", *Riv. Trim. dir. Pubbl.,* 2020, núm 1, p. 19.

CLARICH, M.: "La disciplina del settore bancario in Italia: dalla legge bancaria del 1936 all'Unione bancaria europea", *Giurisprudenza commerciale*, 2019, núm 1, p. 32.

Clarich, M.: "La giurisdizione esclusiva e la regolazione di mercato", *Foro amm.* T.A.R., 2003, p. 3133.

Clarich, M.: "La responsabilità della Consob nell'esercizio dell'attività di vigilanza: due passi oltre la sentenza della Cassazione n. 500/99", *Danno e resp.*, 2002, p. 223 ss.

Contessa, C.: "Il riparto di giurisdizione in materia di responsabilità civile della Pubblica Amministrazione" en AAVV, *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione* (coord. por F. Caringella, M. Protto), Zanichelli, Bologna, 2005, p. 511 ss.

Crea, C.: "Omesso esercizio di poteri di vigilanza e di controllo: analisi sistematico-evolutiva della responsabilità della Consob (nota a Trib. Roma, 28 aprile 2008)", *Riv. dir. comm.*, 2009, p. 141 ss.

D'Ambrosi, F.: *Consob e sistema di vigilanza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017.

D'Ambrosio, R.: "Le Autorità di vigilanza finanziaria dell'Unione", *Dir. banca e merc. fin.,* 2011, núm. 2, p. 109 ss.

Della Cananea, G.: "L'autonomia della Banca d'Italia dopo la riforma del 2005", *Quad. cost.*, 2006, p. 787.

Durante, F.: "Responsabilità per omessa vigilanza, «missione» della Consob e ruolo della giurisprudenza (nota a Trib. Roma, 28 aprile 2008, n. 7119 e Trib. Roma, Sez. II civ., 18 aprile 2007, n. 7856)", *Giur. merito*, 2009, p. 625 ss.

Mazzamuto, S.: "Verso una responsabilità civile delle Authorities?", *Danno e resp.,* 2000, p. 364 ss.

Mora, A.: "Brevi note in tema di responsabilità civile della Consob", *Resp. civ. e prev.*, 2011, vol. 11, p. 2181 ss.

Perlingieri, P.: "Le funzioni della responsabilitá civile", *Rassegna di diritto civile*, 2011, vol. 1, p. 115 ss.

Perrone, A.: "Falsità del prospetto e responsabilità civile della Consob", *Banca borsa e tit. cred.,* 2002, vól II, p. 10 ss.

Rodorf, R.: "La Consob come autorità indipendente nella tutela del risparmio", *Foro it.,* 2000, vol. 123, núm 5, p. 145 ss.

Romagnoli, G.: *Consob, profili e attività,* Giappichelli, Torino, 2012.

SCLAFANI, F.: "La responsabilità civile delle autorità indipendenti nelle funzioni di regolazione e vigilanza dei mercati: molti interrogativi e poche certezze", *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2017, núm 1, p. 14.

SCONAMIGLIO, G.: "La responsabilità civile della Consob", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni,* 2006, vol. 104, p. 695 ss.

SICLARI, D.: "La limitazione della responsabilità civile delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari recata dall'art. 24, comma 6-bis, della legge n. 262/05: un primo monito dalla Cassazione?", *Giur. It,* 2009, núm. 10, p. 2307 ss.

VELLA, F.: "La responsabilitá civile delle autoritá di vigilanza sui mercati finanziari: alla ricerca di un equilibrio tra «immunitá» e tutela degli investitori", *Analisi giuridica dell'Economia*, 2002, núm 1, p. 295 ss.

VILLATA, R., RAMAJOLI, M.: *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 154-155.

FIDEIUSSIONI BANCARIE E NORMATIVA ANTITRUST: TRA TUTELA DELLA CONCORRENZA E TUTELA DEL CONSUMATORE

OMNIBUS BANK GUARANTEES AND ANTITRUST REGULATIONS: BETWEEN COMPETITION PROTECTION AND CONSUMER PROTECRION

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1566-1589

Amanda
CAROTTI

ARTICOLO CONSEGNATO: 8 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il contributo analizza partendo dalla sentenza n. 41994/2021, emessa dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione il dibattito, relativo alla sorte delle fideiussioni bancarie omnibus riproduttive dello schema anticoncorrenziale elaborato dall'ABI. In particolare, si esamineranno le diverse posizioni emerse in dottrina e in giurisprudenza in ordine ai rimedi esperibili dai fideiussori "a valle" e i conseguenti risvolti applicativi, per poi individuare nella nullità di protezione il giusto rimedio per appianare la situazione di squilibrio contrattuale prodotta dall'intesa anticompetitiva "a monte".

PAROLE CHIAVE: Intese restrittive della concorrenza; Fideiussioni bancarie "omnibus"; Rimedi; Tutela risarcitoria; Nullità assoluta; Nullità parziale; Squilibrio contrattuale; Nullità di protezione; Debolezza del fideiussore.

ABSTRACT: *This article analyzes, starting from the Court of Cassation- United Sections- sentence no. 41994/2021, the debate concerning the conclusion of the omnibus bank guarantees reproducing the anti-competitive scheme developed by ABI. pay specific attention to the various remedies proposed by docrine and jurisprudence to protect the "downstream" guarantor. In particular, the fair remedy is identified in the nullity of protection to smooth out the situation of contracctual imbalance produced by the anti-competitive agreement "upstream".*

KEY WORDS: *Anti-competitive agreements; "omnibus" bank guarantees; remedies; compensation protection; absolute nullity; partial nullity; contractual imbalance; nullity of protection; weakness of the guarantor.*

SOMMARIO.- I. LA QUESTIONE GIURIDICA: LO SCHEMA ANTICONCORRENZIALE ELABORATO DALL'A.B.I. E LA SORTE DELLE FIDEIUSSIONI BANCARIE OMNIBUS. – II. LE DIVERSE TESI EMERSE IN DOTTRINA E IN GIURISPRUDENZA. – 1. La «sola» tutela risarcitoria. – 2. La nullità assoluta. – 3. La nullità parziale. – III. LA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE: IL FINE GIUSTIFICA I MEZZI. – IV. L'OCCASIONE PERDUTA: LA NULLITA' DI PROTEZIONE.

I. LA QUESTIONE GIURIDICA: LO SCHEMA ANTICONCORRENZIALE ELABORATO DALL'A.B.I. E LA SORTE DELLE FIDEIUSSIONI BANCARIE OMNIBUS.

Il presente contributo, cogliendo l'occasione offerta dalla sentenza n .41994/21 delle SS.UU[1], si focalizzerà sull'analisi dei rimedi ritenuti idonei da dottrina e giurisprudenza a tutelare il fideiussore omnibus che abbia stipulato un contratto il cui regolamento di interessi non sia stato frutto di un'autonoma determinazione, riflettendo, invece, l'azione concertata dei partecipanti ad un cartello[2].

In particolare, la questione giuridica portata all'attenzione della Corte sorge nel novembre del 2003, quando la Banca di Italia, in funzione di Autorità Garante della Concorrenza tra gli Istituti di Credito, avviò un'istruttoria diretta a verificare la compatibilità con la normativa *antitrust* dello schema uniforme elaborato e circolarizzato nel 2002, dall'ABI per le fideiussioni omnibus.

1 Cass. civ. SS.UU. del 30 dicembre 2021, n. 41994, *Onlegale*. Tra i primi commenti, vedi Votano, G.: "gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sulle fideiussioni a "valle": la pronuncia delle Sezioni Unite", *Contratti*, 2022, pp. 152 ss.; Dolmetta, A.A.: "Fideiussioni bancarie e normativa *antitrust:* l'«urgenza» della tutela reale; la «qualità» della tutela reale", *Riv.dir.banc*., 2022, I, pp. 1 ss.; Guizzi, G.: "I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza: qualche riflessione ving ans après, aspettando le sezioni unite", *Corriere giur*., 2021, pp. 1175 ss.; Palmieri, A.- Pardolesi, R.: "Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato", *Foro it*., 2022, I, pp. 514 ss.,

2 In argomento la letteratura è sterminata. Si veda, in linea generale Meli, M.: *Autonomia Privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Giuffrè, Milano, 2001; Maugeri, M.R.: *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici,* Edipress, Catania, 2006; Camilleri, E.: *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza,* Jovene, Napoli, 2008; Longobucco, F.: *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione a valle,* Esi, Napoli, 2008; Onorato, M.: *Nullità dei contratti nell'intesa competitiva*, Giuffrè, Milano, 2012; Limbertini, M.: "Autonomia privata e concorrenza nel diritto Italiano", *Riv. dir. comm.,* 2002, pp. 433 ss.; Id: "Le azioni civili contro gli illeciti *antitrust*" *Contratti*, 2005, pp. 1093 ss.; Id: "Ancòra sui rimedi civilistici conseguenti agli illeciti *antitrust*", *Danno e Resp*., 2005, pp. 237 ss.; Id: "Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. "contratti a valle". Un commento sullo stato della giurisprudenza italiana", *Nuova Giur. Civ. comm*., 2020, pp. 387 ss.; Gentili, A.: "La nullità dei contratti a valle come pratica concordata anticoncorrenziale (il caso delle fideiussioni ABI), *Giust. civ.,* 2019, pp. 675 ss.; Maugeri, M.R.: "Breve nota sui contratti a valle e rimedi", *Nuova Giur. Civ. comm*., 2020, pp. 415 ss.; Guizzi, G.: "I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza: qualche riflessione ving ans après, aspettando le sezioni unite", cit., pp. 1175 ss.; Renna, M.: "La fideiussione omnibus oltre l'intesa *antitrust*", *Riv.dir.civ*., 2021, pp. 597 ss.

• Amanda Carotti
Dottoranda di ricerca nell'Università degli Studi di Perugia
amanda.carotti@studenti.unipig.it

L'istruttoria si concluse con il provvedimento n. 55.2005 della Banca d'Italia[3] che, previo parere conforme dell'AGCM[4], segnalò la contrarietà allo schema contrattuale di fideiussione predisposto dall'ABI nel 2003, e l'art. 2 della legge *Antitrust*. n. 287 del 1990; specificamente, le clausole cc.dd. "di reviviscenza"[5], "di rinuncia ai termini dell'art. 1957 cod. civ."[6] e "di sopravvivenza"[7], che intaccavano il tipo fideiussorio, alterandone la struttura e gli effetti con una distribuzione dei rischi diversa rispetto a quella prevista dal codice civile[8].

L'accertamento dell'anticoncorrenzialità e la conseguente nullità delle citate clausole ha prodotto un consistente contenzioso sulla sorte giuridica delle garanzie bancarie, riproduttive delle stesse, stipulate dalle banche con i propri utenti.

Al fine di comprendere l'*iter* argomentativo della Suprema Corte investita del compito «impossibile» di ridurre ad unità l'intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi negli ultimi due decenni sul tema[9], è opportuno inquadrare il contesto normativo di riferimento.

Come noto, le coordinate normative su cui si innesta questa *querelle* sono l'art. 41 Cost. che presidia la libertà dell'iniziativa economica privata, bilanciandola con il rispetto di interessi di rango primario[10] e la legge italiana *antitrust* n. 287 del 1990, il cui piano d'azione è delineato dalla costante ricerca di equilibrio fra libertà

3 Sul provvedimento della Banca d'Italia n. 55. Del 2 maggio 2005 "ABI- Condizioni generali di contratto per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie", reperibile nel sito prov_55.pdf (bancaditalia.it) si veda l'analisi critica di Rossi, M.: "Difesa della fideiussione omnibus Abi", *Dir. banc*., 2021, pp. 141 ss.

4 Parere richiesto in conformità a quanto stabilito dall'abrogato art. 20, comma 3, della legge n. 287/90.

5 Disposta dall'art. 2 del modello ABI, per il quale il fideiussore era tenuto a «rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo».

6 Prevista dall'art. 6 del modello ABI, per cui « i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato ».

7 Prevista dall'art. 8 del modello ABI, il quale prevedeva che «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate». In altri termini, si prevedeva una sostanziale intangibilità della garanzia fideiussoria e della sua escussione da parte dell'Istituto beneficiario.

8 Così Roppo, E.: "Fideiussione «omnibus»: valutazioni critiche e spunti propositivi", *Banca, borsa, tit. cred*., 1987, pp. 137 ss.; Benatti, F.: "Le clausole di esonero da responsabilità nella prassi bancaria", in *Le operazioni bancarie*, (a cura di G.B. Portale), Guffrè, Milano 1978 pp.151 ss.

9 Compito assegnato dalla Prima Sezione civile della Cassazione che con l'Ordinanza Cass. civ., 30 aprile 2021, n. 11486, con nota di Pietroletti, I.:"Alle Sezioni Unite la decisione sulla nullità delle fideiussioni bancarie conformi alle intese restrittive della concorrenza predisposte dall'ABI e sanzionate dalla Banca di Italia", *Dir. giust*., 2021, f. 89.

10 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 4ª ed., ESI, Napoli, 2020, pp. 328 ss.; Guizzi, G: "Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza", in *Contratti nella concorrenza,* (a cura di A. Catricalà, E. Grabrielli), Utet, Torino, 2011, pp. 29 ss.; Niro, R.: *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Cedam, Padova, 1994, pp. 26 ss.

di impresa e tutela della concorrenza e pertanto anche dell'effettività delle scelte dei consumatori[11].

Nel caso di specie, svolge un ruolo centrale l'art. 2 della legge n. 287 del 1990 che vieta le intese restrittive della concorrenza e prevede la nullità ad ogni effetto delle stesse[12], in attuazione del divieto posto a livello europeo dall'art. 101, par 1) TFEU,[13] che ritiene vietati e incompatibili con il mercato interno tutti gli accordi e le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri, funzionali ad impedire, restringere o falsare la concorrenza del mercato.

L'argomentare della Corte muove da queste coordinate normative, aprendosi con un'interpretazione teleologica e coordinata dell'art. 41 Cost., in forza della quale definisce la «concorrenza» come «una situazione di mercato che postula una grande libertà di accesso all'attività economica da parte degli imprenditori, ma altresì una altrettanto ampia possibilità di libera scelta per gli acquirenti e, in generale, la possibilità per ciascuno di cogliere le migliori opportunità disponibili sul mercato, o proporre nuove opportunità, senza imposizioni da parte dello Stato o vincoli predeterminati da coalizioni d'imprese».

Ad avviso delle SS.UU. la vaghezza concettuale che caratterizza il divieto posto dall'art. 2 della legge *antitrust* è strumentale al difficile bilanciamento di queste contrapposte esigenze, rimettendo alle Corti l'incombenza di delineare i confini della norma.

Quindi, il proliferare di diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali ha un duplice fondamento: da un lato, la contrapposizione tra l'esigenza di tutela dei consumatori e degli imprenditori e la libertà dell'iniziativa economica privata e dall'altro, la presenza di numerosi divieti nel diritto *antitrust* non assistiti da una specifica disciplina delle connesse conseguenze sanzionatorie[14].

11 Per una disamina approfondita del nesso intercorrente fra l'art. 41 Cost. e la legge 287/1990 si rimanda a Oppo, G.: "Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza", *Riv. dir. civ.,*1992, pp. 543 ss., che rileva lo "strabismo costituzionale dell'art. 1 della legge 287/1990, in quanto i divieti di abuso di posizione dominante, di intese e pratiche restrittive della concorrenza, ponendosi come limiti alla libertà di iniziativa economica privata non possono considerarsi posti a tutela del medesimo diritto, ma unicamente a garanzia di valori sovrastati rappresentati dall'utilità sociale. Di diverso avviso è Bernini, G.: *Un secolo di filosofia antritrust*, Clueb, Bologna, 1991, pp. 319 ss., il quale evidenzia la contraddittorietà del riferimento che la legge 287/1990 fa all'art. 41 Cost. proclamandosene attuazione, in quanto «una legge che tutela la libertà di concorrenza non può essere citata quale limite alla libertà di iniziativa economica». Sul punto si veda anche Pinnarò, M.: "Diritto di iniziativa economica e liberà di concorrenza. Di talune ellissi e pleonasmi nella legge antitust n. 297 del 10 ottobre 1990", *Giur. Comm*., 1993, pp. 430 ss.

12 che la nullità ad ogni effetto a cui fa riferimento la legge 287/1990 corrisponde alla nullità assoluta di stampo civilistico,per cui può essere fatta valere da chiunque ne abbia interesse, può essere rilevata d'ufficio dal giudice e opera *ex tunc*.

13 Per un interessante approfondimento sul tema, anche di tipo comparatistico si rimanda a Cauffman, C.:"The impact of voidness for infringements of Article 101 TFEU on related contracts", *European Competition Journal*, 2012, pp. 95 ss.;

14 Cfr. Iannucelli, P.: "Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia ovvero può il diritto *antitrust* servirsi del codice civile?", *Riv.soc.,* 2006, pp. 780 ss.; Di Nella, L.: *Mercato e autonomia contrattuale*

II. LE DIVERSE TESI EMERSE IN DOTTRINA E IN GIURISPRUDENZA.

Come preannunciato, le interpretazioni relative alle concrete modalità di tutela dei fideiussori estranei all'intesa anticoncorrenziale sono molteplici[15] e possono schematizzarsi in due forme di tutela: da un lato, il ricorso allo strumento risarcitorio[16] e dall'altro la possibilità di attivare rimedi che possono portare alla caducazione "parziale" o "totale" dei contratti "a valle".

Di seguito, si illustreranno i tratti essenziali e gli aspetti critici delle principali posizioni sostenute dalla dottrina e accolte dalla giurisprudenza.

1.La «sola» tutela risarcitoria.

Un primo filone ermeneutico individua nel risarcimento del danno il peculiare strumento di tutela per il fideiussore, escludendo la possibilità di esercitare un'azione che incida sulla vincolatività del sinallagma contrattuale[17]. Questa impostazione muove da un'interpretazione tradizionale del diritto dei contratti[18], che mantiene ben salda la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento[19], e attribuisce un ruolo chiave al principio di conservazione dei

nell'ordinamento comunitario, ESI, Napoli 2003, pp. 304 ss.; Berti De Marinis, G.: *Disciplina del mercato e tutela dell'utente nei servizi pubblici economici,* ESI, Napoli, 2015, pp. 33 ss.

15 Per una rassegna del panorama giurisprudenziale di merito si rimanda a Ottombrino, I.: "La sorte delle fideiussioni bancarie redatte su schema ABI", *Corriere giur.*, 2020, pp. 408 ss.

16 La possibilità di attivare lo strumento risarcitorio a tutela dei clienti "a valle" è ammessa dalla maggior parte degli interpreti, non è di tale avviso Guizzi, G.: "Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare, nota a Cass. civ., ordinanza del 30 novembre 2003, n., *Foro it*., 2004, 2, pp.484 ss., secondo il quale «la determinazione di un certo contenuto contrattuale, anche se rivelatasi non congruente, non può tendenzialmente mai assurgere a fatto produttivo di un danno risarcibile».

17 La giurisprudenza di legittimità ha accolto questa tesi nella prima pronuncia delle SS.UU. in materia di fideiussioni bancarie omnibus, Cass. civ. SS.UU., del 4 febbraio 2005, n. 2207, *Onelegale*, con cui la Cassazione, riunita nel suo massimo Consesso, aveva già canonizzato il principio generale in base al quale anche al consumatore rimasto estraneo all'intesa anticompetitiva è riconosciuta la legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 33, comma 2, l. 287/1990, una volta appurato che quest'ultima legge contiene prescrizioni rivolte non soltanto agli imprenditori ma alla generalità dei soggetti del mercato e ossia a «chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere». Giunge ai medesimi risultati Cass. civ., del 26 settembre 2019, n. 24044, *Onelegale.*

18 Questa soluzione è coerente con il dato comparatistico, poiché ad eccezione dell'ordinamento francese la prevalenza del rimedio obbligatorio rispetto a quello reale rappresenta patrimonio comune di diversi Stati dell'Unione Europea oltre che dell'ordinamento statunitense. Approfondisce la disciplina conosciuta dagli altri Stati europei Limbertini, M.: "Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. "contratti a valle". Un commento sullo stato della giurisprudenza italiana", cit., pp. 387 ss.

19 Ritiene attuale il principio di non interferenza far regole di condotta e regole di validità Scognamiglio, C.: "Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi, in *Europa e dir. priv*., 2008, pp. 599 ss.; Discorre, invece, di falso c.d. principio "di non interferenza" fra regole di comportamento e regole di validità Perlingieri, G.: *L'inesistenza della distinzione fra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo*, Esi, Napoli, 2013, pp. 9 ss.; in argomento si veda anche Fachechi, A.: "Regole di condotta e regole di validità: verso il superamento del principio di non interferenza", *Corti salernitane,* 2012, pp. 339 ss.

negozi giuridici[20], riconoscendo unicamente al legislatore il compito di individuare le ipotesi di invalidità originaria del rapporto contrattuale[21].

In primo luogo, questa interpretazione fa leva sull'argomento testuale evidenziando che per il contratto "a valle" non è possibile parlare di contratto in violazione di norma imperativa, poiché l'art. 2 della legge *antitrust* italiana "vieta le intese ma nulla dispone circa le sorti dei rapporti commerciali con altri contraenti".[22]

In secondo luogo, esclude la dipendenza funzionale e il collegamento negoziale fra l'intesa anticoncorrenziale e le fideiussioni stipulate in attuazione della stessa, poiché la sussistenza di un collegamento negoziale è subordinata al perseguimento di un assetto economico globale, fra le parti o con terzi che aderiscano consapevolmente con la loro pattuizione all'accordo principale. Il rapporto fra intese "a monte" e contratti "a valle" non presenta queste caratteristiche in quanto i fideiussori omnibus, inconsapevoli dell'intesa, perseguono interessi personali del tutto estranei da quelli sperati dai partecipanti all'accordo anti-competitivo.

In terzo luogo, le fideiussioni "a valle" hanno una causa autonoma da quella dell'intesa anticoncorrenziale, rappresentata dal fine tipico dell'operazione posta in essere.

Su queste argomentazioni si fonda la tesi che propende per il riconoscere al cliente della banca la sola tutela obbligatoria, questa impostazione ha subito ulteriori e variegate declinazioni:

20 Questo approccio conservativo del rapporto contrattuale è ravvisabile anche nelle scelte del Legislatore italiano che nel dare attuazione alla Dir.2014/104/UE del 26 novembre 2014, sull'azione risarcitoria in materia *antitrust*, pur avendo la possibilità di valorizzare l'art. 3 della stessa, che fa espresso riferimento al ripristino della situazione antecedente alla violazione anticoncorrenziale, si è limitato a trasporre pedissequamente la disposizione, individuando, all' art. 7, D.Lgs. n. 3/2017, il risarcimento del danno quale unico strumento di private enforcement da affiancare alle decisioni dell'autorità nazionale garante della concorrenza. In argomento v. Villa, G.: "L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza", *Corriere giur.*, 2017, pp. 441 ss.; Meli, V.: "Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/ue sul risarcimento dei danni per violazione della normativa *antitrust*, *Nuove leggi civ.*, 2018, pp. 119 ss.

21 Proprio sul principio di tassatività delle invalidità si fonda la posizione la Procura Generale che nel depositare le proprie conclusioni per la decisione delle Sezioni Unite ha sostenuto che « dalla declaratoria di nullità di un'intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, nella specie per effetto del provvedimento n.55 del 2005 della Banca d'Italia, non deriva la nullità (a catena) di tutti i contratti di fideiussione posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, né la nullità (derivata) delle singole clausole sanzionate: i contratti a valle mantengono inalterata la loro validità e possono dare luogo alla specifica azione di risarcimento dei danni da parte dei fideiussori nei confronti degli istituti di credito-previo accertamento incidentale della nullità dell'intesa e a condizione che sia fornita la prova di un possibile danno derivante dalle condizioni contrattuali deteriori che il fideiussore non avrebbe accettato in mancanza di un'intesa». Critica la soluzione avanzata dalla Procura Generale La Sala, G: "Aspettando le Sezioni Unite: le osservazioni del Procuratore generale sulla sorte delle fideiussioni omnibus in contrasto con la normativa antimonopolistica", *giustiziacivile.com*, 16 dicembre 2021

22 Riassume analiticamente le ragioni a sostegno della sola tutela risarcitoria Trib. Treviso del 23 luglio 2018, n. 29810, *Onlegale*.

diversi interpreti ricostruiscono in termini aquiliani *ex* art. 2043 cc. la responsabilità delle imprese per i pregiudizi causati ai propri utenti;

altra parte della dottrina ha prospettato una responsabilità contrattuale da contratto valido, ma svantaggioso, ricollegata alla teoria dei c.d. vizi incompleti[23];

un ultimo orientamento qualifica come responsabilità precontrattuale, per lesione di un interesse negativo, *ex* art. 1338 cod. civ. per aver concluso il contratto, nella consapevolezza di una causa di invalidità costituita dall'intesa restrittiva[24].

Indipendentemente dalla soluzione prescelta, l'istituto di credito autore dell'illecito anticoncorrenziale è tenuto a risarcire il danno conseguenza, rappresentato dallo iato intercorrente tra le condizioni economiche, che in concreto sono state pattuite e quelle che si sarebbero avute in mercato con dinamiche concorrenziali non alterate[25].

Questa impostazione, fedele alla lettera della norma, deve confrontarsi con il rilievo critico [26], che ritiene che il ricorso alla sola tutela risarcitoria possa incidere negativamente sull'efficacia dell'azione *antitrust* pubblica, considerata la stabilizzazione nel mercato del fenomeno distorsivo ed i sicuri e potenzialmente ingenti guadagni che l'alterazione del mercato comporta[27].

---

23 In dottrina sposano questa tesi Camilleri, E.: "Le conseguenze civilistiche dell'illecito *antitrust*", in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, (a cura di L.F. Pace), Cedam, Napoli, 2013, pp. 295 ss.; Pardolesi, R.: "Il danno *antitrust* in cerca di disciplina (e di identità)?, *Foro it.*, 2007, pp. 1104 ss.

24 In tal senso Castronovo, C.: "Sezioni più unite che *atitrust*", *Corr. giur.,* 2005, pp. 337 ss., che ritiene che «chi è stato partecipe delle intese anticoncorrenziali non può non sapere e non prevedere che esse si tradurranno in contratti portanti lo stigma della contrarietà all'interesse del consumatore-controparte, e quando stipula con il singolo consumatore è come colui che conosce o deve conoscere la causa di invalidità del contratto». Una simile impostazione alleggerirebbe anche l'onere probatorio del consumatore, poiché «qui caso mai non di colpa si tratta ma di dolo, di *dolus in re ipsa*, le intese anticoncorrenziali non avendo altro scopo che quello di influire sul mercato in senso favorevole a chi le stipula, e perciò necessariamente sfavorevole per chi le subisce».

25 Cfr. Cass. civ., 26 settembre 2019, n. 24044, *Banca borsa tit. cred*., 2020, pp. 85 ss., con nota di Moresco, M.:"Fideiussioni omnibus su moduli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale".

26 Denozza, F.: "Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del "solo risarcimento" per le vittime di intese ed abusi ", *NGCC*, 2020, pp. 413 ss., che critica fortemente la tesi del "solo risarcimento" evidenziando le diverse incoerenze dell'argomentare di coloro che precludono al consumatore la possibilità di avvalersi di rimedi ben più pregnanti e perciò ad esperire azioni "in grado" di incidere sulla vincolatività del sinallagma contrattuale. Secondo l'A. l'impostazione criticata paradossalmente assoggetta a nullità «il contratto con cui un cartello impone ad un venditore di rivendere ad un prezzo elevato (impegno del terzo a condotta di collaborazione attiva)» e non anche il contratto con cui successivamente «il rivenditore impone questo prezzo al consumatore (che è in realtà proprio l'evento che alla fin fine si vuole impedire)».

27 Contrariamente Limbertini, M.: "Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. "contratti a valle", op cit., pp. 387 ss. Nell'esaminare criticamente la presunta insufficienza del rimedio de quo osserva che il rimedio caducatorio, rappresenta una soluzione «che va oltre le esigenze riparatorie degli interessi delle parti lese e si presta ad azioni opportunistiche di nullità selettiva delle controparti contrattuali» oltre al fatto che una consimile soluzione, nell'assumere una chiara connotazione punitiva «nei confronti dei partecipanti al cartello, si espone al rischio di *over-deterrence* (oltre che, nello specifico mercato in cui si pone il problema delle fideiussioni, al risultato di moltiplicare la quantità di crediti deteriorati delle banche)»; sulla base di tali presupposti l'A. reputa del tutto irragionevole ed ingiustificata l'applicazione di sanzioni e*xtra-ordinem* quali tipicamente resesi necessarie invece nel quadro di politiche aventi lo scopo di contrastare fenomeni espressivi di un ben più accentuato disvalore sociale.

Non può tacersi, inoltre, la difficile la praticabilità della tutela "puramente" risarcitoria che richiede la specifica prova del danno-conseguenza patito dal contraente con la lesione del diritto ad una scelta effettiva tra una pluralità di offerte concorrenti.

Un ultimo profilo critico, concerne la quantificazione dell'ammontare preciso dei danni concretamente subiti dal fideiussore, in ragione della quanto mai difficile individuazione del valore economico, della lesione del diritto a contrattare in un mercato concorrenziale[28].

2. La nullità assoluta.

L'inefficacia del rimedio obbligatorio a soddisfare "l'interesse generale alla presenza di mercati efficienti"[29], induce parte della dottrina a prospettare la nullità assoluta delle fideiussioni bancarie conformi al modello ABI.

Secondo tale assunto, la nullità delle intese si riverbera necessariamente sull'intera filiera contrattuale che, nella pratica, concorre all'alterazione del gioco concorrenziale[30]. In sostanza: «l'accertamento di condotte anticoncorrenziali ai sensi dell'art. 2 della l. n. 287/1990, si applica a tutti i contratti che costituiscano applicazione di intese illecite, anche se conclusi in epoca anteriore all'accertamento della loro illiceità da parte dell' Autorità indipendente preposta alla regolazione di quel mercato»[31].

In questa ottica, il garante che ha subito un danno dalla collusione tra imprese, avrebbe a disposizione i molteplici rimedi previstii dall'art. 33, l. n. 287/1990, tra le quali l'azione di nullità.

L'estensione della nullità "ad ogni effetto" dell'accordo anticoncorrenziale "a monte" ai contratti "a valle", è stata diversamente giustificata in dottrina: da

28 Stella, G.:" Fideiussioni predisposte su modello uniforme ABI dichiarato parzialmente nullo dall'Autorità Garante della Concorrenza: quali rimedi a favore del fideiussore?", *Contratti,* 2020, pp. 391 ss., che nel tentare di individuare le possibili voci di danno confluenti all'interno del *quantum debeatur* ritiene sicuramente possibile escludere "un danno sub specie di maggiori costi vivi", dal momento che la fideiussione è tipicamente prestata in favore della banca senza alcun corrispettivo.

29 In questi termini ABF di Milano, del 4 luglio 2019, n. 16558, *Onlegale,* la ribadisce che lo scopo principale della l. n. 287/1990 è quello "della più ampia eliminazione possibile degli effetti che l'intesa ha prodotto nel mercato".

30 Massarelli, R.:"La nullità delle fideiussioni omnibus conformi ai modelli ABI per contrarietà ai valori costituzionali, in *Leggi di Italia*, 2021, pp. 175 ss.; rinviene nella nullità totale l'unico strumento di tutela e l'antidoto più consono a contrastare sia gli accordi di cartello, conclusi a monte, sia i negozi attuativi di quegli accordi, stipulati a valle. Sul punto v. anche Denozza,F.: "I principî di effettività, proporzionalità ed efficacia dissuasiva nella disciplina dei contratti a valle di intese ed abusi", *Riv. dir. ind*., 2019, pp. 369 ss.

31 Cfr. Cass. civ., 12 dicembre 2017, n. 29810, *Onlegale,* con nota di D'Orsi, S.: "Nullità dell'intesa e contratto "a valle" nel diritto *antitrust*", *Giur. comm*., 2019, pp. 575 ss.; V. anche Belli, C.:"Contratto a "valle" in violazione di intese vietate dalla Legge *Antitrust*", *GiustiziaCivile.com*, 25 maggio 2018.

un lato, i sostenitori di un'invalidità derivata da un collegamento negoziale[32], che rende necessaria una considerazione unitaria dei due segmenti negoziali, con la conseguente applicazione del principio *simul stabunt simul cadent.*

Dall'altro i fautori di una forma di invalidità diretta, per vizi propri del negozio fideiussorio che può sostanziarsi: nella nullità per causa illecita poiché la fideiussione realizzerebbe una funzione illecita, in contrasto con la norma imperativa contenuta nell'art. 2 della legge *antitrust* o perché contraria al principio di ordine pubblico economico che tutela la concorrenza[33].

Altri autori intravedono nella nullità per illiceità dell'oggetto l'invalidità che intacca le garanzie "a valle", in quanto l'oggetto si rivelerebbe funzionale al perseguimento del risultato vietato cui l'intesa è preordinata, con consequenziale nullità del negozio fideiussorio, ai sensi degli artt. 1418, secondo comma, cod. civ. e 1346 cod. civ.[34].

Un' ultima impostazione sostiene la nullità virtuale, derivante dalla violazione diretta di norme imperative anticoncorrenziali. In questa prospettiva la nullità dell'intero rapporto contrattuale deriva dalla combinazione delle singole previsioni derogatorie degli artt. 1939, 1941 e 1957 cod. civ., idonea a implementare un effetto distorsivo della concorrenza[35].

La tesi dell'integrale caducazione del contratto, riproduttivo dello schema anticoncorrenziale, non è esente da osservazioni critiche da parte della dottrina e della giurisprudenza, che si sostanziano: in un pregante rischio per la tenuta del complessivo sistema bancario, in quanto quasi la totalità delle fideiussioni omnibus sottoscritte si rivelerebbe invalida[36]; inoltre, la legittimazione generalizzata a proporre la domanda di nullità, in forza di quanto disposto dall'art. 1421 cod. civ., paradossalmente, potrebbe comportare una distorsione del mercato, poiché le banche astrattamente potrebbero utilizzare l'azione di nullità, unicamente per

32 Salanitro, N.: "Disciplina *antitrust* e contratti bancari", *Banca borsa tit. cred*., 1996, pp. 765 ss.; Tucci,G.:"Norme bancarie uniformi e condizioni generali di contratto", *Contratti,* 1996, pp. 152 ss.; Bertolotti, A.:"Illegittimità delle norme bancarie uniformi per contrasto con le regole *antitrust* ed effetti sui contratti a valle: un'ipotesi di soluzione ad un problema dibattuto", *Giur. it*., 1997, pp. 345 ss.; In senso critico e Gentili, A.: "La nullità dei contratti a valle come pratica concordata anticoncorrenziale", op.cit., pp. 675 ss., secondo cui intesa e contratto a valle sono certamente connessi, ma non collegati perché il collegamento sussiste solo quando, sul piano oggettivo, uno non si giustifichi senza l'altro e, sul piano soggettivo, vi sia la medesimezza di scopo dei soggetti (ciò non si verifica nel caso di specie perché il cliente è estraneo all'intesa).

33 Belli, C.: "Contratto a «valle» in violazione di intese vietate dalla legge *antitrust*", *Giustiziacivile.com*., 25 maggio 2018.

34 Moresco, M.:"Fideiussioni omnibus su moduli standard ABI:" op. cit., pp. 90 ss.

35 Oppo, G.: "Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza", op. cit. pp. 543 ss.;

36 Schiavottiello, V.:"Squilibrio contrattuale e rimedi giudiziali: il caso delle fideiussioni omnibus stipulate a valle di un'intesa vietata", *Banca borsa tit. cred*., 2020, pp. 110 ss.

ledere i propri *competitor,* coautori di illeciti *antitrust*[37], con un ricorso abusivo alla tutela giudiziale.

In ultima battuta, l'onerosità, per il debitore principale e per il suo fideiussore, della restituzione di tutte le prestazioni ricevute in esecuzione del contratto, nel caso di declaratoria di nullità di quest'ultimo. In questo modo si realizzerebbe una di tutela non in linea a con le reali necessità della parte asseritamente danneggiata, in violazione del principio di proporzionalità del rimedio[38].

3. La nullità parziale.

Percorrono una terza via, mediana rispetto agli orientamenti prospettati, coloro che individuano nella nullità parziale il rimedio più idoneo a bilanciare le contrapposte esigenze in gioco[39]. Dalla delimitazione dell'ambito di illiceità dell'intesa operata, dall'Autorità amministrativa, alle specifiche clausole previste dagli artt., 2, 6 e 8 dello schema ABI 2003[40], discende la caducazione unicamente della loro riproduzione nei contratti "a monte", con conseguente sopravvivenza del rapporto di fideiussione in applicazione degli artt. 1418 e 1419 cod. civ.

Questa linea di pensiero, rispettosa del principio generale di conservazione del negozio giuridico,[41] consente di espungere dal mercato le clausole anticoncorrenziali senza ricadute eccessive sulla tenuta del sistema bancario.

37 Camilleri, E.: "Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva", *NGCC*, 2020, pp. 403 ss.,osserva che l'effetto demolitorio totale, potrebbe rappresentare "un rimedio peggiore del male", formula che l'A. a sua volta ha mutuato da Oppo.

38 Cfr. Libertini, M.: *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Giuffre`, Milano, 2014, pp. 500 ss..; in termini di responsabilità contrattuale, Camilleri, E.: "Le conseguenze civilistiche dell'illecito *antitrust*", cit. pp. 290 ss.

39 In dottrina sostengono la teoria della nullità parziale dei contratti "a valle" Federico, R.: "Operazione economica e nullità dei contratti derivati da intesa anticoncorrenziale", *Corriere giur.*, 2018, pp. 1072 ss.; Borrillo, B.: "La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa *antitrust*", in *Riv. dir. banc.*, 2018, III, pp. 12 ss.; Gentili,A.: "La nullità dei «contratti a valle» come pratica concordata anticoncorrenziale (il caso delle fideiussioni Abi), op.cit., pp. 704 ss.; Moresco,M.: "Fideiussioni omnibus su moduli standard Abi:" cit., pp.99 ss.; Maugeri, M.R.: "Breve nota su contratti a valle" cit. pp. 417ss.; Greco, F. - Zurlo, A.: "Analisi della garanzia fideiussoria, tra validità anticoncorrenziale e revisionismo consumeristico", *Resp. civ. prev.*, 2020, pp. 1429 ss.; Montanari, A.: "La nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita: la decisione del collegio di coordinamento dell'Abf sulle fideiussioni omnibus", *Nuova giur. civ.*, 2021, pp. 114 ss.; Fauceglia, D.: "L'orientamento del Tribunale delle imprese di Napoli in tema di fideiussioni omnibus conformi allo schema Abi. Nullità (parziale) o integrazione dei contratti?", *Contratti*, 2021, pp.588 ss.

40 Cfr. Cass. civ., 26 settembre 2019, n. 24044, *Banca borsa tit. cred*, 2020, pp. 82 ss., la quale ricorda che la Banca d'Italia ha circoscritto l'accertamento dell'illiceità ad alcune clausole trasfuse negli schemi cartolarizzati dagli istituti di credito in attuazione degli accordi anticoncorrenziali, attribuendo all'Autorità giudiziaria il compito di verificare in concreto la nullità del contratto a valle alla luce degli artt. 1418 e ss. cod. civ. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 cod. civ. laddove l'assetto di interessi non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle rivenienti dalle intese illecite. Per una disamina completa della pronuncia si rimanda a Di Micco, D.: "Le clausole ABI tra nullità assoluta e nullità parziale: un recente revirement", *Giur. It.*, 2020, II, pp.358 ss.; Nello stesso senso Cass. civ., 13 febbraio 2020, n. 3556, *Onlegale;* Cass. civ.,19 febbraio 2020, n. 4175, ivi.

41 In questa prospettiva, la nullità parziale si configura come regola, attribuendo alla nullità totale carattere eccezionale, la cui verificazione è subordinata alla prova che le parti non avrebbero avuto interesse a concludere il contratto, se privo delle clausole anticoncorrenziali espunte. Per un approfondimento in

Secondo tale impostazione la riproduzione e diffusione seriale dello schema negoziale ABI, comporta, sostanzialmente, il livellamento delle proposte contrattuali reperibili nel merecato, caratterizzate da uno squilibrio del regolamento di interessi a favore degli istituti di credito. Tale disequilibrio è agevolmente superabile con la selettiva eliminazione delle condizioni illecite dal contratto, idonea a bilanciare i contrapposti interessi negoziali, esito che le parti avrebbero, presumibilmente raggiunto in un mercato concorrenziale, in cui la volontà negoziale dei contraenti non è frustrata da dinamiche anti-competitive.

Ne consegue, che l'autorità giudiziaria adita dovrà optare per il mantenimento del contratto, tutte le volte in cui la rimozione delle clausole faccia venir meno l'interesse prefissato dai contraenti.

Sul punto, alcuni commentatori hanno rilevato che in ragione della strumentalità delle condizioni *ex* art. 2, 6 e 8 dello schema ABI all'ottenimento da parte della banca di un rafforzamento della propria garanzia, a fronte di eventuali invalidità del rapporto principale, della loro espunzione non possono dolersi i garanti, la cui posizione, a seguito di tale operazione, risulterebbe meglio tutelata. Analogamente, la cancellazione di tali clausole non fa venire meno neanche l'interesse dell'istituto bancario al mantenimento della fideiussione, poichè l'alternativa sarebbe quella dell'assenza completa di garanzie[42].

L'ipotesi della caducazione parziale del contratto "a valle" è tenuta a confrontarsi con rilievi critici che ritengono non agevole una valutazione di nullità delle singole clausole, ammesse dalla legge e utilizzate nella prassi bancaria (quando frutto di una specifica contrattazione) che prescinda dall'esistenza di un cartello "a monte" [43].

III. LA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE: IL FINE GIUSTIFICA I MEZZI.

In questo panorama giurisprudenziale quanto mai «variegato ed articolato»[44], le Sezioni Unite, affermata l'insufficienza della sola tutela risarcitoria a garantire la realizzazione delle finalità perseguite dalla normativa *antitrust*, ritengono che la forma di tutela più adatta allo scopo, ma, al contempo, in grado di assicurare il rispetto degli interessi degli istituti di credito a mantenere in vita la garanzia

ordine al principio di conservazione degli atti negoziali si rimanda a Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1955, pp. 486 ss.

42 Fauceglia, D.: "L'orientamento del Tribunale delle imprese di Napoli in tema di fideiussioni omnibus conformi allo schema Abi." cit. pp. 588 ss.

43 Così Limbertini, M.: "Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. "contratti a valle". cit., pp.387 ss.

44 Termini usati dalla stessa Cass. civ. SS.UU. del 30 dicembre 2021, n. 41994, cit.

fideiussoria, al netto delle clausole illecite e di salvaguardare il principio generale di conservazione del negozio, sia la nullità parziale[45].

Valorizzando l'art. 2, della a l. n. 287 del 1990, che da un lato, pone il divieto, delimitando l'area dell'illecito *antitrust*, e, dall'altro lato, prevede la nullità quale conseguenza della sua violazione, la Corte ritiene che sussista un rapporto di causa-effetto fra l'intesa anticoncorrenziale e le fideiussioni omnibus, da cui discende il riverberarsi della nullità della prima sui secondi[46].

L'inidoneità dell'intesa vietata a produrre effetti giuridici nell'ordinamento si ripercuote sui contratti attuativi del fine perseguito, anch'essi in contrasto con il divieto e, quindi, nulli.

Ciò che lega l'intesa "a monte" ai contratti "a valle" non è un collegamento negoziale[47] ma un nesso funzionale, la stipulazione delle fideiussioni conformi allo schema ABI, crea il meccanismo distorsivo della concorrenza. Ne consegue che la nullità dell'atto "a monte" è veicolata nell'atto "a valle" per effetto della riproduzione in esso del contenuto illecito.

La pronuncia del Supremo Collegio inserendosi in un più ampio processo di "decodificazione" giurisprudenziale dell'art. 1419, 1°, cod. civ.[48] inaugura una nullità "derivata" con una portata più ampia della nullità codicistica prevista dagli artt. 1418 ss. cod. civ. e delle altre nullità conosciute dall'ordinamento[49], in quanto colpisce anche atti, o combinazioni di atti avvinti da un "nesso funzionale", con l'intesa restrittiva della concorrenza, questo speciale regime trova giustificazione

45 Viglianesi Ferraro, A.: "Diritto *antitrust* e rimedi utilizzabili in Italia dai soggetti danneggiati dai c.d. "contratti a valle". Un problema ancóra aperto", *Dir. econ.*, pp. 307 ss., Secondo l'A. la Cassazione interpreta il congegno invalidante alla stregua di uno strumento deterrente in grado di assicurare l'effetto utile della normativa *antitrust.*

46 Greco, F. - Zurlo, A.: "Analisi della garanzia fideiussoria, tra validità anticoncorrenziale e revisionismo consumeristico", cit. pp. 1429 ss.; che pur condividendo la soluzione adottata dalla Corte la ritengono velatamente tautologica, specificamente ad avviso degli A.A. "Le Sezioni Unite non si addentrano sufficientemente nelle ragioni della loro scelta, rifugiandosi in una sorta di *iter* motivazionale segnato da una velata tautologia, oltre che un sapiente scivolamento tra il piano nazionale e quello sovrannazionale. Invero, la parte motiva, a fondamento della nullità derivata parziale, risente di un'impostazione quasi abduttiva"

47 Sostengono la tesi del collegamento negoziale fra intesa e contatti attuativi della stessa Schinnà, M.: "La nullità delle intese anticoncorrenziali", *R. trim. d. proc. civ.*, 2004, pp. 436 ss.; Critica questa ricostruzione Meli, M.: "Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali", op.cit. pp. 161 ss., secondo la quale si è dinanzi a un accordo obbligatorio irrilevante per i terzi.

48 Così Bachelet,V.: "la "decodificazione" giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fattispecie", *Eur. Dir. priv.*, III, 2021, pp. 553 ss.; Per un approfondimento si rimanda, per tutti a Pagliantini, S.: "Un giro d'orizzonte sulle nullità del terzo millennio", *Pers. e merc.*, 2021, I, pp.35 ss.; Lo Surdo, C.: "Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità", *Banca borsa tit. cred.*, 2004, pp. 175 ss.

49 Montanari, A.: "Nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita e «prova privilegiata»: qualche appunto alle sezioni unite 41994/21." *Foro it.,* 2022, I, pp. 500 ss.; definisce semplicistico e sbrigativo il ragionamento della Corte che "sembra riflettere l'inclinazione a trovare nel *tertium genus*, in questo caso lo «speciale», la facile scappatoia argomentativa per giustificare una soluzione che nella sostanza si ritiene la «più giusta»".

nella necessità di tutelare un interesse pubblico, nello specifico l'ordine pubblico economico che la normativa *antitrust* presidia[50].

In definitiva, la soluzione adottata è quella di ibridare la nullità codicistica piegandola alle esigenze pragmatiche delle correzioni antimonopolistiche[51], preordinando gli effetti del rimedio ai suoi criteri di funzionamento.

IV. L'OCCASIONE PERDUTA: LA NULLITA' DI PROTEZIONE

Nel motivare la parziarietà del prescelto rimedio cauducatorio, la Corte richiama l'art. 1419 cod. civ. definendo, però, "evenienza di ben difficile riscontro" quella di una volontà delle parti contraria alla conservazione del contratto depurato dalle clausole dichiarate nulle, poiché per il garante, la riproduzione nelle fideiussioni delle clausole anti-competitive comporta un aggravio della sua posizione, senza il riconoscimento di alcun corrispondente diritto; al contempo, l'intermediario finanziario ha interesse al mantenimento delle garanzie, rispetto all'unica alternativa plausibile rappresentata dell'assenza completa della fideiussione[52].

Ebbene, la nullità in parola non è speciale solo per contenuto, ma anche e soprattutto, nel modo di operare di una parziarietà necessaria orientata alle conseguenze[53].

In questo contesto, il riferimento delle SS.UU all'art.1419 cod. civ., dopo aver rilegato la prova della volontà contraria delle parti alla conservazione del contratto, nella sfera dell'inverosimile, non convince.

50 Federico, A.: "*Illiceità contrattuale e ordine pubblico economico*", Utet, Torino, 2004, pp.78 ss.;

51 Così Palmieri, A.- Pardolesi, R.: "Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato", cit., pp. 514 ss.;

52 Questa valutazione della Suprema Corte, prospettata come assoluta, considera unicamente la volontà delle parti successiva alla stipulazione del contratti, poiché prendendo in considerazione la situazione precedente all'erogazione del finanziamento, quando la banca deve decidere se accordarlo o meno, la presenza di una garanzia fideiussoria potrebbe indurre a concludere una operazione altrimenti rischiosa, come sostenuto da numerose sentenze di merito, dettagliatamente e censite Pisapia, A.: "La garanzia fideiussoria, l'illecito c.d. «*antitrust*» e la nullità del contratto, *Contratti*, 2021, pp. 681 ss.; Romano, C.: "Quale destino per le fideiussioni «omnibus» a valle di intese anticoncorrenziali?", *Foro it.,* 2022, I, pp. 540ss.; l'A, esclude che "che possa — ora per allora — ipotizzarsi quale sarebbe potuto essere il contenuto della fideiussione se le banche non avessero imposto l'inserimento delle tre clausole e, pertanto, a maggior ragione, sostenersi che il restante assetto contrattuale sarebbe rimasto immutato, l'indagine sulla essenzialità della parte del contratto colpita da nullità va riportata sul binario dell'oggettività , considerando che le clausole nulle in tanto sono state giudicate lesive della concorrenza in quanto incidono su aspetti essenziali del rapporto contrattuale."

53 Pagliantini, S. "Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil", *Foro it.,* 2022, I, pp. 521ss. Il quale ritiene che "con una prova della volontà contraria ad un contratto equivalente trasformata dalle sezioni unite in un periodo ipotetico dell'irrealtà, a noi il richiamo dell'art. 1419, 1° comma, suona tra il distopico ed il 'distocico', con l'inclinazione a ritenere che le sezioni unite avrebbero più profittevolmente argomentato ragionando di una specialità che qui sta anche (o piuttosto) nel modo di operare di una parziarietà necessaria orientata alle conseguenze."

Il Collegio lasciandosi guidare dalla fisionomia della nullità descritta come speciale e di regola parziale, quindi con struttura similare alla nullità prevista della disciplina delle clausole vessatorie[54] *ex* art. 36, comma 1, cod. cons.[55] che prescinde del tutto da ogni considerazione sulla rilevanza della clausola espunta nell'economia del contratto, avrebbe potuto optare per una nullità di carattere generale fondata sull'art. 36, comma 1, cod. cons. quale espressione di princìpi di carattere generale[56].

Questa interpretazione giungendo ai medesimi risultati applicativi, avrebbe assicurato alla nullità parziale delle fideiussioni "a valle" un più saldo appiglio normativo.

In questa prospettiva, l'argomentare della Corte -consciamente o meno – sembra fare spazio ad una forma di nullità parziale necessaria, nel diritto della concorrenza.

La struttura della nullità di protezione si rivela funzionale ad appianare lo "squilibrio contrattuale"[57] ottenuto dall'impresa bancaria per mezzo dell'intesa anticoncorrenziale[58].

Poiché, quest'ultima falsando la competizione mercantile acuisce una caratteristica propria della contrattazione d'impresa, ovvero il potere dell'impresa di predeterminare unilateralmente gli elementi del contratto[59]. L'eliminazione della concorrenza permette all'impresa di imporre ai clienti-consumatori delle condizioni contrattuali, che seppur valide risultano squilibrate, privandoli della possibilità di scegliere condizioni alternative sul mercato.

54 In materia di clausole vessatorie v. su tutti Rizzo, V.: "Commento sub art. 33, comma 1, cod.cons.," in *I contratti del consumatore-Commentario al codice del consumo (d.lgs 6 settembre 2005, n. 206),* (a cura di Cesaro, e.), Cedam, Padova, 2007, pp. 41 ss.

55 Navarretta, E.: "Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo", *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 523 ss.; Scognamiglio, C.: "Danno da violazione della disciplina *antitrust* e rimedi", *Riv. dir. comm.*, 2006, pp. 744 ss.; Battelli, E.: "Illeciti *antitrust* e rimedi civili del consumatore", in *Contratti*, 2006, pp.152 ss.; Longobucco,F.: *Violazione di norme anti- trust*, cit., pp. 111 ss.; Spoto, G.: *Le invalidita` contrattuali*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 210 ss.;

56 Così Pagliantini, S. "Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil", cit., pp. 521ss.

57 Guizzi, G.: "Squilibri nella contrattazione bancaria e finanziaria e rimedi", in *La trasparenza bancaria venticinque anni dopo*, (a cura di Barenghi, A.), Editoriale scientifica, Napoli, 2018, pp. 305 ss.

58 Conferma che l'inserimento nelle fideiussioni omnibus delle clausole dichiarate nulle, comporta una situazione di squilibrio contrattuale Il provvedimento n.55 del 2005 della Banca d'Italia, che ha evidenziato che le altre clausole contenute nello schema esaminato, non arrecavano un ingiustificato aggravio della posizione del fideiussore, in quanto funzionali a garantire l'accesso al credito bancario, mentre le clausole dichiarate nulle non era ravvisabile un legame di funzionalità altrettanto stretto. Sul punto v. Guizzi, G.: "I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza: qualche riflessione ving ans après, aspettando le sezioni unite", cit., pp. 1175 ss., che definisce la nullità prevista dall'art 36, comma 1 cod.cons. come "una tecnica di tutela conservativa di natura riequilibratrice".

59 Rizzo, V.: "La disciplina del codice civile sulle condizioni generali di contratto e la tutela dell'aderente consumatore: sua insufficienza", In *Il diritto dei consumi*, (a cura di Perlingieri,P.-Caterini, E.) ESI, Napoli, 2004, pp. 201 ss.

Nello specifico le clausole 2, 6 e 8 del formulario ABI, frutto dell'intesa anticoncorrenziale, sono serialmente riproduttive di un significativo squilibrio normativo in danno del fideiussore[60], potendo quindi essere qualificate come vessatorie ai sensi dell'art. 33, comma 1, cod. cons.

Dette clausole, infatti, hanno lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa[61].

Quindi, nella maggioranza dei casi riscontrati nella prassi, in cui il fideiussore assume la qualifica di consumatore ai sensi dell'art. 3 del cod. del cons., risulta agevole l'applicazione della nullità di protezione prevista dall'art. 36 cod. cons.

Sicuramente, l'applicazione dell'art. 36, 1° comma, cod. cons. si fa più ardua nell'ipotesi di cui il fideiussore sia un'impresa, al fine di superare queste difficoltà, giova ricordare nel settore ordinamentale bancario-finanziario, l'equilibrio fra normativa-prassi e istanze di tutela dell'utente è più instabile: con specifico riferimento all'àmbito del credito, si deve tenere in considerazione la coesistenza, da un lato, della posizione di debolezza del cliente che non possiede le conoscenze tecniche specifiche per orientarsi correttamente nel mercato, dovendo necessariamente affidarsi alla sua controparte contrattuale forte, e dall'altro, della strutturale complessità dell'oggetto e degli strumenti di contrattazione bancaria[62].

Si auspica, quindi, l'abbandono di teorie qualificatorie eccessivamente formalistiche a favore di una lettura funzionale idonea a scongiurare l'attribuzione surrettizia a un atto di caratteristiche che non gli sono proprie, con una rinnovata attenzione alle specifiche qualità delle singole categorie di utenti del mercato e di destinatari dei diversi regimi normativi[63].

Peculiari ragioni di tutela si rinvengono, in ordine ai contratti di garanzia, fondati sull'impegno personale del fideiussore al pagamento del debito altrui,

60 In tal senso Cfr. AGCM, Provvedimento 20 aprile 2005, n. 14251, ABI: condizioni generali di contratto per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie, in www.agcm.it.

61 Romano, C.: "Quale destino per le fideiussioni «omnibus» a valle di intese anticoncorrenziali?", cit. pp. 540 ss.; ricorda che "tutte e tre le clausole giudicate in contrasto con il divieto di intese restrittive della concorrenza risultano espressive del distacco della garanzia dal rapporto principale, prevedendone la sopravvivenza in caso d'invalidità dell'obbligazione principale (art. 8) e la permanenza ogni qualvolta, per qualunque motivo, il debitore abbia pagato ma la banca sia tenuta alla restituzione di quanto ricevuto (art. 2). Completa il quadro la deroga all'art. 1957 c.c. (art. 6), che spezza il collegamento tra la scadenza dell'obbligazione di garanzia e quella dell'obbligazione principale."

62 Così. Zorzi, N., "Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato", in *Contr. impr.*, 2010, pp. 433 ss.;

63 Llamas Pombo, E.: "De la noción consumidor ala tutela del contratante débil", *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros,* 150, 2022, pp. 1 ss.

comportante obblighi onerosi, gravanti sul proprio patrimonio personale, e, al contempo, l'incompleta conoscibilità del rischio assicurato.

Difatti, quella del fideiussore omnibus è necessariamente una posizione *in re ipsa* soggettivamente debole[64], che ben si presta ad essere assoggettata al regime protettivo del codice del consumo, poiché il prestatore della garanzia è astrattamente incapace di valutare, in maniera compiuta, congrua e, soprattutto, professionale il grado di rischio fisiologicamente sotteso alle obbligazioni assunte dal garantito, nonché la reale affidabilità finanziaria di quest'ultimo[65].

Conclusivamente, l'estensione della disciplina consumeristica si rivela necessaria, se non urgente, in un mercato non concorrenziale distorto dall'intesa "a monte" che frustra sul nascere l'autonomia negoziale del fideiussore. In questo contesto, l'asimmetria di potere negoziale fra istituto di credito e fideiussore è massima, poiché quest'ultimo al fine di stipulare una garanzia è obbligato ad accettare le condizioni contrattuali definite dall'intesa e riprodotte nei contratti "a valle", caratterizzate da un significativo squilibrio fra diritti e obblighi a suo danno.

64 Cfr. ABF, Collegio di Napoli, 8 aprile 2015, n. 2698; ABF, Collegio di Roma, 26 luglio 2013, n. 4109. Tutte in *DeJure*.

65 Candian, A.: "Tutela del consumatore nei rapporti bancari", in *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (Profili internazionali),* (a cura di Llamas, P.E.- Mezzasoma, L. – Rana, U. – Rizzo, F.), Esi, Napoli, 2020, pp.35 ss.; Di Raimo, R.: "Antecedenti e criteri ordinanti delle tutele nelle negoziazioni bancaria e finanziaria", in *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (Profili internazionali)*, (a cura di Llamas, P.E.- Mezzasoma, L. – Rana, U. – Rizzo, F.), Esi, Napoli, 2020, pp. 69 ss.

BIBLIOGRAFIA

Bachelet, V.: "la "decodificazione" giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fattispecie", *Eur. Dir. priv.*, III, 2021, pp. 553 ss.;

Battelli, E.: "Illeciti *antitrus*t e rimedi civili del consumatore", in *Contratti*, 2006, pp.152 ss.;

Belli, C.: "Contratto a «valle» in violazione di intese vietate dalla legge *antitrust*", *Giustiziacivile.com*., 25 maggio 2018.;

Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1955, pp. 486 ss.;

Benatti, F.: "Le clausole di esonero da responsabilità nella prassi bancaria", in *Le operazioni bancarie*, (a cura di G.B. Portale), Guffrè, Milano 1978 pp.151 ss.;

Bernini, G.: *Un secolo di filosofia antritrust*, Clueb, Bologna, 1991, pp. 319 ss.;

Berti De Marinis, G.: *Disciplina del mercato e tutela dell'utente nei servizi pubblici economici,* ESI, Napoli, 2015, pp. 33 ss.;

Bertolotti, A.:"Illegittimità delle norme bancarie uniformi per contrasto con le regole *antitrust* ed effetti sui contratti a valle: un'ipotesi di soluzione ad un problema dibattuto", *Giur. it*., 1997, pp. 345 ss.;

Borrillo, B.: "La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa *antitrust*", in *Riv. dir. banc*., 2018, III, pp. 12 ss.;

Camilleri, E.: *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza,* Jovene, Napoli, 2008;

Camilleri, E.: "Le conseguenze civilistiche dell'illecito *antitrust*", in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, (a cura di L.F. Pace), Cedam, Napoli, 2013, pp.295 ss.;

Camilleri, E.: "Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva", *NGCC* , 2020, pp. 403 ss.;

Candian, A.: "Tutela del consumatore nei rapporti bancari", in *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (Profili internazionali),* (a cura di Llamas, P.E.- Mezzasoma, L. – Rana, U. – Rizzo, F.), Esi, Napoli, 2020, pp.35 ss.;

Castronovo, C.: "Sezioni più unite che che *antitrust*", *Corr. giur.,* 2005, pp. 337 ss.;

Cauffman, C.: "The impact of voidness for infringements of Article 101 TFEU on related contracts", *European Competition Journal*, 2012, pp. 95 ss.;

Denozza, F.: "Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del "solo risarcimento" per le vittime di intese ed abusi ", *NGCC*, 2020, pp. 413 ss.;

Denozza, F.: "I princìpi di effettività, proporzionalità ed efficacia dissuasiva nella disciplina dei contratti a valle di intese ed abusi", *Riv. dir. ind*., 2019, pp. 369 ss.;

Di Micco, D.: "Le clausole ABI tra nullità assoluta e nullità parziale: un recente revirement", *Giur. It*., 2020, II, pp.358 ss.;

Di Nella, L.: *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, ESI, Napoli 2003, pp. 304 ss.;

Di Raimo, R.: "Antecedenti e criteri ordinanti delle tutele nelle negoziazioni bancaria e finanziaria", in *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (Profili internazionali)*, (a cura di Llamas, P.E.- Mezzasoma, L. – Rana, U. – Rizzo, F.), Esi, Napoli, 2020, pp. 69 ss.;

Dolmetta, A.A.: "Fideiussioni bancarie e normativa *antitrust*: l'«urgenza» della tutela reale; la «qualità» della tutela reale", *Riv.dir.banc*., 2022, I, pp. 1 ss.;

D'Orsi, S.: "Nullità dell'intesa e contratto "a valle" nel diritto *antitrust*", *Giur. comm*., 2019, pp. 575 ss.;

Fachechi, A.: "Regole di condotta e regole di validità: verso il superamento del principio di non interferenza", *Corti salernitane,* 2012, pp. 339 ss.;

Fauceglia, D.: "L'orientamento del Tribunale delle imprese di Napoli in tema di fideiussioni omnibus conformi allo schema Abi. Nullità (parziale) o integrazione dei contratti?", *Contratti*, 2021, pp.588 ss.;

Federico, R.: "Operazione economica e nullità dei contratti derivati da intesa anticoncorrenziale", *Corriere giur*., 2018, pp. 1072 ss.;

Federico, A.: "*Illiceità contrattuale e ordine pubblico economico*", Utet, Torino, 2004, pp.78 ss.;

Gentili, A.: "La nullità dei contratti a valle come pratica concordata anticoncorrenziale (il caso delle fideiussioni ABI), *Giust. civ.,* 2019, pp. 675 ss.;

Greco, F. - Zurlo, A.: "Analisi della garanzia fideiussoria, tra validità anticoncorrenziale e revisionismo consumeristico", *Resp. civ. prev.*, 2020, pp. 1429 ss.;

Guizzi, G.: "Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancóra da esplorare, nota a Cass., ordinanza n. 15538/2003, *Foro it.*, 2004, 2, pp.484 ss.;

Guizzi, G: "Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza", in *Contratti nella concorrenza,* (a cura di A. Catricalà, E. Grabrielli), Utet, Torino, 2011, pp. 29 ss.;

Guizzi, G.: "Squilibri nella contrattazione bancaria e finanziaria e rimedi", in *La trasparenza bancaria venticinque anni dopo*, (a cura di Barenghi, A.), Editoriale scientifica, Napoli, 2018, pp. 305 ss.;

Guizzi, G.: "I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza: qualche riflessione ving ans après, aspettando le sezioni unite", *Corriere giur.*, 2021, pp. 1175 ss.;

Iannucelli, P.:"Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia ovvero può il diritto *antitrust* servirsi del codice civile?", *Riv.soc.*, 2006, pp. 780 ss.;

Llamas Pombo, E.: "De la noción consumidor ala tutela del contratante débil", *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros,* 150, 2022, pp. 1 ss.;

La Sala, G: "Aspettando le Sezioni Unite: le osservazioni del Procuratore generale sulla sorte delle fideiussioni omnibus in contrasto con la normativa antimonopolistica", *giustiziacivile.com*, 16 dicembre 2021.;

Limbertini, M.: "Autonomia privata e concorrenza nel diritto Italiano", *Riv. dir. comm.,* 2002, pp. 433 ss.;

Limbertini, M.: "Le azioni civili contro gli illeciti *antitrust*" *Contratti,* 2005, pp. 1093 ss.;

Limbertini, M.: "Ancòra sui rimedi civilistici conseguenti agli illeciti *antitrust*", *Danno e Resp.*, 2005, pp. 237 ss.;

Libertini, M.: *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Giuffre`, Milano, 2014, pp.500 ss.;

Limbertini, M.:"Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. "contratti a valle". Un commento sullo stato della giurisprudenza italiana", *Nuova Giur. Civ.comm*., 2020, pp. 387 ss.;

Lo Surdo, C.: "Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità", *Banca borsa tit. cred*., 2004, pp. 175 ss.;

Longobucco, F.: *"Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione a valle,* Esi, Napoli, 2008.;

Massarelli, R.:"La nullità delle fideiussioni omnibus conformi ai modelli ABI per contrarietà ai valori costituzionali, in *Leggi di Italia*, 2021, pp. 175 ss.;

Maugeri, M.R.: *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici,* Edipress, Catania, 2006.;

Maugeri, M.R.: "Breve nota sui contratti a valle e rimedi", *Nuova Giur. Civ.comm*., 2020, pp. 415 ss.;

Meli, M.: *Autonomia Privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Giuffrè, Milano, 2001.;

Meli, V.: "Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/ue sul risarcimento dei danni per violazione della normativa *antitrust, Nuove leggi civ*., 2018, pp. 119 ss.;

Montanari,A.: "La nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita: la decisione del collegio di coordinamento dell'Abf sulle fideiussioni omnibus", *Nuova giur. civ*., 2021, pp. 114 ss.;

Montanari, A.: "Nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita e «prova privilegiata»: qualche appunto alle sezioni unite 41994/21." *Foro it.,* 2022, I, pp. 500 ss.;

Moresco, M.:"Fideiussioni omnibus su moduli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale", *Banca borsa tit. cred*., 2020, pp. 85 ss.;

Navarretta, E.: "Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo", *Riv. dir. civ*., 2005, pp. 523 ss.;

Niro, R.: *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Cedam, Padova, 1994, pp. 26 ss.;

ONORATO, M.: *Nullità dei contratti nell'intesa competitiva*, Giuffrè, Milano, 2012.;

OPPO, G.: "Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza", *Riv. dir. civ.,*1992, pp. 543 ss.;

OTTOMBRINO, I.: "La sorte delle fideiussioni bancarie redatte su schema ABI", *Corriere giur.*, 2020, pp. 408 ss.;

PAGLIANTINI, S.: "Un giro d'orizzonte sulle nullità del terzo millennio", Pers. e merc., 2021, I, pp. 35 ss.;

PAGLIANTINI, S. "Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil", *Foro it.,* 2022, I, pp. 521ss.;

PALMIERI, A.- PARDOLESI, R.: "Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato", *Foro it*., 2022, I, pp. 514 ss.;

PARDOLESI, R.: "Il danno *antitrust* in cerca di disciplina (e di identità)?, *Foro it*., 2007, pp. 1104 ss.;

PERLINGIERI, G.: *L'inesistenza della distinzione fra regole di comportamento* e *regole di validità nel diritto italo-europeo*, Esi, Napoli, 2013, pp. 9 ss.;

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 4ª ed., ESI, Napoli, 2020, pp. 328 ss.;

PIETROLETTI, I.: "Alle Sezioni Unite la decisione sulla nullità delle fideiussioni bancarie conformi alle intese restrittive della concorrenza predisposte dall'ABI e sanzionate dalla Banca di Italia", *Dir. giust*., 2021, f. 89.;

PINNARÒ, M.: "Diritto di iniziativa economica e liberà di concorrenza. Di talune ellissi e pleonasmi nella legge antitust n. 297 del 10 ottobre 1990", *Giur. Comm*., 1993, pp. 430 ss.;

RENNA, M.: "La fideiussione omnibus oltre l'intesa *antitrust*", *Riv.dir.civ*., 2021, pp. 597 ss.;

RIZZO,V.: "Commento sub art. 33, comma 1, cod.cons.," in *I contratti del consumatore-Commentario al codice del consumo (d.lgs 6 settembre 2005, n. 206), (*a cura di CESARO, E.), Cedam, Padova, 2007, pp. 41 ss.;

Rizzo, V.: "La disciplina del codice civile sulle condizioni generali di contratto e la tutela dell'aderente consumatore: sua insufficienza", In *Il diritto dei consumi*, (a cura di Perlingieri,P.-Caterini, E.) ESI, Napoli, 2004, pp. 201 ss.;

Romano, C.: "Quale destino per le fideiussioni «omnibus» a valle di intese anticoncorrenziali?", *Foro it.,* 2022, I, pp. 540 ss.;

Roppo, E.: "Fideiussione «omnibus»: valutazioni critiche e spunti propositivi", *Banca, borsa, tit. cred*., 1987, pp. 137 ss.;

Rossi, M.: "Difesa della fideiussione omnibus Abi", *Dir. banc*., 2021, pp.141 ss.;

Salanitro, N.: "Disciplina *antitrust* e contratti bancari", *Banca borsa tit. cred*., 1996, pp. 765 ss.;

Schiavottiello, V.:"Squilibrio contrattuale e rimedi giudiziali: il caso delle fideiussioni omnibus stipulate a valle di un'intesa vietata", *Banca borsa tit. cred*., 2020, pp. 110 ss.;

Schinnà, M.: "La nullità delle intese anticoncorrenziali", *R. trim. d. proc. civ*., 2004, pp. 436 ss.;

Scognamiglio, C.: "Danno da violazione della disciplina *antitrust* e rimedi", *Riv. dir. comm*., 2006, pp. 744 ss.;

Scognamiglio, C.: "Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi, in *Europa* e *dir. priv*., 2008, pp. 599 ss.;

Spoto, G.: *Le invalidita` contrattuali*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 210 ss.;

Stella, G.:" Fideiussioni predisposte su modello uniforme ABI dichiarato parzialmente nullo dall'Autorità Garante della Concorrenza: quali rimedi a favore del fideiussore?", *Contratti*, 2020, pp. 391 ss.;

Tucci, G.:"Norme bancarie uniformi e condizioni generali di contratto",*Contratti*, 1996, pp. 152 ss.;

Viglianesi Ferraro, A.: "Diritto *antitrust* e rimedi utilizzabili in Italia dai soggetti danneggiati dai c.d. "contratti a valle". Un problema ancòra aperto", *Dir. econ*., pp. 307 ss.;

Villa, G.: "L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza", *Corriere giur*., 2017, pp. 441 ss.;

VOTANO, G.: "gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sulle fideiussioni a "valle": la pronuncia delle Sezioni Unite", *Contratti*, 2022, pp. 152 ss.;

ZORZI, N., "Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato", in *Contr. impr.*, 2010, pp. 433 ss.

RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS ANTE EL HACKEO DE CUENTAS BANCARIAS. EN PARTICULAR, CASOS DE "PHISING"

FINANCIAL INSTITUTIONS LIABILITY IN CASE OF BANK ACCOUNTS HACKING. IN PARTICULAR, "PHISING" CASES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1590-1617

Araya Alicia
ESTANCONA
PÉREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de octubre de 20222
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: El control de las operaciones de pago no autorizadas ha sido objeto de especial atención en el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (en transposición de la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre, sobre Servicios de Pago en el Mercado Interior y derogando la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago), con el firme propósito de generar un entorno más seguro y fiable en el aprovechamiento de las innovaciones derivadas de los cambios tecnológicos en los servicios de pago. A lo largo de estos últimos años, han proliferado diversos medios fraudulentos para conseguir una transferencia de activo patrimonial, con ánimo de lucro y en perjuicio de terceros, a través de manipulación informática o artificio semejante (art. 248.2.a. CP): creación de órdenes de pago o de transferencias no autorizadas, duplicidad de tarjetas de pago, suplantación de identidad de la propia entidad financiera u organismos públicos, etc., como muestra el último informe del Banco de España -Memoria de Reclamaciones de 2020-. Sin perjuicio de que todos estos métodos pueden ser calificados como fraudulentos, la principal dificultad que habremos de solventar para determinar el sujeto responsable es la clasificación de la operación de pago como autorizada por el titular de la cuenta o si, por el contrario, nos encontramos ante una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente. Incluso encontrándonos ante el primer tipo de operaciones – presuntamente autorizadas por el titular-, la entidad financiera será responsable del perjuicio patrimonial sufrido por el titular de la cuenta que ha sido víctima de fraude o hackeo (art. 44 Real Decreto-ley 19/2018), como viene siendo estimado por la jurisprudencia menor más reciente. A lo largo del presente trabajo se llevará a cabo un análisis doctrinal y jurisprudencial con el que se pretende arrojar algo de luz y sistemática a una manera tan controvertida y que tanta indignación ha causado a clientes –consumidores y microempresas- víctimas de fraudes en los servicios de pago contratados con las entidades financieras.

PALABRAS CLAVE: *Phishing*; servicios de pago; hackeo; operaciones no autorizadas; entidades bancarias.

ABSTRACT: *The control of unauthorized payment transactions has received special attention in Royal Decree-Law 19/2018, of November 23, on payment services and other urgent financial measures (in transposition of Directive (EU) 2015/2366 of Parliament and the Council, of November 25, on Payment Services in the Internal Market and repealing Law 16/2009, of November 13, on payment services), with the purpose of generating a safer and reliable in taking advantage of the innovations derived from technological changes in payment services. Throughout recent years, various fraudulent activities have proliferated to achieve a transfer of patrimonial assets, for profit and to the detriment of third parties, through computer manipulation or similar artifice (art. 248.2.a. CP): creation payment orders or unauthorized transfers, duplication of payment cards, impersonation of the financial institution itself or public bodies, etc., as shown in the latest report from the Bank of Spain -2020 Complaints Report-. Without prejudice to the fact that all these methods can be classified as fraudulent, the main difficulty that we will have to solve to determine the person responsible is the classification of the payment operation as authorized by the account holder or if, on the contrary, we are before an unauthorized or incorrectly executed payment operation. Even when we are faced with the first type of operations - presumably authorized by the account holder -, the financial entity will be responsible for the patrimonial damage suffered by the account holder who has been a victim of fraud or hacking (art. 44 Royal Decree-Law 19/2018), as has been estimated by the most recent minor jurisprudence. In the present work, a doctrinal and jurisprudential analysis will be carried out with which it is intended to shed some light and systematically on such a controversial way and that has caused so much indignation to clients -consumers and micro-enterprises- victims of fraud in services payment contracted with financial institutions.*

KEY WORDS: *Cphishing; payment services; hacking; unauthorized operations; banks.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. - II. CONTRATO DE SERVICIOS DE PAGO. - 1. Sujetos intervinientes: clientes de servicios de pago especialmente protegidos. - 2. Tipología de operaciones de pago fraudulentas: - *A) Operaciones realizadas por suplantación de identidad del banco. En particular, phishing. - B) Operaciones no autorizadas por sus titulares o ejecutadas incorrectamente.* - 3. Contrato de servicios de pago vs. contrato de depósito bancario. - III. RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR DE SERVICIOS DE PAGO. - 1. Tipo de responsabilidad imputable. - 2. Causas de exoneración. - 3. Concurrencia de culpas. - IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La manifiesta preocupación de los legisladores europeo y nacionales por establecer mecanismos de control de las operaciones de pago no autorizadas ha sido objeto de especial atención en el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (en transposición de la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre, sobre Servicios de Pago en el Mercado Interior y derogando la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago). Este Real Decreto-ley fue aprobado con el firme propósito de generar un entorno más seguro y fiable en el aprovechamiento de las innovaciones derivadas de los cambios tecnológicos en los servicios de pago ya que, lamentablemente, a lo largo de estos últimos años, han proliferado diversos medios fraudulentos para conseguir una transferencia de activo patrimonial, con ánimo de lucro y en perjuicio de terceros, a través de manipulación informática o artificio semejante. Tales operaciones, como muestra el último informe del Banco de España -Memoria de Reclamaciones de 2020, consisten en creación de órdenes de pago o de transferencias no autorizadas, duplicidad de tarjetas de pago, suplantación de identidad de la propia entidad financiera u organismos públicos, etc.

A pesar de que todos estos métodos pueden ser calificados como fraudulentos, la principal dificultad que habremos de solventar para determinar el sujeto responsable es la clasificación de la operación de pago como autorizada por el titular de la cuenta o si, por el contrario, nos encontramos ante una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente. Incluso encontrándonos ante el primer tipo de operaciones – presuntamente autorizadas por el titular-, la entidad financiera será responsable del perjuicio patrimonial sufrido por el titular de la cuenta que ha sido víctima de fraude o hackeo (art. 44 Real Decreto-ley 19/2018), como viene estimando la jurisprudencia menor más reciente, comúnmente realizado a través de técnicas de *phishing* y sus derivadas –"actuación

• Araya Alicia Estancona Pérez
Prof.ª Contratado Dr. (acredit. a TU) Derecho Civil
Universidad de Cantabria
araya.estancona@unican.es

fraudulenta que toma como punto de partida el envío masivo de mensajes de correo electrónico desde diversos sitios en la web, que tiene como destinatarios a usuarios de la banca informática –banca on-line- a quienes se les redirecciona a una página web que es una réplica casi perfecta de la original y en la que se les requiere, normalmente con el aviso amenazante de perder el depósito y la disponibilidad de las tarjetas de crédito, a que entreguen sus claves personales de acceso con el fin de verificar su operatividad" (STS 834/2012, de 25 de octubre [Rec. 2422/2011] – TOL2.712.104)-.

II. CONTRATO DE SERVICIOS DE PAGO.

1. Sujetos intervinientes: clientes de servicios de pago especialmente protegidos.

Resulta preciso, en estas primeras líneas, concretar los posibles sujetos intervinientes en la relación derivadas del contrato de servicios de pago celebrado entre las entidades bancarias y sus clientes o usuarios. En primer término, debemos precisar que las entidades bancarias se sirven de los denominados proveedores de servicios de pagos para poder ofrecer servicios u operaciones de pago a sus clientes. Los *proveedores del servicio de pago o entidades de pago* son persona jurídicas a las que el Banco de España ha otorgado una autorización administrativa para prestar y ejecutar uno o varios de los servicios de pago como ingreso de efectivo en una cuenta de pago, retirada de efectivo de una cuenta de pago, ejecución de operaciones de pago a través de una cuenta de pago mediante transferencias, adeudos domiciliados u operaciones de pago con tarjeta o dispositivo similar (Operaciones de pago a débito), ejecución de operaciones de pago cuando los fondos están cubiertos por una línea de crédito, mediante transferencias, adeudos domiciliados u operaciones de pago con tarjeta o dispositivo similar (Operaciones de pago a crédito), emisión de instrumentos de pago o adquisición de operaciones de pago, envío de dinero, iniciación de pagos, información sobre cuentas, etc[1]. Los proveedores de servicios de pago más utilizados en España son MasterCard, Visa y American Express, de los que se sirven las entidades bancarias para ofrecer estos servicios a sus clientes.

Junto a los proveedores de servicios de pagos, encontramos los denominados *proveedores de servicios de iniciación de pagos* (reconocidos en la Directiva PDS1), como personas jurídicas que permiten iniciar un pago a petición del usuario, respecto a una cuenta de pago abierta en una entidad financiera ofreciendo alternativa al pago con tarjeta ya que el pago se hace a través de una plataforma intermediaria y donde el cliente tiene almacenados sus datos. Como ejemplos de las 49 entidades de pago registradas en el Banco de España encontramos

1 https://www.bde.es/bde/es/secciones/servicios/Instituciones_fi/autorizacion-de-/entidades_de_pago-fe0bc360a9ce961.html (Consultado en fecha 22-08-2022).

las más frecuentes: American Express Europa, SA., Global Payment Systems., Prosegur Servicios de Pago., Solred SA., UniversalPay., etc. Además, encontramos *proveedores de servicio de información de cuenta* (reconocidos en la Directiva PSD2) como personas jurídicas que proporcionan al usuario información agregada sobre sus cuentas de pago mantenidas en una misma o en distintas entidades financieras, que otorgan a los clientes una visión global de las cuentas asociadas incluyendo la relación de gastos e ingresos, incluso de los cargos a realizar a la cuenta. A modo de ejemplo encontramos 3 entidades que operan bajo autorización del Banco de España: GS Gestion Fintech Apps; Split Payments S.L., Tesaralia, S.L.

Del lado de los clientes o usuarios de los servicios de pago, podemos encontrar clientes que reúnen las características de consumidores, microempresas, personas jurídicas o entes sin personalidad (vid. ej., comunidades de propietarios). En particular, tanto la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre, sobre Servicios de Pago en el Mercado Interior –Directiva PSD2- como el RD-Ley 19/2018 que la transpone parcialmente, protegen de una manera particular a los clientes consumidores y microempresas. Junto a los consumidores –definidos por el RD-Ley 19/2018 como "una persona física que, en los contratos de servicios de pago objeto de este real decreto-ley, actúa con fines ajenos a su actividad económica, comercial o profesional"-, las microempresas –definidas por el RD-Ley 19/2018 como "una empresa, considerando como tal tanto a las personas físicas que realizan una actividad profesional o empresarial como a las personas jurídicas, que, en la fecha de celebración del contrato de servicios de pago ocupa a menos de diez personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los dos millones de euros"- son protegidas por el mismo texto legal en relación a las condiciones de transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, resolución y modificación del contrato marco y los derechos y obligaciones de los servicios de pago[2].

2. Tipología de operaciones de pago fraudulentas:

En el presente estudio nos centraremos en el análisis de los supuestos en los que las transferencias bancarias o las órdenes de pago de los clientes bancarios han sido realizadas de manera fraudulenta, comúnmente por un engaño derivado de la suplantación de identidad de la entidad bancaria.

2 Como indica el Preámbulo del RD-Ley 19/2018, de este régimen general de protección del consumidor aplicable a las microempresas, se excepciona *a las microempresas de la aplicación del derecho a ordenar la devolución de los adeudos domiciliados como consecuencia de una operación de pago autorizada iniciada por un beneficiario o a través del mismo, durante un plazo de ocho semanas contadas a partir de la fecha de adeudo de los fondos en su cuenta. El motivo es que la atribución de tal derecho a las microempresas distorsionaría el sistema de gestión de los adeudos domiciliados, ocasionando a las microempresas perjuicios derivados del riesgo de crédito que tendrían que asumir los proveedores de servicios de pago en dicho periodo.*

La transferencia bancaria es entendida como "un servicio que forma parte del contrato de servicio de caja entre un proveedor de servicios de pago (el banco) y sus clientes y sirve de medio de pago mediante el débito en la cuenta del ordenante y abono en la del beneficiario, tratándose, en suma, de un procedimiento financiero de movimiento de la moneda. Se trata de un medio de pago consistente en una orden dada al banco (banco emisor) por parte de un cliente (ordenante) a fin de que, con cargo a su cuenta, abone un determinado importe en otra cuenta del mismo o distinto banco (banco destinatario) abierta a nombre de un tercero (beneficiario) o del propio ordenante" (SAP Alicante, núm. 632/2018, de 12 de marzo de 2018 [Rec. 622/2017] TOL6.636.914). Por su parte, la derogada Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, definía las órdenes de pago como "toda instrucción cursada por un ordenante o beneficiario a su proveedor de servicios de pago por la que se solicite la ejecución de una operación de pago" (art. 2.16 LSP).

Ambas operaciones se enmarcan en el seno de la relación contractual entre el cliente y la entidad bancaria en la que tiene depositado su activo patrimonial y constituyen una forma de ejecución de las obligaciones contractuales asumidas. La ejecución por parte de la entidad de la orden emitida forma parte del contrato de servicios de caja celebrado que, tratándose de órdenes de pago por vía electrónica, supone que el cliente debe haber firmado un contrato de adhesión a los servicios de banca electrónica (SAP Alicante, núm. 632/2018, de 12 de marzo de 2018 [Rec. 622/2017] TOL6.636.914).

A) Operaciones realizadas por suplantación de identidad del banco. En particular, phishing.

Se trata de operaciones en las que el titular de la cuenta, presuntamente, otorga su autorización para realizar la transferencia bancaria o el pago del que se trate. Sin embargo, en estos supuestos se ha producido una suplantación de identidad del titular a través de la obtención de determinados datos personales y bancarios que facilitan el acceso a la cuenta bancaria on-line, tarjetas de crédito o cualquier otro medio de pago a distancia.

En la STS 834/2012, de 25 de octubre [Rec. 2422/2011] – TOL2.712.104, el "phishing" era definido como "actuación fraudulenta que toma como punto de partida el envío masivo de mensajes de correo electrónico desde diversos sitios en la web, que tiene destinatarios a usuarios de la banca informática –banca on-line- a quienes se les redirecciona a una página web que es una réplica casi perfecta del original y en la que se les requiere, normalmente con el aviso amenazante de perder el depósito y la disponibilidad de las tarjetas de crédito, a que entreguen sus claves personales de acceso con el fin de verificar su operatividad. De forma gráfica se dice que el autor "pesca los datos protegidos" (phishing), que permiten

el libre acceso a las cuentas de particulares y, a partir de ahí, el desapoderamiento". (FD Segundo)

Como variantes de la técnica de "phishing", encontramos algunas otras que encuentran su diferencia en el medio por el que se procede al envío del gancho que permitirá acceder a las claves del titular de la cuenta -SMS (*smishing*), llamadas telefónicas (*vishing*), páginas web falsas (*web spoofing*), etc.-

Por otra parte, el Departamento de Mercado y Reclamaciones del Banco de España –DCMR- ha detectado un mecanismo más elaborado que combina la obtención datos de la víctima y, a continuación, solicitan a la operadora de telefonía móvil el duplicado de la tarjeta SIM (*swapping)* para recibir, vía SMS las claves que desde los sistemas de banca online se envía para garantizar la autenticación del titular de la cuenta[3].

B) Operaciones no autorizadas por sus titulares o ejecutadas incorrectamente.

Además de las operaciones fraudulentas descritas en líneas precedentes y que parten de la suplantación de identidad del titular de la cuenta mediante medios informáticos que permiten obtener sus datos personales y bancarios, podemos encontrar otros supuestos de operaciones no autorizadas por los titulares de las cuentas o ejecutadas incorrectamente por la entidad bancaria y que los tribunales han tenido la oportunidad de conocer.

Estas transferencias o pagos son realizados por personas no autorizadas o sin poder de disposición de las cuentas corrientes. Comúnmente, el mayor número de controversias se presentan en cuentas cuya titularidad pertenece a personas jurídicas, comunidad de propietarios o, en su caso, co-titularidades. En estos casos, el problema deriva de la necesaria verificación que debe realizar en la entidad bancaria sobre la autorización del sujeto que pretende realizar la transferencia o pago[4].

En definitiva, lo relevante en estos estos supuestos –ya sea por suplantación de identidad, operaciones realizadas por quien carece de autorización para ello o por operaciones realizadas incorrectamente- es que, conforme a lo dispuesto en el art

3 Memoria de reclamaciones del Banco de España de 2019. https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/19/Documentocompleto.pdf (Consultado en fecha 12/09/2022)

4 En concreto, en el caso de los depósitos conjunto pueden distinguirse el depósito condicionado del depósito plural con mandato. En el primer caso, para efectuar los actos de restitución del dinero depositado es exigida la firma de todos los depositantes suponiendo en mínimo control de los actos de disposición. Por su parte, en el depósito plural con mandato, los depositantes que tengan la condición de mandatarios podrán practicas actos de disposición de manera separada, debiendo rendir cuentas de su actividad ante el resto. Madrazo Leal, J.: "Aproximación al depósito bancario conjunto" en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*. Universidad de Cantabria, Santander, 2003, pp. 384-385.

43 del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 noviembre, el usuario de servicios de pago debe comunicar los movimientos en su cuenta tan pronto tenga conocimiento de ello o, como máximo, a los 13 meses desde la fecha en que se ha producido el adeudo. De este modo, la rectificación por el proveedor de servicios de pago debe cumplirse con los presupuestos legalmente contemplados, como veremos en líneas sucesivas.

3. Contrato de servicios de pago vs. contrato de depósito bancario.

El punto de partida por el que proceder al análisis del régimen de responsabilidad de las entidades bancarias o los proveedores de servicios de pagos debe encontrarse en la determinación de las obligaciones que son asumidas por estos en virtud del contrato celebrado con el cliente o titular de la cuenta corriente. En este sentido, es preciso concretar la tipología contractual derivada de la titularidad de una cuenta corriente en una entidad bancaria.

En primer lugar, encontramos el contrato de depósito bancario. El contrato de depósito bancario es definido como "aquel mediante el cual una parte (cliente depositante) entrega a otra (entidad bancaria depositaria) el objeto del depósito (comúnmente, dinero), obligándose a custodiarlo y restituirlo en cualquier momento en que el primero así lo requiera o bien pasado el plazo establecido"[5]. Bajo su régimen jurídico, por lo tanto, podemos afirmar que la obligación principal es de custodia del bien depositado. Sin embargo, tratándose de un contrato de depósito de dinero "bancario", la obligación principal podría ser concretada en la obligación de devolución de lo que denominamos "idem receptum", "desapareciendo esa obligación de custodia que ni siquiera podría estar referida al tantudem"[6]. De este modo, como indica Hualde Manso, "la inserción del depósito de dinero en la empresa bancaria operaría de esta forma una transformación interna de especial envergadura en el régimen jurídico del contrato atendiendo a la cualidad de una de las partes en el contrato (el depositario)"[7].

Con independencia de la variada tipología de contratos de depósito bancarios[8], se ha llegado a afirmar que la particularidad del contrato de depósito de dinero

5 Tomillo Urbina, J.L.: "El depósito bancario" en *Contratación bancaria,* Tomo I, Dir. F.J. Orduña Moreno y J.L. Tomillo Urbina, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 237.

6 Se trata de un contrato atípico por estar las normas del Código Civil y Código de Comercio pensadas para ello, pero socialmente aceptados y sobradamente conocidos por el cual *el depositante entrega el dinero a la entidad de crédito depositaria, que adquiere la propiedad del mismo, obligándose a devolver otro tanto una vez llegado el plazo.* Díaz Ruíz, E., y Ruíz Bachs, S.: "El depósito bancario estructurado" en Revista de derecho bancario y bursátil, Núm. 89, 2003, p. 22.

7 Hualde Manso, M.T.: "Causa, función y perversión del depósito bancario a la vista", *Revista de derecho bancario y bursátil,* Núm. 136, 2014.

8 Al margen de la habitual clasificación entre contratos de depósito a la vista y contratos de depósito a plazo, a interés variable, en divisas, etc., podemos encontrar los depósitos estructurados como contratos de carácter bancario, de carácter completo, resultado de la integración de un depósito a plazo fijo y un instrumento financiero derivado, y atípico, que regirán fundamentalmente con las cláusulas contractuales

bancario caracterizado por la desaparición de una obligación de custodia existiendo exclusivamente una obligación de restitución, permite negar su categoría[9]. Esta obligación de restitución viene reforzada por la normativa sectorial bancaria "para reequilibrar la desaparición de la obligación de custodia y del otorgamiento al banco de la plena (cuasi plena) disponibilidad"[10]. En este sentido, la obligación de custodia no sería considerada objeto de prestación típica, "sino un simple criterio de responsabilidad para el caso que quede incumplida la obligación de restitución"[11].

Desde el punto de vista del depositante bancario, podría afirmarse que su interés en la puesta en custodia de la entidad bancaria "no busca obtener una ganancia ni aumentar su capital, sino sólo seguridad, que no sólo es la que se deriva de la custodia asumida por el Banco" –concretada en la prevención de operaciones de pago no autorizadas por el titular o, de producirse, en asegurar que la entidad procederá a su devolución- "sino de que la suma no sea empleada en operaciones arriesgadas"[12].

A pesar de las posturas doctrinales discordantes, creemos que puede afirmarse que, derivado del contrato de depósito de efectivo, la entidad financiera depositaria debe cumplir con la obligación de custodia como "fin fundamental de depósito y explica la función económica ya que el deber de restituir es un deber cuyo cumplimiento extingue la situación"[13]. Pero ¿en qué consiste la custodia del dinero? Se pregunta García-Pita si de verdad el Banco "custodia" la suma depositada, cuando invierte y gasta los fondos depositados superando, con mucho, la necesidad de mantener el "tantundem". Podríamos decir que esa obligación de custodia se materializa en el tráfico económico actual en la asunción del riesgo de pérdida, total o parcial, de la suma depositada pues no siendo un depósito de monedas o billetes especificados, "es obvio que la posibilidad de desarrollar las conductas orientadas a su custodia o conservación ni resultan ni legal ni físicamente imposibles… luego no queda extinguida la obligación del depositario" (art. 1184 Cc, "sensu contrario")[14].

pactadas. Díaz Ruíz, E., y Ruíz Bachs, S.: "El depósito bancario estructurado", *Revista de derecho bancario y bursátil,* Núm. 89, 2003, pp. 31-32.

9 Vicent Chuliá, F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Barcelona, 1990, pp. 433-434.

10 Hualde Manso, M.T.: "Causa, función y perversión del depósito bancario a la vista", *Revista de derecho bancario y bursátil,* Núm. 136, 2014.

11 Emparanza Sobejano, A y Martínez Giner, L.A.: "El depósito bancario. Las libretas de ahorro" en *Contratos bancarios,* Tomo X, Aranzadi, Cizur Menor, 2014. p. 105 y ss.

12 Hualde Manso, M.T.: "Causa, función y perversión del depósito bancario a la vista", *Revista de derecho bancario y bursátil,* Núm. 136, 2014.

13 Hualde Manso, M.T.: "El depósito bancario a la vista", en *Operaciones bancarias de activo y pasivo en el contexto de crisis económica: hacia la unificación de la contratación privada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 328-329.

14 García-Pita y Lastres, J.L.: "Bases para una revisión del régimen de los depósitos bancarios de efectivo", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* Núm. 143, 2016.

Diferente es el *contrato de cuenta corriente bancaria*. Se trata de un contrato que, a pesar de su origen como contrato accesorio al de depósito, en la actualidad tiene virtualidad propia constituyendo un contrato autónomo cuya principal característica es permitir al cliente hacer uso del "servicio de caja" –el cliente puede disponer del dinero y realizar ingresos, todo ello por diversos mecanismos, permitiendo conocer en todo momento el saldo resultante de la cuenta[15]. De este modo, podemos afirmar que el banco, a través del contrato de cuenta corriente bancaria, se convierte en el gestor de pagos e ingresos del cliente, permitiendo que la condición de titular de la cuenta determine la propiedad de los fondos depositados. Por ello, en el contrato de cuenta corriente bancaria concurren características propias de los contratos de mandato o comisión[16]. Así, la entidad bancaria deberá asumir las instrucciones de su cliente y actuar en interés de éste, debiendo imputarle su responsabilidad como comisionista[17]. Como claramente se indica en la SAP de Zaragoza, núm. 215/2013, "el contrato de cuenta corriente cada vez va recabando mayor autonomía respecto al contrato de depósito, que le sirve de base. De modo que la cuenta corriente sólo actúa como soporte contable, expresando una disponibilidad de fondos contra el banco que los retiene y que encuentra su causa tanto en operaciones de activo como de pasivo". [De esta relación se derivan] "deberes de rendición de cuentas, de información y el deber de actuar conforme a las instrucciones recibidas" (FD Segundo).

Como afirmábamos, al contrato de cuenta corriente bancaria le acompaña el contrato de "servicios de pago". Se antoja complicado imaginar en el tráfico económico actual que los clientes bancarios puedan tener interés en depositar su dinero en la entidad financiera sin contratar, a su vez, los servicios de pago que los proveedores puedan proporcionarle y que facilitarán las transacciones económicas a través de transferencias bancarias, domiciliación de pago periódicos, pagos con tarjetas de crédito o débito, compras vía banca on-line, etc., teniendo la disponibilidad permanente de su dinero al tratarse de *depósitos a la vista*[18]. Así, cobran especial relevancia los denominados *servicios de caja* –o servicios de banca

15 Pablo-Romero Gil-Delgado, M.C.: "El contrato de cuenta corriente bancaria", en *Operaciones bancarias de activo y pasivo en el contexto de crisis económica: hacia la unificación de la contratación privada,* Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 348.

16 Pablo-Romero Gil-Delgado, M.C.: "El contrato de cuenta corriente bancaria", en *Operaciones bancarias de activo y pasivo en el contexto de crisis económica: hacia la unificación de la contratación privada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 349-350.

17 Sánchez-Calero Guilarte, J.: "La cuenta corriente y la transferencia bancaria (observaciones a sus aspectos más discutidos)", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* Núm. 86, 2002, pp. 110-112.

18 En sentido contrario, el mal llamado depósito a plazo cumple con funciones más propias del préstamo o mutuo, advirtiéndose notas propias de éste: *operación de crédito o financiación se cambian bienes presentes por bienes futuros, el prestamista pierde totalmente la propiedad del dinero y su disponibilidad y es el plazo y el pacto de intereses los que ostentan el protagonismo.* Hualde Manso, M.T.: "Causa, función y perversión del depósito bancario a la vista", *Revista de derecho bancario y bursátil,* Núm. 136, 2014.

on-line-, sin perder de vista que es "importante retener y resaltar que el fin o motivo esencial del depósito de dinero es la seguridad"[19].

A continuación, desarrollaremos el régimen de responsabilidad del proveedor de servicios de pago, a partir del análisis de las obligaciones asumidas y exigibles.

III. RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR DE SERVICIOS DE PAGO.

Al margen de los deberes de información precontractual exigibles en virtud de la *Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, como deber de transparencia de las entidades bancarias (art. 16 Directiva 2014/49/UE relativa a los sistemas de garantía de los depósitos) con obligación de proporcionar a los depositantes la información que identifica el sistema de garantía de depósitos al que pertenece la entidad y sus sucursales, en este análisis nos limitaremos a concretar las obligaciones contractuales y legales exigibles vigente el concreto.

En este sentido, hemos de centrar nuestra atención en la identificación de las obligaciones derivadas del proveedor de servicios de pago que determinará el régimen de responsabilidad imputable. Si atendiéramos al contrato base en el que queda incluido el contrato de servicios de pago, el contrato de cuenta corriente, habría de remitirnos a la normativa de servicios de pagos, por tratarse de un contrato atípico. Esta atipicidad característica del contrato de cuenta corriente, ha llevado a la doctrina a abogar por aplicar, analógicamente, la regulación del contrato de comisión de los arts. 254 a 259 Ccom. De este modo, el cumplimiento de las instrucciones dadas por el comitente eximiría de toda responsabilidad al comisionista en el desempeño de sus funciones.

Sin embargo, el vigente Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago, impone obligaciones particulares a las entidades bancarias relativas a la seguridad de transacciones realizadas que permitirán exigir responsabilidad al proveedor de servicios ante su incumplimiento[20].

En definitiva, podemos afirmar que, ya sea porque tratándose de un contrato de depósito, el depositario asume el deber de guarda o custodia del dinero depositado, o porque derivado del contrato de cuenta corriente, la entidad

19 Hualde Manso, M.T.: "Causa, función y perversión del depósito bancario a la vista", *Revista de derecho bancario y bursátil,* Núm. 136, 2014.

20 No obstante, la casuística recogida en las Memorias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España demuestra que los supuestos de incumplimiento de sus deberes de gestión y seguridad por parte de las entidades bancarias permiten imputarles la responsabilidad, por ejemplo, por no asegurar la identificación del cliente ordenante de un determinado pago. Pablo-Romero Gil-Delgado, M.C.: "El contrato de cuenta corriente bancaria", en *Operaciones bancarias de activo y pasivo en el contexto de crisis económica: hacia la unificación de la contratación privada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 379.

proveedora de los servicios de pago debe cumplir con la obligación de seguridad de los cargos a cuenta o las operaciones de compra realizadas a través de las tarjetas de crédito, débito o por el servicio de banca on-line, Bizum … asegurando que las instrucciones son dadas por el propio titular de la cuenta y no están siendo realizadas por ningún medio fraudulento, la entidad bancaria o el proveedor del servicio de pago será responsable del uso fraudulento de medios de pago o acceso fraudulento a las cuentas de sus clientes que suponga un daño patrimonial.

En este sentido, es preciso matizar que el régimen específico de responsabilidad civil contenido en el Real Decreto-ley 19/2018, establece un sistema de imputación del proveedor de servicios de pago (o, en su caso, de proveedor de iniciación de servicios de pago), sin que la entidad bancaria con la que se ha celebrado el contrato de cuenta corriente sea reconocida como responsable de los daños patrimoniales sufridos. Sin embargo, la totalidad de las sentencias analizadas y recogidas en este texto demuestran que, los consumidores y usuarios de los servicios de pago, interponen sus demandas frente a la entidad bancaria en la que tienen depositado su activo patrimonial. Puede estimarse que concurre el régimen de responsabilidad solidaria del art. 132 del TRLGDCU de todas las personas responsables –en este caso, entidades bancarias y proveedores de servicios de pago- ante el perjudicado –consumidores o clientes bancarios-. De este modo, los consumidores o clientes ejercitarán acción directa frente a las entidades bancarias que habrán de responder por los perjuicios causados sobre su activo patrimonial y sin perjuicio la acción de repetición que, en su caso, tendría frente a los proveedores de servicios de pago.

Para determinar la extensión del régimen de responsabilidad, en primer lugar, habremos de atender al clausulado contractual del contrato de cuenta corriente y, consecuentemente, del servicio de pagos contratado. En este sentido, cobra especial relevancia la STS núm. 792/2009, de 16 diciembre [Rec. 2114/2005], que en aplicación de la derogada Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, analiza la posible abusividad de tres cláusulas controvertidas:

- 1ª) Cláusula que exonera de responsabilidad a la entidad, en todo caso, por el uso de la tarjeta de crédito o débito antes de la notificación de su sustracción o extravío; 2ª) Cláusula que exonera de responsabilidad a la entidad, en todo caso, del uso del número de identificación personal (PIN) de las tarjetas de crédito y débito, limitando aquélla a los supuestos de fuerza mayor o coacción; y 3ª) Cláusula que establece la exención de responsabilidad de la entidad por fallos en sus aparatos en la realización de operaciones con las tarjetas.

El Alto Tribunal, además de determinar que el clausulado podrá requerir del titular de la tarjeta que habrá de comunicar a la entidad bancaria el extravío, sustracción o similar *sin demora indebida* desde que sea conocida la desaparición,

declara la abusividad de las cláusulas previamente citadas en los siguientes extremos (FD Noveno):

- en primer lugar, declara desproporcionada "una cláusula que se limite a la exoneración de responsabilidad, en todo caso, por el uso de la tarjeta antes de la notificación de la sustracción o extravío [porque] son advertibles situaciones en que, si la entidad actúa con la diligencia puede apercibirse de utilizaciones indebidas de tarjetas, aun sin la comunicación, o un eventual conocimiento de la sustracción o extravío".

- en segundo lugar, "la carga de la prueba de una fuerza mayor o coacción que dio lugar a que el titular del instrumento de pago, único que conoce y puede modificar el PIN, corresponde al que la sufrió […]". Sin embargo, "no resulta proporcionado en la perspectiva del equilibrio contractual, tratar de reducir, explícita o implícitamente, la responsabilidad bancaria a los casos de revelación del número secreto del PIN por fuerza mayor o coacción [ya que] no cabe desconocer la posibilidad de captaciones subrepticias, con independencia de otras manipulaciones varias a causa de las deficiencias del sistema de tarjetas, que no permiten sentar una cláusula que exonere de responsabilidad". De este modo, "es notorio que, en ciertas circunstancias, las entidades bancarias pueden advertir utilizaciones indebidas empleando la diligencia que les es exigible en armonía con su experiencia y medios técnicos".

- en definitiva, "no se trata de derivar la responsabilidad a la entidad bancaria, sino de estimar abusiva una cláusula que le exonere de responsabilidad en todo caso".

En el marco del estudio que presentamos, cobra relevancia el deber de seguridad exigible a los proveedores de servicios de pago en relación a la prevención de transacciones fraudulentas, no autorizadas por los titulares de las cuentas o tarjetas, evitando que se acceda a las mismas sin autorización "con medidas paliativas y mecanismos de control adecuados para gestionar los riesgos operativos y de seguridad relacionados con los servicios de pago que prestan". De este modo, "los proveedores de servicios de pago establecerán y mantendrán procedimientos eficaces de gestión de incidentes, en particular para la detección y la clasificación de los incidentes operativos y de seguridad de carácter grave" (art. 66.1 Real Decreto-ley).

Uno de los mecanismos exigidos legalmente para prevenir los accesos fraudulentos es la denominada autenticación reforzada de clientes, cuando el ordenante: "a) acceda a su cuenta de pago en línea; b) inicie una operación de pago electrónico; y c) realice por un canal remoto cualquier acción que pueda entrañar un riesgo de fraude en el pago u otros abusos" (art. 68 Real Decreto-ley).

En definitiva, el art. 45 Real Decreto-ley, determina la responsabilidad del proveedor de servicios de pago en operaciones de pago no autorizadas. En virtud del precepto, la constatación de la realización de operaciones de pago no autorizadas para el titular de la cuenta obliga al proveedor a la devolución inmediata de la operación no autorizada o, a más tardar, al final de día siguiente de observar o notificar la operación. A esta obligación de reembolso inmediato le acompaña una excepción: "salvo que el proveedor tenga motivos razonables para sospechar de la existencia de fraude y este hecho sea comunicado al Banco de España". Al margen de esta excepcionalidad, el proveedor estará obligado a restituir la cuenta al estado anterior al que se efectuó la operación no autorizada[21].

1. Tipo de responsabilidad imputable.

Una vez concretada la tipología de cláusulas contractuales declaradas abusivas por el TS y que impedirían a los proveedores de servicios de pagos su auto-exoneración de responsabilidad por la efectiva ejecución de pagos no autorizados, hemos de determinar el régimen jurídico de responsabilidad imputable.

En una primera aproximación, diríamos que el demandante ejercitará acción de responsabilidad contractual frente al proveedor de servicios de pago por existir una relación jurídico-contractual previa celebrada con el titular de la cuenta corriente –como indicábamos en líneas precedentes, ya sea ésta contrato de depósito bancario o contrato de cuenta corriente bancaria-. De este modo, el régimen de responsabilidad imputable sería el de los arts. 1101 Cc y ss., por incumplimiento de las obligaciones que en cumplimiento del contrato celebrado debía asumir. En definitiva, la entidad habría de cumplir con el establecimiento de las medidas de seguridad legalmente o contractualmente exigibles para garantizar el acceso y utilización seguros de la cuenta y los medios de pago a disposición del titular –por ejemplo, la falta de establecimiento de un sistema de autenticación reforzada-, debiendo analizar el dolo o culpa de la entidad en su incumplimiento.

No obstante, entre la jurisprudencia analizada encontramos ejemplos de demandas que son planteadas en ejercicio de la acción de responsabilidad contractual concurrente con la extracontractual (art. 1902 Cc). Los clientes demandantes pretenden el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual por falta de diligencia debida tras la denuncia del fraude informático padecido, evitando la pérdida patrimonial definitiva. En este sentido, encontramos la SAP Alicante, núm. 632/2018, de 12 de marzo de 2018 [Rec. 622/2017]- TOL6.636.914, en la

21 En caso de que la operación haya sido autorizada por el proveedor de servicios de iniciación de pagos, en virtud del apartado segundo del citado precepto, será el proveedor de servicios de pago gestor de la cuenta quien devolver la cuenta al estado anterior. No obstante, si resulta responsable el proveedor de servicios de iniciación de pagos, éste deberá resarcir al proveedor gestor de la cuenta, previa petición, de las sumas abonadas o pérdidas sufridas.

que tras declarar que la responsabilidad de la entidad bancaria Barclays, como prestadora de servicios de banca online y en relación a los perjuicios derivados de su uso, tiene naturaleza cuasi-objetiva o de riesgo por razón legal, determina que "Barclays sí infringió sus obligaciones, tanto contractuales –de implementación del sistema de las medidas de seguridad exigibles para un uso seguro por su cliente-, como extracontractuales –al no haber actuado con diligencia tras la denuncia del fraude informático padecido en la cuenta de la cliente al acceder al sistema online terceros no autorizados para operar con aquella. [Es decir,] la no acreditación de las necesarias medidas de seguridad, la acreditación de la diligencia de la usuaria y la inacreditación de la conducta posterior a la denuncia del fraude del banco, omitiendo las medidas necesarias para evitar, en su caso, la pérdida definitiva del dinero, constituyen los presupuestos que permiten apreciar la realidad de una causalidad adecuada entre la conducta omisiva de la entidad y el resultado dañoso".

Parece, en todo caso, que conforme a las previsiones legales establecidas en el Real Decreto-Ley 19/2018, el proveedor de servicios de pago asume la obligación de rectificación de las operaciones de pago no autorizadas "si el usuario de servicios de pago se lo comunica sin demora injustificada, en cuanto tenga conocimiento de cualquiera de dichas operaciones que sea objeto de reclamación y, en todo caso, dentro de un plazo máximo de trece meses contados desde la fecha del adeudo". Esta obligación de rectificación trae causa de la relación contractual previamente celebrada entre el titular de la cuenta y el proveedor de servicios de pago por lo que el ejercicio de responsabilidad extracontractual puede decirse subyacente a la contractual y que fundamentaría la imputación del régimen de responsabilidad cuasi-objetiva o de riesgo por razón legal. Para ello, habríamos de determinar el tratamiento de la actividad desarrollada por los proveedores de servicios de pago como actividad peligrosa o de riesgo. En su momento, Alvarez Lata tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de este extremo, concluyendo su exclusión del elenco de actividades peligrosas, por ejemplo, "prestación por las entidades bancarias de servicios de caja a sus clientes mediante el sistema de cajeros automáticos"[22]. Sin embargo, creemos que los factores de desarrollo tecnológico actuales, (sobre todo, tratándose de operaciones realizadas a distancia a través de tarjetas o banca online) permiten afirmar que la situación de riesgo en la que se sitúa el cliente por posibles fraudes o estafas de terceros es manifiesta, produciendo pérdidas patrimoniales de relevante cuantía.

En definitiva, no interesa aquí ahondar en la dicotomía entre responsabilidad contractual *vs.* responsabilidad extracontractual, debate superado por la jurisprudencia a través del principio de unidad de culpa civil y la yuxtaposición

22 Alvarez Lata N.: "La responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo", en, *Tratado de responsabilidad civil, II* (coord. por. L. F. Reglero Campos), Cizur Menor, Aranzadi, 2008, p. 1329.

de responsabilidades contractual y extracontractual, como pone de manifiesto en esta materia la sentencia Juzgado de Primera Instancia Núm. 9 de Valladolid, núm. 362/2009, de 10 de marzo [Rec. 884/2007] – TOL1.465.875: "entiende la actora que la demandada actuó con negligencia, bien en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, bien en su forma extracontractual, al posibilitar el trasvase patrimonial de la cuenta del actor a la cuenta de terceros".

Como adelantábamos en línea precedentes, mayor importancia presenta la determinación del régimen de responsabilidad culpabilístico o por riesgo de la actividad practicada e imputable al proveedor de servicios de pago. Los riesgos operativos y de seguridad a los que se enfrentan los proveedores de servicios de pago han sido reglamentariamente reconocidos en el Capítulo V, Título III del Real Decreto-ley 19/2018, debiendo articular las *medidas paliativas y mecanismos de control adecuados para su gestión*. Por lo que, de algún modo, el propio legislador está reconociendo la existencia de una actividad de riesgo merecedora de un tratamiento particular. Entre esas particularidades, se establece un sistema de inversión de la carga de la prueba, correspondiendo al proveedor demostrar que efectivamente estableció todos los sistemas de seguridad necesarios para garantizar que terceros no puedan acceder a las cuentas –por ejemplo, sistema de autenticación reforzada de claves de acceso a cuentas on-line- o advertir de movimientos sospechosos –por ejemplo, realizar transferencias a países con los que habitualmente no comercializa o advertir de varias transferencias continuas por la misma cuantía en un corto espacio de tiempo-.

En definitiva, conforme al art. 17 Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y, en particular, conforme al art. 44 Real Decreto-Ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, "corresponderá al proveedor de servicios de pago demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico u otra deficiencia del servicio prestado por el proveedor de servicios de pago [y, en todo caso,] corresponderá al proveedor de servicios de pago, incluido, en su caso, el proveedor de servicios de iniciación de pagos, probar que el usuario del servicio de pago cometió fraude o negligencia grave". En este sentido, puede afirmarse que los proveedores de servicios de pago quedan sometidos a un régimen de responsabilidad cuasi-objetiva por riesgo con inversión de la carga de la prueba (vid. SSAP Madrid 386/2017, de 21 diciembre 2017 [Rec. 498/2017], núm. 178/2015, de 4 mayo 2015 [Rec. 661/2013], Alicante, núm. 632/2018, de 12 de marzo de 2018 [Rec. 622/2017]- TOL6.636.914 y Madrid, núm. 74/2022, de 28 de febrero de 2022 [Rec. 35/2021], entre otras).

El régimen de responsabilidad cuasi-objetiva de la entidad bancaria pivota sobre la base de la falta de diligencia en su actuación, por no contar con los mecanismos de seguridad y control necesarios en la banca on-line sin que pueda ser imputada al cliente una falta de autoprotección salvo que … "se trate de un engaño burdo o fácilmente perceptible que hubiera podido ser evitado por cualquier sujeto pasivo con una mínima reacción defensiva" (STS 2 diciembre de 2014 (Rec. 982/2013) TOL4.586.924). Es decir, la entidad bancaria, como proveedora de servicios de pago en línea, debe asegurar la custodia de las claves de acceso y proporcionar los medios de seguridad para proteger el acceso. De producirse el hecho delictivo sin adoptar los medios necesarios para prevenirlo deberá "reestablecer en la cuenta de pago en que se haya adeudado dicho importe el estado que habría existido de no haber efectuado la operación de pago no autorizada" (SAP de Asturias núm. 351/2012, de 18 de septiembre (Rec. 594/2011). De este modo, si el proveedor de servicios de pagos no puede demostrar que su sistema contaba con los medios necesarios para garantizar la seguridad de las transferencias en línea, será responsable por la pérdida patrimonial sufrida por el titular de la cuenta (SAP de Vizcaya de 10 noviembre de 2016)[23].

Una vez determinado el régimen de responsabilidad imputable al proveedor de servicios de pago, veamos la evolución de su aplicabilidad judicial en los casos de *phishing*.

En este sentido, en la SAP de Burgos, núm. 242/2008, de 23 de julio 2008 [Rec. 183/2008] TOL1.393.816, el tribunal declara la falta de responsabilidad de la entidad financiera por estimar que la falta de diligencia es únicamente imputable al cliente *por "no poner otra clave o no sustituir" la clave o firma electrónica que la entidad le entregó por defecto*.

Sin embargo, en la SAP Zaragoza, de 14 mayo de 2013 (Rec. 116/2013) - TOL3.864.383, se condena a Barclays a reintegrar 20.947 € a la víctima de *phishing* por no haber podido demostrar una conducta o actuación fraudulenta o por negligencia grave del titular de la cuenta. Del mismo modo, en la SAP Vizcaya, núm. 429/2016, de 10 noviembre de 2016 [Rec. 386/2016] – TOL 5. 937.477, se condena al Banco Santander S.A. a abonar a los actores la cantidad de 59.327,18 euros más los intereses legales de dicha cantidad desde el 21 de septiembre de 2006 como víctimas de *phishing*. En este caso, a falta prueba de una conducta gravemente negligencia por los demandantes, queda demostrado que: "a) el fraude se comete creando los delincuentes una página web similar a la del Banco, que se realizan a través de la línea bancaria reiteradas operaciones en la misma semana (hasta 30

23 Al contrario, no será imputada responsabilidad a la entidad bancaria proveedora de los servicios de pago que haya bloqueado las transferencias indebidas y recuperado los montantes de dinero de las transferencias, siendo devueltas al usuario y condenado el responsable del delito de estafa informática (SAP de Valencia 37/2017, de 25 enero (Rec. 1402/2016)).

movimientos) y por cantidades elevadas, lo cual no era propio de estos clientes; b) que, además de las transferencias, se emitieron órdenes de venta de valores de los que el Banco tiene suscrito un contrato de guarda y custodia y cobrando por dicha prestación que resulta obvia que ha sido burlada fácilmente sin ninguna comprobación exhaustiva; c) que por el Banco no se realizó ninguna comprobación cuando además, tras obtener la cantidad de la venta, dicha cantidad se transmitía a cuentas de terceros y de éstas a cuentas en el extranjero por las que recibían una comisión". Igualmente, en la SAP de Alicante, núm. 107/2018, de 12 de marzo de2018 [Rec. 622/2017] –TOL6.636.914, se condena a Barclays a pagar 8.400 € por daños y perjuicios, más intereses dejados de percibir, prestadora de los servicios de banca online, como responsable por la transferencia fraudulenta. La sentencia declara que han sido infringidas las obligaciones contractuales –"implantación de sistemas de seguridad exigibles para un uso seguro de sus clientes"- y extracontractuales –"al no actuar con la diligencia debida tras denunciar el fraude informático por acceso de terceros no autorizados para operar"-. Es decir, "la no acreditación de las necesarias medidas de seguridad, la acreditación de la diligencia de la usuaria y la falta de acreditación de la conducta posterior a la denuncia del fraude por el banco", fundamentan la condena como responsable de la proveedora de servicios de banca online. Por su parte, la SAP de Valencia, núm. 228/2019, de 8 de abril de 2019 [Rec. 7/2019] TOL7.335.108, estima la pretensión y condena a La Caixa a la devolución a Megazoo S.L. de 4.498,25 euros, por producirse 9 transferencias desde la cuenta de la sociedad por valor de 38.500 euros. Tras comunicarlo a la oficina, la entidad financiera consiguió recuperar y devolver 34.001, 25 euros. Respecto al restante, la AP estima concurrente la "responsabilidad contractual del banco al ejecutar una orden de pago sin comprobar su legitimidad, es decir, que provenía efectivamente del titular (o autorizado) de la cuenta, al no disponer de un sistema adecuado de seguridad que previniera tal tipo de órdenes fraudulentas ni adoptar medidas concretas y específicas en el caso y a verificar cualquier orden que se diera en relación a las cuentas de la demandante".

Al margen de los casos de *phishing,* mención especial por su frecuencia merecen los supuestos en los que la responsabilidad de la entidad bancaria –como proveedor de servicios de pago- deriva de actuaciones realizadas por un ordenante no legitimado o por operaciones realizadas sin el consentimiento del titular, sin necesidad de que exista fraude alguno. En este sentido, como afirmara la STS 311/2016, de 12 de mayo [Rec. 85/2014], "conforme a la naturaleza y función del contrato de cuenta corriente bancaria, el cercioramiento o comprobación de la veracidad de la firma del ordenante constituye un presupuesto de la diligencia profesional exigible a la entidad bancaria con relación a sus obligaciones esenciales de gestión y custodia de los fondos depositados por el titular de la cuenta, cuyo incumplimiento da lugar a la indemnización de daños y perjuicios, conforme a la dispuesto en los arts. 1101 y 1106 Cc".

De este modo, la SAP de Valencia, núm. 332/2014, de 26 de noviembre [Rec. 709/2014] TOL4.575.029 determina la falta de consentimiento de la titular de la cuenta de las operaciones transferencias realizadas por su sobrino –"los poderes que la actora otorgó a su sobrino que conferían a éste amplísimas facultades de administración, disposición, comparecencia y firma, fueron dados cuatro meses después de la apertura de la cuenta corriente afectada por las transferencias, siendo estas iniciadas el mismo día de su apertura. […] La situación acreditada, en tanto supone disposición de fondos depositados en una cuenta corriente por parte de una persona que no podía hacerlo por no ser la titular ni estar autorizada por ésta, supone un incumplimiento contractual, dada la obligación esencial del Banco de conservar y devolver los fondos depositados"-. En relación a casos en los que el titular de la cuenta es una persona jurídica o comunidad de propietarios, podemos destacar la SAP de Castellón, núm. 39/2014, de 4 de febrero [Rec. 552/2013 – TOL 4.225.111, en la que se condena a Banco Español de Crédito S.A. a pagar a la comunidad de propietarios 5.733,20 euros por transferencias realizadas desde su cuenta a través de la banca on-line por quien carecía de autorización para ello, siendo únicamente autorizada la empresa Servicom Oropesa S.L. En este sentido, "no consta una disposición de código de usuario y clave de acceso fuera del ámbito de Servicom y no hay atisbo, en todo caso, de vinculación de un uso negligente de dichas contraseñas con la realización de transferencias litigiosas cuya ausencia de autorización se niega". Por su parte, la SAP de Valencia, núm. 208/2020, de 13 de mayo de 2020 [Rec. 820/2019] TOL8.174.287, imputa responsabilidad al BBVA SA por incumplimiento contractual de las obligaciones derivadas del contrato de cuenta corriente frente a la titular de la cuenta-Forn Sueca SL. Se condena al reintegro de 29.000 euros, por haber autorizado una transferencia por una persona no autorizada para ello –"en el presenta caso, la cuenta estaba abierta a nombre de un único titular, la mercantil Forn Sueca SL, por tanto, únicamente dicha mercantil podría disponer. La citada mercantil acordó que la administración de la sociedad se regiría por el sistema de administrador único, designándose a Dña. Herminia, única representante de la mercantil y con facultades para disponer".

Una combinación entre técnicas de ingeniería social y *phishing* se encuentra en lo que la jurisprudencia ha denominado como "fraude del CEO". La SAP de Madrid, núm. 74/2022, de 28 de febrero de 2022 [Rec. 35/2021] – TOL 8.888.153 determina la responsabilidad de BBVA S.A. por ejecutar una orden de transferencia por un solicitante que no figuraba entre la lista de apoderados de la empresa para realizarlas. Se condena a la entidad financiera al pago de 303.234,44 € por el conocido como "fraude del CEO"[24]. En este sentido, "al no disponer de

24 Según explica el tribunal, la técnica del "fraude del CEO", *mezcla técnicas de ingeniería social y phishing para que conseguir que una persona con acceso a las cuentas de una empresa piense que su jefe le está encargando hacer un envío de dinero ligado a una operación. O, en todo caso, que le proporcione datos bancarios de la empresa. […] Las víctimas suelen ser estudiadas previamente para que el engaño sea creíble. Habitualmente se atacan*

un sistema adecuado de seguridad que previniera tal tipo de órdenes fraudulentas ni adoptar medidas concretas y específicas en el caso cuando toma conocimiento de una situación operativa anormal que debió, cuando menos de forma puntual y excepcional, verificar cualquiera orden que se diera en relación a las cuentas de la demandante".

2. Causas de exoneración.

Como veníamos indicando, tratándose de un régimen de responsabilidad cuasi-objetivo por riesgo de la actividad y con inversión de la carga de la prueba, hemos de valorar cuáles serán las causas de exoneración de responsabilidad alegables por parte del proveedor de servicios de pago.

En primer término, habremos de estar a las causas contractualmente pactadas y siempre que no sean declaradas nulas por abusivas, en su caso –vid. ej., cláusulas que aumenten la carga de la prueba sobre el consumidor (Directiva PSD2). En este sentido se pronunció, como veremos en el epígrafe sucesivo, la SAP Sevilla núm. 289/2021, de 30 julio 2021 [Rec. 8540/2021] – TOL8.644.596, que moderó la devolución de la cantidad transferida sin autorización a la mitad del total, por falta de cumplimiento de una de las cláusulas contractualmente pactadas con el cliente-empresario.

Superado el análisis contractual, las causas de exoneración han sido legalmente establecidas en el RD-Ley 19/2018, de 23 de noviembre, con el precedente en el art. 32 de la Ley 16/2009. El proveedor de servicios de pago responderá de las operaciones no autorizadas o ejecutadas incorrectamente con la rectificación de la misma si el usuario lo "comunica sin demora injustificada", en cuanto tenga conocimiento de las operaciones que sean objeto de reclamación y, en todo caso, en el plazo de 13 meses contados desde la fecha del adeudo (art. 43). Por lo tanto, le corresponde al proveedor de servicios de pago o, en su caso, al proveedor de servicios de iniciación de servicios de pago, *probar que el usuario cometió fraude o negligencia grave* en su actuación en cumplimiento con alguna o varias de las obligaciones asumidas conforme al art. 41[25]. En este caso, el usuario soportará todas las pérdidas por operaciones de pago no autorizadas (art. 46), quedando

pequeños negocios, donde la relación del CEO con los empleados es cercana y un correo de estas características puede tener sentido. […] se realiza normalmente por correo, pero puede ser por WhatsApp o cualquier otra vía de comunicación por la que el jefe de la empresa podría solicitar algo. Como ocurre en otros ataques, normalmente los atacantes suelen utilizar direcciones de correo con un nombre similar al real para que la víctima no se percate a primera vista. Haciendo uso de ingeniería social (una forma de engaño), los ciberdelincuentes hacen clickar a la víctima en su enlace de Google Drive o Google Docs. A partir de aquí, los atacantes pueden desde colocar un malware en el ordenador del empleado, hasta proseguir con la estafa e intentar que se realice la transferencia supuestamente dictada por el CEO.

25 Las obligaciones del usuario de servicios de pago son (art. 41):
a) utilizar el instrumento de pago de conformidad con las condiciones que regulen la emisión y utilización del instrumento de pago que deberán ser objetivas, no discriminatorias y proporcionadas
b) proteger las credenciales de seguridad

el ordenante exento de toda responsabilidad sin soportar las consecuencias económicas, salvo actuación fraudulenta:

- por sustracción, extravío o apropiación indebida de un instrumento de pago: si las operaciones se han efectuado de forma no presencial utilizando datos de pagos impresos

- si el proveedor de servicios no exige autenticación reforzada –por ej., con el envío del SMS con clave para autorizar el pago-.

En definitiva, las actuaciones fraudulentas o por negligencia grave del ordenante son causas de exoneración de toda responsabilidad del proveedor de servicios de pagos. En este sentido, lo determinante será concretar qué hemos de entender por supuestos de negligencia grave del ordenante. Tomando como referencia lo expuesto en el Considerando 72 de la Directiva (UE) 2015/2366, del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre, sobre Servicios de Pago en el Mercado Interior –Directiva PSD2-, el ordenante debe incumplir su deber de diligencia de manera grave o significativa, por ejemplo, guardando las credenciales usadas para dar autorización del pago junto al propio instrumento del pago, en formato abierto y fácilmente detectable para terceros. Este ejemplo ofrecido por la Directiva parece fácilmente comprensible, pero llevando este ejemplo al supuesto objetivo de análisis en este estudio –casos de fraude vía *phishing*-, ¿hacer click en el enlace recibido a través de un SMS o correo electrónico e introducir las claves de usuario de la banca online, sería un acto gravemente negligente del usuario?

3. Concurrencia de culpas.

Por el momento, los supuestos en los que los tribunales españoles estiman la minoración de la responsabilidad de la entidad bancaria como proveedor de servicios de pago se limitan a aquellos casos en los que el usuario es una persona jurídica, a la que se le exige una diligencia reforzada o cualificada como profesionales (Considerando 73 Directiva PSD2).

Como ejemplos más relevantes entre la jurisprudencia menor, encontramos las siguientes sentencias:

- Sentencia Juzgado de Primera Instancia Núm. 9 de Valladolid, núm. 362/2009, de 10 de marzo [Rec. 884/2007] – TOL1.465.875 –. Se trata de un caso en el que se determina la concurrencia de culpas de la demandante –titular de la cuenta- y de la entidad bancaria –Banco Santander-. La demandante "proporcionó datos a

c) en caso de extravío, sustracción o apropiación indebida del instrumento de pago o de su utilización no autorizada, lo notificará al proveedor de servicios de pago o a la entidad que este designe, sin demora indebida en cuanto tenga conocimiento de ello

terceros sin atender a las más elementales normas de seguridad de la banca on-line, puesto que la actora no es quien busca el portal del Banco Santander, sino que recibe un correo electrónico en el que le invita a entrar en una página, lo cual hace, y una vez dentro, entrega las claves de seguridad sin cerciorarse que está en la página correcta". Por su parte, la entidad financiera tampoco actuó con la diligencia debida ya que: "a) comunicó a los clientes el ataque masivo de *phishing* sufrido por la entidad vía correo ordinario, ni siquiera con acuse de recibo; b) permitió que se hicieran disposiciones de dinero por encima de lo que consta en el contrato de banco online como límite y que solo puede superarse con autorización escrita del cliente; c) tampoco actuó correctamente a la hora de rescatar las partidas transferidas, ya que la petición de reintegro y paralización de pagos fue realizada dos días después de la comunicación por parte del cliente".

Por ello, la sentencia reconoce la existencia de concurrencia de culpas y "no existiendo nada que indique que la negligencia de una u otra parte tuvo una incidencia mayor o menor en el resultado, procede atribuir a cada una de ellas el 50% de la responsabilidad".

- SAP Barcelona, núm. 31/2019, de 29 de enero [Rec. 552/2017] TOL 7.048.198 –. El tribunal estima la concurrencia de falta de diligencia tanto de la entidad financiera como de la sociedad titular de la cuenta corriente víctima de *phishing*. Se condena a la entidad al reintegro de 59.450 euros más 366, 70 euros de gastos de transferencia, así como los intereses legales, en concepto de una de las transferencias que no fueron firmadas por D. Benedicto, como administrador único de la empresa. A pesar de la negligente pasividad con la que actuó la sociedad titular de la cuenta, "también hubo falta de cuidado por parte del Banco, que debía emplear la diligencia del comerciante experto que custodia el dinero de otros. El propio banco denomina orden informal al encargo de la transferencia por correo electrónico. La orden formal es la orden escrita que firmaba el Sr. Benedicto, una vez cumplimentada por el banco. El banco no esperó al consentimiento escrito, no hizo una llamada de comprobación al cliente ni utilizó ningún otro procedimiento de confirmación".

- SAP Sevilla, núm. 289/2021, de 30 julio 2021 [Rec. 8540/2021] – TOL8.644.596. El tribunal determina la responsabilidad de Banco Santander condenada al pago de 1.238.907,26 € -50% de las cantidades transferidas- más intereses legales desde la fecha de la primera reclamación extrajudicial por *phishing*. Es probada la falta de diligencia de la entidad bancaria por no asegurarse de la autenticidad de las órdenes de pago, ya que "debió exigir órdenes con firma original autógrafa o haber llamado al Sr. Abel o a alguien con mayor poder de decisión en la empresa que la propia administrativa que cursaba la orden y que como tal , en el plano hipotético, aunque no sea este el caso, pudiera estar involucrada en un intento

de fraude a Syrsa", aunque las órdenes fueran solicitadas a través de la cuenta de correo electrónico de una empleada de la empresa que, en alguna ocasión puntual, había sido autorizada a realizar una transferencia.

Por otro lado, también es probada la falta de diligencia debida del titular al que se le condena a la mitad de las cantidades transferidas por falta de diligencia debida por parte de SYRSA SA (demandante) ya que se le debe exigir la diligencia de un comerciante experto que debía haber dado aviso a tiempo e impedir que hubieran hecho tantas transferencias. Y, además, el tribunal estima que debía haber cumplido con la condición general Sexta del Contrato de adhesión firmado con la entidad bancaria, en la que se exigía la empresa demandante la revisión diaria de los movimientos de la cuenta y comunicar inmediatamente cualquier anomalía (plazo máximo de 2 días).

IV. CONCLUSIONES.

El elevado número de supuestos en los que los clientes bancarios se ven afectados por actuaciones fraudulentas que, a través de un acceso ilícito a sus cuentas corrientes, provocan pérdidas sustanciosas de su activo patrimonial, ha llevado a los legisladores europeo y nacionales a desarrollar una regulación que garantice unos mínimos niveles de seguridad a cargo de las entidades bancarias depositarias. En nuestro ordenamiento jurídico, el control de las operaciones de pago no autorizadas ha sido objeto de especial atención en el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (en transposición de la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre, sobre Servicios de Pago en el Mercado Interior y derogando la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago), con el firme propósito de generar un entorno más seguro y fiable en el aprovechamiento de las innovaciones derivadas de los cambios tecnológicos en los servicios de pago.

Los artificios tecnológicos utilizados por quienes actúan de manera fraudulenta para conseguir ese enriquecimiento patrimonial son utilizados para crear órdenes de pago o de transferencias no autorizadas, duplicar tarjetas de pago, suplantar de identidad de la propia entidad financiera u organismos públicos, etc. En particular, a lo largo de los últimos años han proliferado los casos de *phishing* y sus variantes –"actuación fraudulenta que toma como punto de partida el envío masivo de mensajes de correo electrónico desde diversos sitios en la web, que tiene destinatarios a usuarios de la banca informática –banca on-line- a quienes se les redirecciona a una página web que es una réplica casi perfecta del original y en la que se les requiere, normalmente con el aviso amenazante de perder el depósito y la disponibilidad de las tarjetas de crédito, a que entreguen sus claves personales

de acceso con el fin de verificar su operatividad" (STS 834/2012, de 25 de octubre [Rec. 2422/2011] – TOL2.712.104).

De este modo, la primera de las cuestiones a analizar para concretar el sujeto responsable del perjuicio patrimonial causado es determinar si nos encontramos ante una operación realizada con o sin autorización del titular de la cuenta y, en su caso, si esa autorización ha sido obtenida mediante engaño por haber sido víctima de fraude o hackeo del que responderá, conforme al art. 45 Real Decreto-ley, el proveedor de servicios de pago. Nos encontramos, por lo tanto, ante un régimen de responsabilidad cuasi-objetivo con inversión de la carga de la prueba imputable a los proveedores de servicios de pago o de las entidades bancarias (responsabilidad solidaria del art. 132 TRLGDCU). El régimen de responsabilidad cuasi-objetiva de la entidad bancaria pivota sobre la base de la falta de diligencia en su actuación, por no contar con los mecanismos de seguridad y control necesarios en la banca on-line sin que pueda ser imputada al cliente una falta de autoprotección salvo que … "se trate de un engaño burdo o fácilmente perceptible que hubiera podido ser evitado por cualquier sujeto pasivo con una mínima reacción defensiva". Es decir, desde el punto de la vista de la conducta del cliente, son dos las causas de exoneración de responsabilidad que habrán de ser probadas por la entidad: fraude o negligencia grave del titular de la cuenta bancaria.

En definitiva, únicamente las actuaciones fraudulentas o por negligencia grave del ordenante son causas de exoneración de toda responsabilidad del proveedor de servicios de pagos. En este sentido, lo determinante será concretar qué hemos de entender por supuestos de negligencia grave del ordenante. Tomando como referencia lo expuesto en el Considerando 72 de la Directiva (UE) 2015/2366, del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre, sobre Servicios de Pago en el Mercado Interior –Directiva PSD2-, el ordenante debe incumplir su deber de diligencia de manera grave o significativa, por ejemplo, guardando las credenciales usadas para dar autorización del pago junto al propio instrumento del pago, en formato abierto y fácilmente detectable para terceros. Este ejemplo ofrecido por la Directiva parece fácilmente comprensible, pero llevando este ejemplo al supuesto objetivo de análisis en este estudio –casos de fraude vía *phishing*-, ¿hacer click en el enlace recibido a través de un SMS o correo electrónico e introducir las claves de usuario de la banca online, sería un acto gravemente negligente del usuario? Conforme a la jurisprudencia desarrollada hasta la actualidad, podemos afirmar que los tribunales españoles, por regla general, consideran que estas conductas engañosas no son fácilmente reconocibles por los usuarios por tratarte de técnicas sofisticadas de suplantación de identidad de las entidades bancarias. Sin embargo, auguramos que esta protección al usuario víctima de estafa a través de esta técnica puede no ser definitiva o eternamente mantenida a medida que la educación de consumidor o cliente bancario le permita ignorar cualquier mensaje

mínimamente sospechoso de ser irregular o, en su caso, acudir directamente a la entidad bancaria para comprobar su veracidad.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros.*, C.C. Castillo Martínez (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

Alonso Espinosa, F.J.: "Orden falsa de transferencia y responsabilidad del banco: comentario a la STS (Sala 1ª) de 25 de julio de 1991", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* Núm. 1, 1992.

Alvarez Lata N.: "La responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo", en Reglero Campos, L. F. (coord.), *Tratado de responsabilidad civil, II,* Cizur Menor, Aranzadi, 2008

Díaz Ruíz, E. y Ruíz Bachs, S.: "El depósito bancario estructurado" en *Revista de derecho bancario y bursátil,* Núm. 89, 2003.

Emparanza Sobejano, A y Martínez Giner, L.A.: "El depósito bancario. Las libretas de ahorro" en *Contratos bancarios,* Tomo X, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

Garcia Garcia, D.E.: "El phising como delito de estafa informática. Comentario a la SAP de Valencia 37/2017, de 25 de enero (Rec. 1402/2016)", *Revista Boliviana de Derecho,* Núm. 25, 2018.

García-Pita y Lastres, J.L.: "Bases para una revisión del régimen de los depósitos bancarios de efectivo" en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* Núm. 143, 2016.

Hualde Manso, M.T.:

"Causa, función y perversión del depósito bancario a la vista" en *Revista de derecho bancario y bursátil,* Núm. 136, 2014.

"El depósito bancario a la vista" en *Operaciones bancarias de activo y pasivo en el contexto de crisis económica: hacia la unificación de la contratación bancaria,* M.A., Egusquiza Balmaseda, Rafael Lara González (coord..), Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

Madrazo Leal, J.: "Aproximación al depósito bancario conjunto" en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos.* Universidad de Cantabria, Santander, 2003.

Martín Santisteban, S.: *El depósito y la responsabilidad del depositario.* Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

Pablo-Romero Gil-Delgado, M.C.: "El contrato de cuenta corriente bancaria" en *Operaciones bancarias de activo y pasivo en el contexto de crisis económica: hacia la unificación de la contratación privada,* Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

Sánchez-Calero Guilarte, J.: "La cuenta corriente y la transferencia bancaria (observaciones a sus aspectos más discutidos)" en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* Núm. 86, 2002.

Tomillo Urbina, J.L.: "El depósito bancario" en *Contratación bancaria: doctrina, jurisprudencia y formularios.* J.L., Tomillo Urbina, F.J., Orduña Moreno, A.B., Campuzano Laguillo (coord..), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

Vicent Chuliá, F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Bosch, Barcelona 1990.

LA TUTELA DEL CLIENTE DE LOS SERVICIOS DE PAGO EN EL CONTEXTO DE LA PS2D

CUSTOMER PROTECTION OF PAYMENT SERVICES IN THE CONTEXT OF PS2D

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1618-1641

Francisco
PÉREZ DEL
AMO

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La creación de un mercado de servicios de pago eficiente ha sido considerado un requisito fundamental en la construcción del mercado único de la Unión Europea. El legislador europeo consciente de su importancia puso las primeras bases con la aprobación la Primera Directiva de Servicios de Pago. No obstante, el acelerado dinamismo tecnológico del sector unido a la necesidad de proporcionar un entorno más fiable han puesto de manifiesto los riesgos de obsolescencia normativa. En este contexto, los objetivos de la PS2D buscan proporcionar una respuesta más eficiente y segura a los retos que presenta el actual desarrollo del mercado de servicios de pago. A lo largo de este trabajo se examinará esa evolución institucional, a partir de la cual se analizarán las recientes resoluciones jurisprudenciales con respecto a la tutela del cliente.

PALABRAS CLAVE: Tutela del cliente; consumidores; usuarios; servicios de pago; TPP; PIS; AISP; tarjetas de crédito; contactless; NFC; SCA; API.

ABSTRACT: *The creation of an efficient payment services market has been considered a fundamental requirement in the construction of the European Union's single market. The European legislator, aware of its importance, set the first steps in this direction with the adoption of the First Payment Services Directive. However, the accelerating technological dynamism of the sector coupled with the need to provide a more reliable environment have highlighted the risks of regulatory obsolescence. In this context, the objectives of the PS2D seek to provide a more efficient and safer response to the challenges posed by the current development of the payment services market. This paper will examine these institutional developments, on the basis of which recent case law rulings on customer protection will be analysed.*

KEY WORDS: *Customer protection; consumers; users; payment services; TPP; PIS; AISP; credit cards; contactless; NFC; SCA; API.*

SUMARIO.- I. CONTEXTO Y RETOS DE LA DIRECTIVA PS2D. - II. LA DOCTRINA DEL TJUE EN RELACIÓN CON LA TUTELA DEL CLIENTE DE SERVICIOS DE PAGO. - 1. La STJUE 11 noviembre 2020. - *A) La modificación de las condiciones generales de contratación. - B) La tecnología NFC como instrumento de pago. - C) Responsabilidad del proveedor en operaciones de pago de escasa cuantía a través de la tecnología NFC. - D) Incapacidad técnica de autenticación y responsabilidad del proveedor.* - 2. La STJUE 2 septiembre 2021. - *A) Negativa a un régimen diferenciado de responsabilidad del proveedor. - B) Exclusión del contrato de fianza del régimen de responsabilidad de las Directivas PSD y PS2D.* - 3. La STJUE 15 octubre de 2020.

I. CONTEXTO Y RETOS DE LA DIRECTIVA PS2D.

El legislador europeo, consciente de que la existencia de un mercado de servicios de pago adecuado constituye un requisito básico para la construcción de un mercado único eficiente en la Unión Europea, puso sus primeros cimientos para asentar las bases comunes para la prestación de estos servicios a través de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007(Directiva PSD)[1]. Esta directiva, además de establecer un marco de protección homogéneo para los usuarios de servicios de pago, facilitó notablemente la aplicación operativa de los instrumentos de pago en euros dentro de la zona única de pagos, la Single Euro Payments Area (SEPA).

Sin embargo, las vertiginosas innovaciones tecnológicas y la necesidad de propiciar un entorno más fiable y seguro para su desarrollo evidenciaron muy pronto la obsolescencia de esta normativa. Estas fueron, pues, las bases para la aprobación de la nueva Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 (Directiva PS2D)[2].

No cabe duda de que en los últimos años la digitalización de los intercambios en el mercado ha revelado su enorme potencial para incrementar los niveles de eficiencia económica como consecuencia de sus propios efectos procompetitivos, del aumento de la diferenciación de los productos y de un mejor aprovechamiento de las economías de escala.

Concretamente, las innovaciones en los métodos de pago podrían haber generado un ahorro de 98.000 millones de euros en los hogares y empresas de

1 Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE.

2 Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE.

• Francisco Pérez del Amo
Doctorando, Alma Mater Studiorum Università di Bologna/Universidad de León
francisco.perez6@unibo.it

Estados Unidos[3]. En Europa se estima que los costes globales de ofrecer pagos minoristas suponen casi un 1 % del PIB[4]. De acuerdo con el dato anterior, se observa una tendencia a la reducción de los costes de transacción a medida que se avanza en el proceso de digitalización, de modo que la generalización de tarjetas de crédito, tarjetas contactless y pagos a través de dispositivos móviles ha propiciado una distribución de los costes fijos a medida que se ha aumentado el volumen de operaciones[5].

De ahí que no deba extrañar que el legislador europeo aspirara con la Directiva PS2D a fomentar esa innovación en los servicios de pago a través del móvil y de Internet y a reforzar y mejorar la tutela de los usuarios de estos servicios.

La regulación de los servicios de pago ha de promover, en particular, un entorno que propicie el desarrollo ágil de las transacciones de pago, unas reglas comunes respecto a su operatividad, un abanico suficientemente amplio de opciones de pago y unas normas de protección efectiva para los usuarios de servicios de pago[6]. La seguridad y la homogeneidad en los procesos de pago son piezas clave en la mejora de la eficiencia y en la reducción de los costes de dichos procesos, tanto a nivel nacional, como en aquellos pagos realizados entre Estados miembros.

Tal y como se ha apuntado, la Directiva PS2D aspira a una armonización plena (art. 107), pero no excluye que en algunos puntos de su regulación los legisladores nacionales puedan hacer uso de su autonomía legislativa. Por este motivo, resulta de interés estudiar la implementación de este instrumento jurídico comunitario en la Unión Europea y, ya más en particular, analizar comparativamente el contenido de las normas de transposición de España (Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera).

Concretamente, en el caso español se ha apreciado una transposición en la práctica literalidad de la Directiva PS2D, sin una adaptación previa al ordenamiento interno. Lo que podría sugerir ex ante una idea de plena armonización, que, sin embargo, podría ser generadora de futuros conflictos interpretativos sobre la normativa en cuestión. El Banco de España es la principal entidad que está resolviendo esta clase de conflictos, puesto que, a través de sus publicaciones, está ofreciendo orientaciones sobre la aplicación y alcance de la Directiva, con

3 Chakravorti, B.; Mazzotta, B. D.: *The cost of cash in the United States*, Institute for Business in the Global Context, The Fletcher School, Tufts University, 2013, p. 7.

4 Schmiedel, H.; Kostova, G.L; Ruttenberg, W.: "The social and private costs of retail payment instruments: a European perspective", *ECB Occasional paper*, 2012, núm. 137°, p. 4.

5 Junius, K.; et al.: "Costs of retail payments–an overview of recent national studies in Europe", *ECB Occasional Paper*, 2022, núm. 294, p 30.

6 Zunzunegui, F.: "La digitalización de los servicios de pago (Open Banking)", *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, *Working Paper, núm. 1,* 2018, pp. 23-24.

los consiguientes problemas de legitimidad, por cuanto que sus criterios no son fuente del Derecho[7].

Por otra parte, resulta de gran utilidad evaluar cuáles son los estándares de conducta exigidos a los prestadores de servicios por estos supervisores nacionales -más allá de los que pueda diseñar la Autoridad Bancaria Europea- o estudiar las eventuales diferencias entre los sistemas arbitrados por los legisladores nacionales en orden a la tutela del cliente, sea este un consumidor o no; condición de consumidor que puede añadir un plus de protección al usuario de estos servicios en algunos ámbitos (v.gr. frente a posibles cláusulas abusivas de los contratos de estos servicios o en relación con la concesión de crédito que estos proveedores pudieran conferirles), como hasta cierto punto ha evidenciado la STJUE 11 noviembre 2020 -caso DenizBank AG contra Verein für Konsumenteninformation-[8].

Pero, sin duda, la principal novedad de la Directiva PS2D ha sido la introducción de nuevos agentes en el mercado de los servicios de pago: los denominados TPPs (Third Party Payment Service Providers)[9].

Aunque la aparición de estos nuevos proveedores puede favorecer la competencia, también puede crear distorsiones si no se adoptan las cautelas jurídicas adecuadas.

Las empresas emergentes podrían encontrarse con un segmento de mercado particular con una ventaja competitiva respecto a la banca tradicional. Plantea KAHN[10] que las entidades bancarias soportarían una mayor carga regulatoria, la pérdida de un efecto red como ventaja competitiva, un desmantelamiento del proceso de subvenciones cruzadas dentro del negocio tradicional y, en última instancia, un encarecimiento relativo del coste de financiación del sector, al reducirse una fuente de financiación barata y estable como es la que suministra la gestión de los medios de pago.

Además, la entrada de las denominadas Big Tech, que presentan en buena medida características de monopolio natural, gracias al aprovechamiento de economías de escala, podría suponer otra importante disrupción para el sector de medios de pago[11]. Ejemplos como el caso Amazon, con una estrategia de

7 Zunzunegui. F.: "Luces y Sombras de la transposición de la Directiva de Servicios De Pagos (PSD2)", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2020, núm, 159, p. 94.

8 STJUE 11 noviembre 2020 (TJCE 2020, 249).

9 Conesa Lareo, C.; Gorjón Rivas, S.; Rubio Ortega, G.: "Un nuevo régimen de acceso a las cuentas de pago: la PSD2", *Revista de estabilidad financiera*, 2018, núm. 35, pp. 87-90.

10 Kahn, C.M.: "El reto de regular las entidades de pago no bancarias: la respuesta de la Directiva PSD2", *Papeles de Economía Española*, 2016, núm. 149, p. 27.

11 Pozzolo, A.F.: "PSD2 and the transformation of the business model of payment services providers" en AA. VV: *L'attuazione della seconda direttiva sui servizi di pagamento e "open banking* (ed. por E.Bani; V. de Stasio; A. Sciarrone Alibandi), Bergamo University Press, Sestante Edizioni, Bergamo, pp. 27 y ss.

mercado basada en la integración vertical y el establecimiento de precios predatorios[12] resaltaría la importancia de fomentar conductas antitrust y de introducir mecanismos legales adecuados como podría ser la entrada en la gestión del componente no competitivo[13] a fin de asegurar un level playing field en el que se desenvuelva el sector financiero, ya sean los actores tradicionales o los emergentes.

Pues bien, junto a los servicios de pago que cabría calificar como tradicionales, la Directiva PS2D autoriza y regula los servicios de información de cuentas (AISP -account information services-) y los servicios de iniciación del pago (PIS -payment initiation services-) sometiendo a todos sus proveedores, para evitar distorsiones, a un mismo régimen de autorización y supervisión[14].

En ambos servicios, el proveedor no precisa administrar una cuenta de pago, sino que tiene el consentimiento del cliente para operar u obtener información de las cuentas que ese cliente tiene en otras entidades. A tal fin, resulta imprescindible que los bancos abran su información y la cedan a los TPPs para que estos, previa contratación y autorización del usuario, puedan prestar sus servicios.

En esa medida, los TPPs son capaces de gestionar un elevado volumen de información de sus clientes. Y, esa información, que puede mostrar desde sus pautas de consumo hasta su perfil de riesgo crediticio, puede ser muy valiosa [como bien ha demostrado la Directiva (UE) 2019/770 al autorizar el intercambio contractual de datos personales por servicios] convirtiendo a los usuarios de estas plataformas en prosumidores, en cuanto que pueden generar un valor añadido para estas empresas.

La utilización y generalización de interfaces seguras, también conocidas como APIs (-application programming interface-), que permiten que un software sea capaz de comunicarse con otro con el que en principio no tiene relación y con el que ni siquiera comparte espacio, ubicación o tecnología, podrían fomentar este nuevo contexto tecnológico y normativo. Así, se generaría un nuevo escenario donde las potenciales aplicaciones y los activos generados en términos de Big Data podrían presentar una serie de desafíos desde el punto de vista regulatorio.

Por tanto, y, más allá de que normativamente se sea exigente con la necesidad de un consentimiento libre y expreso del cliente para el tratamiento de sus datos, tras una información adecuada, pueden surgir conflictos con la transferencia de

12 KHAN, L.M.: "Amazon's antitrust paradox", *Yale Law Journal,* 2016, núm. 126, pp. 802-804.

13 Hovenkamp, H.: "Antitrust and Platform Monopoly", *Yale Law Journal*, 2021, núm. 130, pp. 2049-2050.

14 Tapia Hermida, A. J.: "La Segunda Directiva de Servicios de Pago". *Revista de estabilidad financiera*, 2018, núm. 35, pp. 63 y ss.

tales datos; lo que podría hacer recomendable una expresa regulación del sector[15] en concordancia con las disposiciones generales establecidas para la protección de datos personales en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016[16], así como una particular supervisión en el que resulten coordinadas las posibles actuaciones de los distintos organismos supervisores.

Resulta también evidente el riesgo para los clientes de estos nuevos servicios, tanto respecto a estos TPPs, que pueden tener acceso y usar una información más allá de la necesaria para prestar sus servicios y transferirla indebidamente; como en relación con terceros, si estos obtienen fraudulentamente esa información o si llegan a suplantar la identidad del usuario. Riesgos estos que, aun cuando traten de minimizarse por el legislador europeo, no cabe descartar que se materialicen en la práctica. Lo que obligará, por ejemplo, ante un pago fraudulento o una operación no autorizada, a delimitar la responsabilidad entre estos TPPs y las entidades donde el cliente defraudado tenía la cuenta de pago y/o a evaluar los mismos contratos suscritos por ese cliente con estos TPPs y/o con su entidad de gestión y control de cuentas en términos de transparencia y/o eventual abusividad, al encontrarnos en situaciones de un desequilibrio estructural entre las partes contratantes, en el que existe una diferencia cualitativa entre estas nuevas entidades (insiders en el sector) y los usuarios (outsiders)[17]. Por tanto, resulta de sumo interés analizar las consecuencias jurídicas que pueden derivar, ante operaciones no autorizadas, de la inobservancia de las normas que tratan de preservar la simetría y el equilibrio contractual[18].

Para eludir algunos de estos riesgos, la Directiva PS2D y el Reglamento Delegado (UE) 2018/389 han implementado normas de seguridad exigiendo, de una parte, la autenticación reforzada del usuario (strong consumer authentication -SCA-); y, de otra, obligando a los agentes a utilizar interfaces seguras, las mencionadas APIs, a fin de excluir el recurso a la utilización de la peligrosa técnica del screen scraping-.

15 Señala Vázquez de Castro, E.: "Titularidad y responsabilidad en la economía del dato", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2018, núm. 46, (BIB 2018, 7467), que la provisión de una adecuada regulación sobre Big Data, a partir de una adecuada colaboración entre el sector privado y las administraciones públicas podría favorecer el equilibrio contractual en los contratos de consumidores. La reutilización de estos recursos posibilitaría a los consumidores tener una posición más accesible a esta nueva fuente de valor o beneficiarse de los resultados generados por su propia actividad.

16 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE..

17 Minneci, U.: "Unauthorized payment transactions according to PSD2 enforcement: from the banking and financial ombudsman to case-law" en AA.VV: *L'attuazione della seconda direttiva sui servizi di pagamento e "open banking"* (ed. por E.BANI; V. DE STASIO; A. SCIARRONE ALIBANDI), Bergamo University Press, Sestante Edizioni, Bergamo, p. 116.

18 Fratini, F.: *La tutela del usuario de servicios de pago en la Payment Services Directive 2*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2019, pp. 160-172.

Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos en pro de la tutela del cliente, existen algunos espacios de nebulosa que pueden quedar al margen de su ámbito protector. Así acontece con las operaciones de pago realizadas en la UE con proveedores que operan desde fuera de la UE y, muy especialmente, con los instrumentos, usualmente utilizados en el mercado para el intercambio de bienes o servicios, aunque jurídicamente estos no constituyan estrictamente medios de pago (art. 1170 CC) tales como, el bitcoin o el ether y, más dudosamente, las stablecoins cuando estas criptomonedas estuvieran asociadas a una moneda de curso legal. La rápida implantación de estos activos en el mercado podría llegar a provocar la obsolescencia normativa de la propia Directiva PS2D, al revelarse necesaria su regulación como herramientas de intercambio en el mercado digital; en particular, para evitar las actuales tasas de riesgo para el perfil de un consumidor medio[19]. De ahí que haya estar atentos en este escenario a la evolución de las propuestas de legislación europea sobre criptoactivos, conocidas como MiCA (on Markets in Crypto-Assets).

II. LA DOCTRINA DEL TJUE EN RELACIÓN CON LA TUTELA DEL CLIENTE DE SERVICIOS DE PAGO.

En estos últimos años se han ido sucediendo una serie de resoluciones judiciales en el ámbito de la Directiva PS2D, que inciden especialmente en la tutela de los usuarios de los servicios de pago. A continuación, abordaremos algunos de los casos más relevantes.

1. La STJUE 11 noviembre 2020[20].

En el caso DenizBank AG contra Verein für Konsumenteninformation contemplado en esta resolución, el TJUE fija su doctrina en relación con los deberes y obligaciones del proveedor de servicios de pago. El Tribunal sostiene que las tarjetas contactless han de ser calificadas como instrumentos de pago, con las consiguientes implicaciones en términos de responsabilidad del proveedor, de conformidad con el contenido de la Directiva PS2D.

En este supuesto concreto, la entidad bancaria impone a sus clientes condiciones generales de contratación en la utilización de tarjetas bancarias personalizadas que utilizan la tecnología Near Field Communication (NFC).

En primer lugar, la entidad se reserva la facultad de proceder a modificar unilateralmente tales condiciones generales, tras la debida notificación con dos

19 Chu, D.: "Broker-dealers for virtual currency: regulating cryptocurrency wallets and exchanges", *Columbia Law Review*, 2018, núm.118, p. 2359.

20 STJUE 11 noviembre 2020 (TJCE 2020, 249).

meses de antelación a su entrada en vigor y la aquiescencia tácita por parte del cliente, salvo comunicación expresa de su oposición.

En segundo lugar, se establece la ausencia de obligación por parte de la entidad bancaria de acreditar las transacciones de escasa cuantía que utilizan la función NFC, así como la ausencia de responsabilidad respecto a aquellos pagos que no hayan sido objeto de autorización por el titular de la tarjeta. Asimismo, se advierte al titular de la asignación del riesgo derivado del uso indebido de la tarjeta en aquellas operaciones de escasa cuantía.

Y, en tercer lugar, se determina la imposibilidad de bloqueo de la tarjeta en caso de extravío en relación con los pagos de escasa cuantía. Además, se permite efectuar pagos hasta un importe de 75 euros, incluso en el supuesto de que la tarjeta haya sido bloqueada y hace extensible estos criterios de uso de la tarjeta de crédito, de forma general, a los pagos de importe reducido.

Estas cláusulas fueron objeto de un litigio que se resolvió en el Tribunal Supremo de la República de Austria y es esta autoridad judicial quien formula una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Luxemburgo.

La primera cuestión prejudicial reside en cómo ha de interpretarse el art. 52. 6 a) en relación con el art 54.1 de la Directiva PS2D respecto al consentimiento tácito prestado por el cliente relativo a las modificaciones de las condiciones generales de contratación, tras la previa notificación del proveedor de tales modificaciones.

La segunda cuestión plantea cuál ha de ser el criterio del art 4.14 de la Directiva PS2D respecto a la consideración o no como instrumento de pago de la tecnología NFC utilizada en la tarjeta bancaria asociada a una cuenta ligada al usuario de servicios de pago.

La tercera cuestión prejudicial está relacionada con la posibilidad de considerar a esta tecnología NFC de la tarjeta bancaria como medio de pago y cómo se ha de interpretar el art 63.1 b) de la Directiva PS2D, sobre la excepción de identificación y control de las transacciones efectuadas con la tarjeta bancaria contactless en los importes de escasa cuantía.

Y, en cuarto lugar, el Tribunal Supremo austriaco pregunta si el criterio excepcional del art. 63.1 a) de la Directiva PS2D solo puede ser aducido en el caso en que no sea posible ni el bloqueo ni impedir el uso posterior de la tarjeta.

A) La modificación unilateral de las condiciones generales de contratación.

En relación con la primera de las cuestiones prejudiciales relativa al art 52.6 a) de la Directiva PS2D, el TJUE aduce que la propia Directiva no especifica

el contenido de las condiciones generales del contrato marco. Este precepto atribuye únicamente naturaleza excepcional a la modificación de las condiciones del contrato cuando estas hayan sido objeto de consentimiento tácito entre el cliente y el proveedor de servicios de pago. La naturaleza de estos cambios han de mantener las características elementales iniciales, de tal modo que la propuesta de modificación no implique en la práctica la realización de un nuevo contrato.

El propio criterio dispuesto en el art 52.6 a) de esta Directiva ha de interpretarse en relación con su art. 54.1, aplicable, por tanto, tanto a los clientes de servicios de pago que gozan de la condición de consumidor, como a aquellos que no lo son. Lo dispuesto en el art. 4.20, que hace alusión a la condición de consumidor, será un elemento esencial a la hora de considerar la imposibilidad de no aplicar un acuerdo, total o parcial, del contrato (art. 38).

Asimismo, podemos observar cómo dichas cláusulas podrían ser objeto de un eventual control de abusividad de conformidad con el art. 2 de la Directiva 93/13 CEE, con independencia de lo dispuesto en la propia Directiva PS2D, sin perjuicio de que los Estados miembros adopten medidas adicionales con objeto de dotar al consumidor de un mayor nivel de protección.

En virtud de lo dispuesto por el Considerando 55 de la Directiva PS2D, el ámbito de esta Directiva no inhabilita la aplicación de otras disposiciones normativas a nivel comunitaria relativas a la tutela del consumidor[21], tales como, la Directiva 2005/29/CE[22], así como las Directivas 2000/31/CE[23], 2002/65/CE[24], 2008/48/CE[25], 2011/83/UE[26] y 2014/92/UE[27] . De este modo, en los casos en los que el cliente de servicios de pago presente el status de consumidor definido por

21 Martínez Gómez, S.: "El Tribunal de Luxemburgo examina las tarjetas contactless a la luz de la Directiva 2015/2366 de Servicios de Pago (PSD2)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2020, núm. 36, pp. 130-143.

22 Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

23 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

24 Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE.

25 Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.

26 Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo UNIR ESTE PÁRRAFO.de 25 de octubre de 2011sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

27 Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas.

el art. 2 de la Directiva 93/13, esta Directiva será aplicable junto con la Directiva P2SD al análisis e interpretación del contrato de servicios de pago. La necesidad de una armonización mínima entre los diferentes Estados miembros no impide que estos puedan adoptar medidas adicionales con el objeto de dotar al consumidor de un mayor nivel de protección.

Derivado de lo anterior, el TJUE considera que la cláusula modificativa de las condiciones generales de contratación en este caso concreto podría comportar una modificación unilateral de facto del contrato marco, en la medida en que los clientes de servicios de pago podrían no tener elementos de juicio suficiente para analizar este cambio. Esto nos conduciría a la aplicación del art. 3.3. j) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En esa medida, podría apreciarse la abusividad de las cláusulas que autoricen al proveedor de servicios de pago, en este caso concreto, a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo.

El Abogado General[28] había sostenido con anterioridad que la posibilidad de modificación de las condiciones generales de un contrato marco habría de ser interpretada restrictivamente. Por tanto, el art. 52. 6 a) de la Directiva PS2D no legitimaría al proveedor a imponer una modificación de las condiciones generales a través de una cláusula predispuesta. Este criterio de interpretación restrictivo de las facultades del predisponente sería aplicable a partir de la aplicación de la doctrina del silencio como declaración de voluntad[29]. De esta forma, el silencio de buena fe de un consumidor solo podría interpretarse como aceptación de una modificación si la modificación fuera beneficiosa para el consumidor o en aquellos supuestos de escasa relevancia jurídica y económica y que, de algún modo, puedan venir exigidos por una modificación sobrevenida de las circunstancias.

No obstante, el TJUE estima que la interpretación sobre el elemento de abusividad en la cláusula analizada ha de ser competencia del tribunal remitente de la cuestión prejudicial. Y señala que la posible ilicitud de esta cláusula debe ser determinada en virtud de los principios de buena fe, equilibrio y transparencia recogidos en de la Directiva 93/13 CEE.

En consonancia con lo expuesto, se concluye que el art. 52.6. a) de la Directiva PS2D no es de aplicación en este supuesto concreto. Este precepto establece la información y condiciones que han de ser proporcionadas por el proveedor de

28 Conclusiones del Abogado General 30 abril 2020 en el caso DenizBank AG contra Verein für Konsumenteninformation. (ECLI:EU:C:2020:322).

29 Alfaro Águila-Real, J.: "¿Cuándo basta el consentimiento tácito a una modificación de un contrato y cuándo es necesario el consentimiento expreso? El caso de los contratos sobre medios electrónicos de pago", *Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en: https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/04/cuando-basta-el-consentimiento-tacito.html

servicios de pago, pero dispone una limitación en lo relativo a la condición del cliente como consumidor o al tipo de cláusulas que pueden ser objeto de acuerdo.

B) La tecnología NFC como instrumento de pago.

En relación con la segunda cuestión prejudicial, relativa la condición de la función NFC ligada a la tarjeta bancaria personalizada en los términos previstos del art. 4.14 de la Directiva PS2D, el TJUE determina la condición de instrumento de pago de la misma.

Es apreciable la jurisprudencia previa del TJUE en relación con la conceptualización y características de un instrumento de pago personalizado. En la STJUE 9 abril 2014 -caso T Mobile Austria GmbH contra Verein für Konsumenteninformation-[30], se señalaba que un instrumento de pago con estas características debe posibilitar al proveedor de servicios de pago comprobar que la orden de pago ha sido iniciada por el cliente habilitado para operar. En los supuestos del art. 63.1. b) de la Directiva PS2D, esto es, para aquellos instrumentos utilizados de manera anónima no habría de darse una obligación del proveedor a suministrar una prueba de autenticación. Por tanto, se había considerado su inclusión como instrumento de pago no personalizado. Así, el Tribunal de Luxemburgo sostiene que el concepto de instrumento de pago definido en el art. 4.23 de la Directiva PSD (y actual art. 4.14 de la Directiva PS2D), "puede incluir un conjunto de procedimientos no personalizados acordados por el proveedor de servicios de pago y el usuario y utilizado por el usuario para iniciar una orden de pago".

Para el supuesto concreto de las tarjetas bancarias multifuncionales personalizadas con función NFC hemos de observar la aplicación de este criterio. Esta tecnología permite, una vez realizada la activación por el usuario de la cuenta bancaria, de acuerdo con el contrato marco entre el proveedor de servicios de pago y el titular, la posibilidad de ser utilizada por cualquier persona que esté en posesión de la misma dentro los límites estipulados en el contrato, sin necesidad de realizar mayor control de autenticación.

En consecuencia, las características propias de la tecnología NFC implican una disociación de las funciones restantes de la tarjeta bancaria en el supuesto del pago de cantidades de menor importe, lo que comporta su configuración como instrumento de pago autónomo. La tarjeta bancaria dotada de esta tecnología presenta dos instrumentos de pago distintos (uno personalizado y otro anónimo) que están sujetos a regímenes jurídicos diferentes, aunque tengan el mismo soporte físico[31].

30 STJUE 9 abril 2014 (TJCE 2014, 145).

31 González Carrasco, M.C.: "Conclusiones del Abogado General Manuel Campos Sánchez-Bordona de 30 de abril de 2020 en el asunto c-287/19 Denizbank ag contra Verein für Konsumenteninformation, sobre la

Esta interpretación ya fue tenida en cuenta por el Abogado General[32], que aducía que las tarjetas bancarias con tecnología NFC, con independencia de su naturaleza de crédito o débito, presentarían esa doble funcionalidad. De una parte, permiten transacciones en los supuestos en los que el cliente es específico e identificable; pero, de otra, también habilitan transacciones en la que dicha autenticación no se da, por lo que puede ser utilizada de forma anónima e independiente. Por tanto, de conformidad con el art. 4.14 de la Directiva PS2D, se observa que la función NFC de la que está provista la tarjeta bancaria multifuncional personalizada, al posibilitar esos pagos de escasa cuantía asociadas a la cuenta bancaria, de forma aislada, puede considerarse instrumento de pago e incluirse dentro del ámbito de aplicación de la Directiva PS2D.

Esa multiplicidad funcional vinculada a un único soporte físico lleva al Tribunal de Luxemburgo a concluir, en relación también con la cuestión prejudicial planteada, que la existencia de una función NFC ligada a un contrato de tarjeta bancaria personalizada previo habría de ser objeto de un nuevo contrato añadido o bien de una modificación esencial de las condiciones generales del contrato anterior. En cualquiera de los dos supuestos, el TJUE considera imprescindible el consentimiento explícito del cliente a la hora de incluir este servicio de pago adicional.

C) Responsabilidad del proveedor en operaciones de pago de escasa cuantía a través de la tecnología NFC.

La tercera cuestión prejudicial relacionada con la interpretación de los pagos de escasa cuantía con función NFC y su vinculación a la utilización anónima del art. 63.1 de la Directiva PS2D, es resuelta teniendo presente el carácter excepcional de este tipo de transacciones. La menor relevancia relativa de las transacciones de escasa cuantía -inferiores a 30 euros- permite a partir del precepto mencionado ut supra, la configuración de un régimen excepcional en el cual los derechos y obligaciones de proveedor y cliente de servicios de pago son flexibilizados.

La naturaleza anónima de la transacción o la objetiva incapacidad de demostración de la operación por el titular conduce a una atenuación del régimen de responsabilidad del proveedor de servicios de pago. El propio Tribunal de Luxemburgo había planteado con anterioridad[33] la ausencia de obligación de los

interpretación de la Directiva 2015/2366 (PSD2) en relación con las modificaciones contractuales de los servicios de pago incluidos en las tarjetas bancarias multifuncionales personalizadas (tarjetas contactless)", *Centro de Estudios de Consumo (CESCO*), 2020. Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Conclusiones_del_Abogado_General_de_30_de_abril_de_2020_en_el_Asunto_C287_19.pdf

32 Conclusiones del Abogado General 30 abril 2020 en el caso DenizBank AG contra Verein für Konsumenteninformation (ECLI:EU:C:2020:322)

33 STJUE 9 abril 2014 (TJCE 2014, 145).

proveedores sobre la autenticación de la operación -recordemos identificación y controles de seguridad adicionales- en los supuestos de anonimato.

Concretamente, en el supuesto de las tarjetas dotadas con tecnología NFC, se plantea la práctica imposibilidad de distinguir la persona en posesión de la tarjeta bancaria del titular de esta, en el supuesto de que estos difirieran; lo que podría derivar en la realización de operaciones sin consentimiento del titular de la tarjeta, por cuanto que la persona que efectúa el pago no requiere de mayores controles de identificación o de la introducción de claves personales. Por tanto, se entendería justificada la exención de la carga probatoria por parte del proveedor de servicios acerca de la identidad o autenticidad del pagador.

D) Incapacidad técnica de autenticación y responsabilidad del proveedor.

La cuarta cuestión prejudicial está estrechamente vinculada con la anterior, de tal forma que el proveedor ha de manifestar su incapacidad técnica en la autenticación de operaciones de pago no autorizadas con tecnología NFC. El propio art. 63 1. a) de la Directiva PS2D dispone un régimen atenuado de responsabilidad en el que se dan los supuestos de imposibilidad de bloqueo de la operación o de la futura utilización de la tarjeta. Por otra parte, es determinante la obligación del usuario de servicios de pago (art. 69.1 b) de la Directiva PS2D de informar al proveedor sin demora en los casos de extravío, robo o apropiación indebida del instrumento de pago objeto de la operación.

No obstante, el TJUE estima oportuno la aplicación de un criterio restrictivo al régimen de atenuación de las obligaciones y deberes del proveedor para estas operaciones de pago sin identificación -también en los supuestos de operaciones realizadas tras el bloqueo de la tarjeta- en aras de lograr una equitativa asignación de riesgos entre proveedor y cliente de servicios de pago. De este modo, el Tribunal de Luxemburgo, en línea con lo mantenido con anterioridad por el Abogado General relativo a la protección de los clientes de servicios de pago, y, especialmente, a aquellos que presentan la condición de consumidor, plantea que la mera alegación de imposibilidad de acreditar la autenticación no puede ser condición suficiente para obviar su responsabilidad. Esta afirmación ha de evaluarse de acuerdo con el estado de los recursos técnicos disponibles, por lo que el tribunal competente ha de interpretar en última instancia si el proveedor ha utilizado todos sus conocimientos a fin de evitar la operación de pago indebida y, por tanto, puede, de esta forma, beneficiarse del régimen de responsabilidad del art 63.1. a) de la Directiva PS2D.

2. STJUE 2 de septiembre 2021[34].

En la STJUE 2 septiembre de 2021-caso Caisse régionale de Crédit agricole mutuel (CRCAM) – Alpes-Provence contra Comisión Europea - se resuelve sobre la responsabilidad del proveedor de servicios de pago en relación con operaciones de pago no autorizadas. Si bien el régimen de responsabilidad del proveedor planteado por la parte actora difiere del típicamente presentado, al incumplir el cliente la obligación de notificar el pago no autorizado en un plazo de trece meses desde el adeudo.

En este litigio inicialmente resuelto dentro del ordenamiento francés a raíz de un contrato de crédito de cuenta corriente a una sociedad, y tras las reclamaciones derivadas de la realización de operaciones no autorizadas, presenta el Tribunal de Casación francés una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Luxemburgo:

En primer lugar, se plantea si "debe interpretarse el artículo 58 de la Directiva 2007/64 en el sentido de que establece, respecto de las operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente, un régimen de responsabilidad del proveedor de servicios de pago excluyente de toda acción de responsabilidad civil de Derecho común basada, por los mismos hechos, en un incumplimiento de dicho proveedor de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho nacional, en particular en el supuesto de que el usuario del servicio de pago no haya informado al proveedor de servicios de pago, en los trece meses posteriores a la fecha del adeudo, de que una operación de pago no había sido autorizada o de que se había ejecutado incorrectamente".

En segundo lugar, en caso de dar una respuesta afirmativa a la primera cuestión, "¿se opone dicho artículo a que el fiador del usuario del servicio de pago invoque, sobre la base de los mismos hechos, la responsabilidad civil de Derecho común del proveedor de servicios de pago, beneficiario de la fianza, para impugnar el importe de la deuda garantizada?".

A) Negativa a un régimen diferenciado de responsabilidad del proveedor.

En relación con la primera cuestión prejudicial, solicita el Tribunal de Casación un criterio a nivel comunitario sobre la posibilidad de un régimen diferenciado de responsabilidad del proveedor de servicios de pago respecto de lo dispuesto en los arts. 58 y 60.1 de la Directiva PSD, fundamentados en la obligación de notificación del cliente de adeudos en su cuenta no autorizados por él.

34 STJUE 2 septiembre 2021 (TJCE 2021, 204).

Sostiene el TJUE que, a la hora de analizar un determinado precepto, no solo debe tenerse en cuenta su tenor literal. Se debe tener en consideración también el contexto en el que se inscribe y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte. De este modo el art. 60 de la Directiva PSD impone que los Estados miembros deben salvaguardar, en el caso de una operación de pago no autorizada, su devolución de inmediato al ordenante de la misma por parte del proveedor de servicios de pago y, en su caso, velar por el restablecimiento en la cuenta de pago en la cual se haya adeudado el importe al estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada.

En su criterio, el art. 58, en relación con el art. 60 y a tenor del Considerando 31 de la Directiva PSD, determinan un régimen general de responsabilidad condicionado a la obligación de notificación de operaciones no autorizadas dentro del plazo previsto. Este criterio que fue mantenido por el Abogado General[35], postula que un usuario que no haya notificado a su prestador de servicios de pago una operación no autorizada, a los trece meses de su adeudo, no podrá exigir la responsabilidad de dicho prestador, tampoco con arreglo al Derecho común, y, por lo tanto, no podrá obtener el reembolso de dicha operación no autorizada.

El art. 59 de la Directiva PSD establece un régimen de responsabilidad favorable al cliente, en el que la carga probatoria es asignada al proveedor de servicios de pago, que ha de generar estos efectos supeditados a esa obligación de notificación.

Por otra parte, el TJUE señala que el art 86 de la PSD tampoco ofrece la posibilidad a los Estados miembros de poder mantener o introducir disposiciones diferentes de las que en ella se prevén, de acuerdo con lo dispuesto en los art. 58, 59 y 60 de esta Directiva. Estos preceptos han sido objeto de una armonización plena, lo que inhabilita a los Estados miembros a poder crear sobre el fundamento del mismo hecho causante un régimen diferenciado de responsabilidad de proveedor de servicios de pago.

Una interpretación teleológica de los art. 58 y 60 de la Directiva PSD no habría de ofrecer una solución alternativa de las criterios contextuales y literales avanzados por este Tribunal. A tenor de los Considerandos 1 y 4 de la PSD, se aprecia la voluntad del legislador comunitario de crear un mercado único de servicios de pago armonizado, a fin de evitar fricciones y confusiones que afecten a la seguridad jurídica. De lo que se deduce que un régimen particular diseñado en un Estado miembro es factible en la medida en que esto no minore la armonización comunitaria, ni afecte a los objetivos de últimos de la Directiva PSD.

35 Conclusiones del Abogado General 8 de julio de 2021 en el caso Caisse régionale de Crédit agricole mutuel (CRCAM) – Alpes-Provence contra Comisión Europea (ECLI:EU:C:2021:564).

Este esfuerzo armonizador, a fin de apuntalar la seguridad jurídica en las transacciones, es apreciado también en el informe de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea de 15 de junio de 2006 (8623/06 ADD), en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 97/7/CE , 2000/12/CE y 2002/65/CE (603 — C6-0411/2005 — 2005/0245(COD), así como en el Dictamen de 23 de diciembre de 2006 del Comité Económico y Social sobre "Aplicación del programa comunitario sobre la estrategia de Lisboa: propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2000/12/CE y 2005/65". En todas estas resoluciones hay una voluntad común de considerar un régimen de pago caracterizado por un plazo único en aras de conferir a la operación de pago un carácter definitivo.

Por tanto, el Tribunal de Luxemburgo desestima la posibilidad de un régimen de responsabilidad paralelo, en el supuesto en que el usuario haya incumplido la notificación de la obligación del art. 58 de la Directiva PSD.

B) Exclusión del contrato de fianza del régimen de responsabilidad de las Directivas PSD y PS2D.

La segunda cuestión prejudicial, ligada con el supuesto afirmativo a la primera, plantea el derecho de un fiador del cliente del servicio de pago de invocar la responsabilidad civil de Derecho Común del proveedor, beneficiario de la fianza, con objeto de impugnar la deuda garantizada.

El art 1.2. de la Directiva PSD, en relación con su Considerando 44, dispone cuáles son los derechos y obligaciones de los usuarios de servicios de pago y de los proveedores de estos servicios que presentan un carácter de habitualidad y profesionalidad.

Por otra parte, su art. 2 delimita el ámbito de aplicación de esta Directiva, en relación con los arts. 58 y 60. En suma, se indica que esta Directiva es aplicable solamente cuando, tanto el proveedor de los servicios de pago del ordenante como el proveedor de los servicios del beneficiario, o el único proveedor de servicios de pago en una operación de pago, se encuentren en la Unión Europea. De este precepto no se deduce que la fianza del usuario de servicios de pago se encuentre incluida en su ámbito de aplicación.

El Tribunal de Luxemburgo atiende a la naturaleza del usuario como persona física o jurídica, sea ordenante, beneficiario o ambos (art. 4.10). El art. 4.7 define al ordenante como el titular de la cuenta de pago que autoriza la operación; mientras que el art. 4.8 se refiere al beneficiario como aquel sujeto que recibe los fondos

objeto de la operación. Por tanto, el contrato de fianza no estaría incluido en ninguna de estas definiciones de la Directiva PSD. Esto es, se considera al fiador un tercero, cuya finalidad sería garantizar al acreedor de servicios de pago el adeudo de la operación. Ese carácter ajeno a la propia operación le excluiría del ámbito de la Directiva, al no estar vinculado ni como ordenante ni como beneficiario de la operación.

Por otra parte, en relación con el art. 60, el propio Abogado General sostiene que en el régimen jurídico de la responsabilidad se ofrece un equilibrio entre la obligación de información que recae sobre el proveedor de servicios de pago y la obligación de notificación de cualquier operación no autorizada dentro de un plazo de trece meses que incumbe al usuario de servicios de pago. Y este equilibrio permite fundamentar la responsabilidad estricta del proveedor sin que el usuario tenga que demostrar una falta o una negligencia. Por todos estos motivos, el TJUE resuelve que el fiador habrá de recurrir a las vías que le concede el Derecho nacional. Por consiguiente, no puede exigirse al fiador que se someta a la obligación de notificación de tales operaciones no autorizadas de las que pudiera responder, establecida en el art. 58 de la Directiva.

3. La STJUE 15 octubre 2020[36].

La STJUE 15 octubre 2020 -caso Association française des usagers de banques contra Ministre de l'Économie et des Finances- genera un particular interés, tanto en relación con la posibilidad de ventas combinadas como a la prohibición de operaciones vinculadas. No obstante, en el presente trabajo se ha de prestar especial atención a la segunda cuestión prejudicial que se plantea: si el art. 45 de la Directiva PSD aplicable en ese momento, actualmente adaptado en el art. 55 de la Directiva PS2D y los arts. 9 a 14 de la Directiva 2014/92/UE, sería contrario a la cancelación de un contrato de cuenta abierta por el prestatario en la entidad bancaria del prestamista para proceder a la domiciliación de sus ingresos a cambio de una ventaja individualizada en un contrato de crédito. Y si bajo este supuesto, tras la cancelación del contrato, se derivan la pérdida de ventaja para el usuario incluso en el caso de haber transcurrido más de un año desde la celebración del contrato. Por otra parte, se suscita también la cuestión acerca de si la duración de este periodo puede llegar a los diez años o prolongarse durante toda la vida del contrato de crédito.

El art. 45 de la Directiva PSD, que hace referencia a los gastos o comisiones, establece que el usuario del servicio de pago podrá resolver el contrato marco en cualquier momento, a menos que las partes hayan convenido en un preaviso. Este precepto, en su apartado 2, establece que la resolución de ese contrato marco

36 STJUE 15 octubre 2020 (TJCE 2020, 258).

que se haya celebrado por un período superior a 12 meses o indefinido será gratuita para el usuario de servicios de pago si se efectúa una vez transcurridos 12 meses. El art. 55 de la Directiva PS2D acoge este mismo criterio, con la única salvedad de que la resolución sin gastos del contrato marco se reduce a la vigencia del contrato de un mínimo de seis meses.

El TJUE plantea que, atendiendo al objetivo postulado de promover la movilidad de los clientes (Considerando 29 Directiva PSD, y Considerando 62 Directiva PS2D), los consumidores deben de tener derecho a la resolución de un contrato maco en determinadas circunstancias.

En relación con la Directiva 2014/92 /CE, se observa que todos los gastos y penalizaciones que, en su caso, deba abonar el consumidor al proveedor de servicios de pago por servicios vinculados a una cuenta de pago o en relación con los mismos, han de ser considerados como comisiones (art. 2). En esta misma Directiva, en su art. 12.3, se establece el deber de los Estados miembros de vigilar que las comisiones propias de operaciones de pago sean conformes al art. 45 de la Directiva PSD (en la actualidad art. 55 Directiva PS2D).

De conformidad con lo anterior, y en línea con lo dispuesto por el Abogado General, se estima que la pérdida de ventaja individual a la que refiere el art. L. 313-25-1 del Código de Consumo francés, objeto de este litigio, es el producto de aplicar una cláusula contractual acordada entre las partes subordinando la potencial ventaja a la condición de domiciliación del prestatario de sus ingresos salariales y equivalentes en la misma entidad durante un tiempo determinado. De lo que se deduce que la pérdida de esta ventaja del prestatario no estaría vinculada a la cancelación del primer contrato de cuenta de pago, sino a la cancelación de la domiciliación de los ingresos en esta entidad. En esa medida, ese contrato de cuenta corriente es independiente y podría mantenerse la cuenta abierta incluso tras la cancelación de la mencionada domiciliación.

El concepto de gastos o comisiones no debe incluir la pérdida de una ventaja individualizada ofrecida por el prestamista a cambio de la apertura de una cuenta y domiciliación de ingresos en la entidad de este prestamista en el contexto de un contrato de crédito tras ser cancelada esta cuenta por el prestatario[37].

En atención a lo dispuesto anteriormente, el Tribunal de Luxemburgo considera que, dentro de la conceptualización de la pérdida de una ventaja, no cabría incluir una comisión facturada por el proveedor de servicios de pago en el contexto de

37 Tapia Hermida, A.J.: "Ventas agrupadas de contratos bancarios de crédito con consumidores con la obligación de domiciliar sus retribuciones salariales o ingresos asimilados. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (sala quinta) de 15 de octubre de 2020", *Revista de derecho bancario y bursátil*, 2021, núm. 161, pp. 277-278.

resolución o cancelación de un contrato marco de una cuenta de pago en relación con el art. 45 Directiva PSD y el art. 55 Directiva PS2D.

BIBLIOGRAFÍA

Alfaro Águila-Real, J.: "¿Cuándo basta el consentimiento tácito a una modificación de un contrato y cuándo es necesario el consentimiento expreso? El caso de los contratos sobre medios electrónicos de pago", *Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en: https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/04/cuando-basta-el-consentimiento-tacito.html

Chakravorti, B.; Mazzotta, B. D.: *The cost of cash in the United States*, Institute for Business in the Global Context, The Fletcher School, Tufts University, 2013, pp. 1-70.

Conesa Lareo, C.; Gorjón Rivas. S.; Rubio Ortega, G.: "Un nuevo régimen de acceso a las cuentas de pago: la PSD2, *Revista de estabilidad financiera*, 2018, núm. 35, pp. 81-102.

Chu, D.: "Broker-dealers for virtual currency: regulating cryptocurrency wallets and exchanges", *Columbia Law Review*, 2018, núm.118, p . 2323-2359.

Fratini, F.: *La tutela del usuario de servicios de pago en la Payment Services Directive 2*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2019, pp. 160-172.

González Carrasco, M.C.: "Conclusiones del Abogado General Manuel Campos Sánchez-Bordona de 30 de abril de 2020 en el asunto c-287/19 Denizbank ag contra Verein für Konsumenteninformation, sobre la interpretación de la Directiva 2015/2366 (PSD2) en relación con las modificaciones contractuales de los servicios de pago incluidos en las tarjetas bancarias multifuncionales personalizadas (tarjetas contactless)", *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 2020. Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Conclusiones_del_Abogado_General_de_30_de_abril_de_2020_en_el_Asunto_C287_19.pdf

Hovenkamp, H.: "Antitrust and Platform Monopoly", *Yale Law Journal*, 2021, núm. 130, pp. 1952-2050.

Junius, K. et al.: "Costs of retail payments–an overview of recent national studies in Europe", *ECB Occasional Paper*, 2022, núm. 294, pp. 1-36.

Kahn, C.M.: "El reto de regular las entidades de pago no bancarias: la respuesta de la Directiva PSD2", *Papeles de Economía Española*, 2016, núm. 149, pp. 21-28.

Khan, L.M.: "Amazon's antitrust paradox", *Yale Law Journal,* 2016, núm. 126, pp. 710-802.

Martínez Gómez, S.: "El Tribunal de Luxemburgo examina las tarjetas contactless a la luz de la Directiva 2015/2366 de Servicios de Pago (PSD2)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2020, núm. 36, pp. 130-143.

Minneci. U.: "Unauthorized payment transactions according to PSD2 enforcement: from the banking and financial ombudsman to case-law" en AA. VV: *L'attuazione della seconda direttiva sui servizi di pagamento e "open banking* (ed. por E.Bani; V. de Stasio; A. Sciarrone Alibandi), Bergamo University Press, Sestante Edizioni, Bergamo, pp. 109-120.

Pozzolo, A.F.: "PSD2 and the transformation of the business model of payment services providers" en AA. VV: *L'attuazione della seconda direttiva sui servizi di pagamento e "open banking* (ed. por E.Bani; V. de Stasio; A. Sciarrone Alibandi), Bergamo University Press, Sestante Edizioni, Bergamo, pp 27- 42.

Schmiedel, H.; Kostova, G.L; Ruttenberg, W.: "The social and private costs of retail payment instruments: a European perspective", *ECB Occasional paper*, 2012, núm. 137º, pp. 1-50.

Tapia Hermida, A. J.: "La Segunda Directiva de Servicios de Pago". *Revista de estabilidad financiera*, 2018), núm. 35, pp. 57-80.

Tapia Hermida, A.J.: "Ventas agrupadas de contratos bancarios de crédito con consumidores con la obligación de domiciliar sus retribuciones salariales o ingresos asimilados. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (sala quinta) de 15 de octubre de 2020", *Revista de derecho bancario y bursátil*, 2021, núm. 161, pp 251-278.

Vázquez de Castro, E.: "Titularidad y responsabilidad en la economía del dato", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías,* 2018, núm 46. (BIB 2018, 7467).

Zunzunegui, F.: "La digitalización de los servicios de pago (Open Banking)", *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, *Working Paper, núm. 1,* 2018, pp. 1-24.

Zunzunegui, F.: "Luces y Sombras de la transposición de la Directiva de Servicios De Pagos (PSD2)", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2020, núm, 159, pp. 89-112.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES.

STJUE 9 abril 2014 (TJCE 2014, 145).

STJUE 15 octubre 2020 (TJCE 2020, 258).

STJUE 11 noviembre 2020 (TJCE 2020, 249).

STJUE 2 septiembre 2021 (TJCE 2021, 204).

LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL SISTEMA FINANCIERO: ESPECIAL ESTUDIO AL CASO DEL BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

CONTRACTUAL LIABILITY OF THE FINANCIAL SYSTEM: SPECIAL STUDY OF THE CASE OF BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1642-1679

Héctor
BUENOSVINOS
GONZÁLEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Durante toda nuestra historia, poder acceder a determinados bienes y servicios requería la "ayuda económica" de un tercero, bien sea un amigo, un familiar, o prestamista. No es hasta finales de la Edad Media cuando podemos comenzar a hablar de un verdadero sistema mercantilista, sobre todo de los metales preciosos y el oro que llegaba al viejo continente desde América, el nuevo mundo. Entre el siglo XVII y XVIII se crearon los primeros bancos en Europa y posteriormente en América. Este sistema financiero se convirtió un eje central de todos los estados del mundo con las diferentes corrientes económicas según los acontecimientos sociales, por lo que los estados de aquel entonces crearon medidas de control y entidades públicas. Proliferó la promulgación de normas nacionales y, con posterioridad, europeas en el marco de la Unión Europea que protegieran tanto al consumidor como el sistema financiero y, en definitiva, al propio estado, propiciado también por la globalización. Podemos decir que el sistema financiero se convirtió en un cuarto poder de los estados: el poder financiero y económico. En este contexto, debemos preguntarnos qué tipo de responsabilidad contractual puede tener una entidad de crédito. La importancia del sistema financiero de los estados se ha convertido en un punto esencial de éstos, por lo que, como veremos, a veces, las responsabilidad contractual de las entidades de crédito con sus clientes se diluyen por decisiones políticas. Debemos reflexionar sobre la dicotomía responsabilidad contractual o política, analizando el reciente caso de la quiebra y posterior resolución de la entidad financiera española Banco Popular Español SA y su responsabilidad frente a sus clientes.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad contractual; sistema financiero; entidades bancarias; pérdida de capital; directiva europea.

ABSTRACT: *Throughout our history, access to certain goods and services required the "economic help" of a third party, be it a friend, a relative or a moneylender. It was not until the end of the Middle Ages that we can begin to speak of a true mercantilist system, especially for the precious metals and gold that came to the old continent from America, the New World. Between the 17th and 18th centuries the first banks were created in Europe and later in America. This financial system became a central axis of all the states of the world with the different economic currents according to the social events, so the states of that time created control measures and public entities. The enactment of national and, later, European regulations within the framework of the European Union to protect both the consumer and the financial system and, ultimately, the state itself, also encouraged by globalization, proliferated. We can say that the financial system has become a fourth power of states: financial and economic power. In this context, we must ask ourselves what kind of contractual liability a credit institution may have. The importance of the financial system of the states has become an essential point of the states, so that, as we will see, sometimes the contractual liability of credit institutions with their clients is diluted by political decisions. We must reflect on the dichotomy of contractual or political liability, analyzing the recent case of the bankruptcy and subsequent resolution of the Spanish financial institution Banco Popular Español SA and its liability towards its clients.*

KEY WORDS: *Contractual liability; financial system; banking institutions; capital los; European directive.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: EL BANCO POPULAR ESPAÑOL SA.- II. LA POLÍTICA FINANCIERA Y ECONÓMICA DEL BANCO POPULAR ESPAÑOL DESDE 2012. - III. LA QUIEBRA DEL BANCO POPULAR Y SU INTERVECIÓN: LA VENTA AL BANCO SANTANDER SA. - IV. LAS RECLAMACIONES EXTRAJUDICIALES DE LOS ACCIONISTAS POR LA INADECUADA O INEXACTA INFORMACION DEL BANCO POPULAR SOBRE SU SITUACIÓN FINANCIERA. - V. LOS PROCESOS JUDICIALES DE LOS INVERSORES FRENTE A LA ENTIDAD BANCARIA ANTES DEL DICTADO DE LA SENTENCIA TJUE 5 MAYO 2022. - VI. EL INFORME DE CONCLUSIONES, PREVIO AL DICTADO DE LA SENTENCIA TJUE, ELABORADO POR EL ABOGADO GENERAL UE. - VII. LA SENTENCIA TJUE 5 MAYO 2022, ASUNTO C-410/2020. - VIII. EL CRITERIO UNÁNIME DE LA JURISPRUDENCIA CON POSTERIORIDAD A LA SENTENCICA TJUE 5 MAYO 2022. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL SISTEMA FINANCIERO. - IX. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN: EL BANCO POPULAR ESPAÑOL SA.

El Banco Popular Español fue una entidad bancaria española creada en 1926 por el ingeniero de minas y político Emilio González-Llana Fagoaga con el nombre de Banco Popular de los Previsores del Porvenir, cambiando de denominación en 1947 por la actual, Banco Popular. Siempre fue considerado como un banco de tamaño medio, independiente, con un negocio tradicional muy focalizado en el cliente y especializado en las pequeñas y medianas empresas (PYMES), así como con un notable «know-how», basado en la austeridad y la prudencia. Sus clientes siempre se han caracterizado por su fidelidad y alto poder adquisitivo. Prueba de su buen hacer, es que en los años noventa la entidad fue calificada por la agencia británica de calificación bancaria IBCA como el banco más rentable del mundo, según publicó el diario español El País el 27 diciembre de 1993[1]. Un ejemplo claro de esta filosofía histórica de austeridad y prudencia se denota en el hecho de que mientras otros bancos españoles, como Banco Santander SA y BBVA SA, decidían (gracias a los frutos del crecimiento de su actividad en España), internacionalizar su actividad mediante adquisiciones de otras entidades, Banco Popular resistía la tentación del crecimiento vía compra de otras entidades, a costa de descolgarse del grupo de los grandes bancos españoles bajo su lema "mejor mediano, pero más rentable". Su gran fortaleza y razón de su rentabilidad era la fidelidad, carácter conservador y alto poder adquisitivo de sus clientes.

Durante las primeras décadas de su historia fue ampliando su influencia territorial hasta que a mediados de los años setenta llevó a cabo una gran expansión en todo el país convirtiéndose en una de las principales entidades bancarias de

1 "Banco Popular es el más rentable del mundo, según la agencia IBCA" Enlace: https://elpais.com/diario/1993/12/28/economia/757033204_850215.html

• Héctor Buenosvinos González
Profesor asociado Universidad Vigo (España)
Doctorando Universidad de Vigo (España)
Abogado en ejercicio
hector.buenosvinos@hotmail.com

España. Desde que Ángel Ron Güimil se convirtió en presidente único el Banco Popular en febrero 2006, esta expansión cruzó fronteras con diversas operaciones de fusión y creación de empresas en Europa. Así, se fusionaron entidades como por ejemplo, Banco de Castilla, Banco de Andalucía, Banco de Galicia, Banco de Vasconia, etc. Asimismo, se creó la entidad bancaria Targobank SA surgida de un acuerdo de alianza estratégica a largo plazo con la entidad bancaria francesa Crédit Mutuel CIC con el fin de prestar servicios bancarios conjuntos en España, Portugal, Francia y Alemania, se creó la aseguradora alemana Allianz, se compró el negocio minorista de tarjetas de Citibank en España operado a través de Bancopopular-e – actualmente, bajo la denominación Wizink Bank SA-, se adquirió el fondo de inversión Värde Partners, el negocio de depósitos y custodia de fondos de inversión y planes de pensiones BNP Paribas Securities Services España, etc. Así pues, en el balance económico de la entidad en 1995 el banco tenía 20.000 millones de euros en activos, en 2002 había duplicado esta cifra y, en 2008 éste alcanzaba los 130.000 millones. En este periodo los depósitos de la clientela únicamente se habían duplicado.

Asimismo, una de las decisiones políticas de la empresa más importantes fue su entrada y participación en el sector inmobiliario en el momento más álgido de la burbuja inmobiliaria de España, momento en el que fusionó al Banco Pastor SAU, siendo éste una de las entidades que contaba con más lastre en su haber de activos mobiliarios tóxicos. En 2011, ya con la burbuja financiera estallada, Banco Popular adoptaría otra decisión (que a futuro iba a ser negativa para su devenir): la adquisición de Banco Pastor SAU sin ningún tipo de ayuda pública (factor muy sorprendente a sabiendas que otras entidades españoles más potentes como BBVA SA, CaixaBank SA y Banco Sabadell SA sí que las solicitaron en las respectivas integraciones de cajas de ahorros que efectuaron). Es importante indicar que Banco Pastor SAU era un banco tremendamente expuesto al negocio inmobiliario, pues tenía más de 9.300 millones en activos inmobiliarios en un activo total de 29.000 millones de euros. Así las cosas, el Grupo Bancario Popular, antes de su quiebra, estaba formado esencialmente por las dos entidades bancarias: Banco Popular Español SA, Banco Pastor SAU.

En definitiva, desde mediados de los años setenta, la dirección del Banco Popular tuvo como objetivo expandir su influencia en el sistema financiero español y europeo con numerosas operaciones de compra de entidades bancarias, fondos de inversiones, planes de pensiones, creación de entidades aseguradores, entre otros, así como su inversión en el sistema inmobiliario. De esta forma, podemos concluir que el Grupo Bancario Popular se convirtió en uno de los principales bancos de España y Europa. A pesar de su política de expansión, el Banco Popular siempre se caracterizó por aplicar una política austera de contención.

II. LA POLÍTICA FINANCIERA Y ECONÓMICA DEL BANCO POPULAR ESPAÑOL DESDE 2012.

En el año 2012, el Banco Popular siguió con una política opuesta a su filosofía histórica de austeridad y conservadurismo: optó por no aportar activos a Sareb[2], también conocido como "Banco Malo", intentado esquivar el estigma del banco apuntalado por el contribuyente y lo que es aún más incomprensible, aportó incluso capital a Sareb. Ese mismo año se aprobaron las nuevas normas sobre provisiones y contabilización de activos, en concreto la Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos[3]. Las entidades financieras tuvieron que dotar más provisiones para cubrir sus activos tóxicos o potencialmente tóxicos. En un contexto de exigencia de una mayor transparencia, la primera prueba de fuego llegó en septiembre: los test de estrés de la consultora estadunidense Oliver Wyman pusieron de manifiesto que la banca española necesitaba capital por importe de 53.745 millones de euros, siendo cuantificadas las necesidades de Banco Popular en 3.223 millones de euros. En aquel momento esta cuantía superaba el 2% de los activos de la entidad ponderados por riesgo.

Con el aparente objetivo de eludir la inyección de dinero público, su presidente Ángel Ron y su equipo decidieron impulsar a una serie de ampliaciones de capital, tanto en 2012 como en 2014 y 2016. En seis años, el Banco Popular captó 5.400 millones de euros, sobre unos fondos propios iniciales de poco más de 8.000 millones (lo que suponía un incremento de capital de un 67,5%). En el periodo 2012 - 2016, sumó pérdidas por un total de 5.183 millones de euros, solo compensadas por los resultados de 2013, 2014 y 2015. Esta necesidad de capital llevó también al Banco Popular a colocar deuda subordinada entre sus clientes minoristas, en concreto del producto financiero Bonos u Obligaciones Subordinadas convertibles obligatoriamente en acciones, objeto de numerosas reclamaciones judiciales de sus clientes inversores por la falta de información en el producto. Tal y como define el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 411/2016 de 17 junio 2016[4] se trataba de un producto diseñado por la entidad bancaria cuyos activos (títulos de bonos o de obligaciones subordinadas)"se convierten en acciones automáticamente en una fecha determinada, y por tanto, el poseedor de estos bonos no tiene la opción, sino

2 Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, más conocida por su acrónimo, Sareb, es una entidad creada por el Estado Español en noviembre de 2012 para ayudar al saneamiento del sector financiero español y, en concreto, a las entidades que arrastraban problemas debido a su excesiva exposición al sector inmobiliario.

3 Publicada en el BOE núm. 110, de 6 de mayo de 2016. Ref. BOE-A-2016-4356. Enlace: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-4356

4 STS n.º 411/2016, de 17 junio 2016 (Rec. 1974/2014). Ref. Cendoj: 28079110012016100403. Enlace: https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

la seguridad, de que recibirá acciones en la fecha de intercambio. A su vencimiento, el inversor recibe un número prefijado de acciones, a un precio determinado, por lo que no tiene la protección contra bajadas del precio de la acción que ofrecen los convertibles tradicionales. Los bonos necesariamente convertibles ofrecen al inversor sólo una parte de la futura subida potencial de la acción a cambio de un cupón prefijado, y exponen al inversor a parte o a toda la bajada de la acción. Por ello, estos instrumentos están más cercanos al capital que a la deuda del emisor; y suelen tener, como ocurre en el caso litigioso, carácter subordinado". Esta deuda que se ha sido convertida en acciones como consecuencia de la directriz del órgano estatal Fondo de Restructuración de la Ordenación Bancario (FROB) y que, por tanto, han sido amortizadas por cero euros.

Asimismo, la entidad bancaria colocó entre sus clientes a través de su red de sucursales las acciones emitidas en las tres ampliaciones citadas incluso llegando a conceder créditos personales para ello, de forma que, junto con la deuda subordinada, la entidad tenía como objetivo capitalizarse con el dinero de sus inversores. No obstante, la situación del Banco Popular no estalló hasta que su presidente Ángel Ron fue destituido a finales del 2016. La evolución del precio de la acción del banco en la Bolsa Española en tendencia descendente desde 2009/2010 indicaba que el mercado comenzaba a penalizar su cotización. Su cotización media era 31,6 euros por acción en el año 2007 (que alcanzó su máximo el 17 abril 007 con una cotización de 36,7 euros) pasó a una cotización media de 4,9 euros en 2014, es decir, un descenso de la cotización media del 85,5% no equiparable a ningún otro valor del sector bancario que no hubiera terminado rescatado por el Estado. Ya en el año 2016, las dificultades para cerrar la ampliación de 2016 fueron otro indicador de la reticencia que tenía el mercado de acudir a una ampliación de capital. La entidad decidió impulsar su última ampliación haciéndose efectiva el 20 junio 2016.

Para rematar la complicada situación de Banco Popular, en febrero de 2017, antes de que fuera nombrado nuevo presidente Emilio Saracho, la entidad presentó los peores resultados de su historia, declarando unas pérdidas históricas de 3.485 millones de euros, tras realizar unas provisiones de 5.692 millones para cubrir el deterioro de sus activos inmobiliarios, devolver a los clientes lo cobrado de más por las reclamaciones de cláusulas suelo y acelerar el "proceso de desinversión" en activos no productivos. Un mes después se detectó una insuficiencia de sus provisiones y un desajuste por importe de 694 millones. Acto seguido se produjo la dimisión del entonces consejero delegado, Pedro Larena, apenas seis meses después de su desembarco en la entidad en septiembre de 2016. El nuevo equipo gestor no logró decidirse entre ampliar su capital o cerrar la venta del banco. La entidad puso en marcha un acelerado proceso de venta para desprenderse de los negocios no estratégicos y destinar el dinero a la reducción de los activos

improductivos. Sin embargo, la cuantía de éstos era tan abultada que estas medidas fueron insuficientes, pues el mercado especulaba en las últimas semanas que la cuantía de estos activos ascendía a más de 36.000 millones de euros. Ante este escenario, el efecto sobre el precio de la acción del Banco descendía aún más hasta mínimos históricos sufriendo una caída hasta 62% y los depositantes comenzaron a retirar masivamente sus depósitos provocado por la desconfianza de los inversores en la solvencia financiera de la entidad bancaria.

Todos estos mimbres crearon una situación financiera tan delicada que el Banco Popular entró en una quiebra técnica de tal calibre que ni siquiera tenía capacidad suficiente para atender al pago ordinario de sus obligaciones o incluso sus clientes poder retirar dinero en los cajeros automáticos.

III. LA QUIEBRA DEL BANCO POPULAR Y SU INTERVECIÓN: LA VENTA AL BANCO SANTANDER SA.

La situación de iliquidez del Banco Popular se hizo insostenible por lo que el 6 junio 2017 el Banco Central Europeo comunicó a la Junta Única de Resolución (JUR)[5] la inviabilidad de la entidad "...por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano." al cumplir los requisitos establecidos en el art.18.4 c) Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) no 1093/2010, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.b) de dicha norma[6] estando el Banco Popular sujeto a la supervisión del Banco Central Europeo.

Así las cosas, al día siguiente, 7 junio 2017 la JUR acordó en su Decisión SRB/EES/2017/08 la resolución del Banco Popular al concluir que "...el ente está en graves dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés público". Previo a esta decisión, JUR solicitó la valoración de un experto independiente (consultora Deloitte) resultando unos valores económicos que en el mejor de los escenarios eran 2.000 millones euros negativos y en el peor de los escenarios estresado de

5 Autoridad europea de resolución de la Unión Bancaria Europea. Es un elemento clave de la Unión Bancaria y de su Mecanismo Único de Resolución. Su misión consiste en garantizar la resolución ordenada de bancos en crisis con el menor impacto posible sobre la economía real y las finanzas públicas de los países de la UE, participantes y terceros.

6 Publicado DOUE núm.225, de 30 de julio de 2014.Ref. DOUE-L-2014-81709.Enlace: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2014-81709

8.200 millones negativos. Este experto independiente consideró la necesidad de adoptar un instrumento de venta del negocio y la decisión de amortización y/o conversión de las acciones y de otros instrumentos de capital de Banco Popular. La firma Deloitte concluye en su informe que la reducción de la valoración de los activos adjudicados entre un 42 % y un 47 % se debe al incumplimiento de las reglas de valoración de activos que estaban establecidas como obligatorias para el sistema bancario español anteriormente citada (Circular 4/2016 de Banco España). Esta afirmación fue confirmada también por los inspectores del Banco España de 8 abril 2019 (pág.31 y 132). La pregunta es: Si los inspectores del Banco España ya conocían desde 2019 que el Banco Popular no estaba cumpliendo con la normativa sectorial en la valoración de sus activos, ¿Por qué no tomaron alguna medida frente a la entidad? Pues, el balance económico anual de la entidad estaba maquillada, o presuntamente maquillado, si estaba valorando sus activos de forma incorrecta, eludiendo las posibles pérdidas que arrastraba durante varios años. Más sospechoso es esta posibilidad cuando la entidad bancaria intentaba capitalizarse con varias ampliaciones de capital – 2012, 2014 y 2016 – y la emisión de deuda subordinada.

Previamente a la resolución, el mismo Banco Popular había publicado el 3 abril 2017 en la Comisión Nacional de Mercado de Valores de España (CNMV) un hecho relevante[7] reconociendo "i) insuficiencia en determinadas provisiones constituidas respecto a riesgos que deben ser objeto de provisiones individualizadas, que afectarían a los resultados de 2016 por ello, al patrimonio neto) por un importe de 123 millones de euros; ii) posible insuficiencia de provisiones asociadas a créditos dudosos en los que la entidad se ha adjudicado la garantía vinculada a estos créditos que, estimada estadísticamente, ascendería, aproximadamente, a 160 millones de euros; iii) posible obligación de dar de baja alguna de las garantías asociadas a operaciones crediticias dudosas, siendo el saldo vivo neto de provisiones de las operaciones en las que se estima que pudiera darse esta situación de, aproximadamente, 145 millones de euros, lo que podría tener un impacto, aún no cuantificado, en las provisiones correspondientes a esas operaciones; iv)determinadas financiaciones a clientes que pudieran haberse utilizado para la adquisición de acciones en la ampliación de capital llevada a cabo en mayo de 2016, cuyo importe, si se verificara, debería ser deducido de acuerdo con la normativa vigente del capital regulatorio del Banco, sin efecto alguno sobre el resultado ni el patrimonio neto contable. La estimación estadística del importe de estas financiaciones es de 205 millones de euros, siendo el importe total objeto de este análisis de 426 millones de euros." Y, concluía que " El análisis preliminar indica que el grueso del efecto relacionado con los créditos dudosos y las posibles insuficiencias a que se refieren los apartados 2) y 3) proviene de

7 http://cnmv.es/portal/HR/verDoc.axd?t={54b60151-6117-4fd2-ac91-58d55fbfd6f0}

ejercicios anteriores a 2015 y tendría, por ello, escaso impacto en los resultados del ejercicio 2016, aunque sí afectaría al patrimonio neto".

De acuerdo con el artículo 18.6 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio, se somete al Banco Popular a un procedimiento de resolución determinando la aplicación de los instrumentos de resolución pertinente, impartiendo instrucciones al FROB para que éste, como Autoridad de Resolución Ejecutiva según el artículo 2.1.d) de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión[8] tome todas las medidas necesarias para aplicarlo, ejerciendo las competencias de resolución legalmente atribuidas. Entre ellas, se acuerda la venta de negocio de la entidad en aplicación art. 22 y 24 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio de 2014 y la previa amortización y conversión de los instrumentos de capital que determinen la absorción de las pérdidas necesarias para alcanzar los objetivos de la resolución.

La JUR acordó el 7 junio 2017 la venta del Grupo Bancario Popular al Banco Santander SA por un euro. Se redujo el capital social de la entidad a cero euros, se amortizaron las acciones en cero euros así como de cualquier otro instrumento financiero emitido por el Banco Popular. Entiende la JUR que la medida adoptada es la necesaria y proporcionada compatible con los principios y objetivos de la resolución, y tiene por finalidad la constitución de una reserva voluntaria de la que solo se podrá disponer con los mismos requisitos exigidos para la reducción del capital social conforme a lo previsto en el artículo 335.c) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital[9], aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, siendo la operación de reducción. Por otro lado, al tratarse de una reducción de capital para constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible, supone una recomposición en el patrimonio de la sociedad sin que se produzca una alteración en el importe total de sus fondos propios. Considera la JUR que son los accionistas de la entidad los que deben sufrir las pérdidas. La resolución de la JUR fue publicada en el BOE núm.155, de 30 de junio de 2017[10]

Tras la venta de la entidad al Banco Santander SA, ésta tuvo que realizar una ampliación de capital de más de 7.000 millones de euros con el objetivo de sanear los activos tóxicos que tenía en el Balance. Así consta publicado en el Hecho Relevante de 3 julio 2017[11] y números ajustes contables para lograr una adecuada provisión de créditos y activos inmobiliarios que comprenden: 4.700

8 Publicada BOE, núm.146, de 19 junio 2016.Ref. BOE-A-2015-6789.Enlace: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-6789

9 Publicada BOE, núm.161, de 13 julio 2010. Ref. BOE-A-2010-10544.Enlace: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544

10 Publicada en el BOE núm.155, de 30 de junio de 2017. Ref. BOE-A-2017-7580.Enlace: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-7580

11 https://www.bolsamadrid.es/docs/Estadisticas/Boletin/BBilbao/Diario/2017/07/04/3_74_0_20170704.pdf

millones de euros de provisiones de "activos inmobiliarios", 2.500 millones de euros de provisiones de "créditos morosos inmobiliarios" y 700 millones de euros de provisiones para cubrir la "mora no inmobiliaria". Sin duda, estos ajustes fueron síntoma de las pérdidas reales que la entidad bancaria afloraban ya en el primer trimestre de 2017 por importe de 12.218,4 millones de euros (así consta en la pág. 6 del Informe Financiero Semestral del Banco Popular cerrado a fecha 30/06/2017).

IV. LAS RECLAMACIONES EXTRAJUDICIALES DE LOS ACCIONISTAS POR LA INADECUADA O INEXACTA INFORMACION DEL BANCO POPULAR SOBRE SU SITUACIÓN FINANCIERA.

Sin perjuicio de un análisis más profundo desde el punto de vista económico y financiero – que no es objeto de este artículo de investigación – los miles de accionistas del Banco Popular perdieron todo el capital invertido en las acciones emitidas por la entidad que cotizaban en la Bolsa Española y en deuda subordinada que se convirtió en acciones de la entidad. Para evitar las reclamaciones de sus inversores, el Banco Santander – como nuevo dueño del Banco Popular que terminó fusionado por absorción[12] - ofertó un producto denominado Bono de fidelización "para fidelizar a clientes minoristas de Grupo Santander afectados por la resolución de Banco Popular" remunerados al 1% trimestral durante siete años computados desde 15 diciembre 2017; a partir del séptimo año, el tipo que resulte de añadir al margen de 594,7 puntos básicos el mid-swap rate a cinco años sobre el valor nominal vivo en cada periodo de remuneración. Se trata de un producto de carácter perpetuo (sin plazo de vencimiento) pudiendo el banco amortizar totalmente y nunca parcialmente los títulos de forma unilateral, incluso anticipadamente antes del séptimo año. En definitiva, con el fin de evitar los previsibles pleitos judiciales, la entidad intentó evitar las reclamaciones de sus inversores ofreciéndoles otro producto financiero perpetuo con una remuneración más baja, pero sin poder el inversor recuperar el capital invertido y siempre siendo decisión unilateral la devolución del capital invertido. Toda la documentación de la oferta se encuentra en la página web del Banco Santander[13]. Muchos inversores optaron por esta oferta colocando la entidad hasta 78% de los bonos emitidos, lo que supone 764,03 millones de euros (que corresponden con 7,64 millones de bonos). También debemos destacar que esta oferta iba solo dirigida a los accionistas de la ampliación última de capital de 20 junio 2016 y deuda subordinada adquirida en julio 2011 (115.000 clientes)[14] dejando al margen a todo

12 El 24 abril 2018 el Consejo de administración del Banco Popular y Banco Santander aprobaron la fusión de ambas entidades, siendo el Grupo Bancario Popular absorbido por Banco Santander completando dicha fusión y desapareciendo como entidad jurídica el 28 septiembre 2018.

13 https://www.santander.com/es/accionistas-e-inversores/informacion-general/historico-operaciones-corporativas/adquisicion-banco-popular/bonos-de-fidelizacion/oferta-publica-de-venta-bonos-de-fidelizacion-en-espana/informacion-mportante

14 https://elpais.com/economia/2017/12/15/actualidad/1513324202_378915.html

aquel inversor que hubiera adquirido estos activos en otro momento o emisión y a las instituciones que hubiera invertido en la entidad y sus consejeros. Asimismo, dependiendo del importe invertido, el nominal invertido en la oferta del bono fidelización variaba, de forma que si el nominal invertido era inferior a 100.000€ recibirán el total, entre 100.000€ y 500.00€ un 75%, entre 500.000€ y 1 millón de euro el 50%, y a partir del millón invertido no se ofertó el bono. Por supuesto, todos los clientes que optaron por este Bono de Fidelización debían renunciar a ejercitar acciones legales frente a la entidad.

Todos aquellos inversores que no aceptaron el Bono de Fidelización o que no podían aceptarlo por ser excluidos en los requisitos de la oferta del banco, comenzaron a reclamar extrajudicialmente a la entidad bancaria – Banco Santander, como actual titular de los derechos y obligaciones que asume del Banco Popular fusionado-. La entidad bancaria no aceptó ninguna reclamación previa por lo que obligó a todos los accionistas que no pudieron recuperar el capital invertido a iniciar acciones judiciales frente a la entidad bancaria. Así, comenzaron a pronunciarse los tribunales españoles de primera y segunda instancia sin que tales procesos llegasen hasta el Tribunal Supremo Español, de manera que a día de hoy - noviembre 2022 – el Alto Tribunal sigue sin pronunciarse. No obstante, como indicaremos más adelante, su criterio ya no tiene relevancia a tenor del resultado final de estos procesos aplicando la sentencia de 5 mayo 2022 del Tribunal Justicia Unión Europea (TJUE) C-410/2020.

V. LOS PROCESOS JUDICIALES DE LOS INVERSORES FRENTE A LA ENTIDAD BANCARIA ANTES DEL DICTADO DE LA SENTENCIA TJUE 5 MAYO 2022.

Todos aquellos inversores que perdieron el capital invertido en la compra de acciones emitidas por el Banco Popular Español SA que cotizaban en La Bolsa española y, como hemos expuesto, no pudieron acogerse a la oferta que el Banco Santander ofreció (bono de fidelización) o que no quisieron aceptar esta oferta al sentirse engañados y querer recuperar su dinero y no invertirlo en otro producto financiero, comenzaron miles de procesos judiciales en toda España frente a la entidad bancaria. Inicialmente, las demandas judiciales de los inversores versaban sobre el importe invertido en la última ampliación de capital de la entidad de 20 junio 2016; no obstante, con posterioridad, a tenor del resultado positivo que los inversores obtenían incluyeron en sus demandas el dinero invertido en otras ampliaciones de capital anteriores – de 2012 y 2014 – e incluso otras inversiones realizadas fuera de los periodos de ampliación de capital ofertados en compra directa en el mercado. En definitiva, los accionistas del Banco Popular comenzaron a reclamar en los juzgados españoles todos aquellos inversores efectuadas con independencia de la fecha e importe invertido.

Antes de entrar el fondo del asunto de estas demandas, hay que recordar que los tribunales españoles no tenían el mismo criterio a la hora de estimar las reclamaciones de los inversores en todas las operaciones realizadas. Como ya hemos expuesto, el Banco Popular ofertó tres ampliaciones de capital en diferentes ofertas públicas de venta (OPV), concretamente, en 2012, 2014 y 2016. La última de ellas, con efectos de 20 junio 2016. Los tribunales españoles de primera y segunda instancia han sido unánimes al concluir que la información que proporcionó la entidad en esta ampliación fue deficiente, inexacta y maquillada no reflejando su imagen fiel, pues en apenas un año la entidad quebró cuando la información que proporcionaba – no solo en el folleto legal de la inversión – sino también en su publicidad – no era correcta. Por tanto, el consentimiento emitido por los inversores en la compra de estos títulos fue erróneo o estaba viciado, estimando la acción de nulidad relativa o anulabilidad en la compra de estas acciones conforme lo dispuesto en el artículo 1.262 en relación con el articulo 1.265 a 1.270 todos ellos del Código Civil español.

Esta misma acción prosperó en parte de la jurisprudencia sobre las anteriores ampliaciones de capital de 2012 y 2014, concluyendo que conforme la prueba practicada en el proceso, la entidad no ha proporcionado la correcta información sobre su situación financiera desde hace años con una tendencia evolutiva negativa.

En este mismo sentido y aunque no se tratase de la misma acción, esta parte de la jurisprudencia también consideró probado que la información que la entidad proporcionó durante años a sus inversores no era adecuada ni correcta a la situación financiera del banco; en estos supuestos, la acción entablada y estimada no era la de anulabilidad, sino de responsabilidad civil con resarcimiento por daños y perjuicios causados al inversor conforme el articulo 38 Ley Mercado de Valores[15] indemnizándole en la cantidad invertida menos los dividendos percibidos durante el tiempo que duró la inversión, con los correspondientes intereses legales.

En definitiva, esta parte de la doctrina jurisprudencial concluyó probado el déficit informativo del banco a sus inversores durante muchos años afectando a todas las operaciones efectuadas al menos desde la ampliación de capital de 2012 y hasta su quiebra, indistintamente si la inversión se había realizado en una OPV o en compra directa en el mercado.

Sin embargo, otra parte de la jurisprudencia no compartía este criterio. Como decimos, existía unanimidad respecto de la deficiente información proporcionada al inversor en la ampliación de capital de 2016, pero no respecto al resto de operaciones anteriores. En aquellas operaciones referentes a las ampliaciones de

15 Aprobada por Real Decreto Legislativo 4/2015 de 23 octubre. Entró en vigor 13 noviembre 2015. BOE 255, 24 octubre 2015. Ref. BOE-A-2015-11435

capital de 2012 y 2014 y en las realizadas de forma directa mediante la compra de títulos en el mercado continuo de La Bolsa española - por ejemplo, un inversor compra acciones del Banco Popular el 2 febrero 2013 y 8 septiembre 2015 – cierta parte de la jurisprudencia concluyó que no era posible demostrar que cuando se realizaron estas inversiones la información que proporcionó el banco no era correcta pues era difícil probar el nexo causal entre la pérdida y el perjuicio. Si una persona adquiere 500 títulos de acciones del Banco Popular mediante compra directa en el mercado de La Bolsa el 2 febrero 2013 y posteriormente el 7 junio 2017 la entidad emisora de se declara en quiebra y es vendida a otra entidad amortizándose todos los títulos de sus inversores con la correspondiente pérdida de capital ¿Ha sido provocada por el déficit informativo del año 2013 cuando se efectúa la operación? Realmente es muy difícil de probar estos hechos, o al menos, en este supuesto concreto, muchos tribunales discrepaban que existiera prueba suficiente sobre ello.

Con independencia del esfuerzo probatorio y del estudio del fondo del asunto – cuestión que no trata esta investigación – el principal debate que se encontraron los tribunales fue dirimir si la entidad bancaria estaba legitimada para soportar la acción entablada en las demandas de miles de inversores (anulabilidad, responsabilidad civil o responsabilidad contractual y con independencia de la fecha de la inversión). El Banco Santander, sucesor del Banco Popular Español, invocaba siempre la aplicación de la ley 11/2015 de 18 junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión[16]. El espíritu de esta norma es crear mecanismos de resolución de entidades bancarias con procesos ágiles que eviten los "rescates bancarios" por lo estados con dinero púbico sufragando las pérdidas los ciudadanos con sus impuestos siendo los acreedores y accionistas los que deben asumir esas pérdidas. Si bien es cierto, hay que precisar que la norma establece un proceso de recapitalización interna ("bail in") con el fin de que su coste pueda ser asumido por la entidad financiera proteger de esta manera a los depósitos bancarios siendo éstos los últimos en verse afectados por un proceso de resolución o recuperación, cubiertos, además, por el Fondo de Garantía de Depósitos (FGD)[17].

No se ha considerado adecuado los procesos de concursos de acreedores para las entidades bancarias debido a su alta complejidad estructural y su función primordial en la estructura financiera de un estado. En consecuencia, establece su preámbulo que la ley establece "un procedimiento administrativo, especial

16 Entró en vigor 20 junio 2015. BOE 146, 19 junio 2015. Ref. BOE-A-2015-6789

17 Organismo cuya finalidad es garantizar los depósitos en dinero y en valores u otros instrumentos financieros constituidos en las entidades de crédito, con el límite de 100.000 € para los depósitos en dinero o, en el caso de depósitos nominados en otra divisa, su equivalente aplicando los tipos de cambio correspondientes. Fue creado por el Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre. Tiene personalidad jurídica propia, con plena capacidad para el desarrollo de sus fines en régimen de derecho privado, y su sede está en Madrid.

y completo, que procura la máxima celeridad en la intervención de la entidad, en aras de facilitar la continuidad de sus funciones esenciales, al tiempo que se minimiza el impacto de su inviabilidad en el sistema económico y en los recursos públicos."

Otro de los principios importantes de esta norma es la separación entre la liquidación y la resolución de una entidad bancaria, es decir, no solo los organismos públicos deben realizar funciones revisoras de supervisión sino también ser capaces de liquidar una entidad financiera cuando ésta no puede continuar en el mercado por sus propios medios y siempre garantizando que esta operación no afecte al sistema financiero público. Así, se permite a estos organismos públicos no solo procurar que se pueda liquidar o resolver una entidad bancaria con el mínimo perjuicio en el dinero público, sino de llevar a cabo funciones preventivas de carácter previo a esta situación, pudiendo incluso intervenir en ellas aun cuando pueda ser ésta solvente y viable.

Esta ley es el fruto de la transposición de derecho comunitario al ordenamiento jurídico nacional de la Directiva Europea Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014[18], por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, que es, a su vez, una de las normas que contribuyen a la constitución del Mecanismo Único de Resolución, creado mediante el Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010, siendo este uno de los pilares de la llamada Unión Bancaria.

También hay que destacar que la actual ley 11/2015, de 18 junio es la sucesora no solo de la directiva comunitaria que se transpone al ordenamiento jurídico español sino también de nuestra anterior ley 9/2012 de 14 noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito en cuya elaboración ya se tuvieron en cuenta los trabajos preparatorios de lo que fue finalmente la Directiva europea 2014/59/UE, de 15 de mayo de 2014. Por tanto, podemos concluir que en nuestro derecho interno ya existía una regulación sobre esta materia con tintes de lo que fue la directiva europea que se aprobó con posterioridad. Por consiguiente, la actual ley

18 Publicada en el Diario Oficial UE L-173/190 de 12 junio 2014. Enlace web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0059&from=ES

11/2015 lo único que hace es reforzar la legislación y adaptar la misma a la directiva comunitaria que finalmente fue aprobada, cumpliendo así uno de los deberes que tenemos como miembros de la Unión Europea.

Me detengo especialmente en esta norma y en la directiva comunitaria porque es la clave para resolver de forma definitiva todos los procesos judiciales iniciados frente al Banco Santander sobre las reclamaciones de los miles de inversores en las acciones que cotizaban en La Bolsa emitidas por el Banco Popular. Esta normativa fue objeto de debate jurisprudencial hasta el dictado de la sentencia del TJUE de 5 mayo 2022.

Prácticamente la totalidad de los juzgados de primera y segunda instancia desestimaban la alegación del banco sobre la falta de legitimación pasiva de ésta en aplicación de la citada ley 11/2015 al concluir que las acciones entabladas (anulabilidad art.1.261 y ss Código Civil, responsabilidad civil derivada del folleto de emisión art.38 Ley Mercado de Valores, responsabilidad contractual por incumplimiento art.1.124 Código Civil) no eran incompatibles con el contenido de la citada norma. Para alcanzar esta conclusión se basaban en que el origen del daño cuyo resarcimiento se reclamaba no se encontraba en la intervención del Banco Popular por la Junta Única de Resolución (JUR) – autoridad encargada de garantizar y velar por la correcta recuperación o resolución de la entidad financiera - sino en la información engañosa difundida por el propio banco en cuanto a su situación financiera. En este sentido podemos citar la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo n.º 24/2016 de 3 febrero 2016[19]. Esta resolución también cita otra del TJUE de 19 de diciembre de 2013 en el asunto C-174/12 en relación a la Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, 7 Segunda Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el [artículo 48 CE, párrafo segundo], con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital. En aquel caso se dirimía una cuestión prejudicial sobre la compra de acciones de una entidad financiera en bolsa que había publicado una información no veraz sobre su situación financiera, a raíz de lo cual, el inversor ejercita una acción de nulidad respecto de tal adquisición.

La mencionada sentencia comunitaria señala que las directivas europeas aprobadas para proteger el capital social de una empresa no se oponen al derecho del inversor a ser indemnizado, de modo que la sociedad emisora está obligada a reembolsarle el precio de adquisición de las acciones y hacerse cargo de éstas. La importancia de esta sentencia europea es considerar a la persona que adquiere los

19 STS n.º 24/2016, de 3 febrero 2016 (Rec. 1990/2015). Ref. Cendoj: 28079119912016100002. Enlace: https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

títulos como inversor y no como accionista de forma que el hecho causante del daño es una información falsa o no veraz que se produce antes de adquirir la condición de accionista, pues una persona antes de comprar los títulos recibe la supuesta información veraz en calidad de inversor o futuro inversor, pero no se convierte en accionista hasta que no los adquiere en firme. El hecho analizable para concluir si el consentimiento emitido por esta persona está viciado o si procede indemnizarle por cualquiera de las acciones viables de responsabilidad civil o contractual, es previo a la adquisición en la que la persona obtiene la cualidad de inversor pero no de accionista porque todavía no es propietario de los títulos (acciones). Por este motivo, la práctica totalidad de la jurisprudencia consideró que las acciones ejercitadas en las demandas no eran incompatibles con la referida ley 11/2015. Asimismo, como refuerzo argumental, los tribunales recordaban que el preámbulo de la ley – anteriormente citado – señala que el coste de la reestructuración o resolución recaerá sobre los accionistas y acreedores en función del instrumento de resolución que se elija según el caso. Será en la aplicación de dicho instrumento de resolución respecto del que no existirá ningún derecho de indemnización, pero ello no debe privar necesariamente del ejercicio de otro tipo de acciones que no tienen su fundamento en estos instrumentos de resolución de crisis de entidades financieras.

Así las cosas, el art.37.2 b) de la ley 11/2015 establece "En caso de que se amortice el importe principal de un instrumento de capital pertinente, se producirán los efectos siguientes: b) En relación con el titular del pasivo afectado, no subsistirá obligación alguna respecto al importe del instrumento que haya sido amortizado, excepto cuando se trate de una obligación ya devengada o de una obligación resultante de los daños y perjuicios surgidos como consecuencia de la sentencia que resuelva el recurso contra el ejercicio de la competencia de 9 amortización y conversión de los instrumentos de capital o de la recapitalización interna, todo ello sin perjuicio de la aplicación a dicho titular de lo dispuesto en el artículo 39.3", y el art.39.2 b) establece " Cuando se lleve a cabo la amortización o conversión del principal de los instrumentos de capital, o de los pasivos admisibles a que se refiere el artículo 38.1 bis: b) No subsistirá ninguna obligación frente al titular de los instrumentos de capital respecto al importe amortizado, excepto las obligaciones ya devengadas o la responsabilidad que se derive como resultado de un recurso presentado contra la legalidad del ejercicio de la competencia de amortización."

En definitiva, en supuestos de amortización o conversión de instrumentos de capital puede ser una medida independiente de cualquier medida de resolución o restructuración existiendo excepciones para aquellas "obligaciones ya devengadas" como dice la literalidad de los preceptos indicados. En este sentido, la jurisprudencia consideró que aquella persona obtenía la cualidad de inversor

– cuando recibía la información engañosa – y la citada norma deja al margen las obligaciones ya devengadas antes del hecho producido. Por ello, concluyen que las acciones ejercitadas frente a la entidad no eran incompatibles con la ley 11/2015. Esta apreciación interpretativa de los tribunales no fue novedosa, pues el mismo TS ya la había aplicado en otras ocasiones con anterioridad en relación a la citada ley 9/2012 que, como ya hemos dicho, es la base de la actual ley 11/2015 y que se inspira en los trabajos preparatorios de la vigente Directiva Europea 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014. Podemos citar la sentencia n.º 139/2018 de 13 marzo que recopila y cita otras anteriores (n.º 580/2017 de 25 octubre, n.º 40/2018 de 26 de enero y la nº 448/2017, de 13 de julio).

Aun cuando el criterio de los tribunales era prácticamente unánime – sobre todo al inicio de las reclamaciones durante el año 2017 y 2018 – el Banco Santander continuó invocando la posible falta de legitimación pasiva del banco en relación a la aplicación de la ley 11/2015. Así, la Audiencia Provincial de Asturias, Baleares y de A Coruña modificó su criterio inicial y comenzaron a desestimar las demandas de los inversores concluyendo que existía falta de legitimación pasiva del Banco Santander – como sucesor del Banco Popular-. Así las cosas, conforme art.267 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) la sección cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña decidió elevar una cuestión prejudicial ante el TJUE dictándose un Auto de 28 julio 2020 (Rec. 784/2019) en interpretación de los art. 34. 1 letra a), art. 53.1 y 3, y art.60 2 , letras b) y c) de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifica la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y n º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo.

El tribunal planteó dos peticiones:

"1.Cuando, en el marco de un procedimiento de resolución de una entidad financiera, se han amortizado la totalidad de las acciones en que se dividía el capital social, los artículos 34 1 a) , 53 1 y 3 y 60 2 b) y c) de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que quienes adquirieron sus acciones unos meses antes del inicio del procedimiento de resolución con ocasión de una ampliación de capital con oferta pública de suscripción, puedan promover demandas de resarcimiento o demandas de efecto equivalente basadas en una defectuosa información del folleto de la emisión, contra la entidad emisora o contra la entidad resultante de una fusión por absorción posterior?

2. En el mismo caso a que se refiere la pregunta anterior, los artículos 34 1 a), 53 3 y 60 2 b) de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, ¿se oponen a que se impongan judicialmente a la entidad emisora, o a la entidad que la suceda universalmente, obligaciones de restitución del contravalor de las acciones suscritas, así como de abono de intereses, como consecuencia de la declaración de nulidad, con efectos retroactivos (ex tune), del contrato de suscripción de las acciones, en virtud de demandas promovidas con posterioridad a la resolución de la entidad?".

Durante la tramitación de esta cuestión prejudicial, el Banco Santander solicitó siempre en los procesos judiciales la suspensión de su curso hasta que se resolviera la misma por el TJUE invocando la excepción procesal de prejudicialidad civil contemplado en el art.43 Ley Enjuiciamiento Civil. Lo cierto es que este precepto no está adaptado en nuestro ordenamiento jurídico para supuestos análogos al presente. El art. 43 LEC establece que "Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial." A este respecto hay que recordar que ya el TS en su sentencia de 12 enero 2010 ha declarado que el planteamiento de la cuestión prejudicial por el juez nacional "obedece a un juicio soberano del Tribunal, que si estima improcedente el planteamiento de la cuestión no puede vulnerar, ni vulnera, ninguna de las garantías abarcadas por "el derecho al proceso con todas las garantías" a que se refiere el art. 24.2 CE". Esta resolución cita la jurisprudencia comunitaria como la sentencia TJUE de 16 enero 1974 (asunto C-166/73), de 27 junio 1991 (asunto C-348/89), 10 julio 1997 (asunto C-261/95), 16 diciembre 2008 (asunto C-210/06) y 22 de junio de 2010 (asunto C-188/10 y C-189/10), concluyendo que "no basta que una parte mantenga que el litigio suscita una cuestión de interpretación del Derecho comunitario para que el órgano jurisdiccional que conoce del mismo esté obligado a estimar que existe una cuestión en el sentido del artículo 177 (hoy 234 TFUE), cual declaró la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982 (C-283/1981)" la cual también ha sido acogida por el nuestro Alto Tribunal en su sentencia de 26 octubre 2012.

Por tanto, el planteamiento de una cuestión prejudicial es interpretar el derecho comunitario y no interno. Por consiguiente, la finalidad de la misma no se establece en citado art.43 LEC. Este precepto no regula esta posibilidad, por lo que en ningún caso, un tribunal tiene la obligación de suspender un proceso ni

siquiera planteárselo. Sobre esta posible reforma legislativa para adaptar nuestra ley procesal civil a la práctica actual ya hablé de ella en otro artículo científico[20]

Recuerda la sentencia del TJUE de 19 septiembre 2006 que "no corresponde al Tribunal de Justicia, en un procedimiento promovido en virtud del artículo 234 CE, pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho comunitario (véase, en particular, la sentencia de 7 de julio de 1994, Lamaire, C-130/93, Rec. p. I 3215, apartado 10). Además, en el marco del sistema de cooperación judicial establecido por dicho artículo, la interpretación de las normas nacionales corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales y no al Tribunal de Justicia (véase, en particular, la sentencia de 12 de octubre de 1993, Vanacker y Lesage, C-37/92, Rec. p. I-4947, apartado 7)". Este criterio es compartido por el TS en su sentencia de 30 enero 2017 al señalar que "para que proceda plantear dicha cuestión, es necesario que la respuesta que el TJUE haya de dar a las dudas que el órgano judicial nacional le plantee sobre la interpretación o la validez de un acto adoptado por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, sea necesaria para que el órgano judicial nacional pueda emitir su fallo y que la solicitud de cuestión prejudicial solo podría tener por objeto la interpretación de un acto comunitario, no de una norma nacional".

En conclusión, desde un punto de vista sustantivo, no es admisible estimar la prejudicialidad civil en cuanto la finalidad de este precepto no es suspender un proceso porque dependa del resultado de otro en el que hay una cuestión prejudicial civil planteada sobre la interpretación de derecho comunitario y nunca nacional.

Desde un punto de vista procesal, tampoco es admisible estimar la petición de suspensión. El art. 4 Bis ley orgánica 6/1985 de 1 julio (LOPJ) en relación art.267 TFUE señala que "Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea." Para poder aplicar la jurisprudencia comunitaria es necesaria que ésta se dicte, por lo que el mero hecho de que una cuestión prejudicial se encuentre en trámite ante el TJUE no es motivo suficiente para suspender un proceso, pues el juzgador no tiene obligación de aplicar en sus procesos un criterio jurisprudencial que no existe en ese momento. Asimismo, la decisión de no suspender el proceso no puede afectar ni vulnerar el art. 24 CE sobre el derecho a tutela judicial efectiva, pues de acuerdo con el art.448 y 455 ambos LEC las sentencias de primera instancia que se dicten puede ser recurridas ante el superior jerárquico. Cuestión distinta sería que el proceso se encontrase en la tercera y última instancia – Tribunal Supremo – en cuanto, entiendo que si sería viable y correcto suspender el proceso hasta

20 Buenosvinos Gonzalez, H.: "Análisis del art.43 LEC. El estudio de su reforma y adaptación a la realidad procesal europea vigente. Prejudicialidad civil y cuestiones prejudiciales ante el TJUE en materia de contratación bancaria", *Diario LA LEY*, nº 9618 de 22 de abril de 2020, N° 9618, Editorial Wolters Kluwer.

que el TJUE dictara la sentencia ya que esta tercera instancia sería la última no pudiendo ser recurrida su resolución. De hecho, este es el criterio que el TS ha planteado siempre y aplica en la actualidad, tal y como veremos a continuación.

Si bien es cierto, hay que señalar que cuando el TJUE anunció la fecha en la que iba publicar la sentencia que resolvía la cuestión prejudicial planteada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña, muchos juzgados de primera instancia y tribunales de segunda instancia decidieron estimar la petición de suspensión del proceso hasta que se publicara la resolución, pero no aplicando el art.43 LEC como tal, pues como decimos, no se establece este supuesto, sino realizando una interpretación extensiva del art. 267 TFUE en relación al art.4 Bis LOPJ y del referido art.43 LEC en cuanto el resultado de aquella sentencia europea es de obligado cumplimiento para los tribunales de los estados miembros de UE como España. En mi opinión, es una decisión acertada. Es cierto que, como hemos analizado, el art. 43 LEC no establece esta posibilidad, pero si en un horizonte cercano se tiene conocimiento y constancia de la fecha en la que se publicará la resolución, y ésta afectará a un proceso en curso, de forma analógica procede estimar la suspensión del proceso. De lo contrario, nos podríamos encontrar con resultados muy dispares entre tribunales y en función de cuando es dictada la sentencia. Pero de proceder a suspenderse los procesos antes de que se anuncie la fecha de la publicación de la sentencia conllevaría a una paralización de la justicia y un futuro y previsible colapso judicial al suspenderse – sobre todo en primera instancia – muchos procesos judiciales de diversas materias en las que haya cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE, pues no solo pueden ser planteadas por órganos judiciales españoles sino también de cualquier otro estado miembro siendo la resolución de éstas aplicables en España. Por consiguiente, en virtud de principio de economía procesal, al menos en mi opinión, no procede suspender un proceso hasta que se anuncie la fecha del dictado de la sentencia o, en su caso, no procede nunca la suspensión.

VI. EL INFORME DE CONCLUSIONES, PREVIO AL DICTADO DE LA SENTENCIA TJUE, ELABORADO POR EL ABOGADO GENERAL UE.- VII. LA SENTENCIA TJUE 5 MAYO 2022, ASUNTO C-410/2020.

Merece la ocasión hacer una breve referencia al informe de conclusiones que con carácter previo elabora el Abogado General de UE Don Jean Richard De la Tour antes del dictado de la sentencia y después de la celebración de la vista judicial.

Respecto la primera cuestión planteada: "Cuando, en el marco de un procedimiento de resolución de una entidad financiera, se han amortizado la totalidad de las acciones en que se dividía el capital social, los artículos 34

1 a) , 53 1 y 3 y 60 2 b) y c) de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que quienes adquirieron sus acciones unos meses antes del inicio del procedimiento de resolución con ocasión de una ampliación de capital con oferta pública de suscripción, puedan promover demandas de resarcimiento o demandas de efecto equivalente basadas en una defectuosa información del folleto de la emisión, contra la entidad emisora o contra la entidad resultante de una fusión por absorción posterior?".

Recuerda el Abogado General que la Directiva europea 2014/59/UE tiene como finalidad "evitar, mediante una reacción rápida, el eventual colapso del sistema financiero como consecuencia de la inviabilidad de una entidad bancaria. En este sentido, los inversores, convertidos en accionistas, son quienes asumen las primeras pérdidas en caso de inviabilidad de su banco, en virtud del artículo 34, apartado 1, letra a), de esta Directiva, lo que puede traducirse, como en el presente asunto, en la pérdida total de su inversión." Por ello, la JUR como posteriormente el FROB (Fondo de Restructuración de la Ordenación Bancaria, organismo español con competencia en nuestro territorio) optaron por una recapitalización interna mediante una amortización, en particular de las acciones iniciales que fueron canceladas, y la posterior venta del negocio, para conseguir evitar el colapso del sistema financiero. En definitiva, ya el mismo Abogado General nos indica (apartados nº43 y 44 de su informe) que la decisión adoptada por los diferentes órganos europeos y nacionales ha sido correcta, centrando su informe en la principal finalidad que tiene la citada directiva que, no es otra que, proteger el sistema financiero. Recordemos que en el preámbulo de la ley 11/2015 ya se pone de manifiesto, entre otros, el principio esencial de protección. Hay que tener en cuenta que esta directiva se aprobó durante la crisis financiera que asoló a Europa entre 2008 y 2015 en el que muchas entidades bancarias tuvieron problemas financieros adoptando los estados europeos medidas de protección como por ejemplo, el denominado "rescate bancario" inyectando en las entidades bancarias dinero público. En España, podemos citar a las Cajas gallegas (Caixanova y Cai<xa Galicia, actualmente ambas formaron la entidad Abanca), Caja Madrid (que pasó a ser Bankia SA, actualmente integrada por fusión en Caixabank SA), entre otros.

La financiación de la resolución de una entidad bancaria se obtiene mediante las contribuciones aportadas por las entidades bancarias del Estado miembro de que se trate (art.100 y ss de la Directiva 2014/59/UE). Se trata de "mutualizar" entre entidades bancarias los posibles riesgos de inviabilidad de alguna de ellas. Esta mutualización tiene el objetivo de reducir los riesgos morales. Esta apreciación es importante por cuanto nos movemos en el terreno de la ética y la moral y no del derecho, pues a lo largo de todo el informe de conclusiones del Abogado General se expresa siempre que el espíritu de esta directiva es reducir o evitar riesgos

morales o éticos, esto es, ¿Por qué los ciudadanos tienen que sufragar las pérdidas de una entidad bancaria con el dinero público proveniente de sus impuestos? Y, por tanto, ¿Por qué los ciudadanos tendrían que sufragar las pérdidas de los accionistas de estas entidades bancarias? Existe una delgada línea entre la moral y el derecho; entre lograr que aquellos inversores que se han visto engañados puedan recuperar el dinero invertido y que estas indeterminaciones sean pagadas por todos los ciudadanos, muchos de los cuales son ajenos a estas inversiones que realizan sus conciudadanos.

Por ello, se opone a que el accionista pueda ejercitar cualquier acción frente a la entidad bancaria: "esta doble mutualización, acorde a los principios según los cuales los accionistas asumirán las primeras pérdidas y solo los pasivos devengados pueden dar lugar a una obligación de pago en caso de recapitalización interna o amortización, demuestra hasta qué punto el sistema instaurado no es compatible con la posibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad basada en la Directiva 2003/71 con posterioridad a la decisión de resolución." (Apartado n.º 80). Considera que si solo recae la responsabilidad del contenido del folleto en el emisor del mismo – en este caso, el Banco Popular – la indemnización correría a cargo de todos los bancos porque son los que financian el proceso de resolución. Por lo tanto, nos encontraríamos ante un supuesto de resolución del banco en el que no responde éste directamente – el pago de indemnizaciones con devolución de lo invertido a sus accionistas – sino el resto del sistema financiero, lo que "conduciría a obligar a una persona que no ha contribuido en la elaboración del folleto a soportar las consecuencias de que este sea erróneo o inexacto y sería contrario al propósito de reducir el riesgo moral." (Apartado n.º 81)

Asimismo, el Abogado General recuerda en su informe (apartado n.º 44) que el TJUE ya ha admitido en diversas sentencias – por ejemplo, de 16 de julio de 2020, asunto C-686/18, Adusbef y otros -, que el objetivo de esta directiva comunitaria es garantizar la estabilidad del sistema financiero considerado como "Interés General de la Unión Europea". Esta consideración no es baladí, pues como veremos más adelante es una de las máximas que guían la resolución dictada por el TJUE. En este sentido, nos encontramos ante una yuxtaposición entre dos intereses de orden público: la protección al inversor y la garantía del sistema financiero. Su ponderación no es fácil. El ejercicio de discernir cual de ambos intereses prevale por encima del otro fue objeto de análisis en la sentencia del TJUE de 19 de julio de 2016, asunto C-526/14 Kotnik y otros (apartado 91), y la sentencia de 8 de noviembre de 2016, asunto C-41/15 Dowling y otros (apartado 54). Si bien es cierto, recuerda el informe que estas sentencias "versaban sobre los derechos de los accionistas en sentido estricto, la formulación «protección fuerte y coherente de los inversores» elegida por el Tribunal de Justicia puede adaptarse, en efecto, al presente asunto, dado que la protección conferida sobre

la base de la Directiva 2003/71[21], que pretende garantizar la mayor transparencia posible al invertir en una sociedad, se extiende a los inversores que adquieren la condición de accionistas al participar en la oferta pública de suscripción de acciones acompañada de un folleto."

Con este marco normativo preliminar, el Abogado General se posiciona en contra de la posición del demandante en aquel proceso (inversor) considera que "la acción de responsabilidad por folleto incorrecto o incompleto, prevista en el artículo 6 de la Directiva 2003/71 y cuyas modalidades deben establecer los Estados miembros, está directamente relacionada con la condición de accionista de la persona que desea ejercitarla ...para tener derecho a ejercitar una acción de responsabilidad, no basta con que un folleto sea incompleto o incorrecto, sino que es preciso que dicho folleto haya llevado al potencial adquirente a suscribir la oferta pública y a adquirir, en consecuencia, la condición de accionista." (Apartado n.º 52 del informe). Es decir, no comparte la tesis de la mayoría de la jurisprudencia española que anteriormente analizábamos. Concluye el informe que el demandante no es un inversor sino un accionista, obteniendo esta cualidad en el momento de efectuar la compra de los títulos (acciones), pues de lo contrario, no podría ejercitar un acción de responsabilidad por la información incompleta o incorrecta del folleto. Así pues, para ejercitar dicha acción es necesario tener la cualidad de accionista y no de mero inversor. Esta es una de las principales diferencias entre el criterio comunitario y el nacional. En consecuencia, "la acción de responsabilidad está comprendida en la categoría de obligaciones o créditos que se consideran liberados a todos los efectos, siempre que no hayan vencido en el momento de la resolución. Por lo tanto, no puede ejercitarse una acción de responsabilidad frente a la entidad o la sociedad que la suceda tras la fecha de la resolución bancaria en cuyo marco se ha llevado a cabo una recapitalización interna." En definitiva, el artículo 60, apartado 2, letra b), de la Directiva 2014/59 prevé una norma similar para los supuestos de amortización de instrumentos de capital (en este caso, acciones) con excepción de aquellas "obligaciones ya devengadas". Por consiguiente, no se puede ejercitar una acción de responsabilidad por el contenido del folleto de emisión al haberse amortizado las acciones mediante la resolución acordada de la entidad emisora. Matiza el informe que se encuentra fuera de esta acción de responsabilidad los pasivos a devengados resultantes de daños y perjuicios surgidos con motivo del recurso presentado contra la legalidad del ejercicio de la competencia de amortización pues en virtud del artículo 85, apartado 4, párrafo segundo, de la Directiva 2014/59 no pueden verse afectados aquellos terceros de buena fe que han adquirido los títulos de una entidad en resolución. Esta es la única posibilidad "a salvo" para solicitar una indemnización por los daños causados.

21 Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE. Publicada en el Diario Oficial UE – L 345/64 de31 diciembre 2003.

Otra de las cuestiones relevantes en el proceso comunitario versa sobre el principio de proporcionalidad contemplado en el artículo 52 de la Carta de Derechos Europeos[22] al señalar que "Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás." El TJUE teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia del TEDH de 21 de julio de 2016, asunto Mamatas y otros vs Grecia o sentencia de 10 de julio de 2012, asunto Grainger y otros vs Reino Unido) ha contemplado la posibilidad de limitar proporcionadamente el derecho de propiedad – en este caso, de un accionista – en materia de restructuración bancaria en un contexto de crisis financiera mundial, incluso llegando a nacionalizar una entidad bancaria para garantizar y proteger el sistema financiero de un estado. Objeto del proceso eran otros principios y derechos recogidos en la Carta Europea referida que los demandantes alegaron en el proceso: protección del consumidor (art.38), tutela judicial efectiva (art.47) o el principio de igualdad. Todos ellos no se consideran vulnerados a juicio del Abogado General pues el accionista tiene otro medios o vías de recurso a su alcance: i) la posibilidad de solicitar al estado que imponga sanciones administrativas a la entidad por vulnerar o infringir algunos preceptos de la directiva europea 2014/59/UE, sin perjuicio – obviamente – sanciones penales conforme el ordenamiento jurídico interno de cada estado en dicha jurisdicción. De hecho, como veremos más adelante, actualmente se encuentra en fase de instrucción un proceso penal frente a la entidad bancaria y su consejo de administración por varios delitos, entre ellos, de estafa y falsedad documental, en los que no se ha excluido al Banco Santander, como sucesor del Banco Popular, de la posible responsabilidad civil derivada de este proceso penal-.

Recuerda el Abogado General que el art. 6 de la citada directiva europea establece la posibilidad de ejercitar acciones de responsabilidad frente a personas distintas del propio emisor (organismos administrativos, de gestión o supervisión, el oferente, la persona que solicita la admisión a cotización en un mercado regulado o el garante) permitiendo que los accionistas obtengan una indemnización; ii) los accionistas pueden ejercitar otras dos acciones con efecto indemnizatorio en el marco de la resolución bancaria: la primera de ellas, pueden instar la anulación de la propia decisión de resolución en virtud del art.85 de la Directiva, aunque la indemnización que se solicite solo comprendería las pérdidas soportadas resultantes de la decisión de resolver el banco que se anula; una segunda acción de indemnización por el mecanismo de financiación en los procedimientos de resolución en virtud del art.75 de de la Directiva, cuando hayan incurrido en pérdidas más importantes que las que habrían sufrido el accionista si la entidad

22 Publicada en el Diario Oficial de UE el 7 junio 2016, C-202/389. Enlace: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=ES

hubiera sido liquidada aplicando procedimientos de insolvencia ordinarios (concursos de acreedores). En este supuesto, el accionista tendrá derecho al pago de la diferencia entre el importe invertido y la pérdida soportada. Por lo tanto, considera el Abogado General que no se vulnera ni se afecta al derecho a tutela judicial efectiva al existir otras vías de indemnización.

Otro punto interesante del informe, aunque no de índole jurídico, es que no admisible cuestionarse el proceso de valoración que las autoridades europeas hacen previamente de la entidad antes de proponer su resolución, pues se cuestionaría su validez y su fiabilidad.

Respecto de la segunda cuestión planteada: "En el mismo caso a que se refiere la pregunta anterior, los artículos 34 1 a), 53 3 y 60 2 b) de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, ¿se oponen a que se impongan judicialmente a la entidad emisora, o a la entidad que la suceda universalmente, obligaciones de restitución del contravalor de las acciones suscritas, así como de abono de intereses, como consecuencia de la declaración de nulidad, con efectos retroactivos (ex tune), del contrato de suscripción de las acciones, en virtud de demandas promovidas con posterioridad a la resolución de la entidad?"

Para resolver esta cuestión el informe de conclusiones tiene en cuenta la alegación de la parte demandante en este proceso al invocar la sentencia TJUE de 19 diciembre 2013 asunto Hirmman C-174/12 sobre la responsabilidad de una sociedad anónima como emisora de los títulos frente a un adquirente de acciones de dicha sociedad que ejercita frente a ésta una acción de responsabilidad por incumplir las obligaciones de información previstas en diversas directivas europeas (2003/71, 2004/109/CE y 2003/6/CE) y, si la sociedad emisora tiene la obligación, como consecuencia de la responsabilidad, de reembolsar al adquiriente el importe invertido. Sin embargo, el Abogado General discrepa de este criterio por las siguientes razones:

i) No es equiparable una acción de nulidad – como se pretende en la demanda del demandante y cuya opción se establece en el Código Civil español – puesto que solo se puede ejercitar una acción de nulidad si aquél sigue vinculado al contrato que pretende anular. En este supuesto, al amortizarse las acciones en el proceso de resolución y posterior venta de la entidad al Banco Santander, no existe ya contrato que pueda anularse. Hay que recordar que la nulidad de un contrato conlleva la desaparición de éste y de todos sus efectos, como si no hubiera existido nunca en el tráfico jurídico. Por ello, concluye que el accionista no puede estar nunca legitimado para ejercitar la acción al no existir el contrato que pretende anular ni mantener su condición de accionista por haberse amortizado sus títulos. Tampoco es admisible aplicar la retroactividad de los efectos de la

nulidad en cuanto éstos son consecuencia de la declaración de nulidad de un contrato, opción jurídica no viable según el informe del Abogado General;

ii) Como hemos expuesto anteriormente, si se declarase la nulidad del contrato se pondría en cuestión todo el proceso de resolución y la valoración previa que las autoridades realizaron para concluir que procedía resolver la entidad bancaria, incumpliendo, de esta forma, las finalidades de la directiva. Por tanto, deben ser los accionistas "quienes asuman las primeras pérdidas." (Apartado n.º 95);

iii) El mecanismo de resolución bancaria se considera ley especial respecto de la Directiva 2003/71 y las Directivas sobre el Derecho de sociedades, por lo que los procesos de restructuración bancaria no son de aplicación a todas las sociedades, sino solo aquellas que atraviesan dificultades financieras;

iv) Sería discriminatorio distinguir aquellos accionistas que adquirieron sus títulos sobre la base de un folleto erróneo o inexacto y, por ello, tienen derecho a ser indemnizados, frente al resto de accionistas que no adquirieron éstas sobre esta base errónea pero que también ha visto amortizado sus acciones, como el resto.

Igualmente, el Abogado General no deja abierta la posibilidad de ejercitar otras acciones de responsabilidad distinta de la de nulidad (única ejercitada en la demanda del proceso nacional del que deriva esta cuestión prejudicial), como las indicadas en este estudio (responsabilidad contractual por incumplimiento o de responsabilidad civil con resarcimiento de daños y perjuicios) a pesar de no ser haberse planteado esta cuestión prejudicial por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña, pues entiende que al existir una falta de legitimación del accionista frente a la entidad ésta abarca cualquier acción, bien sea de nulidad o de cualquier otro tipo de responsabilidad. También incluye el Abogado General en su informe su valoración respecto de la legitimación pasiva del Banco Santander en las miles de reclamaciones por esta materia como sucesor del Banco Popular a pesar de no ser objeto de la cuestión prejudicial planteada. En este sentido, la Directiva 2014/59/UE contempla en su artículo 38, apartado 13 un mecanismo de protección a la entidad bancaria que adquiere el negocio de otra entidad. Las acciones no pueden transmitirse al haber sido amortizado y cancelado por lo que los accionistas no pueden tener derecho ni acción alguna frente al Banco Santander sobre un título (acción) que no se ha transmitido a la entidad adquiriente. Por ello, concluye el informe que en estos casos la obtención de una indemnización se reduce a dos supuestos: i) ser titular de un pasivo devengado; ii) haber sufrido pérdidas por la anulación de la decisión de resolución.

En el proceso judicial europeo también es parte y comparece el Estado español representado por el Abogado del Estado. En su informe de 23 diciembre

de 2020 concluyó que la directiva europea en cuestión no se oponía al ejercicio de una acción de nulidad o de responsabilidad ejercitada frente a la entidad bancaria sucesora de la anterior. Es decir, el Estado español compartía el criterio de la práctica totalidad de la jurisprudencia española.

VII. LA SENTENCIA DEL TJUE 5 MAYO 2022, ASUNTO C-410/2020.

El tribunal europeo comparte íntegramente el criterio adoptado por el Abogado General de UE en su informe de conclusiones de 2 diciembre 2021, incluso podríamos decir que el contenido de su resolución judicial es prácticamente idéntica al informe. Si bien es cierto, en mi opinión, el informe del Abogado General es más completo y exhaustivo, exponiendo con claridad su posición previo un buen análisis de las directivas comunitarias aplicables a este caso. La sentencia, sin embargo, es de una lectura más farragosa y de mayor complejidad, además de ser demasiado sintética. Por ello, considero que para poder entender la resolución del TJUE es necesario haber leído previamente el informe del Abogado General el cual explica con claridad los hechos y fundamentos jurídicos en los que se basa para alcanzar su conclusión.

El tribunal resuelve de forma conjunta ambas peticiones planteadas en la cuestión prejudicial. Con carácter previo, tal y como hace el informe, recuerda la finalidad de la Directiva 2014/59 cuyo objeto principal es "reducir el riesgo moral en el sector financiero, haciendo que los accionistas soporten prioritariamente las pérdidas sufridas como consecuencia de la liquidación de una entidad de crédito o de una empresa de servicios de inversión, de modo que se evite que dicha liquidación merme los fondos públicos y afecte a la protección de los depositantes" (apartado n.º 35 sentencia). También recuerda que "el Tribunal de Justicia ha subrayado que los objetivos consistentes en garantizar la estabilidad del sistema bancario y financiero y en evitar un riesgo sistémico constituyen objetivos de interés general perseguidos por la Unión (sentencia de 16 de julio de 2020, Adusbef y otros, C-686/18, EU:C:2020:567, apartado 92 y jurisprudencia citada)".

Teniendo en cuenta las finalidades de la Directiva Europea 2014/59/UE - objeto de interpretación en este proceso - el TJUE concluye que el interés general prima por encima del particular, de forma que es prioritario garantizar la continuidad del sistema financiero frente a intereses individuales de inversores que han perdido el dinero invertido. Cita el tribunal su constante jurisprudencia: sentencias de 19 de julio de 2016, asunto C-526/14 Kotnik y otros, apartado 91, y sentencia de 8 de noviembre de 2016, asunto C-41/15 Dowling y otros, apartado 54. Para que pueda ser aplicado el proceso de resolución o restructuración que regula la citada directiva, es necesario un escenario económico excepcional "a fin de preservar la estabilidad financiera de los Estados miembros, al crear un régimen de insolvencia

que constituye una excepción al régimen general de los procedimientos de insolvencia, cuya aplicación únicamente se autoriza en circunstancias excepcionales y debe estar justificada por un interés general superior. El carácter excepcional de este régimen implica que cabe descartar la aplicación de otras disposiciones del Derecho de la Unión cuando estas puedan privar de eficacia u obstaculizar la aplicación del procedimiento de resolución." (Apartado n.º 37 sentencia).

El tribunal comparte con el Abogado General que la referida Directiva está comprendida dentro del denominado Derecho de Sociedades y que, por tanto, se permite establecer excepciones en el derecho interno de cada estado miembro. Así pues, las acciones adquiridas por el inversor son obligaciones o créditos que se consideran liberados a todos los efectos, siempre que no hayan vencido en el momento de la resolución por lo que no se puede exigir al Banco Santander, como entidad sucesora del Banco Popular, que responda de acciones de responsabilidad o de nulidad. También comparte la conclusión del Abogado General en cuanto exigir cualquier acción a la entidad bancaria pondría en entredicho la fiabilidad y garantía del proceso de resolución que previamente ha valorado las autoridades europeas.

En definitiva, aunque de forma más escueta, el TJUE comparte íntegramente los argumentos esgrimidos por el Abogado General de la UE concluyendo que el accionista no tiene acción frente al Banco Santander, ni de responsabilidad ni de nulidad. Solamente establece como excepción, como también lo hace el informe de conclusiones, las acciones que el accionista pudiera ejercitar en un proceso de insolvencia ordinaria (concurso de acreedores) aplicando las disposiciones de derecho común de sociedades. Así pues, se salvaguarda la posibilidad de que los accionistas y los acreedores tengan derecho a reembolso o a una indemnización resultante de calcular del importe que habrían recibido si la totalidad de la entidad o empresa de que se trate hubiera sido liquidada con arreglo a los procedimientos de insolvencia ordinarios. Dicho de otro modo, si el accionista puede acreditar su perjuicio resultante que hubiera tenido en un proceso de concurso de acreedores, podría ejercitar acción frente a la entidad. Obviamente, esta posibilidad es prácticamente imposible, pues no dejaría de ser un supuesto hipotético de difícil valoración de lo que pasaría en un concurso de acreedores, teniendo en cuenta la valoración de la empresa, los acreedores y deudas de ésta, el informe de la administración concursal, las resoluciones y decisiones del Juzgado de lo Mercantil en el concurso, etc. Por ello, el apartado n.º 49 de la sentencia concluye que "A tal fin, los Estados miembros deben velar por que la valoración la realice lo antes posible una persona independiente una vez ejecutada la medida de resolución. Cabe la posibilidad de oponerse a tal comparación de forma independiente a la decisión de resolución." Parece una acción viable para los inversores, pero en realidad no deja de ser un "canto al sol" pues la viabilidad práctica es muy difícil.

Por tanto, compartiendo el criterio del Abogado General, el TJUE concluye que "El artículo 75 de la Directiva 2014/59 precisa que, si se constata que, en el marco de un procedimiento de resolución, los accionistas y los acreedores recibieron, como pago o compensación de sus créditos, menos de lo que habrían recibido con arreglo a los procedimientos de insolvencia ordinarios, tendrán derecho al pago de la diferencia. Como señaló el Abogado General en el punto 105 de sus conclusiones, únicamente se garantiza el pago de la diferencia entre las pérdidas soportadas en el marco de la resolución y las que se habrían sufrido en el marco de un procedimiento de liquidación ordinario." (Apartado n.º 50).

En conclusión, el fallo de la sentencia TJUE de 5 mayo 2022 (asunto C-410/2020) señala que: "Las disposiciones del artículo 34, apartado 1, letra a), en relación con las del artículo 53, apartados 1 y 3, y con las del artículo 60, apartado 2, párrafo primero, letras b) y c), de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, con posterioridad a la amortización total de las acciones del capital social de una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión objeto de un procedimiento de resolución, quienes hayan adquirido acciones en el marco de una oferta pública de suscripción emitida por dicha entidad o dicha empresa, antes del inicio de tal procedimiento de resolución, ejerciten, contra esa entidad o esa empresa o contra la entidad que la suceda, una acción de responsabilidad por la información contenida en el folleto, como se prevé en el artículo 6 de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE, en su versión modificada por la Directiva 2008/11/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, o una acción de nulidad del contrato de suscripción de esas acciones, que, habida cuenta de sus efectos retroactivos, da lugar a la restitución del contravalor de tales acciones, más los intereses devengados desde la fecha de celebración de dicho contrato."

Por consiguiente, no es que exista falta de legitimación pasiva de la entidad bancaria – como así defendía y defiende siempre el Banco Santander en los procesos judiciales – sino una falta de acción del demandante (inversor, esto es, el accionista). Éste, no tiene acción frente al banco: ni de nulidad contractual (anulabilidad por error o vicio en el consentimiento, en este caso, en virtud art.1.261 CC en relación al 1.265 a 1.270 CC), ni de responsabilidad civil con resarcimiento de daños y

perjuicios (art.38 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015 sobre Ley Mercado de Valores), ni de responsabilidad contractual (art. 1.124 CC).

VIII. EL CRITERIO UNÁNIME DE LA JURISPRUDENCIA CON POSTERIORIDAD A LA SENTENCICA TJUE 5 MAYO 2022. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL SISTEMA FINANCIERO.

Recordemos que el art.4 Bis LOPJ establece que "Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea." A diferencia de lo que ocurre con la jurisprudencia nacional emanada del Pleno del Tribunal Supremo o de las Audiencias Provinciales (jurisprudencia menor) en virtud art.1.6 CC, las resoluciones dictadas por el TJUE son de obligado cumplimiento para todos los estados europeos miembros. Es una diferencia sutil pero muy importante, porque un juez o tribunal puede apartarse del criterio jurisprudencial del TS o de AP motivando y razonando su decisión, pues la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico pero no es de obligada aplicación. Sin embargo, aquella emanada por el tribunal comunitario si lo es, pues es la última instancia y entre sus funciones se encuentra la unificación de criterios jurídicos en la interpretación de las directivas europeas que puedan entrar en colisión con el derecho interno de cada nación.

Así las cosas, todos los tribunales de primera y segunda instancia han ido resolviendo en este mismo sentido, desestimando las demandas o estimando los recursos del banco en segunda instancia, aplicando la referida sentencia europea. El Pleno del Tribunal Supremo español no se había pronunciado todavía sobre esta materia, incluso antes de presentarse la cuestión prejudicial el 28 julio 2020. A fecha de este análisis – 30 noviembre 2022 – todavía no ha dictado sentencia alguna, aunque si ha publicado que tiene varios recursos admitidos a trámite ya antes de la sentencia europea, por lo que finalmente acabará dictando una resolución que se provee -como no puede ser de otra manera – en el mismo sentido que el TJUE y del resto de jurisprudencia menor: el inversor (demandante) no tiene acción frente a la entidad bancaria. Lo que si ha hecho es inadmitir a trámite un recurso de casación sobre esta materia.

Después de la publicación de la sentencia comunitaria, dictó Auto de 20 julio 2022 concluyendo que "El presupuesto de la acción y del recurso ha desaparecido a raíz de la sentencia. Si, como afirma el TJUE, la Directiva 2014/59 impide el ejercicio de una acción de responsabilidad o de una acción de nulidad contra la entidad de crédito emisora del folleto, o contra la entidad que la suceda con posterioridad a la adopción de la decisión de resolución, desaparece ese presupuesto esencial

de la acción ejercitada en la demanda y del propio recurso de casación. Estas circunstancias han privado al recurso del fundamento que pudiera tener en el momento en el que fue interpuesto, ya que esta sala, por mandato del art. 4 bis LOPJ, debe aplicar la doctrina del TJUE, que tiene carácter vinculante, de modo que el recurso nunca podría ser estimado. En efecto, "la interpretación que el Tribunal de Justicia, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, realiza de una norma del Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor", de donde resulta "que la norma que ha sido interpretada puede y debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma" (SSTJUE de 14 de mayo de 2020, C-749/18, y de 12 de mayo de 2022, C-556/20)."

Por tanto, aunque el TS no se haya pronunciado todavía, ni antes ni después de la sentencia del TJUE, la motivación expuesta en su Auto para inadmitir a trámite el recurso de casación es claro y permite dilucidar cuál será la decisión y el resultado de los recursos de casación que tiene pendiente de resolver.

Los inversores han intentado buscar otras acciones viables frente a la entidad:

i) Aclaración de la sentencia y estudio de la doctrina constitucional española: se ha solicitado la aclaración de la sentencia alegando la vulneración del derecho a tutela judicial efectiva (art.47 Carta de Derechos de UE y art.6 y 13Convención Europea de Derechos Humanos) pues conforme el contenido de la sentencia europea se priva al inversor de cualquier derecho a acudir a un proceso judicial solicitando el reembolso y resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Se invoca también el principio de igualdad conforme el art. 14 CE, arts. 14 y 17 CEDH y art. 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el principio de protección de los consumidores asentada en los artículos 51 CE y 38 CDFUE - en aquellos casos en que el accionista revista tal condición – considerando, además, que la interpretación dada al art. 74 de la Directiva 2014/59 sobre la "valoración de la diferencia en el trato" con evidente proyección sobre el derecho a la propiedad consagrado en el art. 47 CE y art. 17 de la CDFUE.

Una parte de los juristas invocan la doctrina constitucional atacando el contenido de la sentencia del TJUE. Señalan que el art.53 CDFUE ya advierte que "ninguna de las disposiciones de la presente Carta podría interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la

Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros." Por tanto, la doctrina Constitucional, consagrada en la sentencia nº 53/2002, de 27 de febrero 2022 y la sentencia n.º 292/2000, de 30 de noviembre 2000 concluyen en relación a la propia Carta de derechos europeos que "los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el art. 10.2 de la Constitución (española) constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, de suerte que habrán de tomarse en consideración para corroborar el sentido y alcance del especifico derecho fundamental que ... ha reconocido nuestra Constitución"

Además, la Directiva 2014/59, como señala sus Considerandos 10, 44 o sus art.45.19.f) y 45.20.c) es una Directiva de mínimos, por lo que nada impide que la protección constitucional nacional extienda su protección en cuanto a los valores superiores que consagra. El propio Considerando 15 de la Directiva ya reconoce la posible interferencia con los sistemas constitucionales de los Estados miembros en algunos aspectos de la Directiva, por cuanto su carácter de mínimos no cabe ser interpretado de modo extensivo en perjuicio de estos valores superiores. Asimismo, hay que tener en cuenta que el derecho de UE y, por tanto, las resoluciones del TJUE en su interpretación, forman parte del ordenamiento jurídico español, pero como señala el TC español estas directivas no tienen rango constitucional: "la vinculación señalada no significa que por mor del art. 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entrañe necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 C.E." (Sentencia n.º 28/1991 de 14 febrero[23]) Igualmente, la sentencia n.º 64/1991 del TS concluyó que "es claro también que, en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 C.E."

En definitiva, lo que persigue una parte de los juristas en señalar que la sentencia del TJUE no se adecúa con los principios constitucionales de nuestro estado lo que obligaría a plantear una nueva cuestión prejudicial ante TJUE conforme determinan la sentencia del TC n.º 232/2015 de 5 noviembre 2015. No se pretende una revisión de la sentencia, cuya función no tiene encomendada ni el

23 Publicada en BOE n.º 64 de 15 marzo 1991. Enlace: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1667

TC ni del resto de órganos judiciales nacionales, ni tampoco plantear un conflicto de primacía de Derecho UE, sino de la contradicción existente entre los principios constitucionales de un estado miembro y los valores superiores del Derecho UE fundamentados en el principio de igualdad, protección a los consumidores – si el inversor reviste esta condición -, derecho a tutela judicial efectiva y derecho a la propiedad. Esta "contradicción" ya fue expuesta por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en su sentencia de 5 mayo de 2020 (Sentencia Weiss) en un supuesto idéntico concluyendo el tribunal alemán la existencia de un error del TJUE en la sentencia que dictó por ser objetivamente arbitrario y ser incompatible su decisión con los propios valores de la constitución alemana. Misma apreciación estableció la el Tribunal Constitucional Checo en su sentencia de 31 enero 2012 (Sentencia Holubec). No se trata de cuestionar la primacía del derecho UE ni de la interpretación de éste por el TJUE pero si de plantear la confrontación que surge cuando lo resuelto es contrario a los principios constitucionales de un estado miembro.

Actualmente, no consta resuelta la aclaración pero, en mi opinión, no será favorable, pues la sentencia es clara y no adolece de dudas o conceptos oscuros, sin perjuicio de que se pueda estar o no de acuerdo con su contenido.

Ante esta situación, a mediados de julio 2022, un despacho de abogados de ámbito nacional ha presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) un recurso contra la sentencia del TJUE por vulneración del derecho de tutela judicial efectiva y del derecho de propiedad regulado en la Carta Europea de Derechos y de nuestra Constitución Española anteriormente citados. Entienden que se está negando al inversor poder acudir a los tribunales a reclamar frente a la entidad bancaria al concluir que éste tiene falta de acción y que el TJUE está interpretando el derecho nacional, función que no le corresponde. Además, consideran que el TJUE ha otorgado privilegios al Abogado General al preguntarle si se debe dar traslado y trámite a las partes del proceso para alegaciones adoleciendo este hecho de falta de imparcialidad en el proceso.[24] Actualmente, se encuentra en trámite este recurso, pues será interesante conocer la decisión final del TEDH y, en caso de estimarse, qué consecuencias tendrá para la entidad bancaria y los miles de inversores que no han podido resarcirse de la pérdida de capital.

ii) Actualmente, el Banco Santander – como sucesor de Banco Popular – y el consejo de administración de Banco Popular, está siendo investigado en el proceso penal que se encuentra en fase de instrucción a punto de terminar (Diligencias Previas Procedimiento Abreviado n.º 42/2017 seguido ante el Juzgado de Instrucción n.º 4 Madrid) por varios delitos, entre ellos, delito de estafa, falsedad

24 https://theobjective.com/economia/2022-09-21/banco-popular-santander-sentencia/

documental. Tras la sentencia del TJUE se pronuncia este juzgado instructor en su Auto de 26 julio 2022 concluyendo que no excluye al Banco Santander del proceso penal manteniendo su legitimación de una posible responsabilidad civil. Recordemos que los delitos penales tienen aparejada responsabilidad civil, por lo que de condenar en firme a la entidad bancaria o su consejo de administración por alguno de estos delitos puede que tenga que responder civilmente el Banco Santander. Muchos inversores se han personado en este proceso penal en calidad de perjudicado con el fin de que cuando haya una sentencia firme pueda, en su caso, lograr recuperar el dinero invertido en las acciones que emitió el Banco Popular. Todavía es pronto para concluir si esto es posible, pues ni siquiera ha terminado la instrucción y no se ha abierto fase de juicio oral, pero es una posible o remota posibilidad vigente que tiene el inversor.

iii) Estudio de irretroactividad de ley 11/2015 sobre la compra de acciones anteriores a su entrada en vigor: otra de las opciones que se plantea una parte de los juristas es considerar que la referida norma no afecta a una parte de las inversiones al no estar ésta en vigor en el momento de la suscripción. La Directiva 2014/59 entró en vigor el 15 mayo 2014 – 20 días después de su publicación en el Diario Oficial UE – la cual fue transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico mediante la ley 11/2015 ya citada cuya entrada en vigor fue el 1 enero 2016. El principio general de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorable o restrictivas de derechos individuales consagrados en el art. 9.3 de la Constitución Española impide la posibilidad de extender los efectos derivados de una ley a las relaciones jurídicas existentes antes de su entrada en vigor, salvo que sean favorables. En el ámbito civil, nuestro art.2.3 CC establece que "las leyes no tendrán efectos retroactivos si no dispusieren lo contrario". Así las cosas, en la ley 11/2015 las disposiciones transitorias primera a séptima refieren la aplicación de la anterior ley 9/2012 en aquellos procesos ya iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley vigente 11/2015 y la disposición derogatoria única establece que la derogación de la ley anterior 9/2012, salvo sus disposiciones modificativas de otras normas y las disposiciones adicionales segunda, tercera, cuarta, sexta a decimotercera, decimoquinta, decimoséptima, decimoctava y vigésima primera que refieren a la constitución de instituciones, fondos y algunos mecanismos creados. En conclusión, podemos decir que no existe ninguna excepción concreta o expresa a supuestos como el presente, sin perjuicio de la referencia a la aplicación de la ley 9/2012 para aquellos procesos ya iniciados bajo su vigencia. Si bien es cierto, hay que tener en cuenta que la nueva ley 11/2015, no solo transpone la Directiva 2014/59 sino que modifica la ley anterior 9/2012 que ya regulaba los procesos de restructuración o resolución de entidades bancarias; de hecho, como ya se ha expuesto con anterioridad, el legislador ya tuvo en cuenta los trabajos de redacción y regulación de la Directiva pues cuando se promulgó la ley 9/2012 el legislador europeo ya estaba trabajando en la referida directiva. Por tanto, en

mi opinión, es cuestionable que pudiera aplicarse en este caso la excepción de irretroactividad de la ley.

Asimismo, hay que tener en cuenta que, aunque algunas suscripciones de acciones se hubieran realizados bajo la vigencia de la ley anterior 9/2012, cuando se produce la resolución de la entidad el 7 junio 2017, esta norma se encuentra derogada y los efectos o consecuencias de la resolución se producen con la vigencia de la actual ley 11/2015 y de la Directiva Europea 2014/59. Por tanto, en mi opinión, no es cuestionable la tesis de esta parte de juristas que consideran que la ley 11/2015 no es aplicable a las suscripciones de acciones anteriores a la entrada en vigor de la norma.

iv) También hay que tener en cuenta otras consideraciones que a raíz del dictado de la sentencia del TJUE han surgido. Nos referimos al producto bancario diseñado y comercializado por el Banco Popular denominado "Bonos u Obligaciones Subordinadas obligatoriamente convertibles en acciones" (llamados, "cocos"). Este producto fue adquirido por muchos clientes de esta entidad entre el periodo 2009 a 2015 aproximadamente – a veces, derivado ya en si de otro producto previo como era las "Participaciones Preferentes" y, por tanto, cambiando de producto - en diferentes emisiones pero de características idénticas. Consistía en comprar unos títulos (bonos u obligaciones subordinadas) y obtener un rédito trimestral o semestral a un tipo de interés bastante atractivo – generalmente, superior a los depósitos a plazo fijo que por aquel entonces se ofertaban siendo bastante bajos a tenor del periodo de crisis financiera -. En un momento dado, estos títulos se canjeaban en acciones emitidas por la entidad bancaria que cotizaban en La Bolsa española. De esta forma, el inversor pasaba de tener en su cartera unos títulos de renta fija a acciones que cotizaban en bolsa convirtiéndose en accionista del banco con todos los riesgos inherentes que ello conlleva. Sin perjuicio de analizar cómo se comercializó este producto y la información deficiente o incompleta que muchos clientes denunciaron, lo cierto es que en un momento dado el inversor era accionista del banco. Todos los canjes se produjeron con anterioridad a la resolución del banco de 7 junio 2017. Por tanto, en aquel momento, todos eran accionistas de la entidad, pero no por haber adquirido las acciones en una ampliación de capital del banco (OPS) o por haberlas comprado directamente en el mercado por iniciativa propia, sino como derivación de un producto financiero.

Así las cosas, siendo éstos accionistas, hay que preguntarse si el contenido de la sentencia TJUE les afecta o no. En un primer momento, el Tribunal Supremo dictó un Auto de 15 junio 2022 (Rec. 1905/2020) inadmitiendo el recurso del Banco Santander en un procedimiento sobre este producto concluyendo que "Simplemente añadir que la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 2022 invocada por la parte recurrente no resulta aplicable al presente caso. La

citada sentencia viene referida a la responsabilidad por folleto de Banco Popular en la adquisición de acciones, supuesto claramente diverso al presente en donde el objeto son unas obligaciones subordinadas en las que se pretende su anulación por error en el consentimiento como consecuencia de la falta de información de la entidad bancaria sobre el producto y sus riesgos." No obstante, recientemente el Alto Tribunal reunido en Pleno el 26 octubre 2022 ha decidido suspender la resolución de un recurso sobre este materia para oír a las partes del proceso sobre la posible incidencia que la sentencia TJUE pueda afectar al mismo. El TS se está planteando presentar ante el TJUE una cuestión prejudicial sobre la interpretación del art.53.3 de la Directiva 2014/59 relativa a la liberación de los pasivos no vencidos asi como la incidencia de la resolución europea en cuanto los inversores eran titulares previamente de un producto distinto que se canjeó por acciones, ejercitando éstos una acción de nulidad o de responsabilidad no frente a las acciones sino con el producto inicial (bonos u obligaciones subordinadas). En consecuencia, la acción ejercitada es frente a otro producto aunque éste se canjeara antes de la resolución del banco en acciones[25].

IX. CONCLUSIONES.

Aunque pueda ser una paradoja, lo cierto es que la entidad bancaria no tiene responsabilidad contractual frente a los accionistas que invirtieron su capital en las acciones cotizadas en La Bolsa. Como ciudadano, me planteo cómo es posible que una empresa – en este caso, una entidad bancaria – no tenga responsabilidad sobre sus actos y sus decisiones sin que tenga que indemnizar a aquellos que han visto perder el capital invertido por una engañosa o deficiente información en el folleto de emisión de las acciones. Hay que señalar que la sentencia del TJUE y, también, el informe del Abogado General UE no tratan ni resuelven hechos, es decir, no entran a valorar el fondo del asunto para concluir si la información financiera y económica que el Banco Popular proporcionó a sus inversores en el folleto de emisión era correcta, adecuada o no, sino que dejando al margen los hechos acaecidos concluye que jurídicamente el inversor no tiene acción frente a la entidad.

Por tanto, la responsabilidad contractual en el sistema financiero se encuentra limitada. Recordemos que la Directiva europea 2014/59 fue aprobada durante los peores años de la crisis financiera mundial que provocó la caída de muchos bancos en Europa y el "rescate bancario" por parte de los estados inyectando dinero público que ha sido vuelto a las arcas estatales adoptando medidas muy contundentes tanto por los estados como por la propia Unión Europea. La finalidad de esta directiva no es otra que evitar que esto vuelva a pasar pues

25 https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/el-supremo-escuchara-a-las-partes-antes-de-elevar-tres-cuestiones-al-tjue-sobre-instrumentos-del-popular/

afecta directamente al sistema financiero de la UE y, en consecuencia, a todos sus ciudadanos en una economía totalmente globalizada y relacionada entre si dentro de la UE y de ésta hacia el exterior en el mundo. Los considerandos de la directiva y del preámbulo de la ley 11/2015 que transpuso la misma a nuestro ordenamiento jurídico expone claramente que prima la protección del sistema financiero por encima de intereses particulares debiendo garantizarse una estabilidad económica en la Unión Europea con los riesgos morales o éticos que ello pudiera conllevar. En definitiva, es la eterna dicotomía entre el individuo frente a la Sociedad.

Así las cosas, la directiva diseñó un sistema en el que se pudiera resolver o reestructurar una entidad financiera con intermediación de las autoridades europeas creadas a tal efecto y sin intervención de terceros. Así, ocurrió con el Banco Popular en el que tras concluir su inviabilidad en el sistema las autoridades europeas (JUR) y españolas (FROB) decidieron resolver la entidad bancaria y buscar aquella que pudiera adquirirla, e este caso, otra entidad española: el Banco Santander SA.

Lo preocupante es que el legislador – en este caso, europeo pero también nacional al transponer la directiva a nuestro ordenamiento jurídico – ha permitido que la posible responsabilidad contractual de una entidad bancaria se diluya sin que ésta tenga que asumir las pérdidas que ha provocado. Sin embargo, debemos preguntarnos si fuera el responsable el ciudadano habría esta exoneración de responsabilidad frente a la entidad bancaria. Obviamente, no. Por tanto, no podemos concluir que el ciudadano esté al mismo nivel que la entidad bancaria ni se garantice de igual forma los derechos de ambas partes en la relación contractual, pudiendo vulnerar derechos esenciales y fundamentales como destaca una parte de los juristas (igualdad, protección al consumidor, propiedad, etc).

BIBLIOGRAFIA

Base de datos

https://www.poderjudicial.es/ (CENDOJ)

https://curia.europa.eu/juris (TJUE)

Legislación nacional

Boletín Oficial Estado (BOE)

Diario Oficial UE (DOEU)

Código Civil (CC)

Código de Comercio (C.Co)

Ley 1/2000 de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)

Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 octubre, se aprueba texto refundido de la Ley Mercado de Valores (LMV)

Ley 9/2012, de 14 noviembre, de restructuración y resolución de entidades de crédito

Ley 11/2015, de 18 junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 julio, por el que se aprueba la ley Sociedades de Capital

Ley orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial (LOPJ)

Legislación europea

Directiva europea 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo.

LOS RIESGOS ESG EN EL SECTOR BANCARIO Y FINANCIERO

ESG RISKS IN BANIKING AND FINANCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1680-1707

Francesca
BERTELLI

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La exposición, cada vez mayor, del mercado a los riesgos conectados al cambio climático y a los factores ESG es una consecuencia inevitable de la transición hacia el modelo de economía circular y sostenible que el sector financiero puede favorecer concentrando capitales y recursos para invertir en estrategias de sostenibilidad. La relevancia de los factores y de los riesgos ESG no se limita al sector bancario y financiero. Empero, su integración en dicha área y las modalidades identificadas por el legislador europeo para favorecerla revelan potencialidades y aspectos críticos implícitos en el uso de criterios técnicos para medir la sostenibilidad e incentivar la transición ecológica que este artículo busca sintetizar.

PALABRAS CLAVE: ESG; riesgos ESG; sostenibilidad, finanza sostenible; SDG; transición ecológica.

ABSTRACT: *The increasing exposure of markets to climate, environmental and ESG-linked risks is a natural consequence of the transition toward a circular and sustainable economy, which can be pushed forward by banking and finance. The relevance of ESG factors is clearly not limited to this fields. However, the approach adopted by the EU legislator to encourage the integration of ESG factors in banking and finance discloses potentialities and criticalities connected to the use of ESG criteria in order to measure sustainability and foster green transition that this essay tries to synthesize.*

KEY WORDS: *ESG, ESG risks; sustainability; sustainable finance; SDG; green finance; green transition.*

SUMARIO.- I. EL ENFOQUE DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA TRANSICIÓN ECOLOGICA. – II. LOS RIESGOS ESG EN EL SECTOR BANCARIO Y FINANCIERO. – III. HACIA LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LOS FACTORES ESG. – IV. POTENCIALIDADES Y LÍMITES DE LA LLAMADA *TAXONOMY*. REFERENCIAS.

I. EL ENFOQUE DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA TRANSICIÓN ECOLOGICA.

La evolución de las Cartas constitucionales de algunos Países miembros[1] de la Unión Europea muestra que el principio del desarrollo sostenible parece un dato positivo adquirido en el panorama legislativo[2]. También en el nivel supranacional, el mercado interno comienza a recibir los llamados de una tensión solidarista que reclama matizar una concepción puramente neoliberal de la economía[3].

Entonces, siguiendo la pauta trazada por los objetivos de los acuerdos de París[4] y por la Agenda 2030[5], la Comisión Europea acaba de trazar un programa operativo para la transición ecológica, llamado *Green Deal* europeo[6], que brinda

1 Cfr., por ejemplo, el § 20a de la *Grundgesetz* que, en el marco del ordenamiento constitucional alemán, encarga al Estado de tutelar "i fondamenti naturali della vita e gli animali mediante l'esercizio del potere legislativo", asumiendo también la propia responsabilidad con respecto a las generaciones futuras; la *Charte de l'environnement* francés; el art. 2, incs. 2 y 3, Chapter I, del *Instrument of Government* sueco, y los arts. 9 y 41 de la Constitución italiana, recientemente modificados por la l. Const. del 11 de febrero de 2022, n. 1.

2 Bertelli, F.: *Le dichiarazioni di sostenibilità nella fornitura di beni di consumo*, Giapplichelli, Torino, 2022, pp. 272 ss.

3 Vettori, G.: "Diritti e coesione sociale. Appunti per il seminario fiorentino del giorno 8 giugno 2012", *Pers. merc*., 2012, pp. 4 ss., quien sostiene que "[l]e Istituzioni europee fissano l'obbiettivo di uno sviluppo sostenibile basato su una crescita equilibrata e un'economia sociale di mercato altamente competitiva. Come si è osservato non si tratta di una formula vuota, ma di una clausola generale che deve essere tradotta in principi e regole operative con il concorso di tutte le scienze sociali"; Libertini, M.:, "Concorrenza e coesione sociale", *Orizz. dir. comm*., 2013, disponible en: http://images.rivistaodc.eu/f/articoli/101_articolo_pyms6_orizzonti.pdf; Di Raimo, R., Mingone, C.: "Strumenti di finanziamento al terzo settore e politiche di intervento locale nella 'società inclusiva' europea. (Dalla filantropia alla finanza alternativa)", *Giust. civ*., 2017, pp. 139 ss., espec. 196, quienes ven la necesidad de un "netto mutamento delle premesse concettuali movente dal rifiuto del ruolo ancillare dell'iniziativa finalizzata (anche) al benessere sociale: questa deve invece aspirare a esprimere il modello generale di riorganizzazione della collettività attorno a valori e obiettivi condivisi e, in ciò, a inglobare lo Stato e il mercato"; Falcone, M.: "La tutela dell'ambiente nel difficile bilanciamento tra diritti fondamentali ed esigenze economiche, *Studi sull'integrazione europea*, 2017, pp. 365 ss.; Mazzamuto, S.: *Il contratto di diritto europeo*, 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2020, pp. 33 ss. y 148 ss.; Capaldo, G.: "Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile", *Pers. merc*., 2020, pp. 334 ss.; Perlingieri, P.: "Principio personalista, dignità umana e rapporti civili", en *Ann. SISDiC*, 2020, pp. 1 ss.; Pennasilico, M.: "*Economia circolare e diritto: ripensare la sostenibilità*", *Pers. merc*., 2021, pp. 714 ss.

4 UN Paris Agreement, 12 de diciembre de 2015, disponible en https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf.

5 Cfr. la risoluzione adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015 (A/70/L.1)] 70/1. Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development, disponible en: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E.

6 Cfr. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones– *Il Green Deal europeo*, Bruxelles, 11 de diciembre de 2019, COM (2019) 640 final, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-

• Francesca Bertelli
Assegnista di ricerca
francesca.bertelli@unibs.it

actuación a las disposiciones de los tratados fundamentales de la Unión por medio de las cuales se establece la necesidad de promover el desarrollo sostenible para asegurar un crecimiento económico equilibrado, un alto nivel de tutela y de mejoramiento de la calidad del ambiente y para consentir la configuración de una economía social de mercado fuertemente competitiva[7].

Como observa la misma Comisión europea, y como además se entiende de los objetivos 12 y 17 de la Agenda 2030 (*Responsible Consumption and Production* e *Partnership for the Goals*), "[P]ara alcanzar los objetivos de una economía circular con cero impacto climático es necesario la movilización completa de la industria"[8] y "[e]l sector privado será determinante para financiar la transición verde"[9]. De esta manera, la subsidiariedad que resume la dimensión participativa del principio del desarrollo sostenible reclama redefinir los límites externos del ejercicio de la libertad de iniciativa económica individual y reconceptualizar el rol de las empresas para conciliar el objetivo individualista del provecho con la exigencia de garantizar un progreso integrado y compartido[10]. Las potencialidades transformativas de la

8c1f-01aa75ed71a1.0006.02/DOC_1&format=PDF, del que se ofrece una panorámica en Carta, M.C.: "Il Green Deal europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE", *Eurojus*, 2020, pp. 54 ss.; Lionetto, L.: "Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione", *Jus online*, 2020, pp. 105 ss.; Cucumile, P.: "Il 'Green Deal' europeo", *ambientediritto*, 2021; Rolando, F.: "*L'attuazione del* Green Deal *e del Dispositivo per la ripresa e resilienza: siamo effettivamente sulla strada per raggiungere la sostenibilità ambientale?*", *L'osservatorio europeo*, 2022.

7 Cfr., en particular, Art. 3, § 3, TUE y Art. 11 TFUE. Con respecto a la elaboración de un "principio de integración" extraíble del mismo art. 11 TFUE, cfr. Fois, P.: "Il diritto ambientale dell'Unione europea", *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati* (ed. por G. Cordini, P. Fois, S. Marchisio), Giappichelli, Torino, 2017, pp. 78 ss.

8 Cfr. *Green Deal europeo*, cit., p. 7.

9 Cfr. *Green Deal europeo*, cit., p. 19; pero cfr. también Lipari, N.: "Il ruolo del terzo settore nella crisi dello Stato", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, pp. 637 ss., espec. 643 ss., quien destaca cómo "l'impresa deve porsi il problema della sua socialità (e non a caso si parla di bilancio di sostenibilità, di responsabilità sociale dell'impresa) nel corrente modo di svolgimento della propria attività. D'altra parte, nel momento stesso in cui si riconosce che lo stato ha perduto gran parte dei suoi poteri direttivi e che la stessa legge non è più l'unico criterio a cui si commisura l'accettabilità dei comportamenti (…) l'equilibrio dei rapporti sociali deve trovare altre strade per realizzarsi"; Stibbe, D., Prescott, D.: *The SDG Partnership Guidebook: A Practical Guide to Building High-Impact Multi-Stakeholder Partnerships for the Sustainable Development Goals*, 2020, disponible en: https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/2698SDG_Partnership_Guidebook_1.01_web.pdf, quienes explican por qué el sector privado es compañero esencial del desarrollo sostenible y tiene las potencialidades para tomar un rol activo en su promoción, espec. pp. 24, en donde se nota que solo "[m]ultiple actors bring together essential complementary resources that together create the levers required to deliver system transformation, which could not have been achieved by any one actor working alone".

10 Con respecto a la socialización del bienestar, cfr. Sen, A.K.: *Collective Choice and Social Welfare*, Holden Day, San Francisco, 1970, pp. 41 ss., Sen, A.K.:*The Idea of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Ma), 2009, pp. 91 ss.; Ostrom, E.: "Social Capital: A Fad or a Fundamental Concept?", en *Social Capital: A Multifaceted Perspective*, (ed. por P. Dasgupta, D. Serageldin), Word Bank, Washington, 2000, pp. 172 ss.; Bruni, L., Zamagni, S.: *Economia civile: efficienza, equità, felicità pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2004, *passim*; Bruni, L., Zamagni, S.: *L'economia civile*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 92 ss. y 103 ss.; Nussbaum, M.C.: *Creating Capabilities: The Human Development*, Harvard University Press, Cambridge (Ma), 2011, pp. 185 ss. Más especificamente, con respecto a la función del principio del Desarrollo sostenible, , cfr. Bosselmann, K.: *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, Routledge, New York, 2017, pp. 75 ss.; Barral, V.: "The Principle of Sustainable Development", en *Principles of Environmental Law* (ed. por L. Kramer, E. Orlando), Edward Edgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 103 ss.; y se permite reenviar a Bertelli, F.: *Profili civilistici del "dieselgate". Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, Esi, Napoli, 2021, pp. 169 ss. Más precisamente, sobre la relación entre el principio del desarrollo sostenible y actividad de empresa, cfr. Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile*, *Per una riproposizione della questione sociale*, Esi,

finanza sostenible se insertan plenamente en el escenario de co-responsabilización de todos los actores económicos que participan en la definición de los equilibrios de mercado y en la promoción de la transición ecológica.

De hecho, la posibilidad de canalizar las estrategias de los inversores institucionales, las elecciones de aquellas *retail* y de los intermediarios hacia la finanza sostenible abre nuevas oportunidades, pero también expone al sector financiero, con mayor inmediatez, a los riesgos que dependen de su conexión cada vez más directa con los factores climáticos y ambientales que influencian la economía real[11]. Entonces, las acciones identificadas por la Unión para favorecer la finanza sostenible se dan por la constatación de que los recursos públicos utilizables para el logro de una economía circular son insuficientes[12], pero se fundan también en la conciencia de los peligros subyacentes a la progresiva "ecologización" de los contratos financieros en ausencia de un *framework* de referencia para reglamentar con miras a impedir su instrumentalización y reducir los riesgos de *greenwashing*[13].

Napoli, 2018, espec. pp. 96 (al que se refieren las reseñas de Perlingieri, G.: "'Sostenibilità', ordinamento giuridico e 'retorica dei diritti'. A margine di un recente libro", *Foro nap*., 2020, pp. 101 ss.; e Pennasilico, M.: "Recensione a E. Caterini, Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale", *Rass. dir. civ*., 2018, pp. 1511 ss.), según quien es necesario que "Le imprese perseguano una crescita equilibrata fra i profitti e la redistribuzione", para consentir la plena explicación del principio de solidaridad constitucional; Caterini, E.: "Sustainability and Civil Law", *ItaLJ*, 2018, pp. 289 ss, espec. 306, quien observa que el objetivo final del desarrollo sostenible debería ser justamente encontrar un equilibrio entre "private economic interests and collective social interests"; Caterini, E.: "La 'sostenibilità' nell'esperienza giuridica contemporanea. In occasione della discussione svoltasi nell'Ateneo barese, in Sostenibilità: sfida o presupposto?", (ed. por D.A. Benitez, C. Fava), Wolters Kluwer, Milano, 2019, pp. 77 ss. Con referencia a la necesidad de superar la bipartición provecho/liberalidad, propia de la economía liberal y de una "ripartenza dal basso all'insegna della coesione sociale, dell'es*prit publique* o anche, con la felice formula resa celebre da Lon Fuller dello *shared commitment*", cfr. Di Raimo, R., Mingone, C.: "Strumenti di finanziamento al terzo settore", cit., pp. 139 ss.

11 Cfr. Nordhaus, W.D.. "Economic Growth and Climate: The Carbon Dioxide Problem", *Am. Econ. Rev*., 1977, pp. 341 ss.; Nordhaus, W.D.: "To Slow or Not To Slow: The Economics of the Greenhouse Effect," *Econ. J*., 1991, pp. 920 ss.; Nordhaus, W.D., Boyer, J.: *Warming the World: Economic Models of Global Warming*, London MIT Press Cambridge (Ma), 2000; Weitzman, M.L.: "A Review of The Stern Review on the Economics of Climate Change", *J. Econ. Lit*., 2007, pp. 703 ss.; Weitzman, M.L.: "On Modeling and Interpreting the Economics of Catastrophic Climate Change", *Rev. Econ. Stat*., 2009, pp. 1 ss.; Pezzuto, A.: "*La Guida della BCE sui rischi climatici e ambientali*", *Magistra Banca Finanza*, 22 December 2020, disponible en https://www.tidona.com/la-guida-della-bce-sui-rischi-climatici-e-ambientali/#_ftnref3; Stern, N., Stiglitz, J.E., Taylor, C.: *The Economics of Immense Risk, Urgent Action and Radical Change: Towards New Approaches to the Economics of Climate Change*, NBER Working Paper No. 28472, Febrero 2021; cfr. también BCE, *Guida sui rischi climatici e ambientali. Aspettative di vigilanza in materia di gestione dei rischi e informativa*, disponible en: https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.202011finalguideonclimate-relatedandenvironmentalrisks~58213f6564.it.pdf, p. 11, que afirma que "[i] cambiamenti climatici e il degrado ambientale danno origine a mutamenti strutturali che influiscono sull'attività economica".

12 La línea de acción identificada por la unión se desarrolla en seis líneas de intervención, que son: "ampliare l'attuale arsenale legislativo sulla finanza sostenibile per facilitare l'accesso al finanziamento della transizione; rendere la finanza sostenibile più inclusiva nei confronti di PMI e consumatori dotandoli degli strumenti e degli incentivi giusti per accedere al finanziamento della transizione; rafforzare la resilienza del sistema economico e finanziario ai rischi che incombono sulla sostenibilità; aumentare il contributo del settore finanziario alla sostenibilità; garantire l'integrità del sistema finanziario dell'UE e monitorarne la transizione ordinata verso la sostenibilità; creare iniziative e norme internazionali di finanza sostenibile e sostenere i paesi partner dell'UE".

13 Observa Pacces, A.: "Will the EU Taxonomy Regulation Foster Sustainable Corporate Governance?", *Sustainability*, 2021, pp. 1 ss. y 7 ss., que "[g]reenwashing undermines the incentives of institutional investors to pursue sustainable corporate governance on behalf of their beneficiaries», nota come «EU securities regulation can support sustainable corporate governance by establishing mandatory disclosure to curb greenwashing […][i]n the presence of greenwashing, mutual funds have an incentive to acquire ESG labels

En dicho escenario, solo herramientas de inversión gestionadas según *standard* uniformes y protocolos de certificación compartidos pueden asegurar un grado de transparencia suficiente para atraer nuevos capitales en el marco de la finanza sostenible.

El plan de acción para financiar el crecimiento sostenible de la Unión Europea[14] capta las implicaciones sistemáticas de dicho talante y valora el papel del sistema financiero en la configuración de un crecimiento de mercado interno fuerte, sostenible e inclusivo. En este modelo de desarrollo, la finanza sostenible[15] se vuelve expresión de un nuevo paradigma de producción y consumo, porque puede consentir reunir esfuerzos públicos y privados y hacerlos confluir en la misma dirección[16]. De hecho, por medio de los contratos de la *sustainable*

to attract sustainability-minded beneficiaries but do not have incentives to make their portfolio companies more sustainable […]. Greenwashing is borne out by the empirical evidence. In the U.S., ESG mutual funds underperform compared with non-ESG funds on several sustainability measures, notably including regulatory compliance and GHGs. Moreover, these funds are more expensive and financially less attractive than the non-ESG funds in the same family".

14 COM (2018) 97 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones – *Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile*.

15 Cfr. Renna, M.: "Strumenti finanziari e terzo settore", *Dir. merc. ass. fin*., 2018, pp. 289 ss., espec. 294 ss., quien afirma que el término 'finanza ética' "non designa una espressione giuridicamente netta e definita, nonostante diversi possono essere gli indici normativi che richiamano una differente operatività delle pratiche di finanziamento che, pur non ricadendo nella cultura e nella pratica del dono, si scostano dalla prospettiva speculativa propria del mercato finanziario". Luego, el autor se enfoca en los elementos positivos que, a nivel nacional, se refieren al *rating* ético del operador bancario o financiero y/o a los costos de información y rendición de cuentas que pesan sobre los hombros de los sujetos habilitados que proponen productos financieros como "sostenibles". La reconstrucción del alcance de los arts. 111, 111 *bis* TUB, y 117 *ter* TUF permite anticipar cómo algunas herramientas de la finanza ética permitan favorecer "la congiunzione tra benessere collettivo e investimento privato".

16 Así Linciano, N., Cafiero, E., Ciavarella, A., Di Stefano, G., Levantini, E., Mollo, G., Nocella, S., Santamaria, R., Taverna, M.: *La finanza per lo sviluppo sostenibile. Tendenze, questioni in corso e prospettive alla luce dell'evoluzione del quadro regolamentare dell'Unione europea*, Studio Consob, Roma, 2021, p. 10. Empero, cfr. también Laskowska, A.: "The Green Bond as a Prospective Instrument of the Global Debt Market", *CJFA*, 2017, pp. 69 ss.; Stiglitz, J.E.: *Let's Force Finance to Save the Planet*, 11 de septiembre de 2021, quien nota que el desafío lanzado por un modelo de economía circular exige modificar las costumbres de consumo, de producción e inversión. En el sector financiero ya se ha observado que "il diritto pubblico e il diritto privato appaiono non (più) in un rapporto di necessaria alternativa, quanto piuttosto configurano sistemi di regole tra loro 'reciprocamente interscambiabili', che talora condividono la medesima missione sul piano regolatorio, ma espongono modalità operative e una dinamica effettuale rilevantemente diverse" (así Zoppini, A.: "Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)", *Riv. dir. civ*., 2013, pp. 515 ss., espec. 523 ss.; quien relabora y desarrolla estas ideas en Zoppini, A.: "Il diritto privato e le 'libertà fondamentali' dell'Unione europea (principi e problemi della 'Drittwirkung' nel mercato unico)", *Riv. dir. civ*., 2016, pp. 712 ss.; Zoppini, A.: *Il diritto privato e i suoi confini*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 201 ss.; y finalmente Zoppini, A.: "Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio", *Ars Interpretandi*, 2021, pp. 37 ss.). Al respecto, cfr., *ex multis*, también Cassese, S.: "Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private, *Riv. trim. dir. pubb*., 2000, p. 389 ss.; Cassese, S.: "L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato", *Riv. trim. dir. pubb*., 2001, pp. 607 ss.; Barcellona, M.: *Mercato mobiliare e tutela del risparmio. L'intermediazione finanziaria e le responsabilità di banche e Consob*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 17 ss.; Basedow, J.: "The State's Private Law and the Economy – Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making", *Am. J. Comp Law*, 2008, pp. 703 ss.; Ricciuto, V.: "Regolazione del mercato e 'funzionalizzazione' del contratto", en *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Esi, Napoli, 2008, pp. 1611 ss.; Micklitz, H.W.: "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, pp. 3 ss.; Angelone, M.: "Diritto privato 'regolatorio', conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle *authorities*", *Nuove autonomie*, 2017, pp. 441 ss.; Gentili, A.: "Il diritto regolatorio", *Riv. dir. banc*., 2020, pp. 30 ss.; Natoli, R.: "Il diritto privato regolatorio", *Riv. reg. merc*., 2020, pp. 134 ss.

finance, en armonía con el objetivo de desarrollo 17, se instaura una colaboración entre acciones público-institucionales e iniciativas individuales para brindar una contribución significativa a la transición ecológica.

Esto permite identificar fácilmente la *ratio* subyacente al *Action Plan* del 8 de marzo de 2018 para financiar el crecimiento sostenible[17]. Ella subraya que, para plasmar los mercados financieros en consideración de las exigencias inherentes a la economía mundial, son imprescindibles tanto la transparencia y la visión a largo periodo en las actividades económico-financieras, como una eficaz gestión de los riesgos financieros derivados de los cambios climáticos, del agotamiento de los recursos, de la degradación ambiental y social. En esta dimensión, los *economic ESG-related risk* representan la síntesis de las variables conectadas al impacto imponderable de las consecuencias del cambio climático y de las modificaciones sociales y ambientales sobre la economía y sobre los resultados económicos de la actividad de empresa[18].

La incidencia de los factores de riesgo objeto de análisis no se limita al sector bancario y financiero[19], sino, justamente por el hecho de que la *green transition* demandará recoger capitales y recursos para invertir en estrategias a largo plazo, los sectores de los servicios bancarios, financieros y de seguros se dirigirán a la integración del interés económico que sostiene el contrato con perfiles sociales y ambientales[20]. Entonces, parece claro que la *road map* trazada por la Comisión europea para lograr una economía circular tiene como eje central la necesidad

17 COM (2018) 97 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones – *Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile*.

18 Hjort, I.: *Potential Climate Risks in Financial Markets: A Literature Overview, Memorandum*, Working Paper No. 01/2016, University of Oslo, Oslo, 2016, p. 4; *EBA Report on Management and Supervision of ESG Risks for Credit Institutions and Investment Firms* – EBA/REP/2021/18, disponible en: https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Reports/2021/1015656/EBA%20Report%20on%20ESG%20risks%20management%20and%20supervision.pdf, p. 24, en donde se subraya que "it is important to avoid any misunderstanding that ESG factors are only relevant in the medium and/or longer-term, as they also create risks in the short-term like the ongoing acute environmental hazards".

19 Cfr. BCE, *Guida sui rischi climatici e ambientali*, cit., p. 14, en donde se oberva que "[f]ra i settori che potrebbero risentire della transizione verso un'economia a basse emissioni di carbonio rientrano energia, trasporti, manifattura, costruzioni e agricoltura. In particolare, le attività collegate direttamente o indirettamente all'estrazione, lavorazione, combustione oppure all'utilizzo di combustibili fossili ovvero caratterizzate da efficienza energetica non sufficiente, potrebbero perdere valore in modo repentino e significativo fino anche a divenire 'attività non recuperabili'"; *In-depth analysis in support on the COM(2018) 773: A Clean Planet for all - A European strategic long-term vision for a prosperous, modern, competitive and climate neutral economy*, disponible en https://knowledge4policy.ec.europa.eu/publication/depth-analysis-support-com2018-773-clean-planet-all-european-strategic-long-term-vision_en.

20 Anticipa las potencialidades trasformadoras de la finanza sostenible Renna, M.; *Strumenti finanziari e terzo settore*, cit., p. 315 s.; con relación al sector asegurador, cfr. más específicamente Landini, S.: "ESG, Green Finance, assicurazioni e previdenza complementare", *Corporate Governance*, 2022, pp. 221 ss.; Con respecto a la emersión progresiva de una causa solidaria, cfr. Pennasilico, M.: "Dal 'controllo' alla 'conformazione' dei contratti: itinerari della meritevolezza", *Contr. impr.*, 2020, pp. 823 ss., espec. 854 e 857 ss., quien afirma que el interés ambiental representa un "*vincolo positivo e intrinseco* all'attività di operatori pubblici e privati" e hipotetiza una transición desde la función económico-social hacia una "ecologico-sociale" del acto de autonomía. Sobre este tema también ofrece indicaciones Nonne, L.: "Il microcredito solidale, profili tipologici e proposte disciplinari", *Banca borsa tit. cred.*, 2011, pp. 49 ss.; Di Raimo, R., Mingone, C.: "Strumenti di finanziamento al terzo settore", cit., pp. 139 ss.

de acrecentar la sostenibilidad de las inversiones por medio de tres líneas de intervención, en cuyo centro se encuentran la información relacionada con la sostenibilidad de la empresa y de los productos y servicios brindados[21]. La primera estrategia operativa se refiere a la fase de actuación de la *Tanonomy Regulation*[22], que ofrecerá un sistema clasificatorio piloto para evaluar la sostenibilidad de una actividad; la segunda interesará la información de carácter no financiero y su circulación[23], la tercera invierte más específicamente la autonomía privada y su capacidad de acuñar herramientas que permitan alinear las posibilidades de inversión de los actores que operan en el mercado financiero con los objetivos subyacentes al *green deal*.

En relación con dicho perfil, la posible incidencia en los perfiles de responsabilidad social y ambiental sobre elementos estructurales del contrato induce a hipotetizar que los aspectos críticos conectados con la cada vez mayor difusión de los índices ESG no se pueden referir exclusivamente al perfil de la *disclosure*[24], sino que habría que buscarlos ampliamente en las modalidades por medio de las cuales se concretará su "contractualización"[25]: de hecho, una evaluación autónoma de las *performance* ESG de uno de los contratos podría encontrar un primer e inmediato aspecto aplicativo en el pacto de las condiciones para el ejercicio del derecho de retracto; la disciplina de la resolución por incumplimiento podría sufrir algunas adaptaciones; la necesidad de gestionar hipótesis de eventos sobrevenidos relacionados con factores climáticos, ambientales o sociales podría conducir a valorizar la autonomía privada de las partes a través de espacios más amplios de renegociación del contrato.

Entonces, este estudio quiere hacer un primer rastreo de los principales contratos de la "finanza sostenible" y se interroga sobre la oportunidad de calificar a un contratante o una operación como "sostenible" con referencia exclusiva a los *Regulatory Technical Standards* (RTS).

21 Cfr. Serafeim, G., Yoon, A.: *Stock Price Reactions to ESG News: The Role of ESG Ratings and Disagreement*, Harvard Business School Working Paper n. 21-079, 2021, pp. 1 ss.

22 Reglamento 18 de junio de 2020, n. 852/UE.

23 Cfr. *Proposal for a Directive Amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU)* No 537/2014, as regards sustainable corporate reporting by certain undertakings, COM (2021) 189 final, 21 de abril de 2021; Regulation (EU) 2019/2088 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 on Sustainability□Related Disclosures in the Financial Services Sector; *Summary Report of the Stakeholder Consultation on the Renewed Sustainable Finance Strategy Support for Further Definitions, Standards and Labels for Sustainable Financial Assets and Financial Products*, spec. p. 12 ss., disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/2020-sustainable-finance-strategy-summary-of-responses_en.pdf, del que emergen opiniones significativas de los *stakeholders* para la creación de herramientas de la finanza sostenible.

24 Pettifor, A.: *The Case for the Green New Deal*, Verso, London-New York, 2019, pp. 31 ss.; Perfetti, A.: "Gli strumenti normativi e finanziari della politica di coesione dell'Unione europea tesi alla valorizzazione della dimensione ambientale", *DPCE online*, 2019, pp. 1017 ss.; Cafagno, M.: "Analisi economica del diritto e ambiente, tra metanarrazioni e pragmatismo", *Il diritto dell'economia*, 2019, pp. 159 ss.

25 Cfr. Landini, S.: "ESG, Green Finance", cit., pp. 227 ss. para las modalidades en las que los factores ESG son considerados en el sector de seguros.

II. LOS RIESGOS ESG EN EL SECTOR BANCARIO Y FINANCIERO

La política monetaria hace una consideración prioritaria de los ESG-*risks*[26]. Los bancos centrales y las autoridades de vigilancia han adelantado investigaciones para consentir la predisposición de sistemas de *management* eficiente de los riesgos climáticos y ambientales y de transmisión transparente de la información relativa a los perfiles ESG, a los *stakeholders* y al mercado[27]. Habiendo reconocido que los riesgos climáticos y ambientales están entre los principales factores de riesgo para la Eurozona, el Banco central europeo publicó una Guía dedicada a ellos[28], a la que siguió un *report* de la *European Banking Authority* (EBA) sobre la gestión y monitoreo de los riesgos ESG[29].

Los estudios mencionados clasifican dichos riesgos, subdividiéndolos en dos macro-categorías.

Los riesgos físicos indican "l'impatto finanziario dei cambiamenti climatici, compresi eventi metereologici estremi più frequenti e mutamenti graduali del clima, nonché del degrado ambientale, ossia inquinamento atmosferico, dell'acqua e del suolo, stress idrico, perdita di biodiversità e deforestazione"[30].

Los riesgos de transición se refieren a los posibles efectos financieros a los cuales todo operador podría estar expuesto por intervenciones políticas, legislativas y tecnológicas sobrevenidas, o como consecuencia de las variaciones en la sensibilidad de los *stakeholders* respecto de los factores de relevancia social y ambiental.

26 Cfr. Bernardini, E., Faiella, I., Lavecchia, L., Mistretta, A., Natoli, F.: *Banche centrali, rischi climatici e finanza sostenibile*, 2021, *Occasional paper* della Banca d'Italia, n. 608, p. 6, según quienes "[l]e politiche climatiche, modificando i prezzi dei prodotti energetici e l'incidenza che questi hanno all'interno del paniere di riferimento, potrebbero ripercuotersi sul tasso di inflazione; principale variabile obiettivo della politica monetaria. Inoltre, eventi climatici avversi, più intensi e frequenti, potrebbero avere un effetto sul ciclo economico e, di conseguenza, sulla conduzione della politica monetaria".

27 Campiglio, E., Dafermos, Y., Monnin, P., Ryan-Collins, J., Schotten, G., Tanaka, M.: "Climate Change Challenges for Central Banks and Financial Regulators", *Nature Climate Change*, 2018, pp. 462 ss.; Monnin, P.: "Central Banks Should Reflect Climate Risks in Monetary Policy Operations", *SUERF Policy Note*, 2018, n. 41, pp. 1 ss., espec. 4 ss., según quien "[p]roperly and pro-actively assessing risks is a key requirement for monetary policy operations. Omitting or underestimating one source of risk (including climate risks) in these operations results in an overexposure to risks for central banks and does not meet the standards for sound policy implementation. Given the current size and composition of their balance sheets the need for adequate risk assessments, including climate risks, becomes even more critical for central banks. Climate risks must be an integral component of the risk management framework for their asset purchases and the collateral they accept".

28 BCE, *Guida sui rischi climatici e ambientali*, cit.

29 Cfr. *EBA Report on Management and Supervision of ESG Risks for Credit Institutions and Investment Firms* – EBA/REP/2021/18, cit.; pero cfr. también *Eba Discussion Paper on Management and Supervision of ESG Risks for Credit Institutions and Investment Firms*, disponible en https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Discussions/2021/Discussion%20Paper%20on%20management%20and%20supervision%20of%20ESG%20risks%20for%20credit%20institutions%20and%20investment%20firms/935496/2020-11-02%20%20ESG%20Discussion%20Paper.pdf.

30 Cfr. BCE, *Guida sui rischi climatici e ambientali*, cit., p. 11 ss.

Además de ocuparse de los perfiles definitorios, los documentos plantean propuestas para incorporar los factores y riesgos ESG en el marco normativo y de vigilancia para los entes crediticios y las empresas de inversión, considerando que su actuación por parte de los intermediarios, financieros y de seguros puede representar un instrumento de prevención de las fallas de mercado relacionadas con ellos.

En este escenario, los bancos e intermediarios financieros son actores protagonistas en la limitación de los efectos económicos negativos de los riesgos ligados a los factores ESG por dos motivos[31]. De una parte, el *risk assessments* preventivo de los riesgos ESG conduce necesariamente a una redefinición del modelo organizativo del *business* de los institutos bancarios y de las compañías de seguros y reaseguros. De la otra, la consideración creciente de los factores ESG incide sobre elementos esenciales de la actividad negocial desarrollada por los operadores bancarios y financieros que, promoviendo la circulación de *contratos de la finanza sostenible*, asumen un rol proactivo para ralentizar la concreción de los riesgos climáticos y ambientales estimados de forma preventiva[32].

Una flexión parcial del instrumento contractual a la luz de la necesidad de incluir objetivos de carácter social y ambiental dentro de los factores de éxito de la actividad financiera o de seguros no altera el objetivo económico para el cual cada tipología contractual se utiliza tradicionalmente, pero lo adapta a una renovada conciencia social. Equilibrando las razones del capitalismo y las exigencias de

31 Es particularmente significativo cuanto observa el mismo *Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile*, cit., p. 3, que reporta un aumento de las catástrofes naturales de origen meteorológica a nivel mundial del 46% entre el 2000 y el 2016, conectado con un aumento del 86% de las pérdidas económicas debidas a las condiciones meteorológicas extremas entre el 2007 y el 2016.

32 Cfr. Centre for European Policy Studies (CEPS) and the European Capital Markets Institute (ECMI, *Derivatives in Sustainable Finance*, disponible en https://www.isda.org/a/KOmTE/Derivatives-in-Sustainable-Finance.pdf; Venturi, P., Perra, G.: "La finanza di impatto per i cambiamenti climatici", *finanzasostenibile.it*, 2018; Del Giudice, A.: *La finanza sostenibile*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 7 ss.; Sabatini, G.: "Finanza d'impatto e Action Plan sulla finanza sostenibile: il percorso delle banche europee", *Bancaria*, 2019, pp. 23 ss.; Quartarone, A.: "Etica in finanza", *Riv. trim. dir. ec.*, 2018, pp. 129 ss.; Macchiavello, E.: "Possono esistere 'banche etiche'? La nuova definizione normativa di 'operatori di finanza etica e sostenibile' tra interesse sociale, scopo di lucro e normativa bancaria post-crisi", *Riv. trim. dir. ec.*, 2019, pp. 188 ss.; Lazzaroli, L.: "Sviluppare la finanza sostenibile: sfide e priorità europee e il ruolo della BEI", *Bancaria*, 2020, pp. 17 ss.; pero cfr. también el *Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile*, cit., p. 2, que define la "finanza sostenible" como "[…] il processo di tenere in debita considerazione, nell'adozione di decisioni di investimento, i fattori ambientali e sociali, per ottenere maggiori investimenti in attività sostenibili e di più lungo termine". La deseable creciente difusión de los contratos de finanza sostenible ya condujo a la identificación de *standard* métricos para la medición de las *performance* de sostenibilidad y continuará estimulando la imposición de cargas de *disclosure* que hagan cada vez más accesibles la información no financieras para los operadores de mercado, favoreciendo la transparencia con respecto a los perfiles de CSR y acrecentando la confianza de los inversores éticamente orientados (Reg. 18 de junio de 2020, n. 852/UE; pero también Flammer, C.: "Corporate Social Responsibility and Shareholder Reaction: The Environmental Awareness of Investors", *AMJ*, 2013, pp. 758 ss.; Amel-Zadeh, A., Serafeim, G.: *Why and How Investors Use ESG Information: Evidence from a Global Survey*, Harvard Business School Working Paper, n. 17-079, Febrero 2017; Naughton, J.P., Wang, C., Yeung, I.: "Investor Sentiment for Corporate Social Performance", *The Accounting Review*, 2019, pp. 401 ss.).

sostenibilidad, el perfil causal conduce a resultados útiles también desde el punto de vista social y ambiental[33].

III. HACIA LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LOS FACTORES ESG.

Desde el punto de vista público es posible sostener que el principio del desarrollo sostenible emerge como parámetro de legitimidad de las acciones político-institucionales que, también en ámbito financiero, aparecen en el horizonte de la solidaridad intergeneracional. En cambio, desde el punto de vista privado, el principio puede concurrir en la valoración de mérito de los actos negociales y permite reunir una pluralidad de contratos financieros y de seguros que concretan una función "económico-solidaria"[34].

Los *green bond* son el instrumento principal del que se vale la finanza sostenible para combinar los objetivos de recoger capitales y de incentivar la *low-carbon transition*[35]. Estos son títulos de débito en los cuales las obligaciones de préstamo se utilizan exclusivamente para financiar proyectos de sostenibilidad. Estos últimos pueden dirigirse tanto a la mitigación directa de las consecuencias del cambio climático, como a la introducción de medidas organizativas que permitan la adaptación de la actividad empresarial, o a la predisposición de estrategias aplicativas que consientan una mejor conservación de los recursos existentes,

33 Cfr. Hjort, I.: *Potential Climate Risks in Financial Markets*, cit., p. 1 ss.; D'Orazio, P., Popoyan, L., Monnin, P.: "Prudential Regulation Can Help Tackling Climate Change", *CEP Blog*, Febrero de 2019, disponible en https://www.cepweb.org/prudential-regulation-can-help-in-tackling-climate-change/; D'Orazio, P., Popoyan, L.: *Taking Up the Climate Change Challenge: A New Perspective on Central Banking*, LEM Papers Series 2020/19, Laboratory of Economics and Management (LEM), Sant'Anna School of Advanced Studies, Pisa, 2020, pp. 1 ss.; Oman, W., Svartzman, R.: "What Justifies Sustainable Finance Measures? Financial-Economic Interactions and Possible Implications for Policymakers", *CESifo Forum*, 2021, pp. 3 ss., espec. 4 s., quien se pregunta si el rol de la finanza sostenible en la transición ecológica es el de un figurante, de co-protagonista o de verdadero protagonista y afirma que "more than being second best, sustainable finance could in fact have a central role to play in addressing climate change. Indeed, finance is critical for funding the new kinds of innovation and investments that are needed for deep decarbonization […]. Significant public investment is key, but large-scale private investment is also needed to achieve the required structural transformation away from carbon-intensive economic systems towards a net zero economy"; sobre el tema de las nuevas tecnologías aplicadas a la finanza sostenible, cfr. Macchiavello, E., Siri, M.: *Sustainable Finance and Fintech: Can Technology Contribute to Achieving Environmental Goals? A Preliminary Assessment of 'Green FinTech'*, European Banking Institute Working Paper Series 2020 – no. 71, disponible en https://ssrn.com/abstract=3672989; pero cfr. También los fundamentos alrededor de los cuales está construida la *Renewed Sustainable Finance Strategy and Implementation of the Action Plan on Financing Sustainable Growth*, disponible en https://ec.europa.eu/info/publications/sustainable-finance-renewed-strategy_en.

34 Con respecto a la progresiva emersión de una causa solidaria, cfr. Pennasilico, M.: "Dal 'controllo' alla 'conformazione' dei contratti: itinerari della meritevolezza", cit., pp. 854 e 857 ss.

35 Baker, M., Bergstresser, D., Serafeim, G., Wurgler, J.: *Financing the Response to Climate Change: The Pricing and Ownership of US Green Bonds*, (No. w25194), National Bureau of Economic Research, 2018, p. 1 ss.; Romani, A.: "Green bonds: meriti e sfide di un prodotto in rapida diffusione", *Bancaria*, 2016, p. 49 ss.; pero cfr. también el Considerando n. 3 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre las obligaciones verdes europeas, del 6 de julio de 2021 (COM(2021) 391 final, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0391, en donde se observa que "[l]e obbligazioni ecosostenibili sono uno dei principali strumenti per finanziare gli investimenti relativi alle tecnologie a basse emissioni di carbonio, all'efficienza energetica e delle risorse, nonché alle infrastrutture di trasporto sostenibili e alle infrastrutture di ricerca".

mayor tutela de la biodiversidad o una prevención más eficiente y limitación de las emisiones contaminantes[36].

En Europa, el Banco Europeo de las Inversiones emitió los primeros *green bond* en 2007. En la fase inmediatamente sucesiva a su acuñación, las obligaciones verdes han sido propuestas al mercado exclusivamente por actores institucionales. En Italia, en marzo de 2021 se ha emitido el primer título de estado ligado a la sostenibilidad, el llamado "BTB 2045", con un valor nominal total de 13.500 millones de Euros (con contravalor a los precios de emisión igual a 13.256 millones), utilizados para financiar proyectos y actividades de investigación relacionados con fuentes renovables para la producción de energía eléctrica y térmica; aumento de la eficacia energética; infraestructuras y transportes, prevención y control de la contaminación y economía circular, tutela del ambiente y de la biodiversidad[37]. Empero, en la actualidad, también en Europa los emisores de títulos vinculados a la financiación de proyectos de sostenibilidad son también sociedades con participación pública, municipalizadas, agencias estatales y empresas privadas[38].

A nivel internacional, se han elaborado principios y líneas guía para elevar la transparencia y asegurar la integridad del mercado de los *green bond*, buscando favorecer su crecimiento constante y reducir el riesgo de *greenwashing* en un sector ya particularmente expuesto a las distorsiones provocadas por la asimetría informativa. En particular, la *International Capital Market Association* (ICMA) se ha encargado de la redacción de los llamados *Green Bond Principles* (GBP), que se articulan alrededor de cuatro puntos nodales: la utilización de los ingresos derivados por la emisión; la selección de las características de los proyectos financiables mediante el préstamo obligacional; el manejo del capital de inversión; le doble rendición de cuentas, fundada en gastos de *disclosure* y en una evaluación externa confiada a un revisor que ofrezca una segunda opinión independiente (llamada *second party opinión*), con miras a verificar, certificar o asignar un *rating* de sostenibilidad al producto en cuestión[39]. Sin embargo, los GBP se resuelven

36 Cfr. ICMA, *Green Bond Principles – Voluntary Process Guidelines for Issuing Green Bonds*, Junio de 2018, disponible en https://www.icmagroup.org/assets/documents/Regulatory/Green-Bonds/Green-Bonds-Principles-June-2018-270520.pdf; por otro lado, para los llamados *social bond* véase ICMA, *Social Bond Principles*, Junio de 2020, disponible en https://www.icmagroup.org/assets/documents/Regulatory/Green-Bonds/June-2020/Social-Bond-PrinciplesJune-2020-090620.pdf; Cavaliere, S.: "La prospettiva dei green bonds per la finanza sostenibile", *Dir. pub. eu.*, 2020, pp. 1 ss., espec. 6 ss.

37 Cfr. el marco de referencia para la emisión de títulos de estado green, expedido por el MEF el 25 de febrero de 2021, disponible en https://www.mef.gov.it/focus/documenti/btp_green/Green-Bond-FrameWork_ITA-.pdf; y el primer *report* (2022) sobre la ubicación de los capitales recogidos con los BTP *green* y su impacto, disponible en https://www.dt.mef.gov.it/export/sites/sitodt/modules/documenti_it/debito_pubblico/btp_green_post_emissioni/Rapporto-2022-Allocazione-e-Impatto-BTP-Green-13.05.2022.pdf.

38 Para visualizar el listado de los *green* y *sustainable bonds* actualmente en circulación, cfr. https://www.borsaitaliana.it/borsa/obbligazioni/green-e-social-bond/ricerca-avanzata.html.

39 Cfr. ICMA, *Green Bond Principles – Voluntary Process Guidelines for Issuing Green Bonds*, cit.; S. Cavaliere, "La prospettiva dei green bonds", cit., p. 9 ss.

en meras recomendaciones[40]: su carácter no vinculante y la ausencia de un *standard* uniforme a nivel europeo para la emisión de los *green bond* y para la gestión de los capitales que se recogen gracias a ellos ha permitido advertir a la Comisión europea que las potencialidades de las obligaciones verdes quedaban en su mayoría no expresadas y que, en consecuencia, se podrían desarrollar más[41]. Finalmente, la adopción de un standard europeo para los *green bond* ha sido impulsada por el grupo de expertos técnicos nombrados por la comisión europea luego de la adopción del *Action plan* sobre la financiación del crecimiento sostenible (*Commission's Technical Expert Group on Sustainable Finance* – TEG)[42]. El TEG ha propuesto un *European Green Bond Standard* (EUGBS), que se basa en las buenas prácticas identificadas a nivel internacional y en los principios elaborados por el ICMA[43]. En las recomendaciones desarrolladas, el GBS se debería poner como referencia al cual adherir voluntariamente para alinear, a nivel europeo, la emisión de *green bond* con los parámetros y los criterios fijados por la *Taxonomy*, uniformar la información brindada por el emisor a propósito de la ubicación de los capitales recogidos y las modalidades de rendición de cuentas con respecto a su uso efectivo, o sea, estandarizar los requisitos de la revisión externa de los resultados logrados[44].

Siguiendo el *trend* de eticidad de las elecciones de consumo e inversión, un alto grado de transparencia con respecto a los proyectos financiados debería

40 Es más, al final de estos mismos principios se precisa que "The Green Bond Principles are voluntary process guidelines that neither constitute an offer to purchase or sell securities nor constitute specific advice of whatever form (tax, legal, environmental, accounting or regulatory) in respect of Green Bonds or any other securities. The Green Bond Principles do not create any rights in, or liability to, any person, public or private. Issuers adopt and implement the Green Bond Principles voluntarily and independently, without reliance on or recourse to the Green Bond Principles, and are solely responsible for the decision to issue Green Bonds. Underwriters of Green Bonds are not responsible if issuers do not comply with their commitments to Green Bonds and the use of the resulting net proceeds. If there is a conflict between any applicable laws, statutes and regulations and the guidelines set forth in the Green Bond Principles, the relevant local laws, statutes and regulations shall prevail".

41 A pesar de los datos contrastantes en el desarrollo de herramientas de finanza sostenible, la Comisión ha constatado que "[…] current green bond issuance in the EU still only represents 2.6% of total EU bond issuance. Further growth in the market for high quality green bonds could be a source of significant green investment, helping to meet the European Green Deal targets" (Cfr. Questions and Answers: European Green Bonds Regulation – 6 July 2021, disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_21_3406); pero cfr. también la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del consejo sobre las obligaciones verdes europeas, cit.

42 Cfr. https://ec.europa.eu/info/publications/sustainable-finance-technical-expert-group_en, en donde son accesibles el *mid term report* y el *final report* elaborados por la Comisión técnica, que se ha ocupado de identificar los ejes del standard europeo para los *green bond*, de estudiar los criterios técnicos para definir la sostenibilidad de una actividad económica a la que la llamada *Taxonomy* reenvía, de definir nuevos *label* y sistemas de certificación para facilitar el acceso a la información del mercado y de promover estrategias de *disclosure* con respecto a las informaciones de carácter no financiero.

43 Cfr. Landini, S.: "ESG, Green Finance", cit., p. 224 ss.

44 En particular, los nuevos deberes de transparencia y revisión externa para las obligaciones verdes europeas imponen al emisor la compilación de 3 archivos informativos a redactar según un modelo establecido, la primera hay que difundirla antes de la emisión (art. 8 y anexo I de la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre las obligaciones verdes europeas, cit.), la segunda hay que completarla anualmente para certificar la asignación de los ingresos de las obligaciones verdes europeas (art. 9 y anexo II), la tercera está dedicada al impacto ambiental del proyecto financiado y hay que completarla luego de la asignación integral de los ingresos de la emisión (art. 10 y anexo III).

ayudar a los inversores en la elección de productos financieros que aporten una contribución sustancial a los objetivos de sostenibilidad ambiental. En ultima instancia, la propuesta de Reglamento sobre las "obligaciones verdes europeas"[45] toma en cuenta dicho aspecto, que aspira a calificar como verdes todos los títulos de deuda que satisfagan los requisitos fijados por el Reglamento —estrechamente conectados con aquellos perfilados por la taxonomía— hasta el vencimiento de la obligación (*ex* art. 3 de la propuesta) y a imponer deberes de transparencia y de revisión externa, delineando también criterios para el ejercicio de la actividad del revisor.

Desde un punto de vista clasificatorio, el *green bond* es una obligación que se diferencia tanto de los llamados *transition bond* —específicamente destinados a las empresas con altos niveles de emisiones contaminantes (GHGs) o que operan en sectores críticos— como del más amplio *genus* de los *ESG-linked bonds*[46]. Estos incluyen un espectro más extenso de títulos obligacionales: en los productos financieros *ESG-linked,* las mismas características estructurales o financieras de la obligación emitida se modulan y varían en consideración del alcance de objetivos *environmental*, *social* o de *governance* prefijados por el emisor y medibles en una determinada franja temporal según indicadores de *performance* predeterminados (KPI)[47], al momento de la emisión del título.

Aunque los *green bond* sean el contrato de la finanza sostenible estadísticamente más difundido, el abanico de los productos financieros sostenibles se está ampliando progresivamente: con cada vez mayor frecuencia, elementos esenciales o accidentales del contrato resultan "contaminados" por la sostenibilidad mediante la inserción de cláusulas que consideran el impacto de determinados factores ESG en la regulación del interés de las partes.

En particular, los contratos financieros y de seguros que, desde un punto de vista económico individual, siguen satisfaciendo el interés patrimonial típico de los contrayentes, insertan los programas negociales específicos de un marco de políticas de cohesión de la Unión del cual la misma libertad de iniciativa económica se vuelve el medio de actuación y, por eso, se distinguen por una función de

45 Cfr. Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre las obligaciones verdes europeas, cit.

46 A propósito de los llamados *Social Impact Bond*, cfr. Di Raimo, R., Mingone, C.: "Strumenti di finanziamento al terzo settore", cit., pp. 165 ss., quienes observan que "[i] social impact bond rappresentano l'avamposto di frontiera della finanza sociale. L'ultimo tentativo di distaccamento dalla concezione portante degli atti e delle attività funzionali alla valorizzazione capitalistica della ricchezza: attività organizzate e finanziate per 'fare bene' (in termini di saldo della gestione) da una parte e, dall'altra, attività organizzate e finanziate per 'fare del bene' (in termini di miglioramento e diffusione del benessere). Simmetricamente: atti con funzione retributiva che esprimono l'interesse del disponente (investitore) a ottimizzare il rapporto rischio-rendimento, senza riguardo al risultato sociale o ambientale dell'attività finanziata; oppure atti con funzione distributiva che esprimono l'interesse del disponente (donatore) a massimizzare il valore sociale della produzione, ma senza alcun interesse a conseguire un profitto".

47 ISDA *Overview of ESG-related Derivatives Products and Transactions*, 2021, p. 17.

utilidad social que sobrepasa aquella individual[48]. En los productos financieros y de seguros "sostenibles", la sostenibilidad incide en varios elementos característicos, que pueden mutar en relación con las *performance* ambientales/de sostenibilidad de uno de los contrayentes o en consecuencia del (fracasado) logro de los objetivos globales. El instrumento contractual resulta moldeado en relación con indicadores de *performance* EGS concordados entre las partes: por ejemplo, reduciendo la tasa de interés debido en el caso en que uno de los contrayentes alcance los objetivos de sostenibilidad con los cuales se había comprometido, o imponiendo penalidades por no haber logrado el *target* en función del cual se había celebrado el contrato, o identificando una obligación facultativa dirigida a la sostenibilidad a la que el solicitante deberá dar cumplimiento en el caso en que quiera mantener inalteradas las condiciones contractuales subordinadas al cumplimiento de objetivos ESG desatendidos.

Investigaciones empíricas atestiguan que en los últimos años se asiste a una introducción de variables ESG en *interest rate swaps*, *cross-currency swaps*, *forward* e *future*[49]. Más allá del contenido específico del pacto, la constante que parece poderse detectar en los derivados *ESG-linked* radica en el hecho de que el mecanismo virtuoso que desencadenan vincula ventajas económicas para la contraparte del operador financiero al impacto de su actividad sobre los objetivos de desarrollo sostenible o a la capacidad de administrar o mitigar los riesgos ESG. De hecho, existen derivados conectados a factores ESG que reconocen la más amplia discrecionalidad a la empresa en el empleo de los capitales recogidos (o sea, sin vincularlos con la realización de proyectos de sostenibilidad), pero que asocian ventajas inmediatamente apreciables desde el punto de vista económico a los KPIs establecidos desde la suscripción y susceptibles de medición por medio de *standard* técnicos[50].

48 Cfr. Nuzzo, Mar.: *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 26 ss.; Mazzamuto, S.: "Costituzione economica, libertà d'impresa e ausili finanziari", *Jus*, 1983, pp. 391 ss.; Mazzamuto, S.: "Libertà contrattuale e utilità sociale", *Eur. dir. priv.*, 2011, pp. 365 ss.; Benedetti, G.: "Appunti e osservazioni sul seminario", en *Persona e mercato. Lezioni* (ed. por G. Vettori), Cedam, Padova, 1996, pp. 131 ss.; Lipari, N.: "Ancora su persona e mercato", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, pp. 423 ss. Se permita también el reenvío a Bertelli, F.: *Le dichiarazioni di sostenibilità*, cit., p. 156 ss.

49 Cfr. Davini, S., de Gioia Carabellese, P.: "Derivati ESG ed altri prodotti finanziari sostenibili", *Dirittobancario*, 2019, pp. 1 ss., espec. 3 ss.; ISDA, https://www.isda.org/a/qRpTE/Overview-of-ESG-related-Derivatives-Products-and-Transactions.pdf, cit.

50 La versatilidad de los derivados *ESG-linked* ha sido captada por el mercado y hay varios ejemplos de esto. Solo a nivel italiano, los acuerdos celebrados entre Italo - Nuovo Trasporto Viaggiatori y Natixis (cfr. Natixis Press Release, 20 gennaio 2020, *Natixis Structures an Innovative Financing olution for Italo - Nuovo Trasporto Viaggiatori, aligned with the Company's Sustainable Development Targets*, disponible en https://www.wiztopic.com/natixis/assets/200122-ntv-natixis-pr-pdf-5460-8e037.html?lang=en: Natixis ha coordinado la estructuración de un acuerdo complejo celebrado en el respeto de los *Sustainability-Linked Loan Principles* (SLLP), por medio del cual se ha concedido a la sociedad de transportes un préstamo ESG-linked controlado por un valor de 1.1 millardos de euros, cuyos intereses están indexados según indicadores de desarrollo. Por 900 millones de euros, el financiamiento Green está destinado a financiar y refinanciar la realización de infraestructuras *low-carbon* por parte de Italo, cuya conformidad con los SLLP se ha verificado gracias a la *second party opinion* profesional de Sustainalytics. Por otro lado, los otros 200 millones de euros son objeto de una apertura de crédito *revolving* no vinculada con proyectos sostenibles y se ha dejado a completa disponibilidad de la sociedad para cubrir los gastos conectados con la actividad social, pero cuyo IRS es

Entonces, el proceso de conformación ecológica de la autonomía negocial ha conducido a una progresiva, pero incontestable, patrimonialización de los factores ESG, testimoniada por la creación de contratos derivados en los cuales tanto el rendimiento como el riesgo están basados en el *rating* de sostenibilidad y en sus indicadores de *performance*. Así, una definición puntual de los parámetros de sostenibilidad relevantes y la identificación de las modalidades más apropiadas para su verificación y rendición de cuentas no es solo una oportunidad de cosechar capitales para destinar a la transición ecológica, sino que es una exigencia funcional para prevenir fallas del mercado.

IV. POTENCIALIDADES Y LIMITES DE LA LLAMADA *TAXONOMY*.

Gracias a las consideraciones expuestas, es evidente la necesidad de tutelar la confianza de los inversionistas acerca de la calidad sostenible de los productos y de los servicios brindados en el mercado o de sus oferentes, o que, para maximizar el impacto de los contratos de la finanza sostenible, se acreciente la confianza en los sistemas de certificación y verificación de la "sostenibilidad". Entonces, la cuestión de la transparencia con respecto a los perfiles ESG es central tanto para asegurar a los actores económicos la posibilidad de identificar estrategias organizativas de largo plazo para la creación de valor, como para proteger el derecho a la autodeterminación de los inversores[51]. De hecho, una correcta gestión de la información relativa a la sostenibilidad y a los relativos flujos comunicativos es necesaria para impedir que los inversionistas no profesionales hagan elecciones de inversión viciadas por comunicaciones capaces de comprometer la autenticidad de sus decisiones negociales. Además, la transparencia informativa puede limitar la desalineación ya identificada entre *sustainable attitude* y *concrete behaviour*, en la mayoría de las hipótesis reconducibles a la desconfianza del público hacia información ESG, que son consecuencia de los notorios casos de *greenwashing*.

En este contexto, la *Taxonomy* europea tiene una función articulada y compleja, que debe ser balanceada con el principio de economicidad, y ponderada considerando la actual configuración del mercado y las exigencias de velocidad de los tráficos[52]. El objetivo a la base de la taxonomía europea es ambicioso: en el

proporcionado a un mecanismo de incentivos conexo con KPIs) y entre Enel y Société Genérale (cfr. *Enel Electrifies Sustainability Market with Inaugural Green-Linked Bond and Swap*, disponible en https://wholesale.banking.societegenerale.com/en/insights/clients-successes/clients-successes-details/news/enel-electrifies-sustainability-market-with-inaugural-green-linked-bond-and-swap), mediante el cual Enel ha recogido 1.5 millardos de euros gracias a un *bond* cuyo rendimiento está condicionado a una reducción autoimpuesta del nivel de emisiones, cuya cobertura del riesgo ha sido asegurada por medio de la suscripción de un *ESG-linked cross-currency swap*.

51 *Ex multis*, cfr. Barba, A.: *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato. Valutazione e divieto delle pratiche commerciali*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 366 ss.

52 Van Oostrum, C.H.A.: "*Sustainability Through Transparency and Definitions: A Few Thoughts on Regulation (EU) 2019/2088 and Regulation (EU) 2020/852*", *ECLJ*, 2021, pp. 15 ss.; Landini, S.: "ESG, Green Finance", cit., p. 225 ss.

respeto del ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la disciplina (fijado por el artículo 1, inc. 2, del reglamento *Taxonomy*)[53], se busca analíticamente establecer un sistema clasificatorio para permitir la determinación de si una actividad económica puede considerarse sostenible, para identificar el grado de eco-sostenibilidad de una inversión[54]. Para esto la *Taxonomy* introduce parámetros de prestación, que aspiran a ser claros y comprensibles, "para establecer cuáles actividades aportan una contribución sustancial a los objetivos del Green Deal"[55]. En particular, para determinar el grado de sostenibilidad de una inversión, en primer lugar, el art. 3 del Reglamento conecta la sostenibilidad de la actividad ejercida con los objetivos ambientales indicados en el siguiente art. 9, pero también se consideran los procedimientos adelantados para garantizar la aplicación de las líneas guía OCSE destinadas a las empresas multinacionales y de los Principios guía de las Naciones Unidas a propósito de empresas y derechos humanos, o sea, a la conformidad con algunos criterios de análisis técnico *ad hoc* identificados y cuya explicitación ha sido reenviada a actos delegados sucesivos a las oportunas fases de consulta[56].

Un primer acto delegado (llamado *Climate Delegate Act*) sobre las actividades que se pueden considerar sostenibles para la adaptación al cambio climático y la realización de medidas de mitigación ha sido publicado en diciembre de 2021, junto con una comunicación de la Comisión europea que enumera las razones por las cuales el portal de la finanza sostenible (*Platform on Sustainable Finance*) debería facilitar el acceso para los inversionistas a productos financieros que favorezcan la transición ecológica[57]. El 6 de julio de 2021 ha sido adoptado el reglamento Delegado (UE) 2021/2178, que integra el art. 8 de la *Taxonomy* (llamado *Disclosure Delegated Act*) y ofrece información puntual acerca del contenido y la modalidad

53 Según la cual el reglamento se aplica: " a) alle misure adottate dagli Stati membri o dall'Unione che stabiliscono obblighi per i partecipanti ai mercati finanziari o gli emittenti in relazione a prodotti finanziari o obbligazioni societarie resi disponibili come ecosostenibili; b) ai partecipanti ai mercati finanziari che mettono a disposizione prodotti finanziari; c) alle imprese soggette all'obbligo di pubblicare una dichiarazione di carattere non finanziario o una dichiarazione consolidata di carattere non finanziario ai sensi, rispettivamente, dell'articolo 19 *bis* o dell'articolo 29 *bis* della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio".

54 Cfr. Art. 1, inc. 1, reg. 18 junio de 2020, n. 852.

55 Cfr. Reglamento delegado (UE) 2021/2139 de la Comisión, del 4 de junio de 2021, que integra el reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo y del Consejo fijando los criterios de análisis técnico que consienten determinar bajo qué condiciones se puede considerar que una actividad económica contribuye de manera sustancial a la mitigación de los cambios climáticos o a la adaptación a los cambios climáticos y si no implica un daño significativo a ningún otro objetivo ambiental, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R2139&from=IT; y también la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones: *Tassonomia dell'UE, comunicazione societaria sulla sostenibilità, preferenze di sostenibilità e doveri fiduciari: dirigere i finanziamenti verso il green deal europeo*, del 21 de abril de 2021 – COM(2021)188 final, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/txt/pdf/?uri=celex:52021dc0188&from=ES.

56 Sobre los requisitos que permiten calificar una actividad económica como sostenible según la Taxonomy, cfr. Landini, S.: "ESG, Green Finance", cit., espec. p. 226 s.

57 Cfr. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones: *Tassonomia dell'UE, comunicazione societaria sulla sostenibilità, preferenze di sostenibilità* e *doveri fiduciari: dirigere i finanziamenti verso il green deal europeo* del 21 de abril de 2021 (COM (2021) 188 final), disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0188&from=EN

de rendición de cuentas de la información que las empresas no financieras, los gestores de actividades financieras, los entes crediticios, las empresas de inversión, de seguros y reaseguros tienen que comunicar con respecto a las actividades económicas eco-sostenibles y, también mediante la predisposición de modelos *standard* anexos, especifica la metodología para conformarse a dichos deberes informativos[58]. En febrero de 2020 ha sido aprobado el borrador de un ulterior Reglamento delegado que dicta condiciones estrictas para incluir entre las actividades sostenibles según la taxonomía UE[59] también a aquellas desarrolladas en el sector de la energía nuclear y del gas natural.

Para llegar a una estandarización de los parámetros gracias a los cuales evaluar la sostenibilidad de una actividad, es decisiva la introducción de los *Regulatory Technical Standards* (RTS)[60], que han sido publicados por la Comisión Europea el 6 de abril de 2022, luego de numerosas consultas técnicas. Los RTS son un grupo consolidado de criterios técnicos que brinda prescripciones adicionales con respecto a algunos perfiles tanto acerca del contenido, como de la metodología de elaboración y a las modalidades de presentación de la información, y uniforma los requisitos de *Disclosure* de la *Sustainable Finance Disclosures Regulation* (SFDR) (Reg. 27 de noviembre de 2019, n. 2088/UE) con la Taxonomía UE[61]. Luego de la entrada en vigor del Reglamento delegado relativo a los RTS, las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la SFDR estarían, entonces, obligadas a divulgar los propios indicadores de *performance* de sostenibilidad siguiendo las modalidades cualitativas y cuantitativas previstas por los *standard* técnicos y los modelos de rendición de cuentas brindados para indicar a los *stakeholders* la medida en la cual las actividades que ejercen están alineadas con la taxonomía.

El elevado grado de tecnicismo en la definición de los *standard* por medio de los cuales se cumple con los deberes informativos y la articulación de las cargas de rendición de cuentas anticipan la paradoja a la que se podría llegar haciendo prevalecer la *compliance formale* sobre la transparencia sustancial. De hecho, si no se identifican modalidades para consentir un acceso efectivo por parte de los inversionistas (sobre todo *retail*) a la información que permita evaluar la sostenibilidad de la actividad propuesta por el interlocutor profesional, la difusión del material informativo —también sobreabundante para la selección de la información relevante para el pequeño inversor— podría desalentar la búsqueda de productos sostenibles. Entonces, también con respecto a los factores ESG la

58 El texto del Reglamento delegado y los anexos que constituyen su parte integrante están disponibles en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R2178&from=EN

59 Cfr. https://ec.europa.eu/finance/docs/level-2-measures/taxonomy-regulation-delegated-act-2022-631_en.pdf

60 Disponibles en https://ec.europa.eu/finance/docs/level-2-measures/C_2022_1931_1_EN_ACT_part1_v6%20(1).pdf

61 Grewal, J., Riedl, E.J., Serafeim, G.: "Market Reaction to Mandatory Nonfinancial Disclosure", *Management Science*, 2019, p. 3061 ss.

mera transparencia formal vale para asegurar la legalidad del procedimiento de celebración del contrato, pero no asegura la efectividad del consentimiento del inversor ético y tampoco facilita la selección de productos financieros y de seguros que promuevan la transición ecológica.

Por lo demás, en términos de costos se puede hipotetizar desde ya la significativa entidad de los gastos que las empresas tendrán que asumir para adecuarse a la *taxonomy* y el distinto impacto que estos tendrán sobre la realidad empresarial específica en razón de la relativa dimensión.

Así, la tentativa de la Unión Europea de favorecer la transición ecológica por medio de una reglamentación puntual de los índices ESG y de sus indicadores de *performance* en el sector de los servicios financieros podría no ser suficiente por sí sola para ralentizar las consecuencias del cambio climático y moldear un sistema económico efectivamente capaz de contrastarlas[62]. Ya ha sido denunciado que las cargas de *disclosure* impuestas a los actores económicos con respecto a las estrategias propias de gestión de los riesgos *ESG-linked* y a los *standard* que hay que aplicar para calificar un actividad como sostenible, a pesar de estar acompañados por el fortalecimiento de las tareas de supervisión y dirección por parte de la autoridad de vigilancia del sector, no va acompañado de un régimen de responsabilidad o de sanciones para las empresas irresponsables desde el punto de vista social o ambiental[63]. Sin estos elementos, la introducción de *standard* técnicos que aseguren la "mensurabilidad" de la sostenibilidad reduce la incertidumbre y permite aislar los distintos factores de riesgo ESG también para consentir una cobertura[64], pero con el riesgo de limitarse a una transformación numérica de datos complejos[65], que delegue integralmente al mercado la re-determinación de los equilibrios entre *asset* insostenibles y sostenibles sobre la base de indicadores fisiológicamente incompletos[66].

El impacto de los factores ESG en la economía real y en la actividad empresarial hace inevitable una intervención dirigida a evitar comportamientos predatorios y fallas del mercado que se aprovechen de un *déficit* reglamentario

62 Así Pistor, K.: "Green Markets Won't Save Us", *Social Europe*, 24 March 2021, quien nota que "the European Union's new regulation on 'sustainability-related disclosures in the financial services sector' looks like yet another attempt to address climate change without actually paying the full bill for it".

63 De nuevo Pistor, K., "Green Markets", cit.

64 Cfr. *Sustainable Finance Across Insurance Providers*, disponible en https://www.fc4s.org/viewpdf.php?pdf_file=wp-content/uploads/2021/07/Deck_05_01.pdf

65 Pistor, K., "Green Markets", cit., quien reflexiona más ampliamente sobre la relación entre legislación y modelo económico en Pistor, K., *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton University Press, Princeton, 2019.

66 Cfr. Pacces, A., "Will the EU Taxonomy Regulation Foster Sustainable Corporate Governance?", cit, p. 21, quien pone en evidencia que la determinación del nuevo equilibrio entre intereses económicos y ambientales será fijada por el mercado: "the pace of the transition will be set, in different industries, by the market revealing the desired combinations of environmental sustainability and financial return through the beneficiaries' choice of institutional investors".

sobre la información relativa a ellos[67]. Sin embargo, la identificación de criterios armonizados para permitir calificar de forma unívoca el significado y alcance de la sostenibilidad en ámbito empresarial debe entenderse como fase preliminar a operaciones político-institucionales y de largo plazo. En la perspectiva de una planificación estratégica para el mercado interno de la Unión europea, la consideración de los riesgos y de los factores ESG por parte de los operadores financieros y de seguros puede estimular la transición ecológica[68]. Sin embargo, solo si se refuerza la cooperación entre público y privado en la perspectiva del bienestar integrado e intergeneracional pueden producirse cambios sistémicos suficientemente profundos para que la transición se cumpla y se cree un punto de convergencia entre el interés económico actual y los intereses sociales y ambientales inter-temporales[69].

67 También Pacces, A., "Will the EU Taxonomy Regulation Foster Sustainable Corporate Governance?", cit, p. 3, quien no esconde las imperfecciones de la taxonomía UE, pero reconoce el mérito de reducir "the ambiguity underlying greenwashing" y de incentivar a los inversionistas a "to act on their portfolio companies, by way of exit or voice, to meet the preferences of sustainability-minded beneficiaries"; Healy, P.M., Palepu, K.G., "Information Asymmetry, Corporate Disclosure, and The Capital Markets: A Review of the Empirical Disclosure Literature", *Journal of Accounting and Economics*, 2001, pp. 405 ss.

68 Cfr. Jarzabkowski, P., Chalkias, K., Clarke, D., Iyahen, E., Stadtmueller, D., Zwick, A., *Insurance for Climate Adaptation: Opportunities and Limitations*, Rotterdam - Washington, 2019, disponible en https://www.insuresilience.org/wp-content/uploads/2019/08/Insurance-for-climate-adaptation_Opportunities-and-Limitations_Web.pdf

69 Cfr. Perlingieri, P., "I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici", *Riv. giur. Molise Sannio*, 2000, pp. 11 ss.; y en Perlingieri, P., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2005, pp. 73 ss.; ahora en Perlingieri, P., *Lezioni (1969-2019)*, I, Esi, Napoli, 2020, pp. 161 ss. D'aloia, A., voz *Generazioni future (diritto costituzionale)*, en *Enc. dir.*, Ann., IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 331 ss.; Porena, D., *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017, pp. 285 ss.

BIBLIOGRAFÍA

BAKER, M., BERGSTRESSER, D., SERAFEIM, G., WURGLER, J.: *Financing the Response to Climate Change: The Pricing and Ownership of US Green Bonds*, (No. w25194), National Bureau of Economic Research, 2018, pp. 1 ss.

BARBA, A.: *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato. Valutazione e divieto delle pratiche commerciali*, Giappichelli, Torino, 2021

BARCELLONA, M.: *Mercato mobiliare e tutela del risparmio. L'intermediazione finanziaria e le responsabilità di banche e Consob*, Giuffrè, Milano, 2009

BARRAL, V.:, "The Principle of Sustainable Development", en *Principles of Environmental Law* (ed. por L. KRAMER, E. ORLANDO), Edward Edgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 103 ss.

BASEDOW, J.: "The State's Private Law and the Economy – Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making", *Am. J. Comp Law*, 2008, pp. 703 ss.

BENEDETTI, G.: "Appunti e osservazioni sul seminario", en *Persona e mercato. Lezioni* (ed. por G. VETTORI), Cedam, Padova, 1996, pp. 131 ss.

BERNARDINI, E., FAIELLA, I., LAVECCHIA, L., MISTRETTA, A., NATOLI, F.: *Banche centrali, rischi climatici e finanza sostenibile*, 2021, *Occasional paper* della Banca d'Italia, n. 6080

BERTELLI, F.: *Le dichiarazioni di sostenibilità nella fornitura di beni di consumo*, Giappichelli, Torino, 2022

BERTELLI, F.: *Profili civilistici del "dieselgate". Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, Esi, Napoli, 2021, pp. 169 ss.

BOSSELMANN, K.: *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, Routledge, New York, 2017, pp. 75 ss.

BRUNI, L., ZAMAGNI, S.: *Economia civile: efficienza, equità, felicità pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2004.

BRUNI, L., ZAMAGNI, S.: *L'economia civile*, Bologna, 2015, pp. 92 ss. y 103 ss.

CAFAGNO, M.: "Analisi economica del diritto e ambiente, tra metanarrazioni e pragmatismo", *Il diritto dell'economia*, 2019, pp. 159 ss.

Campiglio, E., Dafermos, Y., Monnin, P., Ryan-Collins, J., Schotten, G. Tanaka, M.: "Climate Change Challenges for Central Banks and Financial Regulators", *Nature Climate Change*, 2018, pp. 462 ss.

Capaldo, G.: "Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile", *Pers. merc.*, 2020, pos. 334 ss.

Carta, M.C.: "Il Green Deal europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE", *Eurojus*, 2020, pp. 54 ss.

Cassese, S.: "L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato", *Riv. trim. dir. pubb.*, 2001, pp. 607 ss.

Cassese, S.: "Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private", *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, pp. 389 ss.

Caterini, E.: "La 'sostenibilità' nell'esperienza giuridica contemporanea. In occasione della discussione svoltasi nell'Ateneo barese", en *Sostenibilità: sfida o presupposto?* (ed. por D.A., Benitez, C. Fava), Wolters Kluwer, Milano, 2019, p. 77 ss.

Caterini, E.: "Sustainability and Civil Law", *ItaLJ*, 2018, pp. 289 ss.

Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile, Per una riproposizione della questione sociale*, Esi, Napoli, 2018, espec. p. 96 ss.

Cavaliere, S.: "La prospettiva dei green bonds per la finanza sostenibile", *Dir. pub. eu.*, 2020, pp. 1 ss.

Cucumile, P.: "Il 'Green Deal' europeo", *ambientediritto*, 2021.

D'Aloia, A.: voz *Generazioni future (diritto costituzionale)*, en *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, pp. 331 ss.

D'Orazio, P., Popoyan, L., Monnin, P.: "Prudential Regulation Can Help Tackling Climate Change", *CEP Blog*, Febrero 2019, disponible en: https://www.cepweb.org/prudential-regulation-can-help-in-tackling-climate-change/

D'Orazio, P., Popoyan, L.: *Taking Up the Climate Change Challenge: A New Perspective on Central Banking*, LEM Papers Series 2020/19, Laboratory of Economics and Management (LEM), Sant'Anna School of Advanced Studies, Pisa, 2020, pp. 1 ss.

Di Raimo, R., Mingone, C.: "Strumenti di finanziamento al terzo settore e politiche di intervento locale nella 'società inclusiva' europea. (Dalla filantropia alla finanza alternativa)", *Giust. civ.*, 2017, pp. 139 ss.

Davini, S., de Gioia Carabellese, P.: "Derivati ESG ed altri prodotti finanziari sostenibili", *Dirittobancario*, 2019, pp. 1 ss.

Del Giudice, A.: *La finanza sostenibile*, Giappichelli, Torino, 2019.

Falcone, M.: "La tutela dell'ambiente nel difficile bilanciamento tra diritti fondamentali ed esigenze economiche", *Studi sull'integrazione europea*, 2017, pp. 365 ss.

Flammer, C.: "Corporate Social Responsibility and Shareholder Reaction: The Environmental Awareness of Investors", *AMJ*, 2013, pp. 758 ss.

Fois, P.: *Il diritto ambientale dell'Unione europea*, en *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati* (coord. por G. Cordini, P. Fois, S. Marchisio), Giappichelli, Torino, 2017, pp. 78 ss.

Gentili, A.: "Il diritto regolatorio", *Riv. dir. banc.*, 2020, pp. 30 ss.

Grewal, J., Riedl, E.J., Serafeim, G.: "Market Reaction to Mandatory Nonfinancial Disclosure", *Management Science*, 2019, p. 3061 ss.

Healy, P.M., Palepu, K.G.: "Information Asymmetry, Corporate Disclosure, and The Capital Markets: A Review of the Empirical Disclosure Literature", *Journal of Accounting and Economics*, 2001, pp. 405 ss.

Hjort, I.: *Potential Climate Risks in Financial Markets: A Literature Overview, Memorandum*, Working Paper No. 01/2016, University of Oslo, Oslo, 2016.

Jarzabkowski, P., Chalkias, K., Clarke, D., Iyahen, E., Stadtmueller, D., Zwick, A.: *Insurance for Climate Adaptation: Opportunities and Limitations*, Rotterdam - Washington, 2019, disponible en: https://www.insuresilience.org/wp-content/uploads/2019/08/Insurance-for-climate-adaptation_Opportunities-and-Limitations_Web.pdf

Landini, S.: "ESG, Green Finance, assicurazioni e previdenza complementare", *Corporate Governance*, 2022, pp. 221 ss.

Laskowska, A.: "The Green Bond as a Prospective Instrument of the Global Debt Market", *CJFA*, 2017, pp. 69 ss.

Lazzaroli, L.: "Sviluppare la finanza sostenibile: sfide e priorità europee e il ruolo della BEI", *Bancaria*, 2020, pp. 17 ss.

Libertini, M.; "Concorrenza e coesione sociale", *Orizz. dir. comm.*, 2013, disponible en http://images.rivistaodc.eu/f/articoli/101_articolo_pyms6_orizzonti.pdf; *Pers. merc.*, 2015, pp. 53 ss.

Linciano, N., Cafiero, E., Ciavarella, A., Di Stefano, G, Levantini, E., Mollo, G., Nocella, S., Santamaria, R., Taverna, M.: *La finanza per lo sviluppo sostenibile. Tendenze, questioni in corso e prospettive alla luce dell'evoluzione del quadro regolamentare dell'Unione europea*, Studio Consob, Roma, 202.

Lionetto, L.: "Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione", *Jus online*, 2020, pp. 105 ss.

Lipari, N.: "Ancora su persona e mercato", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, pp. 423 ss.

Lipari, N.: "Il ruolo del terzo settore nella crisi dello Stato", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, pp. 637 ss.

Macchiavello, E.: "Possono esistere 'banche etiche'? La nuova definizione normativa di 'operatori di finanza etica e sostenibile' tra interesse sociale, scopo di lucro e normativa bancaria post-crisi", *Riv. trim. dir. ec.*, 2019, pp. 188 ss.

Macchiavello, E., Siri, M.: *Sustainable Finance and Fintech: Can Technology Contribute to Achieving Environmental Goals? A Preliminary Assessment of 'Green FinTech'*, European Banking Institute Working Paper Series 2020 – no. 71, disponible en: https://ssrn.com/abstract=3672989

Mazzamuto, S.: "Costituzione economica, libertà d'impresa e ausili finanziari", *Jus*, 1983, pp. 391 ss.

Mazzamuto, S.: "Libertà contrattuale e utilità sociale", *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 365 ss.

Mazzamuto, S.: *Il contratto di diritto europeo*, 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2020, pp. 33 ss. et 148 ss.;

Micklitz, H.W.: "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, p. 3 ss.

Monnin, P.: "Central Banks Should Reflect Climate Risks in Monetary Policy Operations", *SUERF Policy Note*, 2018, n. 41, pp. 1 ss.

Natoli, R.: "Il diritto privato regolatorio", *Riv. reg. merc.*, 2020, pp. 134 ss.

Naughton, J.P., Wang, C., Yeung, I.: "Investor Sentiment for Corporate Social Performance", *The Accounting Review*, 2019, pp. 401 ss.

Nonne, L.: "Il microcredito solidale, profili tipologici e proposte disciplinari", *Banca borsa tit. cred.*, 2011, pp. 49 ss.

Nordhaus, W.D.: "Economic Growth and Climate: The Carbon Dioxide Problem", *Am. Econ. Rev.*, 1977, pp. 341 ss.

Nordhaus, W.D.: "To Slow or Not To Slow: The Economics of the Greenhouse Effect", *Econ. J.*, 1991, pp. 920 ss.

Nordhaus, W.D., Boyer, J.: *Warming the World: Economic Models of Global Warming*, London MIT Press, Cambridge (Ma), 2000.

Nussbaum, M.C.: *Creating Capabilities: The Human Development*, Harvard University Press, Cambridge (Ma), 2011, pp. 185 ss.

Nuzzo, Mar.: *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1975.

Oman, W., Svartzman, R.: "What Justifies Sustainable Finance Measures? Financial-Economic Interactions and Possible Implications for Policymakers", *CESifo Forum*, 2021, pp. 3 ss.

Ostrom, E.; "Social Capital: A Fad or a Fundamental Concept?", en *Social Capital: A Multifaceted Perspective* (ed. por P. Dasgupta, D. Serageldin), Word Bank, Washington, 2000, pp. 172 ss.

Pacces, A.: "Will the EU Taxonomy Regulation Foster Sustainable Corporate Governance?", *Sustainability*, 2021, pp. 1 ss.

Pennasilico, M.: "Dal 'controllo' alla 'conformazione' dei contratti: itinerari della meritevolezza", *Contr. impr.*, 2020, pp. 823 ss.

Pennasilico, M.: "Economia circolare e diritto: ripensare la sostenibilità", *Pers. merc.*, 2021, pp. 714 ss.

Pennasilico, M.: "Recensione a E. Caterini, Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale", en *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 1511 ss.

Perfetti, A.: "Gli strumenti normativi e finanziari della politica di coesione dell'Unione europea tesi alla valorizzazione della dimensione ambientale", *DPCE online*, 2019, pp. 1017 ss.

Perlingieri, G.: "'Sostenibilità', ordinamento giuridico e 'retorica dei diritti'. A margine di un recente libro", *Foro nap.*, 2020, pp. 101 ss.

Perlingieri, P.: "I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici", *Riv. giur. Molise Sannio*, 2000, pp. 11 ss.; y en Perlingieri, P., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2005, pp. 73 ss.; ahora en Perlingieri, P., *Lezioni (1969-2019)*, I, Esi, Napoli, 2020, pp. 161 ss.

Perlingieri, P.: "Principio personalista, dignità umana e rapporti civili", en *Ann. SISDiC*, 2020, pp. 1 ss.

Pettifor, A.: *The Case for the Green New Deal*, Verso, London-New York, 2019.

Pezzuto, A.: "La Guida della BCE sui rischi climatici e ambientali", *Magistra Banca Finanza*, 22 dicembre 2020, disponible en https://www.tidona.com/la-guida-della-bce-sui-rischi-climatici-e-ambientali/#_ftnref3

Pistor, K.: "Green Markets Won't Save Us", *Social Europe*, 24 de marzo de 2021.

Pistor, K.: *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton University Press, Princeton, 2019.

Porena, D.: *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, 2017.

Quartarone, A.: "Etica in finanza", *Riv. trim. dir. ec.*, 2018, pp. 129 ss.

Renna, M.: "Strumenti finanziari e terzo settore", *Dir. merc. ass. fin.*, 2018, pp. 289 ss.

Ricciuto, V.: *Regolazione del mercato e "funzionalizzazione" del contratto*, en *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Esi, Napoli, 2008, pp. 1611 ss.

Rolando, F.: "*L'attuazione del* Green Deal *e del Dispositivo per la ripresa e resilienza: siamo effettivamente sulla strada per raggiungere la sostenibilità ambientale?*", *L'osservatorio europeo*, 2022

Romani, A.: "Green bonds: meriti e sfide di un prodotto in rapida diffusione", *Bancaria*, 2016, pp. 49 ss.

Sabatini, G.: "Finanza d'impatto e Action Plan sulla finanza sostenibile: il percorso delle banche europee", *Bancaria*, 2019, pp. 23 ss.

Sen, A.K.: *Collective Choice and Social Welfare*, Holden Day, San Francisco, 1970, pp. 41 ss.

Sen, A.K.: *The Idea of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Ma), 2009, pp. 91 ss.

Serafeim, G., Yoon, A.: *Stock Price Reactions to ESG News: The Role of ESG Ratings and Disagreement*, Harvard Business School Working Paper n. 21-079, 2021.

Stern, N., Stiglitz, J.E.,Taylor, C.: *The Economics of Immense Risk, Urgent Action and Radical Change: Towards New Approaches to the Economics of Climate Change*, NBER Working Paper No. 28472, Febrero 2021.

Stibbe D., e Prescott, D.: *The SDG Partnership Guidebook: A Practical Guide to Building High-Impact Multi-Stakeholder Partnerships for the Sustainable Development Goals*, 2020, disponible en: https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/2698SDG_Partnership_Guidebook_1.01_web.pdf

Stiglitz, J.E.: *Let's Force Finance to Save the Planet*, 11 de septiembre 2021.

Van Oostrum, C.H.A.: "Sustainability Through Transparency and Definitions: A Few Thoughts on Regulation (EU) 2019/2088 and Regulation (EU) 2020/852", *ECLJ*, 2021, pp. 15 ss.

Venturi, P., Perra, G.: "La finanza di impatto per i cambiamenti climatici", *finanzasostenibile.it*, 2018.

Vettori, G.: "Diritti e coesione sociale. Appunti per il seminario fiorentino del giorno 8 giugno 2012", *Pers. merc.*, 2012, pp. 4 ss.

Weitzman, M.L.: "A Review of The Stern Review on the Economics of Climate Change", *J. Econ. Lit.*, 2007, pp. 703 ss.

Weitzman, M.L.: "On Modeling and Interpreting the Economics of Catastrophic Climate Change", *Rev. Econ. Stat.*, 2009, pp. 1 ss.

Zoppini, A.: "Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio", *Ars Interpretandi*, 2021, pp. 37 ss.

Zoppini, A.: "Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)", *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 515 ss.

Zoppini, A.: "Il diritto privato e le 'libertà fondamentali' dell'Unione europea (principi e problemi della 'Drittwirkung' nel mercato unico)", *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 712 ss.

Zoppini, A.: *Il diritto privato e i suoi confini*, Il Mulino, Bologna, 2020.

RISCHIO FINANZIARIO E CAMBIAMENTO CLIMATICO: NUOVE FRONTIERE PER UNA VIGILANZA "SOSTENIBILE" E NUOVE RESPONSABILITÀ DEGLI ESPONENTI BANCARI

FINANCIAL RISK AND CLIMATE CHANGE: NEW BORDERS FOR A "SUSTAINABLE" SUPERVISION AND NEW RESPONSIBILITIES OF BANKS' BOARD MEMBERS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1708-1737

Sofia
SANFILIPPO

ARTICOLO CONSEGNATO: 13 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: La trasformazione climatica in atto presenta nuove opportunità – così come nuovi rischi – per il settore bancario e finanziario: i fattori che concorrono al cambiamento climatico possono riflettersi su tale sistema che può trovarsi esposto alle diverse tipologie di rischio climatico. Da un punto di vista "macroprudenziale", si deve dar conto di come in tempi recenti i regolatori abbiano spinto verso iniziative di sviluppo di modelli comuni per la valutazione delle vulnerabilità al rischio climatico e per potenziare l'analisi degli scenari climatici. La scelta di strumenti di *soft law* e la tendenza alla predilezione di un approccio basato sul rischio consentono, da un lato, di poter adattare la normazione alla fluidità e alla aleatorietà del tema e, dall'altro, di assicurare una pronta e precauzionale risposta ai possibili *shock* sistemici derivanti da una cattiva internalizzazione dei rischi climatici. Da un punto di vista di gestione interna, invece, gli esponenti bancari sono i deputati ad assicurare che la funzione di *risk management* comprenda anche i fattori climatici e ambientali nella valutazione dell'esposizione ai vari rischi, nonché nel loro monitoraggio. Il sistema si apre pertanto a nuovi fenomeni di responsabilità, soprattutto nei confronti dei terzi, i quali sono potenziali portatori di interessi non patrimoniali connessi al rispetto dell'ambiente. La Terra reclama la nostra attenzione: il risparmio (art. 47 cost.), ma in realtà l'attività bancaria tutta quale espressione della libertà economica (art. 41 cost.), non può oggi non relazionarsi con la preservazione dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi (art. 9 cost.).

PAROLE CHIAVE: Fattori ESG; Rischio finanziario; Cambiamento climatico; Rischi climatici; Vigilanza (attività di); Vigilanza sostenibile; Approccio basato sul rischio; *Soft law* (aumento delle fonti di); Sistema multilivello; Esponenti aziendali (responsabilità degli); Responsabilità aquiliana.

ABSTRACT: *The ongoing climate transformation presents new opportunities – as well as new risks – for the banking and financial system: the factors that contribute to climate change may be reflected in that sector, which could be exposed to different types of climate risk. From a "macroprudential" point of view, it must be accounted for how in recent times regulators have been pushing for initiatives to develop common models to assess vulnerabilities to climate risk and to enhance climate scenario analysis. The choice of soft-law tools and the trend toward a preference for a risk-based approach make it possible, on the one hand, to be able to adapt regulation to the fluidity and aleatory nature of the subject matter and, on the other, to ensure a prompt and precautionary response to possible systemic shocks resulting from a improper internalization of climate risks. From an internal management point of view, meanwhile, bank officers must ensure that the risk management function includes climate and environmental factors in assessing exposure to various risks, as well as in monitoring them. Thus, the system opens up to new liability phenomena, especially to third parties who are the bearers of non-pecuniary interests related to respect for the environment. The Earth claims our attention: savings (art. 47 cost.), but actually the whole banking activity as an expression of economic freedom (art. 41 cost.), should relate to the preservation of the environment, biodiversity and ecosystems (art. 9 cost.).*

KEY WORDS: *ESG factors; Financial risk; Climate change; Climate risks; Supervision (activities of) - Sustainable supervision; Risk-based approach; Soft law (increased sources of); Multilevel system ; Corporate officers (accountability of); Tort liability.*

SOMMARIO.- I. PROSPETTIVE E ÀMBITI DI RICERCA. – II. INTERRELAZIONE FRA RISCHI CLIMATICI E RISCHI TRADIZIONALI. – III. PREDILEZIONE DI FONTI DI SOFT LAW E SCELTA DI UN APPROCCIO BASATO SUL RISCHIO. – IV. LA NUOVA VIGILANZA BANCARIA SUI RISCHI CLIMATICI: LA CD. VIGILANZA SOSTENIBILE. – V. INESATTA O MANCATA INTEGRAZIONE DEI RISCHI CLIMATICI NELL'ATTIVITÀ DEI BOARDS DELLE BANCHE: A NUOVI RISCHI, NUOVE RESPONSABILITÀ. – VI. RIFLESSIONI CONCLUSIVE: LA SOSTENIBILITÀ COME OBIETTIVO DI SISTEMA.

I. PROSPETTIVE E ÀMBITI DI RICERCA.

La comunità internazionale ha da tempo preso atto della necessità di agire per conciliare lo sviluppo economico con la tutela dell'ambiente e il raggiungimento di obiettivi definiti nell'interesse della collettività.

L'attenzione agli effetti economici dei cambiamenti climatici è diventata elevatissima. Gli scenari più aggiornati hanno delineato, nel corso del ventunesimo secolo, un ulteriore innalzamento delle temperature globali, con effetti sulla frequenza e sull'intensità dei fenomeni naturali estremi e implicazioni critiche per gli ecosistemi e la salute umana. Il legame tra attività umana e cambiamenti climatici evidenzia l'esigenza di rifondare il modello di sviluppo in senso sostenibile, a partire dal progressivo abbandono delle fonti fossili.

L'innovazione del paradigma della crescita economica tradizionale impone di gestire in maniera sostenibile le trasformazioni che la società e il sistema economico si troveranno a fronteggiare nei prossimi anni: fra questi, e forse primo fra tutti, gli effetti del cambiamento climatico.

Un modello di "sviluppo sostenibile"[1] si basa sulla piena integrazione dei tanto discussi fattori ambientali, sociali e di *governance* (*Environment, Social and Governance factors*: ESG) all'interno della meccanica di mercato. Con tale acronimo si intende fare riferimento all'introduzione di nuovi parametri che spingono a valutare la struttura e le *performance* delle imprese anche alla luce della sensibilità che le stesse hanno nei confronti delle problematiche di natura sociale e ambientale[2].

1 Pe riprendere il principio di sviluppo sostenibile enunciato dall'art. 3-*quater* del d.lg. 3 aprile 2006, n. 152 (Testo Unico Ambiente), la cui nozione è stata ritenuta una "formula accattivante, il cui vasto consenso sottende l'intenzione di considerare la sostenibilità come il minimo comun denominatore di qualsiasi politica di sviluppo, purché sensibile all'interesse ambientale": così per Pennasilico M.: "Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto", *Persona e mercato. Saggi*, 2015, 4, p. 37, nonché su Aa. Vv., *Liber amicorum per Biagio Grasso*, Napoli, Esi, 2015, p. 473.

2 Sul punto cfr. Berti de Marinis, G.: "Patrimonio culturale e fattori ESG nel mercato assicurativo", *Riv. dir. merc. ass. banc.*, 2020, 1, p. 56.

• Sofia Sanfilippo
Dottoranda di ricerca in Management and Law – curriculum Diritto dell'Economia presso l'Università Politecnica delle Marche
s.sanfilippo@pm.unvipm.it

Data la pervasività dei fenomeni di natura climatica e, in generale, ambientale, i criteri ESG si sono posti anche nell'attenzione del sistema bancario e finanziario, quale settore chiamato a contribuire alla transizione verde del nostro Paese[3].

Pertanto, gli accadimenti connessi al cambiamento climatico sono stati oggetto di considerazione da parte del regolatore eurounitario[4], in quanto modelli di *business* sostenibili degli intermediari possono agevolare l'evoluzione finanza nel suo complesso verso *standards* virtuosi di inclusione sociale, con connessa resistenza a *shock* esterni e interni e conseguente raggiungimento di obiettivi ecologicamente sostenibili.

La trasformazione climatica in atto presenta, dunque, nuove opportunità – così come nuovi rischi – per il settore bancario e finanziario: i fattori che concorrono al cambiamento climatico possono riflettersi su tale sistema, che può trovarsi esposto alle diverse tipologie di rischio climatico (i cd. *Climate-Related Financial Risk*: CRFR). In questo nuovo scenario l'azione della supervisione bancaria e finanziaria va necessariamente rivalutata[5]: da sempre volta a monitorare la sana e prudente gestione degli intermediari, oggi è deputata a identificare i possibili nuovi rischi e, ove necessario, intervenire per migliorare la capacità di affrontare i cambiamenti climatici in corso a livello globale, in linea con quanto avviene a livello europeo e internazionale.

3 In questa fase storica si è rivelato essenziale il ruolo svolto dal sistema bancario e finanziario, quale settore chiamato a contribuire, insieme alle risorse del PNRR non solo alla transizione verde del nostro Paese, ma anche al finanziamento dell'economia e al progresso digitale. Negli ultimi anni la finanza sostenibile è cresciuta in misura rilevante. Nel 2020, secondo la *Global Sustainable Investment Alliance*, oltre 35.000 miliardi di dollari erano impiegati in investimenti sostenibili, il 54 per cento in più rispetto al 2016. I fondi sostenibili hanno attratto flussi netti per un valore di oltre 50 miliardi di dollari, più del doppio rispetto al 2019. Secondo stime recenti, nel 2021 le emissioni di obbligazioni verdi o sostenibili ammontano a oltre 400 miliardi di dollari; quelle in essere si attesterebbero ormai a quasi 1.500 miliardi. La forte espansione di questo mercato rappresenta una significativa opportunità per le banche che si impegneranno per finanziare direttamente progetti sostenibili o sviluppare servizi e prodotti con lo scopo di favorire gli investimenti della clientela.

4 L'attenzione del legislatore verso la sostenibilità del settore bancario e finanziario ha trovato una prima espressione nella direttiva 2014/95/UE, recepita in Italia con il d.lg. 30 dicembre 2016, n. 254, attraverso la quale si è tentato di introdurre alcune regole in tema di "comunicazione di informazioni di carattere non finanziario per i cosiddetti enti di interesse pubblico (artt. 1 e 2 d.lg. cit.) e, in particolare, per banche, emittenti, imprese di assicurazione di riassicurazione. L'obiettivo della Dichiarazione di carattere non finanziario è quello di evidenziare l'impatto del fattore ESG sull'impresa e come l'attività della medesima sia in grado di interferire con lo stesso fattore. Sulla DNF *vid.* gli Orientamenti della Commissione Europea del 17 giugno 2019 [COM(2019) 4490 fin] e del 5 luglio 2017 (2017/C 215/01). Inoltre, l'esigenza di predisporre regole comuni che tenessero in considerazione i riflessi economici che nei mercati regolamentati possono assumere i fattori ESG ha portato il regolatore europeo alla predisposizione del Regolamento (UE) 2019/2088 (*Sustainable Finance Disclosure Regulation*, SFDR, conosciuto anche come Regolamento *Disclosure*) e del Regolamento (UE) 2020/852 (*Taxonomy Regulation*, TR: il cd. Regolamento Tassonomia).

5 Come è noto, l'attività di vigilanza stabilisce le proprie priorità sulla base dell'analisi dei rischi attuali e prospettici; essa persegue la massima integrazione fra i vari compiti di vigilanza e la piena coerenza con quanto stabilito dal Meccanismo di Vigilanza Unico, rilevando in particolare, fra gli altri obiettivi, l'evoluzione dei sistemi di governo aziendale e le relative implicazioni per favorire la transazione climatica. Sui caratteri funzionali degli obblighi di vigilanza si legga, senza pretesa di completezza, Bontempi, P.: *Diritto bancario e finanziario*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 81 ss. e Brescia Morra, C.: *Il diritto delle banche*, Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 185 ss.

Simili considerazioni portano a ritenere che il tema "ambiente" esige di essere oggetto di attenzione da parte di un numero particolarmente elevato di attori. Al di là dell'imprescindibilità del ruolo di *vigilantes* delle *Authorities*, in questa prospettiva, proattività deve esservi anche da parte degli intermediari vigilati, ormai destinatari di un forte aumento della domanda di prodotti sostenibili e, perciò, deputati a integrare al loro interno la "sostenibilità", oggi clausola generale delimitante ogni attività del diritto civile[6].

Le presenti riflessioni, dunque, muovono dal presupposto concettuale che i rischi climatici possono influire *in primis* sulla solidità dei singoli intermediari e, per conseguenza, anche sulla stabilità del sistema finanziario: vi è la radicata consapevolezza che la sostenibilità ambientale possa costituire elemento qualificante dell'attività di un mercato bancario e finanziario improntato a una precisa identità valoriale[7].

In questo contesto, la *Risikogesellschaft* diviene "moderna" [8], e da qui il titolo del Convegno che ha ospitato il presente intervento, in quanto si interfaccia con nuovi rischi, nuove cause e nuove responsabilità, dei quali lo sviluppo sostenibile diviene comune denominatore[9].

Lungo il tracciato delle presenti riflessioni si tenterà di prendere le mosse da un preconcetto necessario: la sostenibilità è oggi obiettivo di sistema. Pensare che la interrelazione fra legalità costituzionale e sviluppo sostenibile non innervi l'intero sistema ordinamentale è oggi anacronistico e quantomeno scorretto.

II. INTERRELAZIONE FRA RISCHI CLIMATICI E RISCHI TRADIZIONALI.

Come è stato notato in apertura della presente relazione, i cambiamenti climatici e il degrado ambientale hanno dato origine a mutamenti strutturali che influiscono sull'attività economica e, di conseguenza, sul macrocosmo del sistema bancario.

6 Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Esi, Napoli, 2018, p. 148 e *ivi* anche nt. 211, il quale afferma lapidariamente che "ragionevolezza e proporzionalità, unitamente alla sostenibilità, delimitano il significato concreto della meritevolezza dell'attività di diritto civile1

7 Invero, come è stato correttamente affermato "le banche non possono fare ormai a meno della sostenibilità, […] la sostenibilità, senza il supporto del sistema creditizio non può certamente concretizzarsi": Riganti, F.: "L'impresa bancaria nella transizione sostenibili: princípi e problemi", *Analisi giuridica dell'economia*, 2022, 1, p. 317.

8 Espressione tratta dall'opera di Beck, U.: *La società del rischio*, Carocci, Roma, 2000 (ed. originale "Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne", Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986), al quale si deve l'analisi della dimensione socio-politica della gestione del rischio.

9 Tale aggettivazione consente di attribuire allo "sviluppo" uno scopo sociale, connotato dal fattore della intergenerazionalità. Sul punto si rimanda alle ampie e preziose riflessioni di Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile*, cit., p. 86, per il quale "la qualificazione "sostenibile" ha la funzione di introiettare la intergenerazionalità nel rapporto che scaturisce dai fatti giuridici […], in modo da considerarne come costante lo scopo sociale di essi".

Per potere entrare nel vivo del tema, occorre preliminarmente dare atto dell'esistenza delle caratteristiche dei nuovi rischi che sono venuti a svilupparsi accanto a quelli che tradizionalmente contraddistinguono il mercato bancario (il rischio di credito, il rischio operativo, il rischio di mercato[10]), e che con questi ultimi interagiscono e, a volte, si confondono.

Nell'àmbito di quelli che comunemente vengono definiti i *Climate related financial risks* rientrano due principali fattori di rischio, la cui individuazione è facilitata dalle delineazioni della Banca Centrale Europeae dell'EBA[11]: il rischio fisico e il rischio di transizione.

Il rischio fisico indica l'impatto finanziario dei cambiamenti climatici, compresi eventi metereologici estremi più frequenti e mutamenti graduali del clima, nonché del degrado ambientale, ossia inquinamento atmosferico, dell'acqua e del suolo, stress idrico, perdita di biodiversità e deforestazione. Il rischio fisico è stato classificato come "acuto" se causato da eventi estremi quali siccità, alluvioni e tempeste, e "cronico" se provocato da mutamenti progressivi quali aumento delle temperature, innalzamento del livello del mare, stress idrico, perdita di biodiversità, cambio di destinazione dei terreni, distruzione degli habitat e scarsità di risorse. Tale rischio può determinare direttamente, per esempio, danni materiali o un calo della produttività, oppure indirettamente eventi successivi quali l'interruzione delle catene produttive.

Accanto al rischio fisico, vi è quello di transizione, il quale indica la perdita finanziaria in cui può incorrere un ente, direttamente o indirettamente, a seguito del processo di aggiustamento verso un'economia a basse emissioni di carbonio e più sostenibile sotto il profilo ambientale. Tale situazione potrebbe essere causata, per esempio, dall'adozione relativamente improvvisa di politiche climatiche e ambientali, dal progresso tecnologico o dal mutare della fiducia e delle preferenze dei mercati.

Tali rischi influiscono sulla capacità di tenuta del modello imprenditoriale degli enti nel medio e più lungo periodo, soprattutto per quelle realtà con un modello

10 Il rischio di credito è quello che inerisce la possibile perdita patrimoniale che avviene per inadempimento dei debitori: per tale ragione, occorre che le banche detengano un ammontare del patrimonio di vigilanza pari ad almeno l'8 per cento delle esposizioni ponderate per il rischio (Titolo II, cap. I, sez. II della Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 di Banca d'Italia "Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche"). Per rischio operativo si intende il rischio di perdite derivanti dalla inadeguatezza o dalla disfunzione di procedure, risorse umane e sistemi interni, oppure da eventi esogeni, ivi compreso il rischio giuridico. Infine, il rischio di mercato è quello relativo agli effetti imprevisti sul valore di mercato di attività e passività prodotti da variazioni dei tassi di interesse, dei tassi di cambio e da altri prezzi delle attività. Sul punto, Costi, R.: *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 562 ss.

11 Si fa riferimento a Banca Centrale Europea, *Guida sui rischi climatici e ambientali. Aspettative di vigilanza in materia di gestione dei rischi e informativa della Banca Centrale Europea*, novembre 2020, reperibile su https://www.bankingsupervision.europa.eu e a Autorità Bancaria Europea, *Report on management and supervision of ESG risks for credit institutions and investment firms*, giugno 2021, reperibile su https://www.eba.europa.eu.

imprenditoriale basato su settori e mercati, quale quello bancario, particolarmente sensibili a fattori esogeni[12].

Inoltre, per questione di tuzioristica completezza, va altresì rammentato come i rischi fisici e di transizione possono poi causare ulteriori perdite derivanti direttamente o indirettamente da azioni giudiziarie (il cd. "rischio di responsabilità legale") nonché dal danno reputazionale che emerge qualora il pubblico, le controparti dell'ente e/o gli investitori associno l'ente a effetti ambientali avversi (il cd. "rischio reputazionale").

Anche se i rischi climatici e ambientali hanno natura ben definita, la loro materializzazione determina impatti sui "classici" rischi prudenziali che tradizionalmente caratterizzano il mercato bancario sopra menzionati. Infatti, i rischi climatici e ambientali possono costituire contemporaneamente fattori determinanti di varie categorie e sottocategorie di rischio esistenti[13].

A tal proposito, un esempio può risultare chiarificatore. L'esposizione di aree geografiche maggiormente vulnerabili ai rischi fisici può risentire, per esempio, delle minori valutazioni delle garanzie reali nei portafogli immobiliari (rischio di credito) per effetto di un rischio di inondazioni più elevato.

Tuttavia, la gestione dei rischi climatici implica non pochi elementi di complessità derivanti soprattutto da un elevato grado di incertezza e di aleatorietà sull'entità degli effetti dei cambiamenti climatici. Per tale ragione, a supporto dell'attività di integrazione dei rischi climatici all'interno dell'infrastruttura bancaria, sono intervenuti diversi strumenti normativi, tutti accomunati dal perseguimento di uno scopo unitario sovraordinato.

Sia però consentita un'ulteriore precisazione su tale ultimo punto. L'ambiente, in sé considerato, è stato per lungo tempo pensato come limite "esterno" alle politiche europee e internazionali di stampo economico e monetario[14]. Oggi

12 Tra i fattori da considerare vi è il disallineamento tra gli orizzonti temporali della gestione finanziaria, tipicamente brevi, e quelli, assai più lunghi, dei cambiamenti climatici, che rende complessa l'integrazione dei rischi climatici negli schemi della moderna teoria della finanza: cfr. Simonetti, L.: "Finanza sostenibile e banche centrali. Nuovi attori per una geografia finanziaria in evoluzione", *Bollettino della Società Geografica Italiana*, serie 14, 5(1), 2022, p. 8.

13 La letteratura economica riconosce ormai il cambiamento climatico quale rischio di natura finanziaria in quanto può incidere sulla corretta valutazione del patrimonio sociale degli enti: se non correttamente preso in considerazione potrebbe comportare una cattiva valutazione del medesimo, con inevitabili consequenziali ripercussioni sui soggetti che sul patrimonio della banca vi fanno affidamento (in primo luogo, i clienti). Infatti, la Direttiva 2014/95/EU ha obbligato le società di rilevanti dimensioni (fra cui le anche) a predisporre nella dichiarazione non finanziaria (DNF) la politica adottata con riferimento, *inter alia*, alla materia ambientale.

14 Invero, l'originaria normativa comunitaria rispondeva al solo interesse economico della tutela della concorrenza e del mercato; questo ha comportato una lettura gerarchizzante dell'art. 3 par. 2 TUE, che inevitabilmente scaturito uno snaturamento della norma. Invero, per lungo tempo gli obiettivi sociali dell'ordinamento sono stati la conseguenza di quelli economici: la stabilità economica e monetaria, e quindi per connessione la politica economica e monetaria, secondo le competenze stabilite dai trattati

invece, la crescente considerazione che ha assunto lo sviluppo sostenibile richiede un riconvertimento delle politiche. Invero, è proprio nell'assiologia del sistema integrato europeo e internazionale insieme che si trova soluzione il conflitto tra le esigenze economiche (stabilità del sistema bancario e prevenzione degli *shock* sistemici) e gli interessi alla conservazione e promozione dell'ambiente. Orbene, si tratterebbe di un vero e proprio fenomeno di "ecologizzazione delle politiche normative"[15] tanto europee quanto internazionali, dove la sostenibilità si consolida con gli obiettivi di tutela del risparmio.

III. PREDILEZIONE DI FONTI DI *SOFT LAW* E SCELTA DI UN APPROCCIO BASATO SUL RISCHIO.

Come si è tentato di osservare, il cambiamento climatico è fenomeno che comporta dei rischi che si propagano nel sistema e, affinché quest'ultimo continui a operare secondo le regole che lo governano, è necessario non solo che tali rischi vengano identificati, ma anche che vengano regolamentati e gestiti.

Questo obiettivo ha richiesto una pronta risposta da parte dei regolatori sovranazionali. La scelta politica europea è quella di raggiungere gli obiettivi dell'Accordo di Parigi attraverso *hard law* particolarmente stringente per quanto riguarda la natura giuridica degli atti adottati (prevalentemente, regolamenti e direttive)[16].

Tuttavia, questo è vero fino a un certo punto, in quanto va altresì osservato come nella prassi siano proliferati strumenti normativi alternativi, dando luogo a una variegata fenomenologia di norme più vicine alla nota categoria della *soft law*. La prossimità di tali strumenti ai soggetti destinatari della materia, nella prospettiva della sussidiarietà, fa sì che venga valorizzata la competenza regolatoria più prossima agli interessi da disciplinare[17].

In primo luogo, va dato atto del crescente interesse che il cambiamento climatico è riuscito a suscitare in seno alle istituzioni europee. Muovendo dal formante della normativa primaria, la disciplina attuale (il binomio normativo delle

dell'Unione Europea sono state l'obiettivo finale delle politiche eurounitarie, secondo uno schema logico per cui l'elemento sociale, a cui oggi si affianca anche quello ambientale, fosse solo un effetto, una mera conseguenza di quello economico. Cfr. sul punto Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile*, cit., p. 90.

15 Termine utilizzato dalla Camera dei deputati da parte della Commissione Ambiente durante la XVI legislatura nel novembre 2010 e reperibile su http://documenti.camera.it/leg16/dossier/Testi/AT096_08.html.

16 Cfr. Oberthur, S.: "Hard or Sofr Governance? The EU's Climate and Energy Policy Framework for 2030", *Politics and Governance*, vol. 7, n. 1, 2019, pp. 17 ss.

17 Cfr. Serravalle, S.: "Soft law e diritto civile", *Le Corti Salernitane*, 2019, 3, p. 433 e 4p. 38 per la quale i fenomeni "autoregolamentativi" cedono il passo all'intervento statuale, latamente inteso, solo quando i primi si mostrino inidonei ad assicurare l'equilibrata tutela degli interessi in gioco, in virtù del principio di sussidiarietà orizzontale.

CRR2-CRD5[18]) prevede obblighi di informativa al pubblico in tema ESG per i grandi intermediari quotati (banche e imprese di investimento). In particolare, richiede loro di pubblicare, tra le varie informazioni, il cosiddetto *Green Asset Ratio* (*GAR*), volto a mostrare al mercato come le banche stanno adeguando le proprie strategie di *business* agli obiettivi dell'Accordo di Parigi. Tali obblighi decorreranno già da gennaio 2023; le tempistiche si allungano fino al dicembre dello stesso anno per l'informativa sul *GAR* e al giugno del 2024 per includere tra le emissioni delle imprese debitrici anche quelle generate lungo l'intera catena del valore (cosiddette Scope 3 *emissions*).

Inoltre, di recente è stata presentata una Proposta di Regolamento da parte della Commissione Europea le cui novità si dirigono in particolar modo verso il Secondo e il Terzo Pilatro[19].

Con riferimento al Secondo Pilastro, inerente al processo di controllo prudenziale, mediante una modifica all'art. 73, 74 e 76 Dir. CRD, si richiede alle banche di dotarsi di assetti di governo, strategie e processi adeguati a valutare le esigenze di capitale interno in un orizzonte anche di medio e lungo periodo per tenere conto dei rischi ESG. Viene altresì richiesto agli intermediari di predisporre piani di transizione, comprensivi di obiettivi quantitativi, su un orizzonte di almeno dieci anni, per monitorare i rischi di eventuali disallineamenti rispetto agli obiettivi climatici dell'Unione.

In ordine al Terzo Pilastro, inerente agli specifici obblighi di informativa, si prevede, mediante una modifica dell'art. 430 del Reg. CRR un'estensione degli obblighi di *disclosure* in materia ESG a tutti gli intermediari (banche e imprese di investimento soggette alla disciplina prudenziale delle banche), incluse dunque le banche meno significative.

Questo è un elemento di grande momento: la predisposizione di obblighi di *disclosure* in materia ESG supera le dimensioni dell'impresa bancaria, la cui distinzione è peraltro assai rilevante, soprattutto a fini di vigilanza. Il motivo risiede nella generale e astratta esposizione degli intermediari ai rischi ambientali, che non necessariamente è proporzionale alle dimensioni dell'impresa stessa. Per questa ragione è necessario che le autorità di vigilanza ricevano dati adeguati e comparabili per una corretta esplicazione dell'attività di supervisione.

18 Si tratta del Regolamento UE 876/2019 (CRR2) e la Direttiva UE 878/2019 (CRD5) che rappresentano una revisione dell'attuale disciplina sul capitale delle banche contenuta nel regolamento CRR (*Capital Requirement Regulation* - Regolamento 575/2013) e nella Direttiva CRD4 (Direttiva UE n. 36/2013), che a partire dal 2014 ha trasposto nel sistema europeo le previsioni di Basilea 3.

19 Si tratta della Proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio COM(2021) 665 final.

In ogni caso, va dato atto della presenza di importanti punti aperti (come, per esempio, il contenuto delle informazioni da pubblicare, che andrà declinato secondo il principio di proporzionalità, tenuto conto delle dimensioni e della complessità dell'ente), sui quali ci si attende l'intervento da parte dell'ABE mediante specifici *standards* tecnici, come già avvenuto in materia di finanziamenti sostenibili con il pacchetto sulla *Disclosure*.

Come si diceva, accanto al panorama prettamente europeo di *hard law*, si rinviene una crescente tendenza della rilevanza di strumenti più duttili, facenti parte di quel complesso di norme oggi ascrivibile a quella categoria sapientemente nominata come "normazione atipica"[20]. Invero, è accaduto che le banche centrali delle maggiori economie mondiali, ma non solo, abbiano iniziato a investire energie e risorse nello studio dei cambiamenti climatici e delle loro molteplici implicazioni e questo ha comportato un'attivazione, anche normativa, da parte delle medesime o di associazioni fra le medesime.

In primo luogo, va notato come l'interesse diffuso per l'"*enviroment*" abbia portato alla creazione di un *network* internazionale, il *Network for Greening the Financial System* (NGFS)[21] al quale si deve lo sviluppo di *standards*, linee guida e di cd. scenari climatici con l'obiettivo di favorire nell'integrazione nel sistema finanziario dei fattori climatici e ambientali nelle rispettive attività e procedure di gestione del rischio.

In particolar modo, meritano attenzione i cd. scenari climatici NGFS[22], sviluppati per fornire un punto di partenza comune per l'analisi dei rischi climatici per l'economia e il sistema finanziario. Pur essendo stati creati principalmente per l'uso da parte delle banche centrali e delle autorità di vigilanza, possono essere utili anche per i diretti destinatari dell'attività di vigilanza (quindi banche, ma anche intermediari finanziari, SIM e così a ricomprendere la comunità finanziaria tutta). Da qui, la prima notazione: lo strumento adottato assume rilievo per il fatto di avere una portata soggettiva relativamente ampia. Esso mira a formulare raccomandazioni tanto a soggetti pubblici quanto a soggetti privati, nella misura

20 Tale denominazione, ripresa da Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, Esi, Napoli, 2020, p. 15 e ivi in particolar modo nt. 15, viene utilizzata con riferimento ai regolamenti e ai provvedimenti delle Autorità amministrative indipendente. Tuttavia, non è escluso che nell'alveo della cd. normazione atipica possano essere ricomprese, come afferma la voce ferma del Maestro, tutte quelle fonti di tipo tecnico connotate da forte vincolatività che affiancano e specificano la normativa di rango primario.

21 Il *Network for Greening the Financial System* (NGFS) è un gruppo di sessantasei banche centrali e autorità di vigilanza e tredici osservatori impegnati a condividere le migliori pratiche, a contribuire allo sviluppo della gestione dei rischi legati al clima e all'ambiente nel settore finanziario e a mobilitare la finanza tradizionale per sostenere la transizione verso un'economia sostenibile. Delle ventotto banche centrali del SEBC (e delle venti banche centrali dell'Eurosistema), ventiquattro (comprese tutte le venti banche centrali dell'Eurosistema) sono membri del Network (ad esso hanno già preso parte la Banca d'Italia e l'IVASS. Si attenda, ancóra, l'ingresso della CONSOB).

22 A oggi si è giunti alla terza versione degli scenari, reperibile su https://www.ngfs.net.

in cui l'obiettivo principale è quello di identificare il modo in cui il cambiamento climatico potrebbe concretizzarsi come fonte di rischio finanziario, a prescindere dal soggetto di riferimento.

A questa prima osservazione se ne affianca una seconda: questo documento ha il pregio di fornire una panoramica dei principali rischi di transizione, dei rischi fisici e dell'impatto economico dei cambiamenti climatici. Invero, già nella versione del 2020 il documento conteneva un paragrafo rubricato *Transmission channels* (i canali di trasmissione)[23], utile l'individuazione della interrelazione fra rischi climatici e rischi finanziari, in quanto si tratta dell'identificazione di quelle catene causali che collegano i fattori di rischio climatico ai rischi finanziari caratterizzanti l'industria bancaria in generale.

In quest'ottica si può pertanto affermare che i rischi ESG, piuttosto che a nuove e diverse categorie, sembrano ascrivibili a profili già noti. In ottica bancaria, pertanto, tali rischi vanno intesi come rischi finanziari generati da esposizione dell'attività bancaria a fattori esogeni che ne influenzano il normale svolgimento (per es., danni causati da eventi metereologici estremi che possono potenzialmente incidere, per es., sulla valutazione del merito del credito).

Passando, invece, a un punto di vista strettamente prudenziale, va dato atto di come anche il Comitato di Basilea per la Vigilanza Bancaria (BCBS)– a livello globale – e l'Autorità Bancaria Europea (ABE) – a livello europeo – abbiano assunto il precipuo compito di valutare se e in che misura l'attuale quadro regolamentare sia idoneo a cogliere adeguatamente i rischi finanziari legati al cambiamento climatico.

Invero, il Comitato di Basilea ha istituito nel 2020 una *Task Force* di alto livello sui rischi finanziari legati al clima[24] per contribuire al mandato del Comitato di rafforzare la regolamentazione, la vigilanza e le pratiche delle banche in tutto il mondo allo scopo di migliorare la stabilità finanziaria. Il lavoro della *Task force* è culminato con la pubblicazione dei rapporti analitici "I fattori di rischio legati al clima e i loro canali di trasmissione"[25] e "I rischi finanziari legati al clima: metodologie di misurazione"[26]. Tali lavori sono stati propedeutici alla pubblicazione dei *Principles for the effective management and supervision of climate-related financial risks*[27]. Predisposti a seguito di una consultazione pubblica che si è chiusa nel primo trimestre 2022, questi

23 NGFS, *Climate Scenarios for central banks and supervisors*, giugno 2020, p. 9 reperibili su https://www.ngfs.net. Negli scenari viene proposta una tabella di classificazione che descrive, con diversi livelli di dettaglio, sia i rischi fisici sia i rischi di transizione e il modo in cui questi possono tradursi nei classici rischi finanziari.

24 Si tratta della *Task Force on Climate-Related Financial Disclosures* (TCFD) (https://www.fsb-tcfd.org)

25 Comitato di Basilea, *Climate-related risk drivers and their transmission channels*, aprile 2021, reperibile su https://www.bis.org.

26 Comitato di Basilea, *Climate-related financial risks – measurement methodologies*, aprile 2021, reperibile su https://www.bis.org.

27 Comitato di Basilea, "Principles for the effective management and supervision of climate-related financial risks", giugno 2022, reperibili su https://www.bis.org.

integrano un documento – appartenente anche questo al rango del *soft law* – che contiene diciotto princípi rivolti alle banche e ai supervisori diretto a promuovere le *best practices* nella gestione dei rischi climatici.

Non è un caso il fatto che il Comitato abbia posto l'accento sulla rilevanza della corretta valutazione dei rischi ESG al fine di integrare i rischi di sostenibilità all'interno del Secondo Pilastro, che riguarda il processo di controllo prudenziale. Invero, il Comitato intende promuovere una normazione basata sui princípi per migliorare la gestione del rischio e le prassi di vigilanza relative ai rischi finanziari legati al clima. Tale *modus operandi* si basa sulla revisione dell'attuale Schema di Basilea, e in particolare dei princípi fondamentali per un'efficace vigilanza bancaria (BCP) del settembre 2012[28] e del processo di revisione prudenziale (*Supervisory Review and Evaluation Process*, SREP).

Sennonché va dato atto di come anche l'ABE abbia rimarcato la rilevanza della corretta valutazione dei fattori ESG. Questa, invero, sta lavorando a un documento per la consultazione, volto a promuovere un dialogo costruttivo e i presupposti per introdurre un trattamento prudenziale specifico per le attività esposte ai fattori ESG. In particolar modo, si tratta di un *discussion paper* del maggio scorso che ha per tema "*the role of environmental risks in the prudential framework*"[29] ed è finalizzato a chiedere sostegno e *feedback*, da inviare entro il 2 agosto, al fine di fornire adeguati quadri e strumenti di vigilanza che possano sostenere il settore bancario europeo negli obiettivi di transizione verso un'economia più sostenibile e di mitigazione dei rischi derivanti dal cambiamento climatico e da più ampi ESG *factors*. Il documento pubblicato dall'ABE mira a stimolare il dibattito intorno a questi temi e a raccogliere un'ampia gamma di punti di vista e *input* per sviluppare nuove metodologie di integrazione dei rischi, finalizzate a una omogenea valutazione prudenziale dei medesimi.

La rapida illustrazione di tali documenti era necessaria per poter notare due distinti profili. Il primo è che entrambe le Autorità hanno inteso valutare il trattamento prudenziale delle esposizioni associate a obiettivi ambientali o soggette a impatti ambientali secondo un approccio basato sul rischio (*risked base approach*).

Tale particolare tipo di approccio è stato peraltro prediletto in diversi settori della moderna società del rischio, quali quello sull'uso dell'intelligenza

28 I BCP sono reperibili su https://www.bis.org.

29 Autorità Bancaria Europea, *The role of environmental risks in the prudential framework*, 2 maggio 2022, reperibile su https://www.eba.europa.eu.

artificiale[30], quello del trattamento dei dati personali[31], nonché quello attinente alla responsabilità da danno ambientale[32] e in materia di antiriciclaggio[33].

Come è noto, la modalità più tipica del *risk-based approach* prevede che la valutazione del rischio e l'individuazione delle misure di mitigazione adeguate siano condotte direttamente dai soggetti destinatari della regolazione.

Adattando tale visione al settore che qui ci occupa, questo tipo di approccio comporta, secondo una prospettiva microprudenziale, che i requisiti prudenziali riflettano i profili di rischio sottostanti delle esposizioni associate a obiettivi ambientali o soggetti a impatti ambientali, sostenendo così la sicurezza e la solidità delle singole istituzioni bancarie. In questo modo si predilige, a un sistema di regole basato su una casistica precostituita, un modello flessibile in virtù del quale spetterà ai soggetti obbligati valutare in quali situazioni regolare la frequenza e l'intensità degli adempimenti, sulla base di una valutazione dei concreti impatti che i rischi climatici hanno in determinate zone; il tutto, peraltro, in linea per altro con quella nobile visione per la quale occorre "rispettare la singolarità del fatto concreto e la dinamica dell'ordinamento"[34]. Da un punto di vista macroprudenziale, invece, ciò significa salvaguardare la stabilità finanziaria tutta, assicurando la solidità del settore

30 La recente proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio europeo del 21 aprile 2021 (COM(2021) 206 final) prevede quattro categorie di rischio per i sistemi di intelligenza artificiale: sistemi a rischio inaccettabile; sistemi ad alto rischio; sistemi a rischio limitato; sistemi a rischio minimo. L'individuazione delle categorie di rischio e la predisposizione di meccanismi di mitigazione del rischio sono attività che non sono più affidate alla discrezione e alla valutazione dei destinatari del regolamento (modello *top-down*): invero, come risulta dal preambolo dell'IA Act, tale proposta "mette in atto un sistema normativo proporzionato incentrato su un approccio normativo ben definito basato sul rischio che non crea restrizioni inutili al commercio, motivo per cui l'intervento legale è adattato alle situazioni concrete nelle quali sussiste un motivo di preoccupazione giustificato o nelle quali tale preoccupazione può essere ragionevolmente prevista nel prossimo futuro".

31 Tale modello regolatorio caratterizza in particolare il Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR). Il Regolamento, come è noto, è nel suo complesso informato dal principio di *accountability*, delineato esplicitamente all'interno dell'art. 5, par. 2 reg. cit. Tale principio è declinato in pratica anche attraverso il ricorso a un sistema regolativo basato sul rischio, in base al quale titolare e responsabile del trattamento sono tenuti a predisporre le misure tecnico-organizzative necessarie ad assicurare che il GDPR stesso venga rispettato. Come emerge, in particolare, dagli artt. 24 e 25 reg. cit., titolare e responsabile dovranno operare una valutazione di impatto delle loro attività e, sulla base di tale valutazione, elaborare la strategia migliore per ridurre i rischi di violazione dei diritti alla riservatezza e protezione dei dati dei soggetti interessati.

32 La Dir. 2004/35/CE in materia di responsabilità del danno ambientale introduce uno dei princìpi cardine della materia. I princípi-guida del diritto ambientale europeo, come noto, oggi individuati nel Titolo XX del TFUE (art. 191, 2 comma), sono "il principio di precauzione e dell'azione preventiva, il principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché il principio chi inquina paga".

33 Invero, l'approccio basato sul rischio si ritrova nella normativa indirizzata a tutti gli operatori del settore finanziario. Si tratta della normativa di recepimento della direttiva 2005/60/CE ed in particolare, del d.lg. 21 novembre 2007, n. 231, con il quale, in breve, viene chiesto agli operatori del mercato finanziario di graduare ed orientare i sistemi e le procedure interne degli intermediari. L'azione di prevenzione e contrasto del riciclaggio contenuta nel d.lgs. 231/2007 si esplica attraverso l'introduzione di presidi volti a garantire la piena conoscenza del cliente, la tracciabilità delle transazioni finanziarie e l'individuazione delle operazioni sospette. L'adeguata verifica della clientela impone ai destinatari della disciplina di commisurare il rigore degli obblighi di identificazione dei clienti al rischio di riciclaggio desumibile dalla natura della controparte, dal tipo di servizio richiesto, dall'area geografica di riferimento (il c.d. approccio basato sul rischio). Sul punto, interessanti le Conclusioni dell'Avvocato Generale Giovanni Pitruzzella presentate il 12 maggio 2022, C-562/20 reperibili su https://eur-lex.europa.eu).

34 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale nel sistema italo-europeo delle fonti*, I, Metodi e tecniche, Esi, Napoli, 2020, p. 97.

bancario e finanziario, al fine di mitigare le potenziali vulnerabilità sistemiche del sistema nel suo complesso derivanti dai rischi climatici. Invero, una rendicontazione dei *modus operandi* dei soggetti vigilati e i relativi *feedback* possono servire da stimolo per la creazione di nuovi *standards* a livello sovranazionale che, come si è visto, hanno il pregio di orientale, senza forzare, la vigilanza nel settore di riferimento[35].

Il secondo profilo di analisi, invece, attiene alla proliferazione a livello sovranazionale (e non solo, come vedremo nel prosieguo della trattazione) delle fonti di *soft law*. Il meccanismo che connota tale tipo di normazione è caratterizzato da una più accurata calibrazione del medesimo su situazioni diverse e fluide, con conseguente maggiore facilità di attuazione e di influenza, che potrebbe rappresentare lo *step* che anticipa l'eventuale adozione di futuri strumenti di *hard law*, solo dopo un risultato positivo e un'adesione volontaria al *framework*[36]. In questo modo si permetta raggiunge l'obiettivo di una più ampia adesione e condivisione da parte della Comunità europea e internazionale.

Ma vi è di più. Va dato atto di come a livello sovranazionale stia proliferando la scelta di una normazione basata su princípi. Un tipo di legiferazione di tal fatta è condivisibile e opportuna quantomeno per due ragioni: la prima è che in questo contesto una normazione di tal fatta ha il pregio di essere flessibile. Essa mira a raggiungere un equilibrio preciso, che consiste nel migliorare le pratiche relative alla gestione dei rischi finanziari legati al clima e di fornire una base comune per banche e autorità di vigilanza, mantenendo al contempo una sufficiente elasticità, dato il grado di eterogeneità e l'evoluzione delle pratiche in questo settore. La seconda ragione è legata a una questione più generale, prettamente ermeneutica: di per sé i princípi costituiscono veicoli per l'interpretazione[37]. La circostanza

35 Questo approccio garantisce che la regolamentazione prudenziale rimanga orientata alla sicurezza e alla solidità degli istituti e, sebbene la potenziale revisione del quadro prudenziale possa consistere nella modifica del *framework* esistente o nell'introduzione di strumenti nuovi e innovativi, il rispetto di un approccio basato sul rischio potrebbe essere fondamentale per la credibilità e per la resilienza delle istituzioni finanziarie e per la stabilità del mercato tutto. Come è stato affermato anche nel *discussion paper* dell'ABE (richiamato in nt. 32), assicurare che i rischi ambientali siano ben riflessi nelle posizioni patrimoniali delle banche mediante un approccio basato sul rischio contribuisce alla solidità del settore bancario, che è un prerequisito generale per la fornitura stabile di finanziamenti, anche per finanziare la transizione verso un'economia più sostenibile (p. 16 del *discussion paper*).

36 Cfr. Bucalo, M.E.: "Riflessioni su soft law e autorità indipendenti anche nella prospettiva di alcune recenti pronunce giurisprudenziali", *P.A. persona e amministrazione*, vol. 10, n. 1, 2022, p. 251 ss. Come è stato anche affermato (Oliveti, S.: "Soft law e nudge in una realtà transnazionale bancaria sempre più fluida", *DPCE online*, vol. 50, p. 1522), dopo una ripetuta e attiva condivisione di un assetto *non binding*, il passaggio di quest'ultimo da *soft law* a *hard law* sarà percepito come atteso e non affatto traumatico, con maggior probabilità di successo negli obiettivi che si intendono perseguire con esso.

37 Sul punto la voce ferma di Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*[11], Esi, Napoli, 2022, p. 14, per il quale "[i] l sistema – si dice – si realizza nell'individuare i collegamenti tra normative di settore e nel razionalizzarle mediante la utilizzazione di concetti e la formulazione di princípi". Cfr. anche Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, II, Fonti e interpretazione*, Esi, Napoli, 2020, pp. 373 ss.; Id.: *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in Claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, *Rass. dir. civ.*, 1985, 1012 ss. *Vid.* anche Id.: *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-europeo delle fonti*, Esi, Napoli, 1992 *passim* e per un richiamo alle decisioni della Corte di giustizia che condivide tale posizione ermeneutica ivi nt. 213.

che questi siano contenuti all'interno di fonti di *soft law*, variamente denominate, consente al documento normativo che li ospita di assolvere una funzione di interpretazione della disciplina, garantendo un'omogeneità di applicazione e un susseguente rinvigorimento delle fonti normative di matrice *binding*, presenti e future, a prescindere dal soggetto che abbia prodotto la normativa.

Gli esiti del ragionamento sotteso all'impostazione proposta conducono a ritenere che la spinta verso la creazione di un sistema uniforme di regole in materia è di certo un obiettivo ambizioso da raggiungere. Tuttavia, non vi è dubbio che la predisposizione di un sistema multilivello, che si realizza mediante il ricorso a discipline di diverso rango, costituisce un passaggio necessario alla luce delle complessità che caratterizzano tale settore.

IV. LA NUOVA VIGILANZA BANCARIA SUI RISCHI CLIMATICI: LA CD. VIGILANZA SOSTENIBILE.

È noto come il ruolo e l'esperienza delle banche centrali nell'analisi e nella politica economica e monetaria hanno suscitato un dibattito circa la necessità di un loro più ampio coinvolgimento nella lotta ai cambiamenti climatici. In particolare, si è discusso della possibilità di ampliarne lo spettro d'azione per stimolare, mediante gli attuali strumenti di *policy*, la transizione verso un'economia a basse emissioni.

Occorre, tuttavia, solo per questioni di trattazione, distinguere fra l'operato della Banca Centrale Europea e quello – che oggi, soprattutto a seguito dell'introduzione del Meccanismo di Vigilanza Unico, avviene di riflesso – della Banca d'Italia.

Segnatamente, a livello europeo, già nel 2019 la BCE aveva previsto che uno dei temi da approfondire nella revisione della propria strategia di politica monetaria fosse quello dedicato ai cambiamenti climatici. Invero, la Banca di Francoforte ha rilevato la necessità, più che la possibilità, di includere il contrasto ai cambiamenti climatici nell'azione di una banca centrale, preservandone al contempo i compiti tradizionali. Infatti, non è tardata ad arrivare nel 2020 la pubblicazione, da parte della BCE, della "Guida sui rischi climatici e ambientali: aspettative di vigilanza in materia di gestione dei rischi e informativa"[38], nella quale ha identificato i rischi climatici tra i principali fattori di rischio nella mappa dei rischi del Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU) per il sistema bancario dell'area dell'euro. La BCE ha ritenuto che gli enti creditizi debbano inquadrare i rischi climatici e ambientali nell'àmbito di un approccio strategico, complessivo e lungimirante. Inoltre, all'inizio del 2021 è stato chiesto agli istituti di effettuare un'autovalutazione delle loro

38 Cfr. nt. 11.

pratiche attuali rispetto alle aspettative stabilite nella Guida e di informare la BCE dei loro piani di attuazione per far progredire la gestione dei rischi climatici ed ambientali (*Climate and Enviromental*: *C&E*). Su questa base, la BCE ha valutato il livello di preparazione delle istituzioni e l'adeguatezza dei loro piani di attuazione. L'esito della valutazione ha permesso di osservare che è vero alcune istituzioni hanno compiuto passi considerevole; purtuttavia, nessuna di esse era vicina ad allineare pienamente le proprie prassi alle aspettative della vigilanza e la qualità dei piani di attuazione delle istituzioni variava notevolmente. Inoltre, poche istituzioni avevano messo in atto pratiche di rischio di *C&E* con un impatto percepibile sulle loro strategie e sui loro profili di rischio.

In attuazione della sua costante attività di monitoraggio, con un esame tematico avviato nel 2022[39] la BCE ha condotto ulteriori approfondimenti sulle strategie di rischio di *C&E* delle istituzioni, nonché sui loro quadri e processi di *governance* e di gestione del rischio. In questo modo, la BCE ha avuto modo di procedere a una valutazione della solidità e la completezza delle politiche e delle procedure chiave degli istituti, nonché la loro capacità di gestire efficacemente le strategie e i profili di rischio di *C&E*.

Considerazioni del tutto analoghe possono svolgersi con riguardo al profilo domestico. Invero, in ossequio al principio di sussidiarietà e di proporzionalità che conforma l'intero settore finanziario, quale parte del sistema ordinamentale, anche la Banca d'Italia, quale Autorità nazionale di settore, è intervenuta sul tema con le Aspettative di vigilanza sui rischi climatici e ambientali, pubblicate nell'aprile 2022[40].

Nella consapevolezza che i rischi climatici e ambientali – riconducibili ai rischi finanziari tradizionali di cui sopra si accennava – comportano implicazioni anche per le banche e gli intermediari finanziari non bancari sotto la sua diretta supervisione, la Banca d'Italia ha prodotto un documento che contiene un primo insieme di aspettative di vigilanza in merito all'integrazione dei rischi climatici e ambientali nelle strategie aziendali, nei sistemi di governo e controllo, nel *risk management framework* e nella *disclosure* degli intermediari bancari e finanziari vigilati.

Il documento, in linea con le speculari iniziative della BCE e dell'ABE, mira a fornire indicazioni di carattere generale e non vincolanti, la cui declinazione a livello

39 L'esame tematico ha riguardato 107 istituzioni significative sotto la vigilanza diretta della BCE. Hanno partecipato anche altri 79 istituti meno significativi sotto la vigilanza delle autorità nazionali di otto Stati membri. Gli istituti significativi (SI) sono stati valutati al massimo livello di consolidamento nel Meccanismo di vigilanza unico al 1° gennaio 2022. Gli istituti meno significativi (LSI) sono stati valutati dalle rispettive autorità di vigilanza nazionali. Tuttavia va detto che a fronte della *thematic review* indetta dalla Banca centrale europea e i cui risultati sono stati pubblicati il 2 novembre scorso, la vigilanza *green* è ancora agli albori del suo sviluppo: "*the glass is filling up slowly but it is not yet even half full*", per volere usare le parole di Frank Elderson, membro dell'*executive board* della BCE in un intervento del 2 novembre 2022 reperibile su https://www.ecb.europa.eu).

40 Banca D'Italia, *Aspettative di vigilanza sui rischi climatici e ambientali*, aprile 2022, reperibile su https://www.bancaditalia.it.

operativo è rimessa al singolo intermediario. Ciò che si evince da una lettura del documento che la priorità di ogni soggetto vigilato di elaborare in via autonoma approfondimenti e valutazioni per accertare la rilevanza delle tematiche in oggetto sulla base del proprio modello di *business*. Pertanto – mutuando le parole utilizzate dalla Banca – "spetta ai singoli soggetti vigilati applicare le soluzioni maggiormente coerenti con l'effettivo grado e intensità di esposizione ai rischi, in funzione della tipologia, dimensione e complessità delle attività svolte e dell'apparato aziendale".

Questo *trend* potrebbe in astratto modificare i compiti di una autorità di vigilanza interna, come la Banca d'Italia, che in Italia svolge anche il ruolo di banca centrale. Da un lato, un atteggiamento proattivo della Banca d'Italia contribuirebbe a ridurre i rischi che i cambiamenti climatici avrebbero per l'economia e, di riflesso, per la sua attività istituzionale; dall'altro, misure dirette a contrastare i cambiamenti climatici come, ad esempio, l'acquisto di specifiche categorie di "*green assets*" oppure, sotto il profilo prudenziale, l'intervento mediante politiche di rinnovazione degli obiettivi istituzionali della vigilanza regolamentare, contribuirebbe allo stimolo di produzione di chiari *standards* di trasparenza informativa, per scongiurare fenomeni di *greenwashing* o bolle speculative causate da comunicazioni poco precise.

Da quanto sopra esposto, sembra confermato quell'indirizzo in virtù del quale il controllo della Banca d'Italia si esplica perseguendo un interesse generale sovraordinato[41], il quale, però, non è più solo la tutela del risparmio *tout court*. Oggi l'attività delle Autorità di vigilanza volge lo sguardo anche alla tutela dell'ambiente[42], quale obiettivo di sistema.

Questa affermazione consente di sostenere che si assisterà a un progressivo rafforzamento delle attribuzioni delle Autorità di vigilanza del settore finanziario, la cui attività sarà prodromica ad assicurare lo svolgimento di nuove funzioni di rilevanza costituzionale[43].

Accade pertanto che la tutela dell'ambiente entri per il tramite della vigilanza a scorrere lungo il sistema bancario: la predisposizione di strutture idonee a una corretta integrazione dei rischi climatici fa sì che la supervisione bancaria assuma una qualificazione improntata alla sostenibilità ambientale. Per tale ragione sia

41 *Vid*. Lombardi, E.M.: "Le funzioni di sorveglianza e di indirizzo della Banca d'Italia nelle rinnovate disposizioni del Testo Unico Bancario (T.U.B 2016) e del Testo Unico della Finanza (T.U.F. 2016)", *Riv. dir. impr.*, 2016, 3, p. 535.

42 Tuttavia, va dato atto di come il potenziamento dell'analisi degli scenari climatici e ambientali in generali, come ricordato in piú occasioni anche dalla Banca d'Italia, è un processo richiede innanzitutto decisioni di politica economica, normativa e fiscale. Cfr., da ultimo, l'intervento di Luigi Federico Signorini, Direttore Generale della Banca d'Italia e Presidente dell'IVASS, dal titolo "Transizione climatica, finanza e regole prudenziali", tenuto il 3 marzo 2022 e reperibile su https://www.bancaditalia.it.

43 Sul punto, cfr. Giacobbe, G.: "Competenza delle Authorities e tutela dei diritti della persona", *Authorities e tutela della persona* (a cura di P. Perlingieri), Esi, Napoli, 1999, pp. 39 ss.

concesso di dire che questo è solo l'inizio di quella che potrà essere definitiva come una vera e propria "vigilanza sostenibile"[44].

Per esempio, proprio per la pervasività dei rischi climatici e per la intrinseca interrelazione fra sistema bancario e finanziario, potrebbe non tardare ad arrivare un Protocollo d'Intesa fra Banca d'Italia e Consob che coordini la trasfusione dei *Climate financial related risks* nel mercato, avendo riguardo agli specifici rischi fisici e di transizione che lo interessano, nel rispetto dei criteri della vigilanza per finalità[45]. Tale tipo di atto – e su questo non v'è da stupirsi alla luce delle considerazioni fatte *supra* – rientrerebbe in quel novero di fonti atipiche di *soft law*, con il pregio di essere un utile strumento paranegoziale di "normazione atipica" che ha, già in altre occasioni, dimostrato la sua efficacia e utilità[46].

In definitiva, si tratterà di vedere adesso come in concreto tali obiettivi vengano attuati dagli istituti regolamentati e come la BCE per gli istituti *significant* e la Banca d'Italia per quelli *less significant* interpreteranno i propri poteri sul punto. Una cosa è certa: l'attività di vigilanza sarà definitivamente connotata da una crescente vocazione improntata a criteri di sostenibilità ambientale.

V. INTEGRAZIONE DEI RISCHI CLIMATICI NELL'ATTIVITÀ DEI *BOARDS* DELLE BANCHE: A NUOVI RISCHI, NUOVE RESPONSABILITÀ.

Le considerazioni che precedono consentono di affrontare pertanto un ultimo *step* in punto di transizione sostenibile del sistema bancario. In modo particolare, occorre notare come la rilevanza della sostenibilità assume valore anche all'interno degli assetti di *governance* degli istituti bancari.

È accaduto che di fronte a nuove e numerose questioni, dall'innovazione tecnologica, alla crisi economica globale, nonché, per quanto qui ci riguarda, il cambiamento climatico, le banche, nella persona dei propri organi interni, si sono trovate fronteggiare nuove sfide. Ciò ha necessariamente comportato un

44 Per la realizzazione di tale finalità sarà comunque necessario che le regole e i controlli di vigilanza siano volti ad assicurare che gli intermediari gestiscano i relativi rischi nel rispetto del principio di sana e prudente gestione degli intermediari, coordinato con quello di stabilità e buon funzionamento del sistema finanziario

45 Sulle "morfologie, gli obiettivi e gli strumenti delle forme di vigilanza" nei diversi segmenti del mercato bancario, finanziario e assicurativo, si v. Carriero, G.L.: "Vigilanza e intersezioni tra mercato bancario, assicurativo e finanziario", *Diritto del Mercato Assicurativo e Finanziario*, 2016, 2 pp. 395 ss.

46 Sullo strumento del Protocollo d'Intesa, in generale, *vid.* Clarich, M.: "Il protocollo d'intesa tra Mef e Acri, ovvero uno strumento inedito di regolazione consensuale", *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2015, spec. p. 298. Per il successo di tale forma di normazione *vid.* gli innumerevoli Protocolli d'Intesa fra Banca d'Italia e Consob, reperibili su https://www.consob.it/web/area-pubblica/protocolli-intesa, nonché su https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/accordi/accordi-consob/index.html.

riadattamento delle proprie priorità, con connesso riorientamento delle proprie strategie[47].

In questo contesto, quindi, la internalizzazione dei rischi climatici all'interno della *corporate governance* bancaria ha assunto spiccata rilevanza. In ciò, il ruolo del *board* risulta cruciale: accrescere la capacità di rispondere ai rischi climatici potrebbe consentire non solo la creazione di un sistema virtuoso di valutazione costante delle operazioni bancarie in ottica sostenibile, ma anche la produzione di esternalità positive, mediante lo sfruttamento di nuove opportunità.

Per entrare nel *focus* della questione, il punto di partenza di un'analisi che abbia per oggetto l'individuazione dei nuovi compiti, e delle connesse responsabilità, degli organi interni delle banche, non può che essere l'art. 26 T.U.B., rubricato, come è noto, "esponenti aziendali"[48].

Non si ritiene necessario ai fini della presente relazione dilungarsi in merito alle note caratteristiche che denotano la qualifica dell'esponente aziendale. Si vuole però sottolineare il delicato compito svolto dai medesimi e, in particolar modo, la necessità di un'idoneità degli stessi allo svolgimento dell'incarico. Questi, in particolare, devono: possedere requisiti di professionalità, onorabilità, indipendenza, nonché soddisfare criteri di competenza e correttezza e dedicare il tempo necessario all'efficace svolgimento dell'incarico in modo da garantire la sana e prudente gestione della banca. Spetta poi al Ministro dell'economia e delle finanze, con decreto adottato sentita la Banca d'Italia, individuare i requisiti e i criteri caratterizzanti i *boards* e gli organi con funzioni di controllo.

Tale norma era rimasta priva di concreta applicazione in assenza della necessaria misura attuativa. Il tanto atteso decreto del MEF n. 169 del 23 novembre 2020, ai più conosciuto come decreto "*fit and proper*", è stato partorito a distanza di oltre 5 anni dalla modifica apportata da parte del d.lg. n. 72/2015 al testo dell'art. 26 T.U.B.[49] e costituisce un importante tassello per elevare la qualità degli esponenti bancari e degli altri intermediari disciplinati dal T.U.B.

47 Invero, ai sensi dell'art. 73 della Direttiva CRD V, gli enti devono disporre di strategie e processi solidi, efficaci e completi per valutare e mantenere su base continuativa gli importi, i tipi e la distribuzione del capitale interno che ritengono adeguati a coprire la natura e il livello dei rischi ai quali sono o potrebbero essere esposti. Oltre ai rischi rilevanti esistenti, l'istituto deve considerare tutti i rischi, e le eventuali concentrazioni all'interno di tali rischi e tra di essi, che possono derivare dal perseguimento delle sue strategie o da cambiamenti rilevanti nel suo ambiente operativo.

48 In ordine al profilo oggettivo, si intendono per esponenti aziendali i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione. Articolo e rubrica di tale disposizione normativa sono stati sostituiti dall'art. 1, comma 13, d.lg. 12 maggio 2015, n. 72 al fine di recepire la Direttiva CRD IV del 2013 e, in estrema sintesi, garantire un innalzamento della qualità degli esponenti aziendali

49 Nel frattempo, in ordine cronologico, erano state emanate le Linee guida della BCE sul *fit and proper assessment* (contenenti prassi di vigilanza), quelle congiunte dell'EBA/ESMA e gli Orientamenti, pure congiunti, dell'EBA/ESMA: conseguentemente, le banche e gli altri soggetti destinatari di detta normativa avevano adottato o modificato la documentazione interna specifica (politica o *policy of suitability*). La nuova disciplina risulta coerente con la cornice normativa europea. Le linee guida e gli orientamenti BCE assolvono

Orbene, il decreto del MEF, riferendosi ai criteri di competenza degli esponenti aziendali (art. 10 decreto *fit and proper*), puntualizza la necessaria "conoscenza teorica e l'esperienza pratica posseduta" in più di uno di esplicitati àmbiti, fra i quali anche la "gestione dei rischi", che comprende l'individuazione, la valutazione, il monitoraggio, controllo e mitigazione delle principali tipologie di rischio di una banca, incluse le responsabilità dell'esponente in tali processi.

Alla luce di quanto esposto in merito alla interrelazione fra rischi finanziari tradizionali e rischi climatici, è evidente come oggi una lettura adeguata e attualizzata della norma impone un richiamo alla competenza in capo agli esponenti aziendali della gestione dei rischi provenienti dai fattori ESG.

Invero, è stato osservato[50], seppur con riferimento alle società in generale, ma con un ragionamento facilmente estensibile anche all'industria bancaria, che il curare, valutare e verificare gli assetti adeguati, anche nel settore dell'integrazione dei fattoi ESG e delle relative e connesse procedure per gestirne i rischi, deve riflettere sugli organi sociali, in quanto deputati alla concreta realizzazione dell'iniziativa economica di cui all'art. 41 cost., la quale oggi non può svolgersi in modo da arrecare danno anche all'ambiente.

Peraltro, questa visione è confermata dalla plurimodificata Circolare di Banca d'Italia del 17 dicembre 2013, n. 285[51], la quale, nella sua ultima versione, nel puno in cui si occupa della disciplina della definizione delle strategie aziendali da parte dell'organo con funzione di supervisione strategica, sancisce che il medesimo organo debba tenere in considerazione, *inter alia*, gli obiettivi di finanza sostenibile e, in particolare, l'integrazione dei fattori ambientali, sociali e di governance (ESG) nei processi relativi alle decisioni aziendali[52].

a un'importante funzione di interpretazione uniforme della disciplina in materia, connessa anche alla propensione verso una uniformità applicativa, assicurata anche da procedure comuni e prassi consolidate in materia. Questo è sicuramente funzionale alla realizzazione di un mercato finanziario "globale": sul punto, seppur con riferimento alla materia dei dati personali, si vedano le appropriate riflessioni di Serravalle, S.: "Soft law e diritto civile", *Le Corti Salernitane*, 3/2019, pp. 444 ss.

50 *Vid*. Rolli, R.: *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa. Modelli di* governance *e nuove responsabilità*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 140.

51 La nuova versione reperibile su https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/circolari/c285/aggiornamenti/Aggiornamento-n.40-del-2-novembre-2022.pdf è frutto delle modifiche dovute al quarantesimo aggiornamento del 2 novembre 2022.

52 Circolare di Banca d'Italia n. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 1, sez. III, paragrafo 2.2, lettera f).

A dare nuova linfa alla questione è stata anche la recente modifica del Codice di *corporate governance*[53], oggi adottato dalle più grandi realtà dell'industria bancaria domestica[54].

Sulla scia dell'ampio dibattito sulla ormai irreversibile centralità assunta dai fattori ESG, l'art. 1 del Codice oggi prevede che "l'organo di amministrazione guida la società perseguendone il successo sostenibile" (Principio n. 1) e raccomanda altresì che il medesimo "definisc[a] la natura e il livello di rischio compatibile con gli obiettivi strategici della società, includendo nelle proprie valutazioni tutti gli elementi che possono assumere rilievo nell'ottica del successo sostenibile della società (Raccomandazione n. 1). Inoltre, in linea con quanto appena richiamato, l'art. 6 del Codice, nel delineare gli obiettivi del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi prevede che esso "è costituito dall'insieme di regole, procedure e strutture organizzative finalizzate ad una effettiva ed efficace identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, al fine di contribuire al successo sostenibile della società (Principio n. 18).

Con l'introduzione della sostenibilità, declinata secondo il concetto di "successo", anche a livello di *self regulation* si radica la consapevolezza che nell'attuale contesto socio-economico con sempre maggiore insistenza è richiesto alle società – anche bancarie – di giocare un ruolo dirimente nella transizione verso un modello economico ragionevolmente sostenibile, ritenendo necessaria la dotazione di un adeguato sistema di *corporate governance* che miri a precise finalità improntate al criterio della razionalità ecologica[55]. La rilevanza del tema si pone soprattutto in considerazione della circostanza che il successo sostenibile assume valore di "obiettivo" di *governance*, uno *status* di un generale dovere di orientamento della gestione sociale[56].

53 Il nuovo Codice di *Corporate Governance*, reperibile su https://www.borsaitaliana.it/comitato-corporate-governance/codice/2020.pdf, è stato approvato nel gennaio 2020 dal Comitato per la *Corporate Governance*, costituito, nell'attuale configurazione, nel giugno del 2011 ad opera delle Associazioni di impresa (ABI, ANIA, Assonime, Confindustria), Borsa Italiana S.p.A. e l'Associazione degli investitori professionali (Assogestioni). Esso è destinato a essere applicato dalle Società quotate sul Mercato Telematico Azionario (MTA) gestito da Borsa Italiana. Esso, in quanto esplicazione del sistema di *self-regulation*, trova applicazione in base al principio *complain or explain*, espresso dallo stesso codice (Introduzione p. 1) ma che oggi, nel nostro ordinamento, è stato recepito dall'art. 123-*bis*, comma 2, T.U.F. Per gli scritti in argomento *vid.* Montalenti, P.: "Il nuovo Codice di Corporate Governance", *Riv. Corporate Governance*, Giappichelli, Torino, pp. 39 ss. e ivi i richiami in nt. 1, nonché Strampelli, G.: "Soft law e fattori ESG: dai codici di corporate governance alle corporate e index guidelines", *Riv. soc.*, 2921, pp. 1100 ss.

54 Solo a titolo meramente esemplificativo: UniCredit S.p.A. e Intesa San Paolo adottano il Codice sin dal 2001. Solo dal 2017, invece, BPER Banca aderisce al Codice.

55 Invero, proprio una delle innovazioni più significative del nuovo Codice è la statuizione del successo sostenibile come "obiettivo che guida l'azione dell'organo di amministrazione e che si sostanzia nella creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri stakeholder rilevanti per la società". Così si esprimono le Definizioni riportate nel Codice a p. 4.

56 Montalenti, P.: "Il nuovo Codice di corporate governance", cit., p. 45.

Al di là delle opportune riflessioni in merito alla bontà dei sistemi di autoregolazione[57], si può senza difficoltà affermare che con il nuovo Codice il sistema italiano di autodisciplina compie un passo avanti di rilevante importanza nel promuovere una concezione della *corporate governance* aperta non solo alle istanze del mercato, ma alla società nel suo complesso, favorendo una ricerca di un punto di equilibrio fra profitto e sostenibilità[58].

È pur vero che anche a livello prudenziale, i *Principles* di Basilea, cui si è già discorso, rimarcano il dirimente ruolo degli esponenti aziendali nella gestione dei rischi climatici all'interno degli *assets* di *governance*, delineando nuove competenze che ineriscono l'impatto dei fattori ESG sul modello dell'impresa bancaria. È di particolare interesse notare che il secondo dei suddetti *Principles* evidenzi i compiti – e quindi le connesse responsabilità – del Consiglio di amministrazione delle banche nell'individuazione dei rischi climatici. Infatti, si dice che "[i]l consiglio di amministrazione e l'alta direzione devono assegnare chiaramente le responsabilità relative al clima ai membri e/o ai comitati ed esercitare un'efficace supervisione dei rischi finanziari legati al clima. Inoltre, il consiglio e l'alta direzione dovrebbero identificare le responsabilità per la gestione dei rischi legati al clima in tutta la struttura organizzativa. In più, il Comitato chiarisce che "[l]e responsabilità per la gestione dei rischi finanziari legati al clima dovrebbero essere chiaramente assegnate ai membri del consiglio di amministrazione e/o ai comitati per garantire che i rischi finanziari rilevanti legati al clima siano adeguatamente considerati come parte della strategia aziendale e del quadro di gestione del rischio della banca. Pertanto, "[l]e banche dovrebbero assicurarsi che il consiglio di amministrazione e l'alta direzione abbiano un'adeguata comprensione dei rischi finanziari legati al clima e che l'alta direzione sia dotata delle competenze e dell'esperienza necessarie per gestire tali rischi".

Nella lettura dei precedenti documenti si nota come l'introduzione di nuovi vincoli organizzativi e strutturali sono idonei non solo al raggiungimento degli interessi ordinamentali perseguiti sanciti dall'art. 5 T.U.B.[59], ma anche al

57 Sul punto *vid.* Degl'Innocenti, F.: *La responsabilità d'impresa. Obblighi di condotta e regimi di imputazione*, Esi, Napoli, 2019, pp. 256 ss. e ivi nt. 50.

58 Benché il Codice non raccomandi l'istituzione di un comitato con funzioni specifiche in materia di sostenibilità, indicando soltanto l'eventuale supporto che un comitato, sia consiliare sia a composizione mista la sua costituzione potrebbe fornire al consiglio di amministrazione nell'analisi dei temi rilevanti per il successo sostenibile. Il Rapporto FIN-GOV (Rapporto FIN-GOV sulla corporate governance in Italia, novembre 2021, reperibile su https://centridiricerca.unicatt.it/fin-gov-fin-gov-RapportoFIN-GOV2021_Dic21.pdf, evidenzia una crescente tendenza delle società a istituire un comitato sostenibilità o ad attribuire tali funzioni a un comitato consiliare esistente. A oggi numerose banche hanno aderito alla Raccomandazione del Nuovo codice costituendo al loro interno un Comitato ESG con funzioni di supporto del Consiglio di Amministrazione nel presidio delle tematiche di sostenibilità. La decisione di creare un organo interno che si concentri esclusivamente sui temi ESG risponde alla necessità di elevare ulteriormente il livello di responsabilità sul tema e renderlo sempre più efficace e inserito nella strategia delle banche.

59 La sana e prudente gestione, da alcuni considerata clausola generale (Perfetti, L.R.: "Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità", *Giur. it.*, 2012, p.

rinvigorimento delle competenze degli esponenti aziendali, deputati a rendere la strategia bancaria improntata a criteri di sostenibilità.

Tale base di partenza, che conduce a ritenere assodata la forte inclinazione dei regolatori verso una "*governance* bancaria sostenibile", speculare alla sopramenzionata "vigilanza sostenibile", consente di ritenere matura la trattazione per potersi porre alcuni conclusivi interrogativi: in che modo gli esponenti bancari possono essere responsabili se non integrano nella strategia d'impresa i fattori ESG? O, meglio ancora, possono gli esponenti bancari rispondere nei confronti dei terzi se non realizzano una strategia di *banking business* sostenibile? Possono i rischi rinvenienti dai fattori della sostenibilità tradursi in responsabilità degli esponenti?

La questione deve essere di certo studiata nell'àmbito del fascio di doveri ricorrenti in capo agli amministratori delle società bancaria, la cui disciplina degli assetti interni subisce una significativa deroga rispetto a quella previste per le società di diritto comune[60], giustificata dall'interesse pubblico sotteso al binomio attività di raccolta del risparmio e attività di esercizio del credito.

Ciò è evidentemente giustificato dallo stesso Codice civile, il quale, come si evince dalla lettura dell'art. 2381, co. 5, c.c. – norma che disciplina gli organi delegati del consiglio di amministrazione – caratterizza di relatività il criterio di adeguatezza[61], individuando quali unici parametri per la definizione in concreto del suddetto criterio la "natura" e le "dimensioni dell'impresa"[62]: pertanto, il parametro

1213) va letta sotto due distinti profili: come finalità della vigilanza e come regola di condotta per gli intermediari. In realtà si è sostenuto che la sana e prudente gestione è una regola comune a ogni impresa (Mucciarone, G.: "L'adeguatezza degli «amministratori» delle banche", Utet giuridica, Torino, 2020, p. 121), che tuttavia si colora in maniera diversa per l'industria bancaria caratterizzata, come più volte detto, da un interesse pubblico peculiare. La sana e prudente gestione è elemento fondante non solo la disciplina dell'autorizzazione all'ingresso nel mercato, ma l'intera regolamentazione, siccome parametro utilizzato dalla Vigilanza per valutare, in generale, il sistema di governo societario e, in particolare, la legittimità della struttura organizzativa interna: cfr. Nigro, A.: "L'autorizzazione all'«attività bancaria» nel t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia", in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria* (a cura di U. Morera-A. Nuzzo), Giuffrè, Milano, 1996, p. 73 s. Va detto tuttavia che la sana e prudente gestione è un concetto estremamente discusso in dottrina, in quanto è un criterio variamente valutabile e un parametro difficilmente misurabile: cfr. Castiello, F.: "La banca-impresa nella nuova legge bancaria", *Diritto bancario e dei Mercati Finanziari*, 1993, I, 517.

60 Per le società in generale, va riferito che il Codice civile, come noto, non dedica una norma apposita al sistema dei controlli interni delle società di diritto comune ma ne riferisce – in via solo indiretta ed implicita – nel contesto della disciplina concernente l'amministrazione delegata, là dove l'art. 2381, co. 3 e co. 5 c.c. stabilisce, rispettivamente, che il consiglio di amministrazione "sulla base delle informazioni ricevute, valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile" e che "gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa".

61 Non può esistere infatti un assetto universalmente e idealmente adeguato: i parametri indicati (dimensione e natura) non sono tuttavia gli unici di cui dar conto, ma essi, in ogni caso, consentono di dare un significato diverso al criterio di adeguatezza di diritto societario comune , in quanto le dimensioni sicuramente, ma in peculiar modo la natura dell'attività esercitata dalle banche, giustificano una lettura diversa del suddetto criterio, soprattutto alla luce del fatto che l'attività bancaria è, prima che attività commerciale *ex* art. 2195 c.c., attività di interesse pubblico e di rilevanza costituzionale. Sul punto, Minto, A.: "Gli assetti in àmbito bancario", *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali* (diretto da M. Irrera), Zanichelli, Bologna, 2016, pp. 631 ss.

62 Per «natura» intenda riferirsi in termini molto ampi alla tipologia di attività (ad es. finanziaria, bancaria, industriale e poi ulteriormente entrando nel dettaglio delle specifiche intraprese), mentre per «dimensioni»

di intervento a cui è possibile ancorarsi, al fine di legittimare riflessioni allo stato attuale della normativa, è quello dell'adeguatezza degli assetti organizzativi.

Pertanto, nelle società bancarie, il grado di adeguatezza dell'assetto ammnistrativo interno deve coniugarsi in ragione delle specifiche caratteristiche dell'iniziativa imprenditoriale[63]: esso dipenderà, in maniera assai più spiccata di quanto non avviene nelle società di diritto comune, dal grado di professionalità e competenza dei titolari delle diverse funzioni aziendali.

Invero, nonostante i modelli organizzativi presenti in una società bancaria siano proiettati al perseguimento anche delle specifiche finalità ordinamentali già citate, resta comunque fermo che "l'assetto adeguato è sempre il frutto di una scelta d'impresa"[64]: non esiste cioè una struttura universalmente valida, bensì diverse configurazioni che l'organo amministrativo deve impostare in relazione, innanzitutto, alle dimensioni e alla concreta attività esercitata e, poi, anche alle ragioni della vigilanza.

Queste sono valutazioni, per così dire, elementari che necessitano di essere integrate con l'impiego attento della normativa secondaria di settore. Siffatta affermazione consente di tornare al nodo centrale del tema e, seguendo il filo conduttore del discorso, occorre chiedersi se il dovere di corretta amministrazione, declinato secondo il richiamato quadro normativo nazionale ed europeo, comprenda anche il riorientamento degli obblighi degli esponenti bancari in termini di doverosità di comportamenti funzionali all'integrazione della sostenibilità nella strategia d'impresa[65].

La risposta non può che essere positiva: la considerazione dei fattori di rischio climatico deve rientrare fra gli obblighi degli amministratori *ex* l'art. 26 T.U.B. per

ci si riferisce all'importanza che assume l'iniziativa economica sul mercato, sia su scala numerico-quantitativa, sia su un piano anche qualitativo. In merito *vid.* Minto, A.: "Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio d'impresa bancaria", *Giurisprudenza commerciale*, 2014, 1, p. 1178. Quel che ai nostri fini è importante è che con l'art. 2381 c.c. il riformatore del 2003 ha trasformato in principio giuridico di carattere generale l'adeguatezza degli assetti interni all'impresa, indipendentemente dalla scelta di uno o dell'altro modello di *governance*. Il legislatore è intervenuto invero per incidere sulle concrete modalità di organizzazione interna dell'impresa.

63 Facendo leva sul parametro della natura dell'attività, pertanto, la normativa di settore impone l'approntamento dell'apparato dei controlli interni nella logica degli assetti adeguati, con l'importantissima conseguenza che lo stesso ordinamento creditizio, così facendo, istituzionalizza il sistema dei controlli interni, il quale acquisisce perciò un proprio autonomo spessore e rilievo giuridici. Sul punto Minto, A.: "Assetti organizzativi adeguati", cit., p. 1177 e Id.: "Gli assetti in àmbito bancario", cit., p. 631.

64 Così per Buonocore, V.: "Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del Codice civile", *Giurisprudenza commerciale*, 2006, 1, p. 14.

65 Invero, nell'àmbito dei poteri riconosciuti all'organo amministrativo di un istituto bancario ve ne sono alcuni che pur rivolgendosi verso "l'interno" (ovverosia alle funzioni di programmazione e di indirizzo) insistono pure su componenti "esterne" all'impresa medesima: cfr. Cicchinelli, S.: "L'azione diretta del terzo nel modello bancario", *Riv. dir. soc.*, 2015, 2, p. 462.

gli istituti bancari, al fine di valutarne l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, in quanto ciò include il monitoraggio dei rischi collegati ai fattori ESG[66].

Vale la pena ricordare che il contenuto della prestazione gestoria è indirettamente desumibile dall'art. 53 T.U.B.[67], il quale, nel menzionare le materie attinenti alla vigilanza regolamentare della Banca d'Italia, indica come minimo comune denominatore delle medesime attività la gestione delle diverse tipologie di rischio (su tutti: quello di credito, operativo e di mercato). Questi, in virtù della lettura sopra proposta, non possono che essere letti in relazione ai rischi climatici, che per il tramite dei primi si manifestano.

Appare dunque del tutto legittimo chiedersi fino a che punto si spinge il dovere degli esponenti bancari di conoscere e valutare tali rischi, soprattutto in considerazione dell'incertezza e alla complessità delle questioni ESG[68].

Tale circostanza è suscettibile di far operare nell'àmbito dei rapporti d'impresa la clausola generale della responsabilità civile[69]. Proprio per la sua capacità espansiva dell'atipicità del danno, le frontiere del danno ingiusto possono in via prospettica configurare nuove responsabilità connesse alla mancata o cattiva integrazione dei fattori ESG nelle strategie o nei sistemi di controllo interno della società bancaria.

A parte la responsabilità degli esponenti nei confronti della società bancaria *ex* art. 2393 c.c., e quella esercitata dai soci di minoranza *ex* art. 2393-*bis* c.c., nonché dai sindaci *ex* art. 2407 c.c., l'inadeguatezza degli assetti per la gestione dei rischi inerenti in generale i fattori ESG potrebbe anche far sorgere un diritto al risarcimento del danno nei confronti del singolo socio o dei terzi *ex* art. 2395 c.c. Il che è, forse, la questione più complicata.

66 La valutazione dei rischi dovrà modularsi secondo criteri diversi a seconda del tipo di attività svolta dagli amministratori Questi aspetti coinvolgono tutta la *governance* societaria, compresi anche gli organi deputati al controllo della medesima. Peraltro, il nuovo Codice di autodisciplina più volte citato prevede, all'art. 6 (Princípi), che il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi è costituito dall'insieme di regole, di procedure e di strutture organizzative finalizzate ad una effettiva ed efficace identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, al fine di contribuire al successo sostenibile della società.

67 Sul punto cfr. Cicchinelli, S.: "L'azione diretta del terzo nel modello bancario", cit., p. 466 e in particolar modo nt. 55.

68 In astratto, otrebbe verificarsi l'ipotesi in cui la predisposizione degli assetti organizzativi, amministrativi o contabili della banca, ovvero una loro predisposizione in maniera inadeguata, possa recare, oltre che un danno al patrimonio sociale e una ipotetica sottoposizione a procedimenti di verifica da parte della Banca d'Italia, anche una lesione di interessi ulteriori e differenti rispetto a quelli rilevanti nella forma dell'organismo produttivo.

69 Prevale in dottrina l'opinione in virtù della quale l'art. 2395 c.c. vada applicato a condotte relative alla gestione sociale, mentre l'art. 2043 c.c. resterebbe rimedio generale che troverebbe spazio al di fuori del primo campo. Ed invero, secondo un approccio proprio del mercato bancario, tale norma fa altro che apprestare tutela ai risparmiatori, unitamente a una "*vis* estensiva dell'àmbito dei soggetti potenzialmente coinvolti in una responsabilità che sorge, innanzitutto, in capo all'ente". Sul punto cfr. Pinto, V.: La tutela risarcitoria dell'azionista tra "danno diretto" e "danno riflesso", Pisa University Press, Pisa, 2011, *passim*.

Invero, l'art. 2395 c.c. è una fessura inserita nel libro V attraverso la quale si intravedono ai princípi generali in materia di responsabilità extracontrattuale[70], della quale pertanto vanno rispettati tutti i crismi. Innanzitutto, è necessario che il comportamento dell'esponente bancario sia causa diretta del pregiudizio subíto dai medesimi. Questa ultima affermazione è vera se ammettiamo che le regole gestorie possano anche avere portata individuale qualora siano idonee – se violate – a causare un danno diretto[71] al patrimonio del singolo. La norma, infatti, può presentare potenzialità applicative anche nei confronti dei terzi qualora la loro posizione giuridica soggettiva lesa sia meritevole di tutela. E in effetti, le scelte afferenti alla gestione prudenziale dei rischi (anche climatici) possono far sorgere in capo al terzo situazioni soggettive non patrimoniali attinenti agli aspetti ambientali. In questo senso, i terzi possono avere potenzialmente interesse a che l'organo amministrativo articoli l'organizzazione dell'impresa nel rispetto dei fattori ESG.

È chiaro che il danno, oltre che essere diretto, deve essere anche "ingiusto", ovverosia valutato sulla base degli interessi meritevoli di tutela del (socio o del) terzo, i quali possono essere determinati sulla base del rispetto delle regole provenienti anche dalla normativa che governa la condotta degli esponenti bancari e che, *ut supra*, oggi prevede l'adeguata integrazione dei rischi climatici all'interno della gestione dell'impresa. Pertanto, le pretese del terzo potranno concretizzarsi nella richiesta di predisposizione di assetti adeguati nei termini sopra precisati: per esempio, se il terzo ha subito un danno causato da un eccessivo costo del credito perché nella predisposizione degli assetti adeguati non sono stati correttamente internalizzati i fattori di rischio climatico, il che, per esempio, potrebbe avere comportato riflessi sul patrimonio di vigilanza, allora sarà possibile concludere che il terzo potrà servirsi dello strumento di cui all'art. 2395 c.c.

In conclusione, può dirsi che nell'àmbito in questione i fattori ESG entrano nella struttura dell'impresa bancaria e colorano gli obblighi degli esponenti: quali fattori non finanziari, possono mettere capo a situazioni soggettive non patrimoniali attinenti agli aspetti ambientali, sociali e di *governance*. Quindi, non si esclude che la loro lesione possa dare luogo a un pregiudizio economicamente valutabile e dunque a un danno patrimoniale per lesione di un interesse non patrimoniale.

70 La responsabilità dell'organo amministrativo *ex* art. 2395 c.c. è stata ormai ricostruita in termini di responsabilità extracontrattuale e sul punto la dottrina è davvero vastissima: per tutti, *vid.* V. Pinto, "La responsabilità degli amministratori per danno diretto agli azionisti", *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso* (diretto da P. Abbadessa-G.B. Portale), Torino, 2006, II, pp. 913 ss. e in G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*[9] (a cura di M. Campobasso), Milano, 2015, II, p. 391.

71 La possibile incidenza individuale delle regole gestorie può essere in astratto meritevole di tutela risarcitoria allorquando la produzione del danno sul patrimonio del singolo sia conseguenza diretta di una disfunzione strutturale dell'organizzazione predisposta dall'organo amministrativo: sul punto, cfr. Cicchinelli, S.: "L'azione diretta del terzo nel modello bancario", cit., p. 466 e in particolar modo nt. 55.

Pertanto, alle condizioni indicate, l'art. 2395 c.c. potrebbe risultare una modalità di rafforzamento della responsabilità degli esponenti bancari per inadeguata integrazione dei fattori ESG all'interno dell'assetto di *governance*.

VI. RIFLESSIONI CONCLUSIVE: LA SOSTENIBILITÀ COME OBIETTIVO DI SISTEMA.

Su questioni apicali come l'integrazione dei fattori di rischio climatico all'interno della *corporate governance* bancaria, o ancóra la necessaria valutazione dei fattori ESG in tutte le fasi dell'attività bancaria medesima, ci sono tuttora punti da esplorare.

Plurimi sono gli interrogativi che solleva la questione: solo una visione trasversale, una disciplina multilivello e un'attivazione su plurimi versanti può assicurare una completa focalizzazione degli obiettivi e un'idonea valutazione degli interessi in gioco, con contestuale valida predisposizione di rimedi efficaci.

È ovvio, però, che la proliferazione di regole e princípi, soprattutto se di carattere tecnico, aumenti anche la mole e il peso specifico delle norme, con connesse difficoltà interpretative e ricognitive. Ciò di cui ci si potrebbe preoccupare è l'indistricabile intreccio di norme cogenti e di *soft law* che non aiuterano la ricostruzione di un *framework* chiaro sul tema: un elevato (e forse eccessivo) grado di dettaglio che potrebbe aumentare la complessità del tema, già di per sé ricco di luci e ombre.

Tuttavia, si crede che questo sia il male minore di fronte alla crisi climatica in corso: infatti, l'adattamento progressivo di una stratificazione normativa ha dimostrato nel tempo una crescente identificazione e un analitico tracciamento dei rischi ambientali nel settore bancario.

Invero, come è noto, non occorre indietreggiare di fronte all'attività proliferante dei regolatori: l'unitarietà del nostro ordinamento non esclude la pluralità e l'eterogeneità di fonti[72]. Anzi, un terreno in cui la combinazione fra regolamenti, autodiscipline, protocolli d'intesa, insomma, atti normativi variamente denominati, può portare a risultati positivi se questa "geografia giuridica"[73] è caratterizzata da un disegno politico che non violi i princípi, non soltanto formali, su cui si fonda l'unità del Paese e nel rispetto del principio di sussidiarietà (art. 117 co. 4 e art. 118 cost.)[74].

72 Sul punto, per tutti, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* II, cit., p. 3.

73 Mutuando le parole di Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, cit., p. 6 e *ivi* nt. 13.

74 Invero in un'epoca caratterizzata dalla crisi della sovranità e della legge, la legittimazione anche di soggetti diversi dagli istituzionali regolatori a contribuire all'elaborazione normativa va colta proprio nel citato principio di sussidiarietà, nel quale può essere compresa la competenza regolatoria più vicina agli interessi

Pertanto, non v'è da stupirsi se per assicurare una equilibrata tutela degli interessi, tutti i regolatori possono sfruttare l'armamentario dei propri strumenti regolativi, contribuendo alla "certezza del diritto" nella "nuova" società del rischio. Occorre accettare la prospettiva che nel tempo cambiano le tecniche legislative: queste si aprono al mondo e con ciò si favorisce l'interazione fra modelli ordinamentali.

Infine, il richiamo al tema delle nuove responsabilità degli esponenti bancari è sembrato opportuno per una ragione: in un settore caratterizzato da alta aleatorietà e tecnicismo, la mancata o non corretta internalizzazione dei rischi richiede un'efficace tutela nei confronti dei terzi. Nel modello bancario, l'assetto degli interessi sociali assume una prospettiva meta-individuale, perché è in questa che si realizzano anche gli interessi di chi rappresenta una componente essenziale dell'organizzazione medesima. È su questo piano che va analizzata la funzione gestoria, diretta ad assicurare un corretto governo del rischio nella consapevolezza della necessaria tutela anche degli interessi dei terzi.

A chiosa di quanto sopra illustrato, si può senza difficoltà sostenere che il fine "sostenibile" apparirebbe sempre di più assumere le vesti di un vero e proprio obiettivo di sistema. La sostenibilità diventa il ponte fra l'attualità e il futuro: per tale ragione, essa diviene il fine ultimo di ogni attività umana. La realizzazione di una finalità ordinamentale così complessa, e allo stesso tempo mutevole, richiede il continuo e sinergico coinvolgimento del sistema finanziario tutto, quindi anche delle altre Autorità amministrative indipendenti che, oltre alla Banca d'Italia, si interfacciano con il sistema.

Per concludere, il risparmio (art. 47 cost.), ma in realtà l'attività bancaria tutta quale espressione della libertà economica (art. 41 cost.), non può oggi non relazionarsi con la preservazione dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi (art. 9 cost.). Seppur con qualche dubbio in merito alla effettiva necessità di costituzionalizzazione[75], la tutela dell'ambiente, di cui il contrasto al cambiamento climatico costituisce una ramificazione, è una cartina tornasole attraverso la quale vanno riletti i diritti fondamentali di cui la persona umana è titolare[76] e il cui quadro di tutele, pertanto, merita di essere rafforzato su ogni livello.

di rilevanza generale, quali sono, fra gli altri, la tutela del risparmio e tutela dell'ambiente. Per tutti, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, cit., p. 7.

75 Sul punto, merita di essere ripreso il pensiero di Pennasilico, M.: "Sviluppo sostenibile", cit., p. 40 s., il quale sostiene che di mediante l'utilizzo di un canone ermeneutico di tipo "evolutivo" sarebbe comunque possibile ammettere la tutela a livello costituzionale delle problematiche legale alla tutela dell'ambiente, allo sviluppo sostenibile nonché alla responsabilità intergenerazionale.

76 Seppur in altri termini, si esprime in questo senso chiaramente Pennasilico, M.: "La nozione giuridica di ambiente nella prospettiva sistematica e assiologica", *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di M. Pennasilico), Esi, Napoli, 2014, p. 19.

BIBLIOGRAFIA

ABE, *Report on management and supervision of ESG risks for credit institutions and investment firms*, giugno 2021, reperibile su https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Reports/2021/1015656/EBA%20Report%20on%20ESG%20risks%20management%20and%20supervision.pdf.

ABE, *The role of environmental risks in the prudential framework*, 2 maggio 2022, in https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Discussions/2022/Discussion%20paper%20on%20the%20role%20of%20environmental%20risk%20in%20the%20prudential%20framework/1031947/Discussion%20paper%20on%20role%20of%20ESG%20risks%20in%20prudential%20framework.pdf.

Banca d'Italia, *Aspettative di vigilanza sui rischi climatici* e *ambientali*, aprile 2022, in https://www.bancaditalia.it/focus/finanza-sostenibile/vigilanza-bancaria/Aspettative_di_vigilanza_BI_su_ESG.pdf.

BCE, *Guida sui rischi climatici* e *ambientali. Aspettative di vigilanza in materia di gestione dei rischi e informativa della Banca Centrale Europea*, novembre 2020, in https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.202011finalguideonclimate-relatedandenvironmentalrisks%7E58213f6564.it.pdf.

Buonocore, V.: "Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del Codice civile", *Giurisprudenza commerciale*, 2006, 1, pp. 5 ss.

Caterini, E.: *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Esi, Napoli, 2018.

Cicchinelli, S.: "L'azione diretta del terzo nel modello bancario", *Riv. dir. soc.*, 2015, 2, pp. 447 ss.

Comitato di Basilea, *Climate-related risk drivers and their transmission channels*, aprile 2021, in https://www.bis.org/bcbs/publ/d517.pdf.

Comitato di Basilea, *Climate-related financial risks – measurement methodologies*, aprile 2021, in https://www.bis.org/bcbs/publ/d518.pdf.

Comitato di Basilea, *Principles for the effective management and supervision of climate-related financial risks*, giugno 2022, reperibili su https://www.bis.org/bcbs/publ/d532.pdf.

Degl'Innocenti, F.: *La responsabilità d'impresa. Obblighi di condotta e regimi di imputazione*, Esi, Napoli, 2019.

Giacobbe, G.: "Competenza delle Authorities e tutela dei diritti della persona", *Authorities e tutela della persona* (a cura di P. Perlingieri), Esi, Napoli, 1999, pp. 27 ss.

Minto, A.: "Gli assetti in àmbito bancario", *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali* (diretto da M. Irrera), Zanichelli, Bologna, 2016, pp. 623 ss.

Minto, A.: "Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio d'impresa bancaria", Giurisprudenza commerciale, 2014, 1, pp. 1165 ss.

Montalenti, P.: "Il nuovo Codice di corporate governance", *Riv. corporate governance*, 2021, 1, pp. 45 ss.

Mucciarone, G.: *L'adeguatezza degli «amministratori» delle banche*, Utet giuridica, Torino, 2020.

NFGS, *Climate Scenarios for central banks and supervisors*, 2022, https://www.ngfs.net/ngfs-scenarios-portal/.

Pennasilico M: "Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto", *Persona e mercato. Saggi*, 2015, 4, pp. 37 ss., nonché su Aa. Vv., *Liber amicorum per Biagio Grasso*, Napoli, Esi, 2015, pp. 473 ss.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, I, II, Esi, Napoli, 2020.

Pinto, V.*: La tutela risarcitoria dell'azionista tra "danno diretto" e "danno riflesso"*, Pisa University Press, Pisa, 2011.

Pinto, V.: "La responsabilità degli amministratori per danno diretto agli azionisti", *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso* (diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale), Torino, 2006, II, pp. 893 ss.

Riganti, F: "L'impresa bancaria nella transizione sostenibili: princípi e problemi", *Analisi giuridica dell'economia*, 2022, 1, pp. 315 ss.

Rolli, R.: *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa. Modelli di governance e nuove responsabilità*, Il Mulino, Bologna, 2021.

Serravalle S.: "Soft law e diritto civile", *Le Corti Salernitane*, 2019, 3, pp. 433 ss.

LA RESPONSABILITÀ DELLA BANCA E DEI THIRD PARTY PROVIDERS (TPPS) PER OPERAZIONI FRAUDOLENTE ALLE SOGLIE DELLA RIFORMA DELLA "PSD2"

THE LIABILITY OF THE BANK AND THIRD PARTY PROVIDERS (TPPS) FOR FRAUDULENT TRANSACTIONS ON THE THRESHOLD OF "PSD2" REFORM

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1738-1765

Martina
PICCINNO

ARTICOLO CONSEGNATO: 14 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: L'evoluzione tecnologica che sta interessando il settore dei servizi di pagamento digitali impone un costante adeguamento delle normative ai canoni di efficienza, velocità e sicurezza. L'incremento dei servizi offerti e degli intermediari coinvolti è foriero di nuove opportunità ma di altrettanti rischi la cui allocazione diviene cruciale per tutelare la fiducia degli utenti nei nuovi sistemi. Per tale motivo la PSD2 ha focalizzato l'attenzione proprio sui rapporti a valle delle operazioni di pagamento, individuando le responsabilità di utenti, operatori tradizionali e nuovi *players* (TPPs). Lo sforzo, tuttavia, non è stato sufficiente: il dinamismo che connota il settore, in una ai sempre piú aggiornati e subdoli sistemi di frode, ne mettono a repentaglio la tenuta e obbligano ad un ripensamento della struttura delle responsabilità, quantomeno nel senso di tenere in considerazione quali sopravvenienze possono essere concretamente gestite e da chi.

PAROLE CHIAVE: PSD2; Third Party Provider; riforma disciplina servizi di pagamento; operazioni fraudolente; riparto di responsabilità tra operatori tradizionali e Third Party Providers.

ABSTRACT: *The technological evolution that is affecting the digital payment services sector requires constant adaptation of regulations to the standards of efficiency, speed and security. The increase in the services offered and the intermediaries involved is a harbinger of new opportunities but also of new risks, the allocation of which becomes crucial in order to protect users' confidence in the new systems. This is why PSD2 has focused precisely on the relationships downstream of payment transactions, identifying the responsibilities of users, traditional operators and new players (TPPs). The effort, however, has not been sufficient: the dynamism that characterises the sector, in the midst of the ever more up-to-date and devious fraud systems, jeopardising its resilience, obliges a rethinking of the structure of responsibilities, at least in the sense of taking into account which contingencies can be concretely managed and by whom.*

KEY WORDS: *PSD2; Third Party Provider; reform of payment services regulation; fraudulent transactions; allocation of responsibilities between traditional players and Third Party Providers.*

SOMMARIO.- I. ALLE SOGLIE DELLA RIFORMA DELLA PSD2: MOTIVAZIONI E AUSPICI. – II. LA SICUREZZA COME OBIETTIVO PRINCIPE DELLA PSD2: LE OPERAZIONI NON AUTORIZZATE. – III. I THIRD PARTY PROVIDERS QUALI NUOVI OPERATORI DEL MERCATO. – IV. I PISP: NATURA E COSTRUZIONE DEL NUOVO RAPPORTO "A TRE FATTORI". – V. LA STRUTTURA DELLA RESPONSABILITÀ DEI PISP IN CASO DI OPERAZIONI FRAUDOLENTE. – VI. BREVI RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

I. ALLE SOGLIE DELLA RIFORMA DELLA PSD2: MOTIVAZIONI E AUSPICI.

Il 10 maggio 2022 la Commissione Europea ha aperto una consultazione (con scadenza 2 agosto 2022) affinché tutti gli operatori del mercato – compresi privati cittadini – potessero esprimere la propria opinione in merito ad una possibile revisione della direttiva 2015/2366/UE, cd. PSD2 ("*Second Payment Services Directive*"). L'iniziativa si inserisce nell'alveo della strategia della Commissione Europea in materia di finanza digitale avente come priorità una proposta legislativa sulla cd. "*open finance*". In verità, ciò che per semplicità viene definito "consultazione sulla PSD3" consta di tre progetti distinti: una consultazione pubblica, aperta a chi ha conoscenze base del mercato dei pagamenti e delle relative leggi, e due "*targeted consultations*" rivolte a *stakeholders* professionali: la prima "*on the review of PSD2*" e la seconda "*on the open finance framework*". I due temi sono intimamente collegati; la finanza aperta[1], infatti, promuove l'accesso da parte di fornitori di servizi terzi ai dati (aziendali e dei consumatori) dei clienti (imprese e consumatori) – detenuti principalmente, ma non solo, da intermediari del settore finanziario – con il consenso di questi ultimi, per una vasta gamma di servizi finanziari (inclusi prestiti, credito al consumo, investimenti e pensioni). Inoltre, permette una piú ampia integrazione dei dati finanziari con i settori non finanziari, come la sanità e la pubblica amministrazione, e per questo rappresenta il passo successivo della politica europea di "*open access*", inaugurata a seguito dell'adozione delle procedure di "*open banking*" introdotte proprio dalla PSD2 attualmente in revisione.

Dopo soli quattro anni dall'entrata in vigore della Seconda Direttiva sui Servizi di Pagamenti (ed a tre dalla messa in atto del sistema di sicurezza anti frode "*Strong Customer Authentication*"), l'Unione Europea interroga gli utilizzatori e promotori dei servizi di pagamento in merito al raggiungimento degli obiettivi prefissati (cd. "*backward-looking*") – misurandone costi e benefici, efficacia e efficienza – e si

1 Per la proposta sulla "*open finance*" si veda European Commission: "Consultation document, targeted consultation on open finance framework and data sharing in the financial sector", disponibile al sito *ec.europa.eu/info/publications/finance-consultations-2022-open-finance_en*.

• Martina Piccinno
Dottoranda di ricerca in "Diritto dei consumi" – Università degli studi di Perugia
martinapiccinno01@gmail.com

interroga sulla eventuale obsolescenza dei suoi contenuti (cd. "*forward-looking*")[2], mirando a riempire le lacune e correggere eventuali storture.

L'inarrestabile stagione di riforme che vive la disciplina dei servizi di pagamento e, di conseguenza, la contrattazione bancaria, trova giustificazione nell'impatto che la rivoluzione tecnologica, supportata dalla transizione digitale, ha generato sugli stessi, oggetto di una nuova metodica che prende il nome di "*FinTech*"[3]. In un settore in cui, *ictu oculi*, lo sviluppo corre piú veloce delle regole, si impone la ricerca non facile di un equilibrio tra adeguamento normativo alle nuove tecnologie, tutela della concorrenza e del mercato e stabilizzazione dei sistemi finanziari.

Ciò a maggior ragione dopo la pandemia da Covid-19 che ha messo in "*stand-by*" il mondo "reale" in favore di quello virtuale, dando un forte impulso al settore dell' "*e-commerce*". Il consumatore, inizialmente scettico rispetto ai metodi di pagamento diversi dal contante, si è riversato sui cd. "*e-payments*" (pagamenti mediante internet) e "*m-payments*" (pagamenti tramite dispositivo mobile), consentendo da un lato l'accesso al mercato di nuovi "intermediari", prestatori di servizi (operanti al di fuori del circuito bancario), ma allo stesso tempo accelerando l'esigenza di interventi normativi europei che tutelino gli utenti e sopperiscano alla notevole frammentazione delle discipline nazionali di settore. In questo contesto, la direttiva in questione interviene abrogando la precedente direttiva 2007/64/CE (PSD1)[4], considerata già obsoleta al momento della sua attuazione[5], e si fa carico di predisporre regole uniformi in ordine ai pagamenti elettronici in tutta l'Eurozona, che amplino il paniere di servizi messi a disposizione dell'utenza, e a prevedere livelli di sicurezza tali da prevenire l'utilizzo fraudolento dei sistemi di pagamento.

2 E lo fa a mezzo di un questionario suddiviso per sezioni (*Payment Methods*, *Digital Payment*, *Blocking Funds*, ecc.), tra le quali, al punto 4.6, spicca quella a titolo "*Fraud*". Per la consultazione si veda European Commission: "Consultation document public consultation on the review of the revised payment services directive (psd2) and on open finance", in *ec.europa.eu/info/publications/finance-consultations-2022-psd2-review-open-finance_en*.

3 Al fine di non sviare il discorso dal tema cardine, per approfondimenti sulla *Fintech* si rinvia, *ex multis*, a Falcone, G.: "Contratti bancari e fintech", in *Contratti bancari* (a cura di E. Capobianco), Wolters Kluwer, Milano, 2021, pp. 613 ss.; Paracampo, M. (a cura di): "Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari", ed. 2°, Giappichelli, Torino, 2017; Schena, C., Tanda, A., Arlotta, C. e Potenza, G.: "Lo sviluppo del FinTech. Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale", in *CONSOB*, *Quaderno Fintech*, num. 1°, marzo 2018. Per un approccio anche comparatistico si veda, Cian, M. e Sandei, C.: "Diritto del Fintech", Cedam-Wolters Kluwer, Padova, 2020.

4 E che, a sua volta, era tassello del piú ampio progetto europeo SEPA, "*Single Euro Payments Area*", promosso da Commissione e Sistema Europeo delle Banche Centrali (SEBC) e volto a modificare la struttura del mercato dei pagamenti attraverso due leve: definizione di schemi di pagamento utilizzabili in modo uniforme in tutta l'area, cd. "*SEPA for instruments*"; (ii) adeguamento delle infrastrutture per la compensazione e il regolamento dei pagamenti con l'obiettivo di assicurare la raggiungibilità di tutte le potenziali controparti europee, cd. "*SEPA for infrastructures*". Un progetto in parte naufragato (per approfondire le ragioni di insuccesso si veda Bott, J.: "The Single Euro Payments Area: New Alliances Required to Tip the Market", *ECRI Research Report*, num. 10°, luglio 2009).

5 Come ricorda giustamente Vanini, S.: "L'attuazione in Italia della seconda direttiva sui servizi di pagamento nel mercato interno: le innovazioni introdotte dal d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 21", *Nuove leggi civ. comm.*, num. 4°, 2018, p. 840, proprio per tale motivo la Commissione Europea aveva deciso di adottare nel 2012 il Libro verde intitolato «Verso un mercato europeo integrato dei pagamenti tramite carte, Internet e telefono mobile» in cui auspicava un intervento tempestivo nella suddetta materia.

In Italia la normativa viene recepita *in extremis* dal d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218 che, a sua volta, apporta modifiche tanto al Titolo VI del t.u.b. («Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti») quanto, e specialmente, al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 già attuativo della PSD1.

In breve, gli obiettivi prefissati mirano a rendere semplice e, soprattutto, sicuro l'uso dei pagamenti *online*, in contrasto alle frodi informatiche, e ad un rafforzamento dei diritti degli utenti fino alla promozione di servizi di pagamento innovativi ed efficienti[6]. Dai primi riscontri emersi dalla consultazione pare che la Direttiva abbia imboccato la strada giusta: la maggior parte dei *feedback* ricevuti, specialmente dai clienti *retail*, si mostra soddisfatta dei risultati raggiunti al punto da ritenere inutile un suo "*restiling*"[7]. La tesi, tuttavia, non convince pienamente gli "addetti ai lavori" i quali evidenziano la presenza di alcune lacune come, ad esempio, la carenza di armonizzazione degli *standards* per lo scambio di informazioni tra intermediari, l'esclusione di alcuni nuovi operatori di supporto all'erogazione dei servizi di pagamento dalla disciplina della direttive o, ancora, manifestano una preferenza verso una regolamentazione che non aggiunga tecnicismi, bensí operi per principi, venendo incontro ad un mercato dinamico in perpetua evoluzione[8].

Si deve, dunque, riconoscere alla PSD2 un contributo significativo nell'incremento dei livelli di innovazione, competitività e sicurezza. Proprio per questo i necessari miglioramenti e chiarimenti nei diversi profili non devono

6 Per una ricostruzione completa di tutti gli aspetti della direttiva PSD2 si vedano, tra gli altri, Porta, F.: "Obiettivi e strumenti della PSD2", in *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD2, criptovalute e rivoluzione digitale* (a cura di F. Maimeri e M. Mancini), in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca di Italia*, num. 87°, settembre 2019, pp. 21 ss.; Geva, B.: "Payment Transactions under the E.U. Second Payment Services Directive - An Outsider's View", *54 Texas International Law Journal*, 2019, pp. 211 ss.; Marasa', F.: "Servizi di pagamento e responsabilità degli intermediari", Giuffrè, Milano, 2020, in particolare pp. 17 ss.; Sciarrone Alibrandi, A.: "Impostazione sistematica della Direttiva PSD2", in *Innovazione e regole nei pagamenti digitali. Il bilanciamento degli interessi nella PSD2* (a cura di M.C. Paglietti e M.I. Vangelisti), RomaTre-Press, Roma, 2020, pp. 13 ss., la quale si concentra nel descrivere i principi portanti della direttiva individuati nel controverso (almeno in ambito bancario-finanziario) principio di proporzionalità ed in quello di trasparenza.

7 Per completezza, si precisa che i dati relativi alla partecipazione alla consultazione *ut supra*, nonché alcune delle risposte fornire da operatori del mercato e da utenti, sono disponibili al sito *ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13331-Payment-services-review-of-EU-rules/F_en.* Tra i documenti consultabili è presente il "*Factual summary report PSD2 and open finance public consultation*" che riporta l'esito della consultazione pubblica. In sintesi, la categoria piú numerosa a rispondere al questionario risulta essere quella dei privati cittadini europei, seguita da imprese e associazioni di imprese (in particolare del settore bancario e assicurativo). Tra i Paesi europei, il maggior riscontro si è ottenuto dalla Germania. Per quanto sinora detto, risulta che lo strumento di pagamento preferito dalla maggioranza, anche *online*, resta la carta di credito. I "*digital wallet*" cosí come gli *m-payments* destano, invece, ancora perplessità nel 23% di coloro che hanno risposto. Negativo, invece, il giudizio sulla trasparenza informativa, soprattutto in tema di costo delle commissioni ("*fee per transaction*"). Coloro che desiderano maggiori informazioni (39%) vorrebbero conoscere il tempo esatto di esecuzione, l'importo preciso delle commissioni per ogni fase della transazione, le condizioni del pagamento e ricevere qualche tipo di conferma che il sito web non sia fraudolento e sul tasso di cambio di riferimento per transazioni con l'estero.

8 Tra i vari pareri consultabili si suggerisce, per completezza di veduta, quello rilasciato da Abi (Associazione Bancaria Italiana): "Call for evidence", agosto 2022, disponibile in *ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13331-Payment-services-review-of-EU-rules/F33, agosto 2022*.

sostituirsi alla precedente regolamentazione bensí inserirsi nel quadro normativo generale esistente.

II. LA SICUREZZA COME OBIETTIVO PRINCIPE DELLA PSD2: LE OPERAZIONI NON AUTORIZZATE.

Si conceda un'affermazione banale: se è indiscusso che il settore *tech* offre opportunità tendenzialmente illimitate, pagamenti sempre piú veloci e a costi ridotti, perché limita al minimo l'intermediazione (intesa nella sua accezione tradizionale), è ancor piú vero che presta facilmente il fianco a sempre nuove forme di frodi informatiche e ad un conseguente uso illegale di dati sensibili, che minano alle fondamenta la fiducia dei consumatori in questi nuovi sistemi. Basti pensare alle ormai note "intrusioni" non autorizzate all'interno dei conti di pagamento, con furti di denaro e di dati personali (attraverso tecniche note come: "*phishing*", "*man in the browser*" o "*man in the middle*", "*smishing*" e "*vishing*") che popolano le decisioni dei giudici di merito italiani, dell'Arbitro Bancario e Finanziario (ABF) e anche, in determinati casi, della Corte di Giustizia Europea[9].

La consapevolezza di aumento esponenziale del rischio si palesa nella stessa direttiva al Considerando 7, nel quale la sicurezza viene elevata a «condizione fondamentale per il buon funzionamento del relativo mercato». Se risulta impossibile azzerare il rischio legato alle nuove figure di pagamento e di *players* del settore, in quanto fisiologico elemento della complessità del sistema, questo può essere gestito e minimizzato nella sua fase patologica attraverso politiche di "*risk allocation*". Ed è ciò a cui l'impianto complessivo della PSD2 mira, attraverso la implementazione degli *standards* di sicurezza richiesti e, soprattutto, sforzandosi di allocare in modo equilibrato le responsabilità da operazioni non autorizzate tra attori tradizionali e nuovi *players*.

La direttiva, infatti, interviene nella fase e*x ante*, cioè precedente alla frode, al fine di prevenire l'insorgenza della stessa a mezzo di meccanismi tecnici di sicurezza e, di conseguenza, attraverso l'imposizione di precisi adempimento in capo agli operatori del mercato (compito a cui finora ha adempiuto, nonostante i limiti dell'obsolescenza tecnologica della regola). Sotto tale profilo, si presenta di estremo rilievo l'introduzione del sistema di sicurezza di autenticazione rafforzata, *Strong Costumer Authentication* (SCA), definita dall'art. 4, n. 30, dir. 2015/2366/UE[10]

9 Si pensi, ad esempio, a Corte di Giustizia UE, 11 novembre 2020 (C-287/19), DenizBank AG c/ Verein für Konsumenteninformation, in *curia.europa.eu*, con nota di Dalmartello, A.: "Il sistema europeo dei servizi di pagamento e i pagamenti anonimi "*contactless*", *Nuove leggi civ. comm*., num. 4°, 2021, pp. 837 ss., e di Marasa', F.: "I pagamenti contactless nel sistema della PSD2", *Banca borsa tit. cred*., num. 2°, 2022, pp. 149 ss., a tema operazioni non autorizzate a mezzo servizi *contactless* (NFC).

10 Recepito dall'art. 1, co. 1, lett. q-*ter*, del d.lgs. n. 11 del 2010, ed implementata dal regolamento attuativo 2018/389/UE.

come «un'autenticazione basata sull'uso di due o piú elementi classificati nelle categorie della conoscenza (qualcosa che solo l'utente conosce), del possesso (qualcosa che solo l'utente possiede) e dell'inerenza (qualcosa che caratterizza l'utente), che sono indipendenti, in quanto la violazione di uno non compromette l'affidabilità degli altri, e che è concepita in modo tale da tutelare la riservatezza dei dati di autenticazione». Attraverso credenziali di accesso univoche, dinamiche e multifattore, generate con i dati di cui sopra (anche di natura biometrica)[11] e fornite al solo cliente, la banca contrassegna la singola operazione di pagamento per uno specifico importo e beneficiario (cd. "*Dynamic Linking*"), verifica la riconducibilità dell'attività alla volontà del cliente medesimo di cui accerta l'identità, negando al tempo stesso a terzi non autorizzati intrusioni illecite; e ciò nel caso di utilizzo del conto *online*, di operazioni di pagamento elettronico o di effettuazione di qualunque operazione a distanza che rechi in sé un rischio di frode[12]. L'ottica su cui si struttura detta disciplina è di inevitabile *favor* per l'utente, nella logica propria dei rapporti asimmetrici di consolidata esperienza europea. In linea con questo principio la SCA diviene per il prestatore di servizi di pagamento un vero e proprio onere che lo obbliga a munirsi di dispositivi e software atti a generare il codice monouso di autenticazione[13]. Il suo mancato impiego, salvo casi espressamente previsti per legge[14], costituisce la base per una piú sfavorevole modulazione della

11 Si veda, a tal proposito, Eba, European Banking Authority: "Opinion of the European Banking Authority on the elements of strong customer authentication under PSD2", 21 giugno 2019, in *eba.europa.eu/eba-publishes-an-opinion-on-the-elements-of-strong-customer-authentication-under-psd2*.

12 Tale è la dicitura dell'art. 97, par. 1, della direttiva PSD2, recepito dall'art. 10 *bis* del d.lgs. n. 11 del 2010. Gli artt. 97 e 98 disciplinano l'applicazione della SCA e sono coadiuvati nel dettaglio dagli artt. 27-29 del regolamento di attuazione 2018/389/UE.

13 Un onere che non solo aiuta a proteggere dalle frodi ma, rendendo piú difficoltoso e lungo l'accesso al conto, induce l'utente «ad una piú accorta riflessione sull'operazione economica», cosí che quest'ultima risulti davvero espressione della «genuina volontà negoziale del soggetto pagatore» (Berti De Marinis, G.M.: "La disciplina dei pagamenti non autorizzati nel nuovo sistema delineato dal recepimento della direttiva PSD2", *Dir. banc. merc. fin*., num. 4°, 2018, p. 655).

14 A tal proposito, l'art. 98 della direttiva PSD2 permette all'EBA, «in stretta cooperazione con la BCE e previa consultazione di tutti i portatori di interessi» di specificare i casi che sono esenti dalla SCA, sulla base di: «a) il livello del rischio connesso al servizio prestato; b) l'importo, la frequenza dell'operazione, o entrambi; c) il canale di pagamento utilizzato per l'esecuzione dell'operazione» o, semplicemente, perché a basso rischio di frode. In questo senso è orientato il capo III del regolamento di attuazione, 2018/389/UE, rubricato "Esenzioni dall'Autenticazione Forte del cliente" che, ad esempio, all'art. 11, dispensa dall'uso del suddetto sistema di sicurezza nelle forme di pagamento "*contactless*", ove vengano rispettati alcuni requisiti, tra i quali il piú significativo riguarda l'importo massimo della transazione che non deve superare i 50 euro in totale (proprio tale presupposto, secondo DigitalEurope: "DIGITALEUROPE's response to Call for Evidence on Payment Services-Review of EU Rules", 26 luglio 2022, p. 4, disponibile *al sito digitaleurope.org/resources/digitaleuropes-response-to-the-digital-decade-consultation*, durante la crisi pandemica ha rappresentato «*a good example of striking the right balance between innovation and security*»); all'art. 12, prevede l'esenzione con riferimento ai pagamenti effettuati presso terminali non custoditi aventi ad oggetto il pagamento di tariffe di trasporto o di parcheggio o, all'art. 16, per le operazioni di pagamento a distanza di importi singoli o aggregati poco significativi (per approfondimenti si veda Berti De Marinis, G.M.: "La disciplina dei pagamenti non autorizzati nel nuovo sistema delineato dal recepimento della direttiva PSD2", cit., pp. 649 ss.; Rispoli Farina, M.: "La *strong customer authentication* e la responsabilità dei prestatori dei servizi di pagamento", *I-Lex*, num. 12°, 2019, pp. 105 ss.). Infatti, se detto tipo di autenticazione manifesta evidenti vantaggi in ambito di sicurezza e controllo verso intromissioni abusive sui conti, allo stesso tempo irrigidisce le procedure di pagamento, rendendole macchinose e articolate e rischia di dissuadere molti utenti (in particolare i piú scettici verso forme di pagamento diverse dal contante) dal loro utilizzo, ingenerando ciò che viene definito "rischio di abbandono della transazione". Una preoccupazione che non ha lasciato indifferenti gli operatori del mercato i quali, in occasione della consultazione pubblica di cui si è già fatto cenno, hanno espresso, quasi all'unanimità, la loro contrarietà all'estensione operativa della SCA

riparto di responsabilità nei confronti della banca in ipotesi di operazioni non autorizzate (art. 92, par. 1, dir. 2015/2366/UE e art. 12, co. 2 *bis*, d.lgs. 11/2010)[15].

La direttiva, infatti, si occupa, altresí , di regolare la fase e*x post* in cui l'incursione illecita nel conto di pagamento è già avvenuta e, quindi, non resta che ripartire le responsabilità nei rapporti a valle tra banca, clienti ed eventuali terze parti. Un gioco di equilibri, quest'ultimo, che in Italia ha acceso un dibattito (dagli sviluppi complessi e dall'esito ancora incerto) proprio con riferimento alla natura della responsabilità della banca in caso di operazioni fraudolente. Questa, in qualità di operatore tradizionale presso cui è radicato il conto del cliente ed a cui è rivolta l'introduzione dei sempre piú stringenti requisiti di sicurezza, si pone come primo baluardo a difesa di usi abusivi dei sistemi tecnologici, rientrando la conservazione dei codici di accesso del cliente tra gli obblighi di diligenza professionale (obblighi di "protezione" che trovano applicazione anche nell'*home banking*). La violazione degli stessi però viene interpretata da dottrina e giurisprudenza in modo estremamente ondivago, oscillando tra responsabilità contrattuale per mancata diligenza del *bonus argentarius*, ed e*xtra* contrattuale da attività pericolosa (art. 2050 c.c.), tra responsabilità aggravata, oggettiva e, persino, da *status*. Tutte queste tesi, però, restituiscono l'immagine unica di una responsabilità sempre piú sbilanciata dal lato dell'intermediario il quale è chiamato a sopportare e*x lege* gravosi oneri probatori e, spesso nella pratica, a rispondere di frodi informatiche dovute a cause sconosciute (i cd. "altri inconvenienti" di cui art. 10 d.lgs. 11/2010)[16]. Di contro, si

proponendo, di contro, una riduzione delle ipotesi di suo utilizzo [Abi: "Call for evidence", cit., suggerisce di non modificare l'architettura e le disposizioni generali della stessa ma, allo stesso tempo, di valutarne la esclusione per alcuni settori come quello della beneficenza, della sanità e dei trasporti; dello stesso avviso Banco Bilbao, nel "feedback" rilasciato il 1° agosto 2022, sulla pagina ufficiale della Commissione Europea (consultabile al sito *ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13331-Payment-services-review-of-EU-rules/F3332125_en*), il quale fa notare che «l'attrito in alcune transazioni di *e-commerce* sarebbe aumentato»; allo stesso modo nel *feedback* del 27 luglio 2022 (in *ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13331-Payment-services-review-of-EU-rules/F3330023_en*), Enel Spa, lamenta la futura installazione di *PIN-pad* nelle stazioni di ricarica delle macchine elettriche che avrebbe come unico esito l'aumento dei costi di installazione ed il conseguente incremento del prezzo finale al consumo, scoraggiando l'uso degli autoveicoli provvisti di questa nuova tecnologia e la creazione di infrastrutture pubbliche di ricarica. Chiede, pertanto, la rimozione della SCA per detto tipo di operazione, suggerendo di inserire la categoria delle transazioni di ricarica nell'art. 12 del regolamento di attuazione, al pari dei pagamenti di parcheggi e trasporti pubblici; la medesima esenzione dalla SCA è richiesta nel parere rilasciato il 1° agosto 2022 (*ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13331-Payment-services-review-of-EU-rules/F3332123_en*), dalla Global Business Travel Association con riferimento alle transazioni nel settore dei viaggi d'affari, colpite in modo marginale dalle frodi però affaticate da tale sistema di sicurezza perché basate, solitamente, su acquisti rapidi tramite *account* aziendali, il cui numero di telefono, necessario per la verifica SCA, non è associato al singolo impiegato bensì all'impresa].

15 L'art. 12, co. 2 *bis*, d.lgs. 11/2010 afferma che «se il prestatore di servizi di pagamento del pagatore non esige un'autenticazione forte del cliente, il pagatore non sopporta alcuna conseguenza finanziaria salvo qualora abbia agito in modo fraudolento», introducendo una vera e propria sanzione per la banca secondo una responsabilità che si può definire "oggettiva", con l'unica esimente della frode; ciò comporta che il prestatore sarà responsabile anche nelle ipotesi di dolo o colpa grave della condotta dell'utente. Un *proportionality check* dell'adeguatezza della sanzione che a Paglietti, M.C.: "Questioni in materia di prova di pagamenti non autorizzati", in *Innovazione e regole nei pagamenti digitali* (a cura di M.C. Paglietti e M.I. Vangelisti), Romatre-Press, Roma, 2020, pp. 56 s., considerando la *ratio* e gli interessi che la norma di diritto sostanziale violata protegge.

16 La tematica è molto complessa e necessiterebbe una trattazione sistematica che, tuttavia, tocca solo in parte l'attuale oggetto di riflessione. Per una ricostruzione attenta e completa si rinvia, quindi, a Marasa' F.:

assottiglia il perimetro della colpa grave di cui risponde il cliente. Detta presunzione di legge a sfavore dell'intermediario esprime ragioni di opportunità e di efficienza allocativa del rischio: l'avvenimento "frode", infatti, ricade nel rischio d'impresa e la banca rappresenta il "*best risk bearer*" o "*cheapest cost avoider*"[17], secondo una concezione che vede quest'ultima come soggetto capace di assorbire i costi dell'illecito e ripartirli sulla massa di utenti (cd. giustificazione social-commerciale).

Come si vedrà di seguito non è possibile restare indifferenti rispetto all'architettura assunta dalla responsabilità del prestatore del servizio, stanti le ricadute che la stessa produce anche sul modello di riparto di responsabilità in ipotesi di frodi informatiche su transazioni in cui sono intervenuti i Third Party Provider.

III. I THIRD PARTY PROVIDERS QUALI NUOVI OPERATORI DEL MERCATO.

Occorre precisare che il *favor* che la direttiva palesa per il cliente non esime quest'ultimo dal rispetto di alcuni obblighi di condotta. Al dovere dell'intermediario di salvaguardare l'accesso esclusivo alle proprie credenziali, corrisponde un correlato obbligo di questi a custodire le stesse e gli strumenti di pagamento, con diligenza ed in conformità alle previsioni contrattuali[18].

Tale sistema, già presente nella PSD1, mirava a responsabilizzare l'utente dei servizi digitali ponendo a suo carico il rischio rientrante nella propria sfera di controllo. Tuttavia, l'eccessivo rigore del dettato normativo diveniva un ostacolo quando il cliente, al fine di effettuare i pagamenti a mezzo di servizi digitali rapidi e poco costosi, cedeva le sue credenziali di accesso al conto a operatori terzi non finanziari (come, per esempio, Google Wallet, PayPal, Apple Pay, Samsung Pay, Amazon Pay). Questa modalità operativa (cd. "*screen scraping*")[19] non solo

"Servizi di pagamento" cit., pp. 100 ss., e ivi altra dottrina, cosí come a Antonucci, A.: "I contratti bancari on line", in *Contratti bancari* (a cura di E. Capobianco), Wolters Kluwer, Milano, 2021, pp. 585 ss.; Caggiano, A.: "Pagamenti non autorizzati tra responsabilità e restituzioni. Una rilettura del d. legisl. 11/2010 e lo scenario delle nuove tecnologie", *Riv. dir. civ.*, num. 2°, 2016, pp. 10459 ss.; Maffeis, D.: " Ordini di pagamento e di investimento on line nella giurisprudenza di merito e nella fonte persuasiva dinamica dell'ABF", *Riv. dir. civ.*, num. 5°, 2013, pp. 1273 ss.; Sulla responsabilità della banca per "altri inconvenienti" si ricorda ABF, Coll. Coord., 7 ottobre 2020, n. 17280, in *arbitrobancariofinanziario.it*.; quest'ultimi rientrano nel concetto di «danno da ignoto tecnologico» [Paglietti, M.C.: "Questioni in materia di prova" cit., p. 51].

17 La ragion d'essere di questa lettura è spiegata chiaramente in ABF, Coll. Coord., 26 ottobre 2012, n. 3498, in *arbitrobancariofinanziario.it*. In generale, l'ABF, nonostante la presenza di varie correnti di pensiero al suo interno, ha sempre cercato nelle sue decisioni di vagliare con estrema attenzione il rispetto degli obblighi di diligenza professionale, valutando con particolare rigore l'adempimento degli oneri probatori *ex* art. 72 PSD2 e *ex* art. 10, co. 1 e 2, d.lgs. 11/2010 (ABF, Coll. Coord., 10 ottobre 2019, n. 22745, in *arbitrobancariofinanziario.it*). Si veda, ad esempio, Sica, S. e Sabatino, B.M.: "Disintermediazione finanziaria e tutela del cliente e dell'utilizzatore", *Dir. inf.*, num. 1°, 2021, pp. 1 ss. ma anche Frau, R.:, "Home banking, phising e responsabilità civile della banca", *Resp. civ. prev.*, num. 2°, 2019, p. 622 ss.

18 Con riferimento agli obblighi dell'utente si vedano l'art. 69 della direttiva 2015/2366/UE e l'art. 7 del d.lgs. 11/2010 aggiornato.

19 Quale processo di raccolta dei dati di visualizzazione dello schermo da un'applicazione a un'altra, in modo che quest'ultima possa visualizzarla. Pratica attualmente vietata dalla PSD2 che, nel contesto *de quo*,

impediva alla banca di conoscere il vero autore/promotore della transazione ma, soprattutto, violava l'obbligo contrattuale in capo al cliente di non divulgazione a terzi delle proprie credenziali di sicurezza. Come conseguenza, in caso di contestazione da parte dell'utente per operazioni non autorizzate, questi poteva perdere il diritto al rimborso perché considerato responsabile dell'intromissione illecita.

Per ovviare a tale situazione di incertezza giuridica, lesiva tanto dell'utente quanto degli stessi operatori, era necessario identificare, regolamentare (e responsabilizzare) i nuovi attori abilitati all'erogazione di tali servizi. Il compito viene assolto dalla PSD2 la quale, in un'ottica di promozione di una sana concorrenza e di armonizzazione normativa (teoricamente massima), regola l'ingresso nel mercato dei cd. Third Party Providers, erogatori di servizi funzionali all'esecuzione del pagamento che si interpongono nel rapporto banca-cliente per facilitare le transazioni *online*. Questi sono sostanzialmente riconducibili a due categorie: il PISP ("*Payment Initiation Service Provider*"), ossia il «servizio di disposizione di ordine di pagamento» «che dispone l'ordine di pagamento su richiesta dell'utente di servizi di pagamento relativamente ad un conto di pagamento detenuto presso un altro prestatore di servizi di pagamento» e l'AISP ("*Account information Service Provider*"), «servizio di informazione sui conti» inteso quale «aggregatore *online* di informazioni (saldi e transazioni) relative a uno o piú conti di pagamento accessibili a distanza e carte di pagamento detenuti dall'utente presso altri intermediari». Parafrasando, si tratta di un servizio che attraverso un'interfaccia grafica sintetizza la situazione patrimoniale, finanziaria ed economica dell'utente[20].

Nonostante le condizioni di accesso al mercato per i TPP siano facilitate rispetto a quanto previsto per i prestatori di servizi tradizionali, la direttiva comunque predispone a loro carico una serie di requisiti differenziati sul tipo di business – in parte, quindi, distinti anche tra PISP e AISP (per il principio *a contrario*, "*same business, same risks, same rules*") – che consentano loro di ottenere l'autorizzazione (PISP) o registrazione (AISP) allo svolgimento dell'attività[21]. In particolare, per

consiste nell'uso da parte del *provider* delle credenziali del cliente, dallo stesso fornitegli, per accedere al conto di pagamento ed acquisire le informazioni utili all'operazione richiesta.

20 Le definizioni si trovano rispettivamente all'art. 4, parr. 18 e 19, della direttiva, corrispondenti all'art. 1, co. 1, lett. b-*bis*) e b-*ter*), d.lgs. 11/2010. In realtà, nei TPP rientra anche una terza categoria di soggetti, ossia i prestatori di servizi di pagamento che emettono strumenti di pagamento basati su carta, cd. CBPIIs ("*Card Based Payment Instrument Issuers*"), limitatamente allo svolgimento del servizio di conferma della disponibilità di fondi.

21 In generale, sul tema del Third Party Providers e sugli obblighi imposti loro per l'ingresso nel mercato si vedano: Berti De Marinis, G.M.: "La disciplina dei pagamenti", cit., pp. 627 ss.; Marasa', F.: " Servizi di pagamento", cit., pp. 76 ss.; Messore, A.: "La nuova disciplina dei servizi di pagamento digitali prestati dai *Third Party Providers*", *Nuove leggi civ. comm*., num. 2°, 2020, pp. 511 ss.; Profeta, V.: "I Third Party Provider: profili soggettivi e oggettivi", in *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD2, criptovalute e rivoluzione digitale* (a cura di F. Maimeri e M. Mancini), cit., pp. 47 ss. Esclusivamente sulla figura degli AISP, Catenacci, M. e Fornasaro, C.: "PSD2: i prestatori di servizi d'informazione sui conti (AISP)", *Diritto bancario*, 2018, pp. 1 ss.

quanto qui di interesse, è richiesta la stipula obbligatoria di una "*professional indemnity insurance*" che permetta di far fronte alle eventuali pretese risarcitorie derivanti da responsabilità per i danni causati al prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto o all'utente dei servizi di pagamento a seguito di accessi o usi non autorizzati o fraudolenti del conto. Sopperendo alla minor dotazione di capitale iniziale ad essi richiesto, la polizza, conforme agli Orientamenti dell'EBA (*European Banking Authority*)[22], diviene prerequisito essenziale per l'iscrizione nel registro pubblico centrale dell'EBA e, soprattutto, negli appositi registri presso le Autorità di Vigilanza nazionali competenti. In Italia l'autorizzazione viene rilasciata da Banca di Italia – ricorrendo le condizioni *ex* art. 114 *novies* t.u.b. – la quale assoggetta gli stessi a vigilanza informativa ed ispettiva continua (e, si potrebbe aggiungere, discrezionale)[23], accertandosi preventivamente che nel set informativo predisposto dal TPP sia inserito il documento inerente la *policy* di sicurezza relativa ai rischi che possono scaturire dai servizi offerti (in particolare a seguito di frodi e furto di dati) e ai presidi scelti per il loro monitoraggio e controllo.

È stato evidenziato come la disciplina italiana abbia valorizzato poco le nuove indicazioni fornite dall'art. 5 PSD2 e relative a: *policy* di sicurezza, prevenzione dei rischi, gestione di incidenti e reclami. Tuttavia «il carattere cogente delle disposizioni di dettaglio emanate a tale proposito dall'EBA, alla cui applicazione fanno rinvio anche le norme secondarie messe in consultazione dalla Banca d'Italia, di fatto consente di superare tale lacuna senza pregiudizio per l'uniformità applicativa della direttiva con riguardo ai requisiti di sicurezza informatica»[24].

Proprio in merito al rapporto tra utente e presidio dai nuovi rischi di frodi informatiche, è probabile che in un futuro prossimo l'attenzione normativa (PSD3)

22 Eba: "Final Report on the EBA Guidelines under Directive (EU) 2015/2366 (PSD2) on the information to be provided for the authorisation of payment institutions and e-money institutions and for the registration of account information service providers", 11 luglio 2017, disponibile in *eba.europa.eu/eba-publishes-final-guidelines-on-authorisation-and-registration-under-psd2*, provvede a dare attuazione all'art. 5.5 della PSD2, stabilendo un set di obblighi informativi che il TPP deve fornire per ottenere l'autorizzazione ad operare come istituto di pagamento. Si ricordi che il ruolo normativo dell'EBA è stato implementato dalla PSD2 la quale, ad esempio, prevede che sia l'Autorità Europea Bancaria centrale a individuare i criteri per l'importo monetario minimo dell'assicurazione per la responsabilità civile professionale, o di altra comparabile garanzia [Eba: "Guidelines on the criteria on how to stipulate the minimum monetary amount of the professional indemnity insurance or other comparable guarantee under Article 5(4) of Directive (EU) 2015/2366", 7 luglio 2017, disponibile in *eba.europa.eu/eba-publishes-final-guidelines-on-professional-indemnity-insurance-under-psd2*] e ad adottare eventuali provvedimenti di sospensione o revoca dell'autorizzazione ad operare dei TPPs, al ricorrere delle condizioni previste dall'art. 13 della PSD2, comminando altresí sanzioni amministrative. Infatti, la direttiva ha conferito all'EBA il compito di sviluppare "*Regulatory Technical Standard*" (RTS) e "*Guidelines*" (GL) riguardanti principalmente tre ambiti: coordinamento tra le autorità competenti "*home*" e "*host*"; armonizzazione dei processi di autorizzazione degli istituti di pagamento; sicurezza dei pagamenti (per approfondire si veda Porta, F.: "Obiettivi e strumenti della PSD2", cit., pp. 34 ss.).

23 L'iscrizione all'albo, invece, è regolata nell'art. 114 *septies* t.u.b. Speciali esenzioni sono previste per coloro che prestano esclusivamente il servizio di informazione sui conti (art. 33, dir. 2015/2366/UE, recepito nell'art. 114 *septiesdecies* t.u.b.). Sui requisiti trasposti in Italia, si veda Minto, A.: "Art. 114-*novies*", in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* (diretto da F. Capriglione), Padova, 2018, pp. 1789 ss.

24 Profeta, V.: "I Third Party Provider", cit., p. 61.

si focalizzerà sugli AISP che, in qualità di aggregatori di dati sensibili, maneggiano il bene giuridico essenziale dell'era dei "*big data*", nonché nuova moneta di scambio[25], con tutte le ricadute fin d'ora immaginabili in tema di *privacy* e furto di dati. Inoltre, come è stato giustamente sottolineato, il loro rilievo si estende all'ausilio che il servizio reso potrebbe avere nella prevenzione al sovraindebitamento. Ciò in quanto consentono all'utente di "tenere sotto controllo" le proprie finanze, fornendogli un quadro completo del proprio stato patrimoniale e anticipando, cosí, movimentazioni, transazioni e investimenti azzardati[26].

Tuttavia, attualmente, sono i PISP a catalizzare l'interesse perché, intervenendo *in medias res* nella procedura di pagamento, allungano la catena di soggetti coinvolti nell'*iter*, rendendo necessario un chiarimento in merito al loro ruolo e, soprattutto, alle loro responsabilità.

IV. I PISP: NATURA E COSTRUZIONE DEL NUOVO RAPPORTO "A TRE FATTORI".

Sebbene il rapporto contrattuale "canonico" tra cliente – titolare del conto di pagamento – e banca – istituto di radicamento del conto – non venga intaccato nella sua struttura "genetica", l'aspetto peculiare della nuova attività di pagamento è la perdita della bilateralità del suddetto rapporto per far spazio ad un terzo fattore, il PISP, in quella che è stata definita una «triangolazione telematica»[27]. Il contratto bancario non muta il suo paradigma ma diviene solo un frammento di una catena di montaggio in cui gli ingranaggi sono quantomeno tre. Resta, dunque, il problema di ricostruire le relazioni giuridiche contrattuali tra questi tre soggetti.

Pertanto, fermo restando che il rapporto banca-cliente può essere ricondotto a quello tradizionale (banalmente, un "contratto" di conto corrente), occorre in prima istanza, vagliare il secondo segmento che compone l'*iter*: il rapporto contrattuale tra l'utente e il PISP, a sua volta autonomo rispetto a quello tra pagatore e beneficiario della transazione.

Come già accennato, l'utente abilita detto soggetto ad accedere al proprio conto, detenuto presso un istituto bancario, e ordina a quest'ultimo di prelevare

25 L'importanza capitale che stanno assumendo i dati come merce di scambio fa sí che questi vengano definiti molto spesso "*new oil*" se non proprio "*new sun*", perché fonti rinnovabili "di energia" (cosí come affermato dal Professore De Franceschi, A. il 18 ottobre 2022 nel suo intervento a seminario presso l'Università degli Studi del Salento, dal titolo "La tutela della persona nei mercati digitali").

26 Cosí Berti De Marinis, G.M.: "La disciplina dei pagamenti", cit., p. 633; Donnelly, M.: "Payments in the digital market: Evaluating the contribution of Payemnt Services Directive II", *Computer law & security review*, 2016, p. 831.

27 Profeta, V.: "I Third Party Provider", cit., p. 64; Sciarrone Alibrandi, A., Borello, G., Ferretti, R., Lenoci, F., Macchiavello, E., Mattassoglio, F. e Panisi, F.: "Marketplace lending. Verso nuove forme di intermediazione finanziaria?", in *CONSOB*, *Quaderni Fintech*, 5 luglio 2019, p. 245, in cui si parla di «frantumazione della catena di valore».

fondi nella misura in misura congeniale all'operazione da effettuare e trasferirli presso l'istituto di radicamento del conto del beneficiario del pagamento.

Il primo elemento peculiare del suddetto rapporto è l'assenza di disponibilità delle somme di denaro in capo al PISP; quest'ultimo, infatti, non entra mai in possesso dei fondi del pagatore oggetto del trasferimento, i quali verranno sempre detenuti e gestiti dall'istituto in cui è radicato il conto. Ciò comporta che il PISP, a differenza degli istituti tradizionali (per i quali vale la regola della "segregazione dei fondi del cliente" *ex* art. 114 *duodecies*, co. 2, t.u.b.), non sarà gravato dall'onere di separazione delle somme dei clienti da quelle proprie, né gli verrà applicata la disciplina prudenziale sui fondi propri[28]. Di contro, sarà tenuto a rispettare le disposizioni del titolo VI, capo II-*bis*, t.u.b., relative alla trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti (la cui applicazione agli istituti di pagamento è prevista nell'art. 114 *undecies*, co. 1, t.u.b.). Proprio per questo, parte della dottrina riconduce il rapporto contrattuale tra PISP e utente – la cui natura non viene precisata nella direttiva – nell'alveo di un contratto normativo di prestazione di servizi digitali continuativo, nel quale le condizioni generali sono regolatrici dei futuri atti negoziali con oggetto la trasmissione degli ordini di pagamento, ossia la fase propedeutica in cui si inserisce ed esaurisce il servizio offerto[29]. L'attività a cui è chiamato il PISP, infatti, prende avvio e termina proprio nel momento iniziale della vicenda delegatoria tra banca e cliente (cd. delegazione di pagamento).

Il secondo elemento di rilievo sostanziale è il consenso rilasciato dall'utente, quale unico presupposto che accomuna tutte le modalità di pagamento, nonché imprescindibile requisito tanto per la stipula del contratto quadro che per l'avvio e la regolarità e della singola operazione di pagamento. Consenso che, ai sensi dell'art 64 PSD2 e dell'art. 5, co. 2, d.lgs. 11/2010, può essere ad oggi prestato anche tramite il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento e ciò proprio a seguito del differente tipo di consenso, rilasciato in precedenza, con il quale il cliente ha autorizzato il PISP all'uso delle sue credenziali di accesso al conto. In situazioni "ordinarie bilaterali", infatti, il consenso si traduce in un ordine di pagamento impartito al prestatore di servizi. L'ordine di pagamento, dunque, nonostante non sia altro che l'esternazione del consenso, mantiene una sua indipendenza concettuale che sfuma nel momento in cui l'operazione prende

28 Proprio il fatto che il PISP non entra mai in possesso dei fondi del cliente (divieto esplicito disposto dall'art. 66, par. 3, lett. a, dir. 2015/2366/UE), e di conseguenza, non abbia la possibilità di controllarli nella fase delle scritturazioni a debito e a credito, attività che resta di esclusiva competenza della banca del pagatore e del beneficiario, ha spinto alcuni a sostenere che questo soggetto non svolga attività in senso stretto di intermediazione, dovendo essere annoverato, di contro, tra i "*Technical Service Providers*" (Vanini, S.: "L'attuazione in Italia della seconda direttiva", cit., p. 859; Geva, B.: "Payment Transactions", cit., p. 219).

29 Messore, A.: "La nuova disciplina", cit., p. 522; Profeta, V.: "I Third Party Provider", cit., pp. 76 s., fa notare, quindi, che per detto servizio varranno norme speciali su forma e modalità di redazione del contratto, *ius variandi* e informazioni precontrattuali. Marasa', F.: "Servizi di pagamento", cit., p. 85, sostiene invece che l'utente nella prassi non ha un rapporto continuativo con il PISP, il quale è chiamato ad effettuare pagamenti occasionali e di importo tendenzialmente irrisorio.

impulso dal cliente[30]. Tuttavia, una volta che nella procedura si immette il PISP, è quest'ultimo a impartire l'ordine di pagamento previa autorizzazione del cliente: le due fasi dell'operazione si differenziano nuovamente. Detta scissione, funzionale al riparto di responsabilità in caso di operazioni non autorizzate, potrebbe giustificare la tesi di quella parte di dottrina che ricostruisce il rapporto tra cliente e PISP alla stregua di un mandato con rappresentanza in cui il PISP trasmette l'ordine alla banca attraverso l'uso autorizzato delle credenziali di sicurezza dell'utente, cioè spendendo il nome di quest'ultimo (*contemplatio domini*) sul quale ricadono gli effetti (addebito sul conto della somma prelevata) e a cui viene attribuita la paternità dell'operazione. Una ricostruzione che sembra essere supportata da alcuni degli obblighi contrattuali predisposti in capo al PISP dalla normativa, tra i quali spicca l'esecuzione dell'operazione con la diligenza di cui all'art. 1710 c.c. – la tradizionale diligenza "professionale" (*ex* art. 1176, co. 2, c.c.) – che impone rapidità, esattezza e sicurezza nell'adempimento; in una al peculiare obbligo di approntamento di sistemi di sicurezza al fine di custodire le credenziali ed i dati del cliente e garantirne trasmissione e comunicazione sicura ed entro i limiti di quanto necessario per lo svolgimento della propria attività; a tal proposito vige il divieto di conservazione dei «dati sensibili relativi ai pagamenti» dell'utente quali «dati che possono essere usati per commettere frodi, incluse le credenziali di sicurezza personalizzate»[31]. Lo schema del mandato impone al PISP il rispetto dei limiti e delle istruzioni date dal cliente (non può modificare l'importo, il beneficiario o qualsiasi altro dato relativo all'operazione, *ex* art. 5 *ter*, comma 2°, lett. f, d.lgs. n. 11/2010); in caso contrario, risponde per l'esecuzione di atti esorbitanti, salvo eventuale ratifica. In ipotesi di realizzazione di operazioni non autorizzate, truffe ai danni del cliente, furto di dati, la sua è una responsabilità contrattuale da inadempimento.

Pertanto, se la ricostruzione del rapporto PISP-cliente si risolvesse nello schema di mandato (ma parte della dottrina lo nega)[32] l'utente, che subisce il danno

30 De Stasio, V.: "Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta", Giuffrè, Milano, 2016, pp. 103 ss., assimila l'operazione di pagamento ad un procedimento a piú fasi nel quale il consenso assume una funzione non negoziale, bensí procedimentale.

31 La tesi del mandato è sostenuta da Messore, A.: "La nuova disciplina", cit., p. 524 ss., la quale fa presente che, pur esistendo una parte della dottrina che suggerisce l'inquadramento del PIPS nella figura del *nuncius* perché semplice incaricato della mera trasmissione della dichiarazione di volontà altrui (del cliente), nella pratica questo non lede alla ricostruzione del rapporto come mandato con rappresentanza, e ciò in quanto la disciplina del mandato comunque spiega il rapporto (interno) che lega il *nuncius* al soggetto che gli affida l'incarico. Né incide sulla scelta ricostruttiva il fatto che rappresentanza e ambasceria generino effetti diversi sulla responsabilità in caso di patologica alterazione della dichiarazione del cliente e ciò proprio grazie alla ricostruzione peculiare che il legislatore europeo fa del riparto di responsabilità tra prestatori di servizi di pagamento. La riprova sono una serie di obblighi in capo al cliente-mandante, quali la somministrazione al mandatario dei mezzi per eseguire l'attività, il rimborso di eventuali spese ed il risarcimento danni subiti a causa dell'incarico. In realtà, questa ricostruzione potrebbe non essere propriamente adeguata rispetto al regime di spese e costi addebitabili dal PISP al cliente e desta non pochi punti interrogativi.

32 Troiano, O.: "Contratti di pagamento e disciplina privatistica comunitaria (proposte ricostruttive con particolare riferimento al linguaggio ed alle generalizzazioni legislative)", *Banca borsa tit. cred.*, num. 5°, 2009, pp. 535 ss., ritiene che nell'ambito dei servizi di pagamento, l'uso di schemi tradizionali come il mandato (ma anche la delegazione) sia frutto di una generalizzazione nella disciplina di settore. «L'agency relationship si basa sul customer's mandate e comporta un duty to exercise reasonable care and skill a carico del

ad opera di terzi, potrebbe rivolgere le proprie pretese risarcitorie direttamente al Third Party Provider, imputandogli, ad esempio, la violazione dell'obbligo di diligenza previsto da contratto.

La questione, però, è piú complessa, proprio perché la procedura non si esaurisce nel rapporto bilaterale cliente-PISP e cliente-banca. Affinché l'operazione venga effettivamente eseguita diviene indispensabile l'intervento dell'istituto di radicamento del conto il quale "apparecchia" il sistema trasformando i conti di pagamento – finora rapporti contrattuali esclusivi e bilaterali – in ciò che alcuni, seguendo la logica del diritto *antitrust*, definiscono "*essential facility*", ossia «in un'infrastruttura funzionale allo sviluppo di un ecosistema aperto per i pagamenti *retail*»[33].

Ed è proprio nella terza relazione tra PISP e banca, la piú innovativa e "controversa", che si ravvisa la peculiarità maggiore prevista dalla direttiva nonché la maggiore anomalia rispetto alle regole del diritto comune: l'assenza dell'obbligo – forse auspicabile? – di istaurare un rapporto contrattuale tra i due prestatori di servizi il cui legame, invece, è previsto ed imposto *ex lege* (Considerando n. 30, dir. 2015/2366/UE). La PSD2, orientata al principio di liberà concorrenza e non discriminazione, ha sottratto all'autonomia contrattuale privata dei prestatori di servizio di radicamento del conto la scelta di dialogare con i nuovi operatori, al fine di evitare che accordi contrattuali stipulati con solo alcuni di essi potessero minare il principio di neutralità tecnologica[34], consentendo agli istituti di credito

mandatario (agent). Le problematiche si articolano nel senso che non sarà legittimato ad addebitare il conto del cliente quel fornitore che agisce outside the mandate, ovvero che paga sulla base di un forged or unauthorised mandate. In realtà questi tratti comuni - pur quando adattati alle odierne innovazioni - spiegano poco. Il recente ampio ricorso a servizi elettronici di pagamento ha reso impossibile riconoscere se esiste un impiego autorizzato o no dei codici di accesso dell'utente; le innovazioni tecniche hanno reso la disciplina sí specifica ed articolata che le norme generali sul mandato (...) non si rivelano risolutive per molti problemi concreti» Talvolta, anzi, questa disciplina generale diverge dalle soluzioni ormai accolte anche sul piano legislativo (come nel caso della responsabilità del fornitore per inadempimento - estesa anche all'operato dell'intermediario -, regolata sul piano comunitario in base alla *strict liability* e non già al criterio della colpa)». Cosí anche Santoro, V.: "Servizi di pagamento", in *Contratti bancari* (a cura di E. Capobianco), Wolters Kluwer, Milano, 2021, p. 2157, il quale sottolinea che l'allontanamento dal modello del mandato si spiega per via dell'abbandono di forme contrattuali basate su un rapporto fiduciario, sostituite da contratti di massa che oggettivizzano la diligenza del prestatore del servizio (che diviene una valutazione di adeguatezza della banca rispetto alle procedure *standard* richieste dalla legge).

33 Gammaldi, D, e Iacomini, C.: "Mutamenti del mercato dopo la PSD2", in *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD2, criptovalute e rivoluzione digitale* (a cura di F. Maimeri e M. Mancini), in *Quaderni di ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, num. 87°, 2019, p. 139; sulla stessa linea, pare, Mezzacapo, S.: "L'inquadramento normativo della PSD2, tra 'dark side' del nuovo framework regolamentare UE dei servizi di pagamento e 'singolarità' dei pagamenti delle Pubbliche Amministrazioni", in *Innovazione e regole nei pagamenti digitali il bilanciamento degli interessi nella PSD2* (a cura di M.C. Paglietti e M.I. Vangelisti), Romatre-Press, Roma, 2020, p. 114, che paragona, anche giuridicamente, i PSP di radicamento del conto a «*facilities necessarie* per l'operatività nei connessi mercati *downstream* che su questi si basano»; *contra* Santoro, V.: "Servizi di pagamento", cit., pp. 2169 s., il quale nega tale ricostruzione derivata dal diritto *antitrust*, in primo luogo perché «sarebbe surreale» considerare tale una singola relazione tra banca e cliente; in secondo luogo, perché non sarebbe tale neanche l'insieme dei rapporti banca-clienti, eccetto il caso in cui si provi che la banca sia colpevole di abuso di posizione dominante oppure abbia concluso con altri operatori un accordo anticoncorrenziale per limitare l'ingresso nel mercato dei nuovi *players*.

34 Secondo il quale «… per la stessa attività devono valere le medesime regole a prescindere dal soggetto che le pone in essere (...) e indipendentemente dalle soluzioni tecniche oggettivamente prescelte» (La Sala,

di decidere arbitrariamente con chi dialogare e a quali condizioni e a chi, invece, negare accesso al mercato. La libertà – se non propriamente un eventuale obbligo – di contrarre viene sostituita da un obbligo legale di cooperazione e trasparenza posto in capo alla banca[35]. Per tale ragione, il cliente non ha l'onere preventivo di avvisare la stessa del fatto che usufruisce dei servizi di un qualsiasi PISP. Di conseguenza, una volta che la banca riceve un ordine di pagamento dall'operatore terzo – il quale ovviamente *in primis* deve identificarsi come tale – ha l'obbligo di aprire il conto del cliente e fornire le informazioni richieste sull'ordine di pagamento e sulla relativa esecuzione (tra le quali la conferma immediata della disponibilità economica per operare), assicurando il medesimo trattamento ad ordini che provengono dal cliente o dal PISP[36], salvo giustificate e comprovate situazioni di sospetta frode che le impongono di bloccare l'operazione, dandone immediata notizia all'utente. Il prestatore di radicamento del conto, quindi, è esonerato dall'indagare la relazione contrattuale tra il cliente e l'operatore terzo dovendo, di contro, presumere, per effetto dell'autenticazione e dell'utilizzo delle credenziali di accesso al conto, che quest'ultimo agisca sulla base del consenso esplicito rilasciato in precedenza dal cliente stesso[37]. Un siffatto controllo, infatti,

G.P.: "Intermediazione, disintermediazione, nuova intermediazione: i problemi regolatori", in *Diritto del Fintech* (a cura di M. Cian e C. Sandei), Cedam, Padova, 2020, p. 6).

35 Di "anomalia" parla De Stasio, V.: " Riparto di responsabilità e restituzioni nei pagamenti non autorizzati", in *Innovazione e regole nei pagamenti digitali il bilanciamento degli interessi nella PSD2* (a cura di M.C. Paglietti e M.I. Vangelisti), RomaTre-Press, Roma, 2020, p. 28 e Id.: "Ordine di pagamento non autorizzato", cit., pp. 237 s., il quale fa presente che proprio questa innovazione è stata accolta dai giuristi tedeschi come una «crisi del paradigma interpretativo dei servizi di pagamento, sempre piú vicino a una configurazione di "*Netzvertrag*" inteso come strumento idoneo al superamento dei limiti della *privity of contract*». L'A., però, sostiene che ormai, nel settore dei pagamenti, sia in crisi proprio l'istituto del contratto, sostituito da una logica procedimentale e di impresa. Si potrebbe affermare che ciò che sostiene l'A., non sia altro che la riconferma del difficile adattamento degli istituti tradizionali (mandato, delega ecc.) alle nuove formule tecnologiche. *Contra*, Messore, A.: "La nuova disciplina", cit., p. 525, nota 40, che sostiene che, essendo tutta l'operazione costruita come una fattispecie trilaterale a struttura delegatoria, con tre rapporti negoziali distinti ma collegati [utente (delegante)-TPP (delegato); TPP (delegato)-PSP(delegatario), utente (delegante)-PSP (delegatario)], la mancanza di un rapporto contrattuale diretto tra PIPS e prestatore di servizio di pagamento nega la presenza di una delegazione obbligatoria, bensí "pura", con la conseguenza della possibile applicabilità o meno delle eccezioni *ex* art. 1271 c.c. (per l'A. resta comunque «l'opponibilità della c.d. "nullità della doppia causa": ossia, in caso di invalidità, revoca o inefficacia sopravvenuta dello i*ussum* [*solvendi*)]».

36 I comportamenti imposti dall'obbligo di collaborazione della banca verso il PISP sono riportati all'art. 66 dir. 2015/2366/UE, e in Italia, all'art. 5 *ter*, d.lgs. 11/2010.

37 Diversa, ma non di minor rilievo, la questione della revoca del consenso ai servizi del PISP da parte del cliente, la cui disciplina non viene definita dalla normativa europea. L'aspetto non è di secondario rilievo in quanto interviene nel bilanciamento tra due esigenze contrapposte: stimolare l'utilizzo da parte dell'utente di questi nuovi servizi (evitando che le banche possano imporre clausole limitative in tal senso) e garantire a quest'ultimo una tutela tale da consentirgli di comunicare la revoca del consenso direttamente all'operatore che gestisce il conto corrente. A tal proposito, è stato fatto notare come, da un lato, influisce il principio generale dell'ordinamento che prevede di portare a conoscenza della revoca del consenso direttamente il soggetto cui il consenso era stato originariamente prestato (PISP); dall'altro, però, un'applicazione eccessivamente rigorosa di tale principio, volto a escludere la possibilità per l'utente di revocare il consenso all'accesso ai conti anche presso la banca, ridurrebbe il livello di tutela garantita. Come conseguenza, si potrebbe generare una incertezza giuridica nel caso in cui la banca, a seguito dell'eventuale ricezione della revoca del consenso dell'utente all'utilizzo di un determinato TPP, dovesse procedere a bloccarne l'accesso al conto senza che il PISP ne sia a conoscenza (Gammaldi, D. e Iacomini, C.: "Mutamenti del mercato dopo la PSD2", cit., p. 129 s.). Su questo aspetto, il legislatore nazionale si è mosso nelle pieghe dell'armonizzazione "meno che massima" della disciplina, favorendo un'ottica di accrescimento delle tutele dell'utente; in prima battuta, ha precisato che una volta rilasciato il consenso alla singola operazione, questo diviene irrevocabile, salvo accordo tra l'utente e tutti i prestatori coinvolti nell'operazione (art. 17,

richiederebbe tempi non compatibili con l'immediatezza che caratterizza i nuovi servizi digitali, finendo per disincentivarne l'uso ed invalidarne l'efficacia.

Allo stesso tempo, il rifiuto ingiustificato da parte della banca di ammettere l'accesso al conto da parte del PISP o di accettare l'ordine proveniente da quest'ultimo, violerebbe il dovere di leale collaborazione imposto dalla direttiva, generando in capo alla stessa una responsabilità contrattuale nei confronti del cliente. Inoltre, tale atteggiamento configurerebbe una possibile condotta ostruzionistica, violativa della libertà di concorrenza ed aprirebbe a nuovi scenari di illeciti di competenza dell'*Antitrust*. Ciò, quantomeno, nella circostanza in cui l'atteggiamento di chiusura arbitraria della singola banca rifletta comportamenti concordati fra operatori tradizionali (cd. divieto di intese restrittive della concorrenza)[38].

Alla impossibilità della banca di controllare le modalità di relazione con i PISP sotto "minaccia" di responsabilità contrattuali, la direttiva aggiunge in capo alla stessa ragguardevoli costi di sviluppo, programmazione e manutenzione delle piattaforme, necessarie a garantire un canale di accesso e trasmissione sicuro per lo scambio di informazioni con i terzi operatori, tutelando al contempo la riservatezza e la sicurezza dei dati del cliente (si pensi solo all'API, "*Application Programming Interface*")[39]. Come giustamente è stato affermato, la conseguenza immediata del sistema creato dalla PSD2 è l'immagine di una banca che si fa carico di investimenti ingenti al fine di soddisfare un obbligo normativo.

commi 2 e 5, d.lgs. 11/2010); quanto, invece, alla revoca del consenso alla prestazione dei servizi da parte dei PISP, si consente la ricezione della stessa anche dalla banca che gestisce il conto di pagamento (art. 6 *bis*, comma 3, d.lgs. n. 11/2010) la quale, a sua volta, è tenuta ad informarne senza ritardo il terzo *provider*.

38 Sul tema Meli, V.: "Opportunità e sfide per la concorrenza nella disciplina dei servizi di pagamento", in *Innovazione e regole nei pagamenti digitali il bilanciamento degli interessi nella PSD2* (a cura di M.C. Paglietti e M.I. Vangelisti), Romatre-Press, Roma, 2020, p. 135 ss., il quale si confessa piú scettico nel caso in cui gli ostacoli posti ai nuovi operatori siano frutto di politiche dettate dalla singola banca, la quale potrebbe venire sottoposta all'attenzione dell'Antitrust solo se fosse considerata soggetto in posizione dominante, situazione non ravvisabile, attualmente, in Italia. D'altronde, non può sfuggire come, molto spesso, la situazione "di dominanza" appartiene non all'istituto bancario, bensí ai soggetti terzi, i quali forniscono anche i nuovi servizi di pagamento oltre ad altri che hanno permesso loro di emergere in differenti mercati. Basti solo pensare a Google, Amazon, Facebook e altri colossi della stessa caratura.

39 Le sue funzioni sono elencate nel regolamento delegato 2018/389/UE, art. 30 par. 2 e 3. Uno studio completo sul tema è stato compiuto da Borgogno, O. e Colangelo, G.: "Data Sharing and Interoperability Trough APIs: Insights from European Regulatory Strategy", *European Union Law Working Paper*, Stanford -Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2018. In merito ai problemi irrisolti relativi all'utilizzo di tale piattaforma si veda, ad esempio, Sciarrone Alibrandi, A.: "Impostazione sistematica della Direttiva PSD2", cit., pp. 20 ss., che ipotizza una sostituzione della stessa con la tecnologia "*blockchain*". Ciò in quanto, come si accennerà in seguito, mancano *standard* normativi (nazionali o internazionali) unici di comunicazione banca-TPP, che faciliterebbero la intercomunicabilità tra sistemi. Sul punto, anche il parere di Insurance Europe del 2 agosto 2022 (disponibile al sito *ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13331-Payment-services-review-of-EU-rules*), che lamenta la gravosità, onerosità e problematicità del processo di approvazione dell'API da parte delle varie autorità nazionali, alcune delle quali autorizzano determinate piattaforme e non altre che, invece, sono legali in differenti Stati. Ciò sempre a causa della totale assenza di *standards* univoci.

V. LA STRUTTURA DEL RIPARTO DI RESPONSABILITÀ TRA PISP E PSP IN CASO DI OPERAZIONI FRAUDOLENTE.

L'incremento del numero di soggetti coinvolti nelle già complesse procedure di pagamento digitale, corrisponde ad un numero superiore di passaggi intermedi che portano ad esitare l'operazione finale. Questa struttura aumenta vertiginosamente le probabilità di falle o punti deboli nei sistemi che, nonostante le nuove tecnologie, restano imperfetti perché, in ogni caso, frutto dell'elaborazione umana e, di conseguenza, vulnerabili ad attacchi esterni fraudolenti. Basti solo pensare alla quantità ingente di dati personali sensibili dell'utente che ogni giorno migrano da una piattaforma di dialogo ad un altra. Nonostante i costi, oltretutto a titolo gratuito, che le banche sono chiamate a sostenere *ex lege* per rendere sicuro il dialogo con i *players* terzi – che, si ricorda, sono anche suoi potenziali concorrenti – il numero di decisioni dell'ABF e dei Tribunali, chiamati a difendere l'utente da frodi informatiche ed operazioni non autorizzate, non accenna a calare. Riassumendo in una sola frase: vecchi pericoli, nuovi rischi[40].

Eppure, nelle consultazioni svolte per riformare la PSD2 è unanime il parere di operatori e clienti *retail* che sostengono l'utilità delle misure di sicurezza apportate dalla direttiva nel ridurre alcuni tipi di frode (le piú comuni e già in precedenza richiamate). Di fatto, si assiste ad «*fraud migration process*»[41], laddove le forme di intrusione illecita nei conti si aggiornano, scavalcando gli ormai "obsoleti" sistemi di tutele della direttiva.

Orbene, fatte queste premesse, va da sé che nell'ipotesi di operazioni fraudolente ai danni dei clienti, la pluralità dei soggetti coinvolti nell'operazione di pagamento dal lato debitore, per effetto dell'intervento del prestatore del servizio di disposizione di ordine di pagamento, intorbidisce le acque dell'allocazione di responsabilità. Se, normalmente, in un rapporto bilaterale cliente-banca, il problema è fino a che punto si possa collocare la responsabilità in capo alla seconda, salvaguardando l'esistenza dell'eventuale negligenza grave del primo – ormai molto mitigata[42] –, nel rapporto "a tre fattori" la questione diviene verificare

40 Beck, U.: "Vivere nella società del rischio globale", *Ars Interpretandi*, 2007, num. 12°, p. 125.

41 L'impresa ADigital: "Payment Services – EU rules", nel parere rilasciato sul sito della Commissione Europea (rinvenibile in *ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13331-Payment-services-review-of-EU-rules_en*), ribadisce l'evidenza di come le frodi siano diminuite in alcune aree (piú tradizionali) e aumentate in altre. Tra le nuove forme di intrusione illecita emerge, ad esempio, la "*Request-to-Pay feature* (*person-to-person or second hand purchases*)": «*This type of fraud is more developed and complex and entails a certain defenselessness for the consumer since it is usually associated with means of payment where there is no dispute process (or chargebacks) which can be used*».

42 Tuttora, però, non mancano ipotesi in cui l'ABF pone in evidenza un comportamento gravemente negligente dell'utilizzatore che può portare ad un riparto di responsabilità, secondo il concorso di colpa ai sensi dell'art. 1227 c.c. (es: Marseglia, C.: "Responsabilità civile - «Furto della tessera di bancomat e concorso di colpa tra l'utilizzatore e l'intermediario», *Nuova giur. civ. comm.*, num. 3°, 2020, pp. 561 ss.; in giurisprudenza, si veda, per esempio ABF, Coll. Napoli, 20 luglio 2020, n. 12845, in *arbitrobancariofinanziario.it*) o ad un rigetto del ricorso per riconosciuta colpa grave del cliente ricorrente come, ad esempio, in ABF, Coll. Bologna, 16 marzo 2022, n. 4453, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

in che momento e sotto la responsabilità di chi sia avvenuto l'accesso illecito ma, soprattutto, su chi conviene far ricadere "la colpa".

A tal proposito, la *policy* della PSD2 (in Italia, del d.lgs. 11/2010) adotta un regime di responsabilità favorevole agli utenti dei servizi ed a supporto dei nuovi meccanismi di pagamento, tutelandone, altresí , l'efficienza. In un sistema con piú operatori, ciascuna fase dell'*iter* diviene invisibile ad un occhio esterno al punto che, talvolta, è difficoltoso persino per l'intermediario stesso individuare il momento esatto in cui si è verificata la disfunzione. La struttura di responsabilità elaborata dalla direttiva, nel rapporto banca-cliente, risponde ai cd. "principio di vicinanza della prova"[43] e "di prossimità" per i quali il secondo si interfaccia solo con la prima di cui conosce "il volto", i servizi e le responsabilità, ed unica a conoscenza del funzionamento (o malfunzionamento) dei sistemi di gestione dei pagamenti. Nel rapporto PISP-banca, invece, la direttiva opta per una ripartizione della responsabilità che imponga a ciascuno di rispondere della parte di operazione sottoposta al proprio controllo.

In verità, la procedura prevista dalla normativa ricalca la stessa struttura dell'allocazione di responsabilità tradizionale cliente-banca, sia in relazione al principio di presunzione di responsabilità del prestatore del servizio di pagamento, che all'inversione dell'onere della prova a tutela dell'utente[44].

Ciò implica che, in un rapporto in cui è coinvolto anche un terzo *player*, l'utente che contesta la mancata autorizzazione di un'operazione di pagamento eseguita a suo carico «non sarà onerato di dimostrare quale tra i prestatori coinvolti sia stato in concreto responsabile dell'esecuzione di tale pagamento, al fine di proporre correttamente nei suoi confronti domanda di rimborso o di risarcimento»[45], bensí farà valere tale diritto solo nei confronti del prestatore di radicamento del conto. Quest'ultimo è tenuto non solo a pagare, ma ad eseguire l'immediata restituzione di quanto perso indebitamente dall'utente al piú entro il giorno successivo alla richiesta, senza formalità ed a prescindere da sue reali responsabilità (cd. tutela immediata ma non definitiva)[46]. A sua volta, quest'ultimo, sarà tenuto indenne dal

43 Sul principio *de quo*, Dolmetta, A.A. e Malvagna, U.: "Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario", *Banca borsa tit. cred*., fasc. 6°, 2014, pp. 659 ss.

44 Sul tema dell'inversione dell'onere della prova, che sappiamo gravare principalmente sul prestatore del servizio, si veda Paglietti, M.C.: "Questioni in materia di prova", cit., pp. 43 ss. e in particolare p. 50, nota come il nodo critico risieda nel concetto di colpa grave (*faute lourde*) a causa del localismo nazionale che colora il concetto di sfumature differenti.

45 Profeta, V.: "I Third Party Provider", cit., p. 73.

46 Nella prassi, a seguito dell'inoltro della domanda di rimborso alla banca, l'utente non riceve alcun ristoro, attendendo l'intermediario che questi adisca il giudice. Per questo, le decisioni ABF sul punto sono innumerevoli. In genere, l'utente si limita a richiedere il rimborso di quanto perso; non è, tuttavia, escluso che possa richiedere altresí il risarcimento del danno ulteriore. Sul tema né la PSD2 né il decreto 11/2010 prendono posizione, facendo spesso confusione il secondo tra i termini "risarcimento" e "restituzione" (come spiegato ampliamente da De Stasio, V.: "Riparto di responsabilità", cit. pp. 25 ss.) e demandando al contratto stipulato (e solo in questo caso, secondo De Stasio) ed alle regole di diritto comune sulla

PISP con la stessa immediatezza, senza alcuna formalità, in una catena che ricalca precisamente il rapporto tra il cliente ed il primo intermediario. Si presume *ab origine*, sebbene in via relativa, una responsabilità in capo al prestatore del servizio di disposizione dell'ordine di pagamento e un conseguente diritto di regresso della banca verso quest'ultimo. La stessa ha, altresí, diritto, a semplice richiesta e senza messa in mora, al risarcimento delle perdite subite e al ristoro di un eventuale danno ulteriore nel caso in cui l'operazione illegittima risultasse definitivamente imputabile al PISP[47]. Questi, a sua volta, se non vuole accollarsi la perdita, ha l'onere di fornire prova liberatoria, dimostrando che «nell'ambito delle proprie competenze, l'operazione è stata autenticata, correttamente registrata e non ha subito le conseguenze di guasti tecnici o di altri inconvenienti» (art. 11, co. 2 *bis*, d.lgs. n. 11/2010), provando allo stesso tempo che, ad esempio, i sistemi di sicurezza della banca si sono dimostrati inadeguati o irrispettosi degli *standard* europei o, ancora, che la banca abbia precluso l'accesso ai servizi SCA o, peggio, non abbia adottato tale tecnologia. Parte della dottrina, inoltre, asserisce che il PISP, in qualità di soggetto su cui ricade la presunzione di responsabilità, sia legittimato ad agire per dimostrare la frode, il dolo o la colpa grave del cliente[48] rispetto, ad esempio all'uso corretto degli strumenti di pagamento, di cautela nella conservazione delle proprie credenziali e di tempestiva denuncia di utilizzo fraudolento degli stessi. In sintesi, una volta che il cliente ottiene la tutela predisposta in suo favore, si apre una fase eventuale, regolata *in toto* dalla normativa, nella quale i due attori protagonisti, l'operatore tradizionale ed il PISP, delineano i confini delle reciproche responsabilità in quello che alcuni definiscono «vincolo di solidarietà tra IP»[49].

responsabilità contrattuale la possibilità di prevedere questa richiesta aggiuntiva. Come spiega Marasa', F.: "Servizi di pagamento", cit. pp. 163 ss., la scelta del silenzio da parte di entrambi i legislatori, europeo e nazionale, è in linea con la *ratio* della direttiva che richiede tempi rapidi di risposta alle esigenze dell'utente; di contro, l'accertamento dell'*an* e del *quantum* del risarcimento allungherebbe i tempi delle tutele del ripristino della situazione *quo ante*; ciò non toglie che l'A. apra alla possibilità di risarcimento di un danno ulteriore (previsto d'altronde all'art. 26, d.lgs. 11/2010) *ex* artt. 1218, 1223, 2697 c.c., purché non sia mera duplicazione del rimborso. D'altronde, proprio la prassi bancaria di non corrispondere subito il rimborso, cosí come viene previsto dalla direttiva, porta alla maturazione degli interessi almeno fino all'effettiva corresponsione del rimborso. Il lucro cessante, invece, secondo l'A., si potrebbe qualificare come danno da perdita di *chance* per mancata disponibilità del denaro, se non proprio per l'utilizzo illecito dei dati personali sottratti all'utente. In quest'ultimo caso, la banca ne risponde come titolare del trattamento degli stessi [la questione del rapporto tra PSD2 e GDPR (regolamento 2016/679/UE) è molto complessa e parzialmente irrisolta. Si veda, Marasa', F.: "Servizi di pagamento", cit., pp. 169 ss.; Burchi, A., Mezzacapo, S., Musile Tanzi, P. e Troiano, V.: "Financial Data Aggregation e Account Information Services. Questioni regolamentari e profili di business", in *CONSOB, Quaderni Fintech*, num. 4°, marzo 2019].

47 De Stasio, V.: "Riparto di responsabilità", cit., pp. 44 s., fa notare come il termine "rimborso" del PISP verso PSP appaia solo nel d.lgs. 11/2010, all'art. 11, par. 2 *bis*. Di contro, la direttiva, all'art. 73, par. 2, parla direttamente di "risarcimento". Una discrasia che l'A. porta sul piano pratico, sostenendo che il rimborso a carico della banca generi un rischio di *overcompensation* rispetto allo scopo da raggiungere, tenendo conto dell'eventualità «di un recupero parziale dei fondi trasferiti e non conteggiabili all'utente nel rapporto di conto di pagamento».

48 Cosí Profeta, V.: "I Third Party Provider", cit., p. 74.

49 Paglietti, M.C.:" Questioni in materia di prova", p. 59; in verità, si parla di "solidarietà" in senso lato legale (imposta) in quanto, alla chiusura della eventuale fase patologica giudiziaria tra prestatori di servizi, solo uno dei due assorbirà il danno patito dal cliente. Proprio in relazione alla solidarietà, Santoro, V.: "Servizi di pagamento", cit., pp. 2159 s., con riferimento alla scelta del legislatore di ancorare la responsabilità esclusiva del prestatore alla parte del procedimento sottoposta al suo controllo, propone scelte alternative tra le quali la risposta in solido degli intermediari coinvolti, secondo la regola del trasporto cumulativo di

In verità, l'impalcatura di responsabilità eretta dalla direttiva, già *in nuce* nella PSD1, in ambito giurisprudenziale sembra, almeno per il momento, trovare riscontro effettivo solo con riferimento alla parte relativa al "rimborso" del cliente. Né le decisioni dell'ABF, né le sentenze dei tribunali ordinari paiono occuparsi della seguente fase di allocazione di responsabilità tra i due prestatori di servizi. Non è ancora chiaro se la motivazione sia da rinvenire, come si sostiene, nella radicata preferenza della clientela – specialmente italiana – a preservare il contatto umano, affidandosi per le operazioni quotidiane ai funzionari di banca ed a renderla naturalmente diffidente rispetto ad app. o a servizi di pagamento *online* (il cui carattere "virtuale" trasmette l'idea di un'attività che sfugge alla propria sfera di controllo); o se invece (orientamento a cui si aderisce) le banche ritengano poco conveniente intentare azioni contro i TPP – che, come già accennato, molto spesso sono colossi della tecnologia con sede legale in Paesi esteri – o se, ancora, prediligano transazioni stragiudiziali, data la generale irrisorietà delle cifre da rimborsare (ciò in quanto, molto spesso, sono i piccoli clienti *retail* a cadere vittima di truffe informatiche). Il risultato comunque non cambia: il panorama giurisprudenziale è costellato di decisioni ABF che si occupano solo di valutare la natura e la portata della responsabilità bancaria nei confronti del cliente, in particolare con riferimento all'eventuale violazione da parte della prima del sistema di sicurezza SCA ma che non vedono alcun confronto tra intermediari.

Nell'ultimo periodo, tuttavia, si sta assistendo ad un incremento del contenzioso che vede come protagoniste le banche in contrapposizione ad un altro nuovo *player* del mercato digitale, l'*e-wallet provider*, depositario e gestore di un portafoglio elettronico (*e-wallet*). Sebbene quest'ultimo non sia classificabile come Third Party Provider secondo la direttiva in vigore, il crescente ruolo che va assumendo nella catena del pagamento come ausilio dell'attività bancaria ha dato adito, nella recente consultazione, ad una proposta di inclusione tra i servizi di pagamento e regolamentazione nel contesto normativo europeo[50]. Esso, infatti, a differenza dei PISP, la cui relazione con la banca è imposta per legge, instaura un vero e proprio rapporto contrattuale con la stessa, coadiuvandola nella fase esecutiva del pagamento (e non, come il PISP nella fase preparatoria). La banca, infatti, può esternalizzare (cd. *outsourcing*) a terzi alcune fasi della propria attività come, ad esempio, in qualità di emittente di strumenti di pagamento la gestione tecnologica degli stessi. Nel caso degli *e-wallet*, la registrazione del singolo strumento (come una carta) nel portafoglio (in genere, un *mobile wallet* scaricato sul telefonino) necessita dell'autenticazione forte (ai sensi dell'art. 97, par. 1, PSD2)

cose *ex* art. 1700 c.c. (paragonando, dunque, la catena virtuale del pagamento al trasporto per tappe di una bene materiale) o, come si accennava già nel testo, consentire al cliente di rivolgersi direttamente agli intermediari terzi seguendo le regole del mandato.

50 Solo a titolo esemplificativo si rinvia ai pareri rilasciati da Abi: "ABI position paper", cit., p. 3 e Intesa San paolo: "Call for evidence Review of the Second Payment Services Directive (PSD2)", luglio 2022, p. 1, disponibile su *ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13331-Payment-services-review-of-EU-rules/feedback_en*.

la cui tipologia e caratteristica sono lasciate in decisione alla banca stessa e ciò a causa dell'alto rischio frode a cui questa operazione va incontro[51]. Nell'esecuzione del pagamento a mezzo di *e-wallet provider* l'operatività dello strumento, compresa la SCA, viene gestita da questi che cura, altresí, la protezione delle credenziali di accesso dell'utente. L'EBA, tuttavia, ha precisato come la procedura SCA sia una procedura di verifica dell'identità che può essere eseguita ma non gestita dal terzo operatore. Da questa precisazione, consegue l'orientamento finora unanime della giurisprudenza ABF[52] la quale sostiene che, nell'ipotesi in cui si verifichi lo scenario peggiore, ossia che attraverso questo sistema il frodatore abbia carpito le credenziali di accesso all'*home banking* sottraendo fondi all'utente, il prestatore del servizio di radicamento del conto non è sollevato dalle proprie responsabilità, gravando sullo stesso l'onere di fornire la prova dell'avvenuta autenticazione forte sia in fase di "*tokenizzazione*" della carta nel *wallet*, che nella fase esecutiva delle singole operazioni. Resta, tuttavia, aperta la questione di una eventuale responsabilità del *provider* a cui si appoggia la banca. Il mancato riconoscimento dello stesso ad opera della PSD2 tra i servizi di pagamento genera una lacuna normativa che inficia l'eventuale riparto di responsabilità. In attesa di un intervento *ad hoc* da parte del legislatore europeo, che potrebbe giungere auspicabilmente con la riforma della PSD3, si potrebbe giustificare l'orientamento dell'ABF secondo il medesimo principio di prossimità e vicinanza della prova, utilizzato per l'allocazione di responsabilità tra PISP e PSP, in una all'obbligo della banca di garantire la sicurezza dei propri sistemi informatici. Si potrebbe, inoltre, fare un passo aggiuntivo ed ipotizzare che, nel caso in cui la frode sia stata causata da un errore o negligenza di qualche tipo dell'*e-wallet provider* – essendo lo stesso ausiliario della banca e potendo stipulare un contratto con la medesima – la banca possa rispondere in via indiretta del danno subito dal cliente proprio in forza del suddetto legame, seguendo la logica della *culpa in vigilando* o *culpa in eligendo* che le imporrebbe di scegliere ausiliari competenti e controllarne l'operato[53].

51 Eba: "Q&A 2019_4910. Strong customer authentication and common and secure communication (incl. access)", 25 settembre 2020, disponibile in *eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicId/2019_4910*, ha confermato che «*Adding a payment card to a digital wallet is an action which may imply a risk of fraud or other abuses and thus would require the application of SCA. This means that … the payer would need to apply SCA for accessing its payment account via its mobile application and apply a second SCA when adding the payment card to a digital wallet*».

52 A partire da ABF, Coll. Coord., 11 ottobre 2021, n. 21285, a tema "*phising*"; sulla stessa scia, *ex multis*, si veda, ABF, Coll. Roma, 3 giugno 2022, n. 8706; ABF, Coll. Napoli, 20 giugno 2022, n. 9516; ABF, Coll. Roma, 4 agosto 2022, n. 11703, tutte disponibili in *arbitrobancarioefinanziario.it*.

53 Marasa', F.: "Servizio di pagamento", cit., pp. 143 ss.; si veda art. 12, co. 2 *ter*, d.lgs. 11/2010: «il pagatore non sopporta alcuna perdita […] se la perdita è stata causata da atti o omissioni di dipendenti, agenti o succursali del prestatore di servizi di pagamento o dell'ente cui sono state esternalizzate le attività» e, nel codice civile italiano, combinato disposto degli artt. 1228-2049. In generale, la banca risponde secondo detta normativa se: il danno esiste; tra l'ausiliario e la banca sussiste un rapporto che si possa definire "di preposizione"; si provi il nesso causale tra danno e fatto dell'ausiliario. Si ricordi inoltre che l'art. 27 d.lgs. 11/2010, in caso di responsabilità *ex* art. 11 (cioè per operazioni non autorizzate), fa salva la possibilità per il prestatore del servizio di pagamento di azionare il regresso nei confronti di «qualsiasi altro soggetto interposto nell'esecuzione dell'operazione», regola quest'ultima ad oggi applicabile a tutti quegli operatori che costituiscono l'infrastruttura tecnica del servizio di pagamento, ma che potrebbe estendersi anche agli *e-wallet providers* una volta entrati a far parte della categoria dei servizi di pagamento. Facoltà, tuttavia,

Una ricostruzione quest'ultima, forse banale, che si limita ad applicare gli istituti del diritto civile ad un settore, quello dei servizi di pagamento, multiforme e complesso la cui natura impone la costruzione di una disciplina completa e uniforme, che sappia mantenere il passo o, quantomeno, limitare i ritardi rispetto al dinamismo evolutivo che lo connota. Il nuovo rapporto tra banca e *e-wallet provider* (soggetto terzo presente nel mercato ma ancora in cerca di collocazione nel diritto), che sta catalizzando l'attenzione dell'ABF nell'ambito dei ricorsi per operazioni fraudolente, è la prova che la PSD2 necessita di alcuni ritocchi sistematici che puntino a "disciplinare l'indisciplinato", alla ricerca del delicato equilibrio nell'allocazione dei rischi e delle perdite conseguenti all'avverarsi degli stessi.

VI. BREVI RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

Negli ultimi anni si sta assistendo ad un paradosso. L'emersione sul mercato di nuovi operatori, difficili da ricondurre nell'alveo delle definizioni tradizionali e portatori di proprie regole e discipline – costruite, spesso, per facilitare il loro ingresso nel mercato – in prima battuta, genera un fenomeno di disintermediazione nel quale le banche perdono l'esclusività del rapporto con la clientela e sono costrette *ex lege* a dialogare con i nuovi *players*, inserendoli nelle dinamiche delle operazioni di pagamento; allo stesso tempo, però, si assiste al fenomeno contrario del rafforzamento dell'intermediazione stessa: senza la banca o l'istituto di credito che permette l'apertura di conti correnti, predispone le piattaforme digitali di dialogo, effettua concretamente i trasferimenti di fondi, i nuovi operatori semplicemente non operano. Il capitale del cliente resta in mano agli operatori tradizionali, cosí come la sua fiducia. Per tali ragioni, ad una apparente disintermediazione non corrisponde una conseguente deresponsabilizzazione della banca bensí , al contrario, una allocazione del rischio tendenzialmente sbilanciato a carico dell'istituto di radicamento del conto. Non sorprende, pertanto, scoprire dalla consultazione pubblica che le banche ritengono che, allo stato attuale, responsabilità, rischi e costi non siano equamente distribuiti tra loro ed i TPPs, lamentando altresí una evidente asimmetria normativa – che si tramuta in uno squilibrio competitivo – di cui beneficiano i fornitori dei nuovi servizi. E ciò si manifesta palesemente nel fatto che i PISP si appoggiano alle procedure di autenticazione fornite dalla banca all'utente, facendo nella prassi ricadere l'onere della prova principalmente su quest'ultima. Lo squilibrio viene avvertito anche nell'obbligo della banca di immediata restituzione delle somme di denaro al cliente, il cui rientro, in caso di responsabilità del PISP, dipende interamente dalla solvibilità e disponibilità di quest'ultimo. Resta aperta, altresí, la questione, spinosa, relativa

che per ora è ben riconosciuta già nei principi generali dell'ordinamento civile italiano e, quindi, ad essi applicabile nella prassi.

alla gratuità dei servizi e delle piattaforme messi a disposizione dall'istituto di credito non solo dei clienti ma dei PISP. Una gratuità, ovviamente, momentanea e apparente in quanto il costo del complesso apparato richiesto dalla direttiva per il dialogo con i TPPs si tramuta in un "costo sociale" che la banca riversa in percentuale sulla platea di clienti.

Quanto al tema delle frodi informatiche, è sentire comune la necessità di elaborare procedure di *recovery funds* che siano piú semplici, veloci ed intuitive. La presenza di un nutrito numero di soggetti che intervengono nella medesima operazione di pagamento, come detto, ha aumentato i punti deboli della procedura, vulnerata dalla origine "umana" dei sistemi algoritmici alla base, permettendo a esterni di insinuarsi illecitamente. Emergono, ad esempio, nuovi modelli di hacking che sfruttano tecniche di "*social engeneering*". Da tali rilievi, il suggerimento di modificare la nozione di frode in base al tipo di manipolazione subita dal pagatore, distinguendo «*between phenomenology with a technical component and phenomenology based exclusively on social engineering attacks*»[54].

In verità, dalle prime indiscrezioni emerse sulla riforma della PSD2, non sembra che il legislatore voglia intaccare la struttura della fase patologica dell'allocazione di responsabilità tra prestatori di servizi statuita dalla direttiva, quanto migliorare il rapporto fisiologico tra banca e TPPs. Ad esempio, proponendo *standard* condivisi per le piattaforme di dialogo, migliorando la qualità dei dati che le banche forniscono ai terzi (aggiungendo descrizioni e specificando le causali delle operazioni) e soprattutto, implementando i sistemi di interoperabilità[55] a sfavore della frammentazione attuale.

Con tutta probabilità, la riforma dovrà occuparsi dei nuovi soggetti emergenti, tra i quali *technical service provider* e *payments wallet provider*, definendoli e definendone il rapporto con gli altri operatori.

L'importanza massiva che i dati – ed il loro scambio – assumono nella società attuale, potrebbe dare risalto agli altri TPPs, ossia gli AISP, la cui attività si incentra proprio nella aggregazione di informazioni e loro gestione e trasmissione. Non può sottacersi come l'attività che questi particolari operatori svolgono è caratterizzata da profili di rischio peculiari che impongono la ricerca di un giusto equilibrio tra

54 Parere Intesa San Paolo, cit.

55 «Spesso le banche scelgono una *sandbox* unica e bloccano gli accessi a *provider* diversi da quelli che hanno scelto. Dal punto di vista dei consumatori, la PSD2 ha introdotto opportunità in ambito sicurezza del dato e accesso a partner di terze parti ma hanno ridotto la *customer experience* .Perché una volta che ho fatto l'accesso alla banca con tre codici poi devo avere anche un'autenticazione rafforzata per l'accesso a un conto corrente che mi ha già approvato?», queste le riflessioni in merito alla riforma del Senior Advisor Innovation & Fintech Partnership di Supernovae Labs, Pasotti, R.: "Lo stato dell'arte della PSD2, l'evoluzione in PSD3 e l'impatto sullo sviluppo di nuovi strumenti di pagamento" durante un intervento all'iniziativa "Payments 2022" del 16 febbraio 2022 (agenda disponibile in *ikn.it/evento/11446/payments-2022/agenda*).

la condivisione dei dati e la retorica della loro protezione secondo il GDPR (al cui rispetto sono già vincolati), con particolare riferimento ai limiti di utilizzo degli stessi. Peculiare, allora, potrebbe essere anche il profilo di responsabilità da inadempimento degli AISP nel caso di sottrazione fraudolenta di dati e codici di accesso per predisposizione di mezzi inadatti a garantire gli standard di sicurezza. In questa ipotesi, essendo il suddetto rischio intrinseco all'attività svolta dall'operatore, potrebbe non risultare peregrina la possibilità di far rispondere direttamente ed immediatamente quest'ultimo del danno causato all'utente secondo il ben noto principio del "rischio di impresa"[56].

56 Teoria avanzata già da Messore, A.: "La nuova disciplina dei servizi di pagamento", cit. pp. 549 s.

BIBLIOGRAFIA

Antonucci, A.: "I contratti bancari on line", in *Contratti bancari* (a cura di E. Capobianco), Wolters Kluwer, Milano, 2021, pp. 585 ss.

Beck, U.: "Vivere nella società del rischio globale", *Ars Interpretandi*, 2007, num. 12°, pp. 123 ss.

Berti De Marinis, G.M.: "La disciplina dei pagamenti non autorizzati nel nuovo sistema delineato dal recepimento della direttiva PSD2", *Dir. banc. merc. fin.*, num. 4°, 2018, pp. 627 ss.

Borgogno, O. e Colangelo, G.: "Data Sharing and Interoperability Trough APIs: Insights from European Regulatory Strategy", *European Union Law Working Paper*, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2018.

Burchi, A., Mezzacapo, S., Musile Tanzi, P., Troiano, V.: "Financial Data Aggregation e Account Information Services. Questioni regolamentari e profili di business", in *CONSOB, Quaderni Fintech*, num. 4°, marzo 2019.

Caggiano, A.: "Pagamenti non autorizzati tra responsabilità e restituzioni. una rilettura del d. legisl. 11/2010 e lo scenario delle nuove tecnologie", *Riv. dir. civ.*, num. 2°, 2016, pp. 10459 ss.

Capuano, S. e Sala, T.: "La PSD2 sotto la lente di ingrandimento del Comitato europeo per la protezione dei dati: le Linee Guida 06/2020", in *Privacy &*, num. 1°, 2021, pp. 25 ss.

Catenacci, M. e Fornasaro, C.: "PSD2: i prestatori di servizi d'informazione sui conti (AISP)", *Diritto bancario*, 2018, pp. 1 ss.

Cian, M. e Sandei, C.: "Diritto del Fintech", Cedam-Wolters Kluwer, Padova, 2020.

De Stasio, V.: "Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta", Giuffrè, Milano, 2016.

Dolmetta, A.A. e Malvagna, U.: "Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario", *Banca borsa tit. cred.*, fasc. 6°, 2014, pp. 659 ss.

Donnelly, M.: "Payments in the digital market: Evaluating the contribution of Payment Services Directive II", *Computer law & security review*, 2016, pp. 826 ss.

Falcone, G.: "Contratti bancari e fintech", in *Contratti bancari* (a cura di E. Capobianco), Wolters Kluwer, Milano, 2021, pp. 613 ss.

Frau, R.: "Home banking, phishing e responsabilità civile della banca", *Resp. civ. prev.*, num. 2°, 2019, pp. 622 ss.

Gammaldi, D. e Iacomini, C.: "Mutamenti nel mercato dopo la PSD2", in *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD2, criptovalute e rivoluzione digitale* (a cura di F. Maimeri e M. Mancini), in *Quaderni di ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, num. 87°, 2019, pp. 123 ss.

Geva, B.: "Payment Transactions under the E.U. Second Payment Services Directive - An Outsider's View", *54 Texas International Law Journal*, 2019, pp. 211 ss.

La Sala, G.P.: "Intermediazione, disintermediazione, nuova intermediazione: i problemi regolatori", in *Diritto del Fintech* (a cura di M. Cian e C. Sandei), Cedam, Padova, 2020, pp. 3 ss.

Maffeis, D.: "Ordini di pagamento e di investimento on line nella giurisprudenza di merito e nella fonte persuasiva dinamica dell'ABF", *Riv. dir. civ.*, num. 5°, 2013, pp. 1273 ss.

Marasa', F.: "Servizi di pagamento e responsabilità degli intermediari", Giuffrè, Milano, 2020.

Marseglia, C.: "Responsabilità civile - «Furto della tessera di bancomat e concorso di colpa tra l'utilizzatore e l'intermediario», *Nuova giur. civ. comm.*, num. 3°, 2020, pp. 561 ss.

Meli, V.: "Opportunità e sfide per la concorrenza nella disciplina dei servizi di pagamento", in *Innovazione e regole nei pagamenti digitali. Il bilanciamento degli interessi nella* PSD2 (a cura di M.C. Paglietti e M.I. Vangelisti), Romatre-Press, Roma, 2020, pp. 170 ss.

Messore, A.: "La nuova disciplina dei servizi di pagamento digitali prestati dai *Third Party Providers*", *Nuove leggi civ. comm.*, num. 2°, 2020, pp. 511 ss.

Mezzacapo, S.: "L'inquadramento normativo della PSD2, tra 'dark side' del nuovo framework regolamentare UE dei servizi di pagamento e 'singolarità' dei pagamenti delle Pubbliche Amministrazioni", in *Innovazione e regole nei pagamenti digitali. Il bilanciamento degli interessi nella PSD2* (a cura di M.C. Paglietti e M.I. Vangelisti), Romatre-Press, Roma, 2020, pp. 105 ss.

MINTO, A.: "Art. 114-*novies*", in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria* e *creditizia* (diretto da F. CAPRIGLIONE), Padova, 2018, pp. 1789 ss.

PARACAMPO, M. (a cura di): "Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari", ed. 2°, Giappichelli, Torino, 2017.

PORTA, F.: "Obiettivi e strumenti della PSD2", in *Le nuove frontiere dei servizi bancari* e *di pagamento fra PSD2, criptovalute* e *rivoluzione digitale* (a cura di F. MAIMERI e M. MANCINI), in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca di Italia*, num. 87°, settembre 2019, pp. 21 ss.

PROFETA, V.: "I Third Party Provider: profili soggettivi e oggettivi", in *Le nuove frontiere dei servizi bancari* e *di pagamento fra PSD2, criptovalute* e *rivoluzione digitale* (a cura di F. MAIMERI e M. MANCINI), in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca di Italia*, num. 87°, 2019, pp. 47 ss.

RISPOLI FARINA, M.: "La *Strong Customer Authentication* e la responsabilità dei prestatori dei servizi di pagamento", *I-Lex*, num. 12°, 2019, pp. 105 ss.

SANTORO, V.: "Servizi di pagamento", in *Contratti bancari* (a cura di E. CAPOBIANCO), Wolters Kluwer, Milano, 2021, pp. 2131 ss.

SCIARRONE ALIBRANDI, A.: "Impostazione sistematica della Direttiva PSD2", in *Innovazione e regole nei pagamenti digitali il bilanciamento degli interessi nella PSD2* (a cura di M.C. PAGLIETTI e M.I. VANGELISTI), RomaTre-Press, Roma, 2020, pp. 13 ss.

SCIARRONE ALIBRANDI, A., BORELLO, G., FERRETTI, R., LENOCI, F., MACCHIAVELLO, E., MATTASSOGLIO, F. e PANISI, F.: "Marketplace lending Verso nuove forme di intermediazione finanziaria?", in *CONSOB*, *Quaderni Fintech*, 5 luglio 2019.

SICA, S. e SABATINO, M.B.: "Disintermediazione finanziaria e tutela del cliente e dell'utilizzatore", *Dir. inf.*, num. 1°, pp. 1 ss.

TROIANO, O.: "Contratti di pagamento e disciplina privatistica comunitaria (proposte ricostruttive con particolare riferimento al linguaggio ed alle generalizzazioni legislative)", *Banca borsa tit. cred.*, num. 5°, 2009, pp. 520 ss.

VANINI, S.: "L'attuazione in Italia della seconda direttiva sui servizi di pagamento nel mercato interno: le innovazioni introdotte dal d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218", *Nuove leggi civ. comm.*, num. 4°, 2018, pp. 839 ss.

ZAMMITTI, M.V.: "Appunti per una ricerca sui servizi di disposizione di ordini di pagamento", *Banca borsa tit. cred.*, num. 3°, 2021, pp. 399 ss.

I PROFILI DI RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI NELLE SOCIETÀ

LIABILITY PROFILES OF DIRECTORS IN COMPANIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1766-1787

Giulia MADIA

ARTICOLO CONSEGNATO: 4 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Lo scritto si propone di ripercorrere brevemente l'evoluzione della disciplina relativa alla responsabilità degli amministratori nelle nel diritto italiano partendo dalla consapevolezza che il tema dell'amministrazione societaria costituisce il nodo centrale dei problemi di *corporate governance*. A tal fine vengono ricostruiti e affrontati gli argomenti più discussi in materia tra i quali assumono una notevole e singolare rilevanza quelli inerenti ai presupposti e alla natura della responsabilità degli amministratori di società nei confronti della società stessa, dei creditori sociali, dei singoli soci e dei terzi. Dall'analisi di ogni aspetto nella sua dimensione legislativa, dottrinale e giurisprudenziale si sono potute evidenziare le tesi comuni e quelle divergenti, tutte comunque concordi nel riconoscere un ruolo di primaria importanza alla figura dell'amministratore. In ultimo, ci si sofferma sulla rilevanza degli amministratori siano essi delegati o deleganti, visti i riflessi del loro operato non solo nell'ambito della società per la quale svolgono la loro opera ma anche sul mercato.

PAROLE CHIAVE: Amministratori di società; responsabilità degli amministratori; consiglieri delegati; consiglieri deleganti.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to briefly review the evolution of the discipline of the directors' liability Italian law, starting from the awareness that the subject of corporate administration constitutes the core of corporate governance issue. To this end, the most debated topics on the theme are reconstructed and addressed, among which those relating to the assumptions and nature of the liability of corporate directors towards the company itself, the company's creditors, individual shareholders and third parties assume considerable and peculiar relevance. The analysis of each aspect in its legislative, doctrinal and jurisprudential dimension has highlighted the common and divergent theses, all of which however agree in recognising a role of primary importance to the figure of the director. Lastly, the analysis will dwell on the relevance of directors, whether delegated or delegating, given the repercussions of their actions not only within the company for which they work but also on the market.*

KEY WORDS: *Directors of companies; directors' responsibilities; managing directors; delegating directors.*

SOMMARIO.- I. PREMESSA. – II. LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI VERSO LA SOCIETÀ. – III. LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI VERSO I CREDITORI SOCIALI. – VI. LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI VERSO I SINGOLI SOCI E I TERZI. – V. CONSIGLIERI DELEGATI E CONSIGLIERI DELEGANTI. – VI. CONCLUSIONI.

I. PREMESSA.

Negli ultimi decenni si sono verificati numerosi dissesti che hanno travolto gruppi di società di notevoli dimensioni e ad azionariato largamente diffuso, con conseguenze tragiche sul mondo economico internazionale.

In tale contesto si è inserito il legislatore della riforma del diritto societario[1] che, rielaborando le norme in tema di responsabilità amministrativa, ha cercato un nuovo punto di equilibrio fra l'esigenza di non reprimere la propensione al rischio del management, da un lato, e la necessità di prevedere una rete efficace di controlli sul suo operato, dall'altro.

È di solare evidenza come la *ratio* sottesa a una riforma che persegue i suddetti obiettivi sia quella di allontanarsi dalle forme di responsabilità "oggettiva" per c.d. culpa in vigilando del sistema precedente, senza però lasciare agli amministratori uno spazio d'azione incontrollato[2].

La responsabilità dell'organo amministrativo delle società è disciplinata in via generale dal codice civile. Le società con azioni quotate in mercati regolamentati italiani o esteri hanno inoltre una disciplina speciale contenuta nel Testo unico della finanza, il D.Lgs. 58/98, e nel Codice di autodisciplina 12/2011 per quelle società quotate che hanno volontariamente scelto di aderirvi. Tanto il Testo unico della finanza quanto il Codice di autodisciplina dettano norme speciali integrative o derogatrici del codice civile ovvero di compliance.

1 La riforma del diritto societario italiano è stata introdotta con il Decreto Legislativo 17 gennaio 2003 n. 6, pubblicato in G.U. n. 17 del 22 gennaio 2003 (supplemento ordinario). Per una analisi della riforma del diritto societario v. Messori, M.: *Il nuovo diritto societario: una prima valutazione in chiave economica. Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 279 ss.; Mosco, G.D.: *Nuovi modelli di amministrazione e controllo e ruolo dell'assemblea. Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 121 ss.

2 Franchi, A.: "La responsabilità degli amministratori di S.p.A. nel nuovo diritto societario, I principi per una disciplina Europea e i riflessi nell'ambito delle società bancarie", in AA.VV.: *Temi di diritto privato* (collana diretta da G. Alpa), Giuffrè, Milano, 2004, p. 1.

• Giulia Madia
Dottorando di Ricerca in Diritto dei Consumi presso Università degli Studi di Perugia e Universidad de Salamanca
avv.giuliamadia@virgilio.it

In tema di responsabilità degli amministratori la prima norma di riferimento è l'art. 2380 bis c.c. che statuisce il principio della responsabilità gestoria esclusiva degli amministratori stessi. Detta norma afferma che, tranne per quelle materie che sono espressamente riservate alla competenza dell'assemblea (ad esempio: nomina degli organi sociali, approvazione del bilancio, modifiche dello statuto), tutta la responsabilità gestoria dell'impresa riposa esclusivamente sugli amministratori. Rimane possibile, soltanto se lo statuto lo prevede, individuare alcune materie per le quali l'assemblea sia competente in via autorizzatoria, ma questa autorizzazione dell'assemblea non esonera gli amministratori dalla loro esclusiva responsabilità e quindi agli amministratori stessi competerà comunque un giudizio di merito sugli atti autorizzati dall'assemblea; così come la loro responsabilità non viene meno in caso di conformità del loro operato alla volontà dei soci o di chi esercita l'attività di direzione e coordinamento.

Occorre inoltre tenere presente il principio secondo il quale la delibera assembleare che approvi o ratifichi l'operato degli amministratori non comporta la liberazione degli stessi per le responsabilità incorse nella gestione sociale.

Con particolare riferimento alle società quotate, occorre evidenziare che esse devono essere dotate di un organo amministrativo pluripersonale (art. 147-ter TUF), la cui responsabilità primaria, come evidenziato dal codice di autodisciplina[3], è quella di determinare e perseguire gli obiettivi strategici dell'emittente e del gruppo ad esso facente capo.

La responsabilità civile degli amministratori, per la violazione di obblighi di natura legale o pattizia, previsti per l'esercizio delle funzioni amministrative, determina una responsabilità nei confronti della società, dei creditori sociali, dei soci o dei terzi che può avere natura contrattuale o extracontrattuale, non sempre di agevole distinzione. La funzione di questi tipi di responsabilità è diversa, in quanto diversi sono gli interessi tutelati, e ciascuna di esse sarà di seguito analizzata.

II. LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI VERSO LA SOCIETÀ.

Gli amministratori possono incorrere in responsabilità verso la società (art. 2392 c.c) in caso di violazione di obblighi che derivano dalla legge o dallo statuto o in caso di negligente adempimento dei propri doveri.

È bene partire dal dato normativo ed evidenziare come, a seguito della riforma societaria del 2003, l'art. 2392, comma 1, c.c., prevede che tali soggetti debbano adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge o dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze, cioè con una

3 Codice di autodisciplina 12/2011.

diligenza maggiore rispetto a quella prevista per l'uomo medio. Il contenuto della suddetta norma si differenza dal testo normativo previgente ove il legislatore richiamava la più generica diligenza del mandatario.

Con la medesima riforma è stato espunto dall'incipit dell'art. 2392 c.c., comma 2, l'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione per sostituirlo con una responsabilità solidale degli amministratori, per fatto proprio e per fatti altrui, allorché, venuti a conoscenza di fatti pregiudizievoli "non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose".

È evidente la *ratio* di una tale previsione normativa: affermare la responsabilità degli amministratori deleganti, nel caso di attribuzioni delegate, qualora essi non abbiano fatto nulla per impedire il compimento di atti dannosi o per eliminarne o attenuarne gli effetti. Questo dovere in capo agli amministratori non esecutivi è particolarmente stringente in materia di organizzazione e governo societario delle banche, anche in ragione degli interessi protetti dall'art. 47 Cost. che incoraggia e tutela il risparmio.

Dall'impianto normativo vigente emerge chiaramente la natura della responsabilità degli amministratori verso la società: si tratta di responsabilità contrattuale[4] in quanto deriva dall'inadempimento di precedenti obbligazioni e ciò facilita la società che agisce in giudizio in quanto essa dovrà provare soltanto l'esistenza di un danno e che tale danno sia imputabile agli amministratori ma non è tenuta a provare anche la colpa degli amministratori stessi[5].

Richiedere un più alto livello di diligenza all'organo amministrativo è sicuramente opportuno ma una tale previsione non può spingersi fino a sostenere che gli amministratori abbiano l'obbligo di amministrare con successo la società da essi gestita perché i risultati dell'impresa derivano da molti fattori non controllabili dai singoli amministratori; da questi ultimi si può pretendere solo l'adempimento, con diligenza, dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo[6].

4 Colombo, G.E. e Portale, G.B.: *Trattato delle scoietà per azioni*, vol. 4, Utet, Torino, 1991, p. 329 ss.; Bonelli, F.: *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 162; Conforti, C.: *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 36. In giurisprudenza, tra le tante, Cass., Sez. Un., 6 ottobre 1981, n. 5341, *Giur. comm*., 1982, num. 2, p. 768.

5 Cassani, S.: "Responsabilità degli amministratori ex art. 2392 c.c. e onere della prova", *Le società*, 2012, num. 5, p. 493.

6 Sul punto, v., Cass. 12 novembre 1965 n. 2359, *Foro it*., 1965, num. 1, p. 1820: "il giudice investito dell'esame di un'azione sociale di responsabilità non può sindacare il merito degli atti o dei fatti compiuti dagli amministratori e dai sindaci nell'esercizio del loro ufficio; non può, cioè, giudicare sulla base di criteri discrezionali di opportunità o di convenienza, poiché in tal modo sostituirebbe ex post il proprio apprezzamento soggettivo a quello espresso o attuato dall'organo all'uopo legittimato; deve invece accertare e valutare se gli amministratori abbiano violato l'obbligo di adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza".

Per impedire al giudice di sindacare nel merito le scelte di gestione poste in essere dagli amministratori e, quindi, la loro opportunità e convenienza, la dottrina e la giurisprudenza italiane hanno accolto l'applicazione della c.d. *Business Judgement Rule*, in origine elaborata dalla dottrina statunitense[7]. Tale regola impedisce al giudice di sindacare nel merito le scelte di gestione poste in essere dagli amministratori e, quindi, la loro opportunità e convenienza[8]. Ciò che forma oggetto del sindacato del giudice riguarda pertanto esclusivamente le modalità di esercizio del potere discrezionale che deve riconoscersi in capo agli amministratori[9] e cioè il rispetto degli obblighi generali e specifici previsti dall'ordinamento.

Se, dunque, gli amministratori agiscono nel rispetto degli obblighi prescritti dall'ordinamento, non si potranno muovere nei loro confronti giudizi di responsabilità per aver posto in essere scelte gestionali erronee o imperite[10]; se così non fosse si correrebbe il rischio di paralizzare la gestione dell'impresa in quanto gli amministratori, per il timore di incorrere in giudizi di responsabilità, non assumerebbero mai dei rischi.

7 Knepper, W.E.: *Liability of Corporate Officers and Directors*, A. Smith Company, California, 1969, p. 19; Bonelli, F.: *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma della società*, Utet, Milano, 2004, p. 183 ss.; Angelici, C.: "La società per azioni. Principi e problemi", in AA.VV.: *Tratt. dir. civ. e comm.*, (diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni), Giuffrè, I, Milano, 2012, p. 403; Briolini, F.: "Commento sub art. 2392 c.c.", in AA.VV.: *Le società per azioni*, (diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale), Giuffrè, Milano, 2016, p. 138; Peruzzo, G.G.: *Business judgment rule e responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Aracne Ed., Roma, 2016, p. 119 ss; Cesiano, D.: "L'applicazione della Business Judgement Rule nella giurisprudenza italiana", *Giur. comm.*, 2013, num. 6, p. 941 ss. Per una più ampia disamina dei doveri e delle responsabilità degli amministratori nel diritto americano v., *ex multis*, Semeghini, D.: "Il dibattito statunitense sulla business judgment rule", *Riv. dir. soc.*, 2013, num. 2, p. 206 ss. Per ampi riferimenti alla letteratura straniera in tema di business judgment rule, si rimanda a Benedetti, L.: "L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori", *Riv. soc.*, 2019, num. 2-3, p. 413 ss.

8 Marchetti, C.: "La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali", in AA.VV.: *Regole e prassi delle Società per Azioni* (Collana diretta da C. Marchetti), Giappichelli, Torino, 2021, p. 12; Bonelli, F.: *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Utet, Milano, 2013, p. 100, il quale mette bene in luce che "non si può arrivare a sostenere che esiste un obbligo degli amministratori di amministrare con successo economico la società loro affidata".

9 Cordopatri, M.: "La Business Judgment Rule in Italia e il privilegio amministrativo: recenti correttivi negli USA e in Europa", *Giur. comm.*, 2010, p. 129.

10 V., Relazione illustrativa del decreto legislativo n. 6/2003 recante: "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366", pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 17 del 22 gennaio 2003, supplemento ordinario n. 8: "Nell'adempimento dei doveri imposti dalla legge o dallo statuto gli amministratori devono usare la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico: il che non significa che gli amministratori debbano necessariamente essere periti in contabilità, in materia finanziaria, e in ogni settore della gestione e dell'amministrazione dell'impresa sociale, ma significa che le loro scelte devono essere informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, e non di irresponsabile o negligente improvvisazione. È stata conservata la responsabilità solidale di amministratori, sindaci e revisori contabili per i danni conseguenti alle violazioni rispettivamente imputabili, salva comunque la possibilità di provare - trattandosi di responsabilità per colpa e per fatto proprio - di essere immuni da colpa (v. artt. 2392, ultimo comma; 2407, secondo comma, e 2409 sexies, primo comma). La posizione di ciascuno dei vari soggetti solidalmente responsabili va valutata distintamente, in relazione alle circostanze di ogni singolo caso e ai diversi obblighi che fanno loro capo. Così, per assicurare che la società abbia un "assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alla dimensione dell'impresa", gli organi delegati devono "curarne" l'adeguatezza (art. 2381, quinto comma); il consiglio e i deleganti devono "valutarne" l'adeguatezza sulla base delle informazioni ricevute (art. 2381, terzo comma); e il collegio sindacale deve "vigilare" sulla permanente sussistenza di tale adeguatezza e sul suo corretto concreto funzionamento (art. 2403, primo comma)".

Infine, lo stesso legislatore si è occupato di prevedere un'ipotesi di esonero dalla responsabilità per quegli amministratori che, essendo immuni da colpa, abbiano fatto annotare senza ritardo il proprio dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione, dandone immediata comunicazione scritta al presidente del collegio sindacale (articolo 2392, ultimo comma, c.c.).

Vi è poi una norma dettata per disciplinare l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, si tratta dell'art 2393 c.c. che contiene la disciplina generale di tale azione e come tale è applicabile anche alla fattispecie speciale di cui all'art. 2393 bis[11] rubricato "azione sociale di responsabilità esercitata dai soci".

Con deliberazione dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione, si può promuovere l'azione di responsabilità contro gli amministratori, nel termine prescrizionale di cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica. La scelta di tale *dies a quo* sembra essere dettata dall'intenzione del legislatore di evitare possibili questioni interpretative e dall'esigenza di certezza dei rapporti in un settore operativo molto dinamico quale quello della gestione delle imprese[12].

Tale azione di responsabilità può anche essere esercitata dal collegio sindacale a maggioranza di due terzi dei suoi componenti.

Il legislatore della riforma, innovando rispetto al sistema precedente, ha altresì previsto che nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio è ostativo alla rinunzia all'esercizio dell'azione di responsabilità o alla transazione deliberate dall'assemblea il voto contrario di una minoranza di soci che costituisca almeno un ventesimo del capitale sociale, ovvero la misura prevista nello statuto per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità ai sensi dei commi primo e secondo dell'art. 2393 bis. È bene rilevare come in una tale previsione normativa emerga chiaramente l'intenzione di evitare o almeno limitare il rischio della commissione di abusi da parte della maggioranza.

III. LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI VERSO I CREDITORI SOCIALI.

Gli amministratori possono, inoltre, incorrere in responsabilità verso i creditori sociali (art. 2394 c.c.) se il patrimonio sociale è insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti e hanno violato gli obblighi inerenti la conservazione del patrimonio

11 Cian, G. e Trabucchi, A.: *Commentario breve al Codice Civile*, 13ª ed., Cedam, Padova, 2018, p. 2393.

12 Franchi, A.: "La responsabilità", *cit.*, p. 26.

sociale stesso[13]. Deve inoltre potersi riscontrare il rapporto di causalità tra pregiudizio e condotta illegittima[14].

La responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali interviene prevalentemente in situazioni di insolvenza, in quanto è la società ad essere normalmente tenuta a rispondere con il proprio patrimonio sociale delle obbligazioni verso i terzi.

Affinché sia configurabile tale responsabilità non è necessaria la violazione di obblighi specifici e tipizzati ma è sufficiente che gli amministratori abbiano compiuto atti di cattiva gestione[15]. Inoltre, solo qualora il patrimonio sociale risulti insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti i creditori possono effettivamente lamentare di aver subito un danno[16]; ciò implica che il patrimonio sociale sia stato inutilmente aggradito dai creditori[17].

Il termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione di responsabilità è di cinque anni, decorrente dal giorno in cui i creditori hanno oggettiva percepibilità dell'insufficienza del patrimonio sociale ai fini della soddisfazione dei loro crediti; tale incapienza consiste nell'eccedenza delle passività sulle attività. Sul giorno da cui va calcolato l'inizio del termine di prescrizione si è pronunciata più volte la giurisprudenza di legittimità; secondo l'orientamento prevalente tale termine decorre dal momento in cui i creditori siano stati in grado di venire a conoscenza dello stato di grave e definitivo squilibrio patrimoniale della società[18].

Da quanto detto deriva che l'insufficienza patrimoniale rappresenta un fatto contabile che si verifica quando il patrimonio della società presenti una eccedenza delle passività sulle attività e dunque l'attivo sociale, raffrontato ai debiti della società, è insufficiente al loro soddisfacimento[19].

13 Franzoni, M.: "Le responsabilità civili degli amministratori di società di capitali", in AA.VV: *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci, Tratt. Dir. comm. e dir. pubbl. econ.* (diretto da F. Galgano), vol. XIX, Cedam, Padova, 1994, p. 77 ss.

14 Bonfante, G., Corapi, D., De Angelis, L., Napoleoni, V., Rordorf., R. e Salafia V.: *Codice commentato delle società. Società di persone, Società di capitali, Cooperative, Consorzi e Reati societari*, 3ª ed., Ipsoa, Milano, 2011, p. 924.

15 Galgano, F.: "Società per azioni", in AA.VV.: *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da F. Galgano), vol. VII, Cedam, Padova, 1984, p. 275.

16 Franchi, A.: "La responsabilità", *cit.*, pp. 31-32

17 Cottino, G: *Diritto Commerciale*, tomo I, vol. 2, Cedam, Padova, 1994, p. 435.

18 V., *ex multis*, Cass. 22 aprile 2009, n. 9619; Cass., 12 giugno 2014, n. 13378; Cass., 4 dicembre 2015, n. 24715; Cass., 4 settembre 2019, n. 22077 ove la Suprema Corte ha evidenziato come la mancata prova da parte dei convenuti circa la pubblicazione del bilancio di esercizio (da cui risultava la negatività della situazione patrimoniale) impedisce di far decorrere il termine di prescrizione dalla data di approvazione del bilancio stesso, non potendosi desumere, in mancanza della pubblicazione, la conoscibilità in capo ai terzi dell'effettiva situazione patrimoniale della società.

19 Cfr., *ex multis*, Cass., 22 aprile 2009, n. 9619; Cass, 28 maggio 1998, n. 5287; Cass., 29 dicembre 2017, n. 31204.

Così delineato il quadro operativo, assume rilevanza il bilancio sociale[20], quale principale documento che informa sulla situazione della società nei riguardi di soci, creditori e terzi[21].

Si è lungamente discusso, e si discute tuttora, circa la natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali. Per alcuni è contrattuale, si tratterebbe di inadempimento di una obbligazione, sia pure posta dalla legge; il creditore dovrebbe provare l'inadempimento e l'amministratore dovrebbe provare l'assenza di colpa[22]. La più recente giurisprudenza di legittimità sostiene la tesi delle natura extracontrattuale della responsabilità in quanto gli amministratori, terzi nel rapporto società-creditori sociali, violando norme poste a tutela dell'integrità patrimoniale sociale, pregiudicano i diritti dei creditori[23]; di conseguenza, il creditore deve provare il fatto illecito e la commissione dello stesso con dolo o colpa[24].

In ogni caso il creditore che agisce in giudizio deve sempre provare di essere creditore della società, ma non è necessario che il credito sia certo, liquido ed esigibile; è invece sufficiente a fondare la legittimazione la prospettazione fatta dall'attore della sua posizione creditoria, anche se sottoposta ad accertamenti ulteriori[25].

A questo punto è opportuno soffermarsi sul fatto che ai creditori sociali sia stata legislativamente riconosciuta, nei confronti degli amministratori, una protezione autonomia rispetto a quella spettante alla società; la ratio di tale scelta legislativa non si riscontra nella volontà di tutelare i creditori in quanto tali ma nell'intenzione

20 Ai sensi dell'art. 2423, comma 1, c.c., il bilancio di esercizio è il documento contabile che deve essere redatto dagli amministratori alla fine di ogni esercizio sociale, costituito dallo stato patrimoniale, dal conto economico e dalla nota integrativa. Per una disamina dell'argomento, v., Genghini. L. e Simonetti, P.: *Le società di capitali e le cooperative*, tomo I, 2ª ed., Cedam, Padova, 2015, pp. 658-674; Minervini, G.: "Su di una particolare funzione del bilancio delle società per azioni", *Riv. soc.*, 1956, p. 720 ss.; Foschini, M.: *Il diritto dell'azionista all'informazione*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 185 ss.; Libonati, B.: "Amministratori e bilancio: il principio della verità dei bilanci", *Riv. soc.*, 1969, p. 453; Simonetto, E.: "Recenti orientamenti in materia di bilancio di esercizio", *Riv. soc.*, 1972, p. 277 ss.

21 Basile, P., Cocca, M. e De Luca, G.: "La responsabilità degli amministratori. Società per azioni, società a responsabilità limitata, associazioni, fondazioni, enti del terzo settore, comitati e procedure concorsuali", in AA.VV.: *I saggi del diritto* (collana diretta da M. Filippelli), Edizioni Ad Maiora, Roma, 2022, p. 97.

22 Cass., 9 luglio 1979, n. 3925. In dottrina, Osti, G.: "Sull'azione dei creditori e dei terzi contro gli amministratori di società per azioni", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 802.

23 Cass. 29 dicembre 2017, n. 31204; Cass., SS.UU., 23 gennaio 2017, n. 1641 ove la Suprema Corte ha affermato che "Nondimeno l'azione di responsabilità sociale ex art. 2393 c.c. ha natura contrattuale e presuppone un danno prodotto alla società da ogni illecito doloso o colposo degli amministratori per violazione di doveri imposti dalla legge e dall'atto costitutivo; l'azione di responsabilità verso i creditori sociali ex art. 2394 c.c. ha natura extracontrattuale e presuppone l'insufficienza patrimoniale cagionata dall'inosservanza di obblighi di conservazione del patrimonio sociale" . In dottrina: Minervini, G.: *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 329; Allegri, V.: *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 104.

24 Sulla natura giuridica dell'azione di responsabilità dei creditori, v., Bonelli., F.: "Natura giuridica delle azioni di responsabilità contro gli amministratori", *Giur. comm.*, 1982, num. 2, p. 776.

25 In tal senso, Trib. Milano, 2 ottobre 2006, Giur. it., 2007, num. 2, p. 382.

di responsabilizzare gli amministratori che sono così esposti a diverse azioni di responsabilità per realizzare una maggiore garanzia di buona amministrazione[26].

È opportuno, infine, tracciare le differenze fra l'azione sociale di responsabilità e l'azione concessa ai creditori. Occorre evidenziare che il danno subito dai creditori non è che un effetto riflesso del danno che gli amministratori hanno arrecato al patrimonio sociale rendendolo insufficiente a soddisfare i primi. Ne deriva che se l'azione risarcitoria è già stata esperita dalla società ed il relativo patrimonio è stato reintegrato, i creditori non potranno più esercitare l'azione di loro spettanza dato che gli amministratori sono ovviamente tenuti a risarcire una sola volta il danno[27].

VI. LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI VERSO I SINGOLI SOCI E I TERZI.

Gli amministratori sono altresì responsabili verso i singoli soci ed i terzi (art. 2395 c.c.).

Tra i terzi destinatari della tutela si possono identificare i consumatori e i risparmiatori.

La casistica individuata dalla giurisprudenza è ampia, basti pensare all'ipotesi di falsità in bilancio per indurre alla sottoscrizione di un aumento di capitale a prezzo eccessivo o al caso di dolosa dissimulazione dello stato di dissesto per indurre una banca a concedere un fido o un fornitore a contrattare. Gli amministratori possono, altresì, incorrere in responsabilità per incongruità del rapporto di cambio in occasione di una fusione o nell'ipotesi di compimento di atti diretti a diminuire il valore delle azioni in pregiudizio del creditore pignoratizio[28].

Gli amministratori incorrono in responsabilità verso i singoli soci ed i terzi nel caso in cui pongano in essere atti dolosi o colposi direttamente lesivi degli interessi dei soggetti tutelati; deve trattarsi, in ogni caso, di fatti attinenti alla gestione sociale[29]. Può ritenersi, infatti, oramai superato l'orientamento che interpretava l'avverbio "direttamente" nel senso che gli amministratori dovrebbero essere ritenuti responsabili nei confronti di singoli soci o di terzi danneggiati esclusivamente nell'ipotesi in cui l'illecito da essi compiuto sia estraneo all'attività di gestione svolta per conto della società e rientri invece in una sfera di attività individuale[30].

26 Galgano, F. e Genghini, R.: "Il nuovo diritto societario", in AA.VV.: *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da F. Galgano), tomo I, vol. XXIX, 2ª ed., Cedam, Padova, 2004, p. 294.

27 Campobasso, G.F.: *Manuale di diritto commerciale*, 7ª ed., Utet, Torino, 2019, p. 255.

28 Cass., 14 febbraio 2018, n. 3656; Cass., 8 settembre 2015, n. 17794; Cass., 3 dicembre 1984, n. 6300.

29 Di Sabato, F.: *Manuale delle società*, Utet, Torino, 1991, p. 467.

30 Stolfi, C.: *Le società multinazionali nel diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 285.

Tale responsabilità nei confronti dei singoli soci e dei terzi viene tradizionalmente qualificata dalla dottrina[31] e dalla giurisprudenza[32] come responsabilità extracontrattuale e pertanto il socio agente deve dimostrare oltre al danno e al nesso di causalità anche il dolo o la colpa degli amministratori.

Come affermato dalla Cassazione in più pronunce, l'azione del socio o del terzo è ammessa solo se il danno subito è la diretta conseguenza dell'atto posto in essere dagli amministratori[33]. Secondo autorevole dottrina[34] deve trattarsi, quindi, di un danno che non sia semplice riflesso del danno eventualmente subito dal patrimonio sociale; in altre parole, deve essersi verificato un pregiudizio che abbia incidenza immediata sul patrimonio del socio o del terzo ed autonoma genesi e fisionomia[35].

V. CONSIGLIERI DELEGATI E CONSIGLIERI DELEGANTI.

Il funzionamento del Consiglio di amministrazione è regolato dal metodo collegiale ed i poteri e doveri dei singoli componenti si esplicano all'interno del Consiglio.

La responsabilità del Consiglio di amministrazione nella sua interezza è una responsabilità solidale, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del Comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite a uno o più amministratori, salva

31 Ferrara, F.:, *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 499; Ferri, G.: "Le società", in AA.VV.: *Tratt. dir. civ. it.* (fondato da F. Vassalli), Utet, Torino, 1971, p. 536; Galgano, F.: *La società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative*, Zanichelli, Bologna, 1978, p. 146; Giannattasio, C.: "Azione individuale del socio che sia stato leso dall'operato degli amministratori", *GCCC*, 1950, num. 3, p. 156; Minervini, G.: "Note in tema di responsabilità degli amministratori di società per azioni (artt. 2394 e 2395 cod. civ.)", *Riv. dir. comm.*, 1954, num. 1, p. 420; De Ferra, G.: "La responsabilità della società per l'illecito degli amministratori", *Riv. soc.*, 1959, p. 1025; Valeri, G.: *Manuale di diritto commerciale*, Il Castellaccio, Firenze, 1946, p. 184; Carnevali, U.: "La responsabilità civile degli amministratori per danno ai risparmiatori", *Cel*, 1988, p. 83; Ragusa Maggiore, G.: *La responsabilità individuale degli amministratori: art. 2395 c.c.*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 93; Niccolini, G.: "Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società per azioni", in AA.VV.: *Tratt. delle s.p.a.* (diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale), vol. VII, tomo 3, Utet, Torino, 1997, p. 627 ss.; Quatraro, B.: "L'azione di responsabilità ex art. 2395 cod. civ.", *Soc.*, 1986, p. 98.

32 Si vedano, tra le altre, Cass., 1 aprile 1994, n. 3216, *Foro it.*, 1995, num. 1, p. 1302; Cass., 8 luglio 1991, n. 7534, *Giur. it.*, 1991, num. 1, p. 1131; Cass., 21 maggio 1991, n. 5723, *Soc.*, 1991, p. 1357; Cass., 3 novembre 1983, n. 6469, *Dir. fall.*, 1984, num. 2, p. 90; Cass., 27 novembre 1982, n. 6431, *Soc.*, 1983, p. 751; Cass., 26 febbraio 1982, n. 1222, *Dir. fall.*, 1982, num. 2, p. 578; Cass., 27 marzo 1961, n. 688, *Giust. Civ.*, 1961, num. 1, p. 1250; Cass., 17 agosto 1966, n. 2242, *Dir. fall.*, 1967; Cass, 29 marzo 1954, n. 1327, *Giust. it.*, 1955, num. 1, p. 351.

33 Cass., 3 agosto 1988, n. 4817, *Soc.*, 1988, p. 1140; Cass., 14 maggio 1981, n. 3176, *Fall.*, 1981, p. 887.

34 Cassottana, M.: "Sulla nozione di danno diretto e sui rapporti tra l'art. 2395 c.c. e l'art. 1223 c.c. Nota a Cass., 6 gennaio 1982, n. 14", *Giur. comm.*, 1983, num. 2, p. 530.; Cavanna, M: "L'azione individuale di responsabilità ex art. 2395 cod. civ. negli anni 80/90 e dintorni", *NGCC*, 1995, num. 2, p. 119; Masucci, C.: "Sulla responsabilità degli amministratori ex art. 2395 c.c.", *Giur. comm.*, 1984, num. 2, p. 589; Silvetti, C. e Marulli, M.: "Azione individuale del socio o del terzo", *Giur. sist. Dir. civ. e comm.*, Torino, 1996, p. 628 ss.; Borgioli, A.: "La responsabilità degli amministratori per danno diretto ex art. 2395 c.c.", *Giur. comm.*, 1981, num. 2, p. 699.

35 Sudiero, F.: *La tutela risarcitoria del socio tra danno diretto e danno riflesso*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 17 ss.

comunque la possibilità di provare – trattandosi di responsabilità per colpa e per fatto proprio – di essere immuni da colpa (art. 2392 c.c.).

Il legislatore della riforma, sostituendo il riferimento all'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione[36] con specifici obblighi ben individuati (artt. 2381 e 2391c.c.), tende, pur conservando la responsabilità solidale, ad evitare sue indebite estensioni che, soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finiva per trasformare la responsabilità degli amministratori in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili.

Se è vero che la responsabilità del Consiglio di amministrazione è una responsabilità solidale, è opportuno soffermarsi sulla posizione degli amministratori non delegati; questi ultimi hanno un obbligo di vigilanza e un correlato obbligo di informazione e sono responsabili sulla base delle informazioni ricevute, cioè sulla base di quanto l'amministratore delegato sottopone loro. L'obbligo di agire in modo informato dei deleganti postula l'obbligo di informazione dei delegati e i due obblighi sono strettamente avvinti, formando l'architrave dell'agire diligente[37].

Orbene, la responsabilità dei consiglieri non delegati non può essere meramente passiva, l'organo è un organo interattivo nel senso che non si deve accontentare di quello che gli viene sottoposto, ma ha anzi un preciso potere-dovere nel Consiglio di amministrazione di interrogare, di chiedere ragguagli agli organi delegati per rispettare il principio di vigilanza informata. L'agire in modo informato non significa però che i consiglieri abbiano dei poteri ispettivi.

Per le società quotate, nello specifico, l'art. 150 del Decreto Legislativo n. 58 del 1998 prevede un obbligo di informazione periodica degli organi delegati al consiglio di amministrazione.

Il diritto dell'amministratore di conoscere, si trasforma in un dovere in quanto sul piano della responsabilità civile, "l'inerzia, l'assenteismo, il disinteresse dell'amministratore verso le vicende sociali, come pure la sua passiva adesione alle informazioni trasmesse dagli esecutivi sono condotte censurabili". La legge non scusa amministratori che limitandosi a essere presenti alle riunioni del consiglio, si dimostrino indifferenti agli interessi della società e non abbiano coscienza della responsabilità che si sono assunti accettando l'incarico.

36 Sulla normativa ante riforma si veda, Bartalini, G.: *La responsabilità degli amministratori e dei direttori generali di società per azioni*, Utet, Torino, 2000, p. 245 ss.

37 Perrino, A.M.: "Commento alla Cass. Civ. sez. I, 12.3.2010 n. 6037", *Le società*, 2010, num. 9, p. 1070.

La giurisprudenza è stata chiamata più volte a esprimersi su situazioni nelle quali si dibatteva circa il potere-dovere dei consiglieri deleganti, ex art. 2381 c.c., di "agire in modo informato" e sul punto si può affermare che si tratta, senza dubbio alcuno, di un'attività da compiersi unicamente in seno al consiglio di amministrazione che non implica l'esercizio di poteri individuali e autonomi di informazione a carattere ispettivo. Ciò non significa, però, che gli amministratori non esecutivi agiscano in modo informato limitandosi a ricevere informazioni; al contrario, essi devono rendersi parte attiva – in seno al consiglio di amministrazione – chiedendo agli organi delegati di riferire le informazioni relative alla gestione della società[38].

Da ciò deriva che i consiglieri deleganti non potranno andare esenti da responsabilità dichiarando di ignorare fatti pregiudizievoli che avrebbero potuto conoscere esercitando il loro potere-dovere di esigere più informazioni.

Quanto detto trova conferma in alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione sugli amministratori non esecutivi delle società bancarie (sentenze n. 4923 del 15 febbraio 2022 e n. 12436 del 19 aprile 2022). Nello specifico, la Cassazione ha affermato che il dovere di agire informati degli amministratori privi di deleghe non si limita a una posizione meramente passiva di destinatari di informazioni; gli amministratori devono attivarsi al fine di entrare in possesso di tutte le informazioni necessarie per decidere e per conoscere l'andamento della gestione. In tale quadro, gli amministratori non esecutivi devono possedere un'adeguata conoscenza del business e assicurare un efficace governo dei rischi, anche ai fini dell'esercizio dei poteri, spettanti al consiglio di amministrazione, di direttiva o avocazione concernenti operazioni rientranti nella delega.

Alla luce della più recente giurisprudenza, dunque, può concludersi affermando che anche gli amministratori senza deleghe sono gravati di doveri particolarmente incisivi. Essi, da un lato devono attivarsi, esercitando tutti i poteri connessi alla carica, per prevenire o porre rimedio alle situazioni di criticità aziendale di cui siano a conoscenza e, dall'altro, devono informarsi per essere consapevoli della situazione aziendale e, conseguentemente, scegliere se agire o meno[39].

38 Si evidenzia che nel settore bancario la normativa prudenziale secondaria, emessa da Banca di Italia (per quella primaria, v. artt. 51 ss., tit. III del T.U.B., d.lgs. 1.9.1993 n. 385), irrigidisce il modus operandi dei membri del consiglio di amministrazione, compresi i non esecutivi: sul punto v., *ex multis*, Bazzani, M.: "Profili di responsabilità amministrativa dei consiglieri di amministrazione non esecutivi di banche: doveri di vigilanza e di intervento e prova della immunità da colpa da parte dei singoli consiglieri (nota ad App. Roma, 12 giugno 2006 e 25 gennaio 2007)", *Riv. dir. soc.*, 2008, num. 2, p. 324 ss.; Cicchinelli, S.: "Il dovere di agire in modo informato *nell'attività bancaria a seguito di una recente pronuncia della Cassazione", Riv. dir. comm.*, 2014, p. 39 ss. e Id., "Deleghe e responsabilità nell'impresa bancaria", *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, num. 1, p. 91 ss.

39 Sull'argomento, v. Cass., 4 febbraio 2021, n. 2620, ove La Suprema Corte ha affermato che: "In tema di responsabilità dei consiglieri non esecutivi di società autorizzate alla prestazione di servizi di investimento, è richiesto a tutti gli amministratori, che vengono nominati in ragione della loro specifica competenza anche nell'interesse dei risparmiatori, di svolgere i compiti loro affidati dalla legge con particolare diligenza e, quindi, anche in presenza di eventuali organi delegati, sussiste il dovere dei singoli consiglieri di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo e contabile, nonché il generale andamento della gestione della

VI. CONCLUSIONI.

Dall'analisi, seppur breve, del sistema normativo in tema di responsabilità degli amministratori emerge come le nozioni codicistiche divengano principi generali declinati in regole operazionali elaborate dalla giurisprudenza ed arricchite dalle riflessioni della dottrina.

Alla luce delle considerazioni svolte, si può riassumere il quadro fin qui illustrato mettendo in evidenza alcune criticità del sistema.

L'orientamento che sembra prevalere in dottrina e in giurisprudenza tende a delineare in maniera sempre più marcata i confini del regime di responsabilità. Ne è una ulteriore prova l'art. 2391 c.c, laddove non si parla più di conflitto di interessi ma si fa genericamente riferimento alla sussistenza di un interesse, anche non confliggente, che l'amministratore abbia in una determinata operazione della società, ed al correlativo obbligo di *disclosure*. L'interpretazione che gli operatori del diritto danno di questa norma è in linea con i principi affermati nella Relazione al Decreto Legislativo 17 gennaio 2003 n. 6 per la quale l'amministratore, essendo un gestore di patrimonio altrui, non può approfittare della sua posizione per conseguire vantaggi diretti o indiretti; ne consegue l'affermazione, quali valori fondamentali per una buona *corporate governance*, della trasparenza e della correttezza[40]. È evidente, dunque, la portata applicativa generale dell'art. 2391 c.c., che prescinde dall'effettiva incidenza del conflitto di interessi sulle delibere in concreto assunte dal consiglio di amministrazione[41].

È sicuramente degna di nota l'elevazione dello standard di diligenza richiesta agli amministratori; si è passati, infatti, dal criterio della diligenza del buon padre di famiglia a quello della diligenza professionale[42]. Non basta, dunque, la diligenza dell'uomo medio ma occorre la diligenza del buon amministratore e il livello di diligenza dovuto sarà tanto più elevato quanto maggiori siano le dimensioni e la complessità dell'impresa gestita[43].

società, e l'obbligo, in ipotesi di conoscenza o conoscibilità di irregolarità commesse nella prestazione dei servizi di investimento, di assumere ogni opportuna iniziativa per assicurare che la società si uniformi ad un comportamento diligente, corretto e trasparente".

40 Zamperetti, G.M.: "Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di S.p.a.: profili sparsi di fattispecie e disciplina", *Società*, 2005, num. 9, p. 1085; Conforti, C.: *La responsabilità, cit.,* p. 497.

41 Cfr. Cass., 17 dicembre 2018, n. 32573 ove la Suprema Corte precisa l'ampiezza applicativa dell'art. 2391 c.c. affermando che la norma "pone a carico dell'amministratore in conflitto di interessi un obbligo generale e preventivo di esplicitare tale sua condizione soggettiva, al duplice scopo di assicurare che essa sia nota a tutti gli altri componenti dell'organo di gestione e agli organi di controllo societario, e che non incida, neanche in via indiretta, sui processi valutativi e deliberativi interni all'organizzazione aziendale, e segnatamente del consiglio di amministrazione o degli altri organismi e articolazioni cui è affidata in concreto la gestione della società".

42 Art. 1176, comma 2, c.c.

43 Franchi, A.: "La responsabilità", *cit.*, p. 20.

Ancora oggi sono rilevabili profili problematici; ne è un esempio la questione della decorrenza della prescrizione dell'azione dei creditori sociali, i cui termini iniziano a decorrere dal momento in cui il danno diventi oggettivamente percepibile all'esterno[44], così da coincidere presuntivamente con la dichiarazione di fallimento[45].

In dottrina e in giurisprudenza è, inoltre, ancora aperto il dibattito circa il criterio di determinazione del danno risultando ancora dubbia l'applicazione della c.d. differenza tra attivo e passivo fallimentare[46].

La necessità costante appare essere quella di ricercare un equilibrio tra l'opportunità che tutti i soggetti danneggiati abbiano la possibilità di esperire un'azione di responsabilità e la necessità di evitare che le azioni di responsabilità diventino strumento per impedire lo svolgimento dell'attività societaria[47]; per non incorrere in giudizi di responsabilità, infatti, gli amministratori potrebbero essere portati a non assumere mai dei rischi con la conseguenza di frenare l'attività di gestione dell'impresa[48].

Più specificatamente, un controllo giudiziale oltremodo penetrante avrebbe l'effetto non soltanto di condurre gli amministratori verso una gestione eccessivamente cauta, a discapito della massimizzazione dell'interesse sociale, ma comporterebbe anche il rischio di "falsi positivi" (ovverosia il rischio che decisioni teoricamente corrette *ex ante*, da cui siano derivate conseguenze dannose per la società, siano considerate fonte di responsabilità per gli amministratori). Viceversa, un'applicazione troppo lieve del controllo del giudice potrebbe determinare la deresponsabilizzazione degli amministratori, con un incremento del livello di negligenza e di disattenzione, e, quindi, del rischio di "falsi negativi".

Premessa dunque la difficoltà di disciplinare la materia bilanciando nel modo più opportuno tutti i principi e gli interessi coinvolti, a parere di chi scrive, la

44 In generale sulla prescrizione dell'azione si vedano, Tedeschi, V.: "La prescrizione delle azioni di responsabilità", *Soc.*, 1988, p. 1010; Nigro, A.: "Le società per azioni nelle procedure concorsuali", in AA.VV.: *Tratt. delle s.p.a* (diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale), vol. IX, Utet, Torino, 1993, p. 376 ss.; Paola, F., "In tema di prescrizione dell'azione di responsabilità contro gli amministratori di una società di capitali fallita", *Fall.*, 1979, p. 648.

45 Cass., 4 dicembre 2015, n. 24715.

46 Cass., Sez. Un., 6 maggio 2015, n. 9100.

47 Marchetti, C.: "La responsabilità", *cit.*, pp. 372-373.

48 Sul punto v. Keay, A.: "A Theoretical Analysis of the Director's Duty to Consider Creditor Interests: The Progressive School's Approach", *4 Journal of corporate law studies*, 2004, num. 4, p. 335 per cui "it is axiomatic that companies need to take risks to prosper". La questione è posta bene in evidenza anche da Angelici, C.: "La società", *cit.,* p. 402. In argomento v. altresì Tina, A.: *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 71, per cui "l'incertezza nella specificazione della condotta dovuta, che si riflette in una corrispondente opinabilità del giudizio di responsabilità, associata al rischio di una eccessiva responsabilizzazione degli amministratori, da un lato, può indurre gli amministratori di società ad una gestione eccessivamente cauta e prudente (e, quindi, inefficiente) rispetto alle preferenze dei soci, con un conseguente aggravio (tendenziale) dei costi gestionali e precauzionali, a discapito sia degli interessi degli stessi soci, sia degli interessi del mercato e dell'economia in generale".

via d'uscita potrebbe rinvenirsi nell'impegno degli amministratori di ritornare a valori etici oramai perduti oltre che nell'impegno delle diverse entità e persone addette ai controlli a privilegiare la tutela della sostanza anziché della forma, non fermandosi ad effettuare mere verifiche virtuali, vista l'importanza del ruolo svolto dagli amministratori nelle società e i riflessi che il loro ruolo ha sul mercato.

BIBLIOGRAFIA

Allegri, V.: *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Giuffrè, Milano, 1979.

Angelici, C.: "La società per azioni. Principi e problemi", in AA.VV.: *Tratt. dir. civ. e comm.* (diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni), Giuffrè, I, Milano, 2012.

Bartalini, G.: *La responsabilità degli amministratori e dei direttori generali di società per azioni*, Utet, Torino, 2000.

Basile, P., Cocca, M. e De Luca, G.: "La responsabilità degli amministratori. Società per azioni, società a responsabilità limitata, associazioni, fondazioni, enti del terzo settore, comitati e procedure concorsuali", in AA.VV.: *saggi del diritto* (collana diretta da M. Filippelli), Edizioni Ad Maiora, Roma, 2022.

Bazzani, M.: "Profili di responsabilità amministrativa dei consiglieri di amministrazione non esecutivi di banche: doveri di vigilanza e di intervento e prova della immunità da colpa da parte dei singoli consiglieri (nota ad App. Roma, 12 giugno 2006 e 25 gennaio 2007)", *Riv. dir. soc.*, 2008, num. 2.

Benedetti, L.: "L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori", *Riv. soc.*, 2019, num. 2-3.

Bonelli, F.: "Natura giuridica delle azioni di responsabilità contro gli amministratori", *Giur. comm.*, 1982, num. 2.

Bonelli, F.: *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 1992.

Bonelli, F.: *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma della società*, Utet, Milano, 2004.

Bonelli, F.: *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Utet, Milano, 2013.

Bonfante, G., Corapi, D., De Angelis, L., Napoleoni, V., Rordorf. e R.; Salafia V.: *Codice commentato delle società. Società di persone, Società di capitali, Cooperative, Consorzi e Reati societari*, 3ª ed., Ipsoa, Milano, 2011.

Borgioli, A.: "La responsabilità degli amministratori per danno diretto ex art. 2395 c.c.", *Giur. comm.*, 1981, num. 2.

Briolini, F.: "Commento sub art. 2392 c.c.", in AA.VV.: *Le società per azioni* (diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale), Giuffrè, Milano, 2016.

Cassani, S.: "Responsabilità degli amministratori ex art. 2392 c.c. e onere della prova", *Le società*, 2012, num. 5.

Campobasso, G.F.: *Manuale di diritto commerciale*, 7ª ed., Utet, Torino, 2019.

Carnevali, U.: "La responsabilità civile degli amministratori per danno ai risparmiatori", *Cel*, 1988.

Cassottana, M.: "Sulla nozione di danno diretto e sui rapporti tra l'art. 2395 c.c. e l'art. 1223 c.c. Nota a Cass., 6 gennaio 1982, n. 14", *Giur. comm.*, 1983, num. 2.

Cavanna, M: "L'azione individuale di responsabilità ex art. 2395 cod. civ. negli anni 80/90 e dintorni", *NGCC*, 1995, num. 2.

Cesiano, D.: "L'applicazione della Business Judgement Rule nella giurisprudenza italiana", *Giur. comm.*, 2013, num. 6.

Cian, G. e Trabucchi, A.: *Commentario breve al Codice Civile*, 13ª ed., Cedam, Padova, 2018.

Cicchinelli, S.: "Il dovere di agire in modo informato nell'attività bancaria a seguito di una recente pronuncia della Cassazione", *Riv. dir. comm.*, 2014.

Cicchinelli, S.: "Deleghe e responsabilità nell'impresa bancaria", *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, num. 1.

Colombo, G.E. e Portale, G.B.: *Trattato delle scoietà per azioni*, vol. 4, Utet, Torino, 1991.

Conforti, C.: *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2003.

Cordopatri, M.: "La Business Judgment Rule in Italia e il privilegio amministrativo: recenti correttivi negli USA e in Europa", *Giur. comm.*, 2010.

Cottino, G.: *Diritto Commerciale*, tomo I, vol. 2, Cedam, Padova, 1994.

Di Sabato, F.: *Manuale delle società*, Utet, Torino, 1991.

De Ferra, G.: "La responsabilità della società per l'illecito degli amministratori", *Riv. soc.*, 1959.

FERRARA, F.: *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 1978.

FERRI, G.: "Le società", in AA.VV.: *Tratt. dir. civ. it.* (fondato da F. VASSALLI), Utet, Torino, 1971.

FOSCHINI, M.: *Il diritto dell'azionista all'informazione*, Giuffrè, Milano, 1959.

FRANCHI, A.: "La responsabilità degli amministratori di S.p.A. nel nuovo diritto societario, I principi per una disciplina Europea e i riflessi nell'ambito delle società bancarie", in AA.VV.: *Temi di diritto privato* (collana diretta da G. ALPA), Giuffrè, Milano, 2004.

FRANZONI, M.: "Le responsabilità civili degli amministratori di società di capitali", in AA.VV.: *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci, Tratt. Dir. comm. e dir. pubbl. econ.* (diretto da F. GALGANO), vol. XIX, Cedam, Padova, 1994.

GALGANO, F.: *La società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative*, Zanichelli, Bologna, 1978.

GALGANO, F.: "Società per azioni", in AA.VV.: *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da F. GALGANO), vol. VII, Cedam, Padova, 1984.

GALGANO, F. e GENGHINI, R.: *"Il nuovo diritto societario"*, in AA.VV.: *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da F. GALGANO), tomo I, vol. XXIX, 2ª ed., Cedam, Padova, 2004.

GENGHINI., L. e SIMONETTI, P.: *Le società di capitali e le cooperative*, vol. I, 2ª ed., Cedam, Padova, 2015.

GIANNATTASIO, C.: "Azione individuale del socio che sia stato leso dall'operato degli amministratori", *GCCC*, 1950, num. 3.

KEAY, A.: "A Theoretical Analysis of the Director's Duty to Consider Creditor Interests: The Progressive School's Approach", *4 Journal of corporate law studies*, 2004, num. 4.

KNEPPER, W.E.: *Liability of Corporate Officers and Directors*, A. Smith Company, California, 1969.

LIBONATI, B.: "Amministratori e bilancio: il principio della verità dei bilanci", *Riv. soc.*, 1969.

Marchetti, C.: "La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali", in AA.VV.: *Regole e prassi delle Società per Azioni* (Collana diretta da C. Marchetti), Giappichelli, Torino, 2021.

Masucci, C.: "Sulla responsabilità degli amministratori ex art. 2395 c.c.", *Giur. comm.*, 1984, num. 2.

Messori, M.: *Il nuovo diritto societario: una prima valutazione in chiave economica. Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003.

Minervini, G.: "Note in tema di responsabilità degli amministratori di società per azioni (artt. 2394 e 2395 cod. civ.)", *Riv. dir. comm.*, 1954, num. 1.

Minervini, G.: *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1956.

Minervini, G.: "Su di una particolare funzione del bilancio delle società per azioni", *Riv. soc.*, 1956.

Mosco, G.D.: *Nuovi modelli di amministrazione e controllo e ruolo dell'assemblea. Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003.

Niccolini, G.: "Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società per azioni", in AA.VV.: *Tratt. delle s.p.a.* (diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale), vol. VII, tomo 3, Utet, Torino, 1997.

Nigro, A.: "Le società per azioni nelle procedure concorsuali", in AA.VV.: *Tratt. delle s.p.a* (diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale), vol. IX, Utet, Torino, 1993.

Osti, G.: "Sull'azione dei creditori e dei terzi contro gli amministratori di società per azioni", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995.

Paola, F., "In tema di prescrizione dell'azione di responsabilità contro gli amministratori di una società di capitali fallita", *Fall.*, 1979.

Perrino, A.M.: "Commento alla Cass. Civ. sez. I, 12.3.2010 n. 6037", *Le società*, 2010, num. 9.

Peruzzo, G.G.: *Business judgment rule e responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Aracne Ed., Roma, 2016.

Quatraro, B.: "L'azione di responsabilità ex art. 2395 cod. civ.", *Soc.*, 1986, p. 98.

Ragusa Maggiore, G.: *La responsabilità individuale degli amministratori: art. 2395 c.c.*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 93.

Semeghini, D.: "Il dibattito statunitense sulla business judgment rule", *Riv. dir. soc.*, 2013, num. 2.

Silvetti, C. e Marulli, M.: "Azione individuale del socio o del terzo", *Giur. sist. Dir. civ. e comm.*, Torino, 1996.

Simonetto, E.: "Recenti orientamenti in materia di bilancio di esercizio", *Riv. soc.*, 1972.

Stolfi, C.: *Le società multinazionali nel diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 1984.

Sudiero, F.: *La tutela risarcitoria del socio tra danno diretto e danno riflesso*, Giappichelli, Torino, 2020.

Tedeschi, V.: "La prescrizione delle azioni di responsabilità", *Soc.*, 1988.

Tina, A.: *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Giuffrè, Milano, 2008.

Valeri, G.: *Manuale di diritto commerciale*, Il Castellaccio, Firenze, 1946.

Zamperetti, G.M.: "Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di S.p.a.: profili sparsi di fattispecie e disciplina", *Soc.*, 2005, num. 9.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS BANCOS EN LOS DELITOS DE ESTAFA POR "PHISHING"

THE CIVIL LIABILITY OF BANKS IN THE CRIMES OF FRAUD BY "PHISHING"

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1788-1809

María José
CALVO SAN
JOSÉ

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Internet ha supuesto un gran avance en el mundo de las nuevas tecnologías, convirtiéndose, a su vez, en un nuevo instrumento para la comisión de delitos, valiéndose de los diferentes medios electrónicos e informáticos existentes. En la comisión de esos delitos informáticos, los ciberdelincuentes utilizan diversas técnicas para estafar a sus víctimas, como el "phishing", el "smishing" y el "vishing", entre otras muchas, con el objetivo de robar su dinero o acceder a información que almacenan en sus dispositivos; y con el problema añadido de que la víctima va a encontrar notables dificultades para perseguir al delincuente. Cuando esto sucede, es importante saber cuáles son los instrumentos de defensa a disposición de los particulares en caso de ser víctimas, y cuál es la responsabilidad que asumen las entidades bancarias frente a este nuevo tipo de delito informático. Cuestiones que serán objeto de análisis en este trabajo.

PALABRAS CLAVE: Delitos informáticos; phishing; responsabilidad civil.

ABSTRACT: *The Internet has been a great advance in the world of new technologies, becoming, in turn, a new instrument for the commission of crimes using the different existing electronic and computer means. In the commission of these computer crimes, cybercriminals use various techniques to defraud their victims, such as "phishing", "smishing" and "vishing", among many others, with the aim of stealing our money or accessing valuable information that we store on devices; and with the added problem that the victim will encounter notable difficulties in pursuing the offender. When this happens, it is important to know what are the defense instruments available to individuals in case of being victims and what is the responsibility assumed by banks in the face of this new type of computer crime. Issues that will be the subject of analysis in this work.*

KEY WORDS: *Computer crime; phishing; civil liability..*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. - II. EL "PHISHING" COMO DELITO DE ESTAFA INFORMÁTICA. - III. INSTRUMENTOS DE DEFENSA A DISPOSICIÓN DE LOS PARTICULARES. - IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ENTIDADES BANCARIAS POR "PHISHING".

I. INTRODUCCIÓN.

La creciente digitalización de los servicios bancarios ha provocado un aumento significativo de los delitos de estafa bancaria, ejecutados mediante la utilización de las nuevas tecnologías (TIC). A estos efectos, Internet ha supuesto un increíble avance, convirtiéndose en un nuevo instrumento para la comisión de delitos.

Los ciberdelincuentes valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, como el "phishing" (correos electrónicos con enlaces o documentos que, una vez abiertos, infectan el dispositivo electrónico), el "vishing" (llamadas telefónicas que suplantan la identidad de la entidad financiera) o el "smishing" (en la línea de los anteriores, pero en este caso los ciberdelincuentes utilizan SMS o números de teléfono de las entidades financieras), se hacen pasar por las entidades financieras, o incluso por organismos públicos o empresas de reconocida trayectoria, suplantando su identidad y pidiendo a las potenciales víctimas que faciliten determinados datos personales y bancarios, bajo diferentes pretextos, como evitar el supuesto bloqueo de la cuenta o de una tarjeta, o prevenir un inexistente pago fraudulento, y con el verdadero fin de lucrarse, realizando operaciones de pago a cargo de la víctima. De esta forma, acceden a las cuentas bancarias del usuario a fin de sustraerle su activo patrimonial. Además, se suelen producir situaciones en las que el estafador solicita, en nombre del usuario, un crédito instantáneo que le permite sustraer más capital del que dispone el usuario estafado[1].

En muchas ocasiones, junto a dichos ciberataques, los delincuentes duplican la tarjeta SIM del móvil, de forma que, además de suplantar la identidad, consiguen también recibir los mensajes de seguridad de las entidades bancarias.

El problema que se plantea en este tipo de delitos es que la víctima va a encontrar notables dificultades para perseguir al delincuente y en muchos casos la identidad de éste nunca llega a averiguarse, razón por la cual la alternativa más viable y garantista es reclamar a la entidad bancaria la devolución de todas las

1 Barbero Bajo, J.: "Phishing y otros delitos informáticos: el uso ilícito de Internet", *Revista Lex nova*, 2008, núm. 53, pp. 6-10.

• María José Calvo San José
Profesora de Derecho Civil, Universidad de Salamanca
calvo@usal.es

cantidades apropiadas por el delincuente, al tratarse de entidades perfectamente identificables y solventes. Circunstancia que nos lleva a analizar la responsabilidad que asumen las entidades bancarias frente a este tipo de delitos informáticos.

II. EL "PHISHING" COMO DELITO DE ESTAFA INFORMÁTICA.

Desde el punto de vista penal, con fundamento en el artículo 248.2 del Código Penal (en adelante C.P.), estamos ante un delito de estafa cibernética con manipulación informática[2], sancionado con la pena de prisión de seis meses a 3 años. Y, si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses.

Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción (art. 249.1 C.P.).

El "delito informático", como tal, no ha sido introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo[3], como acabamos de apuntar, se trata más bien de un delito de estafa que se comete empleando los diferentes medios electrónicos e informáticos existentes. Esta Ley Orgánica, se elaboró respondiendo a la normativa europea reguladora de la delincuencia informática, llevando a cabo la transposición de la Directiva 2013/40/UE, de 12 de agosto, relativa a los ataques contra los sistemas de información y la interceptación de datos electrónicos, cuando no se trata de una comunicación personal.

Así, como recoge el Preámbulo de la citada Ley Orgánica, de acuerdo con la Directiva europea, con ella se introduce una separación clara entre los supuestos de revelación de datos que afectan a la intimidad personal, y el acceso a otros datos o informaciones que pueden afectar a la privacidad, pero que no se refieren a la intimidad personal; se tipifica la facilitación o producción de programas informáticos

diseñados para la comisión de delitos de este tipo; y se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas.

2 Así lo manifiesta la STS 25 octubre 2012 (VLEX-414692206) al considera que, con carácter general, hechos de esta naturaleza, "en lo que tienen de operación concertada, con una estratégica distribución de roles para lograr un acto de despojo patrimonial mediante un engaño, valiéndose de terceros para poder extraer esos fondos sin suscitar sospechas en la entidad bancaria y, una vez obtenidos aquéllos, colocarlos en un país que asegure la impunidad del desapoderamiento, presentan las características que son propias del delito de estafa informática al que se refiere el art. 248.2 del CP. EDL 1995/16398".

3 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

De esta forma, nuestro Código Penal adoptó un nuevo contenido, introduciendo novedades en su articulado, con la incorporación de modificaciones y otras redacciones, al tiempo que incluye muestras de delitos informáticos, al hacer referencia al medio utilizado para la comisión de los mismos[4], por ejemplo:

- El acceso no autorizado a sistemas informáticos, artículo 197 bis.

- Los delitos informáticos relativos a la propiedad intelectual e industrial a través de la nueva redacción del artículo 270.

- La producción, venta, distribución, exhibición, e incluso su posesión, por cualquier medio, de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o personas con discapacidad (art. 189).

- La inducción a la prostitución de menores por cualquier medio (art. 187).

- Las amenazas (arts. 169 y siguientes), así como las calumnias e injurias (arts. 205 y siguientes) efectuadas y difundidas a través de cualquier medio de comunicación.

- Los fraudes informáticos para cuya consecución se manipulen datos o programas (art. 248).

- El sabotaje informático, es decir, la alteración o destrucción de datos, documentos, software que se encuentran almacenados en sistemas o redes informáticas (art. 264).

- La posesión de software informático destinado a cometer delitos de falsedad, por ejemplo, falsificar contratos, el DNI, etc.

- Delito de descubrimiento y revelación de secretos a través del acceso y difusión sin consentimiento de sus respectivos titulares de datos registrados en ficheros o soportes informáticos (arts. 197 a 201).

Por otro lado, es importante tener en cuenta, a estos efectos, que el Gobierno ha aprobado en noviembre de 2021 el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para la transposición de directivas en materia de lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, así como el establecimiento de penas aplicable al abuso de mercado. El objeto de estas modificaciones es cumplir con los compromisos normativos adquiridos con la Unión Europea (UE), adaptar la

4 Berdugo Gómez de la Torre/Arroyo Zapatero y otros: *Curso de Derecho penal. Parte General*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016; Muñoz Conde, F./García Arán, M.: *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

regulación a las nuevas formas de delincuencia y contribuir a la armonización de los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados de la UE.

El nuevo anteproyecto transpone al ordenamiento jurídico español tres directivas comunitarias. La primera es la Directiva (UE) 2019/713 sobre lucha contra el fraude y falsificación de medios de pago distintos del efectivo. Esta Directiva tiene como objetivo luchar contra la ciberdelincuencia, especialmente la que se refiere al fraude digital, y sancionar el uso fraudulento de nuevos medios de pago, en concreto, aquellos que tienen carácter digital, cuyo uso se ha ido generalizando con el desarrollo de las nuevas tecnologías. Entre los nuevos medios de pago se incluyen el uso de las aplicaciones de pago a través del teléfono móvil o el uso de las monedas virtuales. Estos nuevos medios de pago ofrecen nuevas oportunidades para el fraude, lo que obliga a actualizar la regulación de algunos delitos, concretamente los que están relacionados con la estafa y las falsificaciones[5].

La transposición de la Directiva (UE) 2019/713 conlleva reformar, fundamentalmente, los artículos 248 y 399 bis del Código Penal para garantizar la seguridad de esta economía digital y el correcto uso de los medios de pago más actuales[6].

En lo relativo a los delitos informáticos[7], cabe destacar la modificación introducida en el artículo 264 C.P. que contempla el delito de daños informáticos,

5 La Directiva viene a ser un complemento y refuerzo, en la esfera digital, de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información, que fue objeto de transposición a nuestro ordenamiento mediante Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, al abordar un aspecto diferente de la ciberdelincuencia. En este caso, específicamente en los artículos 197 bis y ter, se trató de la tipificación de las interferencias en los sistemas de información (no de las transmisiones personales, que ya estaban tipificadas), así como la facilitación o la producción de programas informáticos o equipos específicamente diseñados o adaptados para la comisión de estos delitos, además de los supuestos de daños informáticos en los artículos 264 a 264 ter. Vid. La Exposición de Motivos, en su apartado III, del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifican la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para la transposición de directivas en materia de lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y abuso de mercado, y la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea.

6 Junto a la Directiva (UE) 2019/713 sobre lucha contra el fraude y falsificación de medios de pago distintos del efectivo, de la que acabamos de hablar por afectar directamente a la materia que estamos tratando, el nuevo Anteproyecto transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/57 (UE) sobre transparencia financiera, que tiene como objeto luchar contra la corrupción económica, especialmente contra las prácticas contrarias a la competencia. En este caso, para cumplir plenamente con lo establecido en la Directiva, es necesario realizar, principalmente, una reforma del art. 285 del Código Penal, con el objeto de equiparar las penas previstas de todos aquellos que hacen uso de la información privilegiada, con independencia de que ostenten un determinado cargo o ejerzan una determinada profesión. Finalmente, la tercera transposición es la de la Directiva (UE) 2019/884 respecto al intercambio de información de antecedentes penales de nacionales de terceros países.

7 El Convenio sobre la Ciberdelincuencia, celebrado en Budapest el 23 de noviembre de 2001, recoge en su artículo 1, conceptos básicos en el ámbito del delito informático. "A los efectos del presente Convenio:
a) Por «sistema informático» se entenderá todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, siempre que uno o varios de ellos permitan el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa;
b) por «datos informáticos» se entenderá cualquier representación de hechos, información o conceptos de una forma que permita el tratamiento informático, incluido un programa diseñado para que un sistema informático ejecute una función;

así como la incorporación a la norma penal del artículo 264 quater, con el fin de regular específicamente la pena en ese delito si el responsable es una persona jurídica[8].

En la comisión de esos delitos informáticos, los ciberdelincuentes se valen de diversas técnicas de estafa como el "phishing", "smishing" y "vishing", entre otras muchas, con el objetivo de robar el dinero de sus víctimas o acceder a la información que almacenan en sus dispositivos.

Así, tal y como señala la Sentencia de la Audiencia Nacional, 25 marzo 2020[9], "el "phishing bancario" es una modalidad de estafa que consiste en el envío de un enlace (aparentemente genuino, pero, en realidad, malicioso), normalmente de una entidad bancaria, al correo electrónico o al teléfono móvil, de manera que, cuando el receptor pincha sobre el mismo, cree estar en la página oficial por lo que, al poner las claves personales de acceso, las mismas son extraídas y utilizadas con posterioridad para realizar transferencias no consentidas. En realidad, se trata de un e-mail diseñado por el defraudador para engañar al cliente bancario y obtener, mediante esa solicitud de información, los datos necesarios para ingresar en su cuenta bancaria y transferir fondos"[10].

Con lo cual, el defraudador, denominado "phisher", suplanta la identidad del Banco para conseguir, mediante engaño, información confidencial del cliente bancario. Esta información puede consistir en las claves de acceso a las cuentas bancarias online, datos de la tarjeta de crédito, claves de firma bancaria, etc. que utiliza para sustraerle, antijurídicamente, su activo patrimonial[11].

---

c) por «proveedor de servicios» se entenderá:
i) Toda entidad pública o privada que ofrezca a los usuarios de sus servicios la posibilidad de comunicar por medio de un sistema informático, y
ii) cualquier otra entidad que procese o almacene datos informáticos para dicho servicio de comunicación o para los usuarios de ese servicio;
d) por «datos sobre el tráfico» se entenderá cualesquiera datos informáticos relativos a una comunicación por medio de un sistema informático, generados por un sistema informático como elemento de la cadena de comunicación, que indiquen el origen, destino, ruta, hora, fecha, tamaño y duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente".

8 Gutiérrez Mayo, E.: *Delitos informáticos. Análisis detallado de las conductas delictivas más comunes en el entorno informático*, (coord. por E. Gutiérrez Mayo), Colex, A Coruña, 2021, pp. 23-43.

9 SAN, 25 marzo 2020 (RAJ 2020, 1466).

10 Así mismo, la SAP de Madrid 24 enero 2018 (RAJ 2018, 513), expresa que el "phishing" por e-mail fraudulento, "se basa en el envío de correos electrónicos que, aparentando provenir de fuentes fiables, obtienen o intentan obtener datos confidenciales del usuario como sus claves bancarias, las que posteriormente se utilizan para la realización de la estafa, es decir: para acceder a su cuenta corriente y efectuar trasferencias de dinero dirigidas a un beneficiario, autor directo o colaborador necesario del fraude". Y, la SAP de Valladolid 21 junio 2010 (RAJ 2010, 263), explica su objetivo aclarando "que, mediante una manipulación informática, se efectúe una transferencia no consentida de activos en perjuicio de un tercero". Teniendo como particularidad que "en este caso, el acto de disposición patrimonial no se realiza por la víctima del engaño, sino por el propio autor, a través del sistema, por lo que la transferencia debe ser no consentida".

11 Como manifiesta la SAP de Madrid 2 junio 2020 (RAJ 2020, 4742), "La conducta de todos los acusados que resultaron condenados en la sentencia del Juzgado de lo Penal se enmarca en una técnica delictiva defraudatoria, consecuencia del desarrollo de las tecnologías y del manejo de la banca y del comercio electrónico, conocida con el nombre "phishing" y que consiste: o bien en el envío masivo a los usuarios

Cuando esto sucede, es importante saber quién debe asumir el riesgo de pérdida del dinero; cuáles son los instrumentos de defensa de que disponen los particulares en caso de ser víctimas, y cuál es la responsabilidad que asumen las entidades bancarias frente a este nuevo tipo de delito informático.

III. INSTRUMENTOS DE DEFENSA A DISPOSICIÓN DE LOS PARTICULARES.

Ante situaciones como la descrita, lo recomendable es acudir a la Policía Nacional para interponer la pertinente denuncia, así como ponernos en contacto con nuestra entidad bancaria para informar de lo ocurrido: que se han realizado pagos y/o transferencias desde nuestra cuenta sin autorización, pues el banco, como depositario de nuestro dinero tiene la obligación de contar con todas las medidas de seguridad para que esto no ocurra y, por tanto, reintegrarnos el dinero sustraído, siempre y cuando no haya existido culpa o negligencia por nuestra parte, extremo que deberá acreditar el Banco.

Para recuperar el dinero perdido por "phishing" se puede: a) iniciar un procedimiento penal mediante denuncia o querella contra el supuesto delincuente, b) o iniciar una reclamación civil contra la entidad financiera por incumplir sus obligaciones de vigilancia debida ("culpa in vigilando"), conforme a lo establecido en la normativa de servicios de pago.

En los supuestos en que la víctima no haya incurrido en negligencia grave en su obligación de preservar secretas sus credenciales, conforme establece el artículo 41 del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (en adelante, RDL 19/2018)[12], cabrá acción

de mensajes de correo electrónico, SMS (smishing) o llamadas telefónicas (vishing) en los que los autores, haciéndose pasar por empresas o fuentes fiables, especialmente por entidades bancarias, y alegando supuestas razones de seguridad, solicitan de tales usuarios las contraseñas o datos confidenciales necesarios para operar telemáticamente en las webs bancarias, o les solicitan que pinchen en algún enlace que les redirecciona a una página idéntica a la oficial de dichas entidades donde los usuarios introducen tales datos; o bien les introducen virus informáticos capaces de apoderarse de tales claves (pharming). En definitiva, por todas estas vías los autores de la defraudación o estafa informática consiguen conocer las contraseñas y claves secretas de acceso de los usuarios a sus cuentas corrientes, y, por lo tanto, acceder ellos mismos a las cuentas, suplantando la identidad de su titular, y ordenar transferencias de sus activos que luego tienen que ser redirigidos para evitar su seguimiento y localización". De lo que se desprende que, es posible distinguir tres fases en el delito de estafa por "phishing": una primera, de descubrimiento de las claves y contraseñas; una segunda, de acceso a las cuentas y la realización de transferencias de activos; y una tercera, que consiste en el apoderamiento efectivo de los activos y en el desarrollo de un sistema que impida su localización mediante plataformas que dificultan el rastreo del dinero.

12 Este Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, derogó la Ley 16/2009, e incorporó parcialmente a nuestro ordenamiento jurídico el marco europeo creado por la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/ CE, en sustitución de la del 2007, junto al Reglamento (UE) 2015/751 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015. Esta nueva norma, actualmente en vigor, asumió como principales objetivos facilitar y mejorar la seguridad en el uso de sistemas de pago a través de internet, reforzar el nivel de protección al usuario contra fraudes y abusos potenciales, respecto del previsto en la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, así como promover la innovación en los servicios de pago a través del móvil y de internet. En la misma línea de proteger al consumidor del servicio, exige

contra la entidad de servicios de pagos dada su responsabilidad cuasi-objetiva que establece el citado Real Decreto-ley. Esto significa que la responsabilidad se imputa de forma directa al banco con independencia de si la entidad ha incurrido en culpa o dolo, quedando exonerado únicamente en los casos de fuerza mayor o culpa exclusiva del perjudicado.

Concretamente, el artículo 45 del Real Decreto-ley 19/2018 establece lo siguiente:

"(…) en caso de que se ejecute una operación de pago no autorizada, el proveedor de servicios de pago del ordenante devolverá a éste el importe de la operación no autorizada de inmediato y, en cualquier caso, a más tardar al final del día hábil siguiente a aquel en el que haya observado o se le haya notificado la operación, salvo cuando el proveedor de servicios de pago del ordenante tenga motivos razonables para sospechar la existencia de fraude y comunique dichos motivos por escrito al Banco de España, en la forma y con el contenido y plazos que éste determine. En su caso, el proveedor de servicios de pago del ordenante restituirá la cuenta de pago en la cual se haya efectuado el adeudo al estado en el que se habría encontrado de no haberse efectuado la operación no autorizada".

Sin embargo, esa "inmediatez" que proclama la normativa en la devolución de las cantidades defraudadas, en la práctica, brilla por su ausencia, pues en la mayor parte de los casos los clientes han de esperar meses para poder recuperar lo defraudado, e incluso en muchos casos ven como su reclamación es rechazada totalmente al considerarse al titular de la tarjeta como único responsable, por incumplimiento de sus obligaciones de conservación y custodia del medio de pago y del número secreto.

Hablamos de asuntos que tendrán que dirimirse en la vía judicial, donde habrán de valorarse las circunstancias del caso en concreto. Y ello por cuanto tras esa negativa de la entidad bancaria, la vía del Banco de España difícilmente será de utilidad, pues cuando, de una u otra forma, el reclamante reconoce que permitió que un tercero accediese a sus claves, aunque inicialmente lo hiciera en la creencia de que ese tercero representaba al banco, el Banco de España no emitirá pronunciamiento alguno, remitiéndose a los Tribunales de Justicia.

En el supuesto de que la víctima hubiera actuado de forma negligente en la obligación que pesa sobre ella de preservar sus claves privadas, la entidad de servicios de pago queda exonerada de responsabilidad al quebrarse la relación

ahora sistemas de autenticación reforzada, y reproduce un sistema similar de responsabilidad a cargo del proveedor del servicio, que solo cede, en caso de actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o por negligencia grave; que lo será solo en caso de actuación fraudulenta, cuando el proveedor no ha establecido el sistema de autenticación reforzada.

de causalidad por culpa de la víctima (artículo 46.1.II del RDL 19/2018). Por tanto, en este último caso, únicamente podrá accionarse contra el delincuente en la vía penal.

El ejercicio de una acción u otra o, de ambas a la vez, dependerá de las circunstancias de cada caso. En este sentido, el art. 116.1 del Código Penal establece que "toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios". Al mismo tiempo, en su artículo 120. 3.º admite la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad bancaria al disponer que: "Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción". La responsabilidad civil subsidiaria a que hace referencia el artículo 120.3 del C.P. parte necesariamente del reconocimiento judicial de haberse cometido un delito generador de un daño, ya sea a título de dolo o de culpa. La sentencia penal incorporará un dictado de condena indemnizatoria a cargo del acusado, primer y directo responsable civil (art. 116 C.P.).

De esta forma, como ha manifestado de manera reiterada la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo con ocasión de aplicar el artículo 120.3 del C.P., no nos movemos aquí en el marco específico del derecho penal, sino precisamente en el del derecho civil resarcitorio de los perjuicios derivados de la infracción penal cometida. Se ejercita así una acción distinta, aunque acumulada al proceso penal por razones de utilidad y economía procesales, con la finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas; de modo que, las acciones civiles no pierden su naturaleza propia por el hecho de ejercitarse ante la jurisdicción penal. Y ello hasta el punto de llegar a una cuasi-objetivación basada en la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de la actividad que lo genera ("cuius commoda eius incommoda"). Teoría del riesgo que, aunque no permita hablar en sentido estricto de que en esta esfera impere un criterio de absoluta responsabilidad objetiva, sí puede decirse que prima o prevalece un criterio de "ponderado objetivismo"[13]. Lo que nos está poniendo de manifiesto que, las acciones civiles no pierden su naturaleza propia por el hecho de ejercitarse ante la jurisdicción penal. Ello da entrada a la analogía como criterio de interpretación, que si bien está vedado cuando se trata de normas penales, no ocurre lo mismo en relación a las de naturaleza civil.

13 Vid.: SSTS 4 abril 2010 (RAJ 2010, 108); 29 abril 2013 (RAJ 2013, 357); 11 febrero 2014 (RAJ 2014, 64); 18 noviembre 2015 (RAJ 2015, 778); 12 febrero 2020 (RAJ 2020, 49).

Sin embargo, en este tipo de delitos o fraudes digitales, la víctima va a encontrar notables dificultades para perseguir al delincuente y en muchos casos la identidad de éste nunca llega a averiguarse, razón por la cual, dada la dificultad de identificar al autor del delito de estafa bancaria y de poder resarcir el daño, la alternativa más viable y garantista es reclamar a la entidad bancaria la devolución de todas las cantidades apropiadas por parte del delincuente. El Banco es una entidad perfectamente identificable y solvente, consiguiendo mediante la oportuna reclamación una fórmula más directa para recuperar el dinero.

En ningún caso pueden emprenderse acciones legales de forma acumulada tanto frente al delincuente como frente al Banco, es decir, no podremos reclamar el reembolso de la cantidad defraudada al estafador, y a su vez solicitar la entrega de esa misma cantidad a la entidad bancaria.

Pero sí es posible perseguir la responsabilidad penal del estafador por vía penal, y reclamar a la vez la responsabilidad civil y entrega de importes a la entidad bancaria frente a los Juzgados de Primera Instancia.

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE LA ENTIDAD BANCARIA POR "PHISHING".

La responsabilidad civil puede definirse como la obligación de reparar los daños y/o perjuicios causados a una persona o grupo de personas. Dicho daño puede ser provocado:

A) por un incumplimiento contractual (responsabilidad contractual), como sucede en el caso que nos ocupa, la base de esta responsabilidad deriva del hecho de que las entidades bancarias, como depositarias y custodias del dinero de sus clientes, tienen que velar porque las transferencias se hagan correctamente y siempre autorizadas por los titulares (del mismo modo que hay una responsabilidad también de las entidades bancarias en los casos de pago de cheques falsos).

B) o por la ocurrencia de un hecho lesivo sin vínculo contractual previo (responsabilidad extracontractual). La obligación de repararlo abarca tanto la reparación "in natura" (colocando al perjudicado en la situación inmediatamente anterior al hecho lesivo) o por equivalente monetario, que generalmente se refiere al pago de una indemnización por daños y perjuicios[14].

Al mismo tiempo, el Código Civil en el artículo 1089, especifica que las obligaciones "nacen de la ley, de los contratos, y cuasicontratos, y de los actos y

14 Santos Briz, J.: *La responsabilidad civil. Temas actuales*. Montecorvo, Madrid, 2001; Reglero Campos, F.: "Los sistemas de responsabilidad civil", *Tratado de responsabilidad civil*, (coord. por F. REGLERO CAMPOS, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 247-300.

omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia"; en cuyo caso cabe distinguir, en esta última categoría, el acto u omisión ilícito penal y el ilícito civil que se regulan por normas distintas; este último en el art. 1902 del CC y, por el contrario, las acciones que nacen del ilícito penal se han de regir por el Código y las disposiciones especiales que regulan el derecho punitivo, de las que el CC será solo supletorio en virtud de lo dispuesto en el art. 1092 CC[15]. De lo que se deduce que "las resoluciones dictadas por los tribunales de lo penal, no producen la excepción de cosa juzgada en el orden civil". La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho del que la acción civil hubiere podido nacer[16].

Por otro lado, la (STS 19 junio 1984)[17] declara que, para que opere la responsabilidad contractual con exclusión de la aquiliana (extracontractual), "no basta con que haya un contrato (o una preexistente relación de otra naturaleza) entre las partes, sino que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso acaezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado", por lo que, es posible "la concurrencia de ambas clases de responsabilidad en yuxtaposición, "sin otro límite que la indemnidad del patrimonio económico"[18].

Si bien, la responsabilidad contractual y la extracontractual tienen su punto de arranque en la existencia o no de una relación negocial, con puntos de coincidencia comunes como son la producción de un daño o lesión[19], imputabilidad del mismo a un sujeto, y deber de indemnizar o resarcir; tienen sus diferencias en que mientras que la contractual nace como consecuencia del incumplimiento o infracción de los términos de un negocio, la extracontractual tiene su origen en un ilícito civil productor del daño, al margen o además de todo incumplimiento o infracción, todo lo cual determina que en ambas clases de culpa su finalidad sea reparadora, sin perjuicio de las específicas que puedan derivar del incumplimiento del contrato[20].

15 Pasquau Liaño, M.: "Art. 1902", *Comentarios al Código Civil*, (dir. R. Bergovitz Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

16 STS 25 noviembre 1974 (RAJ 1974, 261).

17 STS 19 junio 1984 (RAJ 1984, 3250).

18 STS 2 enero 1990 (RAJ 1990, 30). En igual sentido la STS 10 junio 1991 (RAJ 1991, 4434).

19 La delimitación de los daños contractuales, con claros precedentes en el derecho romano, es un criterio que se ha sostenido hasta los instrumentos europeos de unificación más modernos, entre los que cabe mencionar los Principios Europeos de Derecho de Contratos, art. 9:503; el Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo, DCFR, III. 3:703; en los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos, PLDC, art. 107. En el Common Law, también se indemnizan, como daños, por regla general, las pérdidas económicas derivadas del incumplimiento, con fundamento en la denominada confianza esencial. Vid. Martín Casals, M.: "Reflexiones sobre la elaboración de unos "Principios europeos de responsabilidad civil", Ponencia presentada en el 2º Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada, disponible en www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-7.pdf (fc: 01.09.2014).

20 Martín Casals, M.: "Art. 1902", *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo), *Lex Nova,* Valladolid, 2010, pp. 2046- 2055.

En este contexto, es importante señalar que, las acciones de reintegración del dinero sustraído ilícitamente contra las entidades financieras de servicios de pago, requieren la concurrencia simultanea de tres requisitos:

a) que la operación de pago no haya sido autorizada por la víctima. La existencia de una operación no autorizada se producirá siempre en los casos de "phishing", ya que, el usuario de los servicios de pago no es la persona que emite el consentimiento. En estos casos, el usuario cede las claves privadas inconscientemente al delincuente ante una apariencia errónea de profesionalidad de los medios telemáticos utilizados para que éstos, en contra de su voluntad, utilicen los instrumentos de pago.

b) la existencia de un daño, el cual se traduce en el montante total sustraído por los delincuentes del delito de "phishing".

c) que exista relación de causalidad entre la conducta (acción u omisión) y el daño producido. El legislador ha establecido una imputación de responsabilidad cuasi-objetiva a los proveedores de servicios de pago haciéndolos responsables siempre y cuando no quiebre la relación de causalidad por existencia de diligencia cualificada en las obligaciones del proveedor de servicios de pago o culpa de la víctima por negligencia grave o fraude. La diligencia cualificada en las operaciones no autorizadas consiste en la obligación de proporcionar al usuario mecanismos de seguridad acordes para garantizar la seguridad y privacidad de las credenciales privadas (artículo 42.1.a) del RDL 19/2018)[21].

La única posibilidad que existe para que quiebre la relación de causalidad por culpa de la víctima se contempla en el artículo 46 del Real Decreto-ley. Dicho artículo descarga la responsabilidad del proveedor de servicios de pagos cuando la víctima haya actuado con fraude o negligencia grave en sus obligaciones de conservar sus claves privadas derivadas de la obligación establecida en el artículo 41.b) del citado cuerpo legal.

Por tanto, salvo que se den las circunstancias anteriores, existen motivos suficientes para concluir la responsabilidad civil que en este caso incumbe a la

21 Así queda expresado en la STS 12 febrero 2020 (RAJ 2020, 49), en ella el Alto Tribunal recoge los motivos por los cuales la entidad financiera es responsable civil subsidiaria. Considera que, "la actividad propuesta por la entidad bancaria a sus clientes mediante la operativa online presenta algunos riesgos derivados de la posibilidad de suplantación de la identidad de quien contrata con la entidad para la realización de operaciones sin la autorización del auténtico contratante". Al mismo tiempo, reconoce que "excluyendo actuaciones dolosas o gravemente negligentes por parte de los clientes, la entidad bancaria es responsable de ofrecer y poner en práctica un sistema seguro, de manera que las consecuencias negativas de los fallos en el mismo no deberán ser trasladados al cliente. Todo ello con independencia de la determinación de quien sea el auténtico perjudicado en estos casos, en atención a la correcta interpretación de los preceptos que regulan esta clase de depósitos». Doctrina plenamente aplicable al supuesto que ahora nos ocupa. Los deberes de seguridad que los bancos deben observar para llegar a consolidar un espacio seguro de actuación, han tenido su reflejo legal armonizando nuestro ordenamiento interno con la normativa europea sobre la materia.

entidad bancaria, a partir del deber objetivo de cuidado que la normativa específica impone a las mismas, como proveedoras de servicios de pago, descartando causas de exclusión de su responsabilidad[22].

La ventaja que tiene la víctima es que, es el proveedor de servicios de pago quien deberá demostrar que el titular de las cuentas y tarjetas de servicios de pagos ha actuado con negligencia o fraude (art. 44.1 y 3 del RDL 19/2018). Por tanto, existe una presunción "iuris tantum" de que la víctima ha cumplido con sus obligaciones legales de mantenimiento de las credenciales, salvo que el proveedor de los servicios de pago demuestre lo contrario.

De esta forma, cuando un usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada o alegue que ésta se ejecutó de manera incorrecta, corresponderá al proveedor de servicios de pago demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico u otra deficiencia del servicio prestado por el proveedor de servicios de pago. Y, será el Banco quien tenga que probar que el usuario del servicio de pago cometió fraude o negligencia grave.

Por otro lado señalar que, si bien es cierto que los servicios que ofrecen las entidades bancarias se presumen seguros y confiables, sin embargo, actos de esta naturaleza está poniendo de manifiesto la ineficacia de los servicios informáticos de estas entidades a la hora de evitar actos fraudulentos, en el sentido de permitir o de rechazar movimientos dinerarios a requerimiento de clientes (reales o aparentes), lo que invita a reflexionar sobre el deber de diligencia que pesa sobre las mismas[23].

Ese deber de diligencia "conecta tanto con la confianza del cliente en la adecuada defensa de sus intereses y derechos, como en el hecho de que la ejecución de las operaciones suele quedar encomendada a la entidad en la mayor parte de las ocasiones. De ahí que, cualquier anomalía que determine un perjuicio para el consumidor motivado por un mal funcionamiento del sistema determinará una responsabilidad propia de la entidad emisora, sin que deba admitirse la limitación o exoneración de esa responsabilidad por la vía de las condiciones generales aplicables"[24].

22 STS 12 febrero 2020 (RAJ 2020, 49), Ponente: Excma. Sra. D.ª Ana María Ferrer García: https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/66911d9858041ff4/20200217

23 Sánchez-Calero Guilarte, J.: "Tarjeta de crédito y tutela del consumidor", *Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar, Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* 2005, núm. 98, pp. 83-120; Gómez Mendoza, M.: "Cancelación de una tarjeta de crédito sin justa causa", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* núm. 57, 1995, p. 16.

24 Nieto Carol, U.: "Contratación bancaria y condiciones generales", en AA.VV.: *Contratos bancarios y parabancarios*, Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 204 y ss.; Montés Rodríguez, M.P.: "Las condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios", *Estudios sobre jurisprudencia*

Cuando una entidad bancaria presta un servicio de banca online tiene la obligación de dotarse de las medidas suficientes que garanticen al usuario la seguridad de las operaciones. Por este motivo, si hay una omisión, insuficiencia o funcionamiento defectuoso de estas medidas, tienen que ser las propias entidades bancarias las que asuman las consecuencias derivadas del fallo del sistema de seguridad. Teniendo en cuenta que, los sistemas de verificación de autenticidad de las operaciones se diseñan y se establecen por parte de las entidades bancarias, si un banco no ha sido capaz de limitar el acceso de los delincuentes a su sistema no puede pretender trasladar la responsabilidad a la propia víctima[25].

Por tanto, la jurisprudencia confirma que es la entidad bancaria quien tiene la obligación de facilitar un sistema de banca telemática segura, y no son sus clientes-usuarios los que deben prevenir ni averiguar las modalidades de riesgos que el sistema conlleva.

Si bien es cierto que, en la práctica, cuando el usuario denuncia que ha sido víctima del "phishing", la estrategia habitual que utilizan los Bancos consiste en imputar negligencia a la propia víctima, por haberse dejado engañar y haber facilitado a los hackers los códigos de seguridad que han permitido las transferencias no consentidas, tratando así de disuadir a las víctimas de exigir la responsabilidad de la entidad bancaria y hacerlos creer que el único camino que tienen para recuperar su dinero es la incierta vía de un proceso penal, con el fin de que los delincuentes devuelvan el dinero; sin embargo, como hemos apuntado anteriormente, esto no es así, ya que, es posible por la vía civil reclamar el importe de las cantidades sustraídas, por el sistema del "phishing", a las entidades bancarias.

bancaria, (coord. por R. Marimón Durá, F. González Castilla), (dir. R. Ballarín Hernández y V. Cuñat Edo), Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 73-138.

25 Nuestros tribunales entienden que las entidades bancarias tienen la obligación de garantizar la seguridad de sus clientes y, por tanto, responden por los defectos de sus propios sistemas de autenticación. Por ejemplo, la AP de Valencia en su Sentencia 26 noviembre 2014 (RAJ 2014, 25), señala que: "Estimadas como no autorizadas las operaciones bancarias descritas, habrá de estarse a lo que establece el siguiente artículo 31 de la LSP (hoy artículo 45 de la Ley 19/2018) (…) por lo que, en tal perspectiva, y teniendo en cuenta las irregularidades apreciadas, es pertinente apreciar que la entidad bancaria no desplegó toda la diligencia exigible al buen comerciante en el sector del tráfico de que se trata". Y confirma la AP de Alicante en su Sentencia 12 marzo 2018, aclarando que: 1.º) El proveedor de los servicios de pago (la Entidad Bancaria) "debe implementar las medidas necesarias para asegurar la autenticación e identidad del ordenante a la hora de prestar su consentimiento. Por ello y para su ejecución, el banco debe comprobar en todo caso la autenticidad de la orden"; 2.º) "La falsedad de la transferencia (es decir, que el ordenante no sea el titular de la cuenta) es un riesgo a cargo del banco porque, en principio, el deudor sólo se libera pagando al verdadero acreedor por lo que, si el banco cumple una orden falsa, habrá de reintegrar en la cuenta correspondiente las cantidades cargadas". 3.º) "La responsabilidad en estos supuestos no puede atribuirse directamente al supuesto ordenante de la transferencia por entenderse ésta autorizada al haberse realizado de acuerdo con los sistemas de autenticación del banco. Los sistemas de autenticación se establecen por los proveedores de servicios de pago y si un banco no ha sido capaz de limitar el acceso al canal de banca electrónica no puede pretender que el presunto ordenante víctima de esta práctica fraudulenta sea el único responsable, pues es el banco quien tiene responsabilidad respecto del buen funcionamiento y la seguridad del mismo". 4.º) "Las medidas de seguridad no solamente están destinadas a proteger la seguridad de las órdenes de pago emitidas por los clientes, sino que su eficacia exonera a las entidades de crédito de su responsabilidad frente a las órdenes de pago no emitidas por sus clientes de tal forma que el incumplimiento de este específico deber de vigilancia da lugar a una responsabilidad por "culpa invigilando" o responsabilidad objetiva por el mal funcionamiento de los servicios de banca electrónica".

Por tanto, si un banco cumple una orden de transferencia falsa (ordenada por el delincuente informático), tiene que reintegrar el importe de esta transferencia al cliente-víctima[26].

La excepción la encontraríamos en aquellos supuestos de negligencia real del usuario, muy difícil de demostrar por parte del banco. En un procedimiento civil, la carga de la prueba, es decir, quien tiene que demostrar que el cliente no ha sido diligente es el propio Banco que ha creado el riesgo y ha permitido la vulnerabilidad de su sistema de seguridad. Si el banco no es capaz de demostrar esta hipotética falta de responsabilidad del usuario será condenado a devolver las cantidades estafadas[27].

De todo lo expuesto, cabe colegir que, la jurisprudencia es unánime a la hora de considerar que el Banco debe restituir las cantidades antijurídicamente sustraídas por un tercero, en tanto que, como depositaria de los fondos tiene la obligación legal de conservar y devolver el dinero depositado[28]. Por tanto, las entidades bancarias serán responsables frente a sus clientes cuando hubiesen sido víctimas por "phishing", consiguiendo así, mediante la oportuna reclamación, una fórmula más directa para recuperar el dinero.

Únicamente se les podrá exonerar de dicha obligación cuando pudieran acreditar que el cliente ha actuado fraudulentamente o con negligencia grave a la hora de proteger sus datos personales y confidenciales, no pudiéndose considerar como negligencia o culpa haber caído en el fraude de un correo o página web aparentemente verídicos.

No obstante, según lo dispuesto en el artículo 43 del RDL 19/2018, de forma previa a la reclamación, la víctima del engaño deberá poner en conocimiento del Banco que se ha realizado una operación de pago no autorizada o ejecutada

26 Tanto la normativa europea (Directiva 2015/2366 de servicios de pago) como la estatal (Real-Decreto Ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago) hacen responsables a las entidades bancarias en caso de "phishing".

27 La cuestión que en ocasiones se ha planteado al respecto es si el Banco podría exonerarse de toda responsabilidad en estos casos, estableciendo en los contratos de servicios bancarios online alguna cláusula de exoneración de responsabilidad por uso fraudulento de las claves y contraseñas del cliente. Respuesta que ha de ser forzosamente negativa si tenemos en cuenta que las cláusulas de exoneración de responsabilidad fueron consideradas abusivas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la sentencia 16 diciembre 2009, con el argumento principal de que son las entidades de crédito las que deben ser diligentes para detectar los usos indebidos de las claves de los clientes de conformidad a la experiencia y medios técnicos disponibles. Como con claridad expresaba la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Castellón de fecha 25 junio 2008 (FJ 6), con apoyo en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13, 11 febrero 2005, argumentando que "no es dado imponer al consumidor la renuncia indiscriminada al derecho que le pueda asistir para reclamar frente a la entidad que le proporciona los medios técnicos necesarios para una mejor o más cómoda prestación de sus servicios, en aquellos supuestos en los que, no mereciendo la consideración de caso fortuito o fuerza mayor, así como los efectivamente imputables a la entidad bancaria, le ocasionen daños y/o perjuicios".

28 Entre otras, vid.: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Redondela (Pontevedra) 25 enero 2022; SAP de Pontevedra 21 diciembre 2021 (RAJ 2021, 539); SAP de Madrid, 28 febrero 2022 (RAJ 2022, 74); STS 12 febrero 2020 (RAJ 2020, 49) y, STS 30 marzo 2022 (RAJ 2022, 4883).

incorrectamente. Se entenderá que dicha comunicación se realizó de manera diligente siempre y cuando se efectuase en el plazo de trece meses desde la fecha del acto delictivo[29].

A estos efectos, el RDL 19/2018, establece una responsabilidad de la entidad bancaria "cuasi objetiva" cuando la víctima no haya dado autorización real a la transferencia del dinero. Como ya hemos señalado, la existencia de una operación no autorizada se producirá siempre en los casos de "phishing", pues el usuario de los servicios de pago no es la persona que emite el consentimiento. El usuario cede las claves privadas inconscientemente al delincuente ante una apariencia errónea de profesionalidad de los medios telemáticos utilizados para que éstos, en contra de su voluntad, utilicen los instrumentos de pago.

Esto significa que, la responsabilidad se imputa de forma directa al banco con independencia de si la entidad ha incurrido en culpa o dolo, quedando exonerado únicamente en los casos de fuerza mayor o culpa exclusiva del perjudicado. Es posible, por tanto, reclamar al Banco la devolución de todos los importes sustraídos por el estafador, más los intereses devengados.

Lo que nos está poniendo de manifiesto que la entidad bancaria depositaria de los fondos afectados tiene la obligación legal de devolver a la víctima la cantidad total que se le ha sustraído mediante las operaciones no autorizadas, salvo que expresamente acrediten que el usuario del servicio de pago cometió fraude o negligencia grave (art. art. 44.3 Ley Servicios de Pago).

Con fundamento en el precepto citado, se pronuncia el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Redondela (Pontevedra), en su Sentencia 25 enero 2022, en la cual se condena a la entidad BBVA a reintegrar al perjudicado la cantidad

29 Es importante recordar que, el 5 de abril de 2022, el Consejo de Ministros ha aprobado el anteproyecto de Ley de creación de la Autoridad Independiente de Defensa del Cliente Financiero (ADCF), que complementa el sistema de resolución de conflictos entre clientes y entidades financieras, actualmente articulado en tres niveles: los servicios de atención al cliente; los servicios de reclamaciones de los organismos supervisores; y los órganos judiciales. Este anteproyecto busca reforzar e impulsar el sistema de resolución extrajudicial de reclamaciones entre las entidades y los clientes de productos bancarios, valores y seguros, además de impulsar la educación e inclusión financiera, especialmente de colectivos vulnerables y personas mayores que deseen presentar reclamaciones. Uno de los requisitos que el anteproyecto contempla para la admisión y tramitación de las reclamaciones ante la Autoridad es la acreditación de la presentación previa ante el servicio de atención al cliente de la entidad financiera contra la que se pretenda reclamar. En consecuencia, cuando la reclamación ante el servicio de atención al cliente hubiese sido inadmitida, desestimada total o parcialmente, éste podrá presentar dicha reclamación ante la Autoridad. También podrá interponer el requerimiento cuando hubiese transcurrido el plazo de un mes desde la fecha de su presentación sin que haya sido resuelta. Cuando esta reclamación verse sobre servicios de pago, el plazo para interponer reclamación ante la Autoridad será de quince días hábiles. La carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas de conducta y en las buenas prácticas recaerá sobre la entidad financiera quien deberá aportar a la Autoridad la documentación precontractual y contractual relacionada con el servicio financiero objeto de reclamación. Estas reclamaciones podrán presentarse contra todas las entidades financieras que estén sujetas a la supervisión del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) o la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSFP) y entidades análogas, incluyendo las procedentes tanto de otro Estado Miembro de la Unión Europea como de un tercer país, que operen en España ejerciendo la libertad de establecimiento.

defraudada mediante la técnica de suplantación de identidad. El elemento fáctico determinante para la condena en este caso a BBVA fue la imposibilidad de ésta de demostrar que la operación fraudulenta se hubiera realizado desde la dirección IP habitual del cliente pues, tal y como se afirma en la Sentencia, "la entidad bancaria debe tener un gran nivel de diligencia y cuidado cuando la transacción se produce desde una IP (representación numérica del punto de Internet donde está conectado un dispositivo) que no es la que corresponde al cliente habitualmente, ya que, esta circunstancia es una clara señal para que salten las alarmas de la entidad bancaria antes de aceptar el movimiento bancario".

El Juzgador se basa para dictar su resolución en la dicción literal del art. 44 de la Ley de Servicios de Pago que impone una inversión legal de la carga de la prueba, debiendo ser la entidad bancaria quien demuestre "que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico u otra deficiencia del servicio prestado por el proveedor de servicios de pago". Asimismo, el perjudicado aportó a la causa los pantallazos de los mensajes fraudulentos recibidos, quedando acreditado que la página que le solicitaba las claves bancarias era exactamente igual a la página oficial de esta entidad bancaria, desmintiendo con ello cualquier atisbo de negligencia por el particular[30].

En similares términos se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Pontevedra en su Sentencia 21 diciembre 2021, por la que se revoca la Sentencia dictada en primera instancia y se condena a ABANCA a reintegrar a la víctima de un delito de "phishing" las cantidades sustraídas pues, según se afirma, el banco no habría conseguido acreditar el cumplimiento de las obligaciones de diligencia exigibles tanto para la autentificación de las operaciones de pago como para disponer de la tecnología "antiphishing" precisa para detectar las páginas clonadas de las oficiales propias y cerrarlas o eliminarlas. Correlativamente, aprecia el tribunal que no puede atribuirse negligencia al usuario que introduce sus claves de acceso en una página idéntica a la oficial de la entidad bancaria, ni siquiera cuando el mensaje contenga pequeños indicadores de su origen fraudulento tales como faltas de ortografía o falta de concreción de la operación auténtica a la que supuestamente se refiere, pues según afirma el tribunal, con acierto: "En el phishing se usan técnicas de ingeniería social para ganarse la confianza del usuario del instrumento de pago

30 Igualmente, la AP de Madrid, en su Sentencia 28 febrero 2022 (RAJ 2022, 74), se ha pronunciado, condenando a BBVA al amparo de la Ley de Servicios de Pago a restituir a una sociedad mercantil las cantidades defraudadas por la vía del conocido como "fraude del CEO" que, según se afirma por el tribunal, consiste en un tipo de fraude que mezcla técnicas de ingeniería social y "phishing" para conseguir que un trabajador o empleado con acceso a las claves bancarias de la empresa (normalmente, de pequeñas dimensiones y con relación cercana entre los empleados) crea que su jefe o superior le ha pedido hacer una transferencia, envío de dinero o pago de algún tipo o, en su caso, que le ha pedido los datos bancarios de la empresa. Se afirma en este caso por la Audiencia Provincial que, atendida la naturaleza cuasi objetiva de la responsabilidad impuesta por la Ley de Servicios de Pago, únicamente la prueba de una "culpa grave" del ordenante podrá exonerar al banco de su obligación de restituir las cantidades defraudadas.

y aprovecharse de los sesgos cognitivos en la toma de decisiones, lo que, en el caso se habría concretado en la simulación del envío a nombre de una entidad de confianza para la usuaria (Correos y Telégrafos), y en el aprovechamiento del sesgo de confirmación por el cual se tiende a favorecer la información que confirma las opiniones que ya se tenían o que resulta consistente con los hechos ya conocidos".

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, cabe concluir que, la normativa sobre servicios de pago configura un sistema de responsabilidad de las entidades bancarias cuasi objetiva, con inversión de la carga probatoria. Razón por la cual, se presume, "ex lege", la falta de autorización si el cliente lo niega. Es la entidad financiera la que debe probar que el cliente ha actuado de forma fraudulenta o con negligencia grave o, por otro lado, que el cliente no comunique a la entidad el pago no autorizado en cuanto tenga conocimiento del mismo.

En esta línea argumental, la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid se ha pronunciado sobre esta cuestión en la Sentencia 08 abril 2022[31], desestimando el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander, S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Alcorcón de fecha 11 noviembre 2021. En esta resolución recurrida, el órgano judicial declaró que la entidad bancaria incumplió los deberes contractuales para con su cliente, con fundamento en los artículos 41, 44, 45 y 46 del RDL 19/2018 y, por ello, condenó a la entidad Banco Santander, S.A. a la devolución de la cantidad de 5.826,73 euros, más intereses desde la reclamación extrajudicial de dicha cantidad por parte del actor. Esta regulación conlleva que la responsabilidad se imputa de forma directa a la entidad, con independencia de si la misma ha incurrido en culpa o dolo, quedando exonerada solamente en los dos supuestos señalados anteriormente: cuando la entidad pruebe que el cliente ha actuado de manera fraudulenta o con negligencia grave o cuando el cliente no comunique a la entidad el pago no autorizado en cuanto se tenga conocimiento del mismo. A tenor de lo expuesto, la actuación de la entidad demandada ha vulnerado las buenas prácticas y usos financieros, y por falta de prueba, el Tribunal descarta que el demandante incurriera en culpa grave en el uso de su tarjeta bancaria provocando el fraude.

31 SAP de Madrid 8 abril 2022 (RAJ 2022, 199).

BIBLIOGRAFÍA

Barbero Bajo, J.: "Phishing y otros delitos informáticos: el uso ilícito de Internet", *Revista Lex Nova*, 2008, núm. 53, pp. 6-10.

Berdugo Gómez de La Torre/ Arroyo Torre/Arroyo Zapatero y Otros: *Curso de Derecho penal. Parte General*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016.

Fernandez De Araoz Gomez-Acerbo, A.: "Repensar la protección del inversor: bases para un nuevo régimen de la contratación inmobiliaria", *Diario La Ley*, 2015, núm. 8549.

Fernandez De Araoz Gomez-Acerbo, A.: "El "private enforcement" en la protección del inversor minorista: de la aplicación de la doctrina del error vicio en la contratación de productos financieros a una acción de daños específica", *Revista de Derecho Mercantil*, 2020, núm. 315.

Gómez Mendoza, M.: "Cancelación de una tarjeta de crédito sin justa causa", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* 1995, núm. 57, p. 16.

Gutiérrez Mayo, E.: *Delitos informáticos. Análisis detallado de las conductas delictivas más comunes en el entorno informático*, (coord. por E. Gutiérrez Mayo), Colex, A Coruña, 2021, pp. 23-43.

Martínez Casals, M.: "Art. 1902", *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 2046- 2055.

Martín Casals, M.: - "Reflexiones sobre la elaboración de unos "Principios europeos de responsabilidad civil", Ponencia presentada en el 2º Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada, disponible en www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-7.pdf (fc: 01.09.2014).

Montés Rodriguez, M.P.: "Las condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios", *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, (coord. por R. Marimón Durá, F. González Castilla); (dir. R. Ballarín Hernández y V. Cuñat Edo), Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 73-138.

Muñoz Conde, F./García Arán, M.: *Derecho penal. Parte General.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Nieto Carol, U.: "Contratación bancaria y condiciones generales", en AA.VV.: *Contratos bancarios y parabancarios*, Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 204 y ss.

Pasquau Liaño, M.: "Art. 1902", *Comentarios al Código Civil*, (dir. R. Bergovitz Rodríguez Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Reglero Campos, F.: "Los sistemas de responsabilidad civil", *Tratado de responsabilidad civil*, (coord. F. Reglero Campos), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 247-300.

Santos Britz, J.: *La responsabilidad civil. Temas actuales*. Montecorvo, Madrid, 2001.

Sanchez-Calero Guilarte, J.: "Tarjeta de crédito y tutela del consumidor", *Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar, Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* 2005, núm.98, pp. 83-120.

LA RESPONSABILITÁ PROFESSIONALE DEL NOTAIO OLTRE I CONFINI DEL CONTRATTO

THE NOTARY'S PROFESSIONAL LIABILITY BEYOND THE BOUNDARIES OF THE CONTRACT

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1810-1829

Giuliano
MATTACE

ARTICOLO CONSEGNATO: 13 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il notaio ben può, con un comportamento non tollerato dall'ordinamento giuridico, arrecare un danno ai suoi clienti e a terzi soggetti nell'esercizio della sua attività professionale. Tutto ciò premesso, sotto il vigore del vecchio codice civile del 1865, si sosteneva la non possibile configurabilità dell'attività notarile all'interno del modello contrattuale ogni volta in cui riguardava lo svolgimento di una funzione pubblica. Solo successivamente si è giunti alla tesi della natura contrattuale della responsabilità del notaio. Occorre aggiungere che quello della responsabilità dei professionisti intellettuali è, nel panorama del diritto civile, un tema classico: esso si pone come una singolare situazione tra diritto privato, diritto pubblico e regole di autodisciplina personale di volta in volta previste.

PAROLE CHIAVE: Responsabilità civile; Notaio; diligenza professionale; contratto d'opera professionale.

ABSTRACT: *The notary may well, by conduct not tolerated by the legal system, cause damage to his clients and third parties in the performance of his professional activity. This being said, under the old Civil Code of 1865, it was argued that the notary's activity could not be configured within the contractual model whenever it concerned the performance of a public function. It was only later that the thesis of the contractual nature of the notary's liability was arrived at. It is only appropriate to add that the liability of intellectual professionals is a classic theme in civil law. It arises as a singular situation between private law, public law and the rules of personal self-discipline provided for from time to time. That is why a subject of such complexity deserves to be prudently examined.*

KEY WORDS: *Civil responsibility; Notary; Professional diligence; Professional work contract.*

SOMMARIO.- I. INQUADRAMENTO DELLA PROBLEMATICA. - II. CONTRATTI DI TRASFERIMENTO IMMOBILIARE E RESPONSABILITA' DEL NOTAIO. – III. DOVERI PROFESSIONALI DEL NOTAIO E OBBLIGO RISARCITORIO. – IV. LA RESPONSABILITA' CIVILE DEL NOTAIO PER TARDIVA TRASCRIZIONE DI UN ATTO ALLA LUCE DELLA NUOVA DISCIPLINA DEPOSITO-PREZZO. – V. L'INFORMAZIONE DELL'ACQUIRENTE: RUOLO E RESPONSABILITA' DEL NOTAIO. - VI CONCLUSIONI.

I. INQUADRAMENTO DELLA PROBLEMATICA.

Il notaio[1] ben può, con un comportamento non tollerato dall'ordinamento giuridico, arrecare un danno alle parti (sue clienti) e a terzi soggetti nell'esercizio della sua attività professionale[2].

Tutto ciò premesso, sotto il vigore del vecchio codice civile del 1865, si sosteneva la non possibile configurabilità dell'attività notarile all'interno del modello contrattuale ogni volta in cui riguardava lo svolgimento di una funzione pubblica.

Solo successivamente si è giunti alla possibilità di configurare la natura contrattuale della responsabilità del notaio[3].

E' appena il caso di aggiungere che quello della responsabilità dei professionisti intellettuali è, nel panorama del diritto civile, un tema classico[4].

1 Nell'Art. 1 del Codice Europeo di Deontologia Notarile si legge che: "il notaio è un pubblico ufficiale delegato dall'autorità dello Stato ad attribuire agli atti di cui è autore il carattere di autenticità, assicurandone al contempo la conservazione, l'efficacia probatoria e la forza esecutiva. Al fine di garantire alla propria attività la necessaria indipendenza, il notaio la esercita nell'ambito di. una libera professione che comprende tutte le attività giuridiche non contenziose. Il suo intervento, tanto per la consulenza che fornisce in modo imparziale ma attivo alle parti, come per la redazione del documento autentico che ne è il risultato, conferisce all'utente del diritto la sicurezza giuridica che questi ricerca. Sicurezza che è tanto meglio garantita in quanto il notaio è un giurista di alta qualificazione universitaria che accede alla sua professione a seguito di un concorso pubblico nazionale, e che la svolge secondo rigorose norme disciplinari, sotto il permanente controllo dell'autorità pubblica e grazie ad una dislocazione geografica che permette di ricorrere ai suoi servizi nell'intero territorio nazionale. Infine, l'intervento del notaio, che prevede possibili liti, costituisce un elemento indispensabile per una buona amministrazione della giustizia".

2 Ponzanelli, V.: "Responsabilità civile del professionista", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 519 ss.

3 Per un inquadramento generale sulla responsabilità civile del notaio si veda il recente lavoro di Andrini, M. C.: "Scienza e responsabilità nella vita del notaio. Parte prima-La responsabilità professionale del Notaio", Vita notarile, 2021, fasc. 1, p. 5 ss.

4 Perlingieri, P.: *Il ruolo del notaio nella formazione del regolamento contrattuale*, Jovene, Napoli, 1976, p. 2 ss.; l'autore sottolinea come: "Il ruolo del notaio, come quello di ogni operatore del diritto, ha una sua rilevanza anche storica e va studiato nel contesto sociale di cui è parte. Come ogni operatore del diritto, come ogni giurista, il notaio è non soltanto interprete ma anche soggetto che deve operare secondo legge. L'affermazione rientra in una concezione, positivistica storica, che soprattutto la categoria dei notai ha sempre difeso.
Attualmente il regolamento contrattuale va sottoposto, oltre che al giudizio di liceità richiesto dalla legge, anche ad un giudizio di meritevolezza. In questa prospettiva il notaio non è soltanto un esecutore, un traduttore della volontà delle parti ma è anche un soggetto che esprime un giudizio di meritevolezza sull'atto vincolante per il successivo comportamento: ricevere o no l'atto. In questo la funzione notarile

• Giuliano Mattace
Dottorando di ricerca di Diritto dei consumi, Universidad de Salamanca e Università di Perugia
giulianomattace@gmail.com

Nel caso del notaio questo si pone in una singolare situazione tra diritto privato, diritto pubblico e regole di autodisciplina personale di volta in volta previste[5].

Motivo per il quale una tematica di tale complessità merita di essere prudentemente esaminata.

Più nello specifico bisogna rilevare come la responsabilità civile del notaio sia di tipo esclusivamente contrattuale nei confronti delle parti e di tipo esclusivamente extracontrattuale nei confronti dei terzi.

La responsabilità del notaio nei confronti delle parti, secondo la giurisprudenza dominante, si inquadra perfettamente in quella di tipo contrattuale per colpa[6] o dolo.

Ciò significa che la fonte dell'obbligo prestazionale che sorge per il notaio verso le parti sue clienti è rinvenibile nel contratto con esse stipulato, il quale pone il cliente nella condizione di godere dell'aspettativa di ricevere dal notaio una completa assistenza per quanto attiene al negozio giuridico che desiderano compiere.

In altri termini la prestazione notarile è tipicamente di mezzi e mai di risultato, ma, una volta indagata la volontà delle parti, il notaio deve predisporre e impegnare i mezzi di cui dispone in vista del conseguimento, nel rispetto dei limiti posti dall'ordinamento, del risultato da loro voluto.

Inoltre, la sua attività non può di certo ridursi ad una passiva registrazione delle dichiarazioni delle parti, ma deve estendersi a tutte quelle attività preparatorie che, se adeguatamente poste in essere, evitano il prodursi di rischi concreti per le parti.

Infatti, *ex* art. 28 l. n., il notaio è tenuto ad assicurarsi personalmente circa l'esistenza di tutte le condizioni atte a garantire ai contraenti l'esatta produzione di tutti gli effetti giuridici che essi desiderano conseguire con il negozio stesso[7].

Riferendosi ad esempio, alla circolazione immobiliare,[8] quando al notaio è richiesto di svolgere la sua attività al fine di un trasferimento immobiliare egli ha

travalica di molto quella di un libero professionista, perché si identifica con una funzione di controllo dell'attività privata; ciò è però possibile nella misura in cui il notaio riesce a realizzare la terzietà".

5 Palazzo, M.: "Profili costituzionali della funzione notarile", *Notariato*, III, 2022, p. 213 ss.

6 Amendolagine, V.: "L'accertamento della colpa professionale del notaio nei confronti dell'acquirente di bene immobile per violazione degli obblighi di informazione", *Giur. merito*, 2005, p. 2564 ss.

7 Petrelli, G.: "Atti espressamente proibiti dalla legge e orientamenti giurisprudenziali e dottrinali", *Riv. not.*, 1997, p. 1228 ss.

8 Per quanto riguarda la tematica della circolazione degli immobili in corso di costruzione si rinvia alla ampia produzione scientifica di Mezzasoma, L.: *Il "consumatore" acquirente di immobili da costruire fra diritto al*

l'obbligo di procedere preventivamente e senza l'obbligo di un incarico specifico alle visure catastali ed ipotecarie allo scopo di individuare il bene oggetto della pattuizione giudiziale e di verificarne la disponibilità.

Se a seguito delle risultanze delle ricerche così condotte risulta che il bene di cui trattasi è ipotecato, pignorato o sottoposto a vincoli giuridici di sorta, il notaio deve prontamente informare la parte acquirente per renderla debitamente edotta sul punto, in ragione della asimmetria informativa circa lo stato effettivo della *res*.

Fondamentale è soprattutto l'indagine sulla colpa.

Qui la valutazione del comportamento del notaio, ad onta anche dell'investitura di pubblico ufficiale, della quale egli ha si gli onori ma anche gli oneri, deve essere condotta, non solo in base alle disposizioni del codice civile e della legislazione di riferimento in tema di prestazioni di opera intellettuale, ma anche e soprattutto in base alle norme previste dell'ordinamento del notariato[9].

Concretamente si tende a risolvere il problema della responsabilità civile ricorrendo alle figure speciali e solo in un secondo momento si ricorre alla colpa alla stregua di un criterio finale di imputazione per tutti i danni ingiusti derivanti da fatti che non trovano la loro disciplina in una fattispecie legale tipica della responsabilità[10].

Di tal che, l'apprezzamento del giudice sulla sussistenza della colpa si risolve in un giudizio di fatto insindacabile in sede di legittimità.

Peraltro, posto che *ex* art. 43 c.p. la colpa professionale può consistere anche nell'imperizia, seguendo il formante giurisprudenziale, possiamo affermare che essa corrisponde senz'altro alla situazione in cui un professionista agisce pur sapendo di non esser capace ad operare.

Naturalmente costituisce imperizia anche la mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti all'esercizio della professione.

La responsabilità del professionista per i danni causati nell'esercizio del suo lavoro postula la violazione dei doveri ad esso inerenti, tra i quali quello della diligenza che, a sua volta, va valutato con riguardo alla natura dell'attività concretamente realizzata.

risparmio e *diritto all'abitazione*, Esi, Napoli, 2008, *passim*; Id: "La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: i recenti interventi legislativi e giurisprudenziali", *Corriere giuridico*, 2019, p. 113 ss.

9 Per una panoramica generale v. Genghini, L.: *La forma degli atti notarili*, Cedam, Padova, 2021.

10 Busnelli, F. D.: "La parabola della responsabilità civile", *Riv. critica dir. priv.*, 1988, p. 649 ss.

Ovviamente si tratta, qui, dell'attività che forma oggetto della preparazione professionale del soggetto che la pone in essere.

L'operato professionale del notaio coinvolge tutto il diritto civile, il diritto societario, il diritto tributario, la disciplina delle successioni *mortis causa* e il diritto internazionale privato.

In questa sede, vista l'ampiezza della materia, la trattazione sarà circoscritta alla responsabilità del notaio nell'ambito contrattuale.

Iniziamo con ordine. Quella del notaio è, nel panorama delle professioni intellettuali,[11] una realtà non paragonabile ad altre di sorta: il notaio infatti è sia un pubblico ufficiale dello Stato che un libero professionista[12].

L'art. 1 l. n. recita al primo comma: "I notari sono pubblici ufficiali istituiti per riceve gli atti tra vivi e di ultima volontà, attribuire loro pubblica fede, conservarne il deposito, rilasciarne le copie, i certificati e gli estratti".

Ciò detto, occorre evidenziare la funzione eminentemente documentale e certificativa del notaio atta alla tutela della pubblica fede basata a sua volta sulla esatta ed imparziale rappresentazione della volontà manifestata dalle parti che ad egli si affidano[13].

Il notaio ben può, con un comportamento non tollerato dal nostro ordinamento giuridico, arrecare un danno alle parti (sue clienti) e ai terzi nell'esercizio della sua attività professionale.

Ciò che caratterizza il contratto d'opera intellettuale, *genus* in cui si inquadra la prestazione resa dal notaio, è il fatto che questo assume un'obbligazione di mezzi: oggetto della sua prestazione, vale a dire, non è procurare al cliente il raggiungimento di un certo obiettivo, bensì il tenere un comportamento attento e diligente, nei limiti delle proprie competenze[14].

11 L'emersione di sempre nuove figure professionali e la sempre più marcata specializzazione all'interno delle stesse induce certo a guardare non più al professionista, bensì alle singole figure professionali: dall'ingegnere al medico, dall'architetto allo psicologo, dall'avvocato al revisore dei conti, dal notaio al consulente del lavoro, dal professionista "attestatore" al professionista *rater*. Un tale fenomeno di frantumazione della figura del professionista in differenti figure professionali certamente dissuade da una *reductio ad unum* delle regole di formazione giurisprudenziale nel quadro di un modello unitario di responsabilità professionale, di cui referente esclusivo sia il «professionista intellettuale», diversamente induce ad una analisi in termini di valorizzazione delle specificità che differenziano le responsabilità dei singoli professionisti.

12 Zanelli, P.: "Il notaio tra forme e formule", *Notariato*, 1, 2022, p. 55 ss.

13 Carrato, A.: "Il dovere di imparzialità del notaio", *Notariato*, 2020, fasc. V, p. 508 ss.; Faustinella, F.: "Il notaio diligente valuta solo i rischi prevedibili: un revirement giurisprudenziale?", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, p. 41 ss.

14 Cfr. Bucciante, E.: "Responsabilità del notaio per violazione del dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto d'opera professionale", *Foro italiano*, V, 2022, c. 1697 ss.

Quello che viene richiesto al notaio consiste nel prestare alle parti una collaborazione tecnico professionale, provvedendo, usando la sua esperienza e preparazione, alla stipula di un atto che traduca la volontà dei contraenti nello strumento negoziale tecnicamente idoneo, affinchè gli stessi possano ottenere il risultato che si prefiggono, senza essere però responsabile per il mancato raggiungimento del risultato stesso[15].

Tale concetto risulta chiaramente in numerose pronunce giurisprudenziali tra le quali, su tutte, un cenno merita la sentenza della Cassazione civile 18 maggio 2017, n. 12482[16].

Nella sentenza *de quo* viene individuato da parte dei giudici un contenuto specifico, che allo stesso tempo connota il grado di diligenza esigibile, consistente nell'adattamento dell'atto notarile, nella sua fase preparatoria, nel suo contenuto, alle esigenze delle parti, cui deve essere assicurato, tramite il corretto utilizzo delle conoscenze appartenenti al notaio, il raggiungimento del risultato voluto, senza che, per ciò solo, possa sostenersi che l'obbligazione del professionista assuma il carattere dell'obbligazione di risultato[17].

Pertanto, per i motivi sopra citati, è possibile ritenere che fra gli obblighi del notaio, connessi all'esercizio delle sue funzioni, vi sia anche quello di assistenza ai clienti, fornendo loro adeguata consulenza giuridica e informazione[18], adottando tutti gli accorgimenti necessari per rogare un atto che sia il più idoneo ed economico possibile per la realizzazione degli interessi perseguiti dalle parti.

Inoltre, si ritiene che sussista in capo al notaio anche il dovere di informare il cliente in ordine alla disciplina fiscale dell'atto che gli viene richiesto di stipulare, sulla base della conoscenza della normativa in materia, come è lecito attendersi da un professionista preparato.

In assenza di tali informazioni, egli risponde per i danni che il cliente abbia subito per effetto della mancata fruizione dei benefici fiscali e sempre che non sia possibile per il contribuente, ottenere il rimborso dell'imposta pagata.

15 Rizzuti, M.: "La responsabilità del notaio e il dovere di consiglio", *Corriere giur.*, 2018, p. 1391ss.; Monticelli, S.: "Vendita immobiliare ed obblighi d'informazione dei professionisti incaricati", *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 937 ss. ed in *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, II, Esi, Napoli 2017, p. 1351 ss.

16 Cass. civ. 18 maggio 2017, n. 12482, *DeJure online.*

17 Occorre evidenziare come l'operato del notaio non si esaurisce al momento della stipula ma perdura anche successivamente con i c.d. adempimenti *post* stipula. Si pensi ad esempio all'obbligo di registrare un atto notarile presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari.

18 Lenzi, R.: "La metamorfosi della funzione notarile nella lente del dovere di informazione", *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 761 ss.

In ogni caso, l'obbligo di consulenza in capo al notaio non può mai spingersi fino a ricomprendere i profili di opportunità economica e convenienza dell'operazione, in quanto ciò non rientra nelle sue competenze; così come egli non può sindacare i motivi che inducono le parti a rogare un certo atto.

Né il notaio può essere chiamato a rispondere, ad esempio, della non veridicità della dichiarazione, resa dalla parte venditrice, di aver provveduto a saldare il debito garantito da ipoteca sull'immobile, in quanto non rientra tra le attribuzioni del notaio la funzione accertativa a fronte di una espressione del potere valutativo della parte contraente, alla quale solo spetta di apprezzare il rischio dell'operazione negoziale.

Gli unici limiti dati all'attività del notaio sono solo quelli che discendono dalla legge, ed in primo luogo dall'art. 28 l. n., che gli fa divieto di ricevere atti contrari alla legge.

Prolifica è la produzione giurisprudenziale in tema di omessa verifica e di informazione, da parte del notaio, dello stato di libertà o meno dell'immobile.

Quand'anche sia stato esonerato dalle visure, seguendo quella parte minoritaria della dottrina che lo ritiene ancora oggi possibile, si è ulteriormente sottolineato che il notaio, che sia a conoscenza o che abbia anche solo il sospetto della sussistenza di un'iscrizione pregiudizievole gravante sull'immobile oggetto di compravendita (a suo rogito), deve in ogni caso informare le parti, essendo tenuto all'esecuzione di un contratto di prestazione d'opera professionale secondo i canoni della diligenza qualificata *ex* art. 1176 c.c., comma 2, e della buona fede.

Ne consegue che l'inosservanza di detti obblighi dà luogo a responsabilità contrattuale per inadempimento del contratto di prestazione d'opera professionale, a nulla rilevando che la legge notarile non faccia riferimento a tale responsabilità, posto che essa si fonda sul contratto di prestazione d'opera professionale.

In relazione alla suddetta inosservanza il notaio non può invocare la limitazione di responsabilità prevista per il professionista dall'art. 2236 c.c. con riferimento al caso di prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, in quanto tale inosservanza è riconducibile a negligenza o imprudenza, cioè alla violazione del dovere della normale diligenza professionale media esigibile *ex* art. 1176 cc., rispetto alla quale rileva anche la colpa lieve, essendo inapplicabile l'art. 2236 c.c.

L'obbligazione in questione, peraltro, vincola il notaio non soltanto nei confronti del proprio cliente, ma anche a titolo di contatto sociale.

II. CONTRATTI DI TRASFERIMENTO IMMOBILIARE E RESPONSABILITA' DEL NOTAIO.

Particolare rilevanza assume la diligenza richiesta al notaio in riferimento alla disciplina edilizia ed urbanistica nei contratti di trasferimento immobiliare[19].

Occorre ricordare, rispetto a quest'ultimo genere di prescrizioni, la previsione dell'invalidità del negozio circolatorio di fabbricati *inter vivos* nei casi in cui questi non risultino essere regolari dal punto di vista del diritto urbanistico[20] (in particolare, gli artt. 46 D.P.R. n. 380 del 2001 e l'art. 40 l. 28 febbraio 1985, n. 47)[21].

Quanto ai terreni, occorre far riferimento all'art. 30 t.u. edilizia, norma che disciplina il trasferimento di terreni.

La disposizione mira a ostacolare la costruzione di opere comportanti trasformazione urbanistica o edilizia dei terreni senza la prescritta autorizzazione o in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici o di legge e, in particolare, quando detta trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e il trasferimento del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche, denuncino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio.

Occorre precisare, in relazione al trasferimento di terreni come la parte venditrice debba essere sempre garante, in ogni caso, della corrispondenza alla realtà, al momento del rogito, del certificato di destinazione urbanistica.

Il venditore deve al momento dell'atto effettuare un controllo della perdurante esattezza del certificato ed effettuare, ove sia intervenuto un mutamento, una nuova domanda di rilascio del certificato.

19 Carrabba, A. A.: "Dinamiche negoziali e trasferimento di aree edificabili", *Riv. not.*, V, 2019, p. 1299 ss.

20 Si tenga presente che dal 2010 parlando di disciplina urbanistica occorre considerare non solo la dichiarazione c.d. urbanistica ma anche la c.d. conformità catastale. Infatti il comma 1-*bis* dell›art. 29 L. 27 febbraio 1985, n. 52 (recante Modifiche al libro sesto del codice civile e norme di servizio ipotecario, in riferimento alla introduzione di un sistema di elaborazione automatica nelle conservatorie dei registri immobiliari), norma introdotta dall›art. 19, comma 14, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, secondo la quale "gli atti pubblici e le scritture private autenticate tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento di comunione di diritti reali su fabbricati già esistenti, ad esclusione dei diritti reali di garanzia, devono contenere, per le unità immobiliari urbane, a pena di nullità, oltre all›identificazione catastale, il riferimento alle planimetrie depositate in catasto e la dichiarazione, resa in atti dagli intestatari, della conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie, sulla base delle disposizioni vigenti in materia catastale. La predetta dichiarazione può essere sostituita da un›attestazione di conformità rilasciata da un tecnico abilitato alla presentazione degli atti di aggiornamento catastale. Prima della stipula dei predetti atti il notaio individua gli intestatari catastali e verifica la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari".

21 Siliquini Cinelli, L.: *La responsabilità civile del notaio*, Ipsoa, Milano, 2009, p.105 ss.
L'autore rileva come nell'alveo dell'ordinamento giuridico italiano non vi è settore normativo così complicato come quello concernente l'urbanistica e l'edilizia. Esso, difatti, sconta il caro prezzo di una confusione legislativa perpetuata con indebita osservanza per molti anni che, ad ogni buon conto si è mossa nel suo lento procedere sulla base di intenti il più delle volte superficiali.

Ebbene, in tale contesto il notaio riveste istituzionalmente un ruolo di garanzia, ossia di controllo sostanziale della regolarità urbanistica degli immobili che circolano tramite il suo ministero?

Da un punto di vista deontologico il principio deontologico n. 44 stabilisce che "costituisce comportamento deontologicamente scorretto la sistematica inosservanza dei protocolli dell'attività notarile approvati dal Consiglio Nazionale del Notariato ai fini dell'adozione di adeguate misure a garanzia della qualità della prestazione".

Come è noto, i protocolli dell'attività notarile sono un insieme di regole cui il notaio è tenuto a conformare la propria prestazione al fine di rispondere adeguatamente, con l'adozione di misure idonee a promuovere e garantire la qualità del suo operato, all'esigenze che l'ordinamento intende soddisfare con il suo intervento.

In altri termini ci troviamo di fronte ad una serie di norme comportamentali e procedimentali emanate dal Consiglio Nazionale, le quali determinano il contenuto minimo dell'operato del notaio.

La valenza disciplinare di tali regole, trasfuse nel codice deontologico, risulta evidente dall'art. 147 l. n., che prevede la possibilità di comminare la sanzione della destituzione al notaio che viola in maniera non occasionale le norme deontologiche.

Si pensi che come ben due dei protocolli esistenti si occupano della materia urbanistica.

Il protocollo n. 12 detta una serie di regole di condotta che il notaio è tenuto ad osservare nel ricevere gli atti pubblici previsti dall'art. 46 t.u. edilizia e stabilisce che, in tutte le ipotesi in cui, a pena di nullità[22] dell'atto, è richiesta la menzione della dichiarazione della parte alienante o condividente in ordine alla sussistenza dei requisiti urbanistici, il notaio debba informare le parti circa le conseguenze connesse alla violazione delle norme a presidio della tutela urbanistica ed edilizia e sulle conseguenze in caso di dichiarazioni mendaci o incomplete relative alla sussistenza dei requisiti urbanistici ed edilizi degli immobili negoziati.

Il protocollo n. 13 è invece dedicato alla normativa urbanistica in materia di terreni e prevede una serie di regole di condotta che il notaio è tenuto ad osservare nel ricevere gli atti previsti dall'art. 30 t.u. edilizia.

22 Monticelli, S.: "Il sistema delle nullità contrattuali e la funzione notarile", *Notariato*, VI, 2010, p. 686 ss.; Nigro, M.: "Il notaio nel diritto pubblico", *Riv. not.*, 1979, p. 115 ss.

Anche in tal caso si prevede il dovere del notaio di informare le parti sulle conseguenze giuridiche della lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio, nei casi in cui l'operazione presenti elementi di incongruità in relazione agli elementi che possono evincersi dalla definizione di lottizzazione abusiva.

Vige, infine, la stessa regola di cui al protocollo n. 12 circa la verifica dei titoli di provenienza degli immobili.

La giurisprudenza in materia appare fedele al consolidato orientamento di legittimità,[23] secondo il quale non sussiste alcun obbligo giuridico a carico del pubblico ufficiale rogante di verificare la corrispondenza al vero di quanto dichiarato dal venditore circa la conformità del bene venduto con gli strumenti urbanistici.

In conclusione, può affermarsi che il controllo del notaio circa la regolarità urbanistica degli immobili non è certamente previsto dalla legge; d'altra parte si tratterebbe di un controllo tecnico che il notaio in quanto tale non sarebbe in grado di svolgere.

In presenza di una dichiarazione regolare, con la quale il venditore fornisce dettagliate notizie della storia urbanistica dell'immobile, il notaio non potrà rifiutarsi di rogitare.

Peraltro, non sono pochi i notai italiani che si affidano ad un tecnico di fiducia al fine di svolgere tutte quelle indagini urbanistiche necessarie relative agli immobili del cui trasferimento sono incaricati.

In base alla relazione di tale professionista, il notaio è in grado di dare alle parti una risposta chiara e certa, procedendo poi alla stipula secondo le relative risultanze.

III. DOVERI PROFESSIONALI DEL NOTAIO E OBBLIGO RISARCITORIO.

Occorre a questo punto indagare quando e come la violazione dei doveri professionali, da parte del notaio, comporti, l'obbligo di risarcire il danno subito dal cliente.

La giurisprudenza della Suprema Corte[24] è giunta ad approdi piuttosto significativi, escludendo che, in caso di inadempimento, la responsabilità risarcitoria del notaio possa affermarsi *in re ipsa*, ed affermando al contrario che incombe alla

23 Cass. 26 marzo 2012, n. 11628, *DeJure online.*

24 Cass. 12 aprile 2018, n. 9063, *DeJure online.*

parte danneggiata dimostrare: la presenza di un danno effettivo, la prova del nesso di causa esistente tra inadempimento del notaio e danno, la dimostrazione che il corretto operato del notaio sarebbe stato sufficiente ad evitare tale danno.

La Suprema Corte ha testualmente stabilito, in un caso di richiesta a condanna al risarcimento dei danni svolta da banca mutuante nei confronti del notaio che, in fase di stipulazione di una serie di mutui, non aveva verificato diligentemente le trascrizioni e iscrizioni esistenti sugli immobili ipotecati, che la domanda non meritava accoglimento in quanto difettante di qualsivoglia prova ed allegazione, circa l'impossibilità per l'istituto bancario di recupere altrimenti l'ammontare del credito.

Anche laddove il giudice decida che il notaio debba risarcire il danno in forma specifica, provvedendo egli stesso alla cancellazione dei gravami pregiudizievoli, una valutazione di congruità dell'onere imposto, in relazione all'effettivo pregiudizio arrecato, è comunque dovuta.

Si afferma infatti: nel caso in cui il notaio rogante non adempia l'obbligo di verificare l'esistenza di iscrizioni ipotecarie relative all'immobile venduto, dichiarando come libero un bene che risulta, invece, gravato da ipoteca, il risarcimento del danno conseguente può essere disposto anche tramite condanna del notaio alla cancellazione della formalità non rilevata, a condizione, tuttavia, che vi sia, a tal fine il consenso del creditore procedente e che il relativo incombente non sia eccessivamente gravoso.

E' onere del giudice di merito, il quale intenda condannare il notaio al risarcimento in forma specifica, dare conto della sussistenza di tali presupposti nel proprio provvedimento.

Da ultimo, nonostante le cause di contenzioso civile che abbiano ad oggetto un danno perpetrato per il tramite dell'attività notarile siano esigue dal punto di vista numerico, bisogna evidenziare come il notariato italiano metta a disposizione di chi risulti danneggiato dall'operato del notaio una polizza assicurativa obbligatoria di responsabilità civile[25] ed un fondo di garanzia.

IV. LA RESPONSABILITA' CIVILE DEL NOTAIO PER TARDIVA TRASCRIZIONE DI UN ATTO ALLA LUCE DELLA NUOVA DISCIPLINA DEPOSITO-PREZZO.

Ex art. 1, comma 63 ss., l. n. 124 del 2017, il notaio è tenuto a versare su apposito conto corrente dedicato l'intero prezzo o corrispettivo, ovvero il saldo degli stessi, se determinati in denaro, se in tal senso richiesto da almeno una delle

25 Si veda su tutti, Boero, P.: *La legge notarile commentata*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 587 ss.

parti e conformemente all'incarico espressamente conferito e, verificata l'assenza di gravami e formalità pregiudizievoli ulteriori rispetto a quelle esistenti alla data dell'atto, il notaio provvede a disporre lo svincolo degli importi depositati a favore del venditore.

Con la disciplina in esame, la parte acquirente può versare al notaio il corrispettivo del trasferimento ed il notaio, depositato il denaro su un apposito conto a ciò dedicato, dopo la trascrizione dell'atto e la verifica dell'assenza di trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli alla stipulata vendita, provvede a svincolare il deposito e a rilasciare il denaro alla parte alienante.

La disciplina *de quo* ha un notevole riflesso sulla problematica della tempestività della trascrizione dell'atto pubblico.

Con il meccanismo del deposito del prezzo[26] presso il notaio la parte alienante è tutelata rispetto al rischio dell'inadempimento dell'acquirente, mentre l'acquirente stesso è tutelato rispetto al rischio di una improvvisa formalità pregiudizievole, poiché in tale ipotesi il notaio, aggiornate le visure ipotecarie post stipula e rilevata (un'eventuale) formalità pregiudizievole, restituirebbe il prezzo all'acquirente bloccando lo svincolo del denaro.

La posizione del venditore risulterebbe apparentemente pregiudicata da una ipoteca giudiziale iscritta tra il momento della stipula della compravendita e quello della successiva trascrizione.

Tuttavia, al di là del fatto che la parte venditrice avrebbe dovuto informare l'acquirente del proprio stato debitorio, il debitore è tenuto a pagare i propri debiti e non può dolersi della circostanza che l'ipoteca giudiziale sia stata iscritta prima che egli abbia incassato il denaro, nell'esecuzione di un atto negoziale che, alla luce della situazione, sarebbe sicuramente lesivo dei diritti del creditore.

Alla luce di ciò risulta evidente che il problema della tardiva trascrizione (formalità a carico del notaio) risulta oggi in qualche misura modificata dopo l'introduzione del c.d. deposito-prezzo.

Il notaio è tenuto infatti alla luce della predetta disciplina, ad informare le parti sulla possibilità di avvalersi del meccanismo giuridico del deposito-prezzo e ove le parti scelgano di non utilizzarlo e accada che venga trascritta una formalità pregiudizievole prima della trascrizione dell'atto, il notaio, oltre a dover provare di aver tempestivamente trascritto l'atto, dovrà provare di aver dato alle parti

26 Nastri, M.: "Brevi note (quasi) tecniche su conto dedicato e antiriciclaggio", *Notariato*, I, 2022, p. 46 ss.

adeguata informazione sui vantaggi e le tutele offerte dall'istituto del deposito-prezzo.

Antecedentemente all'entrata in vigore della disciplina deposito-prezzo, il notaio era tenuto a trascrivere al più presto possibile l'atto, ma non aveva un obbligo di legge di informare le parti sull'alternativa di scegliere una soluzione ulteriore che naturalmente non esisteva.

Oggi la situazione è cambiata, atteso che, il notaio deve informare le parti circa il deposito-prezzo e le parti hanno il diritto di dare una risposta al notaio: la scelta delle parti conterrà inevitabilmente la negazione dell'esistenza di particolari ragioni di urgenza per la trascrizione e quindi la prova del fatto che il notaio non fosse a conoscenza dell'esistenza di ragioni di urgenza[27].

Dal punto di vista processuale risulta problematico per l'acquirente chiedere la condanna del notaio per il risarcimento del danno da tardiva trascrizione dopo aver chiesto al notaio di non utilizzare il meccanismo del deposito-prezzo[28]; in ogni caso vi sarebbe un evidente concorso di colpa del danneggiato e la responsabilità del notaio sarebbe limitata agli eventuali acconti versati.

L'utilizzo dell'istituto del deposito-prezzo viene menzionato dal notaio direttamente in atto; ciò costituisce prova del fatto che le parti abbiano chiesto (o meno) al notaio di non procedere (o di procedere) al deposito-prezzo, ma, in assenza di altri elementi, il notaio dovrà fornire la prova di aver dato tale adeguata informazione.

In assenza di tale prova, il notaio potrebbe avere un aggravamento della suaresponsabilità, sia per non aver trascritto l'atto tempestivamente, sia per non poter provare di aver informato le parti sulla disciplina del deposito-prezzo, la cui applicazione avrebbe evitato il danno all'acquirente per l'iscrizione di una formalità pregiudizievole anteriore alla trascrizione dell'atto di trasferimento.

Quanto ai rapporti tra le parti, l'assenza del deposito-prezzo e l'eventuale omissione di informazioni, soprattutto ad opera della parte alienante, entrando qui nel meccanismo della buona fede contrattuale e parimenti l'utilizzo del deposito-prezzo e la conseguente risoluzione del contratto per la presenza di una formalità pregiudizievole precedentemente alla trascrizione della vendita entrano nel gioco

27 Cfr. Basunti, C.: "Il notaio e la responsabilità nell'esercizio della sua professione", *Vita notarile*, 2020, fasc. I, p. 469 ss.

28 Nella prassi si fa uso di una formula del genere "le parti dichiarano di essere state edotte dal notaio rogante della possibilità di avvalersi della disciplina del c.d. deposito-prezzo presso lo stesso pubblico ufficiale ai sensi del comma 63 dell'art. 1 L. n. 147/2013 e, separatamente e anche concordemente, dichiarano di non volersene avvalere e di non essere a conoscenza dell'esistenza di situazioni che rendano urgente la trascrizione del presente atto nei Registri Immobiliari".

della responsabilità contrattuale in caso di risoluzione di un contratto a prestazioni corrispettive[29].

V. L'INFORMAZIONE DELL'ACQUIRENTE. RUOLO E RESPONSABILITA' DEL NOTAIO.

Occorre, a questo punto, sottoporre a verifica l'affermazione secondo cui la dichiarazione in atto degli estremi del titolo abilitativo edilizio sarebbe funzionale all'informazione dell'acquirente, il quale, su tali basi, potrebbe svolgere le opportune indagini al fine di verificare l'effettiva riferibilità del titolo all'edificio e la conformità del secondo al primo, tutelando così il proprio interesse a non acquistare un manufatto abusivo. A prima vista, l'affermazione sembrerebbe infondata: la legge, infatti, non richiede la comunicazione anteriore all'acquirente delle informazioni relative al titolo edilizio, né la relativa menzione nel contratto preliminare, a seguito della cui conclusione il promissario acquirente avrebbe tutto il tempo per esperire le necessarie verifiche e, in caso di esito negativo di esse, potrebbe rifiutarsi di stipulare il contratto definitivo, oltre ad esperire gli ulteriori rimedi contrattuali e risarcitori. La dichiarazione degli estremi del titolo abilitativo è richiesta unicamente nel contratto traslativo definitivo: a seguito della cui conclusione, e dell'esecuzione della prestazione di pagamento del prezzo, all'acquirente non rimarrebbe, in caso di abusivismo edilizio, se non l'azione di risoluzione del contratto, e l'azione di risarcimento. Una tutela, quindi, di natura obbligatoria che comunque non potrebbe giovarsi di indagini preliminari ad opera dell'acquirente, perché nel sistema della legge gli estremi del titolo abilitativo sono resi noti all'acquirente al momento stesso della conclusione del contratto traslativo della proprietà.

Per tacere del fatto che la *ratio* di tale normativa appare totalmente insussistente nel contratto di divisione, ove tutti i condividenti-comunisti sono teoricamente, o devono essere, a pari titolo informati in relazione agli interventi edilizi che hanno riguardato le unità immobiliari oggetto di divisione. È, tuttavia, possibile una interpretazione, a sua volta, ortopedica delle norme in esame, in grado di ricondurre a coerenza il sistema.

È noto, infatti, che la stragrande maggioranza delle contrattazioni immobiliari è perfezionata con l'intervento del notaio, richiesto dalla legge ai fini della trascrizione degli atti di alienazione e di divisione (art. 2657 c.c.) . Ed è altresì noto come tra i doveri gravanti sul notaio vi sia quello, fondamentale, di informazione

29 Calderoni, C.: "Trascrizione degli atti immobiliari e ipotesi di responsabilità del notaio: alla ricerca del termine che non c'è", *Danno e resp.*, II, 2021, p. 166 ss.; Iaccarino, G.: "Clausole generali sul deposito prezzo a mani di notaio", *Notariato*, V, 2017, p. 599 ss.

e chiarimento alle parti in ordine alle conseguenze dell'atto che le stesse vanno a stipulare.

Tenuto conto del fatto che anche la giurisprudenza, correttamente, pone a carico dell'acquirente l'onere di verificare — anche sotto il profilo urbanistico — la bontà del suo acquisto, esperendo le opportune indagini anche di natura urbanistica, è necessario che il notaio informi l'acquirente (il quale, presumibilmente, il più delle volte sarà ignaro) di tale onere a suo carico, nonché delle conseguenze dell'eventuale scoperta di abusi edilizi, anche successivamente al perfezionamento dell'acquisto. In tal modo, l'acquirente — debitamente avvertito nel corso dell'istruttoria dell'atto notarile — potrà effettivamente tutelare i propri interessi, esperendo gli opportuni accertamenti (eventualmente a mezzo di tecnico di propria fiducia) come suggerito nella sentenza delle Sezioni unite. Lo stesso può dirsi con riferimento alle parti del contratto di divisione: a parte l'eventualità in cui un intervento edilizio sia stato effettuato sulla base di un titolo abilitativo richiesto da uno soltanto dei comunisti (magari relativo a un immobile assegnato, in sede di divisione, ad altro condividente), va tenuto presente il caso, non raro nella prassi, in cui le parti condividenti non abbiano contezza della disciplina urbanistica e della gravità delle conseguenze della relativa violazione: ciò rende, anche in questa ipotesi, essenziale e imprescindibile il ruolo del notaio e del relativo dovere di informazione. In questo senso può farsi, forse, un passo ulteriore. L'art. 47, comma 1, del D.P.R. n. 380/2001, riprendendo la disposizione già contenuta nell'art. 21, comma 1, della legge n. 47/1985, dispone che «Il ricevimento e l'autenticazione da parte dei notai di atti nulli previsti dagli articoli 46 e 30 e non convalidabili costituisce violazione dell'articolo 28 della legge 16 febbraio 1913, n. 89, e successive modificazioni, e comporta l'applicazione delle sanzioni previste dalla legge medesima». È evidente che l'applicazione della sanzione disciplinare, comminata per violazione dell'art. 28 l. not., presuppone l'imputabilità dell'illecito al notaio, il quale però, per costante giurisprudenza, non è tenuto ad effettuare indagini in ordine alla regolarità urbanistica dei fabbricati che formano oggetto degli atti dallo stesso ricevuti o autenticati.

L'art. 47 suddetto ricollega, d'altra parte, la sanzione unicamente al ricevimento o autenticazione di atti non convalidabili: di atti, cioè, che sulla base di quanto già visto non menzionino il titolo abilitativo — o ne menzionino uno inesistente — nei casi in cui detto titolo effettivamente non sussista. Se ne desume che la responsabilità disciplinare del notaio è configurabile sia nell'ipotesi in cui non vengano menzionati, per sua *colpa*, gli estremi del titolo abilitativo (peraltro inesistente nella realtà); sia nell'eventualità in cui, sempre per sua colpa, vengano menzionati estremi erronei o inesistenti di un titolo, parimenti nella realtà inesistente. Il notaio ha, dunque, l'obbligo di sollecitare la parte alienante a farsi parte diligente al fine di dichiarare gli estremi (corretti) di titoli abilitativi realmente

esistenti e, quando possibile, di produrne copia al notaio stesso, il quale avrà così modo, in particolare, di verificare la riferibilità del titolo abilitativo all'immobile oggetto dell'atto (riferibilità il più delle volte evidente, per l'indicazione nel titolo abilitativo edilizio dei dati catastali delle particelle su cui insiste il fabbricato di cui trattasi). Ove ometta tali cautele, contribuendo in tal modo a creare i presupposti per l'indicazione in atto di estremi inesistenti o erronei, in presenza di titolo realmente inesistente si configura la suddescritta responsabilità disciplinare del notaio *ex* art. 28 l. n.: responsabilità che trova quindi il suo principale fondamento nel mancato adempimento dell'onere informativo nei confronti delle parti dell'atto. In definitiva, con le precisazioni appena effettuate la *ratio* informativa della disciplina delle nullità urbanistiche assume una sua coerenza rispetto al sistema e giustifica pienamente la posizione assunta dalle Sezioni unite nel distinguere tra sanzione civilistica da un lato e sanzioni amministrative e penali dall'altro, demandando esclusivamente a queste ultime la finalità diretta e immediata di contrasto all'abusivismo edilizio, rendendo per contro irrilevanti le difformità, totali o parziali, della costruzione rispetto al progetto approvato ai fini della sanzione di nullità. Quanto sopra pone l'ulteriore problema della *prova* dell'assolvimento, da parte del notaio, dell'obbligo di informazione e chiarimento; prova che è a carico del medesimo notaio, in conformità ai princìpi generali (art. 1218 c.c.). A tal uopo, può essere opportuna la dichiarazione in atto della parte acquirente di essere edotta dell'onere posto a suo carico dalla legge, e delle conseguenze del relativo inadempimento. Questa non deve, però, trasformarsi in una clausola di stile, la quale come tale non avrebbe, del resto, alcuna efficacia: l'informazione all'acquirente deve essere resa tempestivamente e comunque in tempo utile da consentirgli di effettuare i necessari accertamenti, e non sarebbe idonea a tal fine un'informativa resa al momento della stipula.

V. CONCLUSIONI.

Il Notaio, all'interno delle professioni legali, si differenzia dal professionista avvocato che difende (solo) gli interessi del suo cliente: il primo quando stipula un atto notarile è *super partes*, è un soggetto imparziale rispetto ad ambe due le parti[30] sue clienti e il suo obiettivo è rogitare un atto che non sia impugnabile da nessuna delle parti, nè da terzi estranei alla stipula[31].

In proposito ci si riferisce in dottrina alla c.d. funzione anti-processualistica del notaio[32].

30 Riferendoci al termine "parti" ci si riferisce al termine inteso come "centro di interessi". Pertanto una parte ben può essere composta da più soggetti (persone fisiche o giuridiche) rimanendo un solo centro di interessi.

31 Butitta, G.: "Il notariato nella società moderna e le sue funzioni", *Vita notarile*, II, 2022, p. 977 ss.

32 Fabiani, E.: "Sul possibile contributo del notariato al superamento della crisi della giustizia civile", *Foro italiano*, X, 2020, c. 317 ss.

Avviandoci alle conclusioni, per parlare di responsabilità civile del notaio è fondamentale comprendere la sua natura: un Pubblico ufficiale dello Stato e al tempo stesso libero professionista.

In secondo luogo è necessario comprendere come dietro alla stipula di un atto notarile ci siano tutta una serie di attività (*pre* e *post* stipula) anche esse possibile fonte di responsabilità civile.

Da ultimo occorre evidenziare come l'atto pubblico notarile sia diventato sempre più ricco di formalismi spesso derivanti da leggi speciali (si pensi in materia urbanistica ed edilizia) del cui rispetto il notaio è responsabile.

L'intervento del ministero notarile rappresenta una garanzia ulteriore per le parti, le quali sono tutelate proprio da quella responsabilità civile del notaio[33] di cui si discorre.

33 Alla memoria di mio padre Roberto Mattace - Notaio in Perugia (1978-1997).

BIBLIOGRAFIA

AMENDOLAGINE, V.: "L'accertamento della colpa professionale del notaio nei confronti dell'acquirente di bene immobile per violazione degli obblighi di informazione", *Giur. merito*, 2005, p. 2564 ss.

ANDRINI, M. C.: "Scienza e responsabilità nella vita del notaio. Parte prima-La responsabilità professionale del Notaio", *Vita notarile*, 2021, fasc. I, p. 5 ss.

BASUNTI, C.: "Il notaio e la responsabilità nell'esercizio della sua professione", *Vita notarile*, 2020, fasc. I, p. 469 ss.

BOERO, P.: *La legge notarile commentata*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 587 ss.

BUCCIANTE, E.: "Responsabilità del notaio per violazione del dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto d'opera professionale", *Foro italiano*, V, 2022, c. 1697 ss.

BUSNELLI, F. D.: "La parabola della responsabilità civile", *Riv. critica dir. priv.*, 1988, p. 649 ss.

BUTITTA, G.: "Il notariato nella società moderna e le sue funzioni", *Vita notarile*, II, 2022, p. 977 ss.

CALDERONI, C.: "Trascrizione degli atti immobiliari e ipotesi di responsabilità del notaio: alla ricerca del termine che non c'è", *Danno e resp.*, II, 2021, p. 166 ss.

CARRATO, A.: "Il dovere di imparzialità del notaio", *Notariato*, 2020, fasc. V, p. 508 ss.

FABIANI, E.: "Sul possibile contributo del notariato al superamento della crisi della giustizia civile", *Foro italiano*, X, 2020, c. 317 ss.

FAUSTINELLA, F.: "Il notaio diligente valuta solo i rischi prevedibili: un revirement giurisprudenziale*?* ", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, p. 41 ss.

GENGHINI, L.: *La forma degli atti notarili*, Cedam, Padova, 2021.

IACCARINO, G.: "Clausole generali sul deposito prezzo a mani di notaio", *Notariato*, V, 2017, p. 599 ss.

LENZI, R.: "La metamorfosi della funzione notarile nella lente del dovere di informazione", *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 761 ss.

MEZZASOMA, L.: *Il "consumatore" acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, Esi, Napoli, 2008, *passim*.

MEZZASOMA, L.: "La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: i recenti interventi legislativi e giurisprudenziali", *Corriere giuridico*, 2019, p. 113 ss.

MONTICELLI, S.: "Il sistema delle nullità contrattuali e la funzione notarile", *Notariato*, VI, 2010, p. 686 ss.

MONTICELLI, S.: "Vendita immobiliare ed obblighi d'informazione dei professionisti incaricati", *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 937.

NASTRI, M.: "Brevi note (quasi) tecniche su conto dedicato e antiriciclaggio", *Notariato*, I, 2022, p. 46 ss.

NIGRO, M.: "Il notaio nel diritto pubblico", *Riv. not.*, 1979, p. 115 ss.

PALAZZO, M.: "Profili costituzionali della funzione notarile", *Notariato*, III, 2022, p. 213 ss.

PERLINGIERI, P.: *Il ruolo del notaio nella formazione del regolamento contrattuale*, Jovene, Napoli, 1976, p. 2 ss.

PETRELLI, G.: "Atti espressamente proibiti dalla legge e orientamenti giurisprudenziali e dottrinali", *Riv. not.*, 1997, p. 1228 ss.

PONZANELLI, V.: "Responsabilità civile del professionista", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 519 ss.

RIZZUTI, M.: "La responsabilità del notaio e il dovere di consiglio", *Corriere giur.*, 2018, p. 1391ss.

ZANELLI, P.: "Il notaio tra forme e formule", *Notariato*, I, 2022, p. 55 ss.

LA RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO NORMAL Y ANORMAL DEL SERVICIO SANITARIO

LIABILITY FOR NORMAL AND ABNORMAL OPERATION OF THE SANITARY SERVICE

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1830-1851

María del Rosario SÁNCHEZ VALLE

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Se analiza si realmente la Administración responde cuando se ocasiona un daño por el funcionamiento normal del servicio público sanitario o, por el contrario, la regla es la inversa, sólo habrá responsabilidad cuando el funcionamiento del servicio ha sido anormal. A pesar de lo que afirma la norma, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia resulta que no se da efectividad al carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración en el ámbito sanitario.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad patrimonial de la Administración; responsabilidad objetiva; funcionamiento anormal, lex artis, consentimiento informado, doctrina del daño desproporcionado, pérdida de oportunidad.

ABSTRACT: *It's analyzed whether the Administration really responds when damage is caused by the normal operation of the public sanitary service or, on the contrary, the rule is the inverse, there will only be responsibility when the operation of the service has been abnormal. Despite what the law affirms, both from doctrine and case law it turns out that the objective nature of the responsibility of the Administration in the health field is not given effect.*

KEY WORDS: *Non-contractual liability of the public Administration; strict liability; fault-based liability; lex artis; informed consent; res ipsa loquitur; missed opportunity.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. - II. MARCO LEGAL. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA A LA LUZ DE LA STC 112/2018, DE 17 DE OCTUBRE. - III. LA SUPERACIÓN DOCTRINAL DEL CRITERIO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA, CON ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO SANITARIO. - IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TS ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DEL SERVICIO SANITARIO. - V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En el ordenamiento jurídico español, el Derecho sustantivo y procesal aplicable a la responsabilidad por daños derivados de la asistencia sanitaria es diferente según si estamos ante el funcionamiento del servicio público sanitario (Sistema Nacional de Salud) o en el ámbito de la sanidad privada. Así, al margen de la posible responsabilidad penal y civil derivada de delito, que puede darse en ambos casos, la responsabilidad será civil, aplicándose las reglas del CC y del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLCU), si los daños provienen de la asistencia sanitaria privada (médicos u hospitales privados, aseguradoras sanitarias…), mientras que será responsabilidad patrimonial de la Administración si los daños derivan de la prestación del servicio público sanitario. Sin embargo, la utilización de diversas formas de gestión del servicio público dificulta, en algunos casos, la concreción del régimen sustantivo aplicable. Así sucede cuando el servicio es prestado por una sociedad o fundación privada del sector público o por un concesionario o contratista con el que se haya suscrito un contrato de servicios, de concesión de servicios, concierto o convenio singular de vinculación, ya que son sujetos privados[1].

Se suele afirmar que la responsabilidad civil es de tipo subjetivo (responde a la idea de culpa o negligencia), mientras que la responsabilidad patrimonial de la Administración es de tipo objetivo, esto es, responderá también cuando el daño sea consecuencia del funcionamiento normal del servicio. Sin embargo, esta aseveración no es plenamente cierta. Por una parte, como trataremos de demostrar en este trabajo, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración no es puramente objetivo, es más, en el ámbito sanitario se puede afirmar que el principio es más bien el contrario, indemnizándose sólo el

1 Vid. Sánchez Valle, M.R: *Responsabilidad sanitaria: fundamentos y conflictos de competencia*, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 135 a 248; Gómez Ligüerre, C.: *Derecho aplicable y jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual,* Marcial Pons, Madrid, 2019.

• María del Rosario Sánchez Valle
Profesora de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla
mrsanchez@us.es

daño por funcionamiento anormal del servicio. Por otra parte, en el ámbito de la responsabilidad civil la tendencia a la objetivación hace que los caracteres de la culpabilidad se vean matizados o atenuados. Así sucede, por ejemplo, con el régimen de responsabilidad objetivo previsto en el art. 148 del TRLCU que es aplicable a los "servicios sanitarios", aunque no a los actos médicos[2]. La proximidad sustantiva que a la postre se da entre ambos regímenes, hace que la elección del régimen de responsabilidad de Derecho público o privado no llegue en principio a tener consecuencias tan dramáticas.

II. MARCO LEGAL. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA A LA LUZ DE LA STC 112/2018, DE 17 DE OCTUBRE.

En el art.106.2 de la CE[3] se viene a constitucionalizar la cláusula general de responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento de los servicios públicos[4], entre los que se encuentra el sanitario[5]. Dicho precepto señala

2 El art. 148 del TRLCU regula la responsabilidad por daños originados en el correcto uso de servicios que incluyan necesariamente la garantía de determinados niveles de eficacia o seguridad. La jurisprudencia niega la aplicación de este precepto a los actos médicos propiamente dichos (la posible responsabilidad vendrá determinada por otros criterios como, el incumplimiento de la lex artis), proyectándose únicamente sobre los aspectos funcionales, organizativos o de prestación de los servicios sanitarios (SSTS (Sala de lo Civil), 23 enero 2009 [RJ 2009\1271], 22 septiembre 2010 [RJ 2010\7135], 4 marzo 2013 (RJ 2013, 2167) y las que en ella se citan). Así se ha afirmado la responsabilidad objetiva de los centros hospitalarios en relación con las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias (STS (Sala de lo Civil), 18 julio 2019 (RJ 2019, 3471)). Vid. Sánchez Lería, R.: "La responsabilidad civil de los centros hospitalarios en supuestos de infecciones nosocomiales. Comentario a la STS, Sala de lo Civil, núm. 446/2019, de 18 de julio (RJ 2019, 3471)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2021, núm. 55. En aranzadidigital.es (Consultado el día 5 septiembre 2022); Arcos Vieira, M. L.: "Infecciones nosocomiales: ni imprevisibles ni inevitables. Alcance del art. 148 TRLGDCU y carga de la prueba", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2021, núm. 115, p. 27-44; Guerrero Zaplana, J.: *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, Lex Nova, Valladolid, 5ª ed., 2006, *p.* 87-92.

3 Asimismo, el art.9.3 garantiza el principio de responsabilidad de los poderes públicos.
En el art. 106.2 de la CE se establece, por un lado, una garantía patrimonial indemnizatoria del ciudadano puesto que tiene como finalidad la reparación de la lesión o dejar indemne el patrimonio privado que ha resultado lesionado como consecuencia del funcionamiento del servicio público (STC (Pleno) 61/1997, de 20 de marzo [RTC 1997\61]; 112/2018, de 17 de octubre [RTC 2018\112] y 79/2019, de 5 de junio [RTC 2019\79]). Martín Rebollo, L.: "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica" *Documentación Administrativa*, 1994, núm. 237-238, p. 52 y 53; Mir Puigpelat, O.: "La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificaciones de la LRJPAC", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1999, núm. 4. En http://hdl.handle.net/10230/42931 [Consultado el día 13 de abril de 2020], p. 1022; Leguina Villa, J.: *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1983
Por otra parte, la responsabilidad patrimonial sirve también como "parámetro de control de la actividad administrativa, esto es, como pauta de comportamiento de la Administración y como estándar de funcionamiento de los servicios públicos." Gamero Casado, E.: *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 21 y 215; Martín Rebollo, L.: "Nuevas perspectivas de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario", *La Revista de Responsabilidad Médica*, 2015, núm. Enero. En http://www.defensamedica.org/revistaenero2015/ [Consultado el día 23 de noviembre de 2015], p.82-84.

4 Fernández Rodríguez, T-R.: "Artículo 106.2: La responsabilidad patrimonial de la Administración", en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española. Tomo VIII, Artículos 97 a 112 (*dirigida por O. Alzaga Vilaamil), Edersa, Madrid, 1998, p. 593. Disponible en www.vlex.es [Consultado el día 16 de diciembre de 2015].

5 En la actualidad, no existe duda sobre la calificación de la sanidad como servicio público. Garrido Falla, F.: *Comentarios a la Constitución,* Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001, p. 789-791; Fernández Pastrana, J. M.: *El servicio*

que "los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Empero, la Constitución defiere su regulación a la Ley[6] que debe respetar en cualquier caso los elementos constitucionalizados que son indisponibles para el legislador. A saber: lesión; imputable al funcionamiento de los servicios públicos; nexo causal que vincule el perjuicio con el funcionamiento del servicio y el derecho de la víctima o titular de los bienes a ser indemnizado. Más discutible es si cuando la Constitución alude a funcionamiento del servicio público está consagrando constitucionalmente un régimen de responsabilidad objetiva o no[7]. La respuesta que se dé a este interrogante es importante por cuanto si estuviera constitucionalizado, la norma de desarrollo no podría restringir la responsabilidad de la Administración a los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento anormal del servicio, bajo el riesgo de incurrir en inconstitucionalidad. En este sentido, a pesar de que de algunos pasajes de la STC 112/2018, de 17 de octubre[8] parece desprenderse la consagración de la responsabilidad objetiva de la Administración a nivel constitucional, sin embargo, se añade que, dado que se remite a la Ley, esta podría excluir la indemnización sin vulnerar el art. 106.2 de la CE. Por tanto, cabría limitar

público de la sanidad: el marco constitucional, Madrid, Civitas, 1984, p. 26-39.; Pemán Gavín, J.: *Derecho a la salud y administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 79-80.

6 Es un derecho de configuración legal (STC 325/1994, de 12 de diciembre [RTC 1994\325]).
La Ley a la que se remite la norma constitucional es de competencia estatal ya que el art.149.1.18ª de la CE atribuye competencia exclusiva al Estado para la regulación del "sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas." Por tanto, el régimen jurídico sobre la responsabilidad es general y único para todas las Administraciones Públicas (STC 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997, 61)), cuestión que no es baladí en el ámbito sanitario en el que la competencia para organizar y gestionar los Servicios de Salud es autonómica, a excepción de Ceuta y Melilla.

7 Vid. López Menudo, F.: "Artículo 139. Principios de la responsabilidad", en AA.VV., *Comentarios a la Ley 30/92* (dirigida por M. Sánchez Morón y N. Maurandi Guillén), Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2013, p. 854; A favor: Fernández Rodíguez para el que la mención a funcionamiento del servicio incluye ambas posibilidades (funcionamiento normal y anormal). Fernández Rodríguez, T-R.; "Artículo 106.2", cit.; Para López Candela el carácter objetivo de la responsabilidad se desprende del mismo texto constitucional, aunque este no distinga entre funcionamiento normal o anormal. Sin embargo, defiende que en el ámbito sanitario, la responsabilidad realmente no es de tipo objetivo lo que considera que no es contrario a la CE por cuanto el régimen de responsabilidad objetivo "ha de predicarse de la globalidad del sistema, y no de su reconocimiento o desconocimiento en una determinada parcela del Derecho Administrativo". López Candela, J.E.: "El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal con especial mención al servicio sanitario", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2008, núm. 15, p. 94, 97, 99, 119 y 125; Parejo Alfonso, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 10ª ed., 2020, p. 1084 y 1085; Cueto Pérez, M.: *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 77. En contra: Martín Rebollo, L.: "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* 2000, núm. 4. También está publicado en *RAP*, 2000, núm. 150, p. 292; Rodríguez-Piñero Royo, M.: "Nuevas perspectivas de la responsabilidad administrativa (y III)", *Relaciones Laborales*, 1999, núm. 1. En www.laleydigital.es [Consultado el día 5 de febrero de 2020] o Sánchez Morón, M.: *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 17ª ed., 2021, p. 952-953.

8 STC 112/2018, de 17 de octubre (RTC 2018/112). Vid. Mir Puigpelat, O.: "La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración", *RAP*, 2020, núm. 213, p. 29-47; Rodríguez Fernández, I.: "La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común", *REDA*, 2018, núm. 195, p. 155-192; Enériz Olaechea, F. J.: "Un comentario sobre dos sentencias del Tribunal Constitucional que analizan la responsabilidad de la Administración pública por daños causados por especies cinegéticas", *Revista Aranzadi Doctrinal,* 2021, núm. 5. En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 14 de septiembre de 2022].

el principio de responsabilidad objetivo, generalizando la regla de la responsabilidad por funcionamiento anormal del servicio[9].

En desarrollo de lo previsto en la Constitución, los artículos 32 y ss de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP) regulan la responsabilidad patrimonial directa de la Administración[10] por toda lesión que sufran los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley[11]. Ello lleva generalmente a afirmar que la responsabilidad es de tipo objetivo puesto que para que surja el deber de indemnizar de la Administración no se exige necesariamente la existencia de culpa o negligencia en la actuación administrativa, indemnizándose también el daño que sea consecuencia del funcionamiento normal del servicio, siempre que la lesión sea antijurídica y no exista fuerza mayor. Como han señalado García De enterría y Fernández, lo que realmente sucede es que se traslada "el elemento básico de la ilicitud del daño desde la conducta del responsable a la situación del patrimonio de quien sufre el perjuicio, el cual deberá justificar que "no tiene el deber jurídico de soportar" dicho daño", en los términos de los artículos 32 y 34.1 de la LRJSP, para poder justificar su pretensión resarcitoria[12]. Para que el daño sea indemnizable no tiene que tratarse pues de una antijuridicidad subjetiva sino de una antijuridicidad objetiva (del resultado o lesión)[13] (STS 27 septiembre 2011[14]).

9 Coincidimos en este sentido con Sánchez Morón para el que la Constitución no impide (pese a la declaración *obiter dicta* de la STC 112/2018) que se pueda revisar el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración y la responsabilidad por culpa se convierta en la regla general. Sánchez Morón, M.: *Derecho Administrativo*, cit., p. 952-953; Mir Puigpelat, O.: "La garantía", cit., p. 29-47.

10 La Administración responderá directamente, no de forma subsidiaria, de los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio (art.36.1 de la LRJSP), por lo que la reclamación deberá dirigirse directamente frente a ella. Sólo para exigir la responsabilidad penal y civil derivada de delito se podrá ejercitar la acción directamente contra el funcionario o empleado público responsable de acuerdo con lo previsto en el art.37 de la LRJSP. La responsabilidad directa de la Administración no significa que el empleado público no vaya a responder en ningún caso. Una vez la Administración haya indemnizado a los lesionados, si el personal a su servicio actuó con dolo, culpa o negligencia graves podrá ejercitar acción de regreso frente a estos (art. 36.2 de la LRJSP). Estos profesionales siempre van a responder con arreglo a criterios de imputación subjetiva.

11 Se suele afirmar que la lesión no es antijurídica y el particular tiene el deber de soportar el daño cuando tal deber sea consecuencia de cargas u obligaciones generales impuestas por las leyes (deberes tributarios, cumplimiento de servicios esenciales en caso de huelgas…); cuando el daño es el resultado del riesgo normal que entraña la utilización del servicio público o si el servicio se prestó con arreglo a los estándares de funcionamiento del servicio público. Sánchez Morón, M.: *Derecho Administrativo*, cit., p. 959-960; Gamero Casado, E. Y Fernández Ramos, S.: *Manual básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 18ª ed., 2021, p. 742-744.

12 García De enterría, E. Y Fernández, T-R.: *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 13ª Ed., 2013, p. 388.

13 Fernández Rodríguez, T-R.: "Artículo 106.2", cit.; López Menudo, F.: "Artículo 139", cit., p. 855.

14 STS 27 septiembre 2011 (RJ 2012\939).

III. LA SUPERACIÓN DOCTRINAL DEL CRITERIO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA, CON ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO SANITARIO.

En general, en los últimos años, el sistema objetivo de responsabilidad está siendo objeto de importantes críticas doctrinales[15] que insisten en la necesidad de matizar o limitar, incluso de suprimir en el ámbito sanitario, el pretendido carácter objetivo de la responsabilidad, esto es, no puede sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. El principio de responsabilidad sin culpa, como apunta Sánchez Morón[16], ha dado lugar a decisiones judiciales en las que se han acordado indemnizaciones millonarias por daños causados por la prestación del servicio público, aun cuando la actuación de la Administración y el personal a su servicio había sido diligente[17]. Desde la doctrina se insiste en los efectos perniciosos que ello conlleva, entre otros, la conversión de la Administración en aseguradora universal de todos los daños y el riesgo de paralización por temor a estas indemnizaciones.

De ahí que sean muchas las voces que demandan una matización de esta naturaleza objetiva. En algunos casos, se insiste en la necesidad de llevar a cabo una revisión legislativa en la que se limite el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración a algunos sectores o supuestos determinados, convirtiendo a

15 Entre los más tajantes el profesor Pantaleón Prieto que afirma: "la existencia de una responsabilidad objetiva general de las Administraciones Públicas no es algo jurídicamente necesario ni naturalmente justo". Pantaleón Prieto, A. F.: "Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas", *Documentación Administrativa*, 1994, núm. 237-238, p. 252 y *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración (hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas)*, Civitas, Madrid, 1995, p. 65-91; Mir Puigpelat, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema,* Edisofer, Madrid, 2ª ed., 2012 y "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", en AA.VV., *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: crisis y propuestas para el siglo XXI*, (coord.. por Ortiz Blasco, J. y Mahíllo García, P.), Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009, p. 33 a 51; Sánchez Morón, M.: *Derecho Administrativo*, cit., p. 951 a 953; Muñoz Machado, S.: "Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria (Con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil)", *Documentación Administrativa*, 1994, núm. 237-238, p. 263; Gamero Casado, E.: *Responsabilidad administrativa,* cit., p. 61-70; Parejo Alfonso, L.: *Lecciones de,* cit., p.854; Espinosa Fernández, F.: "II: 2. Objeto, fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria", en AA.VV, *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria* (coord.. por Zabala Guadalupe, J. J.), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 165-167; Coscuella Montaner, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 31ª ed., 2020, p. 621 y 622; Cueto Pérez, M.: "Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario", en AA.VV., *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo II (dirigida por T. Quintana López), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2013, p.1043; Beladíez Rojo, M.: *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, Tecnos, 1997; Doménech Pascual, G.: "Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?", *Revista de Administración Pública*, 2010, núm. 183, p. 179-231.

16 Sánchez Morón, M.: *Derecho Administrativo*, cit., p. 952.

17 *Id.*

la responsabilidad por culpa en la regla general[18]. En otros, se establecen causas de exoneración de acuerdo con diferentes criterios de interpretación[19].

Y, si esto se sostiene con carácter general, cuando estamos en el ámbito de la asistencia sanitaria pública[20], se afirma mayoritariamente que el criterio de la responsabilidad objetiva por funcionamiento normal suele "hacer aguas", respondiendo la Administración únicamente cuando el funcionamiento del servicio es anormal[21]. La Administración no puede garantizar en todo caso la salud o curación del paciente dado que la ciencia médica no es exacta y la enfermedad y la muerte son consustanciales a la naturaleza humana. Por tanto, no todo daño va a generar derecho a indemnización[22]. La Administración no está obligada a garantizar un resultado beneficioso para el paciente, lo que explica la inexistencia de un derecho a la curación, sino a una obligación de medios[23], esto es, hacer uso de todos los medios que estén a su alcance para la curación del mismo[24]. De lo contrario, la Administración terminaría convirtiéndose en una especie de aseguradora universal. Como advierte Mir Puigpelat: "someter al régimen de responsabilidad objetiva a un sector como es el sanitario, en el que se producen

18 Mir Puigpelat, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia,* cit.. y "La responsabilidad patrimonial de las", cit., p. 33 a 51; En opinión de Sánchez Morón nuestro sistema es demasiado abstracto y uniforme. Una revisión legal en este sentido permitiría adaptar nuestro régimen de responsabilidad patrimonial al del resto de los Estados de la UE. Sánchez Morón, M.: *Derecho Administrativo*, cit., p. 952-953.

19 Por ejemplo, cláusula de exoneración del deber de reparar si se ha actuado con arreglo al estándar de funcionamiento de los servicios públicos (Caraza Cristín, M. M.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos*, INAP, Madrid, 2016) o atendiendo al riesgo inherente al funcionamiento de los servicios públicos (Beladíez Rojo, M.: *Responsabilidad e*, cit., p. 92-133). Vid. Gamero Casado, E. Y Fernández Ramos, S.: *Manual básico,* cit., p.742-744.

20 No en vano, afirma Mir Puigpelat, las dudas sobre el actual sistema de responsabilidad patrimonial han surgido en el ámbito de la asistencia sanitaria pública. Mir Puigpelat, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000, p. 40.

21 López Menudo, F.: "Artículo 139", cit., p. 855; Pantaleón Prieto, A. F.: *Responsabilidad médica*, cit., p. 67 a 75; Mir Puigpelat, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, cit., p. 38-42 y «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones…», *op. cit.,* p. 33- 51. Para Cueto Pérez existe una verdadera excepción de la regla general de la responsabilidad objetiva. Cueto Pérez, M.: "Responsabilidad patrimonial", cit., p. 1044. En el mismo sentido, Martín Rebollo, L.: "Nuevas perspectivas", cit., p. 81 y 84; López Candela, J.E.: "El ámbito", cit., p. 91-127; González Morán, L.: "¿Crisis de la responsabilidad objetiva de las administraciones públicas?", y De montalvo Jääskeläinen, F.: "La doctrina de la prueba indubitada ¿Nueva vuelta al paradigma de la responsabilidad objetiva?", p. 173 a 181, los dos en AA.VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina* (dirigida por S. Adrother Biosca y F. De montalvo Jääskeläinen), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 57-184; Guerrero Zaplana, J.: *Las reclamaciones,* cit., p.153 y 162.

22 Guerrero Zaplana, J.: *Las reclamaciones,* cit., p.153 y 162.

23 López Candela siguiendo al profesor Pantaleón Prieto indica que dicha obligación de medios se traduce en: "A. Utilizar cuantos medios conozca la ciencia médica y estén a su disposición en el lugar donde se produce el tratamiento, realizando las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales. B. Informar al paciente del diagnóstico de la enfermedad y del pronóstico. C. Continuar el tratamiento al enfermo hasta que pueda ser dado de alta, advirtiendo de los riesgos de abandono del tratamiento." López Candela, J.E.: "El ámbito", cit., p. 115.

24 Gran parte de los problemas que surgen en torno a si el daño es antijurídico o no, y por tanto, se tiene el derecho a indemnización, surgen en el ámbito de los servicios sanitarios puesto que, como apunta Sánchez Morón, "es claro que no todo perjuicio es indemnizable -el Servicio de Salud debe garantizar que el paciente sea adecuadamente atendido, pero no garantiza su curación […]-, siempre podrá alegarse que se podía haber hecho más de lo que hizo para evitar un resultado de muerte, incapacidad, lesiones u otras secuelas ". Sánchez Morón, M.: *Derecho Administrativo*, cit., p. 960.

daños constantemente (de forma imprudente o no) puede generar un volumen indemnizatorio inasumible" que puede comportar la desmantelación del servicio público sanitario por bancarrota[25].

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TS ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DEL SERVICIO SANITARIO.

La jurisprudencia mayoritaria y más reciente, influenciada por esta corriente doctrinal, realiza una interpretación prudente y moderada de la norma. No puede sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 30 de septiembre de 2020[26]), que es lo que en puridad significaría la responsabilidad objetiva. Mucho menos en el ámbito de la asistencia sanitaria dado que la Administración debe garantizar que el paciente es adecuadamente atendido, pero no garantiza en todo caso su curación. De forma didáctica lo pone de relieve la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 30 septiembre 2020[27] que afirma con relación al consentimiento informado: "Lo realmente trascendente es que el paciente conozca las ventajas y los inconvenientes de la intervención quirúrgica, y que tampoco entienda la misma como una actuación que forzosamente ha de concluir en éxito. El paciente no es un robot, pero el facultativo tampoco es un dios, y la ciencia profesional no es, ni siempre ni necesariamente, de resultado exitoso". Por tanto, no todos los daños van a ser indemnizables ya que como afirman de forma constante nuestros tribunales: "el instituto de la responsabilidad no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales"[28].

La cuestión central radica en determinar cuando la lesión es antijurídica, esto es, cuando existe o no el deber de soportar el daño y, por ende, habría o no derecho a indemnización. El régimen de responsabilidad objetiva hace difícil y complejo encontrar una respuesta nítida, resolviéndose a veces en virtud de criterios circunstanciales. Como apunta Sánchez Morón, gran parte de los

25 Mir Puigpelat, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, cit., p. 39.

26 STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 30 de septiembre de 2020 (JUR 2020\290460), fundamento jurídico 6º: "Como afirma la sentencia de esta Sala de 26 de junio de 2008 (RJ 2008, 6525), recurso 4429/2004: ""... es también doctrina jurisprudencial reiterada, […] que "a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente, o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso"""."

27 STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 30 septiembre 2020 (JUR 2020\290460).

28 Consecuencia a la que se llegaría si el principio de responsabilidad objetiva es interpretado de forma radical (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 14 marzo 2005 (RJ 2005\3620); 24 enero 2006 (RJ 2006\733); 7 julio 2008 (RJ 2008\6872); 11 abril 2014 (RJ 2014\2612); 19 abril 2011 (RJ 2011\3643); 27 mayo 2011 (RJ 2011\4799) y las que en ella se citan).

problemas surgen en el ámbito de los servicios sanitarios pues aunque no todo daño es indemnizable "siempre podrá alegarse que se podía haber hecho más de lo que hizo para evitar un resultado de muerte, incapacidad, lesiones u otras secuelas[29]".

Nuestros tribunales, aunque aluden a que la responsabilidad patrimonial de la Administración (también, por tanto, la sanitaria) es de tipo objetivo y no se expresan en términos de culpabilidad, sino que se refieren a criterios como la antijuridicidad, razonan en verdad con la lógica de la imputación subjetiva[30] puesto que consideran la lesión antijurídica cuando:

El daño es consecuencia de la infracción de la lex artis ad hoc (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 20 noviembre 2012; 3 noviembre 2014; 6 mayo 2015; 19 mayo 2015 con cita de otras anteriores; 21 diciembre 2020 o 21 enero 2021[31]). Sólo habría responsabilidad si no se han empleado o no se han empleado de forma correcta todos los materiales, medios y técnicas que correspondían para la curación del enfermo conforme al estado de la ciencia médica actual, atendiendo además a las características propias del enfermo y a factores endógenos que pueden influir, esto es, hay una desviación de los criterios habituales o de los protocolos establecidos. En definitiva, se juzga bajo el parámetro de la diligencia debida o buena administración ya que se atiende a si se ha prestado el servicio de forma adecuada a los estándares habituales y normales de funcionamiento. El establecimiento de protocolos y guías médicas facilita la concreción de los criterios de medición de la diligencia exigible[32]. Así pues, sólo si hay infracción de la lex artis habría derecho a indemnización, en caso contrario, el daño no es antijurídico (lesión) y el perjudicado debe soportarlos.

b) La carga de la prueba en principio recae sobre el reclamante. En ocasiones, la jurisprudencia aplica la doctrina del daño desproporcionado o "resultado

29 Sánchez Morón, M.: *Derecho Administrativo*, cit., p. 960.

30 La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS en su sentencia de 3 marzo 2022 (RJ 2022\1064), f° j° 1°, citando muchas otras, reconoce que: "pese al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, la responsabilidad sanitaria, cuenta con un evidente componente subjetivo, que le aproxima a la responsabilidad por culpa del art. 1902 del Código Civil (LEG 1889, 27) , y el parámetro de comprobación es el "incumplimiento de la lex artis ad hoc"."

31 SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 20 noviembre 2012 (RJ 2013\304); 3 noviembre 2014 (RJ 2014\5658); 6 mayo 2015 (RJ 2015\3078); 19 mayo 2015 (RJ 2015\2448) con cita de otras anteriores; 21 diciembre 2020 (RJ 2020\5615) o 21 enero 2021 (RJ 2021\151).

32 Como ha señalado Panes Corbelle, "de todos modos, el problema es la determinación normativa del estándar o nivel de calidad de estos parámetros de normalidad de referencia, debidamente objetivados y capaces de servir de criterio de medición de la diligencia exigible, para lo que se hace preciso acudir, además de a los protocolos médicos, a otros criterios moduladores de la «lex artis» que determinan la corrección de la conducta exigible al profesional sanitario, tales como el consentimiento informado, el estado de los conocimientos de la ciencia […].» Panes Corbelle, L. A.: "Responsabilidad patrimonial de los Servicios de Salud", en AA.VV., *Tratado de Derecho Sanitario,* Volumen II, (dirigida por A. Palomar Olmeda y J. Cantero Martínez), Thomson-Reuters (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 85.

clamoroso[33]". Si se ha producido un resultado dañoso desproporcionado en relación a la entidad de la intervención, inesperado y no explicado coherentemente por la Administración sanitaria demandada, se presume que ha habido una conducta negligente[34] y contraria a la lex artis. Será la Administración la que tendrá que aportar prueba suficiente en contrario, en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 30 septiembre 2011; 19 septiembre 2012; 4 diciembre 2012; 6 abril 2015; 19 mayo 2016[35]). Se trata pues de una presunción de culpa (funcionamiento anormal del servicio), sobre la base de la acreditación del daño desproporcionado y desligado causalmente de la dinámica ordinaria de los hechos y de los riesgos típicos, que admite prueba en contrario, o de una inversión de la carga de la prueba[36]. Como apunta López Candela, "en modo alguno ello significa que se haya acogido la tesis de admitir una responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal de los servicios públicos, esto es, sin culpa del funcionario actuante"[37]. La doctrina del daño desproporcionado no constituye una manifestación del principio de responsabilidad objetiva[38].

c) Otro criterio tenido en cuenta por la jurisprudencia es si se obtuvo del paciente el consentimiento informado[39] a través del cual se asumen los riesgos típicos o estadísticos de un tratamiento o intervención y se le informan de las distintas alternativas, posibilidad de complicaciones… En nuestro ordenamiento jurídico se reconoce la autonomía de la voluntad del paciente que tiene facultad para decidir libremente, con carácter general[40], sobre las medidas terapéuticas y

33 Similar al "res ipsa loquitur" (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla "Anscheinsbeweis" (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la "faute virtuelle" (culpa virtual) en la doctrina francesa.

34 Según Gamero Casado Y Fernández Ramos se trata de daños que no cabe esperar de una determinada actuación administrativa, por ejemplo, un niño sufrió daños cerebrales irreparables al habérsele suministrado *Urbasón* por vía intravenosa antes de someterle a una operación de vegetaciones, sufriendo parada cardiorrespiratoria (STS 19 mayo 2016 (RJ 2016\3083)). Gamero Casado, E. Y Fernández Ramos, S.: *Manual básico,* cit., p. 739.

35 SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 30 septiembre 2011 (RJ 2012, 1034); 19 septiembre 2012 (RJ 2012\9194); 4 diciembre 2012 (RJ 2013\611); 6 abril 2015 (RJ 2015\1508) o 19 mayo 2016 (RJ 2016\3083).

36 López Candela, J.E.: "El ámbito", cit., p. 94, 95 y 117. Según López Candela: En todo caso, tales figuras no suponen una inversión de la carga de la prueba, escasamente aplicada en un principio en el ámbito de la responsabilidad médica conforme al carácter de obligación de medios de la prestación sanitaria, Ibid., p. 117.

37 Ibid., p. 94.

38 Ibid., p. 116.

39 Los criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad por ausencia o deficiencia de consentimiento informado han evolucionado desde la consideración de que no hay indemnización si el daño no está causalmente vinculado a la ausencia de consentimiento informado, pasando por la teoría del desplazamiento del riesgo a la teoría del daño moral y su combinación con la teoría de la pérdida de oportunidad. Vid. Cadenas Osuna, D.: *El consentimiento informado y la responsabilidad médica,* BOE, Madrid, 2018; Galán Cortés, J. C.: *Responsabilidad civil médica*, Civitas (Thomson Reuters), Cizur Menor (Navarra), 8ª ed., 2022, p. 819-1125; Guerrero Zaplana, J.: "Responsabilidad y consentimiento informado", en AA.VV., *Tratado de Derecho Sanitario,* Volumen II, (dirigida por A. Palomar Olmeda y J. Cantero Martínez), Thomson-Reuters (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 145 a 172.

40 Existen, no obstante, algunos límites legales en los que se pueden realizar intervenciones clínicas, sin contar con el consentimiento del paciente, entre ellos, de acuerdo con el art.9.2 de la Ley 41/2002, de

tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. En definitiva, prestar el consentimiento en materia médica[41]. Para poder hacerlo de forma libre, voluntaria y vinculante, es necesario que el paciente sea previa y adecuadamente informado (artículos 2 y 3[42] de la LBAP).

Es doctrina constante que el consentimiento informado es presupuesto y elemento de la lex artis ad hoc, su falta o deficiencia supone una quiebra de la lex artis, que dará derecho a la correspondiente indemnización. Por todas, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 4 febrero 2021[43] señala que la vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la lex artis ad hoc, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan, que es susceptible de determinar el derecho a la correspondiente indemnización por el daño moral que supone la privación al paciente de la capacidad de decidir fundadamente. Insiste la sentencia en que: "el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la "lex artis" y revela una manifestación anormal del servicio sanitario" que, además, tiene autonomía[44]. Por tanto, se atiende a criterios como la diligencia o la lex artis más próximos a un sistema de responsabilidad culpabilístico.

Asimismo, se tendrá la obligación de soportar el daño inherente al riesgo de una intervención médica o quirúrgica si se ha prestado debidamente el consentimiento informado a través del cual se asume. Por tanto, no habría derecho

14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante LBAP), cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible su autorización ni la de familiares o personas vinculadas de hecho a él.

41 Así lo define la STC 37/2011, de 28 marzo (RTC 2011\37).

42 Define el consentimiento informado como "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud".

43 STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 4 febrero 2021 (RJ 2021\721). En el mismo sentido: STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 15 de marzo de 2018 (RJ 2018\1507).

44 En el mismo sentido que la STS 4 febrero 2021 (RJ 2021\721), la STS 26 mayo 2015 (RJ 2015\3132), afirma en su fundamento jurídico 4º: "Sobre la falta o ausencia del consentimiento informado, este Tribunal ha tenido ocasión de recordar con reiteración que "tal vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la lex artis ad hoc, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan ". De esta forma, " causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente; o, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información solo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencias de 2 octubre 2012 (RJ 2012, 9270) , recurso de casación núm. 3925/2011 ó de 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 300) , recurso de casación núm. 4598/2011, con cita en ambos casos de numerosos pronunciamientos anteriores).» (En el mismo sentido, STS 16 de mayo de 2012 (RJ 2012\6781) y todas las que en ella se citan).

a indemnización (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 20 mayo 2014 o 14 octubre 2002[45]). Por el contrario, sería antijurídico y existiría responsabilidad si faltara o fuera insuficiente la información y el consentimiento (por todas, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 24 abril 2015[46]. El criterio del TS es que si existe un riesgo asumido por el administrado, no hay responsabilidad de la Administración[47].

En este sentido, con relación a los daños derivados de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, con carácter mayoritario, elude la aplicación de la normativa de consumo. Para sustentar la responsabilidad suele acudir a criterios como la infracción de la lex artis, si no se adoptaron todas las prevenciones profilácticas que los protocolos médicos aconsejan para evitar la infección nosocomial o a la ausencia de consentimiento informado sobre tales riesgos que entraña en sí mismo una infracción de la lex artis y que, por tanto, el paciente no tendría el deber de soportar (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 22 noviembre 2010; 4 febrero 2021[48]). Por tanto, más próximo a la "subjetivización". La Sala de lo Civil, sin embargo, aplica el régimen de responsabilidad objetiva derivado del art. 148 del TRLCU que exige que el servicio sanitario se preste garantizando determinados niveles de seguridad, por tanto, el hecho de haber prestado el consentimiento informado a ese riesgo no excluye la responsabilidad, siempre que exista nexo causal entre la infección y la estancia hospitalaria (por todas, STS (Sala de lo Civil), 18 julio 2019[49]).

La jurisprudencia, no obstante, viene matizando la doctrina de la lex artis mediante la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad[50]. La privación de expectativas (grado de probabilidad de la oportunidad perdida) sería un daño antijurídico que no se tiene el deber jurídico de soportar. Hay responsabilidad cuando el daño podría (es una probabilidad, no una certeza absoluta[51]) haberse evitado o aminorado con el tratamiento o actuación médica omitida que es conocida y aplicada en ocasiones, aunque no sea generalizada e ineludible (SSTS

45 STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 20 mayo 2014 (RJ 2014\2821) o 14 octubre 2002 (RJ 2003\359).

46 STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 24 abril 2015 (RJ 2015\2187).

47 López Candela, J.E.: "El ámbito", cit., p. 113.

48 SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 22 noviembre 2010 (RJ 2010\8620); 4 febrero 2021 (RJ 2021\721).

49 STS (Sala de lo Civil), 18 julio 2019 (RJ 2019, 3471).

50 Sobre la teoría de la pérdida de oportunidad, Vid. Medina Alcoz, L.: *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado,* Thomson-Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007 y "La teoría de la pérdida de oportunidad", *Revista española de la función consultiva*, 2011, núm. 16, p. 97-112; Ojeda Cubero, C.: *Bases para redefinir un análisis doctrinal y jurisprudencial de la teoría de la pérdida de oportunidad sanitaria en el Derecho español. Sus límites y cuantificación del daño.* Tesis doctoral, Universidad Católica de Valencia, 2020.

51 Se ha de justificar la probabilidad de que hubiera cambiado el resultado (aunque no con certeza), de lo contrario, no habría responsabilidad (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 3 julio 2012 (RJ 2012\10451); 26 septiembre 2014 (RJ 2014\5048)).

(Sala de lo Contencioso-Administrativo), 16 febrero 2011; 22 mayo 2012; 26 septiembre 2014 y las que en ellas se citan; 6 febrero y 20 marzo 2018 o 14 mayo 2020[52]). Siguiendo a Sánchez Morón: "la oportunidad perdida indemnizable debe ser cierta y concreta, es decir, referirse a una probabilidad consistente y justificable de curación con método distinto del utilizado, y no una simple hipótesis teórica. En tales casos, sin embargo, la jurisprudencia suele estimar procedente una indemnización reducida[53]". El daño indemnizable será más reducido puesto que no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la privación de la expectativa de curación, esto es, hay que reducir del montante la probabilidad de que el daño se hubiera igualmente producido actuando de forma diligente[54].

La jurisprudencia viene aplicando la teoría de la pérdida de oportunidad en casos de error o retraso en el diagnóstico o tratamiento[55]; en casos de omisión o deficiente información en el consentimiento informado que priva al paciente de la posibilidad de evitar o aminorar el resultado optando por otras alternativas (no someterse a la intervención, retrasarla, consultar a otro especialista, otro centro hospitalario…) (por todas, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 8 abril 2016 o 15 marzo 2018[56]); o en casos de enfermedades o malformaciones del feto de las que los progenitores no tuvieron conocimiento porque no se practicaron los diagnósticos prenatales pertinentes o no fueron debidamente informados, y que les ocasiona un daño moral ya que les priva de la posibilidad de optar por una interrupción voluntaria del embarazo (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 30 junio 2006; 14 marzo 2007; 27 de octubre de 2010; 25 mayo 2010 o 20 noviembre 2012[57]).

52 SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 16 febrero 2011 (RJ 2011\1490); 22 mayo 2012 (RJ 2012, 6930); 26 septiembre 2014 (RJ 2014\5048) y las que en ellas se citan; 6 febrero y 20 marzo 2018 (RJ 2018\385) (RJ 2018\1376) o 14 mayo 2020 (RJ 2020\1110).

53 Sánchez Morón, M.: *Derecho Administrativo*, cit., p. 960.

54 Así lo afirma la jurisprudencia. El daño indemnizable "no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente." (SSTS 24 noviembre 2009 (RJ 2009, 8082), f°j° 7°; 27 septiembre 2011 (RJ 2012\939) y todas las que en ella se citan; 2 enero 2012 (RJ 2012\2) o 3 diciembre 2012 (RJ 2013\582)). A la hora de valorar el daño entran en juego dos elementos: el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo (SSTS 19 octubre 2011 (RJ 2012, 1298); 22 mayo 2012 (RJ 2012, 6930); 27 noviembre 2012 (RJ 2013\437) o 26 septiembre 2014 (RJ 2014\5048)).

55 Vid. Supra sentencias citadas.

56 STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 8 abril 2016 (RJ 2016,1328) o 15 marzo 2018 (RJ 2018\1507).

57 SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 30 junio 2006 (RJ 2006\6580); 14 marzo 2007 (RJ 2007\1750); 27 de octubre de 2010 (RJ 2010\7702); 25 mayo 2010 (RJ 2010\5227) o 20 noviembre 2012 (RJ 2013\2430).

La jurisprudencia suele ligar esta teoría al retraso o error en el diagnóstico y tratamiento y/o a la infracción del deber de otorgar debidamente el consentimiento informado, lo que la aleja del régimen de responsabilidad objetiva[58].

Sentado lo anterior, son excepcionales los casos de estimación de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública basados en el funcionamiento normal del servicio sanitario, al margen de cualquier tipo de culpa[59]. En un primer estadio jurisprudencial la aplicación del principio de responsabilidad sin culpa dio lugar a pronunciamientos judiciales excesivos en los que se reconoció la indemnización por el simple hecho de demostrar la relación de causalidad entre la asistencia sanitaria y el resultado dañoso. Recuérdese la muy criticada STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 14 junio 1991[60]. Estas críticas influenciaron claramente en la jurisprudencia que empezó a llevar a cabo una interpretación más prudente y moderada de la norma, introduciendo criterios de corrección (como la lex artis, doctrina del daño desproporcionado…) que modulan el carácter objetivo de la responsabilidad.

También se han llegado a reconocer indemnizaciones por funcionamiento normal en los casos de infecciones por virus VIH y por hepatitis C (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 31 mayo 1999[61]). A veces se señala que es un caso fortuito y como tal no se excluye de la responsabilidad patrimonial ya que sólo se exonera en los supuestos de fuerza mayor[62]. Esta doctrina fue posteriormente abandonada por la contraria, que ya está suficientemente consolidada (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 25 noviembre 2000, 12 julio 2005, 10 mayo 2006[63]). Precisamente este tipo de reclamaciones están en el origen del art. 34.1 de la LRJSP (anterior, art. 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen

58 López Candela, J.E.: "El ámbito", cit., p. 118.

59 López Menudo, F.: "Artículo 139", cit., p. 855; González Pérez, J. y González Navarro, F.: *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común. (Ley 30-1992, de 26 de noviembre)*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 5ª ed., 2012, p. 2171.

60 STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 14 de junio de 1991 (RJ 1991\5115).
Pantaleón Prieto, A. F.: "Los anteojos", cit., p. 240 y ss y *Responsabilidad médica,* cit., p. 65 y ss; Martín Rebollo, L.: "Nuevas perspectivas", cit., p. 81 y 84; Mir Puigpelat, O.: "Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)", *REDA*, 2008, núm. 140, p. 629-652 y *La responsabilidad patrimonial*, cit., p. 38.

61 STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 31 mayo 1999 (RJ 1999\6154) señala en su fundamento jurídico 5º: "Todo lo cual se halla en perfecta coherencia con la teoría directriz, matriz disciplinar o paradigma (tomando esta palabra en su sentido filosófico: teoría de teorías) de la responsabilidad objetiva, que inspira nuestro vigente derecho administrativo desde hace casi cincuenta años, conforme a la cual la antijuridicidad se predica del efecto o resultado dañoso, y no del sujeto que causa ese daño. Y lo objetivo aquí es que el enfermo ingresó en el centro médico con un politraumatismo y salió con las secuelas propias del accidente y, además, con una hepatitis derivada de la transfusión. El hecho puede ser fortuito, pero del caso fortuito responde la Administración, aunque obviamente no quepa imputar aquí, por lo que nos consta, culpa alguna al personal sanitario. Y es sabido que para exigir responsabilidad extracontractual a la Administración pública no hace falta que medie culpa. Precisamente porque el ordenamiento la configura como responsabilidad objetiva".

62 López Candela, J.E.: "El ámbito", cit., p. 107 y 108.

63 SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 25 noviembre 2000 (RJ 2001\550), 12 julio 2005 (RJ 2005\9598), 10 mayo 2006 (RJ 2006\3959).

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que se introdujo en 1999[64]) en el que se excluye la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando los daños deriven de "hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos." De esta forma, se positiviza la cláusula de los riesgos del progreso o del desarrollo que excluye la antijuridicidad del daño, teniendo el perjudicado el deber jurídico de soportarlos[65]. Este precepto ha sido aplicado profusamente en materia sanitaria, especialmente, para excluir las indemnizaciones en las reclamaciones derivadas de los contagios de VIH (por todas, STS 23 febrero 2004[66]) y hepatitis C (por todas, STS 13 julio 2007[67]). Cuando empezó a detectarse la existencia de estos virus, no había pruebas médicas que permitieran determinar si las reservas de bancos de sangre estaban contaminadas, por lo que se contagió el virus mediante transfusiones de sangre realizadas en los hospitales sin conocimiento de que estaba contaminada[68].

Coincidimos con López Candela en que esta cláusula viene a demostrar "que en el ámbito sanitario no puede hablarse de responsabilidad objetiva o por funcionamiento normal a la vista de los intereses públicos y privados concurrentes[69]".

V. CONCLUSIONES.

De todo lo expuesto cabe concluir que, al margen de algunos casos muy excepcionales, a pesar de lo que afirma la norma, la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria no es realmente de tipo objetivo, es más, se puede

64 Cláusula que se introdujo en virtud de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

65 El fundamento de la modificación era según la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999: "matizar los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a responsabilidad". Al tratarse de un daño imprevisible o inevitable nos encontraríamos ante un supuesto de fuerza mayor, no existiría un daño antijurídico ni responsabilidad de la Administración. De ahumada Ramos, F. J.: *La responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los Servicios Públicos*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 590. Sin embargo, otra parte de la doctrina considera que se trata más bien de supuestos de caso fortuito, por tanto, los defectos serían indemnizables por funcionamiento normal y responsabilidad por riesgo. López Candela, J.E.: "El ámbito", cit., p. 104. En relación con los casos de transmisión del VIH y hepatitis C: Vid. Cueto Pérez, M.: *Responsabilidad de,* cit., p.241, 242, 361 y 362. Especialmente crítico con este precepto se ha mostrado Jordano Fraga, J.: "La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas", *RAP*, 1999, núm. 149, p. 321-336.

66 STS 23 febrero 2004 (RJ 2004\2236).

67 STS 13 julio 2007 (RJ 2007\4781)

68 Gamero Casado, E. Y Fernández Ramos, S.: *Manual básico,* cit., p. 739.

69 López Candela, J.E.: "El ámbito", cit., p. 104.

afirmar que el principio es más bien el contrario, indemnizándose sólo el daño por funcionamiento anormal del servicio. Como señaló Mir Puigpelat: "No se da efectividad, pues, al menos en materia sanitaria, al carácter objetivo de la responsabilidad administrativa[70]".

Esta posición crítica al sistema de responsabilidad objetivo, que es mayoritaria en la doctrina, especialmente cuando estamos en presencia del funcionamiento del servicio público sanitario, ha tenido una influencia clara en la evolución de la jurisprudencia, que salvo casos excepcionales, realiza una interpretación prudente y moderada de las normas legales en este sentido, recurriendo a criterios como la lex artis o el riesgo asumido, más próximos a un sistema subjetivo. Algo que es lógico si no se quiere convertir a la Administración en una aseguradora universal de todos los daños. Lo contrario podría derivar en un volumen indemnizatorio inasumible para la Administración, teniendo en cuenta la propia naturaleza de la ciencia médica y del ser humano. Ciertamente tanto el INGESA como la mayoría de los Servicios de Salud tienen suscritos contratos de seguro de responsabilidad civil para cubrir los riesgos derivados del posible pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por o con ocasión del funcionamiento del servicio público sanitario. De aplicarse estricto sensu el régimen objetivo de responsabilidad, se produciría un importante aumento de las primas, lo que acabaría repercutiendo sobre todos los contribuyentes[71], o existiría muy probablemente gran dificultad para encontrar compañías aseguradoras dispuestas a concertar este tipo de seguros[72].

No obstante lo anterior, entendemos que en determinados supuestos, como el de las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias en el que el paciente entra al hospital, por ejemplo, para que se le realice una intervención en la pierna y terminan teniéndosela que cortar a causa de haber contraído una infección nosocomial, debe haber una tendencia a la objetivación similar a la que rige en el orden civil. En estos casos, el paciente no debería tener el deber de soportar el daño y la Administración debería responder pese al funcionamiento normal del servicio.

70 Mir Puigpelat, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, cit., p. 38.

71 En el ámbito de la sanidad privada, los médicos cobran por prestar el servicio; de ahí que, el incremento de las primas probablemente repercutirá en el paciente mediante el incremento del precio del servicio. Sin embargo, en el ámbito de la sanidad pública, esa consecuencia recaerá sobre todos los contribuyentes ya que será la Administración Pública la que tendrá que pagar los mayores gastos derivados de las primas.

72 Ya en la actualidad, el alto número de contingencias cubiertas, la variabilidad –con difícil previsión actuarial- del importe de las indemnizaciones y el cambio en el baremo que dificulta el cálculo de las primas, lo convierten en un negocio con poca rentabilidad económica y a veces con riesgos demasiado elevados. De ahí que, hayan quedado desiertos diversos concursos y las Administraciones se hayan visto obligadas a incrementar las ofertas económicas para hacerlas atractivas y conseguir su adjudicación

BIBLIOGRAFÍA

Arcos Vieira, M. L.: "Infecciones nosocomiales: ni imprevisibles ni inevitables. Alcance del art. 148 TRLGDCU y carga de la prueba", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2021, núm. 115.

Beladíez Rojo, M.: *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, Tecnos, 1997.

Cadenas Osuna, D.: *El consentimiento informado y la responsabilidad médica,* BOE, Madrid, 2018.

Caraza Cristín, M. M.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos*, INAP, Madrid, 2016.

Coscuella Montaner, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 31ª ed., 2020.

Cueto Pérez, M.: *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- "Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario", en AA.VV., *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo II (dirigida por T. Quintana López), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2013.

De ahumada Ramos, F. J.: *La responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los Servicios Públicos*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

De montalvo Jääskeläinen, F.: "La doctrina de la prueba indubitada ¿Nueva vuelta al paradigma de la responsabilidad objetiva?", en AA.VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina* (dirigida por S. Adrother Biosca y F. De montalvo Jääskeläinen), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

Doménech Pascual, G.: "Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?", *Revista de Administración Pública*, 2010, núm. 183.

Enériz Olaechea, F. J.: "Un comentario sobre dos sentencias del Tribunal Constitucional que analizan la responsabilidad de la Administración pública por daños causados por especies cinegéticas", *Revista Aranzadi Doctrinal,* 2021, núm. 5.

Espinosa Fernández, F.: "II: 2. Objeto, fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria", en AA.VV, *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria* (coord.. por Zabala Guadalupe, J. J.), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

Fernández Pastrana, J. M.: *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Madrid, Civitas, 1984.

Fernández Rodríguez, T-R.: "Artículo 106.2: La responsabilidad patrimonial de la Administración", en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española. Tomo VIII, Artículos 97 a 112 (*dirigida por O. Alzaga Vilaamil), Edersa, Madrid, 1998.

Galán Cortés, J. C.: *Responsabilidad civil médica*, Civitas (Thomson Reuters), Cizur Menor (Navarra), 8ª ed., 2022.

Gamero Casado, E.: *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

Gamero Casado, E. Y Fernández Ramos, S.: *Manual básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 18ª ed., 2021.

García De enterría, E. Y Fernández, T-R.: *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 13ª Ed., 2013.

Garrido Falla, F.: *Comentarios a la Constitución,* Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001.

Gómez Ligüerre, C.: *Derecho aplicable y jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual,* Marcial Pons, Madrid, 2019.

González Morán, L.: "¿Crisis de la responsabilidad objetiva de las administraciones públicas?", en AA.VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina* (dirigida por S. Adrother Biosca y F. De montalvo Jääskeläinen), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

González Pérez, J. y González Navarro, F.: *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común. (Ley 30-1992, de 26 de noviembre)*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 5ª ed., 2012.

Guerrero Zaplana, J.: *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, Lex Nova, Valladolid, 5ª ed., 2006.

- "Responsabilidad y consentimiento informado", en AA.VV., *Tratado de Derecho Sanitario,* Volumen II, (dirigida por A. Palomar Olmeda y J. Cantero Martínez), Thomson-Reuters (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2013.

Jordano Fraga, J.: "La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas", *RAP*, 1999, núm. 149.

Leguina Villa, J.: *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1983.

López Candela, J.E.: "El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal con especial mención al servicio sanitario", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2008, núm. 15.

López Menudo, F.: "Artículo 139. Principios de la responsabilidad", en AA.VV., *Comentarios a la Ley 30/92* (dirigida por M. Sánchez Morón y N. Maurandi Guillén), Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2013.

Martín Rebollo, L.: "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica" *Documentación Administrativa*, 1994, núm. 237-238.

- "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* 2000, núm. 4. También está publicado en *RAP*, 2000, núm. 150.

- "Nuevas perspectivas de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario", *La Revista de Responsabilidad Médica*, 2015, núm. Enero. En http://www.defensamedica.org/revistaenero2015/ [Consultado el día 23 de noviembre de 2015].

Medina Alcoz, L.: *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado,* Thomson-Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

-"La teoría de la pérdida de oportunidad", *Revista española de la función consultiva*, 2011, núm. 16.

Mir Puigpelat, O.: "La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificaciones de la LRJPAC", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1999, núm. 4. En http://hdl.handle.net/10230/42931 [Consultado el día 13 de abril de 2020].

-*La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000.

-"Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)", *REDA*, 2008, núm. 140.

-"La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", en AA.VV., *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: crisis y propuestas para el siglo XXI*, (coord.. por Ortiz Blasco, J. y Mahíllo García, P.), Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009.

-*La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema,* Edisofer, Madrid, 2ª ed., 2012.

- "La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración", *RAP*, 2020, núm. 213.

Muñoz Machado, S.: "Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria (Con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil)", *Documentación Administrativa*, 1994, núm. 237-238.

Ojeda Cubero, C.: *Bases para redefinir un análisis doctrinal y jurisprudencial de la teoría de la pérdida de oportunidad sanitaria en el Derecho español. Sus límites y cuantificación del daño*. Tesis doctoral, Universidad Católica de Valencia, 2020.

Panes Corbelle, L. A.: "Responsabilidad patrimonial de los Servicios de Salud»", en AA.VV., *Tratado de Derecho Sanitario,* Volumen II, (dirigida por A. Palomar Olmeda y J. Cantero Martínez), Thomson-Reuters (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2013.

Pantaleón Prieto, A. F.: *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración (hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas)*, Civitas, Madrid, 1995.

- "Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas", *Documentación Administrativa*, 1994, núm. 237-238.

Parejo Alfonso, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 10ª ed., 2020.

Pemán Gavín, J.: *Derecho a la salud y administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I.: "La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común", *REDA*, 2018, núm. 195.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "Nuevas perspectivas de la responsabilidad administrativa (y III)", *Relaciones Laborales*, 1999, núm. 1. En www.laleydigital.es [Consultado el día 5 de febrero de 2020].

SÁNCHEZ LERÍA, R.: "La responsabilidad civil de los centros hospitalarios en supuestos de infecciones nosocomiales. Comentario a la STS, Sala de lo Civil, núm. 446/2019, de 18 de julio (RJ 2019, 3471)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2021, núm. 55. En aranzadidigital.es (Consultado el día 5 septiembre 2022).

SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 17ª ed., 2021,

SÁNCHEZ VALLE, M.R: *Responsabilidad sanitaria: fundamentos y conflictos de competencia*, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022.

INTELLIGENZA ARTIFICIALE E RESPONSABILITÀ CIVILE NEL SETTORE SANITARIO

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND CIVIL LIABILITY IN HEALTH SECTOR

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1852-1885

Francesca
FERRETTI

ARTICOLO CONSEGNATO: 10 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il contributo in esame, dopo aver descritto alcuni dei possibili impieghi delle intelligenze artificiali in sanità (a scopo clinico, protesico-riabilitativo e assistenziale), si sofferma sulla disciplina applicabile ai danni subiti dal paziente durante l'erogazione della prestazione medica resa attraverso i dispositivi robotici. Oltre alle norme appositamente previste nella Legge Gelli-Bianco, saranno esaminate possibili opzioni ricostruttive ricavate dall'interpretazione evolutiva delle ipotesi di responsabilità civile contenute nel codice civile, affiancate da quelle in tema di product liability. Si procede poi all'analisi critica, in una prospettiva de iure condendo, della recente proposta di direttiva europea sulla responsabilità extracontrattuale da intelligenza artificiale, e del possibile impatto sul regime nazionale della responsabilità del medico e della struttura sanitaria.

PAROLE CHIAVE: Intelligenza artificiale; responsabilità sanitaria; risarcimento del danno; responsabilità da prodotto difettoso; approccio basato sul rischio.

ABSTRACT: *The present contribution after describing some possible uses of artificial intelligence in healthcare sector (for clinical, prosthetic-rehabilitation and care purposes), focuses on the discipline applicable to the damage suffered by the patient during the provision of medical services rendered through robotic devices. In addition to the rules specifically provided for in the Gelli-Bianco Law, possible reconstructive options will be examined, starting from the civil liability hypotheses contained in the Civil Code through an evolutionary interpretation, and until those relating to product liability. The recent proposal for a European directive on non-contractual liability rules for artificial intelligence is then critically analysed from a de jure condendo perspective, together with its possible impact on the national regime of the responsibility of the doctor and the health structure.*

KEY WORDS: *Artificial intelligence; medical liability; damages; product liability; risk-based approach.*

SOMMARIO.- I. INTRODUZIONE. L'ETÀ DELLA TECNOLOGIA. – II. L'IMPIEGO DELLA ROBOTICA E DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE IN SANITÀ. – 1. I possibili rischi da uso medico di A.I. – III. IL DOPPIO BINARIO DI RESPONSABILITÀ NELLA LEGGE GELLI-BIANCO. - IV. AI E CODICE CIVILE: ALCUNE IPOTESI RICOSTRUTTIVE. - V. LA RESPONSABILITÀ DEL PRODUTTORE DI MEDICAL DEVICE INTELLIGENTI. - 1. La nuova proposta di direttiva e le possibili ricadute sul piano probatorio. – 2. Paziente (anche) consumatore? - VI – PROSPETTIVE DI RIFORMA EUROUNITARIE. – VII CONCLUSIONI.

I. INTRODUZIONE. L'ETÀ DELLA TECNOLOGIA.

L'età della tecnica, che l'uomo attraversa da secoli[1], conosce oggi un momento cruciale della sua evoluzione. L'attività tecnica, nata come rimedio all'insufficienza biologica dell'uomo e come strumento di soddisfacimento dei suoi bisogni, è stata progressivamente sostituita, per importanza, dal prodotto della stessa, rappresentato dalle tecnologie. Esse, da strumenti utili all'uomo, sono diventate protagoniste dell'azione, collocandosi all'interno di innumerevoli dibattiti in tutti i campi del sapere, al punto tale da meritarsi l'attributo di dispositivi "intelligenti[2]". Non è casuale, infatti, che il fenomeno più evidente di quella che è stata definita, già da qualche anno, una "nuova rivoluzione industriale[3]" sia rappresentato dall'intelligenza artificiale, nota anche attraverso l'acronimo di A.I. Questa espressione descrive un insieme di programmi e sistemi con funzioni, struttura e capacità molto diverse tra loro; in estrema sintesi, si tratta strumenti in grado di svolgere, in maniera simile agli esseri umani, attività di apprendimento e di assunzione di decisioni, al fine di raggiungere obiettivi specifici[4], con l'utilizzo di

1 Cfr. in argomento, Di Ciommo, F.: *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Esi, Napoli, 2003, pp. 1-59; Negri, A.: "Modernità e tecnica", in Aa. Vv.: *Le dimensioni della modernità* (a cura di L. Pellicani), Seam Formello, Roma, 1999, pp. 281-282 osserva che: "Se si parte dalla convinzione, propria di certa antropologia filosofica e certamente non poco fondata, che «la tecnica è vecchia quanto l'uomo» o che l'uomo è «a nativitate tecnico», riesce poco agevole privilegiare un'era in quanto per eccellenza (…), storicamente determinata e cronologicamente delimitata".

2 C'è chi dubita della correttezza dell'impiego dell'uso del termine 'intelligenza' in questi contesti, sottolineando la contraddittorietà dell'attribuzione alla macchina della dote propria dell'umanità in quanto tale. Cfr. Mello, P. "Intelligenza artificiale", in Aa. Vv.: *Dizionario interdisciplinare di Scienza e Fede*, (a cura di G. Tanzella-Nitti, e A. Strumia, A.), Urbaniana University Press, Roma, 2002, p. 767; Finocchiaro, G.: "Intelligenza artificiale e responsabilità", *Contr. impr.*, 2020, p. 724, rileva che "già utilizzare questo termine induce a sviluppare la narrazione in termini antropomorfici".

3 Così la Risoluzione del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, (2015/2103/INL), p.1: "Considerando che l'umanità si trova ora sulla soglia di un'era nella quale robot, bot, androidi e altre manifestazioni dell'intelligenza artificiale sembrano sul punto di avviare una nuova rivoluzione industriale, suscettibile di toccare tutti gli strati sociali, rendendo imprescindibile che la legislazione ne consideri le implicazioni e le conseguenze legali ed etiche, senza ostacolare l'innovazione". Per un commento alla risoluzione, v. Amidei, A.: "Robotica intelligente e responsabilità: profili e prospettive del quadro normativo europeo", in Aa. Vv., *Intelligenza artificiale e responsabilità* (a cura di U. Ruffolo), Giuffrè, Milano, 2017, pp. 63-106.

4 Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni dal titolo "L'intelligenza artificiale per l'Europa", Bruxelles, 25 aprile 2018. La Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti

• Francesca Ferretti
Doctoranda en Legal and Social Sciences,
Curriculum in Civil Law and Constitutional Legality
Universidad de Camerino, Italia
francesca.ferretti@unicam.it; francescaferretti1995@gmail.com

meccanismi a complessità crescente, prevalentemente di "machine learning" o "deep learning". Grazie al primo gruppo di tecniche, l'AI è in grado di migliorare, attraverso la propria esperienza, le proprie prestazioni, perfezionando il modello da impiegare per predire gli esiti delle questioni poste in precedenza[5]. L'apprendimento profondo, quale "species" più avanzata del "machine learning" si avvale di reti neurali che, imitando il funzionamento del cervello umano, permette alla macchina di apprendere in modo automatico e non supervisionato da dati casuali, non precedentemente strutturati e catalogati[6].

Com'è stato condivisibilmente evidenziato, è il procedimento automatizzato ed immateriale a rappresentare il tratto caratterizzante dell'intelligenza artificiale, non il "corpus mechanicum", oggetto di studio da parte della robotica, il settore dell'ingegneria specializzato nella progettazione e costruzione di robot[7]. Nell'opportunità della distinzione tra "macchine embodied" e "non embodied", rispettivamente dotate o prive di un corpo fisico, le questioni giuridiche più complesse sono quelle sollevate dai robot intelligenti, che rappresentano il connubio tra i prodotti delle due scienze, sintesi di artefatti robotici e cervello algoritmico[8]. Anche secondo il gruppo di esperti ad alto livello sull'Intelligenza Artificiale[9] "la robotica può essere definita come IA in azione nel mondo fisico (anche chiamata IA incorporata)".

L'impiego di questi strumenti ha coinvolto innumerevoli ambiti dell'attività umana, tra cui, a titolo esemplificativo, quelli della giustizia, del trasporto, dell'energia.

In relazione al primo profilo, si discute, già da qualche anno, del delicato rapporto tra i rischi e i benefici della "giustizia predittiva", e non sono mancati, anche in Italia, alcuni progetti finalizzati all'introduzione dell'AI nella giustizia[10]. Nel

Connessi adottata nei giorni 3 e 4 dicembre 2018 dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (Cepej) la definisce (p. 47) come "l'insieme di metodi scientifici, teorie e tecniche finalizzate a riprodurre, mediante le macchine, le capacità cognitive degli esseri umani. Gli attuali sviluppi mirano a far svolgere alle macchine compiti complessi precedentemente svolti da esseri umani".

5 Mitchell, T.M.: *Machine Learning*, McGraw Hill education, Boston, 1997, p. 2.

6 Goodfellow, I., Bengio, Y., Courville, A.: *Deep Learning*, Mit Press, Cambridge, 2016, p. 8.

7 Il termine "robot" è stato impiegato per la prima volta in RUR (Rossum's Universal Robots), una commedia del 1921, dal drammaturgo K. Capec, e deriva dal ceco "robota", ossia lavoro forzato. Capec, K.: *R.U.R., Rossum's Universal Robots*, Praga, 1920 (trad. a cura di A. Catalano, Marsilio, Padova, 2015). Il termine è stato reso celebre da Asimov, al quale si deve la formulazione delle tre leggi sulla robotica, contenute per la prima volta nel racconto "Runaround" (circolo vizioso). Cfr. Asimov I.: *Runaround in Astouding Science Fiction*, Street & Smith, New York, 1942; Id., *I Robot*, Collins, Londra, 1968.

8 La classificazione si deve a Cingolani, R., Andresciani, D.: "Robots, macchine intelligenti e sistemi autonomi: analisi della situazione e delle prospettive", in Aa. Vv.: *Diritto e intelligenza artificiale* (a cura di G. Alpa), Pacini, Pisa, 2020, p. 29.

9 High Level Expert Group on Artificial Intelligence, "A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines. Definition developed for the purpose of the AI HLEG's deliverables", 8 aprile 2019, p. 4.

10 Per approfondimenti, v. ex multis, Bichi, R.: "Intelligenza Artificiale tra "calcolabilità" del diritto e tutela dei diritti", *Giur. it.*, 2019, p. 1172; Battelli, E.: "Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice", *Giust. civ.,* 2020, pp. 281-319; Carratta, A.: "Decisione robotica e valori del processo", *Riv. dir. proc.*, 2020, pp. 491-514.

settore dei trasporti, l'AI è stata impiegata per il potenziamento dei droni (cd. RPAS, "Remotely piloted aircraft system"), utilizzabili non solo per operazioni di salvataggio, militari o di tutela dell'ambiente, ma anche per attività ludiche da parte di soggetti non esperti[11]; più in generale, il dibattito ruota intorno alla progettazione di "smart cars" a diversi livelli di automazione, sia self-driving, che deriverless, la cui diffusione genera problematici interrogativi etici prima ancora che giuridici[12]. L'AI svolge un ruolo essenziale anche nell'aumento dell'efficienza degli impianti produttivi, riducendo gli sprechi e favorendo la transizione verso forme di generazione e di distribuzione di energia più ecosostenibili[13].

II. L'IMPIEGO DELLA ROBOTICA E DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE IN SANITÀ.

Oltre agli ambiti precedentemente citati, le tecniche di AI hanno trovato ampio utilizzo anche in sanità, per l'espletamento di attività di natura clinica, riabilitativa-protesica, assistenziale[14]. Si pensi, in generale, alle tecniche di imaging, in grado di standardizzare i protocolli di acquisizione, raccogliere e confrontare una grande quantità di dati sanitari, nonché a tutti gli strumenti di telemedicina che consentono alle strutture sanitarie di erogare la prestazione sanitaria anche a distanza (telediagnostica) o di monitorare, successivamente, le condizioni del paziente.

Ad esempio, le microcapsule robotiche possono essere impiegate a fini terapeutici: è il caso della "PillCam Colon", diretta all'individuazione delle patologie intestinali in modo non invasivo ed indolore[15]. All'interno della categoria di dispositivi deputati al trattamento terapeutico, è possibile distinguere tra robot sostitutivi dell'attività chirurgica, e robot ausiliari alla stessa.

Alla prima categoria appartiene il sistema robotico "Cyberknife", impiegato nella radiochirurgia e deputato al trattamento oncologico, attraverso l'invio di radiazioni ionizzanti di elevata potenza, che evita al paziente la sottoposizione all'operazione chirurgica e che ha un impatto sui tessuti sani circostanti di gran lunga inferiore

11 In argomento, di recente, Damiani, E.: "L'utilizzo dei droni e le inerenti ricadute sul diritto della privacy e della responsabilità civile", *Dir. merc. Tecn.*, 18 marzo 2021; Id., "Privacy e utilizzo dei droni in ambito civile", *Eur. J. Privacy L. & Techn*, 2021, pp. 157-179.

12 Di recente, v. ampiamente Al Mureden, E., Calabresi, G.: *Driverless cars. Intelligenza artificiale e futuro della mobilità*, Zanichelli, Bologna, 2021, p. 1 ss; Al Mureden, E: "Autonomous cars e responsabilità civile tra disciplina vigente e prospettive de iure condendo", *Contr. impr*, 2019, pp. 895-924.

13 Sul tema della sostenibilità, cfr. per tutti, Caterini, E.: *L'intelligenza artificiale e il processo di socializzazione del diritto civile,* Esi, Napoli, 2020 p. 112; Pennasilico, M.: "La «sostenibilità ambientale» nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello 'sviluppo umano ed ecologico'", *Riv. quadr. dir. amb.,* 2020, pp. 4-61.

14 Si aderisce alla classificazione effettuata da Iagnemma, C.: "I robot medici: profili problematici in tema di alleanza terapeutica e responsabilità penale", *Corti supreme e salute*, 2020, p. 188; De Rosa, G.: "I robot medici", in *Smart, la persona e l'infosfera* (a cura di U. Salanitro), Pacini, Pisa, 2022, p. 115-138., spec. p. 119.

15 Cfr. Sieg A., Friedrich K., Sieg U.: "Is PillCam Colon capsule endoscopy ready for colorectal cancer screening? A prospective feasibility study in a community gastroenterology practice", *Am. J. Gastr.*, 2009, pp. 848-854.

rispetto alle tecniche di radioterapia tradizionali. In ambito chirurgico (Computer Aided Surgery), il più noto ed evoluto sistema robotico di tecnologia mininvasiva è rappresentato dal robot "Da Vinci", capace di agevolare notevolmente l'esecuzione della prestazione del chirurgo. Il medico, collocato a distanza rispetto al piano operatorio, seduto su una postazione dotata di monitor e comandi, non esegue manualmente l'operazione chirurgica, ma si limita a muovere le braccia del robot, collegate a strumenti endoscopici, più precisi e meno invasivi rispetto alla mano umana[16]. La chirurgia robotica si è di recente avvalsa anche del supporto dell'anestesia roboticamente assistita: tramite una piattaforma automatizzata è possibile controllare i livelli di somministrazione dei farmaci anestetici, valutandone ogni istante le dosi all'interno di un sistema informatico a circuito chiuso.

Inoltre, nella fase post-operatoria e di riabilitazione, il paziente può essere supportato[17], in ambiente sia clinico che domestico, da tecnologie assistive all'esecuzione della terapia, attraverso sistemi di ausilio alla coordinazione motoria e al controllo del movimento, come nel caso di danni da ictus[18]. I meccanismi di neuro-riabilitazione si basano su interfacce robotiche controllate dall'algoritmo (come accade nel sistema Lokomat) in grado di adattarsi al percorso di guarigione del paziente, adeguando il trattamento (cd. modalità "tailormade") alle sue esigenze, mutevoli nel corso della convalescenza. Altri robot, spesso con sembianze umanoidi, non solo sono in grado di coadiuvare il personale infermieristico e i "caregivers" umani nello svolgimento di attività paramediche (come spostare i pazienti da un letto all'altro, medicare e applicare bendaggi[19]), ma anche di instaurare relazioni di compagnia – "latu sensu" affettive – con persone anziane[20] (cd. robot sociali).

16 Datteri, E.: "Danni senza anomalie: questioni di responsabilità nella robotica medica", *Inf. dir.*, 2010, pp. 59-77; v. per approfondire la casistica riportata da Borden, L.S., Kozlowski, P.M, Porter, C.R., Corman, J.M.: "Mechanical Failure Rate of Da Vinci Robotic System", *The Canadian J. Urology*, 2007, pp. 3499-3507.

17 Il tema degli esoscheletri non è una tematica molto recente; i primi prototipi furono realizzati negli anni Sessanta. Un recente progetto che ha portato notevoli sviluppi nel campo degli esoscheletri è HAL (Hybrid Assistive Leg) dell'Università di Tsukuba in Giappone, finalizzato al potenziamento e alla riabilitazione. V. Sankai Y., Hal, "Hybrid assistive limb based on cybernetics", in *Robotics Research* (a cura di M. Kaneko, Y. Nakamura), Berlino, Springer, 2010, pp. 25-34; per una revisione dello stato dell'arte si veda Lo, H.S., Xie, S.Q.: "Exoskeleton robots for upper-limb rehabilitation: state of art and future prospects", *Med. Eng. and phys.,* 2012, pp. 261-268.

18 Per una rassegna sull'uso di sistemi robotici a seguito di lesioni neurologiche, v. Marchal-Crespo L., Reinkensensmeyer, D.J.: "Review of control strategies for robotic movement training after neurologic injury", J. *of neuroengineering and rehabilitation*, 2009, p. 20.

19 Ci si riferisce, nel primo caso, al sistema C-PAM, sviluppato dalla Daihen Co. Ltd (cfr. Wang, H., Kagasami, F. : "A patient transfer apparatus between bed and stretcher", *Systems, Man and Cybernetics, Part N; Cybernetcis, IEEE Transactions on*, 2008, pp. 60-67), e nel secondo, a PERROB, sviluppato dalla Vision Dynamics.

20 Bertolini, A.: "Human-Robot Interaction and Deception", *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, pp. 645-659, spec. 654; Shakey, A.: "Robots and human dignity: a consideration of the effects of robot care on the dignity of older people", *Et. Inf. Tecnh.*, 2014, pp. 63,75; Sharkey, A., Sharkey, N.: "Granny and the robots: ethical issues in robot care for the elderly", *ivi*, 2012, p. 411. SI possono ricordare alcuni casi noti alle cronache, come iCub, un robot al servizio degli anziani. Presentato oggi dallo Spi Cgil, in https://www.quotidianosanita.it), 22 aprile 2016, o Sophia, il robot progettato da una società di Hong Kong per conversare e tenere compagnia agli anziani, cui è stata attribuita la cittadinanza dall'Arabia Saudita, utilizzata anche per l'assistenza ai malati di coronavirus, cfr. Sofia cura i malati di Covid-19, in https://www.italiaoggi.it, 27 gennaio 2021.

Pur nella complessità ed estrema varietà dei loro impieghi, dal punto di vista normativo, molti di questi dispositivi sono considerati "dispositivi medici", con applicazione della relativa disciplina: essa è stata di recente innovata a livello europeo, grazie al Reg. UE n. 745/2017[21], divenuto operativo (a causa del rinvio operato a causa del Covid dal reg. UE 2020/56) solo dal 26 maggio 2021, e volto a garantire il buon funzionamento del mercato interno dei "device medicali", un livello elevato di protezione della salute dei pazienti, nonché il rispetto degli standard di qualità e sicurezza. Il regolamento è espressamente applicabile anche ai software, compresi quelli "intelligenti", grazie all'ampia accezione legislativa di "dispositivo medico", definito come "qualunque strumento, apparecchio, apparecchiatura, software, impianto, reagente, materiale o altro articolo destinato dal fabbricante a essere impiegato sull'uomo", per le attività poste a tutela della salute, meglio descritte all'interno del Regolamento. Già sotto la vigenza dell'abrogata Direttiva 93/42/CEE, del resto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia aveva qualificato il software come "medical device" ogni volta in cui il produttore gli avesse attribuito una finalità medico-sanitaria, intendendosi come tale la finalità di ristorare, correggere o modificare in modo apprezzabile funzioni fisiologiche degli esseri umani[22]. La normativa europea, come interpretata dalla Corte di Giustizia, ha valorizzato, nella qualificazione di un software come dispositivo medico, lo "scopo" del suo utilizzo, non invece il "modo" in cui si concretizza l'effetto che è in grado di produrre: non è infatti richiesto che il software agisca "direttamente o sul corpo umano". Non è comunque sufficiente l'utilizzo generico del software in un contesto sanitario, essendo comunque sempre richiesto l'ulteriore requisito del fine specificamente medico, ravvisabile, ad esempio, nel software impiegato per un controllo incrociato dei dati personali del paziente con i medicinali che il medico intende prescrivere e che è quindi in grado di fornire allo stesso automaticamente un'analisi finalizzata a identificare eventuali controindicazioni, interazioni tra medicinali e posologie eccessive.

1. I possibili rischi da uso medico di AI.

In generale, la crescente diffusione delle intelligenze artificiali in ambito medico ha migliorato il livello di efficienza nell'erogazione della prestazione sanitaria, riducendo i rischi di errore ad opera del personale umano e, in parallelo, aumentando il grado di sicurezza delle cure. Il paziente trae infatti beneficio

21 Regolamento (Ue) 2017/745 Del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 aprile 2017 relativo ai dispositivi medici, che modifica la direttiva 2001/83/CE, il regolamento (CE) n. 178/2002 e il regolamento (CE) n. 1223/2009 e che abroga le direttive 90/385/CEE e 93/42/CEE del Consiglio. In argomento, v. Bartolini C., Lenzini G.: "Sistemi medici e conformità legale", *Riv. it., med. leg.*, 2019, pp. 225-242; Passarelli, G.: "Responsabilità civile e dispositivi medici difettosi", *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 559-561; Caroccia, F.; *La responsabilità per la produzione di farmaci e dispositivi medici*, in Aa. Vv., "La responsabilità del produttore" (a cura di G. Alpa), Milano, Giuffrè, 2019, pp. 525-550.

22 Corte Giust. UE, C-140/07, 15 gennaio 2009, Hecht-Pharma GmbH; Corte. Giust. UE, C-27/08, 30 aprile 2009, BIOS Naturprodukte; Corte Giust. UE, C-219/11, 26 gennaio 2013, Brain Products; Corte Giust., C-329/2016, 7 dicembre 2017, Syndicat National de l'industrie des technologies medicale.

dall'impiego di queste tecnologie anche in termini di minor grado di invasività delle operazioni, riduzione delle sofferenze fisiche e snellimento dei tempi di riabilitazione.

Agli indubitabili vantaggi sopra elencati, si contrappongono dubbi applicativi e profili di rischio non indifferenti. Il medico, un tempo esclusivo custode delle conoscenze, a fronte della progressiva automazione dell'attività sanitaria, è relegato al termine del processo di cura, con un ruolo di validazione e controllo dell'operato della macchina solo a posteriori. Si assiste così ad una nuova rimodulazione del rapporto medico-paziente: dopo il passaggio dal modello paternalistico a quello "patient-centric", la relazione si complica nuovamente a causa della presenza di un "terzo" ente, l'intelligenza artificiale[23].

Alcuni studiosi evidenziano come il mito dell'infallibilità della macchina potrebbe determinare un ingiustificato ed eccessivo affidamento del personale umano nelle doti dell'intelligenza artificiale (cd. over-reliance), che finirebbe per delegare interamente al dispositivo il compito di cura della salute del paziente[24]. Di conseguenza, potrebbe verificarsi una dipendenza (overdependence) dai dispositivi di AI, oltre ad una probabile dequalificazione del personale medico (deskilling), come già accaduto in più di un contesto[25]. Al fine di evitare pericolosi automatismi, il Consiglio d'Europa ha pertanto ribadito di recente l'irrinunciabilità dell'apporto umano nell'erogazione delle cure mediche[26] e la necessità di un approccio "human in command".

23 Cfr. sull'argomento quanto esposto dal Comitato Nazionale per la Bioetica, *Scopi, limiti e rischi della medicina, Presidenza del Consiglio dei Ministri,* 2001, p. 39: "la fase c.d. del paternalismo è durata migliaia di anni durante i quali il legame tra medico e paziente è stato essenzialmente diadico e pochi estranei, eccetto i familiari, potevano penetrare in questo personale, magico regno delle cure. Era un modello di medicina basato, più di quanto non lo sia oggi, sulla fiducia nella capacità tecnica del medico e sulla sua struttura morale, sostenuta nell'attribuzione di poteri magici del curante, ed era caratterizzata dalla dipendenza del paziente e dal controllo esercitato dal medico". Di recente, sul tema, si veda Mittelstadt B., *The impact of artificial intelligence on the doctor-patient relationship,* "Report effettuato su richiesta del Comitato direttivo sui diritti umani nel campo della biomedicina e della salute (CDBIO)", dicembre 2021.

24 Goddard, K., Roudsari, A., Wyatt, J.C.: "Automation bias: a systematic review of frequency, effect mediators, and mitigators", *Journ. American Medical Inf. Ass.*, 2011, pp. 311-347.

25 Povyakalo, A.A., Alberdi, E., Strigini, L., Ayton, P.: "How to discriminate between computer-aided and computerhindered decisions: a case study in mammography", *Med. Dec. Mak.*, 2013, pp. 98-107. Nello studio condotto da un Gruppo di ricercatori della City University of London sulla lettura di 180 mammografi da parte di 50 professionisti, si è rilevata la riduzione della sensibilità diagnostica del 14,5% per il rilievo di cancro mammario nei medici più esperti, quando a questi erano state sottoposte immagini di difficile lettura accompagnate dall'interpretazione da parte del computer, mentre solo un aumento dell'1,6% della sensibilità diagnostica è stato rilevato grazie all'impiego dei computer nel sottogruppo dei medici meno esperti a cui sono stati presentati casi di più agevole comprensione, v. p. 103: "Use of CAD was associated with a 0.016 increase in sensitivity (95% CI: 0.003, 0.028) for the 44 least discriminating radiologists for 45 relatively easy, mostly CAD-detected, cancers. However, for the 6 most discriminating radiologists, with CAD sensitivity decreased by 0.145 (95% CI: 0.034, 0.257) for the 15 relatively difficult cancers.

26 Mittelstadt, B.: *The impact of Artificial Intelligence on the doctor-patient relationship, Report commissionato dal Steering Committee for Human Rights in the field of Biomedicine and Health, (CDBIO)*, Consiglio d'Europa, dicembre 2021, p. 52: "The Council of Europe has clearly recognised the risk of automation bias in calling for guarantees that "AI-driven health applications do not replace human judgement completely and that thus enabled decisions in professional health care are always validated by adequately trained health professionals.

Non trascurabili sono anche i rischi scaturenti dalla circolazione dei dati sanitari, impiegati come materiale di supporto per la ricerca, sia per i pericoli di hacking e di manomissione di informazioni sensibili, sia per le incertezze sull'effettiva sussistenza del consenso esplicito all'elaborazione dei dati, in caso di impiego secondario, a fini di cura o di ricerca[27]. L'accesso dell'AI ai dati sanitari (ad esempio, a quelli contenuti nella rete del Servizio Sanitario nazionale, in particolare nel Fascicolo Sanitario Elettronico, cd. FSE) se da un lato garantisce l'interesse collettivo alla salute, costituzionalmente rilevante, genera delle criticità in riferimento al diritto alla privacy del singolo paziente, quale interessato al trattamento dei dati[28]. L'uso di dati qualitativamente scarsi per elaborare modelli apre inoltre al rischio di incorporare e di amplificare errori secondo il meccanismo del "garbage in, garbage out[29]", con conseguenti danni al paziente derivanti da diagnosi o trattamenti errati.

Dal punto di vista operativo e funzionale, le "AI self-learning", munite di un meccanismo ad alto tenore adattativo alle interazioni ambientali e di un'elevata capacità di autoapprendimento e autoprogrammazione, sono il tipo di tecnologia maggiormente in grado di garantire le performance migliori, ma nel frattempo, più imprevedibili: correttamente si è rilevato che "il carattere trasformativo, la capacità cioè di generare profondi e dirompenti cambiamenti, dell'IA, è connesso ai suoi gradi di autonomia[30]".

L'autonomia di questi dispositivi determina un aumento proporzionale sia dei rischi connessi con il loro uso in sanità, sia dei danni eventualmente arrecati al paziente, ad esempio a causa di difetti di progettazione del software, di vizi di fabbricazione, progettazione o manutenzione del dispositivo, o generati da manovre errate imputabili al personale sanitario; non si escludono neppure eventi pregiudizievoli ad eziologia multifattoriale, se il danno al malato è concausato dal difetto della macchina e dall'errore umano. "Quali responsabilità allora, se la macchina sbaglia, ed il medico che la usa avalla l'errore?[31]" Diventa fondamentale, a questo punto, l'esigenza di individuare la disciplina delle responsabilità applicabile a tali danni, allo scopo di garantire il corretto bilanciamento tra la tutela della salute

27 In relazione alle problematiche sul trattamento dati, v. Ciancimino, M.: *Protezione e controllo dei dati in ambito sanitario e intelligenza artificiale*, Esi, Napoli, 2020, pp. 108-151.

28 In ambito farmaceutico rilevano poi i problemi connessi con il packaging intelligente, che prevede l'erogazione e la posologia del farmaco secondo un programma prestabilito. Ai sensi della nozione di "produttore" contenuta nell'art. 1 d.lgs. 46/1997, attuativo della Direttiva 93/42/CEE, "fabbricante" è "la persona fisica o giuridica responsabile della progettazione, della fabbricazione, dell'imballaggio e dell'etichettatura di un dispositivo", e "gli obblighi che si impongono al fabbricante valgono anche per la persona che compone, provvede all'imballaggio, tratta, rimette a nuovo, etichetta uno o più prodotti prefabbricati". Cfr. Ruffolo, U.: "L'intelligenza artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e potenziamento", *Giur. It.*, 2021, p. 506; Di Gregorio, V.: "Robotica e intelligenza artificiale: profili di r.c. in campo sanitario", *Resp. med.*, 2019, p. 440, ed ivi, nota 15.

29 Ajunwa, I., Crawford, K., Ford, J.S.: "Health and Big Data: an ethical framework for Health Information Collection by Corporate Wellness Programs", *J.L. Med. Ethics*, 2016, p. 474.

30 Comandé, G.: "Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability. Il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità", *An. giur. econ.*, 2019, pp. 169-188, spec. p. 173.

31 Ruffolo, U.: "L'intelligenza artificiale", cit., p. 502.

del paziente e lo sviluppo del mercato, consentendo agli operatori del settore sanitario (enti ospedalieri, medici, aziende farmaceutiche) una corretta gestione dei rischi e dei costi d'impresa.

III. IL DOPPIO BINARIO DI RESPONSABILITÀ NELLA LEGGE GELLI-BIANCO.

Se il danno subito dal paziente è cagionato dall'uso negligente o imperito del dispositivo imputabile al sanitario o ad altro soggetto umano coinvolto nell'attività, non ci sono ragioni per discostarsi dalla nota disciplina sulla responsabilità medica, contenuta nel "sottosistema[32]" della Legge Gelli-Bianco[33]. L'art. 7 della L. 24/2017, come noto, imputa la responsabilità al medico in via extracontrattuale, mentre riconosce in capo alla struttura sanitaria una responsabilità da inadempimento contrattuale[34]. In particolare, il sanitario è responsabile in caso di errato impiego di tecnologie robotiche automatiche (ma non autonome), le quali rappresentano un mero strumento, inerte, nelle sue mani, in maniera simile ad un bisturi. In tali casi, il robot "lavora al servizio del medico" e pertanto "la regia dell'intervento è ancora tutta umana[35]". Anche la struttura sanitaria risponderà ex art. 1228 c.c. per i danni subiti dal paziente in conseguenza delle "condotte dolose o colpose" del sanitario di cui essa si avvale.

Può anche accadere che, sebbene in capo al medico non sia ravvisabile alcun profilo di colpa, non avendo egli commesso alcun errore nello svolgimento della prestazione sanitaria, il paziente subisca comunque un danno, cagionato da un'autonoma ed imprevedibile azione della macchina. In tali ipotesi, la struttura sanitaria (a differenza del medico) risulta comunque responsabile: essa in forza del contratto atipico di spedalità, stipulato con il paziente in cura, è tenuta all'adempimento di obblighi ulteriori ed accessori rispetto alla prestazione medica, che attengono all'organizzazione e alla dotazione strumentale e tecnologica dell'ente[36]. La responsabilità della struttura sanitaria può pertanto derivare anche

32 La nota espressione è di De Matteis, R., *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1995, p. 3.

33 Legge 8 marzo 2017, n. 24 "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie".

34 G. Alpa, G.: "«Ars interpretandi» e responsabilità sanitaria nella nuova legge Bianco-Gelli", *Contr. impr.* 2017, pp. 728-733; De Matteis, R.: *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, Giuffrè, Milano, 2017.

35 Perlingieri, C.: "Responsabilità civile e robotica medica", *Tecn. dir*, 2020, p. 171.

36 Oggi è una forma di responsabilità consolidata, ma è emersa solo a partire dagli anni '90: v. Trib. Monza, 7 giugno 1995, *Riv. It. Med. Leg.* 1997, p. 476 e *Resp. Civ. e prev.*, 1996, p. 389-393, con nota di Toscano, M.: "Il difetto di organizzazione: una nuova ipotesi di responsabilità?". Successivamente, in dottrina, ex multis, Faccioli, M.: *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pacini, Pisa, 2018, p. 44-51; Gorgoni, M.: "La responsabilità della struttura sanitaria", *Danno e resp.*, 2016, p. 810, critica rispetto alla mancata valorizzazione del profilo organizzativo del profilo di responsabilità dell'ospedale da parte della Legge Gelli Bianco, "inadatta a tener conto tanto della progressiva autonomia della responsabilità del nosocomio quanto della complementare responsabilità professionale di chi non abbia tenuto conto della carenza della struttura sotto il profilo organizzativo e/o tecnologico, cagionando un danno al paziente".

dalla concretizzazione del rischio da incidente tecnologico[37], rappresentata dal malfunzionamento dell'apparecchio o, più in generale, da qualsiasi reazione avversa o imprevista dei device tecnologici che cagioni un peggioramento dello stato di salute del paziente. Tale rischio può dipendere anche dalla mancata attuazione della manutenzione o dell'aggiornamento dei dispositivi, o dall'omessa realizzazione di appositi programmi di formazione per l'addestramento del personale medico.

Costituisce ormai dato acquisito il passaggio dalla concezione dell'attività medica come "somma di singoli atti medici" a vantaggio di una visione olistica della stessa in termini di "fare organizzato", che si traduce nell'erogazione di un servizio complesso, comprensivo di tutte le prestazioni organizzative e strumentali alla cura del paziente, rese anche tramite dispositivi ad elevato contenuto tecnologico, in ambito sia diagnostico, che terapeutico; e di tali prestazioni, complessivamente intese, è contrattualmente responsabile la struttura sia per fatto proprio che per fatto degli ausiliari.

Secondo il costante orientamento giurisprudenziale infatti, "è pur sempre configurabile una responsabilità autonoma e diretta della struttura ospedaliera, ove il danno subito dal paziente risulti causalmente riconducibile ad un'inadempienza alle obbligazioni ad essa facenti carico[38]". Ad esiti simili si giunge se si imputa all'ente anche il sinistro cagionato dall'ausiliario non solo umano, ma anche macchina-artificiale, in forza di una responsabilità contrattuale fondata non sul difetto di diligenza, ma sul mero inadempimento nei limiti dell'impossibilità non imputabile[39]. Il paziente danneggiato può pertanto agire, in via contrattuale nei confronti dell'ente ospedaliero, assolvendo l'onere di allegare l'inadempimento e di provare – in aderenza alla teoria giurisprudenziale del duplice ciclo causale[40] – il danno subito e il nesso causale tra inadempimento e danno.

IV. AI E CODICE CIVILE: ALCUNE IPOTESI RICOSTRUTTIVE.

Le regole di responsabilità sopra esaminate potrebbero non risultare aderenti alle ipotesi concrete di danni cagionati dai dispositivi più innovativi, dotati di

37 Evidenzia il concetto di «rischio tecnologico» Diurni, A.: "Gli eventi dannosi", in Aa. Vv.: *La responsabilità in medicina* (a cura di A. Belvedere, S. Riondato), in *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 354.

38 Cass., 11 maggio 2009, n. 10743, *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 1276, con nota di Querci, A.: "Un ulteriore passo in avanti verso l'autonomizzazione della responsabilità della struttura sanitaria (pubblica)".

39 D'Adda, A.: "«Responsabilità "da robot»: i soggetti responsabili e i loro rapporti interni", in Aa. Vv., *Smart. La persona e l'infosfera*, cit., p. 160.

40 Cfr., Cass., 11 novembre 2020, n. 25288; Cass., 11 novembre 2019, n. 28991; Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, tutte in *www.dejure.it*: "Ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, è onere del danneggiato provare il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o insorgenza di nuove patologia per effetto dell'intervento) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre è onere della parte debitrice provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione (fattispecie relativa alla controversia promossa da una donna al fine di veder riconosciuto il risarcimento del danno per la morte del marito avvenuta nel corso di un intervento chirurgico)".

capacità di autoapprendimento, a causa dell'imprevedibilità delle loro decisioni e dei loro comportamenti, derivanti anche dagli stimoli acquisiti successivamente e dal contesto in cui operano. Sulla base di un criterio di autonomia crescente, occorre infatti distinguere tra robot tele-operati, robot autonomi e robot cognitivi: mentre i primi sono strumenti nelle mani dell'operatore che ne detiene totalmente il controllo, i secondi sono in grado di svolgere il compito affidato in autonomia durante la fase di attuazione e di esecuzione, i terzi sono invece dotati di maggiore autonomia, anche in virtù della maggiore capacità di adattamento agli stimoli e alla mutevolezza dell'ambiente esterno[41].

Per questa ragione, una parte della dottrina è giunta ad ipotizzare che l'azione incontrollabile dei dispositivi appartenenti alla seconda e (soprattutto) alla terza categoria, causativa di un danno al paziente, rappresenterebbe un fattore sopravvenuto interruttivo del nesso di causalità, quale circostanza che introduce un rischio esorbitante, non prevedibile a priori[42]. Questa ricostruzione non appare convincente, dal momento che i soggetti coinvolti nell'erogazione della prestazione sanitaria (medico e azienda ospedaliera) lungi dal potersi adagiare acriticamente sui risultati della macchina, sono chiamati, in quanto professionisti esperti, ad un attento e costante monitoraggio dei risultati, allo specifico fine di prevedere ed impedire possibili errori. In questo modo, sarebbe tutelata adeguatamente anche la posizione del paziente danneggiato, che può agire per il risarcimento del danno verso l'ente ospedaliero ed eventualmente verso il proprio medico curante, quali soggetti a lui "prossimi".

Al fine di evitare vuoti di tutela, la dottrina ha comunque preso in considerazione anche alcune norme del codice civile, per tentare di darne un'interpretazione evolutiva, adeguata alle nuove ipotesi di danno da AI.

Un'opinione ha proposto l'applicazione dell'art. 2050 c.c., che disciplina, in generale, la responsabilità da "attività pericolosa": il dispositivo medico intelligente possiede infatti, proprio perché autonomo e imprevedibile, un'intrinseca potenzialità lesiva, idonea a fondarne una responsabilità da "entità irrazionale seagente[43]". Il ricorso all'AI può dunque colorare di pericolosità attività che altrimenti ne sarebbero prive, come appunto l'attività sanitaria, costantemente non considerata tale nemmeno in giurisprudenza[44], ad eccezione di alcune ipotesi

41 Per questa tripartizione, si veda Santosuosso, A., Boscarato C., Caroleo, F.: "Robot e diritto: una prima ricognizione", *Nuova giur. civ. comm*., 2012, p. 498.

42 Vladeck, D.C.: "Machines Without Principals: Liability rules and Artificial Intelligence", *Wash. L. Rev*, 2014, p. 117, che compie una puntuale analisi dei casi in cui l'evento dannoso sia indecifrabile, trattandosi di "incidenti inspiegabili".

43 De Martini, D.: *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Cedam, Padova, 1983, p. 241

44 Isolata è rimasta in giurisprudenza Cass. 18 aprile 1966, n. 972, *Temi*, 1967, p. 298, con nota di Cattaneo, G.: Alcune questioni in tema di responsabilità professionale; contra, Cass. 28 settembre 1968, n. 3011, in *Rep. Foro It.*, 1968, voce «Responsabilità civile», n. 293; Cass., 10 luglio 1979, n. 3978, *Rep. Foro it.*, 1979, voce «Responsabilità civile», n. 109.

specifiche, riferibili alle attività emotrasfusionali per i rischi correlati al virus dell'HIV, o alla produzione e distribuzione di farmaci.

All'opposto, si è rilevato che le nuove tecnologie mirano a ridurre, non ad aumentare, i rischi connessi all'attività sanitaria e gli errori umani[45]. Se ciò è vero in generale, di contro l'impiego di queste tecniche introduce rischi "specifici", scaturenti dalle interconnessioni tra i prodotti e i servizi informatici, governati dalla rete Internet o da una "mente esterna" collocata nel "cloud"[46]. Non è pertanto escluso che in futuro, l'avanzata irrefrenabile dell'art. 2050[47] c.c. non possa coinvolgere anche alcune applicazioni di AI impiegate anche per lo svolgimento dell'attività medica.

L'analisi ha coinvolto anche l'art. 2051 c.c. relativo al danno da cosa in custodia, anche se la rilevanza della norma nel settore sanitario sarebbe esclusa in radice a causa del suo mancato richiamo nella Legge Gelli[48]. Secondo un'altra opinione, l'inapplicabilità della norma in questione, almeno al sanitario persona fisica, non deriva tanto dall'omissione testuale, ma dal difetto del criterio di imputazione della responsabilità, fondata non solo sul governo della cosa, ma anche sul rischio e sul profitto; per questa ragione si è evidenziato anche in passato che la responsabilità da cosa in custodia "non grava sul dipendente, il quale detenga la cosa nell'esercizio delle proprie incombenze[49]". Anche la giurisprudenza ha confermato la tesi negatrice, attraverso l'interpretazione restrittiva del "potere di effettivo controllo", idoneo ad attribuire la responsabilità oggettiva al custode, che può liberarsi soltanto fornendo la prova positiva del caso fortuito, quale evento imprevedibile ed inevitabile che interrompe il nesso di causalità tra la cosa ed il danno[50].

Secondo un'altra opinione invece, anche in forza del parallelismo con l'art. 2052 c.c. previsto per la responsabilità da "intelligenza animale", l'art. 2051 c.c. sarebbe la norma più idonea a disciplinare l'intelligenza artificiale, in forza del "dinamismo interno connaturato alla cosa" che la caratterizza[51]. Altro dato in comune

45 Costanza, M.: "L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile", *Giur. It.*, 2019, p. 1686, sebbene favorevole all'applicazione dell'art. 2050 c.c., ammette che l'intelligenza artificiale, come mezzo correttivo o integrativo delle umane carenze, non tollererebbe alcun attributo che la qualifichi come cosa rischiosa", ed ancora: "Le perfezioni che s'attribuiscono all'AI stridono con la qualificazione di pericolose".

46 Di recente, Di Lella, F.: *Le attività pericolose nel settore bio-medico. Spunti per una rilettura dell'art. 2050 c.c.,* Pacini, Pisa, 2020, p. 115-139.

47 Palmieri, A.: "Produzione di sigarette e responsabilità per danni al fumatore: l'avanzata irrefrenabile dell'art. 2050 c.c. (anche in assenza di potenziali beneficiari dell'attività pericolosa)", *Foro it.,* 2010, p. 880.

48 Colletti, E.: "Intelligenza artificiale e attività sanitaria. Profili giuridici dell'utilizzo della robotica in medicina", *Giureta*, 2021, p. 209; parzialmente contrario, Ruffolo, U.: "L'intelligenza artificiale in sanità", cit., p. 507, che, pur escludendo la responsabilità da custodia in capo singolo esercente la professione sanitaria, si mostra possibilista verso la struttura sanitaria, custode dei macchinari che ha in dotazione.

49 Trimarchi, P.: *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 135.

50 Già Cass., 22 gennaio 1980, n. 520, *Giust. Civ.*, 1980 p. 838; da ultimo, Cass., 13 aprile 2022, n. 11932, *Red. Giuffrè,* 2022.

51 Ruffolo, U.: "Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo", *Giur. it.,* 2019, p. 1699-1700.

tra "animale" e "cosa intelligente" è rappresentato dalla capacità di muoversi liberamente nello spazio circostante, parallelismo che è già stato utilizzato dalla giurisprudenza americana[52]. Gli articoli 2050 e 2051 c.c. sono infine stati letti anche in chiave di continuità, con prevalenza della prima o della seconda norma, a seconda del maggior rilievo attribuito, rispettivamente, all'esercizio di un'attività continuata connotata da elevata pericolosità, ovvero all'aspetto di direzione e controllo della cosa[53]; la fluidità nel passaggio tra le due fattispecie richiede una valutazione più precisa della demarcazione in relazione al caso concreto.

Non sembra, al contrario, che possa applicarsi l'art. 2047 c.c., previsto per i danni cagionati da "persona incapace": l'intelligenza artificiale non può essere definita tale, in quanto dotata di capacità non inferiori, bensì superiori alla media[54]. Similmente, non troveranno applicazione gli artt. 2048 e 2049 c.c., in quanto norme parametrate "sulle specificità della natura umana dell'essere e dell'intelligenza di cui si risponde[55]". A differenza dell'art. 2047 c.c., i soggetti di cui agli articoli successivi (genitori, tutori, precettori, maestri, padroni e committenti) sono chiamati a rispondere non del "danno", ma del "fatto illecito" dei loro sottoposti, comprensivo di tutti gli elementi costitutivi, tra cui anche quello soggettivo, del dolo o della colpa[56], non rinvenibile in capo ad un'entità robotica. Inoltre, con specifico riguardo all'art. 2048 c.c., i comportamenti del dispositivo non sono tanto il risultato degli insegnamenti della persona fisica (il professionista sanitario), quanto dell'algoritmo che ne determina la capacità di apprendimento. La responsabilità dei soggetti citati agli artt. 2047 e 2048 c.c. poi si aggiunge, senza sostituirsi, a quella dell'autore del danno: il minore e il sottoposto rispondono in solido, rispettivamente, con i genitori e con il datore di lavoro[57]. Ad una conclusione simile per i danni da AI potrebbe giungersi solo attraverso l'attribuzione di una forma di personalità giuridica alle macchine intelligenti, soluzione che – pur proposta anche

52 Si veda il caso "Popov v. Hayashi", deciso dalla Superior Court of California il 12 dicembre 2002, in cui il giudice ha deciso la controversia in merito al possesso di una palla da baseball utilizzando come precedente un caso relativo alla cattura di animali in fuga.

53 Si accenna agli interessanti spunti offerti da Procida Mirabelli di Lauro, A.: "Le intelligenze artificiali tra responsabilità civile e sicurezza sociale", in Aa. Vv.: *Rapporti civilistici e intelligenza artificiale: attività e responsabilità. Atti del 15° Convegno Nazionale, 14-15-16 maggio 2020, Grand Hotel Vesuvio* (a cura di P. Perlingieri, S. Giova, I. Prisco), Esi, Napoli, p. 341. Cfr. anche Ratti, M.: "Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo", *Contr. impr.*, 2020, p. 1183.

54 Contra Boscarato, C. "Who is responsible for a robot actions? An initial examination of Italian Law within a European Perspective", in Aa. Vv.: *Technologies on the Stand: Legal and Ethical Questions in Neurosciences and robotics* (a cura di B. Vam De Berg, L. Klaming), Monaco, Wolf, 2011, p. 393.

55 Ruffolo, U.: "Per i fondamenti di un diritto della robotica self-learning: dalla machinery produttiva all'auto driverless: verso una responsabilità da algoritmo?", in Aa. Vv., *Intelligenza artificiale e responsabilità*, cit., p. 27.

56 Cass., 8 maggio 2001, n. 6386, *Danno e resp.*, 2001, p. 1045, con nota di Breda, R.: "La responsabilità della struttura sanitaria tra esigenze di tutela e difficoltà ricostruttive": "Ed invero, una volta esclusa la colpa del chirurgo, non può essere affermata la responsabilità dell'istituto sanitario, poiché (…) l'art. 2049 c.c. presuppon[e] un illecito colpevole dell'autore immediato del danno, onde, in assenza di tale colpa, non è ravvisabile – (…)una responsabilità (extracontrattuale) del committente per il fatto illecito dei suoi commessi". Per approfondire, v. U. Ruffolo, La responsabilità vicaria, Milano, 1976.

57 Per un'applicazione in questo senso dell'art. 2048 c.c., vedi Cass. Civ., 26 giugno 2001, n. 8740, *Foro it.*, 2001, I, p. 3098 con nota di Di Ciommo, F., "L'illiceità (o antigiuridicità) del fatto del minore (o dell'incapace) come presupposto per l'applicazione dell'art. 2048 (o 2047) c.c.".

dal Parlamento europeo nella nota Risoluzione del 16 febbraio 2017 – da qualche anno non convince, poiché rischia di generare più problemi di quelli che invece si propone di risolvere[58]. Anche l'Unione Europea ha abbandonato rapidamente questa ricostruzione giuridica, affermando che "non è necessario conferire personalità giuridica ai sistemi di IA" (punto n. 7 della Risoluzione del 2020), i quali non hanno coscienza, ed "il loro unico compito consiste nel servire l'umanità", anche se parte della dottrina ha rilevato il carattere strumentale dell'attribuzione della personalità, priva di valenza ontologica, e volta solo all'individuazione di un criterio di imputazione della responsabilità e dei relativi oneri risarcitori[59].

V. LA RESPONSABILITÀ DEL PRODUTTORE DI MEDICAL DEVICE INTELLIGENTI.

Alle responsabilità degli utilizzatori dei sistemi di AI (ente sanitario e operatori medici) può aggiungersi anche quella dei produttori, con conseguente applicazione della disciplina contenuta nella direttiva 85/374/CEE sulla "product liability", recepita in Italia agli articoli 114-127 del Codice del Consumo. Il regime di responsabilità che ne risulta è di "strict liability"[60], in virtù del quale il danneggiato non è chiamato a provare la sussistenza dell'elemento soggettivo in capo al produttore, ma deve fornire la prova di tre elementi, consistenti nel "difetto", nel "danno" e nella "connessione causale tra difetto e danno" (art. 120 cod. consumo e art. 4 dir. 85/374). Il produttore, a sua volta, è chiamato a dimostrare l'esistenza di una delle cause di "esclusione della responsabilità" (art. 118 cod. consumo e art.

58 Sul rischio che la soggettivizzazione dell'intelligenza artificiale finisca per ridurre la garanzia patrimoniale dei danneggiati cfr. Passagnoli, G.: "Regolamento giuridico e tutele nell'intelligenza artificiale", *Pers. e mercato*, 2019, p. 79; Marchini, A.: "Intelligenza artificiale e responsabilità civile: dal "responsibility gap" alla "personalità elettronica dei robot", in Aa. Vv., *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale* (a cura di S. Dorigo), Pacini, Pisa, 2020, p. 231. Sulla soggettività, v. per tutti, Teubner, G.: *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di P. Femia, Napoli, 2019.

59 Caroccia, F.: "Ancora su responsabilità civile e uso delle intelligenze artificiali", *Contr. Impr.*, 2022, p. 8; Id., "Soggettività giuridica dei robots", in Aa. Vv., *Diritto e intelligenza artificiale*, cit., p. 213 ss. Salanitro, U.: "Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea", *Riv. dir. civ.,* 2020, p. 1250, il quale chiarisce che la dottrina favorevole alla soggettività digitale "è consapevole che il problema non deve essere posto in termini naturalistici, ossia non è conseguente alla eventuale similitudine dei robot con gli uomini, quanto piuttosto è volto alla soluzione dei conflitti di interessi. L'estensione della soggettività giuridica è una scelta normativa volta ad individuare nuovi centri di imputazione, evitando di mettere in tensione il sistema della responsabilità civile". È dunque chiaro "che il discorso si pone su un piano tecnico giuridico e non su un piano etico o naturalistico".

60 La giurisprudenza preferisce talvolta parlare di "responsabilità presunta" e non oggettiva, "poiché prescinde dall'accertamento della colpevolezza del produttore, ma non anche dalla dimostrazione dell'esistenza di un difetto del prodotto" Incombe, pertanto, sul soggetto danneggiato la prova specifica del collegamento causale non già tra prodotto e danno, bensì tra difetto e danno. Cfr. Cass., 24 settembre 2018, n. 23447; Cass., 29 maggio 2013, n. 13458; Cass., 19 febbraio 2016, n. 3258, tutte in *www.dejure.it*; Fusaro, A.: "I prodotti difettosi e pericolosi: le responsabilità", in Aa. Vv., *La responsabilità del produttore* (a cura di G. Alpa), Giuffrè, Milano, 2019, p. 383; Id.: "Responsabilità del produttore: la difficile prova del difetto", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, pp. 896-906. In passato invece la Cassazione per agevolare la prova del difetto ha ritenuto che allo stesso potesse pervenirsi anche in modo deduttivo, provando che "l'uso del prodotto ha comportato risultati anormali rispetto alle normali aspettative" (Cass., 8 ottobre 2007, n. 20985, *Foro it.*, 2008, p. 191); è altresì noto il caso riguardante la prematura rottura di una protesi al seno, dove il solo evento è stato ritenuto sufficiente per affermare non solo il difetto del prodotto, ma anche la responsabilità del suo produttore (Cass., 8 ottobre 2007, n. 20985, *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 354, con nota di Carnevali, U.: "Prodotto difettoso ed oneri probatori del danneggiato".

7 dir. 85/374), essendo irrilevante la prova di aver impiegato la diligenza richiesta nella fabbricazione o distribuzione del prodotto.

L'estensione della disciplina in esame anche ai dispositivi dotati di AI ha generato diverse incertezze, in primo luogo circa l'ampiezza della nozione di "prodotto", definito dalla direttiva come "ogni bene mobile, ad eccezione dei prodotti agricoli naturali e dei prodotti della caccia, anche se forma parte di un altro bene mobile o immobile", ivi compresa l'elettricità (Art. 2). I problemi definitori, già riscontrati nel dibattito circa la possibilità di considerare il software un "bene mobile" e dunque un "prodotto", ai sensi della direttiva, sono infatti amplificati dal ruolo svolto, nel funzionamento del device, dagli algoritmi, beni "ancora più immateriali" del software[61]; per questa ragione, i programmi non incorporati ad un supporto fisico o che funzionano tramite cloud non rientrano pacificamente nella categoria[62]. Ulteriori complicazioni scaturiscono dall'introduzione del dispositivo intelligente all'interno della rete o di infrastrutture (anche ospedaliere) che ne gestiscono il funzionamento da remoto, in connessione con altri device, rendendo labile la distinzione tra singoli prodotti, e tra la nozione di prodotto e quella di servizio[63].

Un altro problema terminologico ha coinvolto la nozione di "difetto", tradizionalmente concepita per adattarsi a beni "statici": secondo l'art. 6 della Direttiva, "un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere, tenuto conto di tutte le circostanze, e tra esse la presentazione del prodotto, l'uso cui è destinato ed il momento della sua messa in circolazione". Sulla base di questa definizione, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato la nota tripartizione tra difetti di fabbricazione, difetti di progettazione e difetti di informazione[64], che può comunque trovare applicazione, se interpretata evolutivamente, anche per molti dei difetti caratterizzanti i dispositivi di AI. Maggiori problemi sono invece generati dai "difetti sopravvenuti", quale conseguenza diretta dell'autonomia del dispositivo: un prodotto, pur privo di difetti al momento della sua messa in commercio, potrebbe sviluppare comportamenti devianti sulla

61 Amidei, A.: "Intelligenza Artificiale e responsabilità da prodotto", in Aa. Vv.: *Intelligenza artificiale: il diritto, i diritti, l'etica* (a cura di U. Ruffolo), Giuffrè, Milano, 2020, p. 132.

62 Per la soluzione negativa propende parte della dottrina straniera, tra cui Wagner, G.: "Robot Liability", in Aa. Vv., *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things* (a cura di S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer), Nomos, Oxford, 2019, p. 41; Schönberger, D.: "Artificial Intelligence in healthcare: a critical analysis of the legal and ethical implications", *Int. J. Law & Inf. Tech*., 2019, p. 171.

63 La tematica è stata sollevata anche dalla Commissione Europea che, proprio con riferimento alle prospettive di modifica della direttiva 85/374/CEE ha affermato che "With specific reference to new technological developments, the majority of producers of IoT/robotics devices responding to the open public consultation on Building a European data economy answered that they have never experienced problems so far in not knowing in which category (product/service) to classify the device in order to comply with a specific liability regime (…) In conclusion, while there is little evidence of practical problems, the distinction between products and services may in the future no longer be pertinent. Hence, there is a need to clarify what products and features are covered by the Directive". Cfr. *Commission Staff Working Document Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products*.

64 Tale tripartizione è stata elaborata dai giudici e dalla dottrina statunitense, e in Europa è stata ripresa dalla giurisprudenza tedesca. Per approfondimenti, v. Carnevali, U.: *La responsabilità del produttore*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 29-33; Ruffolo, U.: *La tutela individuale e collettiva del consumatore*, Giuffrè, Milano, 1979.

base dell'esperienza acquisita successivamente in base all'ambiente in cui opera o ai dati raccolti[65]. Il produttore, in questo caso, potrebbe avvalersi delle esimenti di cui all'art. 118 lett. b), dal momento che il difetto non esisteva al momento della messa in circolazione del bene, o di cui alla lett. e) per il cd. "rischio da sviluppo".

Alle difficoltà qualificatorie si aggiungono quelle probatorie: l'opacità del meccanismo di funzionamento dei dispositivi intelligenti (cd. black box), complica ulteriormente la posizione del danneggiato, già gravato di un onere di probatorio non facile da assolvere anche solo per i prodotti difettosi "standard[66]". Nel documento di accompagnamento[67] alla Relazione della Commissione del 2018 sullo stato di applicazione della direttiva 85/374, le associazioni dei consumatori hanno enfatizzato questo profilo, acuito, nell'impiego delle intelligenze artificiali, dalla "crescente complessità dei prodotti" e dalla scarsità di informazioni di cui il paziente danneggiato può disporre[68].

1. La nuova proposta di direttiva e le possibili ricadute sul piano probatorio.

Le carenze sopra evidenziate hanno recentemente assunto una portata tale da indurre la Commissione europea ad emanare una Proposta contenente una Nuova direttiva sulla responsabilità per danno da prodotto difettoso, in sostituzione della precedente[69]. In relazione agli aspetti qualificatori, si nota il tentativo di adattare le definizioni normative all'innovazione tecnologica: l'art. 4, n. 1), qualifica espressamente come "prodotti" anche i file per la fabbricazione digitale e il software. L'algoritmo, se considerato in maniera autonoma rispetto al software che lo incorpora, rientrerebbe invece nella nozione di componente di cui al successivo n. 3), che sembra prescindere dalla natura materiale del bene, poiché ne farebbero parte non solo articoli intangibili, ma anche servizi correlati, integrati o interconnessi.

La qualifica dell'algoritmo come "componente" del prodotto finale permetterebbe di riconoscere anche in capo al suo ideatore, se diverso dagli altri produttori, una responsabilità extracontrattuale autonoma, come da tempo

65 Amidei, A.: "Intelligenza artificiale", cit., p. 140.

66 Fusaro, A.: "Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo", *Nuova giur. civ. comm*., 2020, pp. 1344-1356; Id., "La disciplina sulla responsabilità del produttore alla prova dei sistemi intelligenti", in Aa. Vv., *Smart. La persona e l'infosfera*, cit., pp. 129-151.

67 Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione della direttiva del Consiglio relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi (COM(2018) 246 final, 7 maggio 2018.

68 Amidei, A.: "Intelligenza artificiale e product liability: sviluppi del diritto dell'Unione Europea", *Giur. it.,* 2019, p. 1724, il quale si interroga sulla possibilità di "conciliare le esigenze di effettiva tutela del consumatore gravato di tale onere con la "imperscrutabilità dell'intelligenza artificiale animata da algoritmi di deep learning".

69 Considerando 5 "Tenuto conto dell'ampiezza delle modifiche necessarie e a fini di chiarezza e certezza del diritto, è opportuno abrogare la direttiva 85/374/CEE sostituendola con una nuova direttiva". In dottrina, v. per tutti Koch, B.A.: "Product liability 2.0 mere update or new version", in Aa. Vv., *Liability for artificial intelligence*, cit., p. 105.

sostenuto da autorevole dottrina[70]. Ciò determinerebbe un vantaggio per il danneggiato, che vedrebbe ampliarsi la platea di soggetti chiamati a risarcire il pregiudizio da questi subìto, trattandosi di un profilo di responsabilità che si aggiunge – senza sostituirsi – a quello dei produttori delle altre componenti del bene[71].

Ulteriori spunti di riflessione sono offerti dalle nuove circostanze da cui viene fatta dipendere la nozione di "difetto" di cui all'art. 6, quali: la capacità del prodotto di continuare ad imparare dopo la sua diffusione (lett. c)); l'interazione tra prodotti utilizzati insieme (lett. d); il momento in cui il produttore si separa definitivamente dal prodotto (lett. e), che può coincidere con l'immissione sul mercato o in servizio, oppure con quello della perdita del controllo[72]. La circostanza di cui alla lett. d), insieme alla nozione di "servizio correlato" (n. 4 dell'art. 4), conferma la consapevolezza del legislatore europeo dell'ormai avvenuta interazione tra prodotti diversi e servizi, suscettibili di concorrere alla causazione del danno.

Importanti innovazioni si avrebbero anche dal punto di vista probatorio, in relazione a due distinti profili, contenuti negli articoli 8 e 9. Il primo articolo, rubricato "divulgazione degli elementi di prova" consentirebbe una disclosure dei dati a favore del danneggiato, per assicurare una maggiore trasparenza nell'accessibilità ai contenuti dell'algoritmo e, in concreto, per agevolare la posizione processuale della vittima, pur nel rispetto dell'onere della prova degli elementi costitutivi del diritto al risarcimento del danno[73]. Questa soluzione varrebbe per tutti i dispositivi intelligenti, quindi anche per quelli impiegati in ambito sanitario, con ciò superandosi i limiti sia oggettivi, sia teleologici, contenuti nel Regolamento UE 2019/2144, che prevede l'introduzione della cd. EDR (event data registration) limitatamente ai veicoli e solo per scopi generali di analisi (non quindi a fini processuali)[74].

Il successivo articolo 9 introduce delle presunzioni sull'esistenza del difetto e del nesso di causalità tra difetto e danno, al fine di alleggerire l'onere della prova gravante sul danneggiato. In questo modo, la direttiva risponde all'esigenza, evidenziata dalla Commissione europea, di "attenuare le conseguenze della complessità alleggerendo/invertendo l'onere della prova imposto dalle norme nazionali in materia di responsabilità per i danni causati dal funzionamento delle

70 Ruffolo, U.: "Intelligenza artificiale", cit., p. 1689; Id., "Per i fondamenti di un diritto della robotica self-learning", cit., pp.1-28.

71 Contra, Di Gregorio, V.: "Robotica e intelligenza artificiale:", cit., p. 445.

72 L'art. 4 n. 5) della proposta di direttiva definisce il "controllo del fabbricante" come "il fatto che il fabbricante di un prodotto autorizzi a) l'integrazione, l'interconnessione o la fornitura da parte di terzi di un componente, compresi aggiornamenti e migliorie del software, o b) la modifica di un prodotto".

73 Infantino, M.: "La responsabilità per danni algoritmici: prospettive europeo-continentali", *Resp. civ. e prev.*, 2019, 5, p. 1770 ed ivi nota 35.

74 Regolamento (UE) 2019/2144 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019. La soluzione era già stata prospettata nella Comunicazione della Commissione - Verso la mobilità automatizzata: una strategia dell'UE per la mobilità del futuro: COM(2018) 283.

applicazioni dell'intelligenza artificiale" con un'opportuna iniziativa dell'Unione[75]". Come chiarito dal Considerando 33, "le presunzioni di fatto relative sono un meccanismo comune per ridurre le difficoltà probatorie che incontra l'attore, consentendo all'organo giurisdizionale di stabilire l'esistenza di un difetto o del nesso di causalità in base all'esistenza di altri fatti provati e tutelando nel contempo i diritti del convenuto", ammesso dal paragrafo 5 dell'art. 9 a fornire la prova contraria. Anche la Corte di Giustizia ha valutato da tempo favorevolmente l'impiego di strumenti presuntivi, al fine di "non arrecare pregiudizio all'effettività del regime di responsabilità" previsto dalla direttiva sui prodotti difettosi[76].

Altro aspetto interessante è quello che, nell'ottica del rafforzamento della relazione tra regole di sicurezza e regole di responsabilità, fa discendere una specifica presunzione circa la difettosità del prodotto dalla violazione degli standard tecnici (art. 9 comma 2 lett. b). È la stessa Commissione a sottolineare che "le caratteristiche dell'intelligenza artificiale non precludono il diritto a pretendere che i prodotti siano sicuri, che si tratti di tosaerba automatici o di robot chirurgici", sebbene un prodotto conforme non sia, di converso, automaticamente, privo di difetti[77].

2. Paziente (anche) consumatore?

Nell'attesa degli sviluppi dell'iter legislativo eurounitario, che sembra aver recepito le istanze di rinnovazione normativa in tema di responsabilità del produttore, occorre valutare se ed in che misura la disciplina in esame sia applicabile all'interno del settore sanitario. Il problema non si pone tanto per i pazienti che interagiscono direttamente con dispositivi medici intelligenti nella fase assistenziale o riabilitativa (si pensi ai danni cagionati da un robot sociale o da una protesi difettosa[78]), poiché in questi casi essi possono essere considerati "consumatori[79]". Più critica è la qualifica del paziente danneggiato nella in una fase

75 Relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità, 2020, p. 64.

76 Corte Giust. UE, 21 giugno 2017, C-621/2015, *Resp. civ. e prev.*, 2017, p. 1810, con nota di Pucella, R.; "Danno da vaccini, probabilità scientifica e prova per presunzioni"; *Foro it.,* 2017, p. 535, con nota di Bitetto, A.L.: "Prova del difetto (del vaccino) e presunzione della responsabilità del produttore", in *Nuova giur. civ. comm.,* 2018, p. 844.

77 In favore di un coordinamento tra le normative di responsabilità da prodotto difettoso e di product safety al fine di definire la difettosità di un prodotto, v. Carnevali, U.: "Prevenzione e risarcimento delle direttive comunitarie sulla sicurezza dei prodotti", *Resp. civ. prev.*, 2005, pp. 3-20; Al Mureden, E.: "Product safety e product liability nella prospettiva del danno da prodotto conforme" in Aa. Vv., *La responsabilità del produttore* (a cura di G. Alpa), Giuffrè, Milano, 2019, pp. 489-521; Id., "La responsabilità del fabbricante nella prospettiva della standardizzazione delle regole sulla sicurezza dei prodotti", in Aa. Vv. *La sicurezza dei prodotti e la responsabilità del produttore. Casi e materiali* (a cura di E. Al Mureden), Giappichelli, Torino, 2017, pp. 1-33.

78 Con riferimento ad un caso avente ad oggetto protesi mammarie, si veda: Cass., 8 ottobre 2007, n. 20985, *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 791. Per un commento alla sentenza si veda Bitetto, A.L., Pardolesi, R.: "Risultato anomalo e avvertenza generica: il difetto nelle pieghe del prodotto", *Danno resp.*, 2008, pp. 292-297; Indovino, G.: "Il labile confine tra nozione di difetto e responsabilità per colpa", *ivi,* 2008, p. 29; Querci, A.: "Protesi mediche tra regolamentazione di sicurezza e responsabilità da prodotto: l'onere della prova tutela il consumatore", *ivi*, 2008, p. 299.

79 Sul punto, v. Passarelli, G.: "Responsabilità civile", cit., p. 560, nota 7.

anteriore del processo di cura, (diagnostica o terapeutica), dove è il medico ad utilizzare il dispositivo intelligente, come strumento di cura, sul paziente. Si assiste ad una scissione soggettiva tra medico utilizzatore (soggetto attivo) e paziente danneggiato (soggetto passivo), che rende quantomeno dubbia la legittimazione ad agire di quest'ultimo direttamente nei confronti del produttore del bene e delle sue componenti[80], a causa dell'intermediazione generata dall'uso del dispositivo da parte di un soggetto diverso dal produttore.

La dottrina maggioritaria ha però contemporaneamente negato che la responsabilità del sanitario rientri, salvo puntuali eccezioni[81], nell'ambito di applicazione della direttiva 85/374 CEE, con relativa esclusione della disciplina consumieristica in favore del paziente danneggiato. La "ratio" di questa tendenza si ravvisa nell'assenza, in capo alla struttura sanitaria, di qualsiasi fine di profitto, da cui deriva l'impossibilità di qualificarla come "imprenditore" o "professionista".

Quest'ultima interpretazione necessita di un ripensamento, ed in questa direzione condivisibilmente si muove la progressiva qualificazione della responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità d'impresa, improntata a criteri di "corporate liability"[82] e di allocazione del rischio analoghi a quelli impiegati nella responsabilità "da attività economica".

VI. PROSPETTIVE DI RIFORMA EUROUNITARIE.

Oltre alle specifiche istanze di rinnovamento relative alla responsabilità da prodotto difettoso, più in generale, nel quadro dell'armonizzazione europea, un inquadramento generale del problema della responsabilità da AI era presente nella risoluzione del 2017 contenente norme di diritto civile sulla robotica, dove già era stata dedicata particolare attenzione agli usi dei robot in sanità, grazie ai richiami

80 Di Gregorio, V.: "Robotica e Intelligenza artificiale", cit., p. 445; Id., "Intelligenza artificiale e responsabilità civile: quale paradigma per le nuove tecnologie?", *Danno e resp.,* 2022, pp. 59-60; Costanza, M., "L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile", *Giur. it.*, 2019, p. 1689: "Il principio della fonte percepita e percepibile del pregiudizio non potrebbe subire variazioni perché l'autore dell'illecito (…) sia una intelligenza artificiale (o un robot), le cui flessibilità, peraltro, ove giustificabili sul piano della tecnica, potrebbero valere come esimenti per il loro artefice ma non per chi se ne avvale" cioè per il produttore, ma non per il sanitario.

81 Le eccezioni sono rappresentate dai casi in cui il prodotto viene fabbricato nella struttura sanitaria, ovvero sia in essa modificato e successivamente impiegato altrove. Cfr. Genovese, A.: "Il mercato dei dispositivi medici. Precauzione, sicurezza, responsabilità", *Contr. impr. Europa*, 2010, p. 348, secondo il quale questo tipo di responsabilità non si applicherebbe alle strutture pubbliche e ai liberi professionisti, ma solo alle case di cura private considerate come "operatori commerciali". Contra Lierman, S.: "European Product Safety European product safety in a medical context and single use devices", *Eur. Journ. Health Law*, 2001, pp. 207-224: "also the hospital that sterilizes single-use devices for reuse is possibly considered to be a producer". Sul punto, cfr. Corte Giust., 10 gennaio 2001, C-203/99, *Dir. comm.*, 2002, p. 51-58, con nota di Borraccetti, B.: "La responsabilità per danno da prodotto difettoso e la prestazione di servizi in campo medico". Nella pronuncia citata, essa chiarisce che se l'ente sanitario fabbrica il prodotto nella propria struttura con fondi pubblici, l'azienda sanitaria ne risponde a titolo di responsabilità oggettiva in ottemperanza alla direttiva sulla «product liability».

82 Amidei, A.: "La responsabilità, per fatto proprio e degli ausiliari, della struttura sanitaria", *Giur. it.*, 2019, pp. 463-471; Id.: "La responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità d'impresa", in Aa. Vv., *La nuova responsabilità medica* (a cura di U. Ruffolo), Giuffrè, Milano, 2018, p. 68.

ai "robot medici", "robot impiegati per l'assistenza", e agli usi della tecnologia per "interventi migliorativi e riparativi del corpo umano".

Questo atto, il primo, in Europa a menzionare la "robotica", aveva rilevato un pericoloso vuoto di responsabilità[83], ritenendo il quadro giuridico vigente "non sufficiente a coprire i nuovi danni causati dalla nuova generazione di robot" (Considerando AI). La risoluzione prospettava due possibili rimedi di attribuzione della responsabilità, concepiti come alternativi: da un lato, quello della responsabilità oggettiva, che "richiede la semplice prova del danno avvenuto e l'individuazione di un nesso di causalità tra il funzionamento lesivo del robot e il danno subito dalla parte lesa" e l'approccio di gestione dei rischi, che, al contrario "non si concentra sulla persona che ha agito con negligenza in quanto responsabile a livello individuale, bensì sulla persona che, in determinate circostanze, è in grado di minimizzare i rischi e affrontare l'impatto negativo" (Considerando 53, 54 e 55). La dottrina già all'epoca aveva rilevato la non necessaria incompatibilità tra i due modelli, ben potendosi conciliare la possibilità, per il danneggiato, di agire nei confronti del soggetto considerato oggettivamente responsabile, con la successiva applicazione del "risk management approach", per attribuire in via definitiva la responsabilità, ed i conseguenti costi di allocazione del rischio, all'interno della catena produttiva commerciale[84].

In un secondo momento, con la Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020, l'Europa ha parzialmente ridimensionato i termini del problema, ritenendo non necessaria "una revisione completa delle norme in materia di responsabilità", essendo di contro "sufficienti adeguamenti specifici della normativa esistente, e l'introduzione di nuove disposizioni ponderate e mirate" (Considerando 8). Anche in questo successivo atto, l'Unione ha riproposto un doppio binario di responsabilità, con una distinzione basata sul livello di rischio (cd. risk-based approach), che, nel recepire le indicazioni contenute nel Libro Bianco sull'intelligenza artificiale[85], ha sottolineato la differenza tra sistemi di AI ad alto rischio e sistemi di AI privi di tale requisito: per i primi è previsto un regime di responsabilità oggettiva ex art. 4, per gli altri invece la responsabilità per colpa

83 Il cd. «liability gap», su cui v., Marchini, A.: "Intelligenza artificiale", cit., p. 231. In generale, v. Matthias, A: "The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata", *Ethics&Inf. Techn*, 2004, pp. 331-348.

84 Coppini L., "Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile", *Pol. Dir.*, 2018, p. 727: "La responsabilità oggettiva prescinde dall'elemento soggettivo della colpevolezza: l'approccio di gestione dei rischi serve per individuare il responsabile, tra più soggetti potenzialmente coinvolti nel verificarsi del danno, nel soggetto causalmente "più vicino al prodotto", a seconda del malfunzionamento concretamente verificatosi, il che non presuppone, di per sé, alcun elemento di colpa in capo a tale soggetto e risulta compatibile con l'attuale disciplina del prodotto difettoso"; Ruffolo, U.: "Per i fondamenti di un diritto della robotica self-learning", cit., p. 12. Dello stesso avviso, Ratti, M: "Riflessioni in materia di responsabilità civile", cit., p. 1177: "la scelta di un regime che non richieda la prova dello stato soggettivo dell'agente non esclude, di per sé, la possibilità di prevedere norme finalizzate alla gestione del rischio da parte dei soggetti che operano lungo la catena produttiva.

85 Libro Bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia, COM(2020) 65 final, 19 febbraio 2020.

(presunta) ex art. 8 (distinzione su cui, v. infra). Il rischio dipenderebbe dal livello di autonomia consentito al sistema nell'esplicazione dei compiti e dai relativi ambiti di intervento, tra i quali quello sanitario merita particolare attenzione, poiché coinvolge diritti fondamentali come quello alla vita e all'integrità fisica. Il concetto di "rischio" è definito dall'art. 3, lett. c) della risoluzione, come "potenziale significativo (…) di causare danni o pregiudizi a una o più persone in modo causale e che va oltre quanto ci si possa ragionevolmente aspettare". Sullo stesso principio è basata la successiva Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2021, come precisato dal Considerando 14[86].

All'interno delle citate proposte normative sono contenute due categorie soggettive rilevanti: l'operatore (di front-end e di back-end) e l'utente. La Risoluzione chiarisce che l'operatore di front-end è "la persona fisica o giuridica che esercita un certo grado di controllo su un rischio connesso all'operatività e al funzionamento del sistema di IA e che beneficia del suo funzionamento" (art. 3, lett. e). La proposta di regolamento individua, tra i soggetti qualificabili come operatori, anche l'utente, inteso come "qualsiasi persona fisica o giuridica, autorità pubblica, agenzia o altro organismo che utilizza un sistema di IA sotto la sua autorità" (art. 3, punto 4). In entrambe queste ampie nozioni sembrano rientrare sia il medico, che si avvale del robot chirurgico, sia la struttura sanitaria, che se ne avvantaggia nell'erogazione della prestazione[87].

L'art. 11 della Risoluzione individua la disciplina applicabile in caso di pluralità di soggetti responsabili (operatore di back-end, di front-end e produttore). In particolare, se un operatore di front-end è anche produttore del software, prevarranno le disposizioni del regolamento sull'AI rispetto alle regole in tema di product liability; se l'operatore di back-end è anche produttore, prevarrà invece la direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi; se c'è un unico operatore, che è anche produttore, prevarranno le regole contenute nel regolamento sull'AI. Al di là della soluzione in concreto proposta, la disposizione ha una notevole rilevanza sistematica perché manifesta la volontà di attribuire la responsabilità per danni da AI anche alla categoria degli utilizzatori e non solo

86 Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 2021(206), final, 21 aprile 2021, Considerando 14: "AI fine di introdurre un insieme proporzionato ed efficace di regole vincolanti per i sistemi di IA è opportuno avvalersi di un approccio basato sul rischio definito in modo chiaro. Tale approccio dovrebbe adattare la tipologia e il contenuto di dette regole all'intensità e alla portata dei rischi che possono essere generati dai sistemi di IA. È pertanto necessario vietare determinate pratiche di intelligenza artificiale, stabilire requisiti per i sistemi di IA ad alto rischio e obblighi per gli operatori pertinenti, nonché obblighi di trasparenza per determinati sistemi di IA".

87 Il progetto di Relazione recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020/2014) ritiene opportuno definire l'operatore come la persona che decide in merito all'utilizzo del sistema di IA, che esercita il controllo sul rischio e che beneficia del suo funzionamento; ritiene altresì che per "esercitare il controllo" si intenda qualsiasi azione dell'operatore che influisce sulla modalità di funzionamento dall'inizio alla fine o che modifica funzioni o processi specifici all'interno del sistema di IA. E. Colletti, Intelligenza artificiale e attività sanitaria. Profili giuridici dell'utilizzo della robotica in medicina, cit., p. 213 definisce la figura del *deployer* un concetto ombrello, che ricomprenderebbe chiunque operi tramite un sistema di intelligenza artificiale.

a quella dei produttori[88], come confermato anche dal successivo art. 12, che disciplina il regresso tra gli operatori coobbligati in proporzione ai rispettivi gradi di controllo sul rischio connesso al dispositivo intelligente.

La nozione di "utente" è stata ripresa dall'art. 2 n. 4 della Proposta di direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale del 28 settembre 2022[89], che corregge parzialmente il tiro in ordine alla qualificazione della responsabilità, espungendo quella oggettiva e riproponendo un regime di responsabilità per colpa, corredato da alcune presunzioni, differenziate in base al rischio. Nell'analizzare il contesto della proposta, la Commissione europea ha spiegato le ragioni dell'abbandono della responsabilità oggettiva, ritenuta, dal maggior numero di portatori di interessi consultati, una soluzione normativa sproporzionata. Pertanto, la proposta in esame è espressione di un approccio strategico pluristrutturato, caratterizzato da una prima fase consistente nell'adozione di misure atte ad alleggerire l'onere della prova per i danneggiati, e una seconda, eventuale, volta a prevedere un meccanismo di revisione per introdurre regole armonizzate di responsabilità oggettiva per i casi di impiego di AI ad alto rischio, laddove ritenuto necessario.

La proposta di direttiva sulla responsabilità, in maniera non dissimile a quanto contenuto nella proposta di direttiva "gemella" COM(2022(495), prevede due meccanismi volti ad alleggerire l'onere della prova del danneggiato, nel nostro caso, anche paziente, quali: il diritto di accesso a documenti ed informazioni da parte del "claimant" (divulgazione degli elementi di prova); la presunzione di esistenza del nesso causale tra violazione di una cautela obbligatoria ("duty of care") ed il verificarsi di un evento dannoso (presunzione del nesso di causalità). In relazione al primo aspetto, ai sensi dell'art. 3 della proposta, il potenziale danneggiato, può chiedere stragiudizialmente al fornitore o all'utente la messa a disposizione di alcuni elementi di prova relativi al sistema di AI e che si sia visto opporre un rifiuto, ha la possibilità di adire l'autorità giudiziaria per ottenere un ordine di esibizione dimostrando il "fumus boni iuris", cioè la plausibilità della richiesta risarcitoria e di aver effettuato ogni sforzo proporzionato ad ottenere tali elementi di prova dal convenuto. A questo punto il giudice potrà emettere un ordine di divulgazione o di conservazione degli elementi di prova a favore del paziente danneggiato. Se il sanitario convenuto non adempie all'ordine giudiziale, l'organo giurisdizionale può presumere la non conformità ad un obbligo di diligenza da parte del convenuto;

88 Wagner, G.: "Robot Liability, cit., p. 243: "the various actors involved in the creation and the operation of autonomous system and ioT-devices will be grouped together into two distinct camps, namely the campo f the manufacturers and the group of the users. The manufacturer group includes all actors, usually businesses, who contribute to the development, design,and production of autonomous systems, including software developers and programmers. The other group comprises everyone who interacts with an autonomous system or IoT-device after it was put into circulation, factures and users is not purely phenomenological. It also pays tribute to the fact that, within each group, it seems fairly easy to allocate the costs of liability to any one member or to share it between several members,

89 Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale), COM(2022) 496 final, 28 settembre 2022.

tale presunzione ha natura relativa, essendo sempre possibile per il convenuto provare l'effettivo rispetto del "duty of care".

L'art. 4 della proposta di direttiva articola i presupposti per l'operatività della presunzione del nesso causale tra la violazione di un obbligo di diligenza e la produzione di un output dannoso. La presunzione opera, a svantaggio del medico, quale utilizzatore del dispositivo di AI, se il paziente dimostra la violazione del "duty of care" (anche a seguito della presunzione di non compliance di cui all'art. 3); se si può considerare ragionevolmente plausibile che tale violazione abbia influito sull'output prodotto dal sistema; se l'attore ha provato che l'output prodotto si è tradotto in un danno risarcibile. A titolo esemplificativo: se il medico, utilizzatore del software[90], non aggiorna il dispositivo, esso non acquisisce le conoscenze scientifiche più recenti, non formula una diagnosi corretta per il paziente, che, a causa della somministrazione di una terapia errata, subisce un danno alla salute.

La responsabilità medica in Italia, come si è sopra detto, è regolata secondo il modello extracontrattuale "classico", con onere della prova interamente a carico del danneggiato; la necessità di evitare fenomeni di medicina difensiva e la volontà di far ricadere la responsabilità più sulla struttura sanitaria che non sul medico persona fisica sono le ragioni principali che hanno indotto il legislatore italiano a definire la natura (extracontrattuale) della responsabilità del sanitario all'interno di un testo di legge, in aperta antitesi con il precedente orientamento pretorio, che rinveniva in capo al sanitario una responsabilità contrattuale da contatto sociale.

La proposta di direttiva, se entrasse in vigore, si applicherebbe, per sua espressa previsione, "alle azioni civili di responsabilità extracontrattuale per colpa volte ad ottenere il risarcimento del danno causato da un sistema di IA" (art. 1 comma 2), dunque, presumibilmente, anche alle azioni di responsabilità civile nei confronti del medico (non invece per quelle verso la struttura sanitaria, la cui responsabilità è di natura contrattuale, ex artt. 1218 e 1228 c.c. secondo il disposto di cui all'art. 7 comma 1 L. Gelli)[91]. Si verrebbe però a creare una frizione tra legge interna e diritto dell'Unione, proprio in relazione alla prova del nesso di causalità. Infatti, l'art. 2043 c.c. impone al danneggiato di provare l'intero fatto costitutivo dell'illecito, e dunque anche il nesso di causalità, quale suo elemento oggettivo, ulteriore e distinto rispetto a quello soggettivo; al contrario, come sopra chiarito, in caso di impiego di sistemi intelligenti, al paziente basterebbe provare la colpa

90 L'utilizzatore di sistemi ad alto rischio subisce questa presunzione solo se non ha rispettato l'obbligo di utilizzare il sistema di AI o di monitorarne il sistema conformemente alle istruzioni per l'uso o se non abbia sospeso o interrotto l'utilizzo nonostante avesse motivo di ritenere che fosse a rischio la salute o la sicurezza umana o un diritto fondamentale, ai sensi dell'art. 4 comma 3 Proposta di direttiva, in combinato disposto con l'art. 29 della legge sull'AI.

91 Anche il successivo comma 3 dell'art. 1 ribadisce che sebbene la direttiva non pregiudichi le norme nazionali che stabiliscono a quale parte incomba l'onere della prova e quale sia il grado di certezza richiesto in relazione al livello della prova, o che definiscano il concetto di colpa, gli artt. 3 e 4 risultano comunque norme comuni, uniformi e dunque prevalenti sul diritto nazionale.

del medico, il danno alla salute, generato dall'output prodotto dal sistema di IA o dalla sua mancata produzione, per far scattare la presunzione della sussistenza anche del nesso di causalità.

L'incompatibilità tra i due regimi di responsabilità medica (nazionale ed europeo) era già stata avvertita[92] sotto la vigenza della risoluzione del 2020, dove il livello di discrepanza era anche maggiore. Infatti, come sopra accennato, era previsto un modello a doppio binario: un regime di responsabilità oggettiva per i sistemi di AI ad alto rischio, e uno di responsabilità per colpa presunta per tutti gli altri casi, entrambi dunque più favorevoli al paziente danneggiato (artt. 4 e 8 Risoluzione del 2020)[93] rispetto al regime di responsabilità extracontrattuale standard.

La nuova proposta determina un regime meno favorevole per il medico che si avvale dei dispositivi di AI, rispetto a colui che impiega modalità tradizionali di cura, operando nel primo caso, la presunzione di sussistenza di un frammento di responsabilità (il nesso causale, appunto), invero assente nel secondo caso, dove troverà applicazione "de plano" l'art. 2043 c.c.

Il trattamento differenziato che ne deriva, se da un lato presenta l'inevitabile rischio di indurre il personale sanitario a non utilizzare questi dispositivi, innescando circuiti di medicina difensiva omissiva, dall'altro appare comunque proporzionato e ragionevole, alla luce della "ratio" della scelta normativa (evitare l'assolvimento di una "probatio diabolica" a carico del danneggiato), il ristretto margine di applicazione a svantaggio del sanitario-utente (la presunzione scatta soltanto in caso di violazione degli obblighi di diligenza a lui facenti direttamente capo), la ridotta invasività della tecnica normativa scelta[94].

VII. CONCLUSIONI.

Lo stato dell'arte non ci permette di fornire delle risposte certe, in punto di individuazione dei soggetti responsabili in ambito sanitario, anche in considerazione

92 Colletti, E.: "Intelligenza artificiale e attività sanitaria", cit., p. 214.

93 Così anche Caroccia, F.: "Ancora su responsabilità", cit., p. 416. L'art. 4, rubricato "responsabilità oggettiva per i sistemi di IA ad alto rischio" prevede(va) che "l'operatore di un sistema di IA ad alto rischio è oggettivamente responsabile di qualsiasi danno o pregiudizio causato da un'attività, dispositivo o processo fisico o virtuale guidato da tale sistema di IA" (…) Gli operatori di sistemi di IA ad alto rischio non possono eludere la propria responsabilità sostenendo di aver agito con la dovuta diligenza (…) Gli operatori non sono considerati responsabili se il danno o il pregiudizio è dovuto a cause di forza maggiore". L'art. 8, pur rubricato "regime di responsabilità per colpa per gli altri sistemi di IA" va inteso come un caso di responsabilità per colpa presunta, poiché l'operatore non è responsabile se riesce a dimostrare che "è stata rispettata la dovuta diligenza con lo svolgimento delle seguenti operazioni (…)". Si tratta di un modello auspicato da Rachum-Twaig, O.: *Whose Robot Is It Anyway?: Liability for Artificial-Intelligence-Based Robots*, *University of Illinois L. Rev.,* 2019, pp. 1141-1175.

94 Nell'illustrazione dettagliata delle singole disposizioni della proposta, si chiarisce infatti che "Stabilire un nesso causale tra tale non conformità e l'output prodotto dal sistema di IA o la mancata produzione di un output da parte del sistema di IA che ha cagionato il danno in questione può risultare difficile per gli attori. È stata pertanto stabilita, all'articolo 4, paragrafo 1, una presunzione relativa mirata di causalità in relazione a tale nesso di causalità. Tale presunzione è la misura meno onerosa atta a rispondere alla necessità di un equo risarcimento del danneggiato".

della legislazione europea, che è ancora ferma allo stadio di mere proposte, interessanti da analizzare, ma solo in prospettiva futura ed eventuale. Le intenzioni dell'Unione sembrano essere proiettate verso l'armonizzazione delle regole tecniche sull'intelligenza artificiale, contenute nella Legge sull'AI, cui sarà affiancata la direttiva sulla responsabilità extracontrattuale, a suo completamento, al fine di dettare un sostrato comune di regole di responsabilità, lasciando impregiudicate, sotto tutti gli altri aspetti, le discipline dei singoli Stati membri. Non è chiaro, però, quale sarà l'impatto dell'intervento europeo in materia civilistica, soprattutto in relazione al sottosistema della responsabilità medica: la direttiva, una volta recepita, potrebbe sostituire le regole esistenti laddove si faccia uso di AI in sanità, oppure potrebbe affiancarsi ad esse, creando un "doppio binario", lasciando la scelta al paziente sull'esperibilità del rimedio; oppure ancora, potrebbe inserirsi nel sistema della responsabilità apportando una modifica al solo aspetto dell'accertamento del nesso causale nella correlazione tra fatto ed evento. Inoltre, il passaggio dalla responsabilità oggettiva (prevista nella risoluzione del 2020 per i sistemi di AI ad alto rischio) a questa ipotesi "sui generis" di responsabilità parzialmente presunta, che rimane ancorata alla valutazione della colpa e del canone della diligenza, rischia di mantenere nel sistema un elemento di incertezza poco funzionale alle esigenze di stabilità e prevedibilità manifestate dagli operatori del mercato.

Secondo una diversa prospettiva poi, il regime di *liability* potrebbe non essere un rimedio sempre adeguato, soprattutto in relazione a danni provocati da errori fisiologici, ineliminabili dai device medici, ma calcolabili a priori, che non sembra opportuno né lasciare definitivamente sulla vittima, né traslare sull'utilizzatore o sul produttore, e che andrebbero invece gestiti attraverso una socializzazione dei costi garantita da fondi sovvenzionati dai soggetti coinvolti (cd. compensation fund)[95]. O ancora, si potrebbe prospettare un sistema di assicurazione obbligatoria, sul modello delle r.c.a., allo scopo di risarcire i danni indipendentemente dalla solvibilità del responsabile e di contribuire a ridurre il costo dei pregiudizi.

Nell'attesa dell'eventuale entrata in vigore degli atti europei, si evidenzia sin da ora che il percorso parallelo di rinnovamento della responsabilità del produttore e della responsabilizzazione dell'utilizzatore (rappresentato, come si è detto, dalle contestuali proposte nn. 495 e 496) è sintomo di un approccio normativo olistico ed equilibrato, che mira – almeno nelle intenzioni – ad un bilanciamento adeguato degli interessi di tutti i soggetti coinvolti, suddividendosi i rischi tra produttori ed utenti[96]. L'auspicio è quello che i successivi sviluppi normativi riescano a valorizzare

95 Brutti, M.: "Intelligenza artificiale e responsabilità in ambito medico", *Resp. medica*, 2018, p. 473; Borges, G.: "New liability concepts: the potential of insurance and compensation funds", in Aa. Vv., *Liability for artificial intelligence*, cit., p. 145.

96 Con favore, anche Salanitro, U.: "Intelligenza artificiale e responsabilità", cit., p. 1276: "Lo spostamento di focale dal produttore all'operatore, ove approvato, consentirebbe di salvaguardare la struttura della direttiva della responsabilità del produttore (…) evitando di incidere direttamente sui processi produttivi di sistemi di intelligenza artificiale, i quali potrebbero non sopportare un regime più rigoroso".

le esigenze della produzione e dell'innovazione tecnologica, prevenendo al contempo nuovi e pericolosi atteggiamenti di medicina difensiva, e soprattutto tenendo in massima considerazione il diritto alla salute del paziente, non solo in chiave preventiva, ma anche tramite la tutela rimediale "ex post".

BIBLIOGRAFIA

Aa. Vv.: *Diritto e intelligenza artificiale* (a cura di G. Alpa), Pacini, Pisa, 2020.

Ajunwa, I., Crawford, K., Ford, J.S.: "Health and Big Data: an ethical framework for Health Information Collection by Corporate Wellness Programs", *J.L. Med. Ethics*, 2016, pp. 474-491.

Al Mureden, E, "La responsabilità del fabbricante nella prospettiva della standardizzazione delle regole sulla sicurezza dei prodotti", in Aa. Vv. *La sicurezza dei prodotti e la responsabilità del produttore. Casi e materiali* (a cura di E. Al Mureden), Giappichelli, Torino, 2017, pp. 1-33.

Al Mureden, E: "Autonomous cars e responsabilità civile tra disciplina vigente e prospettive de iure condendo", *Contr. impr.*, 2019, pp. 895-924.

Al Mureden, E., Calabresi, G.: *Driverless cars. Intelligenza artificiale e futuro della mobilità*, Zanichelli, Bologna, 2021.

Al Mureden, E.: "Product safety e product liability nella prospettiva del danno da prodotto conforme" in Aa. Vv., *La responsabilità del produttore* (a cura di G. Alpa), Giuffrè, Milano, 2019, pp. 489-521.

Alpa, G.: "«Ars interpretandi» e responsabilità sanitaria nella nuova legge Bianco-Gelli", *Contr. impr.* 2017, pp. 728-733.

Amidei, A.: "Intelligenza artificiale e product liability: sviluppi del diritto dell'Unione Europea", *Giur. it.,* 2019, pp. 1721-1727.

Amidei, A.: "Intelligenza Artificiale e responsabilità da prodotto", in Aa. Vv.: *Intelligenza artificiale: il diritto, i diritti, l'etica* (a cura di U. Ruffolo), Giuffrè, Milano, 2020, pp. 121-133.

Amidei, A.: "La responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità d'impresa", in Aa. Vv., *La nuova responsabilità medica* (a cura di U. Ruffolo), Giuffrè, Milano, 2018, pp. 37-76.

Amidei, A.: "La responsabilità, per fatto proprio e degli ausiliari, della struttura sanitaria", *Giur. it.*, 2019, pp. 463-471.

Amidei, A.: "Robotica intelligente e responsabilità: profili e prospettive del quadro normativo europeo", in Aa. Vv., *Intelligenza artificiale e responsabilità* (a cura di U. Ruffolo), Giuffrè, Milano, 2017, pp. 63-106.

Asimov I.: *Runaround in Astouding Science Fiction*, Street & Smith, New York, 1942.

Bartolini C., Lenzini G.: "Sistemi medici e conformità legale", *Riv. it., med. leg.*, 2019, pp. 225-242.

Bertolini, A.: "Human-Robot Interaction and Deception", *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, pp. 645-659.

Borden, L.S., Kozlowski, P.M, Porter, C.R., Corman, J.M.: "Mechanical Failure Rate of Da Vinci Robotic System", *The Canadian J. Urology*, 2007, pp. 3499-3507.

Borges, G.: "New liability concepts: the potential of insurance and compensation funds", in Aa. Vv., *and the Internet of Things* (a cura di S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer), Nomos, Oxford, 2019, pp. 111-147.

Boscarato, C. "Who is responsible for a robot actions? An initial examination of Italian Law within a European Perspective", in Aa. Vv.: *Technologies on the Stand: Legal and Ethical Questions in Neurosciences and robotics* (a cura di B. Vam De Berg, L. Klaming), Monaco, Wolf, 2011, p. 388-392.

Brutti, M.: "Intelligenza artificiale e responsabilità in ambito medico", *Resp. medica*, 2018, pp. 465-479

Caroccia, F.; *La responsabilità per la produzione di farmaci e dispositivi medici*, in Aa. Vv., "La responsabilità del produttore" (a cura di G. Alpa), Milano, Giuffrè, 2019, pp. 525-550.

Caroccia, F.: "Ancora su responsabilità civile e uso delle intelligenze artificiali", *Contr. Impr.*, 2022, pp. 1-17.

Caterini, E.: *L'intelligenza artificiale e il processo di socializzazione del diritto civile,* Esi, Napoli, 2020.

Ciancimino, M.: *Protezione e controllo dei dati in ambito sanitario e intelligenza artificiale*, Esi, Napoli, 2020.

Colletti, E.: "Intelligenza artificiale e attività sanitaria. Profili giuridici dell'utilizzo della robotica in medicina", *Giureta*, 2021, pp. 203-217.

Comandé, G.: "Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability. Il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità", *An. giur. econ.*, 2019, pp. 169-188.

Coppini L., "Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile", in *Pol. Dir.*, 2018, pp. 717-731.

Costanza, M., "L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile", *Giur. it.*, 2019, pp. 1683-1689.

D'Adda, A.: "Responsabilità "da robot": i soggetti responsabili e i loro rapporti interni", in Aa. Vv., *Smart. La persona e l'infosfera*, (a cura di U. Salanitro), Pacini, Pisa, 2022, pp. 157-183.

Datteri, E.: "Danni senza anomalie: questioni di responsabilità nella robotica medica", *Inf. dir.*, 2010, pp. 59-77.

De Matteis, R., *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1995.

De Matteis, R.: *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, Giuffrè, Milano, 2017.

De Rosa, G.: "I robot medici", in *Smart, la persona e l'infosfera*, (a cura di U. Salanitro), Pacini, Pisa, 2022, pp. 115-138.

Di Ciommo, F.: *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Esi, Napoli, 2003.

Di Gregorio, V.: "Intelligenza artificiale e responsabilità civile: quale paradigma per le nuove tecnologie?", *Danno e resp.,* 2022, pp. 51-60.

Di Gregorio, V.: "Robotica e intelligenza artificiale: profili di r.c. in campo sanitario", *Resp. med.*, 2019, pp. 438-451.

Di Lella, F.: *Le attività pericolose nel settore bio-medico. Spunti per una rilettura dell'art. 2050 c.c.,* Pacini, Pisa, 2020.

Finocchiaro, G.: "Intelligenza artificiale e responsabilità", *Contr. impr.*, 2020, pp. 724-743.

Fusaro, A.: "Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 1344-1356.

Genovese, A.: "Il mercato dei dispositivi medici. Precauzione, sicurezza, responsabilità", *Contr. impr. Europa*, 2010, pp. 331-348.

Goddard, K., Roudsari, A., Wyatt, J.C.: "Automation bias: a systematic review of frequency, effect mediators, and mitigators", *Journ. American Medical Inf. Ass.*, 2011, pp. 311-347.

Goodfellow, I., Bengio Y., Courville, A.: *Deep Learning*, Mit Press, Cambridge, 2016.

Iagnemma, C.: "I robot medici: profili problematici in tema di alleanza terapeutica e responsabilità penale", *Corti supreme e salute*, 2020, pp. 188.-215

Infantino, M.: "La responsabilità per danni algoritmici: prospettive europeo-continentali", *Resp. civ. e prev.*, 2019, 5, pp. 1770-1179

Koch, B.A.: "Product liability 2.0 mere update or new version", in Aa. Vv., *Liability for artificial intelligence and the Internet of Things* (a cura di S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer), Nomos, Oxford, 2019, pp. 105-111.

Lierman, S.: "European Product Safety European product safety in a medical context and single use devices", *Eur. Journ. Health Law*, 2001, pp. 207-224.

Marchal-Crespo L., Reinkensensmeyer, D.J.: "Review of control strategies for robotic movement training after neurologic injury", *J. of neuroengineering and rehabilitation*, 2009, pp. 20-41.

Marchini, A,: "Intelligenza artificiale e responsabilità civile: dal "responsibility gap" alla "personalità elettronica dei robot", in Aa. Vv., *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale* (a cura di S. Dorigo), Pacini, Pisa, 2020, pp. 219-233.

Matthias, A: "The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata", *Ethics&Inf. Techn*, 2004, pp. 331-348.

Mitchell, T.M.: *Machine Learning*, McGraw Hill education, Boston, 1997.

Negri, A.: "Modernità e tecnica", in Aa. Vv.: *Le dimensioni della modernità* (a cura di L. Pellicani), Seam Formello, Roma, 1999, pp. 81-117.

Palmieri, A.: "Produzione di sigarette e responsabilità per danni al fumatore: l'avanzata irrefrenabile dell'art. 2050 c.c. (anche in assenza di potenziali beneficiari dell'attività pericolosa)", *Foro it.,* 2010, pp. 880-887.

Passagnoli, G.: "Regolamento giuridico e tutele nell'intelligenza artificiale", *Pers. e mercato*, 2019, p. 66-81.

Passarelli, G.: "Responsabilità civile e dispositivi medici difettosi", *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 559-561.

Pennasilico, M.: "La «sostenibilità ambientale» nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello «sviluppo umano ed ecologico»", *Riv. quadr. dir. amb.,* 2020, pp. 4-61.

Perlingieri, C.: "Responsabilità civile e robotica medica", *Tecn. dir*, 2020, pp. 161-179.

Povyakalo, A.A., Alberdi, E., Strigini, L., Ayton, P.: "How to discriminate between computer-aided and computerhindered decisions: a case study in mammography", *Med. Dec. Mak*., 2013, pp. 98-107.

Procida Mirabelli di Lauro, A.: "Le intelligenze artificiali tra responsabilità civile e sicurezza sociale", in Aa. Vv.: *Rapporti civilistici e intelligenza artificiale: attività e responsabilità. Atti del 15° Convegno Nazionale, 14-15-16 maggio 2020, Grand Hotel Vesuvio* (a cura di P. Perlingieri, S. Giova, I. Prisco), Esi, Napoli, pp. 341-411.

Rachum-Twaig, O.: *Whose Robot Is It Anyway?: Liability for Artificial-Intelligence-Based Robots*, *University of Illinois L, Rev*., 2019, pp. 1141-1175.

Ratti, M.: "Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo", *Contr. impr.*, 2020, p. 1177-1193.

Ruffolo, U.: "Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo", *Giur. it.,* 2019, pp. 1691-1700.

Ruffolo, U.: "Per i fondamenti di un diritto della robotica self-learning: dalla machinery produttiva all'auto driverless: verso una responsabilità da algoritmo?", in Aa. Vv.: *Intelligenza Artificiale e responsabilità* (a cura di U. Ruffolo), Giuffrè, Milano, 2017, pp. 1-27.

Salanitro, U.: "Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea", *Riv. dir. civ.,* 2020, pp. 1231-1249.

Santosuosso, A., Boscarato C., Caroleo, F.: "Robot e diritto: una prima ricognizione", *Nuova giur. civ. comm*., 2012, pp. 481-503.

Schönberger, D.: "Artificial Intelligence in healthcare: a critical analysis of the legal and ethical implications", *Int. J. Law & Inf. Tech*., 2019, pp. 171-179.

Sieg A., Friedrich K., Sieg U.: "Is PillCam Colon capsule endoscopy ready for colorectal cancer screening? A prospective feasibility study in a community gastroenterology practice", *Am. J. Gastr.*, 2009, pp. 848-854.

Teubner, G.: *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di P. Femia, Napoli, 2019.

Vladeck, D.C.: "Machines Without Principals: Liability rules and Artificial Intelligence", *Wash. L. Rev*, 2014, pp. 117-126.

Wagner, G.: "Robot Liability", in Aa. Vv., *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things* (a cura di S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer), Nomos, Oxford, 2019, pp. 41-59.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD EN LOS CASOS DE AUSENCIA DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE PROHIBICIONES DE DISPONER CONSTITUIDAS VÁLIDAMENTE*

THE CIVIL LIABILITY OF THE PROPERTY REGISTRY IN THE CASES OF ABSENCE OF REGISTRATION OF PROHIBITIONS TO DISPOSE VALIDLY CONSTITUTED

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1886-1921

* El presente artículo se enmarca dentro del proyecto de investigación "Condiciones y negocios jurídicos mortis causa" (PGC 2018-094820-B-100) IPs: Dña. Ana Cañizares Laso y Dña. Rocío Diéguez Oliva, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Jesús
PALOMARES
BRAVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: El objeto del presente trabajo trata de analizar la responsabilidad civil extracontractual del Registrador de la Propiedad en nuestro ordenamiento, concretamente, en los supuestos en los que se encuentran instauradas prohibiciones de disponer. En particular, con ocasión de las prohibiciones que acceden al Registro de la Propiedad, existen diversos paradigmas en la praxis en los cuales se han constituido prohibiciones de disponer válidamente, pero sin embargo debido a una conducta negligente o errónea del Registrador no constan en los folios registrales, o bien, se transmite su contenido de forma inexacta u errónea. Es decir, consta la inscripción del negocio jurídico, pero no la prohibición en la que se contiene por lo que la finalidad y los efectos de la prohibición se ven alterados como consecuencia de ello. Evidentemente, estas situaciones irrogan ulteriormente una serie de perjuicios en el transmitente y adquirente del bien gravado. Ello nos obliga a poner especial énfasis en los arts.296 y ss. LH que regulan la responsabilidad de los Registradores y relacionarlo con los arts.26 y 27 LH, los cuales permiten el acceso de las prohibiciones al Registro. A propósito de esta circunstancia, en el presente estudio desarrollamos su incidencia a través de una serie de supuestos que han sido abordados por la jurisprudencia, para posteriormente tras relacionar el régimen de responsabilidad previsto en la LH con el de la responsabilidad civil extracontractual del art.1902 CC., determinar o no la responsabilidad de este profesional, así como otras cuestiones que se suscitan. Desarrollado este esquema, realizamos una serie de conclusiones a modo de recapitulación.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil extracontractual; Registrador de la Propiedad; Inscripción; Prohibición de disponer.

ABSTRACT: *TThe purpose of this paper is to analyze the tort liability of the Land Registrar in our legal system, specifically, in the cases in which prohibitions to dispose are established. In particular, on the occasion of the prohibitions that access the Land Registry, there are several paradigms in the praxis in which prohibitions to dispose have been validly constituted, but nevertheless, due to a negligent or erroneous conduct of the Registrar, they do not appear in the registry folios or their content is transmitted in an inaccurate or erroneous manner. In other words, the purpose and effects of the prohibition are altered as a consequence of its non-registration. Evidently, these situations subsequently cause a series of damages to the transferor and acquirer of the encumbered property. This obliges us to place special emphasis on articles 296 and following. LH which regulate the responsibility of the Registrars and relate it to arts.26 and 27 LH which allow the access of the prohibitions to the Registry. With regard to this, in the present study we develop its incidence through a series of cases that have been dealt with by the jurisprudence, in order to subsequently, after relating the registry regime with that of the tort liability of art.1902 CC. determine or not the liability of this professional, as well as other questions that derive from it. Once this outline has been developed, we draw a series of conclusions by way of recapitulation.*

KEY WORDS: *Tort liability; Land Registrar; Registration; Prohibition of disposal.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER Y SU INSCRIPCIÓN REGISTRAL. - II. ASPECTOS ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD. - 1. La regulación contenida en la Ley Hipotecaria, ¿un completo régimen especial de responsabilidad civil o incardinado en el régimen general? - 2. La doble condición funcionarial y de profesional del derecho que concurre en la persona del Registrador. El carácter personal y extracontractual de la responsabilidad civil. - III. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL REGISTRADOR. - 1. Presencia de una conducta negligente o errónea. - 2. La efectiva producción del daño. - 3. La relación de causalidad entre la actuación del Registrador y el daño que se produce. - 4. Imputación objetiva de los daños a la conducta del Registrador. - IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DEL REGISTRADOR ANTE LA FALTA DE INSCRIPCIÓN DE PROHIBICIONES DE DISPONER. - 1. En supuestos de prohibiciones de disponer legales y judiciales o administrativas. - 2. En supuestos de prohibiciones voluntarias de disponer. – V. REFLEXIONES FINALES.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER Y SU INSCRIPCIÓN REGISTRAL.

Las prohibiciones de disponer constituyen una figura jurídica o gravamen que conlleva el cercenamiento o limitación de la facultad de disponer en el derecho subjetivo y del poder de disposición en el sujeto sometido a ella. Igualmente, no crean un derecho subjetivo en favor de tercero, simplemente es una institución jurídica accesoria a un negocio jurídico principal en la que se instaura. Así, su inmediata consecuencia una vez inscritas es la imposibilidad de realizar actos dispositivos derivados del dominio y de los derechos reales[1].

Atendiendo a su origen pueden ser establecidas en negocios jurídicos a título oneroso o bien tener su origen en virtud de una disposición legal, resolución judicial o administrativa o negocio jurídico gratuito establecido por los particulares (cfr. arts.26 y 27 Ley Hipotecaria). Estas últimas son objeto de publicidad registral, de tal modo que los negocios o actos jurídicos que contravengan la prohibición de disponer inscrita válidamente serán declarados nulos. Ciertamente es una figura en la que la inscripción registral juega un papel importante de cara a su eficacia.

Es por esta razón que la labor calificadora de los Registradores de la Propiedad no resulta baladí. El legislador prevé la eficacia erga omnes de las prohibiciones atendiendo a razones o funcionalidades diversas. Con este propósito, también permite que los particulares puedan configurarlas con idéntica eficacia en negocios

1 Sobre los efectos de las prohibiciones de disponer, nos remitimos a Cañizares Laso, A.: "Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias", *Anuario de Derecho Civil,* vol.44, núm.4, 1991, pp.1453-1528 y Palomares Bravo, J.: "Efectos reales y obligacionales de las prohibiciones de disponer voluntarias en el ordenamiento jurídico español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm.16 bis, junio, 2022, pp.2836-2867.

• Jesús Palomares Bravo
Personal Investigador Contratado Predoctoral, Universidad de Málaga
jpbravo@uma.es

jurídicos a título gratuito. Por ello, es importante atender al proceso por el cual las prohibiciones ingresan al Registro. Particularmente, analizar el régimen normativo previsto en la Ley Hipotecaria a los efectos de determinar su responsabilidad cuando intervenga una conducta negligente o culposa del Registrador de la Propiedad que conlleve la no inscripción de una prohibición de disponer constituida válidamente y que debió de ser inscrita en los folios del Registro.

Estas situaciones traen como consecuencia el inicio de un proceso civil en el que se ejercita la acción de nulidad de la transmisión. La prohibición que no consta inscrita por razones ajenas a quien la instauró e imputables al Registrador que debió de inscribir existe, pues está constituida, de forma que el transmitente no tiene poder de disposición pues estaba gravado el bien con la prohibición. De tal manera que la finalidad y los efectos que el legislador confiere a la prohibición de disponer se ven alterados como consecuencia del anormal proceder en su actividad por parte del Registrador.

La situación descrita provoca que el adquirente del derecho no pueda conocerla, y a su vez el interesado en sus efectos la haga valer. Escenario que ulteriormente irroga una serie daños y perjuicios al verse privado el adquirente de la cosa objeto de transmisión con fundamento en la nulidad de la transmisión patrimonial por falta de poder de disposición en el transmitente. Lo que sirve de fundamento, igualmente, para agregar al ejercicio de la acción de nulidad del contrato, el ejercicio de la acción aquiliana en la que el Registrador deberá responder por los citados daños.

II. ASPECTOS ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD.

1. La regulación contenida en la Ley Hipotecaria, ¿un completo régimen especial de responsabilidad civil o incardinado en el régimen general?

Desde la promulgación de la Ley Hipotecaria en 1861, el legislador español ha dedicado un elenco de preceptos destinados a regular la responsabilidad civil de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles[2].

2 En la originaria Ley Hipotecaria de 1861 constituían este grupo de preceptos los arts. 313 a 333, constituyentes todos ellos del Título XI nominado "De la responsabilidad de los Registradores". Actualmente, casi la totalidad de los artículos que disciplinan la responsabilidad (arts.296 y ss. de la Ley Hipotecaria) son iguales a los del primigenio texto. En 1869 tampoco se modificó este régimen salvo el art.321 de aquella ley del citado año. Sobre el texto original, trabajos preparatorios, así como la tramitación parlamentaria de la legislación hipotecaria de los textos de 1861 y 1869, vid. AA.VV.: *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución,* tomo I, *Leyes de 1861 y 1869, II Congreso Internacional de Derecho Registral,* Editorial Castalia, Madrid, 1974, pp.337 y ss. y 526 y ss.

En la actualidad los arts.296 a 312 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en adelante LH), son los encargados de abordar el régimen de la responsabilidad civil de estos profesionales. La modificación más significativa en este ámbito, fue la llevada a cabo por el art.101 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. El citado precepto modificó la rúbrica del Título XII que pasó a denominarse "De la responsabilidad y del régimen disciplinario de los Registradores", hasta entonces se denominaba "De la responsabilidad de los Registradores", e introdujo una nueva regulación dedicada al régimen disciplinario. De tal forma que esta nueva regulación de los arts.313 a 318 LH conforman la Sección 2ª del Título XII. Así los artículos preexistentes y no modificados, se integraron en una nueva sección, que se convirtió en la primera del Título XII bajo la nomenclatura "Del régimen disciplinario de los Registradores".

De esta forma, en nuestro ordenamiento jurídico existe un conjunto de preceptos específicos en esta materia desde hace más de 150 años. No cabe duda que en el momento de la publicación de la primera Ley Hipotecaria en 1861, el régimen era claramente innovador. Es así porque no se hallaba ninguna norma, ni ninguna praxis jurídica que prestase su atención a la responsabilidad civil de los profesionales. Años más tarde, el legislador español comenzará a considerar la regulación de algunos tipos especiales de responsabilidad. Ciertamente, de algún modo, el texto hipotecario fue pionero en este particular.

Este elemento temporal, ha de ser tenido en cuenta cuando abordamos la responsabilidad específica del Registrador que se inserta en la LH, respecto a la integración de la misma con el ordenamiento jurídico y la práctica judicial. En especial, cuando se abordan sus posibles déficits. Ello se fundamenta en que si nos encontrásemos ante la inexistencia de los preceptos hipotecarios, la normativa a aplicar al régimen de la responsabilidad civil de los Registradores la constituirían únicamente el art.1902 CC (a partir de 1889 con la promulgación del Código Civil), y en su caso, los arts.1101 CC y concordantes a propósito de la responsabilidad civil contractual, si considerásemos que el Registrador celebra un contrato de prestación de servicios con el sujeto que solicita su actuación profesional[3].

En esta línea, la normativa que disciplina la responsabilidad civil de los Registradores dista de la de otros profesionales, por ejemplo, la de los Notarios. Éstos tienen similitudes con el Registrador en su consideración de funcionarios públicos y otros extremos tales como el ejercicio de su función como profesionales, la percepción de honorarios directamente de los interesados o su régimen disciplinario. En definitiva, el ser considerado como una figura mixta (funcionarios

3 Estruch Estruch, J.: *La responsabilidad civil del Registrador,* Centro de estudios registrales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2014, p.22.

públicos y profesionales del derecho). Si nos paramos a reflexionar en la posible existencia de una normativa específica, sistematizada y homogénea que aborde las diferentes situaciones y consecuencias de la responsabilidad civil de los Notarios, esta simplemente no existe, en clara contraposición con los Registradores[4]. De tal manera, que la vigencia normativa tiene como efecto que el régimen de la responsabilidad civil de los Notarios se someta a los dictados de la responsabilidad civil profesional[5].

Por esta razón, cabría plantearse si la cobertura normativa de la LH para los Registradores en materia de responsabilidad civil, es lo suficientemente completa para considerarla como un régimen especial de responsabilidad. Es decir, si los Registradores están exentos del régimen general de responsabilidad civil y su actuación solo se someten a un sistema especial de responsabilidad que quede circunscrito a los casos del art.296 LH, o bien, si se admite la posibilidad de que puedan causarse daños por conductas distintas de las tipificadas en el texto hipotecario, los Registradores deben indemnizar los daños como consecuencia de su culpa o negligencia profesional. Ciertamente la respuesta ha de ser negativa, ya que este régimen ha de ser completado con los preceptos que regulan la responsabilidad civil en general. Además, en los posibles supuestos en los que concurra responsabilidad derivada de la actuación profesional del Registrador, estos habrán de ser necesariamente conectados con la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales a los efectos de conocer el sentido y alcance de las normas

4 Así se pronuncia la SAP Burgos 26 febrero 2013 (JUR 2013, 306986) en su fundamento de derecho 1º: "Como punto de partida inexcusable para la adecuada y motivada resolución del presente supuesto (art 218 LEC), proceda recordar que no hay una regulación específica y sistemática de la responsabilidad civil del Notario , como ocurre con la que contiene la Ley Hipotecaria para la de los Registradores de la Propiedad, en sus arts. 296 y ss. LH ; de modo que habrá que estar a las reglas generales en materia de responsabilidad contractual y de responsabilidad civil preferencial. Sólo tratan del tema referido preceptos dispersos, especialmente los arts. 145 y 146 RN y los arts. 705 y 715 CC". En la doctrina Parra Lucán, M.A.: "La responsabilidad civil de Notarios y Registradores. Estudio jurisprudencial", en AA.VV.: *La responsabilidad civil y su problemática actual* (coord. por J.A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2007, p.825 quien señala "Notarios y Registradores tienen en común el que en su estatuto profesional aparecen de forma concurrente un elemento público y un elemento privado, en el sentido de que ambos son funcionarios, pero ejercen su función como profesionales. Esto significa, fundamentalmente, como expondré, que no puede deducirse la responsabilidad patrimonial de la Administración por los errores cometidos por Notarios o por Registradores en el desempeño de su función, puesto que incurren en una responsabilidad personal y propia". En esta línea se manifiesta Domínguez Luelmo, A.: "Responsabilidad del Registrador de la Propiedad por errores y omisiones en el contenido de una nota simple informativa", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* núm.86, Abril-Junio, 2002, pp.266-267, "la mayoría de la doctrina considera que el Registrador es una figura mixta (funcionario público y profesional del derecho), en el sentido de ser un funcionario en el que las características de su actividad lo separan de cualquier otro funcionario administrativo (arts.274 LH y 536 RH)". Lacruz Berdejo, J.L.: "Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 530, Enero-Febrero, 1979, pp.167 y ss. Más concretamente entre los hipotecaristas destacamos a Chico Ortiz, J.Mª.: *Estudios sobre Derecho Hipotecario,* tomo II, 4º ed., Marcial Pons, Madrid, 2010, p.1487 "el régimen de responsabilidad personal, su actuación independiente y su remuneración ajena a los presupuestos generales del Estado le alejan de la cualidad de funcionario para imbricarlo en la actuación profesional".

5 Con acierto señala Verdera Server, R.: *La responsabilidad civil del Notario,* Civitas, Madrid, 2008, p.73, "la responsabilidad civil del Notario debe articularse a partir de los criterios generales de responsabilidad, tanto contractual como extracontractual". También, Parra Lucán, M.A.: "La responsabilidad", cit., p.829, entiende que "en ausencia de un régimen específico que regule de una manera general la responsabilidad civil de los Notarios ésta deberá fundarse en las reglas generales de la responsabilidad civil".

hipotecarias[6]. Igualmente, es obligada la referencia a la doctrina jurisprudencial en la relación de casos concretos de responsabilidad profesional en general[7].

De esta forma, el régimen normativo de responsabilidad del Registrador ni deroga, ni excluye la aplicación superpuesta del sistema general de responsabilidad civil que afecta a todo profesional regulado en los arts.1101, 1902 y concordantes del CC. A mayor abundamiento, otro argumento para sostener esta postura se haya en la propia LH. Así, el art.300 LH establece con carácter general "El que por error, malicia o negligencia del Registrador perdiere un derecho real o la acción para reclamarlo podrá exigir, desde luego, del mismo Registrador el importe de lo que hubiere perdido". Evidentemente, el Registrador no solo va a responder de aquellas conductas que su particular régimen de responsabilidad recoge (vid. art.296 LH), sino que en general responde de todos los daños que se origen como consecuencia de su error, malicia o negligencia, conceptos que son perfectamente incardinables en la culpa o negligencia para la responsabilidad civil extracontractual del art.1902 CC, o del dolo, negligencia y morosidad del art.1101 CC[8].

Estas consideraciones, no deben ser ningún óbice para minusvalorar el régimen contenido en la LH. No olvidemos que los preceptos citados anteriormente regulan cuestiones trascendentales en las cuales el legislador hipotecario observa una potencial o posible existencia de responsabilidad profesional, determina que sujetos han de responder, el plazo de ejercicio de las posibles acciones, o el foro competente para conocer de la acción, entre otros aspectos.

2. La doble condición funcionarial y de profesional del derecho que concurre en la persona del Registrador. El carácter personal y extracontractual de la responsabilidad civil.

En el Registrador confluye la doble cualidad de funcionario público dependiente del Ministerio de Justicia y profesional del derecho que el ordenamiento le atribuye. Además de afirmar su estatus de funcionario público, determinados aspectos organizativos o económicos lo sitúan a extramuros de la citada condición. Así, siguiendo a Ballesteros Alonso lo que determina la especialidad de su actividad profesional es que ejercen la función pública que desempeñan en un régimen de independencia, bajo su propia responsabilidad. Esto se manifiesta de forma clara en que no reciben su salario de los Presupuestos Generales del Estado sino de los

6 En contra de esta opinión Ballesteros Alonso, M.: "La responsabilidad civil de Registradores y Notarios", en AA.VV.: *La responsabilidad civil profesional* (dir. por J.I. Álvarez Sánchez), Dykinson, Madrid, 2004, p.72, según el cual los artículos que conforman la Sección 1ª del Título XII de la LH "regulan en su totalidad la responsabilidad civil en que pueden incurrir los Registradores en el ejercicio de su función, de manera que no serán de aplicación, o lo serán sólo supletoriamente, los arts.1101 y ss. CC, que regulan la responsabilidad civil contractual y los arts.1902 y ss. CC que regulan la extracontractual".

7 Estruch Estruch, J.: *La responsabilidad*, cit., p.25.

8 Llamas Pombo, E.: "Artículo 296", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (Dir. por A. Domínguez Luelmo), 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2019, p.2208.

particulares que solicitan sus servicios, con arreglo a aranceles aprobados por el gobierno, organizando sus despachos y oficinas como cualquier otro profesional, contratando sus propios empleados y pagando sus gastos e inversiones[9]. Cabe destacar entre estos rasgos el cobro del arancel, donde más se manifiesta la condición profesional del Registrador, alejándose de la consideración de funcionario público[10]. Una actividad desplegada que sin duda es de carácter poliédrico que combina facetas técnicas que requieren profundos conocimientos técnicos y una actividad complementaria encaminada a la gestión del servicio público que dirige.

Pasando a un plano eminentemente normativo, estas reflexiones sobre su doble condición se vislumbran en los textos legales. La propia LH en su art.274 LH preceptúa que "Los Registradores de la Propiedad tienen el carácter de funcionarios públicos para todos los efectos legales". Igualmente, en el caso del Registro Mercantil señala el art.13.3 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante RRM) "El estatuto jurídico de los Registradores Mercantiles será el mismo que el de los Registradores de la Propiedad, sin más especialidades que las establecidas por la Ley y por este Reglamento".

Por otro lado, el Preámbulo del Real Decreto 483/1997, de 14 de abril, por el que se aprueban los Estatutos generales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, establece: "Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles tienen el doble carácter de funcionarios públicos y de profesionales del Derecho, unidos de manera indisoluble. En los presentes Estatutos generales se regulan los aspectos corporativos derivados de su pertenencia al Colegio de Registradores. Los relativos al ejercicio profesional de la función pública registral, se dejan a la regulación de la legislación hipotecaria, donde se sanciona asimismo la dependencia jerárquica del Colegio de Registradores respecto del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (confróntese al respecto el artículo 560 del Reglamento Hipotecario), derivada precisamente de la unicidad de la función registral antes aludida". La faceta funcionarial aparece con mayor claridad en el art.536 del Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (en adelante RH) que dispone: "(…) Como

9 Ballesteros Alonso, M.: "La responsabilidad", cit., p.71. También participan de esta perspectiva Lacruz Berdejo, J.L.: "Dictamen sobre", cit., p.155; Parra Lucán, M.A.: "La responsabilidad", cit., pp.825 y 862; Domínguez Luelmo, A.: "Responsabilidad del", cit., p. 267; Chico Ortiz, J.Mª.: *Estudios sobre,* cit., pp.1847 y 1848.; Domínguez Luis, J.A.: *Registro de la Propiedad y Administración Pública. Servicio Público y Función Pública Registral,* Comares, Granada, 1995, pp.390 y ss.; Guilarte Gutiérrez, V.: "La responsabilidad del Registrador derivada de la función calificadora: sus orígenes, fundamento y necesaria persistencia", *Revista Lunes 4´30. Revista de asuntos registrales,* núm.456, enero, 2009, pp.25 y 26.

10 Navarro Gómez, R.: *El arancel de los funcionarios públicos. Análisis jurídico-tributario,* Marcial Pons, Madrid, 2007, p.28.

funcionarios públicos serán titulares indisolublemente de las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario que vengan determinadas en la demarcación registral"[11].

Estas referencias legales sirven de sustento, además del análisis de su función profesional, para que la doctrina entienda que nos situamos ante una figura mixta que reviste cualidades propias de funcionario público, al tiempo que de profesional del derecho[12]. En definitiva, una suerte de profesional encargado en su ejercicio de funciones públicas que a su vez son ejercidas privadamente[13].

A propósito de la condición de funcionario público del Registrador y con el objeto de despejar cualquier tipo de cuestionamiento, la norma jurídica establece la responsabilidad personal del Registrador, sin mencionar en ningún momento cualquier alusión a una eventual responsabilidad de la Administración Pública por el funcionamiento anormal del Registro de la Propiedad como servicio público[14].

11 Sobre las diversas normas que ponen el acento en el carácter profesional de la figura del Registrador vid. García García, J.M.: *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil,* 5ª ed., Madrid, 2006, p.746, nota 66. En contra hay quien niega la condición de funcionario público del Registrador aún a pesar de las atribuciones legales que le participan de tal condición. Lo hace sobre la base de las diversas especialidades que concurren en su figura, Barrero Rodríguez, C.: "Un apunte sobre la naturaleza de la función registral y de los procedimientos a través de los que se desarrolla. La conveniencia de un debate", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm.690, 2005, pp.1208 y ss.

12 Lacruz Berdejo, J.L.: "Dictamen sobre", cit., p.176, señala "surge así una figura mixta en la cual a la forma funcionarial corresponde una sustancia profesional: de profesional jurista encargado de funciones públicas". Parra Lucán, M.A.: "La responsabilidad", cit., p.862; Domínguez Luelmo, A.: "Responsabilidad del", cit., p.266; Gallego del Campo, G.: *Operadores jurídicos: El Registrador de la propiedad español,* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios, Madrid, 2005, pp.24 y 106.

13 Sáinz Moreno, F.: "Ejercicio privado de funciones públicas", *Revista de Administración Pública,* núm.100-102, enero-diciembre, 1983, p.1701, señala "la noción de «ejerciente privado de funciones públicas» se aplica con frecuencia creciente a los casos más variados; ha desbordado su ámbito originario (el que media entre la profesión libre y la función pública) para ser aplicada a realidades de naturaleza muy distinta (…) Tal extensión de su objeto ha hecho que pierda consistencia y utilidad jurídica (…) Para que la noción «ejerciente privado de funciones públicas» tenga valor jurídico es necesaria mantenerla en sus límites tradicionales, esto es, dentro del ámbito del ejercicio privado de profesiones a las que, en todo o en parte, se les atribuye claramente la cualidad de ejercer funciones públicas". El autor cita algunas profesiones como notario, agente de cambio y bolsa, etc. que la doctrina incluye en la categoría aludida. Muestra dudas con los Registradores, a los que finalmente incluye (p.1702) para concluir que la responsabilidad del ejerciente al no encontrarse encuadrado dentro de la organización administrativa, sus actos no se imputan a la Administración siendo su responsabilidad de carácter civil. Sobre estas consideraciones Yzquierdo Tolsada, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal,* Reus, Madrid, 1989, pp.109, 111, 116, 117 y 122 discierne entre el supuesto de los Registradores donde el ejercicio de la actividad pública es el objeto principal de su profesión de otras profesiones que no revista en sí mismas carácter público, pero cobijan un ejercicio obligatorio de funciones públicas (comandante de aeronave por ej.) Centrándonos en el primer grupo en el que se circunscriben los Registradores responden civilmente de los daños, sin que "la reglamentación legal y la más o menos intensa intervención administrativa pueda servir de título de imputación de sus actos a la Administración".

14 En relación con el art.404 CP, no es clara la cuestión en la jurisprudencia y doctrina sobre la aplicabilidad del tipo penal de prevaricación a los Registradores de la Propiedad en su condición de funcionarios públicos. Así la STS 29 septiembre 2009 (RJ 2009, 5984), en un caso que se acusaba a un Registrador de un delito continuado de prevaricación, su FD 4º expone: "La ponderación del conjunto de circunstancias que concurren en el presente caso nos lleva a considerar que la conducta enjuiciada no desborda los límites de las posibles responsabilidades disciplinarias e, incluso, civiles del Registrador encausado, de modo que, en principio, su conducta no puede considerarse penalmente típica". En la doctrina a favor de que los Registradores son funcionarios a efectos penales y el rechazo de la naturaleza administrativa de la función calificadora, por ser esta autónoma vid. Parada Vázquez, R.: "Los Registradores de la Propiedad (a propósito de la presentación del libro «práctica hipotecaria»", en AA.VV.: *La calificación Registral* (dir. por F.J. Gómez Gálligo y R.Mª. Recio Aguado), tomo I, Civitas, Madrid, 1996, p.52; Sagardoy de Simón, I.: *La relación de puestos de trabajo de los empleados de los registros,* Civitas, Madrid, 1996, p.135 y Lacruz Berdejo, J.L.:

Así se manifiesta el art.536 RH: "Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles ejercen profesionalmente, bajo su responsabilidad, las funciones públicas atribuidas por las leyes en general, y en particular por la legislación hipotecaria y mercantil, y en virtud del carácter de funcionarios públicos que les reconoce el artículo 274 de la Ley Hipotecaria, tienen los derechos reconocidos por las leyes administrativas. Como funcionarios públicos serán titulares indisolublemente de las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario que vengan determinadas en la demarcación registral"[15]. Otros preceptos igualmente acentúan su responsabilidad personal, así destacamos en especial el art.18 LH cuando dice que los Registradores actuarán bajo su responsabilidad, a la que se une la prohibición ex. art.273 LH de acudir a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJYFP) para consultar sobre problemas jurídicos que plantea la calificación, lo que confirma el impedimento de trasladar su responsabilidad a otro organismo al negar la posibilidad de consulta de las materias o cuestiones sujetas a su calificación[16].

Resulta por tanto manifiesta la especialidad de la responsabilidad civil del Registrador. Una responsabilidad que se verifica cuando concurre en el seno de su ejercicio profesional, sin que su condición de funcionario provoque una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración por los errores cometidos por los Registradores en el desempeño de su función, puesto que estamos ante una responsabilidad personal y propia[17]. Esto no es óbice para que algún autor se haya planteado la responsabilidad del Estado cuando fuera notorio el exacto cumplimiento de la ley y se observe un correcto proceder en la actuación del Registrador, y con ello, la inexistencia de cualquier clase de negligencia o culpa, y aun así se irrogara un daño a un tercero que no tiene la obligación de soportarlo, o que su patrimonio se viera mermado como consecuencia de alguna irregularidad

"Dictamen sobre", cit., p.161. Contrariamente, tesis clásicas postulan que se trata de actos administrativos dictados en el seno de un procedimiento de tal naturaleza. De seguir estas tesis, sí procedería el delito de prevaricación del art.404 CP por ser la conducta típica en relación con el delito que se fundamenta en "asunto administrativo", vid. González Pérez, J.L.: "La impugnación de los actos registrales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm.328-329, octubre-septiembre, 1955, pp.514-515, pronunciándose en favor de la tesis administrativista en otros trabajos anteriores y posteriores como "Naturaleza del procedimiento registral", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm.256, septiembre, 1949, pp.579 y ss., y "El recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm.516, octubre-septiembre, 1976, pp.1030 y ss.

15 De igual modo véanse los arts.222.7 LH y 332.7 y 334.1 RH.

16 Lacruz Berdejo, J.L.: "Dictamen sobre", cit., pp.168-169 y Chico Ortiz, J.M.ª.: *Teoría, fórmula y práctica de la calificación registral,* Marcial Pons, Madrid, 1977, p.63.

17 Parra Lucán, M.A.: "La responsabilidad", cit., p.825; Ballesteros Alonso, M.: "La responsabilidad", cit., p.71; Domínguez Luelmo, A.: "Responsabilidad del", cit., p.265 y Guilarte Guitérrez, V.: "La responsabilidad", cit., p.26, señala que "El Registrador al calificar, actúa en su propia personalidad civil, de la que exclusivamente responde (*ubi emolumentum ubi onus*), tratándose por ello de una actividad que, en su caso, puede llegar a generar responsabilidad personal civil y directa sin duda ajena a la responsabilidad de la Administración General del Estado. Es esencial tener presente, a priori, que su condición de profesional del derecho y la actividad calificadora desarrollada con tal carácter es incompatible con el encuadramiento de tal actividad en el seno de la realizada por la Administración General del Estado".

o insuficiencia del sistema registral. Una cuestión no exenta de complejidad que excede el propósito de nuestro estudio[18].

En el plano jurisprudencial, los tribunales se han pronunciado en numerosas ocasiones acerca de la responsabilidad personal y especial del Registrador como un tipo de responsabilidad extracontractual, y no contractual[19]. Lo hacen sobre la base de que en tanto que participa de la condición de funcionario, asume por ministerio de la ley una serie de obligaciones y deberes propios de su cargo. Así la SAP Córdoba 7 marzo 2018[20] señala en su FD 2º: "No obstante, aun cuando se considerase la responsabilidad del Registrador por los daños y perjuicios ocasionados en el ejercicio de sus funciones como una responsabilidad "ex lege" de la Ley Hipotecaria, ello no impide que esta responsabilidad debe ser tratada, a la luz del derecho de daños, de la regulación de la responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil (LEG 1889, 27) y jurisprudencia interpretativa, y ello porque nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, regulado en el artículo 1902 CC como norma general y en los artículos 296 y siguientes de la LH como norma especial, responsabilidad aquiliana que supone la existencia de un daño causado con independencia de cualquier relación jurídica que ligue a las partes en el proceso".

Evidentemente, se trata de obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico y no de ningún negocio jurídico, lo que ha llevado aisladamente además a considerar esta responsabilidad como una responsabilidad de carácter legal[21]. El Registrador de la propiedad no contrata con el particular, con el interesado, sino que este en virtud del principio de rogación pretende la inscripción registral o cualquier otro servicio público del Registro. La obligación del Registrador es la de desarrollar su actividad a instancia del interesado, con la debida diligencia y celo profesional en ejercicio de una función pública. Por lo que señala acertadamente Lacruz Berdejo que en ningún caso se presenta primordialmente como una obligación contractualmente asumida[22]. Se trata del cumplimiento de una serie de funciones públicas sin que haya previamente una vinculación contractual con el particular[23].

18 Sobre la cuestión es de gran interés, Estruch Estruch, J.: *La responsabilidad,* cit., pp.391-477.

19 SSAAPP Zamora 1 diciembre 2000 (JUR 2001, 78126), Barcelona 30 marzo 2001 (JUR 2001, 161460), Barcelona 26 julio 2000 (JUR 2000, 306620), Las Palmas 16 noviembre 2010 (JUR 2011, 252683) y Cádiz 14 febrero 2012 (JUR 2012, 354572)

20 JUR 2018, 276574.

21 Este fundamento ha servido también para alguna sentencia aislada considerar que se trata de una responsabilidad legal. Consideración que, no obstante, no cambia en nada la norma aplicable a la responsabilidad civil de estos profesionales (arts.1902 CC y 296 y ss. LH). En esta línea la SAP Granada 12 abril 2004 (JUR 2004, 158244) indica en su FD 1º: "No está totalmente claro que la responsabilidad del Registrador de la Propiedad por actos en el ejercicio de sus funciones sea realmente extracontractual, como propugna, sin embargo, un sector de la doctrina. Tampoco cabe pensar que sea de naturaleza contractual. Más bien habrá que considerar que se trata de una responsabilidad legal, además, especial, sobre todo por su regulación específica en los artículos 296 y ss. de la LH".

22 Lacruz Berdejo, J.L.: "Dictamen sobre", cit., p.171.

23 Estruch Estruch, J.: *La responsabilidad*, cit., p.40.

Finalmente, tras el análisis doctrinal y jurisprudencial no existen dudas acerca del carácter subjetivo de la responsabilidad civil de los Registradores, toda vez que se funda en la culpa o negligencia de su actuación profesional. Es decir, si contemplamos los supuestos del art.296 LH podemos colocarnos en una especie de responsabilidad objetiva, siempre que de los actos u omisiones tipificados se siga un daño que habrá de acreditar el demandante. Una opinión más matizada como la que sostiene Llamas Pombo defiende que el carácter objetivo de esta responsabilidad no está tan claro. Es lo que podríamos denominar una "imputación legal de culpa", más que un elenco de casos de responsabilidad objetiva. De tal forma, que si acudimos al art.297 LH se produce una exoneración de responsabilidad al Registrador cuando los errores, inexactitudes u omisiones tengan origen en defectos del título inscrito y no sea un defecto notorio que debiera haber motivado la denegación o suspensión de la inscripción, anotación o cancelación. Ciertamente, se excluye la imputación del Registrador en ausencia de culpa o negligencia[24].

Así, por ejemplo, la STS 23 enero 2008[25] aun afirmando el carácter legal de esta responsabilidad, considera la actuación culposa o negligente del Registrador como elemento vertebrador para la apreciación de su responsabilidad civil. Para ello, exige la concurrencia de los mismos requisitos que son propios de la responsabilidad civil extracontractual , así lo establece en su FD 4º: "Esta responsabilidad legal del Registrador de la Propiedad frente a los titulares de bienes y derechos protegidos por el Registro exige la concurrencia de los mismos requisitos propios de la responsabilidad civil extracontractual; y, en consecuencia: a) Que exista acción u omisión culposa o negligente, a lo que se añade en este caso la simple actuación errónea siempre que sea imputable directamente al Registrador y no venga determinada por circunstancias ajenas a su propia actuación, cuya vigilancia no le competa por razón de su profesión; b) Daño o perjuicio para un tercero, concretado legalmente en la pérdida de un derecho real o de la acción para su reclamación; y c) Relación de causalidad entre los anteriores elementos, de modo que el daño o perjuicio experimentado venga causalmente determinado por aquélla actuación del Registrador. Tales requisitos son todos ellos de necesaria concurrencia". En idéntico sentido se manifiesta la STS 2 diciembre 2009, FD 3º[26], a propósito de los arts.296 y 300 LH en relación con el art.1902 CC: "El artículo 296 LH establece la responsabilidad civil de los registradores de la Propiedad de los daños y perjuicios que ocasionen por la falta de inscripción de los títulos, por error

24 Llamas Pombo, E.: "Artículo 296", cit., p.2213. Por su parte, Salinas Verdeguer, E.: "Alcance de la responsabilidad civil de los notarios y registradores en relación a la información registral que debe suministrarse con ocasión de una operación inmobiliaria", *Boletín de Contratación Inmobiliaria,* núm.66, marzo, 2010, p.10 establece que la responsabilidad de los Registradores "es una responsabilidad profesional, que no tiene carácter objetivo y requiere de un incumplimiento de deberes".

25 RJ 2008, 216.

26 RJ 2010, 267.

o inexactitud cometido en los asientos, por falta de cancelación o cancelación indebida y por error u omisión en las certificaciones. El artículo 300 I LH dispone con carácter general que «[e]l que por error, malicia o negligencia del Registrador perdiere un derecho real o la acción para reclamarlo podrá exigir, desde luego, del mismo Registrador el importe de lo que hubiere perdido.» La jurisprudencia interpreta estos preceptos con arreglo al principio de resarcimiento universal del daño causado mediante culpa o negligencia, cuya aplicación debe hacerse al amparo del artículo 1902 CC examinando si concurren los presupuestos de un daño o un interés protegido por el Derecho, de culpa o negligencia del agente, y de un nexo de causalidad entre la conducta de éste y el daño producido que permita su imputación (SSTS, entre otras, de 18 de mayo de 2006 , RC n.º 3099/1999, STS 15 mar. 2006 , RC n.º 2797/1999)".

Podemos concluir con arreglo a la jurisprudencia, el rechazo a que la responsabilidad de los Registradores conforme un paradigma de responsabilidad contractual, así como que la posible consideración legal de la misma, le exima de la aplicación del régimen general de la responsabilidad civil extracontractual consagrado en el art.1902 CC. De tal forma que se produce una compatibilidad entre la responsabilidad llamémosle "hipotecaria", y la civil extracontractual general.

III. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL REGISTRADOR.

Tal y como acabamos de comprobar, para que la responsabilidad del Registrador acontezca será necesario que concurran en el supuesto concreto todos aquellos elementos que exige nuestro sistema general de responsabilidad civil extracontractual. A mayor abundamiento: la existencia acción u omisión culposa o negligente, que se produzca un daño o perjuicio para tercero, y en tercer lugar, que exista una relación de causalidad entre el daño y la conducta de modo que el daño o perjuicio experimentado venga causalmente determinado por la actuación del Registrador[27].

1. Presencia de una conducta negligente o errónea.

Los arts.300 y 301 LH se refieren expresamente al error, malicia o negligencia del Registrador como presupuestos necesarios para la exigencia de su responsabilidad civil. Igualmente, los arts. 296 a 298 LH se refieren a errores, inexactitudes u omisiones. Como ya hemos analizado, nos encontramos ante un paradigma de responsabilidad civil por culpa o subjetiva, lo que nos obligará en cada caso a examinar la actuación profesional del Registrador y determinar si

27 Ballesteros Alonso, M.: "La responsabilidad", cit., pp.75 y 76.

puede calificarse como culposa o negligente atendiendo a las circunstancias del caso. La conducta en la que se observe negligencia puede ser activa u omisiva como consecuencia de la dejación de sus funciones. Pero lo verdaderamente esencial, es el incumplimiento de los deberes profesionales que el ordenamiento jurídico impone al Registrador. Así, la SAP Barcelona 19 julio 2002, FD 2º[28], aprecio la inexistencia de responsabilidad civil en el Registrador porque en su actuación no se apreció error, malicia o negligencia "Aun partiendo del hecho cierto del daño causado al actor, consistente en la pérdida de la finca de su propiedad en un procedimiento judicial del que no era parte, el recurso no puede prosperar, pues para que tenga éxito la acción derivada del art. 1902 del C.C., es necesaria, la existencia de un reproche culpabilístico del agente causante de los daños, y el art. 300 de la L.H. exige para exigir responsabilidad al Registrador que éste actúe por error, malicia o negligencia, reproches que no se observa en la actuación del demandado". En idéntico sentido las SSAAPP Murcia 24 julio 2003 y Barcelona 25 junio 2008[29].

Como paradigma de la existencia de responsabilidad civil extracontractual del Registrador, es significativa la SAP Madrid 10 febrero 2004[30]. En el supuesto resuelto por la sentencia, se determinó la existencia de responsabilidad civil extracontractual del Registrador que inscribió una sentencia de retracto arrendaticio sin observar que el titular registral de la finca no fue demandado en el proceso. Finalmente, los retrayentes con el título inscrito enajenaron la finca a un tercero y, ulteriormente, se convirtió irreivindicable para el anterior titular registral. Así el FD 4º "En el caso de autos en el mandamiento de anotación de sentencia de retracto que causo la anotación letra C) se insertaba la sentencia y en ella consta claramente como el demandado, retraído era persona distinta del titular registral, y como el demandado reveló quien era el titular que no fue citado ni emplazado. En esas condiciones, la aplicación de los arts.20, 40 y 82 LH hubiera impedido seguir adelante". Más recientemente, la STS 2 noviembre 2021[31], atribuye una conducta culposa al Registrador, la cual fue admitida por este en su escrito de contestación a la demanda. Consistió en la falta de inscripción en el Registro de la Propiedad de una de las plazas de garaje adquiridas por la sociedad demandante. Posteriormente la comunidad de propietarios le comunica que su plaza de garaje había sido subastada y adquirida por un tercero de buena fe.

Advertimos anteriormente que el incumplimiento de las normas que disciplinan la actuación del Registrador es un elemento que puede ser revelador para determinar la existencia de responsabilidad en su conducta. Más ello no

28 JUR 2003, 6350.

29 AC 2008, 2006.

30 JUR 2004, 25601.

31 RJ 2021, 4941.

siempre es así, es posible que se genere responsabilidad, aunque no se produzca la inobservancia de la normativa específica tal y como señala Parra Lucán. Justamente, la responsabilidad civil por desempeño negligente de la actividad puede nacer, aunque no medie incumplimiento de una obligación especifica prevista reglamentariamente. A *sensu contrario*, es posible que un incumplimiento de un deber reglamentario no dé lugar a responsabilidad si no ha sido la causa de un daño[32].

La conducta del Registrador culposa o negligente puede a su vez en la producción del daño concursar con la de otros profesionales con los que intervenga, inclusive concurrir con la culpa de la propia víctima que sufre el daño. En estos casos no hay duda que la responsabilidad debe ser moderada en función de la participación[33]. Ello no obsta a que, debido al alto grado de cualificación técnico-jurídica de este profesional, se le exija un elevado nivel de diligencia en su actuación[34]. Así en la STS 2 marzo 2009[35] , concurrió junto con la culpa del Registrador que extendió de forma indebida una anotación preventiva de demanda que dimanaba de un negocio de fiducia *cum creditore*. El tribunal resolvió que concurría la culpa del propio perjudicado, quien presentó en el Registro un mandamiento de anotación preventiva que resultaba incompleto y carente de relevancia real, y tuvo una conducta contraria a rectificarla o subsanarla.

2. La efectiva producción del daño.

Es presupuesto esencial de la existencia de toda responsabilidad civil para que surja la obligación indemnizatoria, acreditar la efectiva producción de un daño y su cuantificación, labor que le corresponderá al demandante conforme las reglas ordinarias de la carga de la prueba (art.217 LEC)[36]. Por ello, a los efectos de apreciar la responsabilidad personal del Registrador será determinante que la conducta errónea, negligente o culposa, provoque un daño efectivo a cualquier persona. Aun cuando se hubiera acreditado esta conducta con infracción del ordenamiento, pero no produce ningún tipo de daño a ningún sujeto, no

32 Parra Lucán, M.A.: "La responsabilidad", cit., p.836.

33 Sobre el estudio en general de la concurrencia de culpas Reglero Campos, L.F.: "El nexo causal. Las causas de exoneración de la responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas", en AA.VV.: *Tratado de Responsabilidad Civil* (Coord. por L.F. Reglero Campos), 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2006, pp.442 y ss.; Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* vol. V, *La Responsabilidad Civil Extracontractual,* Civitas, Madrid, 2011, pp.280 y 281.

34 Así la SAP Baleares 10 julio 2000, FD 7º, (JUR 2000, 295084): "tanto en el marco contractual del arrendamiento de servicios como en el de responsabilidad extracontractual se impone al Notario actuar con la diligencia debida, que no es la normal u ordinaria, comprensiva de las prevenciones que imponga la mediana prudencia de un buen padre de familia para evitar la producción de un daño (artículo 1104 del Código Civil), sino la más exquisita que le exige la reglamentación de su profesión pública por su alta preparación. Y lo mismo es aplicable a los Registradores".

35 RJ 2009, 3287.

36 Verdera Server, R.: *La responsabilidad*, cit., p.233 señala que usualmente en los procesos de responsabilidad civil de profesionales jurídicos "la identificación y la cuantía del daño constituye uno de los principales escollos a los que se enfrentará cualquier demandante".

se generaría responsabilidad civil en el Registrador, sin perjuicio que se pudiera derivar una responsabilidad de tipo administrativo (disciplinaria) por parte de la DGSJYFP o inclusive de carácter penal[37].

Así, la STS 18 mayo 2006[38] confirma la responsabilidad civil del Registrador por la cancelación indebida de unas anotaciones de embargo sobre unas fincas. Además, el Registrador en su recurso de casación señalaba que el daño no se había acreditado y que los posibles daños futuros no constituían objeto de condena. Sin embargo, el Tribunal Supremo argumenta que la perdida de las garantías que representaban los embargos anotados sobre las fincas constituían un daño actual. De este modo se pronuncia el FD 2º de la sentencia: "No cabe menos que estar de acuerdo con el recurrente en que la existencia de un daño es uno de los requisitos para que pueda prosperar una acción de responsabilidad civil extracontractual; que es necesario probarlo; y que la carga de la prueba corresponde al perjudicado; y también se está de acuerdo en que no son indemnizables los perjuicios eventuales mientras se pueda dudar acerca de si el daño llegará a producirse o no, o el daño futuro (mejor resulta decir la «posibilidad de un daño futuro»). Sin embargo sucede: a) que la existencia y realidad del daño es una "*quaestio facti*" y, por lo tanto, corresponde apreciarla a los tribunales de instancia con exclusión de la revisión casacional, salvo mediante el mecanismo excepcional del error en la valoración probatoria, b) que el tribunal «a quo» declara la existencia de un daño o perjuicio actual consistente en la pérdida de una garantía que aseguraba el cumplimiento de la obligación, y, en consecuencia, un debilitamiento del conjunto de garantía que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los acreedores para la satisfacción de su derecho, c) que la apreciación del perjuicio actual es coherente con la realidad fáctica de que la entidad ejecutada vendió una de las fincas respecto de las que se había producido la cancelación indebida del embargo por el Registrador, en tanto que respecto de la otra se produjeron posteriores embargos y anotaciones; y, d) que no se trata, por ende, de un perjuicio eventual, o de mera posibilidad real futura, sino actual y cierto, con independencia de la forma como deba ser resarcido dicho perjuicio, que es tema ajeno a la existencia".

Contrariamente, la STS 6 abril 2010[39] proclama la inexistencia de daños en un supuesto en el que se autorizó e inscribió la segregación de una parte de la finca matriz que se encontraba hipotecada sin recabar el consentimiento de la sociedad recurrente, que había accedido a la titularidad de parte del crédito

37 Busto Lago, J.M.: "La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas", en AA.VV.: *Tratado de*, cit., p.1730; Yzquierdo Tolsada, M.: *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual,* Dykinson, Madrid, 2001, p.143; Plaza Penadés, J.: "Artículo 1902", en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (Dir. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F.J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, vol. IV., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp.1454 y ss.

38 RJ 2006, 3809.

39 RJ 2010, 4354.

hipotecario mediante el endoso de determinadas letras, y en cuyo favor se había practicado una anotación preventiva de petición de certificación de cargas el art. 131.4 LH, la cual no se arrastró a la porción segregada. El único consentimiento recabado y prestado para la segregación lo prestó únicamente el original acreedor hipotecario. Aún a pesar de ello, la sociedad recurrente, junto con la demanda de responsabilidad civil frente al Notario y Registrador, instó otro procedimiento para solicitar la nulidad y posterior cancelación de la inscripción de la segregación de la finca, de la inscripción de la porción segregada y de la inscripción de dominio que se habían producido. Finalmente, no se aprecia un daño efectivo, porque no puede existir perjuicio real y actual en tanto no se produzca el desenlace del proceso encaminado a obtener los pronunciamientos de nulidad y cancelación de la inscripción, estando vigente la presunción de legitimidad en tanto no sea anulada.

Otro supuesto a destacar es el resuelto por la STS 2 noviembre 2021[40], donde la falta de inscripción en el Registro de la Propiedad de una de las plazas de garaje adquiridas por la sociedad demandante provocó un daño, al ser esta subastada posteriormente e inscrita por un tercero de buena fe. En estos términos se expresa el FD 4.3º de la misma: "Constatada la conducta culposa en la que incurrió el registrador codemandado, al no haber inscrito la plaza de garaje, objeto de solicitud de inscripción en el registro del que era titular, provocó su ulterior embargo y adjudicación en subasta, así como la correlativa pérdida de su titularidad dominical por parte de la entidad demandante, que se vio obligada a su recompra para conservarla dentro de su patrimonio, con el consiguiente perjuicio sufrido del que debe ser resarcida por el autor de la falta conforme a la terminología del art. 311 de la LH".

3. La relación de causalidad entre la actuación del Registrador y el daño que se produce.

Es manifiesta la necesaria acreditación por parte del afectado la acreditación del nexo causal entre la conducta negligente, maliciosa o culposa del Registrador y el daño que sufre. Una vez acreditada surgirá responsabilidad civil en este profesional[41].

A esta adecuada existencia entre el nexo causal entre el daño producido y la conducta del Registrador se refiere igualmente la ya aludida STS 18 mayo 2006[42] en la que el Registrador canceló indebidamente unas anotaciones preventivas de

40 RJ 2021, 4941.

41 Reglero Campos, L.F.: "El nexo", cit., pp.339 y 340 establece "que la existencia de un nexo causal entre la actividad (y, de forma más tardía, la conducta omisiva), del sujeto a quien se imputa el daño y el hecho dañoso ha constituido históricamente un presupuesto inexcusable de la responsabilidad civil".

42 RJ 2006, 3809.

embargo que eran garantía del cumplimiento de una obligación, perdiéndolas el demandante. El Registrador condenado, formuló en su recurso de casación que no existió un adecuado nexo causal entre su actividad y los daños que se produjeron, a lo que el Tribunal Supremo respondió en el FD 5º de la citada resolución: "La relación de causalidad es el nexo que une a la acción u omisión del sujeto agente y el resultado, que permite atribuir el daño en la cuenta del autor. Responde a la pregunta del cómo y el porqué del perjuicio, y su fijación se produce en virtud de apreciaciones fácticas y criterios normativos. En el caso la existencia del nexo causal se manifiesta con meridiana claridad. El embargo de las fincas respondía a la finalidad de realizar su valor para la satisfacción del crédito ejecutado, y la anotación preventiva creaba la publicidad necesaria para evitar que se sustrajeran los bienes al apremio. Canceladas indebidamente las anotaciones se creó una apariencia de libertad de las fincas respecto de terceros lo que permitió se efectuara la venta de una de ellas como libre de cargas, y que accedieran al Registro posteriores embargos y anotaciones respecto de la otra con la preferencia consiguiente. El daño, como ya se dijo, se concretó en la resolución recurrida en la pérdida de una garantía que aseguraba el cumplimiento de la obligación, y en el debilitamiento del conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los acreedores para la satisfacción de su derecho, lo que obviamente no cabe cuestionar sin poner en cuestión la propia eficacia del sistema registral, y la situación tiene como causa la cancelación indebida de los asientos imputable al Registrador, todo ello con el reproche subjetivo de la negligencia, más bien del profesional que propiamente profesional".

Sin embargo, sucede en otros supuestos la no apreciación del nexo causal al objeto de fundamentar la ausencia de responsabilidad civil del Registrador. Realmente, lo que ocurre es que de los hechos se vislumbra una ausencia de responsabilidad por la inexistencia de daños derivados de su actuación profesional. Constituye un paradigma de ello la STS 2 diciembre 2009[43]. En este caso, la Fundación Hogar Doctor Vicente donó un inmueble a la Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita. En la estipulación segunda de la escritura pública de donación se establecía lo siguiente: "Segunda: la donación del inmueble [...] se efectúa con las siguientes condiciones que se obliga a cumplir textualmente la donataria [...] a) No podrá enajenar por ningún título el inmueble referido mientras viva, el compareciente, D. Pedro Francisco, salvo que dicha transmisión sea aceptada previamente y de forma expresa por el mismo". Según la estipulación tercera de la escritura el Sr. Pedro Francisco era administrador mancomunado, junto con otra persona, del inmueble donado, a fin de que fueran dichos administradores los que, de forma gratuita y desinteresada, velasen, vigilasen, y administrasen el mismo. No obstante, la limitación señalada, que no fue inscrita

43 RJ 2010, 267.

por el registrador codemandado, la finca en cuestión se enajenó a un tercero mediante escritura pública. De forma que la entidad donante interpuso demanda contra los donatarios y el Registrador por la no inscripción de la prohibición de disponer dentro de los límites que se contenían en la escritura de donación. No obstante, se desestima la responsabilidad civil del Registrador ya que aún a pesar de la no inscripción, la subasta se realizó con consentimiento de D. Pedro Francisco y dentro de los límites impuestos en el título cuya inscripción se omitió. En estos términos se expresa el FD 4º de la sentencia: "La falta de nexo de causalidad como presupuesto necesario para la apreciación de responsabilidad civil del registrador de la Propiedad determina que no pueda considerarse contrario a Derecho el fallo recurrido. No es necesario examinar la cuestión relativa a la procedencia o no de inscribir la cláusula controvertida, sobre la que ha versado gran parte de la controversia procesal".

En otros casos, la actuación del perjudicado determina la interrupción del nexo causal entre la conducta del Registrador y los daños que finalmente se producen. En esta línea, la STS 6 abril 2010[44] resolvió la inexistencia de daño porque junto con la demanda de responsabilidad civil frente al Notario y el Registrador, la entidad interpuso otro procedimiento solicitando la nulidad y cancelación de la inscripción de segregación de la finca, inscripción de la porción segregada y de la inscripción dominical que finalmente se produjo. Incluso si se hubiera producido un daño, no es posible el establecer un nexo causal entre la conducta de los profesionales y este, pues la conducta del perjudicado interfirió en el curso causal[45].

44 RJ 2010, 4354.

45 Expone el FD 3° de la citada sentencia "En el caso examinado se observa que los criterios de imputación objetiva aplicables no autorizan a imputar al notario y al registrador el daño producido, no obstante, la negligencia en que pudieron haber incurrido. Uno de estos criterios, en efecto, es el de la interferencia de causas pertenecientes a la esfera de la víctima en la producción del daño. Aplicando este criterio se advierte que se interfirió de manera relevante en el proceso causal del posible perjuicio la conducta de la actora. Ésta, en primer término, por causas que no constan, no inscribió la escritura de cesión del crédito hipotecario en su favor (en todo caso, no combatió la posible calificación negativa del registrador). Resulta evidente que, de haberlo hecho, la titularidad de su crédito hubiera tenido acceso al Registro y hubiera impedido la segregación posteriormente inscrita. En segundo término, la actora, no obstante haberse adjudicado la finca en el proceso especial sumario de ejecución hipotecaria con anterioridad a la segregación llevada a cabo, no inscribió el auto por el que se aprobó el remate de la finca a su favor. Esta inscripción, como pone de manifiesto la sentencia recurrida, hubiera determinado la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, pero la actora tampoco solicitó que se librase mandamiento de cancelación. Esta conducta de omisión tiene suficiente relevancia para ser considerada como decisiva en la generación de un posible daño que hubiera podido ser evitado por el perjudicado, y resulta obvio que esta pasividad no puede quedar justificada, como la sentencia recurrida afirma, por el temor a quedar la parte recurrente subrogada en el débito personal, pues esta justificación equivaldría a reconocer la insuficiencia de la garantía hipotecaria por causas ajenas a la segregación llevada a cabo. La aplicación de este criterio lleva a la conclusión de que el alcance de la responsabilidad profesional del notario y del registrador demandados no podía comprender los eventuales efectos dañosos derivados de la disminución de la garantía hipotecaria anudada a la autorización e inscripción de una segregación de parte de la finca hipotecada (que la parte recurrente ha impugnado como nula por no contar con su intervención), pues esa inscripción no hubiera podido practicarse si la parte afectada hubiera inscrito a su favor la titularidad del derecho hipotecario y la titularidad de la finca mediante los títulos de que respectivamente disponía".

Numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales también conectan la relación de causalidad con la existencia del daño, y su desestimación al no acreditarse ningún daño al demandante que sea imputable al Registrador. Así lo hacen las SSAAPP Alicante 17 julio 2002[46], Santa Cruz de Tenerife 21 marzo 2005[47], Tarragona 9 febrero 2009[48], Madrid 31 marzo 2014[49] o Tarragona 23 mayo 2017[50].

Tras lo expuesto, una de las reflexiones a destacar es que no basta solo con el incumplimiento de la legislación hipotecaria por parte del Registrador. Y es que, pueden darse paradigmas en los que ese incumplimiento *per se*, no haya generado un daño y por tanto no existir relación de causalidad.

4. Imputación objetiva de los daños a la conducta del Registrador.

A la relación de causalidad entre el proceder negligente o culposo del Registrador y el daño, se agrega la circunstancia de que el daño producido pueda ser imputado objetivamente a la conducta del Registrador. En otros términos, de acuerdo con los criterios para determinar, o si se quiere decir excluir, la imputación objetiva en nuestro sistema general de responsabilidad extracontractual[51]. De esta forma, podemos imputar objetivamente los daños producidos a cargo de la actuación profesional del Registrador[52].

Señala Estruch Estruch entre los diversos criterios de imputación objetiva, al aplicar el criterio de adecuación no le serían imputables al Registrador aquellos daños cuando la producción de los mismos habría sido descartada, como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado que, cuente además con los especiales conocimientos del Registrador, y valorase este bajo grado de probabilidad *ex ante*. En este sentido, y conforme al criterio de la finalidad de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad, no podrán ser imputados al Registrador aquellos daños que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretenda fundarse su propia responsabilidad[53].

46 AC 2002, 1418.

47 JUR 2005, 103275.

48 AC 2009, 344.

49 AC 2014, 1381.

50 JUR 2017, 26433.

51 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del,* cit., p.371, indica que realmente los criterios de imputación objetiva "la mayor parte de las veces son criterios de exclusión de la imputación objetiva".

52 Acerca de los criterios de imputación objetiva vid. Pantaleón Prieto, F.: "Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación", en AA.VV.: *Centenario del Código Civil (1889-1989),* tomo II, Centro de estudios fundación Ramón Areces, Madrid, 1990, pp.1566 y ss.

53 Estruch Estruch, J.: *La responsabilidad,* cit., p.90.

Así, la STS 2 marzo 2009[54], pese a proclamar que en la responsabilidad civil del registrador es necesario aplicar criterios de imputación objetiva, y constatar la existencia de culpa en el Registrador que califica erróneamente un mandamiento judicial, dando lugar a una anotación preventiva de demanda que realmente carecía de efecto alguno, considera que no puede establecer la existencia de un nexo causal entre la conducta del Registrador y el daño padecido por el demandante. De tal forma que el FD 2º de la sentencia se pronuncia en los siguientes términos: "En efecto, el nexo de causalidad no puede ser establecido únicamente en el plano fenomenológico atendiendo exclusivamente a la sucesión de acontecimientos en el mundo externo, sino que la causalidad física debe ser acompañada de una valoración jurídica en virtud de la cual, con criterios tomados del ordenamiento, pueda llegarse a la conclusión de que el daño causado se encuentra dentro del alcance de la conducta del agente, en virtud de lo que en nuestro ámbito científico suele llamarse imputación objetiva".

De este modo, se afirma su negligencia en la actuación calificadora del mandamiento judicial, pero no la imputación a la conducta del Registrador.

En primer lugar, por no se aprecia la imputación objetiva por la aplicación de principio de cercanía entre la actividad dañosa y sus efectos, así señala la citada STS 2 Marzo 2009, FD 2º: "a) se aprecia que el daño producido, ligado a la falta de eficacia de la anotación preventiva, tiene una relación no inmediata con el error de calificación por parte del registrador. Sólo de manera refleja puede afirmarse que la práctica de la inscripción de la anotación preventiva fue la causa de la frustración de la finalidad del asiento, ya que para ello es necesario dar por supuesto que la reacción a la denegación -en principio en virtud de un defecto insubsanable, puesto que la demanda aparecía como dotada exclusivamente de naturaleza obligacional- hubiera determinado el inicio de una cadena causal que terminase necesariamente con la expedición de un nuevo mandamiento en las debidas condiciones, cuando en la realidad su desenvolvimiento dependía de factores diversos y de la intervención de diferentes profesionales". Ciertamente, la actuación negligente fue no haber denegado la anotación preventiva, siendo su imprudencia la de rechazar un mandamiento cuya demanda no tenía efectos reales. Para el caso en que se hubiera denegado la anotación preventiva tampoco se podía derivar de forma previsible la evitación de unos daños.

En segundo término, aplicando el criterio de interferencia de causas pertenecientes a la esfera de la víctima en la producción del daño, tampoco existe imputación objetiva del daño puesto que "se advierte que contribuyó a la defectuosa anotación realizada la conducta procesal de la parte que solicitó la anotación preventiva sin especificar correctamente los extremos de trascendencia

54 RJ 2009, 3287.

real que debían constar en la misma, así como el carácter incompleto del mandamiento expedido por el Juzgado, en el cual se presentaba la demanda simplemente como una demanda de reclamación de cantidad, pero no se hacía referencia directa ni indirecta alguna a cualquier petición con trascendencia real o registral contenida en la misma" (STS 2 marzo 2009, FD 2º). Dicha opinión se corrobora pues concurrieron diversas conductas junto con las del Registrador. El Registrador actuó de forma inadecuada al inscribir la anotación preventiva de demanda sin trascendencia real. Pero, al mismo tiempo inscribió la anotación en los términos en los que constaba, siendo el Juez el que no debió expedirlo pues no hacía referencia alguna a la producción de efectos erga omnes. Asimismo, los interesados, demandantes en el proceso, no se opusieron en ningún momento a la inscripción en los términos en los que se realizó[55].

Por último, es rechazada la imputación objetiva del daño a la conducta del Registrador aplicando el criterio del fin de protección de la norma infringida, así "se advierte que el deber de calificación del registrador no tiene como objeto principal y directo evitar los perjuicios que puede padecer quien obtiene con arreglo a sus deseos la protección registral aparente de un derecho no susceptible de dicha protección, sino evitar los perjuicios en el tráfico jurídico que puede originar a los titulares de otros derechos el ingreso indebido en el Registro de derechos que no pueden gozar de protección registral, entre otras razones, por carecer de naturaleza real" (STS 2 marzo 2009, FD 2º).

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DEL REGISTRADOR ANTE LA FALTA DE INSCRIPCIÓN DE PROHIBICIONES DE DISPONER.

Existirá responsabilidad civil del Registrador en aquellos supuestos en los que, como consecuencia de culpa o negligencia en su actividad calificadora (arts.296 y 300 LH), la inscripción de aquellos negocios jurídicos que contienen prohibiciones de disponer válidas (arts.26 y 27 LH) fuese incompleta.

De tal modo, que la incorrecta actuación del Registrador que inscribe el negocio jurídico, pero no la inscripción de la prohibición que se contiene en el

55 García Presas, I.: "Comentario a la STS de 2 de marzo de 2009", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm.81, 2009, p.1322, entiende que "es la conducta omisiva tanto del órgano judicial actuante al tiempo de pedir la anotación preventiva, o de los propios interesados, los que reducen considerablemente la probabilidad de que la actuación del registrador pueda haber causado daño a la víctima"; O' Callaghan Muñoz, X.: "La pataleta, el registrador de la propiedad y la responsabilidad", *Registradores de España,* núm53, noviembre-diciembre, 2009, p.75, señala que se cometieron tres errores "Primer error: el Juzgado yerra al pretender una anotación preventiva sin trascendencia real. Segundo error: la parte actora se aquieta ante este error, tramita el mandamiento y, en su día, incluso se opone a la cancelación. Tercer error: el Registrador de la Propiedad anota la demanda, cumpliendo el mandamiento judicial, contra el artículo 42 LH, y conforme al artículo 100 RH; reconoce su error y pide la cancelación de la anotación preventiva, a lo que se opone la sociedad actora".

mismo, va a motivar la producción de daños y perjuicios. Así, en tanto que las prohibiciones no tienen acceso al Registro de la Propiedad, tendrán una eficacia relativa aun cuando fueron válidamente constituidas y se debió proceder a su inscripción. Es decir, como consecuencia de la negligencia del Registrador se les priva de la eficacia erga omnes. Lo que ulteriormente provoca la celebración de negocios jurídicos dispositivos sucesivos al no constar registralmente la prohibición que debió ser inscrita.

1. En supuestos de prohibiciones de disponer legales y judiciales o administrativas.

Esta circunstancia es más extraña de verificarse respecto de las prohibiciones de disponer legales (art.26.1 LH). Ello es así porque tienen plena eficacia sin necesariamente estar inscritas en el Registro. Su carácter legal, que emana directamente de la norma excluye la necesidad de ser inscritas para que tengan plena aplicación y eficacia (RDGRN 26 abril 2014)[56]. No obstante, es posible que la legislación contemple la constancia registral de las limitaciones a la facultad de disposición del derecho. La propia norma va a obligar al interesado a que en virtud del principio de rogación acuda al Registro a los efectos de hacer constar la limitación aún a pesar del reconocimiento legal. Esto sucede en ocasiones en las inscripciones de viviendas de protección oficial, donde se establece un plazo determinado de no disposición, entendido como un plazo de afectación al uso social al que se destinan por parte de la Administración, antes de poder ser enajenadas. Así, el Registrador tendrá en caso de verificarse un acto jurídico dispositivo, si este es conforme a las limitaciones de disponer contenidas en la norma de pertinente aplicación para el caso de una venta.

A pesar de ello, el Tribunal Supremo en su STS 11 enero 2011[57] aborda un supuesto de responsabilidad civil de un Registrador. El mismo, no inscribió la circunstancia en que la adquisición de una vivienda lo fue en virtud del ejercicio del derecho de retracto arrendaticio contemplado en el art.51 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU 64). El citado artículo contempla una prohibición de disponer de dos años desde la adquisición, salvo que hubiera venido a peor fortuna. El incumplimiento de la citada prohibición, produce la resolución del contrato originario y de la segunda transmisión. Pues bien, en el supuesto al que nos referimos el arrendador celebró un inicial contrato de compraventa. Hacía depender la eficacia del contrato de que los arrendatarios renunciaran notarialmente al ejercicio del derecho de tanteo o que no ejercitaran el mismo en el plazo de sesenta días desde la notificación fehaciente de vender la finca. Cuando la venta fue notificada a los inquilinos, estos ejercieron su derecho de

56 RJ 2014, 3223.

57 RJ 2012, 3647.

retracto, inscribiéndose a la finca a su favor, quedándose los compradores iniciales sin la vivienda pues su adquisición se encontraba bajo condición suspensiva. Al formalizarse la escritura y su posterior inscripción registral, no se dejó constancia registral del hecho de que la adquisición traía causa del ejercicio del derecho de tanteo del art.47 LAU 64, y la prohibición legal de disponer de dos años (art.51 LAU 64) que pesaba sobre los adquirentes.

Vigente la prohibición indicada, los arrendatarios adquirentes por tanteo vendieron al año siguiente el inmueble que había sido objeto de adquisición en ejercicio de tal derecho. La escritura de la compraventa, fue inscrita en el Registro de la Propiedad. Al tener conocimiento de este hecho, el primer adquirente (bajo condición suspensiva) presentó demanda contra los iniciales arrendador-arrendatario, y contra el Registrador, con la pretensión principal de que declarases nulas las compraventas posteriores a la suya. Como es lógico, el derecho de tanteo que trajo causa la adquisición se había vulnerado, al disponer de la finca antes del transcurso de dos años. Igualmente, solicitó subsidiariamente para el caso de ser válida la segunda venta, la correspondiente indemnización que cifró en 312.526,74 euros, sobre la base de la diferencia entre la cantidad por la que compraron la vivienda los arrendatarios y por el que la vendieron.

En primera instancia se desestimó la demanda, y en apelación se condenó a los arrendatarios que infringieron el art.51 LAU 64 y al Registrador que no inscribió que la transmisión tenía su origen en virtud del tanteo arrendaticio.

Finalmente, el Tribunal Supremo confirma la legitimación del inicial comprador como perjudicado, a reclamar del Registrador y los arrendatarios los daños y perjuicios sufridos. Resulta manifiesto que el no poder adquirir la vivienda y ver frustrado su derecho como consecuencia de un derecho de tanteo ejercitado de forma irregular tras la infracción de la prohibición prevista constituye un daño. En lo particularmente relativo a la responsabilidad el Registrador, indica el Alto Tribunal que cabe aprecia la condición de tercero hipotecario del segundo adquirente. Solo la constancia registral de la adquisición en virtud del ejercicio de un retracto arrendaticio podría privarle de tal consideración, pero la omisión registral imputable objetivamente al Registrador, no afecta al segundo comprador que confío en lo publicitado por el Registro. Desconoció en definitiva la vulneración de la prohibición legal de disponer que acometieron los iniciales arrendatarios. Este tercero hipotecario a su vez, impide que se resuelvan los contratos de compraventa que realizaron como compradores y vendedores los arrendatarios originarios. Así, recoge la sentencia en su FD 3º: "En este caso, está probado que el registrador conoció que la vivienda se adquiría por los arrendatarios en virtud de su derecho de tanteo -pues así aparece en la escritura de junio de 2002, pese a lo cual omitió dejar constancia de esa circunstancia en la inscripción. Y fue la

omisión del registrador la que determinó que el tercero lo fuera de buena fe -puesto que adquirió sin conocer que la adquisición por tanteo podía ser resuelta de vulnerarse la prohibición temporal de disponer legalmente establecida- y que gozara de toda la protección registral derivada de la fe pública, en particular, que no pudiera prosperar frente a él la acción resolutoria instada por el primer comprador como parte perjudicada al amparo del artículo 51.2 LAU 64. En consecuencia, esa omisión fue causalmente determinante de un perjuicio, que además puede imputarse objetivamente a dicha actuación profesional negligente, por cuanto se privó al primer comprador de la posibilidad de reivindicar la titularidad de la vivienda, debiéndose conformar con una indemnización equivalente al perjuicio sufrido".

Más dudas plantea la existencia de responsabilidad civil del Registrador a propósito de las prohibiciones de disponer judiciales o establecidas en procedimiento administrativo. La razón es bastante sencilla, el Registrador a través de la anotación preventiva inscribe la resolución judicial o administrativa tal y como contempla el art.26.2 LH. Por lo que, sólo un error o inexactitud en la transcripción de la resolución por parte del mismo, o la omisión de determinados extremos de la misma (arts.296.2 y 300 LH) generaría responsabilidad. De tal forma que las posibilidades en que se genere un daño se reducen drásticamente, pues el Registrador se limita a la inscripción de la resolución que previamente ha sido objeto de control judicial o bien, por parte del órgano administrativo que impone la prohibición de disponer.

Aún a pesar de estas consideraciones, en relación con la ausencia de inscripción de prohibiciones de disponer judiciales o administrativas en las que posteriormente intervenga una conducta culposa o negligente del Registrador, destacamos aquella situación en la que se aprueba un convenio regulador que es homologado judicialmente en sentencia firme, el cual a su vez contiene una cláusula que contiene una prohibición de disponer de la vivienda familiar que no es inscrita. No obstante, esta situación podría ser discutible en torno a si se considera una prohibición que tiene su origen inmediato en una resolución judicial (art.26.2 LH), o si por el contrario se considera una prohibición de disponer voluntaria (art.26.3 LH) como cláusula negociada por los cónyuges cuya causa motivadora justa y no caprichosa, radica precisamente en la evitación de actos o negocios jurídicos que puedan perjudicar a los intereses de los menores, si bien la aprobación judicial determina la licitud de lo pactado y la existencia de justa causa.

Cabe resaltar que la naturaleza jurídica propia del convenio regulador es propia y específica, como también ostenta un carácter privilegiado para su acceso registral, tal y como señalan las RDGRN 11 octubre 2017[58] y RDGSJYFP 8 junio

58 RJ 2017, 4777.

2022[59]: "el convenio regulador como negocio jurídico –tanto en su vertiente material como formal– propio y específico, goza de una aptitud privilegiada a los efectos de permitir su acceso a los libros del Registro. Si bien no deja de ser un acuerdo privado, la preceptiva aprobación judicial del mismo y el reconocimiento que se le confiere en los artículos 90 y siguientes del Código Civil, establecen un marco válido para producir asientos registrales definitivos, siempre que las cláusulas del mismo no excedan de su contenido típico y normal, como pudiera predicarse de la liquidación del régimen económico-matrimonial". Igualmente, entendemos que la prohibición de disponer contenida en un convenio regulador de separación matrimonial, puede ser una prohibición de disponer judicial por cuanto es homologada por el Juez cuya resolución se inscribe a través de anotación preventiva (art.26.2 LH), título que se inscribe en el Registro junto al convenio. Además, voluntaria (art.26.3 LH) por cuanto en su origen se trata de un acuerdo privado en el cual se puede pactar una prohibición de disponer.

Esta situación es resuelta por la SAP Madrid 1 marzo 2004[60] confirmada posteriormente por la STS 21 abril 2006[61]. En este supuesto, se presentó para ser inscrita registralmente una sentencia de divorcio con el correspondiente convenio regulador. En el mismo, se dispuso la adjudicación de la vivienda familiar al esposo (D. Pedro), estableciéndose al mismo tiempo que no podrá transmitirla, venderla, cederla, alquilarla, gravarla, ni darla en garantía. Es decir, en general no podrá perder el pleno dominio ni la posesión de la misma hasta que el hijo menor de edad cumpla su mayoría de edad. Igualmente, se atribuyó un derecho de uso y habitación en favor del citado hijo y la otra hija del matrimonio que ya era mayor de edad.

La sentencia de divorcio se limitó en exclusiva a declarar disuelto el matrimonio y a aprobar el convenio regulador. Por tanto, el título a inscribir es la sentencia junto con el convenio que forman un todo (art.33.2 RH). Sin embargo, la prohibición de disponer no fue inscrita.

D. Pedro infringiendo la prohibición de disponer establecida en el convenio regulador, vendió la vivienda y el Notario autorizante del préstamo con garantía hipotecaria en esta venta, en ningún momento comprobó el convenio regulador donde se contenía la prohibición de disponer, limitándose únicamente a cotejar la sentencia de divorcio en la que nada se decía sobre esta. La esposa interpone demanda solicitando la nulidad de la compraventa y de la hipoteca, fundamentándose en la falta de poder de disposición de su excónyuge sobre la vivienda familiar. Asimismo, demando a los compradores, al Notario autorizante

59 RJ 2022, 3904.

60 AC 2004, 1245.

61 RJ 2006, 1954.

del negocio jurídico y al Registrador. En primera instancia, se condenó a D. Pedro a indemnizar a su hijo menor en una cantidad que se determinaría en ejecución de sentencia, según la base de la cuantía de una renta anual sobre una vivienda similar a la de la zona del objeto del litigio hasta el día en el que el menor adquiriese la mayoría de edad. La sentencia es recurrida en apelación por la madre que estima el recurso y condena solidariamente al pago de una indemnización al padre, al Notario y al Registrador por los daños causados al menor. Además, confirma la nulidad del negocio jurídico por falta de poder de disposición en el padre, y la nulidad y cancelación del derecho real de hipoteca.

Pormenorizadamente, la condena al Registrador se fundamenta en el cumplimiento defectuoso de su labor calificadora con base en los arts.296 y 300 LH. El título a inscribir no puede ser nunca la sentencia de divorcio aislada, sino que el título por el cual adquiere el padre el dominio es la sentencia más el convenio. Un todo unitario susceptible de inscripción. Así, dice el FD 9º de la sentencia: "Por último la responsabilidad del Registrador de la Propiedad, D. Jon, tiene su basamento en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de su función calificadora, tal como ha sido puesto de manifiesto en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de esta sentencia y encuentra su base legal en lo dispuesto en los arts. 296 y siguientes de la Ley Hipotecaria, que establecen la responsabilidad civil de los Registradores por los errores o inexactitudes cometidos en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales (art. 296.2 LH y concordantes). El Registrador de la Propiedad estaba obligado (art. 18 de la Ley Hipotecaria) a calificar bajo su responsabilidad no sólo la legalidad de las formas intrínsecas de los documentos, sino también la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. Tanto las prohibiciones de disponer como los derechos de uso y habitación a favor de los hijos tenían acceso al Registro; en cuanto a las primeras en la forma que contempla el art. 26 de la Ley Hipotecaria o de acuerdo a lo establecido en el art. 9.2 LH y 51.6 de su Reglamento (como anotación preventiva o como límite de las facultades del adquirente) y en cuanto a los segundos, como inscripción, de conformidad con lo establecido en el art. 2 LH. En todo caso en virtud de su obligación de calificación, el Registrador debería haber justificado la no anotación de la prohibición de disponer y la no inscripción del derecho de uso, notas denegatorias que con independencia de su posibilidad de ser recurridas hubiesen impedido la transmisión objeto de esta litis por haber alertado al Notario autorizante de la escritura, a la Caja de Ahorros financiadora y a los propios adquirentes. Por otra parte, no puede dejarse al arbitrio del presentador de un documento que solicite la no inscripción de las prohibiciones, derechos y cargas que limitan su dominio, máxime cuando las limitaciones y derechos de uso y habitación están establecidos a favor del hijo menor del matrimonio cuya guarda y custodia se ha adjudicado precisamente al padre".

2. En supuestos de prohibiciones voluntarias de disponer.

Existirá responsabilidad civil del Registrador, cuando los particulares cumpliendo los requisitos de la justa causa y la temporalidad (arts.781 y 785.2 CC) establezcan prohibiciones de disponer en donaciones, testamento, capitulaciones matrimoniales y demás actos a título gratuito (art.26.3 LH). Sin embargo, como consecuencia de una actuación negligente o culposa del Registrador estas finalmente no acceden al Registro. Además, en estos casos se exige que como consecuencia de ello se deriven unos daños, no solo basta el incumplimiento de la normativa hipotecaria, pues se puede dar un incumplimiento a la hora de calificar, pero que la ausencia de inscripción de la prohibición no genere ningún daño.

En este sentido, es interesante señalar la STS 2 diciembre 2009[62]. En el caso que pasamos a analizar la Fundación Hogar Doctor Vicente dona un inmueble a la Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita. El donante en la escritura de donación del bien inmueble estableció la siguiente cláusula que contenía la siguiente prohibición de disponer: "la donación del inmueble de la Calle de San Agustín se efectúa con las siguientes condiciones que se obliga a cumplir totalmente la donataria Casa Hogar Concepción Calderón, Doctor Vicente y Simón Zurita, de Humanes de Mohernando (Guadalajara): a) No podrá enajenar por ningún título el inmueble donado mientras viva, el compareciente, D. Pedro Francisco , salvo que dicha transmisión sea aceptada previamente y de forma expresa por el mismo". La citada cláusula no fue inscrita por el Registrador, enajenándose la finca posteriormente a un tercero por valor de 3.209.404,64 euros sin constar el consentimiento expreso de D. Pedro Francisco. Por este motivo la donante interpone demanda contra la donataria por incumplir la prohibición, y frente al Registrador por inscribir la donación y no la prohibición.

En primera instancia la demanda es desestimada, ya que, en el proceso de enajenación de la finca donada en pública subasta, quedó acreditado que D. Pedro Francisco participó activamente en el inicio de las gestiones de venta y en todo el curso de la enajenación, de lo cual cabe extraer su consentimiento tácito. En apelación y en casación la sentencia es confirmada pues la donataria no incumplió en ningún momento la prohibición de disponer al recabar el consentimiento del citado sujeto.

Por esta razón, el Tribunal Supremo concluyó que no existía responsabilidad civil del Registrador por falta de relación de causalidad entre su conducta y el daño. En efecto existe una omisión en el asiento registral donde se contenía la prohibición de disponer del bien donado, pero la involucración de D. Pedro Francisco en la enajenación, supuso que la entidad donataria cumpliese la

62 RJ 2010, 267.

limitación que se contenía en la escritura de donación, aunque esta fuese omitida registralmente. Por lo que no se puede derivar ningún daño potencial al no existir un nexo causal. Así, el FD 4º "En consecuencia, no se aprecia la existencia del nexo de causalidad entre el daño que puede haber sufrido el demandante y la omisión en el asiento registral de la cláusula en que se contenía la limitación de disponer del bien donado, pues la persona designada para ello prestó el consentimiento para su enajenación en la forma en que fue llevada a cabo, tal como resulta de los hechos fijados por la sentencia recurrida en ejercicio de su facultad exclusiva de valoración de la prueba, los cuales no pueden ser revisados en casación, sino únicamente por medio del recurso extraordinario por infracción procesal. La falta de nexo de causalidad como presupuesto necesario para la apreciación de responsabilidad civil del registrador de la Propiedad determina que no pueda considerarse contrario a Derecho el fallo recurrido. No es necesario examinar la cuestión relativa a la procedencia o no de inscribir la cláusula controvertida, sobre la que ha versado gran parte de la controversia procesal. Ante la inexistencia de nexo causal resulta, asimismo, irrelevante la argumentación de la sentencia recurrida, formulada con carácter auxiliar, en el sentido de que la consulta del Registro hubiera permitido al perjudicado por la omisión en el asiento registral de la cláusula contenida en el título tomar conocimiento de dicha omisión y evitar el daño. Por ello resulta innecesario examinar las cuestiones relativas a la posible ausencia de imputación objetiva de las consecuencias causadas por la omisión del registrador frente a quien puede conocerlas y pedir subsanación por haber intervenido en el título o solicitado la inscripción (STS 26 febrero 2009, RC n. º152/2004)"[63].

Realmente no es la ausencia del nexo de causalidad entre la conducta y el daño. O de otra forma la ausencia de imputación objetiva debido a que el perjudicado pudo comprobar lo que el Registro publicitaba. Sencillamente no hay daño, la enajenación se hizo cumpliendo con lo establecido en el título de donación, por tanto, era válida y eficaz[64]. En consecuencia, no puede existir un daño resarcible ni exigir mucho menos responsabilidad civil al Registrador.

En último lugar es significativa para nuestro estudio, la SAP Cáceres 13 octubre 2016[65]. La notaria autorizante de la compraventa en cumplimiento de las obligaciones contenidas en el art.175.1 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, solicitó nota simple al Registro de la Propiedad antes de la

63 No compartimos la consideración por la cual como el Registro es público ello implica que recaiga la obligación sobre los particulares de cotejar que el Registrador ha realizado correctamente su actividad e inscrito de forma adecuada el título como parece extraerse del razonamiento. El principio de publicidad no exime al Registrador de su imprudencia so pretexto de que el interesado podía haber examinado el asiento e instar los recursos y mecanismos que procedan (Vid. STS 21 de abril de 2008, RJ 2008, 4606).

64 En este punto participamos de la opinión de Estruch Estruch, J.: *La responsabilidad civil…,* cit., p.85.

65 JUR 2016, 265416.

autorización del negocio jurídico. La nota simple omitió un gravamen consistente en una prohibición de enajenar, gravar y arrendar sin la autorización de los padres de la transmitente constituida al amparo del art.26.3 LH. Por tanto, la Notaria autorizó el negocio en base a una nota simple inexacta, de tal forma que de ser completa ni la Notaria hubiera otorgado la escritura pública de compraventa, ni la parte compradora hubiera aceptado adquirir la finca en tales condiciones.

La ulterior consecuencia devino al inscribir el título en el Registro de la Propiedad. Es aquí donde el Registrador emitió nota de calificación negativa, suspendiéndose la inscripción precisamente por la existencia de la referida prohibición de disponer por cuanto desplegaba efectos hasta la muerte de los donantes o del que ellos sobreviva sin que se hubiera recogido su correspondiente autorización.

Esta circunstancia es la que sirve de fundamento al juzgador para estimar nula la compraventa por falta de poder de disposición en el transmitente gravado con la prohibición impuesta por sus padres. El origen del vicio causante de la nulidad tiene su origen en la negligente actuación del Registrador en la emisión de la nota simple que condujo al otorgamiento de una escritura pública de compraventa nula. De ello se deriva un perjuicio manifiesto y patente, pues el adquirente vio frustrado el negocio jurídico que pretendía concluir, así como para quien tenía que haber consentido la compraventa conforme al gravamen que esas sobre la finca. Es por ello que se aprecia responsabilidad civil extracontractual del Registrador de conformidad con los arts.1902 CC, 296 y 300 LH, estableciéndose la obligación de resarcir los daños y perjuicios irrogados como consecuencia de su actuación.

V. REFLEXIONES FINALES.

Sin un ánimo tautológico y en virtud de lo expuesto, haremos unas breves consideraciones a modo de reflexión.

A la hora de abordar la responsabilidad civil de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles en nuestro país, tenemos que tener presente que nos encontramos al que posiblemente es el régimen normativo más antiguo de cuantos se encuentran vigentes. Ello ha provocado dudas sobre si la cobertura normativa de la LH para los Registradores en materia de responsabilidad civil, es lo suficientemente completa para considerarla como un régimen especial de responsabilidad, o bien se trata de un texto que se complementa y no excluye el régimen general del art.1902 CC. A tenor de ellos, tras lo estudiado cabe concluir que ambos regímenes son complementarios y no excluyentes. Además, en los posibles supuestos en los que concurra responsabilidad derivada de la actuación profesional del Registrador, estos habrán de ser necesariamente conectados con la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales a los efectos de conocer el

sentido y alcance de las normas hipotecarias. Igualmente, con aquella que aborda la responsabilidad del profesional con carácter genérico.

A propósito de la doble condición funcionarial y profesional que concurre en la figura del Registrador de la Propiedad extraemos la responsabilidad personal y propia del Registrador, sin que su condición de funcionario provoque una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración por los errores cometidos por los en el desempeño de su función. Igualmente se trata de un tipo de responsabilidad extracontractual y no contractual, pues con el interesado no le une ningún vínculo contractual al desarrollarse la actividad calificadora en virtud del principio de rogación. No faltan las opiniones que con acierto han apuntado, además, que se trata de una responsabilidad legal y, especial, sobre todo por su regulación específica en los artículos 296 y ss. de la LH.

Finalmente, tras el análisis doctrinal y jurisprudencial no existen dudas acerca del carácter subjetivo de la responsabilidad civil de los Registradores, toda vez que se funda en la culpa o negligencia de su actuación profesional. Es decir, si contemplamos los supuestos del art.296 LH podemos colocarnos en una especie de responsabilidad objetiva, siempre que de los actos u omisiones tipificados se siga un daño que habrá de acreditar el demandante.

En todo caso existirá responsabilidad civil del Registrador siempre y cuando haya una acción u omisión culposa o negligente que produce un daño o perjuicio para tercero, y que exista una relación de causalidad entre el daño y la conducta. De modo que el daño o perjuicio experimentado venga causalmente determinado por aquella actuación del Registrador. No basta solo con el incumplimiento de la legislación hipotecaria por parte del Registrador. Y es que, pueden darse paradigmas en los que ese incumplimiento *per* se, no haya generado un daño y por tanto no existir relación de causalidad, pudiendo subsanarse la situación registral anómala.

Los citados daños y perjuicios se manifiestan en el incorrecto de proceder del Registrador en aquellos supuestos en que existen prohibiciones de disponer válidamente constituidas y que debieron de acceder al Registro (art.26 LH), pero que por una razón imputable al Registrador no se encuentran inscritas o bien han sido omitidas en la transmisión de la información registral. Razón por la cual la labor calificadora no resulta baladí en estos supuestos, reviste una importancia significativa en aras a garantizar la eficacia erga omnes de esta institución.

Hay que detenerse en la responsabilidad del Registrador que inscribe el negocio jurídico que incluye la prohibición, pero no inscribe ésta. Así se establecerá su responsabilidad civil extracontractual al amparo del art.296 LH que establece la responsabilidad de los Registradores por los daños y perjuicios que ocasione por la

falta de inscripción de los títulos, por error o inexactitud cometida en los asientos. Asimismo, el art.300.I LH señala que el que por error, malicia o negligencia del registrador perdiera un derecho real o la acción para reclamarlo podrá exigir del mismo Registrador el importe de lo que hubiera perdido.

Por todo ello resultan innegables las connotaciones e implicaciones en materia de responsabilidad civil extracontractual que incurren en el instituto de las prohibiciones de disponer.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *La calificación Registral* (dir. por F.J. Gómez Gálligo y R.Mª. Recio Aguado), tomo I, Civitas, Madrid, 1996.

AA.VV.: *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución,* tomo I, *Leyes de 1861 y 1869, II Congreso Internacional de Derecho Registral,* Editorial Castalia, Madrid, 1974.

Ballesteros Alonso, M.: "La responsabilidad civil de Registradores y Notarios", en AA.VV.: *La responsabilidad civil profesional* (dir. por J.I. Álvarez Sánchez), Dykinson, Madrid, 2004.

Barrero Rodríguez, C.: "Un apunte sobre la naturaleza de la función registral y de los procedimientos a través de los que se desarrolla. La conveniencia de un debate", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm.690, 2005.

Cañizares Laso, A.: "Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias", *Anuario de Derecho Civil,* vol.44, núm.4, 1991.

Chico Ortiz, J.M.ª.: *Teoría, fórmula y práctica de la calificación registral,* Marcial Pons, Madrid, 1977.

Chico Ortiz, J.Mª.: *Estudios sobre Derecho Hipotecario,* tomo II, 4º ed., Marcial Pons, Madrid, 2010.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* vol. V, *La Responsabilidad Civil Extracontractual,* Civitas, Madrid, 2011.

Domínguez Luelmo, A.: "Responsabilidad del Registrador de la Propiedad por errores y omisiones en el contenido de una nota simple informativa", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* núm.86, Abril-Junio, 2002.

Domínguez Luis, J.A.: *Registro de la Propiedad y Administración Pública. Servicio Público y Función Pública Registral,* Comares, Granada, 1995.

Estruch Estruch, J.: *La responsabilidad civil del Registrador,* Centro de estudios registrales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2014.

Gallego del Campo, G.: *Operadores jurídicos: El Registrador de la propiedad español,* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios, Madrid, 2005.

García García, J.M.: *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil,* 5ª ed., Madrid, 2006.

García Presas, I.: "Comentario a la STS de 2 de marzo de 2009", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm.81, 2009.

González Pérez, J.L.: "El recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm.516, octubre-septiembre, 1976.

González Pérez, J.L.: "La impugnación de los actos registrales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm.328-329, octubre-septiembre, 1955.

González Pérez, J.L.: "Naturaleza del procedimiento registral", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm.256, septiembre, 1949.

Guilarte Gutiérrez, V.: "La responsabilidad del Registrador derivada de la función calificadora: sus orígenes, fundamento y necesaria persistencia", *Revista Lunes 4´30. Revista de asuntos registrales,* núm.456, enero, 2009.

Lacruz Berdejo, J.L.: "Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 530, Enero-Febrero, 1979.

Llamas Pombo, E.: "Artículo 296", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (Dir. por A. Domínguez Luelmo), 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2019.

Navarro Gómez, R.: *El arancel de los funcionarios públicos. Análisis jurídico-tributario,* Marcial Pons, Madrid, 2007.

PALOMARES BRAVO, J.: "Efectos reales y obligacionales de las prohibiciones de disponer voluntarias en el ordenamiento jurídico español", Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm.16 bis, junio, 2022.

Pantaleón Prieto, F.: "Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación", en AA.VV.: *Centenario del Código Civil (1889-1989),* tomo II, Centro de estudios fundación Ramón Areces, Madrid, 1990.

Parra Lucán, M.A.: "La responsabilidad civil de Notarios y Registradores. Estudio jurisprudencial", en AA.VV.: *La responsabilidad civil y su problemática actual* (coord. por J.A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2007.

Plaza Penadés, J.: "Artículo 1902", en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (Dir. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F.J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, vol. IV., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

Reglero Campos, L.F.: "El nexo causal. Las causas de exoneración de la responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas", en AA.VV.: *Tratado de Responsabilidad Civil* (Coord. por L.F. Reglero Campos), 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2006.

Sagardoy de Simón, I.: *La relación de puestos de trabajo de los empleados de los registros,* Civitas, Madrid, 1996.

Sáinz Moreno, F.: "Ejercicio privado de funciones públicas", *Revista de Administración Pública,* núm.100-102, enero-diciembre, 1983.

Salinas Verdeguer, E.: "Alcance de la responsabilidad civil de los notarios y registradores en relación a la información registral que debe suministrarse con ocasión de una operación inmobiliaria", *Boletín de Contratación Inmobiliaria,* núm.66, marzo, 2010.

Verdera Server, R.: *La responsabilidad civil del Notario,* Civitas, Madrid, 2008.

Yzquierdo Tolsada, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal,* Reus, Madrid, 1989.

EL GESTOR DEL CANAL DE DENUNCIAS: PROFESIÓN Y NATURALEZA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL

THE WHISTLEBLOWING CHANNEL MANAGER: PROFESSION AND NATURE OF THE CONTRACTUAL RELATIONSHIP

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1922-1955

Juan Carlos
VELASCO
PERDIGONES

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La sociedad, cada vez más, requiere de actuaciones éticas por parte de las corporaciones. En determinadas situaciones, el ordenamiento ha respondido con novedosos instrumentos que pretenden impulsar una cultura ética corporativa. Uno de estos elementos ha sido la implantación de la responsabilidad (penal o administrativa) de las personas jurídicas y los condicionantes para su exoneración, incluyéndose en éstos últimos —de forma indirecta— la exigencia o recomendación de canales de denuncia a través de los cuales se ponga en evidencia las infracciones. Los legisladores parecen encomendar la gestión de dichos canales a personas o grupo de personas (departamentos) profesionales que entablarán una hipotética relación jurídica respecto a los demandantes de sus servicios, las entidades u organizaciones.

La disciplina jurídico-privada no puede permanecer ajena a una realidad profesional que, más pronto que tarde, demandará interpretaciones o adaptaciones del ordenamiento. Así, este artículo aspira a interpretar cómo la realidad profesional del gestor del canal de denuncias (elemento integrante de los sistemas de información) impacta en el ordenamiento contractual, abordándose algunas reflexiones sobre la novedosa figura y la naturaleza de esta eventual relación jurídica. Para ello, se efectúa una exégesis de la normativa específica integrada con los distintos sectores que inciden en el ordenamiento contractual (laboral, administrativo y civil), la doctrina científica y los postulados de la jurisprudencia. El inminente nacimiento de una nueva figura profesional podrá comportar la exigencia de cambios legislativos o, más bien, una regulación estatutaria que delimite los aspectos más relevantes de los sectores materiales del ordenamiento (contractual) que confluyen.

PALABRAS CLAVE: Canal de denuncias; informante; oficial de cumplimiento normativo; contrato; naturaleza; cumplimiento.

ABSTRACT: *Society increasingly requires ethical actions from corporations. In certain situations, the legal system has responded with novel instruments that seek to promote a corporate ethical culture. One of these elements has been the introduction of the liability (criminal or administrative) of legal persons and the conditions for their dismissal, the latter including - indirectly - the requirement or recommendation of whistleblowing channels through which infringements can be brought to light. The legislators entrust the management of these channels to professional persons or groups of persons (departments) who will enter into a hypothetical legal relationship concerning those demanding their services, the entities or organisations.*

The private legal discipline cannot remain oblivious to a professional reality that, sooner rather than later, will demand interpretations or adaptations of the legal system. Thus, this article aims to interpret how the experienced fact of the manager of the complaints channel (an integral element of the information systems) impacts the contractual system, addressing some reflections on the new figure and the nature of this possible legal relationship. To this end, an explanation is made of the specific regulations integrated with the different sectors that impact the contractual order (labour, administrative and civil), scientific doctrine and the postulates of jurisprudence. The imminent birth of a new professional figure may lead to the need for legislative changes or, instead, a statutory regulation that delimits the most relevant aspects of the material sectors of (contractual) law that converge.

KEY WORDS: *Whistleblowing channel; whistleblower; compliance officer; contract; legal nature; compliance.*

SUMARIO.- I. PREÁMBULO. – II. CANAL DE DENUNCIAS, SISTEMA DE INFORMACIÓN Y GESTOR: REFERENCIAS NORMATIVAS. 1. Art. 31 bis CP. - 2. Directiva 2019/1937, de 23 de octubre. - 3. Derecho proyectado: Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. – III. EL GESTOR DEL CANAL DE DENUNCIAS Y DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN: NOTAS CARACTERÍSTICAS Y CONCEPTO. - 1. Notas características. - *A) Ausencia de regulación. - B) Naturaleza. - C) Cualificación. - D) Composición. - E) Nombramiento. - F) Independencia. - G) Función social. - H) Onerosidad.* - 2. Concepto (boceto). – IV. RELACIÓN JURÍDICA. - 1. Formas de gestión: interna y externa. - 2. Naturaleza. - *A) Relación laboral: el contrato de trabajo. - B) Relación civil: el contrato de servicios. - C) Relación administrativa.* – V. CONCLUSIONES.

I. PREÁMBULO.

La cultura ética empresarial y el interés en la mejora del gobierno corporativo ha sido una de las cuestiones que más ha importado a la sociedad del siglo XXI[1]. Los escándalos financieros producidos en esferas internacionales ("Enron" o "Lehman Brother", entre otros) y la corrupción han sido la causa directa de esta preocupación. Este marco se ha traducido en un progresivo interés por la función de "Compliance", mediante la puesta en marcha de códigos auto-normativos en los que se recogen principios y recomendaciones sobre el buen gobierno[2], así como el progresivo aumento de reformas legislativas, la más trascendental (en el caso de España) la del *Código Penal (*CP en adelante) con la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas[3].

El ordenamiento patrio, a consecuencia de la presión internacional, introduce *ex novo* la responsabilidad penal de las personas jurídicas, alterándose íntegramente el aforismo romano *societas delinquere non potest* ("las sociedades no pueden delinquir")[4]. Así, dos relevantes reformas legislativas introducen y regulan este

1 Ya el profesor OLIVENCIA puso de relieve —para el ordenamiento español— la necesaria transformación del gobierno corporativo de las organizaciones. Puede decirse que fue uno de los principales impulsores del buen gobierno y la implementación de protocolos de buena gestión de los administradores en las sociedades mercantiles. Su aporte tuvo como precedente el encargo que le hacía el Consejo de Ministros (28 de febrero de 1997) con la creación de una Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades ("Comisión Olivencia"). La principal misión fue impulsar la eficacia, agilidad, responsabilidad y transparencia en la gestión de las entidades, alineado (y muy cercano) a los principios de "Corporate Governance". *Vid.* OLIVENCIA RUIZ, M.: *Escritos jurídicos, vol. I y II,* Fundación El Monte, Sevilla, 2005.

2 *Vid.* VÁZQUEZ RUANO, T.: *Principios de Corporate Governance*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 36-40.

3 *Vid.* Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 152 de 23 de junio de 2010) y Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77 de 31 de marzo de 2015).

4 *Vid.* E.M. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

• Juan Carlos Velasco Perdigones
Profesor Doctor de Derecho Civil
Universidad de Cádiz
juancarlos.velasco@uca.es

nuevo espectro[5], con la previsión de mecanismos de exoneración (y en su caso atenuación) de una hipotética pena[6], basado en la (ya citada) cultura ética corporativa, a través del establecimiento de un sistema de cumplimiento normativo (comúnmente denominado "Compliance"[7]), circunscrito a la supervisión, vigilancia y control, como mecanismo de prevención de irregularidades.

Uno de los pilares del sistema de "Compliance" es la implementación de canales de denuncia[8] (acorde con el requisito 4º apdo. 5 art. 31 *bis* CP), cauces por los que se permita comunicar y, por ende, prevenir o detectar de forma anticipada posibles irregularidades, actos indebidos o comportamientos que puedan traducirse en un perjuicio (penal, civil o administrativo) para una organización[9]. El legislador supranacional, en línea con la preocupación por la cultura ética corporativa y el "Compliance", dicta la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre[10], con el objeto de armonizar los distintos ordenamientos nacionales en lo relativo a la protección de las personas informantes de infracciones (denunciantes) (art. 1). Además de la pretendida protección, la norma establece la obligatoria implementación de canales de denuncia por los que comunicar las irregularidades (art. 8) y, que la gestión de éstos se efectúe por profesionales (considerando 74) internos o externos (art. 8.5)[11].

La necesidad de que las personas jurídicas cuenten con modelos de organización y gestión, que reduzcan o mitiguen la comisión delictiva y atribuyan funciones de supervisión, vigilancia y control a un órgano con poderes autónomos,

5 *Vid. supra* n. 3

6 *Vid.* art. 33.7 CP

7 Acepción más común por su amplio recorrido en los países de corte anglosajona.

8 Señalar que los canales de denuncia se habían previsto en algunas disposiciones previas a las reformas del CP (2010 y 2015). A modo ilustrativo, el Código unificado de buen gobierno de la CNMV (2006) establecía recomendaciones referentes al establecimiento de cauces internos o mecanismos "que permita[n] a los empleados comunicar, de forma confidencial y, si se considera apropiado, anónima las irregularidades de potencial trascendencia, especialmente financieras y contables, que adviertan en el seno de la empresa" ("whistleblowing") [(50. 1° d)]. Más tarde, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo (BOE núm. 103, de 29 de abril de 2010), exigió a los sujetos obligados la necesaria implantación de obligaciones de información; procedimientos adecuados en materia de control interno y, la comunicación por indicio.

9 Armentia Morillas, P.: "1. Canal de denuncias (Plan de acción e implantación del compliance program)", en *Compliance. Guía práctica de planificación preventiva y plan de control de riesgos*, Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2018, p. 364.

10 Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (DOUE de 26 de noviembre de 2019). La "vacatio legis" de la norma se establecía en 20 días (posteriores a la publicación en el DOUE), por lo que entró en vigor el 16 de diciembre de 2019. Sin embargo, el art. 26.1 imponía a los Estados miembros la trasposición a sus respectivos ordenamientos a no más del 17 de diciembre de 2021.

11 La Circular 1/2016, de 22 de enero FGE (referente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015) (FIS-C-2016-00001) advierte que resultará más eficaz el sistema de "Compliance" cuanto mayor sea el nivel de externalización: "(…) resultarán tanto más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización, como ocurre por ejemplo con la formación de directivos y empleados o con los canales de denuncias, más utilizados y efectivos cuando son gestionados por una empresa externa, que puede garantizar mayores niveles de independencia y confidencialidad".

se han considerado los elementos preponderantes a valorar si se desea obtener el beneficio de la exoneración o atenuación de una hipotética condena criminal. En dicha apuesta por la prevención de infracciones e irregularidades y, dentro de los principios de buen gobierno y transparencia, se halla el desarrollo de los canales de denuncia, medios eficaces de autocontrol que, a través de la comunicación de posibles incumplimientos de las normas internas de la organización y/o de las normas legales, permitan tomar conocimiento de incumplimientos a fin de adoptar las pertinentes medidas de investigación y sus posibles consecuencias.

La antedicha realidad normativa (la responsabilidad penal de la persona jurídica y los canales de denuncia) fragua toda una revolución en el mercado de los servicios profesionales. La oferta y, a su vez, demanda de personal cualificado que asista a las entidades a la implementación de lo dispuesto por el nuevo ordenamiento, trasciende a diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico-privado[12]. Esto es así al habilitarse por el ordenamiento la posibilidad de externalizar tanto la función de "Compliance"[13] como la gestión del canal de denuncias[14], entendiéndose el contrato de servicios el instrumento que mejor responde a la naturaleza de la relación jurídica entre las entidades demandantes y los profesionales oferentes de los cualificados servicios (de "Compliance" y/o de gestión de los canales de denuncia)[15]. Sin embargo, conforme a la previsible norma interna de transposición (en trámite parlamentario), el espectro se amplifica a otros sectores del ordenamiento como el laboral o el administrativo ante el posible desempeño interno de las funciones de gestión (de los canales) por entidades y corporaciones de naturaleza pública y privada[16].

La rúbrica del trabajo enmarca la pretensión, sin agotarla completamente: algunas consideraciones sobre el profesional de la gestión del canal de denuncias (o sistema de información) y el deslinde de la naturaleza jurídica de una hipotética relación. El panorama jurídico asiste al nacimiento de una nueva figura de la que nacen interrogantes desde el prisma jurídico-contractual. Así, a partir de un estudio exegético de las normas impulsoras (en integración con el resto del

12 Sobre el particular, en lo trascendente a las relaciones jurídico-privadas con el oficial de cumplimiento normativo o "compliance officer", figura derivada de lo dispuesto por el art. 31 *bis* CP (condición 2ª apdo. 2) y aclarada por la Circular 1/2016 FGE (apdo. 5.4), *vid.* Velasco Perdigones, J.C.: *La responsabilidad civil del compliance officer,* Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2022.

13 *Vid.* Circular 1/2016 FGE

14 *Vid.* Art. 8.5 Directiva 2019/1937, de 23 de octubre

15 A pesar de estar vigente la nomenclatura "arrendamiento de servicios" (art. 1544 CC), debe entenderse que ésta es propia de otra época y habría que apostar —como hacen las previsiones de *Soft Law*— por la denominación de "contrato de servicios", concepto que abandona la exclusiva identificación con la obligación de medios y que actualmente englobaría a las modalidades (con naturaleza de hacer) de servicios y de obra [Cervilla Garzón, M.D.: *Jurisprudencia y Doctrina en torno a las obligaciones de medios,* Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2021, pp. 39 y 64].

16 Proyecto de Ley (121/000123) reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (en tramitación en el momento de finalización de la redacción de este trabajo). *Vid.* n. 47.

ordenamiento) y de la extracción de las notas características del profesional, los interrogantes a resolver se ciñen al análisis de la naturaleza de la hipotética relación contractual, dejándose para estudios posteriores el resto de interrogantes que la relación puede suscitar. En consecuencia, se trataría de aclarar cuestiones básicas de una naciente figura profesional, carente de un consolidado recorrido en el ordenamiento jurídico, considerándose como punto de partida el estudio de su naturaleza.

Para la consecución de lo propuesto, se propone profundizar en las normas creadoras del perfil profesional[17], para consecuentemente afrontar sus notas características[18] y una aproximación a su concepto[19]. A partir de esta base, a través de las formas de gestión que exhibe la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre y el derecho proyectado[20], delimitar la naturaleza (laboral, civil o administrativa) de la relación jurídica entre las entidades u organizaciones demandantes de la gestión y sus prestadores profesionales[21].

Cualquier investigación, incluida la jurídica, carece de interés si no dispone de una exposición clara del camino que conduce a la consecución de los fines inicialmente propuestos. Esto es, exponer el procedimiento o reglas a las que debe atenerse la mente en el proceso cognoscitivo de pretender alcanzar la verdad[22], un método racional que intente llegar a la finalidad gnoseológica a la que se aspira[23].

Al fin precedente sirven los medios tradicionales del estudio del Derecho: la exégesis de las normas, la interpretación de la doctrina científica y la jurisprudencia. El método científico empleado se configura como cualitativo, concretándose en la interpretación normativa que da origen al gestor del canal de denuncias (o sistema de información), en integración con otros aspectos del ordenamiento. La idea es emprender el objeto propuesto mediante el recurso, principalmente, a las fuentes formales del Derecho y a otras derivadas como la literatura científica y los pronunciamientos de los tribunales.

Las fuentes empleadas son varias y de diferentes disciplinas. Se recurre principalmente a la interpretación e integración de dos bloques de fuentes jurídicas directas: *i)* las derivadas del marco legal del fenómeno (art. 31 *bis* CP y Directiva 2019/1937, de 23 de octubre); y, *ii)* las propias del ordenamiento jurídico-contractual (disciplinas civil, laboral y administrativa). Además, se recurre

17 *Infra* II

18 *Infra* III. 1

19 *Infra* III. 2

20 *Infra* IV. 1

21 *Infra* IV. 2

22 Pérez Escobar, J.: *Metodología y técnica de la investigación jurídica, 3ª ed.,* Temis, Bogotá, 2010, p. 33.

23 Herrera, E.: *Práctica metodológica de la investigación jurídica,* Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 10.

a título orientativo a las previsiones de la futura Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, poniéndose de relieve aquellos aspectos de interés sobre el objeto de estudio.

Interesa, en primer término, el análisis de los preceptos del CP (requisito 4º apdo. 5 art. 31 *bis* CP), por regular la inserción de la obligación de información de posibles riesgos e incumplimientos en los modelos de organización y gestión, que podría ser a través de canales de denuncias. En segundo lugar, para seguir el orden lógico de lo general a lo particular, el análisis de algunas previsiones de la norma comunitaria y del futuro proyecto de transposición, especialmente las previsiones relativas a la gestión de los canales de denuncia (o sistemas de información en su conjunto). Una vez concluida esta parte, lo siguiente es extraer las notas características del profesional de la gestión, para más adelante emprender la labor de descifrar las formas de prestación y naturaleza de la relación.

II. CANAL DE DENUNCIAS, SISTEMA DE INFORMACIÓN Y GESTOR: REFERENCIAS NORMATIVAS.

1. Art. 31 bis CP.

El art. 31 *bis* CP inserta y regula la responsabilidad penal —por transferencia [supuestos a) y b)]— de las personas jurídicas, reconociéndose una serie de condicionantes como mecanismos de exención o atenuación, dependiendo de las personas que comentan el ilícito[24].

La letra a) engloba a los representantes y a aquellos autorizados a la toma de decisiones u ostenten facultades de organización y control (ya actúen de forma individual o colegiada). Para estos supuestos, los requisitos para la exención o, en su caso, atenuación de una hipotética pena, se recogen en el apdo. 2 art. 31 *bis* CP. Esto es:

i) la adopción y ejecución de modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control para prevenir delitos o reducir el riesgo;

24 El CP, en las letras a) y b) art. 31.1 *bis* CP, determina dos grupos de personas que pueden transmitir la responsabilidad a la persona jurídica. Por un lado, se hace responsable por "los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control"; y, por otro, responderá la persona jurídica de "los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad […]".

ii) la supervisión del funcionamiento y cumplimiento de dichos modelos mediante un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control (oficial de cumplimiento normativo o *compliance officer*[25]) (o quien tenga encomendada legalmente tal función);

iii) los autores individuales cometan el delito eludiendo fraudulentamente los modelos; y,

iv) ausencia de omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano supervisor.

Por su parte, la letra b) hace responsable a la persona jurídica de los delitos cometidos por los subordinados a las órdenes de los representantes y autorizados que han podido consumar el ilícito por incumplirse gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control impuestos. Para este supuesto, la persona jurídica podrá exonerarse si ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión adecuado para la prevención delictiva o disminución del riesgo de comisión.

El apdo. 5 art. 31 *bis* CP enumera los requisitos que han de cumplir los denominados modelos de organización y gestión para que sean eficaces y cumplan la finalidad preventiva[26]. De este elenco, debe destacarse el 4º, que establece expresamente: "[i]mpondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención". Hace referencia a la necesaria previsión (en los modelos preventivos) de un mecanismo o vías de información o comunicación de eventuales riesgos e incumplimientos. El literal del precepto no se refiere expresamente al canal de denuncias o de información, pero tanto la Circular 1/2016 FGE como la doctrina científica identifican a este instrumento como un medio para la consecución de la finalidad informativa. La citada instrucción de la FGE considera que, además de prevenir, un modelo de organización y gestión debe posibilitar la detección de conductas criminales, añadiéndose que esto se consigue mediante la implementación de canales que comuniquen incumplimientos o actividades ilícitas (complementándose con un marco idóneo para la protección del denunciante)[27].

Los autores ponen de relieve que para la consecución del requisito 4º (apdo. 5 art. 31 *bis* CP) —obligación de informar—, será imprescindible que la persona jurídica se dote de mecanismos de comunicación entre empleados, órgano de administración y el de supervisión, que se prevea un procedimiento ágil de

25 La norma no se refiere expresamente al oficial de cumplimiento normativo o *compliance officer*, sino que lo aclara el apdo. 5.4 de la Circular 1/2016 FGE.

26 *Vid.* Apdo. 5 art. 31 *bis* CP

27 *Vid.* apdo. 5.3 Circular 1/2016 FGE

investigación con el objeto de denunciar o informar de eventuales infracciones o incumplimientos, para así prevenir o aminorar sus consecuencias lesivas[28]. Realmente, lo pretendido por la norma es el establecimiento de un mandato imperativo en los modelos de organización y gestión para que, quienes se relacionen (directa o indirectamente) con la entidad, adviertan al órgano de supervisión cualquier vulneración o infracción normativa[29] y, por ende, detectarlas a tiempo[30].

Con la información que ofrece el art. 31 *bis* CP y las aclaraciones de la Circular 1/2016 FGE, algunos autores emprendieron la tarea de definir y delimitar el concepto de canal de denuncias, entendiéndose este como un medio o mecanismo eficaz de autocontrol[31] interno que se establece en una organización con el objetivo de comunicar para prevenir, detectar o corregir deficiencias[32], posibles irregularidades, actos indebidos o comportamientos contrarios (que puedan implicar algún tipo de responsabilidad[33]).

Otra de las cuestiones relevantes a los efectos de este trabajo es la determinación del sujeto que ha de gestionar la citada vía de información o canal de denuncias. El art. 31 *bis* CP sólo impone la obligación de informar "al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención", esto es, al sujeto referido en la condición 2ª apdo. 2 art. 31 *bis* CP: el "órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica". La norma advierte exclusivamente de la necesaria comunicación de información de hipotéticos riesgos e incumplimientos al órgano supervisor, pero no determina que sea este necesariamente el que tenga que afrontar la tarea de gestionar el riesgo comunicado. La respuesta o claridad al respecto debe extraerse de lo dispuesto en la Circular 1/2016 FGE. Esta equipara al citado órgano supervisor con el oficial de cumplimiento normativo o *compliance officer*: "la norma se está refiriendo a un órgano de cumplimiento (oficial de cumplimiento o compliance officer)"[34]. Además, cuando se pretende por

28 González Cussac, J.L.: "Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos", en *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, (J.L Gómez Colomer y C.M Madrid Boquín), 2019, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 343-344.

29 Aguilera Gordillo, R.: *Compliance Penal en España,* Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2018, p. 297.

30 Abia González, R., y Dorado Herranz, G.: *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento-Compliance Management System,* Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2017, p. 62.

31 Mandrí Zárate, J.: "Los canales de denuncia como parte integrante de los programas Compliance", en *Guía para la implantación del Compliance en la empresa* (J. Puyol), Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pp. 256-257.

32 Enseñat de Carlos, S.: *Manual del compliance officer,* Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2016, p. 129.

33 Armentia Morillas, P.: "1. Canal de denuncias (Plan de acción e implantación del compliance program)", *op.cit*, p. 366.

34 *Vid.* Apdo. 5.4 Circular 1/2016 FGE.

la Fiscalía el deslinde de su responsabilidad, se deja entrever que, por su especial posición, podrá responder el *compliance officer* de la gestión del canal de denuncias ("siempre que la denuncia se refiera a hechos que se están cometiendo y que, por tanto, el oficial de cumplimiento pueda impedir con su actuación")[35]. Sin embargo, de la redacción (relativa a la responsabilidad del *compliance officer* por la gestión del canal) se extrae que la FGE no obliga a que sea el oficial de cumplimiento normativo el competente de la gestión del canal, sino que podrá responder en caso de ser el gestor.

A pesar de no existir una previsión específica acerca de quién ha de gestionar el canal, la literatura científica mayoritaria deduce que la gestión del canal de denuncias —esencial en un sistema de *Compliance*— puede ser desarrollada por el oficial del cumplimiento normativo[36]. A pesar de ello, podrá desempeñar la función de gestión el propio profesional del cumplimiento de la corporación, uno externo u otro órgano o figura distinta a la del *compliance officer* (como un comité de informaciones o de ética creado *ad hoc*)[37]. Es decir, a la función de *Compliance* podrá o no encomendársele contractualmente la gestión; aunque parece lógico que previamente ha de disponer de unos conocimientos cualificados sobre la materia (carácter de profesional[38]).

2. Directiva 2019/1937, de 23 de octubre.

La Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, (referente a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión) tiene por objeto establecer un marco normativo mínimo común que dote de un elevado nivel de protección de las personas informantes, delatoras o denunciantes de irregularidades o infracciones[39]. La comunicación o información de incumplimientos puede conllevar represalias o resentimientos, teniendo en cuenta el perjuicio que puede suponer a la entidad u organismo infractor. Sin embargo, esta necesaria comunicación resulta de interés público, ya que con la denuncia se pretende

35 *Ibidem*.

36 Entre otros, Enseñat de Carlos, S.: *Manual del compliance officer, op.cit*, p. 131; Aguilera Gordillo, R.: *Compliance Penal en España, op.cit*, pp. 300-301, además de atribuir la función de recepción de denuncias e informaciones al *compliance officer*, entiende que debe analizarlas. El motivo que concede el autor radica en la mutilación de la función de *Compliance* al privársele de elementos que pueden resultar fundamentales para conocer el estado de los riesgos y controles. Sin embargo, del literal de la norma, lo único que se extrae es la necesaria comunicación al órgano de cumplimiento. Este será o no el encargado de la gestión de lo recibido, como posteriormente aclara el autor en su trabajo. Por su parte, Magro Servet, V.: *Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (compliance),* Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 202, mediante cita a Sánchez Soler ("La figura del compliance Manager. Análisis de las funciones encomendadas al órgano de supervisión y cumplimiento", *Revista Contable,* núm. 36, septiembre, 2015), señala que una de las funciones del órgano de supervisión (condición 2ª apdo. 2 art. 31 *bis* CP) es "obligar […] a informar de los riesgos […]".

37 Mandrí Zárate, J.: "Los canales de denuncia como parte integrante de los programas Compliance", *op.cit*, p. 262.

38 El carácter profesional se deriva de la propia Directiva 2019/1937, de 23 de octubre (considerando 74).

39 *Vid.* Art. 1 Directiva 2019/1937, de 23 de octubre.

descubrir y prevenir y, en definitiva, promover el bienestar de la sociedad en su conjunto (considerando 1). La protección del denunciante se torna necesaria al objeto de dotar de eficacia a los canales de denuncia y al *Compliance* en general[40].

En la norma comunitaria se ausenta la definición de canal de denuncias; parece darse por sabido, pero hubiera sido clarificador incluirla en el art. 3 ([d]efiniciones) a los meros efectos aclaratorios e interpretativos. Eso sí, considera el vocablo "denuncia" o acción de "denunciar" como "la comunicación verbal o por escrito de información sobre infracciones".

Con este marco, la UE impone la necesidad de implementar uno de los elementos del sistema de *Compliance*, los canales (internos) de denuncia como mecanismo o instrumento de comunicación e información de incumplimientos (requisito 4º apdo. 5 art. 31 *bis* CP)[41]. Dentro de los destinatarios obligados se engloba al sector privado y también al público (art. 8.1). Se atribuye la potestad a los Estados miembros para la exención de la obligación de establecer los canales y procedimientos de denuncia interno a los municipios inferiores a 10000 habitantes o con menos de 50 trabajadores y, a las entidades del sector privado con menos de 50 trabajadores (art. 8.9).

En lo tocante al sujeto que debe encargarse de la gestión del canal de denuncias, la citada Directiva sólo aborda la forma en que puede desarrollarse: *i)* internamente por una persona o departamento (designados al efecto); o, *ii)* externamente por un tercero[42]. No se establece si ha de ser el *compliance officer* (interno o externo) de la organización u otro perfil distinto, aunque este sería muy recomendable por los conocimientos y experiencia en la materia[43]. Hay que tener en cuenta que la gestión del canal debe diferenciarse del órgano encargado de recibir las comunicaciones (*ex* art. 31 bis CP), que podrá o no coincidir con la gestión de la información recibida por las vías de comunicación establecidas al efecto. Tampoco

40 En este sentido, *vid.* García Moreno, B.: "Whistleblowing y canales institucionales de denuncia", en *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (A. Nieto Martín), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 226.

41 Vazquez de Castro, E.: *Compliance y contrato de seguro privado,* Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2020, p. 71 afirma que "[…] la Unión Europea establece de manera definitiva la obligatoriedad de sistemas de *corporate compliance* […]", pero realmente, la institución supranacional está exigiendo la adopción de uno de los elementos que ha de componer el sistema de *Compliance* o los denominados modelos de organización y gestión. El *Compliance* no se configura en el CP como una obligación legal a cumplir por las personas jurídicas destinatarias de la norma (*vid.* art. 31 *bis* CP), sino que se establece un beneficio penal para aquellas que hayan adoptado eficazmente una serie de medias preventivas. Eso sí, será requisito imprescindible para aquellas corporaciones que deseen hacerlos valer para obtener la exención o, en su caso, atenuación de una hipotética condena.

42 *Vid.* Art. 8.5.

43 Vázquez de Castro, E.: *Compliance y contrato de seguro privado, op.cit*, pp. 73 y 105 atribuye directamente al *compliance officer* la responsabilidad de tramitar las denuncias y gestionar el cumplimiento, a pesar de no establecerse tal encargo ni el literal del CP (en lo referente al canal de denuncias) ni en la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre. Sin embargo, como se verá, el Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción habilita al responsable de cumplimiento normativo o *compliance officer* de la organización para que potestativamente se designe responsable del sistema interno de información (art. 8.6).

se extrae de la norma que haya de ser la corporación la encargada directa de tal gestión, pues que se imponga la responsabilidad de implementar los canales no significa que deba directamente gestionarlos[44].

Determinar o dar por hecho que debe responsabilizarse al *compliance officer* de la gestión del canal puede resultar impreciso, pues las normas analizadas no establecen una obligación como tal, más que la simple acción de recibir información. De hecho, podría recepcionar ésta y cederla posteriormente al encargado de su gestión que podrá ser un oficial de cumplimiento o no. En una interpretación extensiva de lo estudiado, podría llegarse a la natural convicción de que el oficial de cumplimiento tenga la misión de gestionar el canal, pero podría traer consigo consecuencias en el plano obligacional (*v.gr.* la responsabilidad en su gestión cuando expresamente no está previsto que deba encargarse). Quizá, lo aconsejable sería no dejarlo a la interpretación y preverlo expresamente en el contrato o instrumento en el que se formalice el encargo de las funciones.

3. Derecho proyectado: Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

Como consecuencia de la necesaria transposición de la norma supranacional, los Estados miembros ya han debido de adaptar sus ordenamientos internos, teniendo en cuenta que el límite temporal venció el pasado 17 de diciembre de 2021[45], a excepción de las entidades del sector privado (de 50 a 249 trabajadores) que deban establecer canales de denuncia interna. Para este último caso, el plazo se amplía hasta el 17 de diciembre de 2023[46]. España con el objeto de cumplir con lo dispuesto por las instituciones europeas, a la fecha de este trabajo, tramita (de forma urgente) el Proyecto de Ley (121/000123) reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción[47].

Previamente, aclarar que el articulado de la proyectada norma no recoge una definición concreta de "canal de denuncias". Será la Exposición de Motivos la que, de forma muy simple, declare que se está ante: un "[…] buzón o cauce para [la] recepción de la información […]"[48]; uno de los elementos integrantes del

44 García Moreno, B.: "Whistleblowing y canales institucionales de denuncia", *op.cit*, p. 216.

45 *Vid.* Apdo. 1 art. 26.

46 *Vid.* Apdo. 2 art. 26.

47 BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-123-1 de 23 de septiembre de 2022. A la fecha, el proyecto, en trámite de urgencia, se encuentra en la Comisión de Justicia Enmiendas, cuyo plazo de enmiendas al articulado se ha ampliado; https://www.congreso.es/proyectos-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=121%2F000123 (consultado: 02 de noviembre de 2022).

48 *Vid.* Apdo. III E.M

denominado "Sistema interno de información"[49]. Por tanto, este último quedaría compuesto, según la E.M (III), por: *i)* el canal (de denuncias); *ii)* un responsable gestor del sistema; y, *iii)* la configuración de procedimientos. Lo anterior resulta incongruente con el contenido dispuesto en el art. 4.1, pues este sólo identifica a uno de los elementos, el canal (y no al responsable ni al procedimiento): "el Sistema interno de información es el cauce preferente para informar". Por su parte, el art. 5.2 vuelve a englobar y, se identifican dentro del Sistema interno de información, los tres elementos señalados anteriormente (canal, responsable y procedimiento).

La previsión normativa responsabiliza al órgano de administración (u órgano de gobierno de la entidad u organismo) de la implantación del Sistema, independientemente de las fórmulas que se empleen para su gestión[50], el cual deberá:

i) permitir comunicar la información;

ii) estar diseñado, establecido y gestionado de forma segura y confidencial;

iii) permitir la comunicación por escrito o verbal;

iv) integrar los distintos canales de la entidad;

v) garantizar el tratamiento efectivo de las comunicaciones;

vi) respetar la independencia;

vii) nombrarse a un responsable del sistema (gestor profesional);

viii) contar con una política sobre sistema interno y defensa del informante;

ix) contar con un procedimiento de gestión de informaciones; y,

x) establecer las garantías para la protección de los informantes[51].

El proyecto obliga a la implantación del "Sistema interno de información" tanto a las organizaciones del sector privado como a las del público. Del primero, se relacionan expresamente las siguientes: *i)* las personas físicas o jurídicas que dispongan de 50 o más trabajadores; *ii)* las personas jurídicas que se les aplique los actos de la UE en determinadas materias (servicios, productos y mercados financieros; prevención del blanqueo de capitales; financiación del terrorismo;

49 Dispone textualmente: "[…] Sistema interno de información que abarca tanto el canal, entendido como buzón o cauce para recepción de la información, como el "Responsable" del Sistema y el procedimiento".

50 Acerca de las formas de gestión, *vid. infra* IV. 1

51 *Vid.* Art. 5.2

seguridad del transporte y protección del medio ambiente, entre otras); *iii)* los partidos políticos; *iv)* los sindicatos; *v)* las organizaciones empresariales; y, *vi)* las fundaciones que reciban o gestionen fondos públicos.

Las entidades del sector público que expresamente quedan obligadas son: *i)* la Administración General del Estado, Administraciones de las comunidades autónomas, ciudades autónomas y Entidades que integran la Administración Local; *ii)* los Organismos y Entidades públicas vinculadas o dependientes de la Administración, asociaciones y corporaciones; *iii)* Autoridades Administrativas Independientes, el Banco de España y las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social; *iv)* Universidades públicas; v) las Corporaciones de Derecho público; *vi)* fundaciones del sector público (que cumplan determinados condicionantes); *vii)* determinadas sociedades mercantiles; y, *viii)* los órganos constitucionales, de relevancia constitucional e instituciones autonómicas análogas.

El anterior marco permite identificar a los eventuales sujetos que requerirán los servicios cualificados de gestión del citado sistema interno de información. Esto hace que, también, se pueda vislumbrar las heterogéneas y complejas relaciones jurídicas que pueden dar lugar, debatiéndose entre relaciones propias de una naturaleza pública u otras de carácter privado.

La futura norma, tal y como se encuentra, carece de una detallada reglamentación en lo concerniente al sujeto que se ha de dedicar a la gestión del sistema, como en cambio se hizo con la (análoga) figura del Delegado de Protección de Datos en el RGPD[52] y en la LOPDGDD[53]. Sólo se abordan (sin extensión): *i)* las formas en las que puede desempeñarse la función de gestión [interna o externamente; mediante un órgano unipersonal o colegiado; o, la posibilidad de que pueda designarse como "Responsable del Sistema" al que desempeñe la función de cumplimiento normativo (*compliance officer*)]; *ii)* el necesario respeto a la independencia, confidencialidad, protección de datos y secreto de las comunicaciones (sin determinar cómo); y, *iii)* la evitación de conflictos de intereses (complejo propósito). Esto lleva a determinar que, ante la falta de regulación detallada, se deje a las distintas disciplinas que

52 El Reglamento Europeo 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOUE de 4 de mayo de 2016) dedica toda una Sección (4) al Delegado de Protección de Datos, regulándose: *i)* su designación; *ii)* posición; y, *iii)* funciones.

53 Por su parte, el Capítulo III de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294 de 6 de diciembre de 2018) amplía la regulación dispuesta en la norma europea para el profesional dedicado a la gestión de los datos personales. Se establecen previsiones sobre: *i)* su designación (con especificación de las entidades obligadas); *ii)* la necesaria cualificación y carácter de profesionalidad; *iii)* relativa a su posición y protección (remoción, sanción, independencia, confidencialidad y secreto); y, *iv)* facultad de intervención. Para mayor profundidad, en lo relativo a su perfil y relación jurídico-privada, *vid.* Velasco Perdigones, J.C.: "Apuntes sobre la figura del Delegado de Protección de Datos (DPD) y su particular posición contractual", *Actualidad civil,* 2021, 1; Velasco Perdigones, J.C.: "El contrato de servicios con el delegado de protección de datos: propuesta de contenido", *Aranzadi Doctrinal,* núm. 2, 2021.

componen el ordenamiento jurídico-contractual para que regulen y detallen esta particular o "especial" relación.

Además, de las anteriores notas se puede extraer que el gestor o profesional dedicado a la gestión del sistema de información se encuentra, respecto de la organización, en una compleja y delicada posición. Conclusión a la que se llega por tres aspectos citados anteriormente: el obligatorio respeto a la independencia (arts. 6.2 y 8.4); la evitación de conflictos de intereses (art. 8.5); y, la necesaria confidencialidad, protección de datos y secreto de las comunicaciones (art. 6.2).

III. EL GESTOR DEL CANAL DE DENUNCIAS Y DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN: NOTAS CARACTERÍSTICAS Y CONCEPTO.

1. Notas características.

A) Ausencia de regulación.

A diferencia de lo que ocurre en otros sectores profesionales (*v.gr.* la abogacía[54] o la auditoría de cuentas[55]), el gestor del canal de denuncias carece de una específica regulación estatutaria que le dote de seguridad jurídica. Tampoco se ha previsto, hasta ahora, de unas orientaciones básicas acerca de la relación contractual como ocurre con el abogado[56] o el auditor de cuentas[57]. Y es que, el gestor del sistema de información o del canal de denuncias es un perfil profesional con una posición y estructura muy similar a las profesiones citadas y, de ahí que deba reflexionarse acerca de la exigencia de unas mínimas reglas que delimiten y reglamenten algunos aspectos controvertidos de su relación (*v.gr.* la independencia, el secreto profesional,

54 *Vid.* Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (BOE núm. 71 de 24 de marzo de 2021).

55 *Vid.* Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (BOE núm. 173 de 21 de julio de 2015); Real Decreto 2/2021, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (BOE núm. 26 de 30 de enero de 2021).

56 El EGAE regula algunos aspectos de la relación contractual del abogado. Se habilita (como forma) el ejercicio individual por cuenta propia como por cuenta ajena, desarrollándose para este último unas mínimas normas laborales a cumplir (arts. 37 y ss.), entre las que se encuentra la necesaria forma escrita del contrato de trabajo. Además, existe una reglamentación más amplia en el ámbito contractual laboral en virtud del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos (*vid.* Capítulo III). Sin embargo, la norma estatutaria no se pronuncia sobre aquellas relaciones que son ajenas a la disciplina laboral, propias del ordenamiento civil (contrato de servicios *ex* art. 1544 CC).

57 En la auditoría de cuentas también existen unas reglas mínimas en materia de contratación, catalogándose por el Real Decreto 2/2021, de 12 de enero, de una relación de naturaleza mercantil. La normativa impone la formalización por escrito; la identificación del objeto contractual y el trabajo a realizar; el término de contratación; honorarios; finalidad o razón por la que se realiza el trabajo; y, el plazo de entrega del informe de auditoría (*vid.* art. 11). También resulta de especial importancia, a modo de garantía y seguridad, la facultad del profesional de renunciar al contrato cuando no se ha atendido, previo al inicio de las funciones, la solicitud de provisión de fondos. Otros aspectos de interés son la reglamentación de la prórroga y rescisión del contrato (art. 60) y en lo relativo a la fijación de honorarios (art. 62). Estas previsiones dotan de seguridad jurídica al profesional de la auditoría, puesto que en materia contractual deberá primar lo dictado por el ordenamiento frente a la libertad de las partes.

el deber de custodia documental, la exigencia o no de forma al contrato, formas de ejercicio, regulación de los conflictos de intereses, etc.).

B) Naturaleza.

Una de las cuestiones de mayor interés es la naturaleza del gestor del canal de denuncias (o en su caso sistemas de información). Este se configura como un órgano interno o externo de las entidades obligadas. A este respecto, la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, no ve inconveniente en que la gestión sea llevada a cabo dentro de la propia entidad u organismo (por una persona o departamento) o acudiendo a la externalización (art. 8.5). Además, por parte del proyecto español también se permite que, en aquellas entidades u organismos que exista un responsable de cumplimiento normativo o *compliance officer*, sea este el designado como responsable de la gestión del canal (art. 8.6), si bien, hay que recalcar que no tiene por qué coincidir.

Tanto la Directiva como el proyecto nacional estiman que el sujeto designado ha de ser imparcial, esto es, que el desempeño de sus funciones sea independiente y autónomo. Estas notas resultan complejas de garantizar, con mayor intensidad cuando su desempeño es interno. Es difícil garantizar la imparcialidad de un sujeto que depende o está sometido a las órdenes y disciplina de la entidad que lo ha contratado, originándose eventuales y recurrentes conflictos de intereses a dirimir[58]. Resulta paradójico que la norma proyectada sólo establezca previsiones expresas sobre garantías cuando la gestión es desarrollada por un órgano externo y, en cambio, nada se prevea para el caso contrario, el interno (en el que existen mayores notas de dependencia)[59].

Ante la ausencia de unas detalladas normas acerca de la independencia y autonomía, que doten de seguridad en el tráfico y, sobre todo, de un articulado sistema de garantías, serán las concretas relaciones jurídico-contractuales, y la libertad de las partes, las que deban reglamentar estas carencias (si se estima conveniente).

C) Cualificación.

La cualificación es, generalmente, una constante característica que se muestra en los profesionales[60]. El conocimiento perito y experto en una determinada

58 Vázquez de Castro, E.: *Compliance y contrato de seguro privado, op.cit*, pp. 83-84.

59 Dispone expresamente el art. 6.2 "[l]a gestión del Sistema por un tercero externo exigirá en todo caso que este ofrezca garantías adecuadas de respeto de la independencia, la confidencialidad, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones".

60 *Vid.* Cervilla Garzón, M.D.: *La prestación de servicios profesionales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 25; *Cfr.* los postulados efectuados en torno a la distinción entre "profesional intelectual" y "profesional liberal" en Yzquierdo Tolsada, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal,* Reus, Madrid, 1989, pp. 11-13.

materia no es ajeno a quien pretende dedicarse profesionalmente a la gestión de los canales de denuncia (o sistemas de información), pues parece obvio que se ha de contar con una mínima formación intelectual para poder desarrollar con solvencia las particularidades de tan específico trabajo.

La Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, parece dotar del carácter de profesionalidad a aquellos que se encarguen de la gestión de los canales de denuncia. Son numerosas las previsiones que hacen alusión a la profesionalidad de este agente. Por un lado, se considera necesario el deber de formar "profesionalmente" a los responsables de la gestión de las denuncias[61] y, por otro, se le pretende dotar de una protección (aunque insuficiente) similar a otros profesionales (*v.gr.* el secreto profesional y la confidencialidad[62]).

Por su parte, el proyecto español no contempla si el gestor de los sistemas de información ha de contar con unos mínimos conocimientos o experiencia, tal y como se ha previsto para la (análoga y de similar estructura) figura del Delegado de Protección de Datos[63]. Resulta de especial relevancia que el gestor deba disponer de cualidades profesionales y conocimientos especializados en la gestión del canal de denuncias y en el tratamiento de éstas, ya que por la posición que ostenta se hace imprescindible su profesionalización (unido al genérico deber de formación que hace la normativa supranacional). Además, la especialización es una garantía para que la estructura implementada en las organizaciones y corporaciones sean eficaces y cumpla la finalidad preventiva.

D) Composición.

En lo concerniente a la composición del responsable de la gestión, la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, tolera que la gestión interna sea mediante una persona o departamento designado al efecto o, en cambio, sea proporcionados externamente por un tercero[64].

El proyecto añade que el responsable de la gestión ha de ser una persona física individualmente designada y, su nombramiento "podrá llevar[se] a cabo dentro de la propia entidad u organismo o acudiendo a un tercero externo" (art. 6.1). La previsible norma permite la posibilidad de un órgano colegiado, pero deberá delegarse o, más bien, individualizarse en uno de sus miembros las facultades de gestión del sistema y la tramitación de los expedientes de investigación (art. 8.2). Aparte, en el sector privado (no se dice nada para el público), el responsable del sistema será un directivo de la entidad que ejercerá su cargo con independencia

61 *Vid.* Considerando (74).

62 *Vid.* Considerando (77).

63 *Vid.* Art. 37.5 RGPD y art. 35 LOPDGDD.

64 *Vid.* art. 8.5 Directiva 2019/1937, de 23 de octubre.

del órgano de administración o gobierno (art. 8.5), cuestión difícil de conseguir si no se le dota de un marco jurídico que garantice y blinde su posición frente injerencias o conflictos de intereses.

Por tanto, en cuanto a la composición del competente en la gestión de los sistemas de información o canales de denuncia, cabe decir que, por la seguridad y garantías que ofrece, su naturaleza responde a la de persona física, aunque la Directiva no lo detalle (sólo hace mención a una persona o departamento imparcial) y sólo se contenga en el proyecto nacional. El responsable del sistema podrá organizarse de forma colegiada, previéndose una individualización concreta de las facultades de gestión y tramitación en una determinada persona (un miembro del órgano colegiado).

E) Nombramiento.

En cuanto a la designación del gestor, el art. 8.1 del proyecto sólo responsabiliza al órgano de administración o de gobierno (de cada entidad u organismo obligado) del nombramiento de la persona física responsable de la gestión del sistema interno de información, considerándosele, además, competente para su destitución o cese. Así, se seguirá conforme a las normas de organización de cada una de las entidades obligadas para hacer efectiva la designación al no establecerse previsiones especiales ni en la Directiva ni en la norma proyectada.

F) Independencia.

La necesaria independencia del gestor carece de una regulación propia en la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre. En ésta sólo se contempla [en el considerando (56)], y exclusivamente para el sector privado, que la elección de las personas o departamentos de una entidad jurídica para encomendarles la recepción y seguimiento de las denuncias debe permitir, en todo caso, garantizar la independencia y la ausencia de conflictos de intereses. En cambio, en el proyecto nacional, la independencia y autonomía desempeña un papel más relevante, pero con ciertas ambigüedades. Así, se prevé tal carácter para los gestores externos del sistema, en los que, en todo momento, se deberá ofrecer garantías adecuadas de respeto a la independencia (art. 6.2). Es decir, se hace mención expresa a la independencia para el caso del gestor externo, el cual, por su naturaleza, lleva de suyo tal nota característica sin necesidad de especificación, a diferencia de lo que ocurriría con el interno. El precepto debería de incluir la citada cualidad para los órganos internos, ya que son más propicios de recibir injerencias y que afloren conflictos de intereses. Más adelante, se pretende salvar dicho defecto con el genérico deber de que el responsable del sistema desarrolle sus funciones de forma independiente y autónoma respecto del resto de los órganos de la entidad u organismo. Sin embargo, por el papel y posición de la figura respecto

del ente, estas no resultarían suficientes, pues la recepción, tramitación y gestión de denuncias o información, con eventuales consecuencias negativas para la organización, puede quedar interferida por los que ostentan el poder corporativo.

La autonomía e independencia son características esenciales que han de concurrir tanto en los canales como en el gestor de éstos, ya que, de lo contrario, se pondrá en entredicho el verdadero fundamento y eficacia de los canales de denuncia (y de todo el sistema de información, afectando directamente a la eficacia de la estructura de *Compliance*). El gestor, al disponer de cierto poder de iniciativa y control de la información recibida, hace que pueda recibir de la organización acciones o decisiones arbitrarias e interesadas (*v.gr.* su destitución, cese unilateral, despido o resolución contractual). Sería de especial importancia reforzar la figura frente a injerencias, presiones o ceses interesados que pudieran derivar (directa o indirectamente) del poder corporativo. Al igual que ocurriría con el *compliance officer*, ante la ausencia de un estatuto profesional, será el contrato (de la naturaleza que sea) la vía de refuerzo de la posición del profesional respecto de la entidad, al menos hasta que exista un marco normativo mínimo que dote de seguridad jurídica a este nuevo sector[65].

G) Función social.

Al igual que ocurre con el *compliance officer*, quien también puede desempeñar las funciones de gestión del canal de denuncias, la figura que se analiza lleva a cabo una indudable función social[66]. La repercusión social de la actividad de éste se pone de manifiesto en la forma en que sirve a los intereses generales. Y es que, la consecución de una sociedad más ética y justa, mediante la implementación de los canales de denuncia y, consecuentemente, su gestión, repercute de forma directa en toda la colectividad. A esta conclusión se llega a partir de la lectura de los considerandos de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, y de la exposición de motivos del proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

La citada Directiva resalta el "papel clave" que desempeñan las personas denunciantes, ya que mediante éstas se pretende el descubrimiento y prevención de infracciones, que comportará, consecuentemente, la obtención de cierto bienestar en la sociedad[67]. Por otro lado, expone el proyecto legislativo que los ciudadanos están llamados a colaborar para la eficacia del ordenamiento jurídico (elemento clave en todo Estado de Derecho), colaboración que no sólo se

65 Velasco Perdigones, J.C.: "La realidad profesional de 'Compliance' y algunos aspectos de su relación jurídica: Ordenamiento español e italiano", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* Vol. 14, núm. 2, octubre 2022, pp. 864-865.

66 Velasco Perdigones, J.C.: *La responsabilidad civil del compliance officer, op.cit*., pp. 65-66.

67 *Vid.* Considerandos (1) y (3).

manifiesta en el cumplimiento personal de las obligaciones, sino que, además, engloba el compromiso colectivo con el buen funcionamiento de las instituciones públicas y privadas. El gestor del canal de denuncias no es ajeno a esta realidad, pues su esencial existencia hace garantizar el buen funcionamiento del sistema interno de información y, con su labor se permite (en parte) prevenir infracciones del ordenamiento, que, en muchos casos, puede suponer la afectación de bienes jurídicos de importancia. La ausencia de un sujeto que gestione los canales de información podría comprometer algunos de los fundamentos que subyacen en las previsiones citadas, a modo de ejemplo: la prevención del ilícito, la protección del bienestar social y la consecución de una sociedad más ética y comprometida.

H) Onerosidad.

Hoy día, independientemente de la forma de retribución o de su relación jurídica, la dedicación profesional a la gestión, ya sea del canal de denuncias o del sistema de información, viene a considerarse una actividad propiamente retribuida, pues de ordinario vendrá a constituir un medio de vida de su prestador[68].

2. Concepto (boceto).

Las notas características precedentes llevan a esbozar un concepto más o menos certero de gestor del canal de denuncias (o, en su caso, de los sistemas de información). La definición que se ofrece parte de los elementos anteriormente estudiados, en los que hay que tener en cuenta que parte de ellos derivan de un proyecto normativo que, en el momento de la redacción del trabajo, se encuentra en trámite parlamentario, por lo que podría alterarse sustancialmente su esencia.

Así, se considera que el gestor del canal de denuncias (o de los sistemas de información) es el profesional, persona física (interna o externa) cualificada, imparcial y autónoma que, bien individualmente o formando parte de un órgano colegiado, es designada por el órgano de administración o gobierno de una entidad u organismo, para que diligentemente recepcione, gestione y/o tramite la información o comunicaciones recibidas a través de los canales (internos o externos) de denuncias implantados en dicha entidad u organismo.

IV. RELACIÓN JURÍDICA.

Algunos autores han diferenciado la relación jurídica del negocio jurídico, considerando que lo que define a la primera es: *i)* el carácter orgánico u organizado;

68 *Vid.* Delgado González, A.F.: *Las sociedades profesionales. El ejercicio en común de las profesiones de España. Sus aspectos administrativos, civiles y tributarios,* Reus, Madrid, 1996, p. 5 y ss.

y, *ii)* la función social a la que está llamada a desarrollar o desplegar[69]. La relación jurídica es catalogada de patrimonial cuando la relación es el cauce idóneo para la realización de los fines o intereses dignos de tutela y, además, recae sobre bienes o intereses de naturaleza económica[70]. Otros encuadran la relación jurídica con la vida práctica, a la que el Derecho objetivo le dota de significado jurídico y le atribuye efectos[71] de una persona hacia otras personas u objetos (cosas o derechos)[72], es decir, situaciones de poder y deber vinculados con determinados sujetos, entre los que pueden exigirse una conducta observable y coercible por el ordenamiento[73].

Por su parte, el negocio jurídico[74] es un acto derivado de la autonomía privada que reglamenta para sus autores una relación o situación jurídica[75], cuyo efecto inmediato en el ámbito patrimonial consiste en constituir, modificar o extinguir entre las partes una relación jurídica[76] y, establecer la regla de conducta por la que deben regirse los derechos y obligaciones de los intervinientes[77]. En definitiva, una declaración (o declaraciones) de voluntad que nace de la autonomía, encaminada a conseguir un determinado fin, que el ordenamiento —por sí sola o en conjunción con otros requisitos— reconoce como base para la producción de determinadas consecuencias jurídicas[78].

Conforme a las ideas anteriores, el objeto de este epígrafe es ofrecer unas notas acerca de la relación entre el gestor del canal de denuncias y los demandantes de sus prestaciones, cada uno de ellos con unos intereses (de naturaleza económica) más o menos definidos. En el primero subyace el interés principal de obtención de una retribución por sus cualificados servicios y, en el segundo satisfacer las necesidades que se derivan del marco jurídico analizado. Para afrontar la hipotética relación jurídica, debe partirse de las formas de gestión que prevé la normativa, al objeto de delimitar los sectores del ordenamiento jurídico que intervienen y,

69 Así, Díez-Picazo, L y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil, vol. I,* Tecnos, Madrid, 1975, p. 401 entienden que "la relación jurídica es siempre una situación institucionalizada y orgánicamente regulada como una unidad por el ordenamiento jurídico, que la considera, además, como un cauce idóneo para realizar una función social merecedora de tutela jurídica". De Cuevillas Matozzi, I., y Velasco Perdigones, J.C.: *Fundamentos de Derecho Civil español,* 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2022, p. 59 la definen como la situación en que se encuentran varias personas, unas con respecto a otras, y que está regulada por el Derecho, partiendo de un hecho o principio básico.

70 Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, vol. I, 2ª ed.,* Tecnos, Madrid, 1983, p. 54.

71 Castan Tobeñas, J.: *Derecho Civil español, común y foral,* t. I, 7ª ed., Reus, Madrid, 1949, p. 277.

72 Enneccerus L., Kipp, T.: *Tratado de Derecho Civil, t. I, Parte general,* Bosch, Barcelona, 1934, p. 285.

73 Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho Civil I. Parte general,* Bosch, Barcelona, 1974, p. 236.

74 Para una mayor profundidad, *vid.* De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico,* Civitas, Madrid, 1985, pp. 21-39.

75 Díez-Picazo, L y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil, op.cit.,* p. 465.

76 Valverde y Valverde, C.: *Tratado de Derecho Civil español, t. I. Parte general,* 4ª ed., Valladolid, 1935, p. 479.

77 Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, op.cit.,* p. 70.

78 De Cuevillas Matozzi, I., y Velasco Perdigones, J.C.: *Fundamentos de Derecho Civil español, op.cit.,* p. 121.

así, concretar las ramas o disciplinas del ordenamiento que pueden influir en la configuración de la relación.

1. Formas de gestión: interna y externa.

En primer lugar, hay que diferenciar las formas de implementación de los canales de denuncia de las modalidades de prestación profesional del gestor, cuestión que no parece quedar suficientemente nítida en las fuentes principales objeto de estudio[79]. Por un lado, la norma supranacional sólo se dedica a regular la gestión de los canales de denuncia y el proyecto normativo se dedica a la gestión del sistema de información [entre los que se incluyen como uno de sus elementos los canales de denuncia (internos y externos)].

Esta parte del trabajo aborda exclusivamente las formas en las que el profesional de la gestión puede relacionarse jurídicamente con los demandantes de sus servicios. Así, se parte de las dos realidades habilitadas por la Directiva y que, además, se proyectan en la futura norma nacional: *i)* la gestión interna; y, *ii)* la externa (tanto de los canales como del sistema de información en su conjunto). Sobre estos dos ámbitos van a pivotar los ordenamientos de aplicación y la configuración de una futura relación jurídica. En tal sentido, será determinante catalogar el ámbito material, es decir, especificar si puede existir una relación jurídica propia del ordenamiento laboral, del administrativo o, más bien, una prestación de servicios de naturaleza civil.

Conforme a lo expuesto en apartados precedentes, la Directiva habilita, sin más especificaciones, la gestión interna (por una persona o departamento) de los canales de denuncia (art. 8.5). Este precepto es confuso, pues no se deja suficientemente claro si la norma se refiere a las formas de implementación de los canales o a cómo se ha de organizar la actividad de gestión de los citados instrumentos. Puede parecer, a simple vista, que la Directiva se está refiriendo a la forma de implementación de los canales (internos o externos): "los canales podrán gestionarse internamente por una persona o departamento […]". Sin embargo, esta primera parte de la disposición habla de "gestión" del canal (por una persona o departamento), y no de proporcionarlos internamente (aunque la distinción es compleja de deslindar). La segunda parte del precepto confirmaría,

79 A lo largo de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, se hace mención, sin una regulación detallada, a los canales de denuncia internos y externos de la entidad u organización. De forma indirecta, se habilitaría así dos vías de información y, consecuentemente, dos formas implantación. Es el proyecto de Ley (reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción) el que pretende regular con mayor amplitud y, a su vez, de forma confusa, éstos y otros elementos nuevos. Por un lado, se prevé la normativización de los citados canales internos y externos de información como elemento integrante de los sistemas de información; por otro, como novedad, se incluye y regula el sistema interno de información (con previsiones específicas para el sector público y privado) y el sistema (interno de información) gestionado por tercero externo. Como se ha mantenido en epígrafes precedentes, los canales de denuncia parecen ser distintos a los sistemas de información, pues los primeros constituyen uno de los componentes de los últimos.

con mayor énfasis, la teoría precedente al señalar que "los canales de denuncia […] podrán ser proporcionados externamente por un tercero". Realmente, del literal se deriva que a las entidades u organizaciones obligadas se les puede suministrar por un tercero externo la correspondiente estructura para la comunicación de información, cuestión distinta a la gestión profesional externa. Y es que, los canales de denuncia pueden ser internos y gestionados externamente por un tercero, o bien llevarse a cabo la externalización del canal en sí, pero que la gestión de este se realice internamente por una persona o departamento de la entidad u organización obligada.

La norma nacional prevista tampoco deja nada claro al respecto, aunque parece inclinarse por la forma de gestión como prestación profesional. En todo momento se habla de "gestión" del sistema interno, estableciéndose previsiones específicas cuando ésta es prestada por un tercero externo (art. 6). La duda se acentúa cuando se define en el citado art. 6 lo que se ha de entender por "gestión del sistema": la (exclusiva) recepción de informaciones; es decir, quedaría excluido de la gestión todo lo demás (*v.gr.* el tratamiento y seguimiento de la información recibida). Por tanto, el gestor sólo ha de recepcionar la información y, el tratamiento y gestión, ¿quién debe afrontarlo? ¿debe englobar la recepción de informaciones otro tipo de prestaciones como el tratamiento, toma de decisiones, reporte o auditoría de la información? La respuesta ha de ser negativa tal y como se encuentra redactado el proyecto, pues la previsible norma (art. 6.1) es taxativa: "[…] se considera gestión del sistema la recepción de informaciones". Recibir la información no es gestionarla; la gestión (en general) conlleva la realización de un tratamiento particular y la toma de decisiones al respecto.

A pesar de lo anterior, no parece que haya inconveniente alguno para que una persona cualificada (interna o externa) no sólo se encargue de la recepción de la información, sino que, además, la gestione, trate o audite. De hecho, del art. 8.2 del proyecto se extrae que la tramitación de los expedientes de investigación es una actividad propia del responsable del sistema y, el art. 9.1 se refiere a la tramitación diligente del procedimiento de gestión de informaciones[80]. Por tanto, la teoría de la forma (interna o externa) de los canales de denuncia (o sistema de información en su conjunto) se va desechando a favor de la forma en que puede prestarse las funciones de gestión, sobre todo si se hace una interpretación sistemática extensiva [aunque debería quedar más claro en la norma]. Además, la previsión de preceptos específicos para las formas de gestión en el sector privado y el público nos hace confirmar la teoría mantenida.

80 Para ver el contenido del procedimiento de gestión de informaciones, *vid.* art. 9.2.

Para el sector privado[81], el responsable o gestor del sistema interno será el directivo de la entidad, que ejercerá su cargo con independencia del órgano de administración o gobierno (art. 8.5). En este caso, el precepto se refiere a la actividad de gestión como forma de prestación por una persona o departamento y no a la proporción interna de los canales o sistemas de información.

Para el sector público, según la previsible norma, se podría gestionar el sistema de información [por disposición general (Capítulo I)] tanto internamente como acudiendo a un tercero externo. Para este último caso, se dictan previsiones específicas en el art. 15: "la gestión del sistema interno de información por un tercero externo en el ámbito de la Administración del Estado, las Administraciones autonómicas y ciudades con Estatuto de Autonomía y las Entidades que integran la Administración Local solo podrá acordarse en aquellos casos en que se acredite una insuficiencia de medios propios […]. Esta gestión comprenderá únicamente el procedimiento para la recepción de las informaciones sobre infracciones y, en todo caso, tendrá carácter exclusivamente instrumental". Resulta ser una apuesta decidida por el desempeño interno de las funciones de gestión en el ámbito de las Administraciones, que primaría frente a la externalización, recurso que se deja para aquellos casos en los que la Administración correspondiente no disponga de recursos propios *ex* art. 116.4 f) LCSP, dedicado al contrato administrativo de servicios. Aquí, la gestión externa sólo se habilita para la recepción de informaciones, por lo que se deja a la organización o gestor interno todo lo demás.

El desempeño interno de las funciones resulta controvertido por la dependencia de la entidad u órgano, pues no se dota de los instrumentos legales para que se garantice la imparcialidad, la resolución de conflictos de intereses y la independencia dentro de la organización. La ausencia de independencia del profesional en su labor de gestión de la información recibida debilitaría todo el sistema. Esto, y otras inquietudes relacionadas con la independencia, ya se puso de relieve en la "encuesta mundial sobre el fraude y delito económico" (2014) realizada por *PwC*: incertidumbre en cuanto al anonimato; la falta de seguridad en lo concerniente al tratamiento; que el personal interno no sea experto[82]. Y es que, en la gestión tanto de los canales de denuncia como en la de todo el sistema de información, deben presidir los principios de imparcialidad, objetividad y confidencialidad y que, mediante una gestión interna, quizás, no pueda velarse por estos atributos, ya que indudablemente se depende (directa o indirectamente) de la entidad u organismo contratante del profesional.

81 En vez de preverse en el Capítulo (II) dedicado al Sistema de información del sector privado, se hace en el Capítulo I (Disposiciones generales).

82 "[…] los canales de denuncia gestionados internamente tienen las siguientes debilidades: a) Los denunciantes no tienen certidumbre acerca de su anonimato, por lo que el miedo a denunciar desincentiva la utilización del Canal de denuncias. b) No se puede asegurar el tratamiento objetivo e independiente de las denuncias por parte de profesionales ajenos al personal involucrado. c) El personal que recibe las denuncias no es un experto en la detección de delitos y conductas fraudulentas […]".

El marco normativo vigente y el proyecto sólo imponen el respeto de la autonomía, independencia y resolución de los conflictos de intereses, pero no dotan de un marco que dé seguridad jurídica, es decir, cómo materializar el respeto a dichos principios básicos y, qué consecuencias comportaría su quebranto. Ante tal ausencia, lo único que queda es la autonomía de la voluntad de las partes y la libertad de pactar lo conveniente (*ex* art. 1255 CC), sin más limitaciones que la ley, la moral y el orden público[83]. Se dejaría a la voluntad de los contratantes [para la relación civil o laboral; más complejo en el ámbito administrativo por la intervención de normas especiales, muchas de ellas de carácter imperativo] cuestiones trascendentales que, en muchos casos, se establecerán expresamente y, en otros, habrá un cierto vacío a resolver.

La externalización se prevé tanto de las vías de comunicación de infracciones como del encargado en gestionar la información recibida, exigiéndose el "respeto de la independencia, confidencialidad, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones". Esta forma de prestación presenta importantes beneficios, especialmente los relacionados con la autonomía e independencia y, consecuentemente, se mejoraría considerablemente la efectividad del canal[84]. El gestor externo presenta mayores garantías, pues normalmente habrá una mayor ausencia de interés y de contaminación, así como una mejor protección de la información que le llega[85].

Algunos autores consideran que el gestor externo es sólo un intermediario de la información, quien debe comunicar al órgano correspondiente de la entidad u organismo para que este instruya el procedimiento correspondiente[86]. Otros, en cambio, entienden que se le puede encargar la recepción de denuncias, la custodia documental, funciones de investigación y la toma de decisiones sobre la materia[87]. Al igual que para el interno, el proyecto legislativo considera que la gestión externa del sistema sólo abarca la recepción de información (art. 6 y 15). Para el caso de las Administraciones Públicas parece quedar justificado, y tiene sentido, que sea solo la recepción debido a la potestad pública y a los intereses en

83 El precepto permite la creación de modelos contractuales nuevo o atípicos, siempre que se respeten los límites impuestos a la libertad contractual: i) la ley imperativa (aquella que se antepone a los negocios jurídicos de los particulares y que no puede ser evitada); ii) la moral (convicciones de ética social imperantes en un determinado momento histórico); y, iii) el orden público (organización general de la comunidad y sus principios fundamentales y rectores, materias situadas en el espectro constitucional); AA.VV.: *Comentario del Código Civil, t. II,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, pp. 431-432.

84 La externalización de los servicios de gestión dotaría de una mayor eficacia en la consecución de los objetivos impuestos por la normativa; existiría una mayor confianza en los denunciantes o informantes, puesto sería más complicado que su identidad trascienda a la denunciada; menores índices de conflictividad de intereses; mayor protección de la información; mayores garantías de que no se está ante una medida "simulada" o "cosmética", entre otras.

85 García Moreno, B.: "Whistleblowing y canales institucionales de denuncia", op.cit., p. 217.

86 Mandrí Zárate, J.: "Los canales de denuncia como parte integrante de los programas Compliance", op.cit., p. 267.

87 García Moreno, B.: "Whistleblowing y canales institucionales de denuncia", op.cit., p. 217.

juego, pero para el sector privado nada impide que al gestor se le encomienden otras funciones distintas a la mera recepción de la información. Evidentemente, quedaría fuera de dichas funciones las estrictamente decisivas, que correspondería al órgano soberano que, conforme a la legislación que regule su funcionamiento, deba tomar las decisiones.

El art. 8.6 prevé la posibilidad que sea designado como responsable de la gestión al oficial de cumplimiento normativo, profesional que puede desempeñar sus funciones interna o externamente. En cambio, la exclusiva encomienda a este de la recepción de información lo convierte en un mero transmisor, cuando realmente es un profesional cualificado en la gestión del riesgo. Desnaturalizaría, en parte, sus funciones puesto que la figura responde a la necesidad de prevenir la infracción mediante una eficaz y correcta gestión del riesgo, íntimamente relacionado con el fundamento y finalidad de los canales de denuncia. Es decir, estos instrumentos responden a la necesidad de prevenir infracciones en las organizaciones y entidades, pero, para ello, debe gestionarse metodológicamente la información recibida de dichos canales. Luego, limitar las funciones del *compliance officer* a la mera recepción de la información sería vaciarlo de contenido, cuando es el profesional más cualificado para desarrollar una eficaz y correcta gestión de la información[88]. Será, posteriormente, la entidad u organismo quien deba decidir teniendo en cuenta la información y el trabajo desarrollado por el profesional. Así, ante la ambigüedad, sería importante que estas cuestiones quedaran suficientemente clarificadas en la norma venidera con la fijación de unas mínimas funciones.

2. Naturaleza.

A) Relación laboral: el contrato de trabajo.

La relación, entre el gestor (interno) del canal de denuncias (o sistema de información) y la entidad u organización, puede regirse por el ordenamiento laboral conforme a lo establecido en el art. 1 ET mediante el contrato de trabajo. Para ello, será necesario que se den las notas de laboralidad contenidas en el apdo. 1 del citado precepto y, evidentemente, que no quede excluido del ámbito de aplicación de la norma (art. 1.3 ET). Así, será necesario que concurran los siguientes requisitos en la prestación del servicio: *i)* voluntariedad; *ii)* retribución por cuenta ajena; y, *iii)* dentro del ámbito de organización y dirección del empleador[89]. Sobre estos elementos pivota el concepto de trabajador por cuenta ajena, en los

88 La mayoría de autores afirman que, además de la recepción de las denuncias, el *compliance officer* tiene como función su gestión (*vid.* AA.VV.: *Compliance Penal. Aplicación en empresas,* Lefebvre, Madrid, 2020, p. 270; Vazquez de Castro, E.: *Compliance y contrato de seguro privado, op.cit.,* p. 107 y ss. Enseñat de Carlos, S.: *Manual del compliance officer, op.cit.,* p. 131, entre otros muchos.

89 Art. 1.1 ET: "Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario".

que la ajenidad y la dependencia[90] han sido calificados por la jurisprudencia como esenciales y definitorias del contrato de trabajo y de la relación laboral[91].

El problema más relevante a los efectos que se estudia son las notas de dependencia y ajenidad, ya que puede conculcar la autonomía e independencia (que profesan las normas estudiadas) en el desarrollo de sus funciones y, que en muchas ocasiones puede suponer la existencia de auténticos conflictos de intereses.

En el régimen laboral, el trabajador se encuentra bajo la dirección del empresario, quien ostenta el poder disciplinario *ex* art. 54 ET. Mientras que no exista un estatuto jurídico del gestor o una relación laboral especial que dote de una mínima reglamentación, en el contrato de trabajo se podría articular el régimen de protección, garantía e independencia (aunque algo complejo teniendo en cuenta la posición del empleador respecto del trabajador). De momento, ni la Directiva ni el proyecto normativo ofrecen un marco jurídico claro de protección, sólo se establecen ideas generales o principios abstractos que deben concretarse de alguna forma [art. 9.1 c) Directiva 2019/1937, de 23 de octubre; art. 6.2; art. 8 apdos. 4 y 5 Proyecto].

B) Relación civil: el contrato de servicios.

El Código Civil en su art. 1544 regula de forma conjunta el contrato de "arrendamiento" de servicios y el de obra, ofreciéndose una noción básica, anacrónica y obsoleta[92], abandonada por la doctrina mayoritaria[93] (a pesar de utilizarse en ciertas ocasiones por la jurisprudencia actual[94]), propia de una sociedad rudimentaria y no adaptada a la compleja realidad actual: "[e]n el arrendamiento

90 El TS define la dependencia o subordinación como la integración "en el ámbito de organización y dirección del empresario (es decir, la ajenidad respecto a la organización de la propia prestación laboral), que no se opone a que concurra esta nota de la dependencia la "autonomía profesional" imprescindible en determinadas actividades" [STS de 19 de febrero de 2014 (RJ 2014, 2075)]. La dependencia es la "situación del trabajador sujeto, en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa", es decir, la integración de los trabajadores en la organización empresarial [SSTS de 8 de febrero de 2018 (RJ 2018, 1028); de 1 de julio de 2020 (RJ 2020, 2856); de 2 de julio de 2020 (2020, 220105), entre otras muchas.

91 STSS de 24 de enero de 2018 (RJ 2018, 816); de 8 de febrero de 2018 (RJ 2018, 1028); de 29 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4459), entre otras muchas.

92 *Vid.* Villanueva Lupión, C: *Los contratos de servicios,* Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 46-47; Enneccerus, L, Kipp, T, Wolf, M: *Tratado de Derecho civil, t. II. Derecho de obligaciones II, primera parte,* Bosch, Barcelona, 1966, p. 454. En AA. VV. (Bercovitz Rodríguez-Cano, R, Coord.): *Comentarios al Código Civil,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001, p. 1789 se le califica de "nomenclatura trasnochada".

93 *Vid.* Yzquierdo Tolsada, M.: *La responsabilidad civil, op.cit.*, pp. 31-33 y 229 y ss.; Trigo García, M.B.: *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual,* Comares, Granada, 1999, pp. 65 y ss.; Villanueva Lupión, C.: *Los contratos de servicios,* Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 45 y ss.; Sánchez Gómez, A.: *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios,* Tecnos, Madrid, 1998, pp. 29 y ss.; Pardo Gato, J.R.: *La relación abogado-cliente. El contrato de servicios del abogado,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 223 y ss. AA. VV. (Bercovitz Rodríguez-Cano, R, Coord.).: *Comentarios al Código Civil,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001, p. 1789.

94 *Vid. v.gr.* SSTS 13 abril y 10 junio 2021; 24 febrero y 24 junio 2020; 1 febrero y 19 diciembre 2018, entre otras muchas.

de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto".

A consecuencia de lo anterior, varias han sido las propuestas de mejora que, sin cambiar la esencia y estructura de la relación de servicios de antaño, pretenden regular con mayor detalle y particularidad esta compleja y necesaria relación contractual. Así, a modo de ejemplo, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (PCC) lo define en su art. 581 como aquellos contratos "[…] por los que una de las partes, el prestador, se obliga a prestar un servicio a la otra, el principal, a cambio de una retribución […]" o de forma gratuita cuando lo permita su naturaleza. Mayores detalles sobre este contrato ofrecen los "Principles of European Law Service Contract (PEL SC)" y el "Draft Common Frame of Reference (DCFR)"[95], mostrándose un concepto muy similar en ambas propuestas: contrato por el que una de las partes se compromete a prestar o suministrar un servicio a la otra, a cambio de una remuneración (o sin ella)[96].

La relación del gestor con la entidad u organización puede circunscribirse al contrato de servicios y, el objeto de este será la prestación de los servicios de gestión de los canales (o sistemas de información) que ha de ofrecer el prestador para satisfacer los intereses de la entidad u organización. Conforme a la redacción vigente del proyecto de ley de protección de denunciantes (art. 6.1), los concretos servicios consistirán en la recepción de la información que arrojen los sistemas de información. Sin embargo, de la interpretación realizada en el epígrafe precedente (IV. 1) no sólo la prestación debería de ceñirse a la mera recepción de información, sino que, además, puede incluirse la gestión (en sentido amplio) y tratamiento de la información recibida, correspondiendo a la entidad o corporación la toma de decisiones respecto a lo comunicado por el gestor profesional.

Una de las cuestiones discutidas, y que tiene conexión con la sección anterior [A)], es el recurso al contrato de servicios con el objeto de encubrir una relación laboral. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha establecido los criterios para diferenciar el contrato de trabajo de otros vínculos de naturaleza y estructura análoga como el contrato (civil) de servicios. El Alto Tribunal entiende a este respecto que: *i)* la realidad fáctica debe prevalecer sobre el *nomen iuris* porque los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes; *ii)* se da presunción *iuris tantum* de laboralidad, calificando de tal la prestación de servicios con carácter voluntario, con ajenidad en los resultados, dependencia en su realización y retribución. En el contrato de servicios el esquema de la relación

95 *Vid.* el trabajo de De Barrón Arniches, P: *El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo,* Reus, Madrid, 2011, pp. 21-140.

96 *Vid.* art. 1:101 PEL SC y IV.C.- 1:101 DCFR

contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un "precio" o remuneración, en tanto que el contrato de trabajo es una especie del género anterior, consistente en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo, pero en este caso dependiente, por cuenta ajena y a cambio de retribución garantizada[97].

Así, la naturaleza será de servicios cuando: *i)* la relación se limita a la práctica de concretos actos profesionales; *ii)* el prestador no está sometido a jornada, vacaciones, órdenes ni instrucciones de su empleador; y, *iii)* el prestador desempeña sus funciones con plena libertad e independencia, asumiendo el riesgo derivado de su actividad[98]. La relación del gestor con el demandante de sus servicios tendrá naturaleza laboral cuando esté sometido al poder de dirección y disciplina del empleador, comprometiéndose su libertad e independencia en el desempeño de sus funciones. La cuestión está en que habrá que valorar cada caso concreto, puesto que la gestión de los canales de denuncia o sistemas de información es una actividad genuinamente independiente y este requisito de independencia podría quedar salvado, en parte, por el reconocimiento legal o convencional.

C) Relación administrativa.

Ni la Directiva ni el proyecto normativo determinan la naturaleza de la relación interna del gestor de los canales o sistemas de información con los sujetos (obligados) del sector público. Sólo se concluye que la gestión puede llevarse a cabo dentro de la propia entidad u organismo o acudiendo a un tercero externo, para este último caso (conforme al proyecto de ley) la gestión en el ámbito de la Administración del Estado, las Administraciones autonómicas y ciudades con Estatuto de Autonomía y las Entidades que integran la Administración Local, solo podrá acordarse en aquellos casos en los que se acredite una insuficiencia de medios propios *ex* art. 116 f) LCSP. De la lectura del precepto anterior, se concluye acerca de la habilitación del contrato administrativo de servicios para la gestión de los canales de denuncia o sistemas de información[99].

Que la gestión pueda llevarse a cabo dentro de la propia entidad u organismo nos lleva a concluir que el ordenamiento laboral y funcionarial sean idóneos para regir este tipo de relaciones, pues varias son las formas en que se pueden desempeñar las funciones y prestaciones retribuidas en el seno de la Administración (*vid.* art.

97 SSTS de 24 de enero de 2018 (2018, 817); de 8 de febrero de 2018 (RJ 2018, 1028); de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 824).

98 STS de 24 de enero de 2018 (RJ 2018, 816).

99 El art. 17 LCSP explica qué se entiende por contrato de servicios: "aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario. No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos".

8 EBEP). Así, tres ámbitos serían las eventuales relaciones entre el gestor y el sector público: la relación laboral (ET y EBEP); la funcionarial (EBEP); y, el contrato administrativo de servicios (LCSP). De los tres sectores, la prestación en régimen funcionarial y el de contratista garantizarían mejor la autonomía e independencia del perfil profesional objeto de estudio.

V. CONCLUSIONES.

El ordenamiento jurídico europeo y el español por trasposición asisten al origen de una novedosa figura profesional: el gestor de los canales de denuncia o sistemas de información. Un nuevo profesional que precisa de una regulación más clara y determinante al objeto de dotarle de seguridad jurídica.

El art. 31 *bis* CP introduce por primera vez en el ordenamiento patrio la responsabilidad penal de las personas jurídicas, articulándose un sistema de exoneración o, en su caso, atenuación de una hipotética condena mediante la apuesta decidida de la organización de la creación de una eficaz cultura ética corporativa. Esta se encauza en la norma mediante los denominados modelos de organización y gestión, cuyos requisitos se relacionan en el apdo. 5 art. 31 *bis* CP. El 4º condicionante se dedica la obligación de información de riesgos y eventuales infracciones al órgano autónomo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención (órgano de Compliance). El CP no aclara si este órgano de Compliance tiene que desempeñar la función de gestión de los canales de denuncias, considerados como la vía o cauce para transmitir información relevante en cuanto al cumplimiento normativo de la entidad. La Circular 1/2016 FGE identifica al órgano de supervisión con poderes autónomos con el *compliance officer*, quien, además, podrá responder de la gestión del canal de denuncias.

Los órganos supranacionales han decidido implementar y desarrollar la obligación de información que ha de ser introducida en los modelos preventivos, mediante la publicación de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre. Esta norma sólo prevé la forma de gestión de los canales de denuncia: que éstos se desarrollen internamente por una persona o departamento de la organización o entidad o, en su caso, recurrir a la externalización. Por su parte, el futuro proyecto normativo de transposición de la Directiva también reconoce la gestión interna (por un órgano unipersonal o colegiado) y la externa, habilitándose al oficial de cumplimiento para que pueda desarrollar tales funciones en aquellas entidades en las que existan.

Como notas características del profesional de la gestión, se extraen: *i)* una ausencia de regulación profesional; *ii)* naturaleza y composición del órgano diversa (interna, externa, órgano de *compliance*, unipersonal o colegiado, etc.); *iii)* la

necesaria cualificación (característica propia de los profesionales); *iv)* independencia (por naturaleza); *v)* la figura responde a una función social.

Para abordar la naturaleza de la relación jurídica entre el gestor y la entidad u organización demandante de sus prestaciones, ha resultado necesario abordar las formas de gestión previstas en la Directiva y en el proyecto nacional. La gestión por un órgano interno de los canales de denuncia (ya sean externos o internos) lleva a la conclusión que han de ser el ordenamiento laboral y administrativo (para las entidades y organizaciones obligadas del sector público) las disciplinas materiales que van a regular la particular relación. En cuanto a la gestión externa, la gestión cobra la naturaleza civil de un contrato de servicios *ex* art. 1544 CC (teniendo en cuenta las limitaciones y el anacronismo que supone este precepto) y la administrativa cuando el sector público recurre al contrato administrativo de servicios en los casos de insuficiencia de recursos para prestar la gestión internamente.

El derecho europeo y el proyectado no dotan al gestor de un marco jurídico propio como pueden tener otros profesionales de estructura similar (DPO o auditores de cuentas). Tan sólo se determinan, sin desarrollarse, como principios básicos la independencia y autonomía, la confidencialidad, la necesaria protección de datos, el secreto de las comunicaciones y la protección frente a conflictos de intereses. Estas previsiones hacen pensar que el gestor de los canales de denuncia (o sistemas de información) se encuentran en una especial y compleja posición respecto a la acreedora de sus prestaciones. La ausencia de una regulación específica que promueva un marco de garantías y protección hace que intervenga la libertad de las partes y pueda ser previsto en cada una de las relaciones contractuales.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Comentario del Código Civil, t. II,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

AA. VV.: (Bercovitz Rodríguez-Cano, R, Coord.): *Comentarios al Código Civil,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001.

AA.VV.: *Compliance Penal. Aplicación en empresas,* Lefebvre, Madrid, 2020.

Abia González, R., y Dorado Herranz, G.: *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento- Compliance Management System,* Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2017.

Aguilera Gordillo, R.: *Compliance Penal en España,* Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2018.

Armentia Morillas, P.: "1. Canal de denuncias (Plan de acción e implantación del compliance program)", en *Compliance. Guía práctica de planificación preventiva y plan de control de riesgos*, Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2018, pp. 361-391.

Castan Tobeñas, J.: *Derecho Civil español, común y foaral,* t. I, 7ª ed., Reus, Madrid, 1949.

Cervilla Garzón, M.D.: *Jurisprudencia y Doctrina en torno a las obligaciones de medios,* Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2021.

Cervilla Garzón, M.D.: *La prestación de servicios profesionales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

De Barrón Arniches, P: *El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo,* Reus, Madrid, 2011.

De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico,* Civitas, Madrid, 1985.

De Cuevillas Matozzi, I., y Velasco Perdigones, J.C.: *Fundamentos de Derecho Civil español,* 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2022.

Delgado González, A.F.: *Las sociedades profesionales. El ejercicio en común de las profesiones de España. Sus aspectos administrativos, civiles y tributarios,* Reus, Madrid, 1996.

Díez-Picazo, L y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil, vol. I,* Tecnos, Madrid, 1975.

Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, vol. I, 2ª ed.,* Tecnos, Madrid, 1983.

Enneccerus L., Kipp, T.: *Tratado de Derecho Civil, t. I, Parte general,* Bosch, Barcelona, 1934.

Enseñat de Carlos, S.: *Manual del compliance officer,* Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2016.

García Moreno, B.: "Whistleblowing y canales institucionales de denuncia", en *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (A. Nieto Martín), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 205-230.

González Cussac, J.L.: "Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos", en *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión,* (J.L Gómez Colomer y C.M Madrid Boquín), 2019, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 317-345.

Herrera, E.: *Práctica metodológica de la investigación jurídica,* Astrea, Buenos Aires, 1998.

Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho Civil I. Parte general,* Bosch, Barcelona, 1974.

Magro Servet, V.: *Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (compliance),* Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

Mandrí Zárate, J.: "Los canales de denuncia como parte integrante de los programas Compliance", en *Guía para la implantación del Compliance en la empresa* (J. Puyol), Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pp. 255-268.

Olivencia Ruiz, M.: *Escritos jurídicos, vol. I y II,* Fundación El Monte, Sevilla, 2005.

Pardo Gato, J.R: *La relación abogado-cliente. El contrato de servicios del abogado,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

Pérez Escobar, J.: *Metodología y técnica de la investigación jurídica, 3ª ed.,* Temis, Bogotá, 2010.

Sánchez Gómez, A: *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios,* Tecnos, Madrid, 1998.

Sánchez Soler, M.A.: "La figura del compliance Manager. Análisis de las funciones encomendadas al órgano de supervisión y cumplimiento", *Revista Contable,* núm. 36, septiembre 2015.

Trigo García, M.B: *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual,* Comares, Granada, 1999.

Valverde y Valverde, C.: *Tratado de Derecho Civil español, t. I. Parte general,* 4ª ed., Valladolid, 1935.

Vazquez de Castro, E.: *Compliance y contrato de seguro privado,* Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2020.

Vázquez Ruano, T.: *Principios de Corporate Governance*, Dykinson, Madrid, 2018.

Velasco Perdigones, J.C.: *La responsabilidad civil del compliance officer,* Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2022.

- "Apuntes sobre la figura del Delegado de Protección de Datos (DPD) y su particular posición contractual", *Actualidad civil,* 2021, 1.

- "El contrato de servicios con el delegado de protección de datos: propuesta de contenido", *Aranzadi Doctrinal,* núm. 2, 2021.

- "La realidad profesional de 'Compliance' y algunos aspectos de su relación jurídica: Ordenamiento español e italiano", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* Vol. 14, núm. 2, octubre 2022, pp. 851-870.

Villanueva Lupión, C: *Los contratos de servicios,* Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

Yzquierdo Tolsada, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal,* Reus, Madrid, 1989.

REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE CIRUGÍA ESTÉTICA EN ESPAÑA

CRITICAL REFLECTIONS ON CIVIL LIABILITY FOR COSMETIC SURGERY IN SPAIN

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1956-1991

Federico
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto analizar la evolución de la jurisprudencia recaída en materia de cirugía estética desde una obligación de resultado a una de medios. En el primer caso se trata de una obligación propia de un contrato de obra o aproximada al mismo y con un régimen de responsabilidad cuasiobjetiva. En el caso de la obligación de medios esta es la propia de un contrato de arrendamiento de servicios y se le aplica un régimen de responsabilidad subjetiva o culpabilístico. Finalmente, se analizan las cuestiones relativas a la lex artis ad hoc y la información al paciente o consentimiento informado.

PALABRAS CLAVE: Cirugía estética, medicina satisfactiva; responsabilidad civil; obligación de medios; obligación de resultado; contrato de obra; contrato de servicios; lex artis; consentimiento informado.

ABSTRACT: *The object of the present research is to lay out the jurisprudence about plastic surgery in the matter of its legal nature and its appropriate rules of liability. Specifically, it studies, through a detailed jurisprudential analysis, ordered chronologically, the causes, conditions and consequences of the progressive transformation of the medical duty in plastic surgery with a result type (resemble to a limited period of work contract and ruled with a system of objective liability) to a means type (resemble to a service lease contract and ruled with a system of subjective liability in which lex artis and patient information have a central role)*

KEY WORDS: *Surgery; voluntary medicine; liability; work contract; services lease contract; lex artis; patient information.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN CONSIDERACIONES PRELIMINARES. - II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA. - 1. Régimen jurídico de la responsabilidad civil médica. - 2. Medicina satisfactiva y medicina asistencial. - 3. Obligaciones de medios y de resultados. - 4. La incidencia de la distinción en el juicio de cumplimiento. - 5. La incidencia de la distinción en el juicio de responsabilidad. - III. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL. - 1. Equiparación de la operación de cirugía estética al contrato de obra. - 2. La cirugía estética es un contrato de arrendamientos de servicios aproximado al contrato de obra. - 3. La obligación del cirujano plástico como una obligación de medios. – IV. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL. - 1. La necesaria vuelta al sistema de separación de regímenes para la medicina satisfactiva y la voluntaria. - 2. La negativa a admitir la inversión de la carga de la prueba. - 3. La utilización del consentimiento informado como una cláusula de exoneración de responsabilidad. - 4. La desactivación de la doctrina del daño desproporcionado.

I. INTRODUCCIÓN CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Antes de empezar a preparar este trabajo relativo a la responsabilidad por daños causados en cirugía estética he intentado averiguar desde cuando se practica este tipo de técnica. Para mi sorpresa, he comprobado que unos siglos años antes de Cristo, tanto en el antiguo Egipto como en Mesopotamia, ya se utilizaba la cirugía reconstructiva para mitigar los daños causados por las amputaciones que se practicaba a delincuentes o a los enemigos derrotados (cortes de orejas, nariz, labios, etc.). También se practicaba la cirugía para disimular algunas marcas infamantes como las de la esclavitud que se practicaban con hierros candentes.[1]

La cirugía plástica o estética de la que vamos a hablar se popularizó por las estrellas de Hollywood que fueron las primeras en beneficiarse de los conocimientos obtenidos por los cirujanos durante la Gran Guerra. Los primeros planos de las cámaras de cine, en los años veinte del siglo pasado, revelaban cualquier imperfección en la cara de actores y actrices. De ahí que Greta Garbo se enderezara los dientes, Marlene Dietrich se operase la nariz y Rita Hayworth se alzara un par de centímetros la línea de nacimiento del cabello[2].

El objeto de este trabajo no es de hablar de las bondades de la cirugía estética, sino todo lo contrario de referirnos a las consecuencias negativas de su mala praxis. La importancia de este tipo de cirugía se desprende de las estimaciones de la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética (SECPRE) basadas

1 Herrera, A. "Historia milenaria de la cirugía estética", La Vanguardia 4-12-2019. Disponible en: https://www.lavanguardia.com/historiayvida/historia-antigua/20191204/472017948936/cirugia-estetica.html

2 Melús, E.: "El infierno de Rita Haywort", La Vanguardia, 17 octubre 2018. Disponible en: https://www.lavanguardia.com/historiayvida/historia-contemporanea/20181017/47313057254/infierno-rita-hayworth.html. Consultado: 28-12-2022.

• Federico Arnau Moya
Profesor Contratado Doctor Derecho civil,
Universitat Jaume I (España).
arnauf@uji.es

en la encuesta *La realidad de la Cirugía Estética en España 2017-2018* que estimó que en nuestro país antes de la pandemia del coronavirus se llegaron a practicar unas 398.350 intervenciones de cirugía estética al año[3].

Hay que desterrar la idea preconcebida, de que sólo tienen problemas con este tipo de operaciones las personas con poco poder adquisitivo que no pueden acudir a las prestigiosas clínicas. A título de ejemplo está el caso de la supermodelo canadiense Linda Evangelista que ha estado varios años apartada de las cámaras por los efectos desastrosos sobre su cuerpo por un tratamiento estético de "criolipólisis que la dejó "permanentemente deformada". Si introducimos esta expresión en Google encontraremos varios sitios web en los que la nota común es que se nos dice que se trata de un procedimiento médico estético, no invasivo e indoloro, que sirve para destruir las células grasas exponiéndolas a muy bajas temperaturas mediante un proceso de succión aplicado sobre la zona afectada. A continuación, se produce la destrucción de la grasa localizada que se va reabsorbiendo y eliminando de manera natural y progresiva, a través del proceso metabólico. Además, se destaca que es un tratamiento sencillo y eficaz sin los inconvenientes de la conocida liposucción[4]. Esta tónica se repite con otros tratamientos estéticos cuyo resultado no sólo se garantiza sino que se anuncian como desprovistos de peligro. De modo que algunas de esas agresivas campañas publicitarias hacen que el paciente-cliente llegue a la clínica estética con el firme convencimiento de someterse a una determinada intervención. Cuestión diferente es que antes de practicar cualquier intervención el médico, tenga que cumplir con la obligación de que el paciente preste el consentimiento informado y tenga que informarle de los riesgos que lleva aparejada la intervención. Sin embargo, a la *top model* el tratamiento le produjo el efecto contrario, y las células grasas en el sitio de tratamiento crecieron en vez de reducirse. Linda Evangelista tuvo que someterse a dos cirugías correctivas, dolorosas y sin éxito, después de que el tratamiento para adelgazar, le provocara el efecto contrario[5]. La actriz ha manifestado a la prensa que la cirugía la dejó "irreconocible" y que por ello, desapareció de la escena pública. La modelo presentó una denuncia contra la empresa matriz de CoolSculpting, Zeltiq Aesthetics Inc, por 50 millones de dólares por daños y perjuicios, alegando que no ha podido trabajar desde que se sometió a siete sesiones de este procedimiento entre agosto de 2015 y febrero de 2016. No hace mucho que la modelo ha anunciado que ha llegado a un acuerdo con la

3 Disponible en: https://www.newtral.es/wp-content/uploads/2022/08/SECPRE_Encuesta-La-realidad-de-la-Cirugia-Estetica-en-Espana-2017-2018.pdf?x63937. Consultado: 15-12-2022.

4 A título de ejemplo, entre otros muchos: ¿Qué es la criolipolisis y por qué todos quieren hacérsela? Disponible en: https://sevilla.abc.es/estilo/bulevarsur/noticias/belleza/criolipolisis-grasa-localizada/

5 Linda Evangelista en 2016 descubrió que "sufría hiperplasia adiposa paradójica, un efecto secundario poco frecuente que afecta a menos del 1% de los pacientes de CoolSculpting, que sucede cuando el proceso de congelación provoca que el tejido graso afectado se engrose y expanda. Este efecto es irreversible". Información disponible en: https://www.lavanguardia.com/gente/20220216/8062164/linda-evangelista-cuerpo-cirugia-fotos-pmv.html. Consultado: 01-11-2023.

empresa responsable. Asimismo, la citada modelo destacó que antes de someterse al tratamiento no fue advertida del riesgo de desarrollar "hiperplasia adiposa paradójica"[6]. Este supuesto que hemos traído a colación es el típico caso en el que el paciente no queda satisfecho con los resultados estéticos de la operación a que se ha sometido. En otros casos, el resultado no solamente no es satisfactorio para la persona intervenida, desde el punto de vista estético, sino que incluso puede haberle provocado graves secuelas como son grandes cicatrices o infecciones o incluso la muerte. En España a principios del año 2022 fue noticia el caso de Sara Gómez que murió al cabo de un mes de someterse a una lipoescultura en una clínica privada[7].

Entrando ya en el ámbito de lo esencialmente jurídico, es de señalar que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante bastantes años se ha mantenido un fuerte pulso jurídico entre los dos corrientes doctrinales: en una primera etapa, que va aproximadamente desde 1950 hasta 2009, existió una corriente jurisprudencial y doctrinal que, sin terminar de ser predominante, consideraba la obligación del cirujano plástico era una obligación de resultado. En el caso de la medicina curativa se estimaba que se trataba una obligación de medios propia del contrato de arrendamiento de servicios. Al mismo tiempo coexistió otra línea jurisprudencial dentro del Tribunal Supremo para la que todas las intervenciones quirúrgicas, con independencia de su carácter de cirugía necesaria o satisfactiva, tenían la condición de obligación de medios propias del contrato de arrendamiento de servicios. En una segunda etapa, se ha impuesto la segunda línea jurisprudencial hasta al punto de considerarse que toda relación jurídico médica que une al facultativo con el paciente tiene la condición de obligación de medios. De modo que se ha instaurado un único régimen jurídico para la medicina curativa y para la satisfactiva. Así pues, en la actualidad, para el Alto Tribunal es indiscutible que la obligación del cirujano plástico es una obligación de medios. Salvo aquellos casos, en los que el facultativo se hubiera comprometido a obtener un determinado resultado.

El triunfo de segunda tesis en apariencia proporciona toda una serie de ventajas que han sido aceptadas prácticamente por mayoría de la doctrina. Así pues, se ha dicho que…….. Sin embargo, si se analizan con detalla la mayoría de los fallos de los últimos años el común denominador suele ser que la báscula de la justicia se inclina en favor de médicos, corporaciones estéticas y compañías aseguradoras. Son muy pocos los fallos en los que establece la responsabilidad de todos aquellos.

6 Información disponible en https://www.diezminutos.es/famosos-corazon/famosos-extranjeros/a39391524/linda-evangelista-secuelas-cirugia-estetica/

7 Sara de 39 años se sometió en diciembre de 2021 a una cirugía estética de lipoescultura en un centro privado. La paciente falleció por las complicaciones derivadas de la misma, tras permanecer ingresada en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) durante un mes. El fallecimiento, se ha producido como consecuencia de las múltiples perforaciones y lesiones en el riñón, el hígado, el duodeno, el colon y el intestino (Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2022-01-01/fallece-una-mujer-de-39-anos-tras-casi-un-mes-hospitalizada-por-una-cirugia-estetica-en-una-clinica-privada-de-cartagena.html#?rel=mas. Consultado: 28-09-2022)

Por el contrario, con las sentencias dictadas bajo la anterior corriente la víctima de una mala praxis médica tenía más posibilidades de ver acogidas sus pretensiones. En consecuencia, creo que habría insistir en un replanteamiento de la responsabilidad civil en el caso de las operaciones estéticas, o incluso de la responsabilidad sanitaria en general a los efectos de encontrar una tesis que constituya punto de equilibrio entre planteamientos maximalistas que hagan prácticamente imposible probar que un facultativo ha incurrido en un incumplimiento de la lex artis o que se le pueda condenar por cualquier mínimo alejamiento del resultado estético perseguido por el paciente. Así pues, se hace necesario una revisión de ambas tesis a los efectos de encontrar un término medio.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA.

1. Régimen jurídico de la responsabilidad civil médica.

La responsabilidad médico-sanitaria puede tener diferentes caracteres que dependerán de la naturaleza la relación que una al médico o al centro médico con el paciente. Esta puede ser una responsabilidad contractual (ex art. 1101 CC y concordantes) cuando el paciente contrata directamente con su médico y el hecho dañoso se ha producido dentro de la estricta órbita de lo pactado. También puede ser una responsabilidad extracontractual, en aquellos casos en los que el daño se produce al margen de una relación contractual; así sucede cuando el médico no ha contratado con la víctima como es el caso de un médico dependiente de un hospital privado o de una corporación o empresa dedicada a la estética (o incluso dependiente del Insalud). En la responsabilidad aquiliana de tipo médico-sanitaria son de aplicación los arts. 1902 CC (responsabilidad por hecho propio del facultativo) y el art. 1903.4 CC (responsabilidad del centro hospitalario por hecho ajeno)[8]. En ocasiones los tribunales han llegado a aplicar ambos tipos de responsabilidad mediante la denominada teoría de la unidad de la culpa o yuxtaposición de responsabilidades que permite al perjudicado basar su pretensión contra el dañador invocando de manera conjunta la fundamentación de la responsabilidad contractual y extracontractual[9]. Esta teoría aplicable a la zona fronteriza entre ambos tipos de responsabilidad por daños ha encontrado un amplio soporte en la jurisprudencia[10]. Asimismo, en materia de responsabilidad

8 Plaza Penadés, J.: "Responsabilidad civil médica y hospitalaria", en AA.VV.: *Derecho de daños* (dir. M. E. Clemente Meoro y M.E. Cobas Cobiella), Tirant Lo Blanch, 2021, p. 1015.

9 O'Callaghan Muñoz, X.: "La responsabilidad objetiva", en AA.VV.: *La responsabilidad civil y su problemática actual* (coord. J.A. Moreno Martínez), Dykinson, 2007, pp.799-820.

10 Las primeras resoluciones sobre "unidad de la culpa civil" son las SSTS 24 marzo y 23 diciembre 1952 (RJ 1952, 1209 y RJ 1952, 2673). En el ámbito médico la STS 26 marzo 2009 (RJ 2009,2803) establece que la teoría de la "unidad de culpa civil […] encuentra su base en el principio general de que quien causa el daño lo debe indemnizar, lo mismo si se produce por el incumplimiento de una obligación preestablecida, que cuando proviene de una culpa no referida a un vínculo antecedente […] como ya se declaró en la STS 31 diciembre 1977 (RJ 1977,9493) cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y

derivada de servicios defectuosos por los centros hospitalarios se ha aplicado la normativa de consumo[11]: durante un tiempo se aplicó el art. 28 de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios[12]. Posteriormente, se ha aplicado su equivalente el vigente art. 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGCU). Existe una importante diferencia entre la aplicación de la normativa de consumo o la del Código civil, puesto que en este último caso hoy en día predomina la tesis de que esa responsabilidad está basada en la culpa mientras que en el caso de la legislación de consumo aquella responsabilidad es objetiva[13].

La cuestión de la responsabilidad médico-sanitaria, es harto compleja puesto que en ocasiones el paciente perjudicado decide demandar a todo el personal médico que formó parte de su intervención quirúrgica como en el postoperatorio (cirujanos, anestesistas y personal auxiliar), así como al centro médico (privado o público) y a las aseguradoras de todos ellos. En otros casos, se prefiere demandar solamente al centro médico o incluso solamente a la aseguradora de responsabilidad civil ejercitando la acción directa ex art. 76 Ley 50/1980, de 8

extracontractual, y da lugar a decisiones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que este aplique las normas en concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquellos, todos en favor de la víctima y para lograr el resarcimiento del daño lo más completo posible STS 18 junio 1998 (RJ 1998,5290). Esta tesis ha sido seguida, por las SSTS 23 octubre 2008 (RJ 2008, 5789), 4 diciembre 2007 (RJ 2008, 251), 22 noviembre 2007 (RJ 2007, 8651), 10 junio 2004 (RJ 2004, 3605), 11 diciembre 2001(RJ 2002, 2711), 26 septiembre 2000 (RJ 2000, 8126), 8 febrero 2000 (RJ 2000, 840), 30 diciembre 1999 (RJ 1999, 9496), 10 noviembre 1999 (RJ 1999, 8057) 6 mayo 1998 (RJ 1998, 2934), 31 diciembre 1997 (RJ 1997, 9493), 28 junio 1997 (RJ 1997, 5151), 18 febrero 1997 (RJ 1997, 1240), 27 septiembre 1994 (RJ 1994, 7307), 1 febrero 1994 (RJ 1994, 854),15 febrero 1993 (RJ 1993, 771), 11 febrero 1993 (RJ 1993, 1457), 6 octubre 1992 (RJ 1992, 7529), 22 febrero 1991 (RJ 1991, 1587), 7 febrero 1990 (RJ 1990, 668), 30 enero 1990 (RJ 1990, 74), 22 junio 1988 (RJ 1988, 5124), 17 junio 1989 (RJ 1989, 4696), 16diciembre 1986 (RJ 1986, 7447), 19 junio1984 (RJ 1984, 3250),18 octubre 1983 (RJ 1983, 5332) y 9 marzo 1983 (RJ 1983, 1463), entre otras.

11 Paniza Fullana, A.: "La responsabilidad civil médico-sanitaria y la LGDU (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* vol. I. Disponible en: https://insignis-aranzadidigital-es.eu1.proxy.openathens.net/. Consultado: 6-01-2023.

12 El Tribunal Supremo ha intentado por todos los medios impedir que la responsabilidad objetiva se aplique al ámbito de la responsabilidad civil médica. En consecuencia, ha limitado la aplicación del art. 28 LGDCU a los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha. La apreciación de una responsabilidad derivada del defectuoso funcionamiento del servicio exige también la concurrencia de un nexo de causalidad, en su doble vertiente fáctica y jurídica, entre el daño producido y el defecto experimentado en el funcionamiento del servicio. En este sentido las SSTS julio 2013 (RJ 2013, 5003), 23 enero 2009 (RJ 2009, 1271), 20 junio 2008 (RJ 2008, 4260), 4 diciembre 2007 (RJ 2008, 251), 26 abril 2007 (RJ 2007, 3176), 22 mayo 2007 (RJ 2007, 4620), 7 mayo 2007 (RJ 2007, 3553), 5 enero 2007 (RJ 2007, 552), 17 noviembre 2004 (RJ 2004, 7238), 26 marzo 2004 (RJ 2004, 1668), 18 marzo 2004 (RJ 2004, 1823), 5 febrero 2001 (RJ 2001, 541), 1 julio 1997 (RJ 1997, 5471), 30 diciembre 1999 (RJ 1999, 9752), 3 diciembre 1999 (RJ 1999, 8532,) 26 noviembre 1999, 22 noviembre 1999 (RJ 1999, 861824 septiembre (RJ 1999, 7272), 9 junio 1998 (RJ 1998, 3717), 9 diciembre 1998 (RJ 1998, 9427)) , 21 julio de 1997 (RJ 1997, 5523) y 1 julio 1997 (RJ 1997, 5471).

13 Paniza Fullana, A.: "La responsabilidad", cit., p. 2. Destaca Basozabal Arrue, X.: *Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general,* Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 226, que la jurisprudencia ha sido reacia a que los aspectos relacionados con los servicios sanitarios sean sustraídos al principio de responsabilidad por culpa aun a pesar de que los "servicios sanitarios" aparecen entre los que, de acuerdo con el art. 28 LGDCU, se debía responder objetivamente.

de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante LCS)[14]. Finalmente, la cuestión de la responsabilidad médica se completa con el denominado consentimiento informado regulado actualmente por los arts. 3, 4, 8 a 13 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica[15]. La inexistencia o defecto del consentimiento informado se considera como un incumplimiento de la "lex artis ad hoc" médica[16].

La cirugía estética en sentido estricto, es decir aquella que sólo buscar la mejora del aspecto físico y estético de los pacientes, en España como regla general sólo se practica en el ámbito de la medicina privada. Así se desprende del RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. En su art. 5º.4 establece que "No se incluirán en la cartera de servicios comunes: a) Aquellas técnicas, tecnologías o procedimientos: […] 3.º Que no guarden relación con enfermedad, accidente o malformación congénita. 4.º Que tengan como finalidad meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte o mejora estética o cosmética […]. De modo similar en el apartado III del punto 5 del Anexo III se excluyen de la atención especializada "todos los procedimientos diagnósticos y terapéuticos con finalidad estética, que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita […]"[17]. De acuerdo con lo anterior las entidades gestoras de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social solo podrá cubrir cirugías reparadoras o reconstructivas que tienen cabida dentro

14 El art. 76 LCS establece que: "El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar […]". Según, Galán Cortés, J.L.: *Responsabilidad Civil Médica*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur-Menor (Navarra), 2022 (8 ed.), p. 59, cuando se ejercita la acción directa ex art. 76 LCS la jurisdicción competente será la civil incluso cuando se trate de la entidad aseguradora de la Administración.

15 El art. 3 Ley 41/2002 define el consentimiento informado como: "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud".

16 En la STS 12 abril 2016 (RJ 2016,1334); se establece que el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la lex artis y como tal forma parte de toda actuación asistencial constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril , General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. En ese mismo sentido se habían pronunciado las SSTS 29 mayo 2003 (RJ 2003, 3916), 23 julio 2003 (RJ 2003, 5462), 21 diciembre 2005 (RJ 2005, 10149), 10 mayo 2006 (RJ 2006, 2399), 15 noviembre 2006 (RJ 2006, 8059), 23 mayo 2007 (RJ 2007,4667) y 19 noviembre 2007 (RJ 2008, 18), entre otras.

17 En el Anexo VI Cartera de servicios comunes de prestación ortoprotésica se establece que: "1.2 No constituyen parte de esta prestación los artículos ortoprotésicos destinados a uso deportivo, ni los utilizados con finalidad estética que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, ni aquellos de los que se realice publicidad dirigida al público en general". Asimismo, se excluyen los implantes quirúrgicos estéticos, en concreto dentro del punto "6.1. Implantes quirúrgicos terapéuticos: RP 0 Prótesis mamarias (No se consideran incluidas cuando se utilicen en intervenciones de cirugía estética que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita). RP 1 Expansores cutáneos (No se consideran incluidos cuando se utilicen en intervenciones de cirugía estética que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación. congénita).RP 2 Implantes para cirugía craneo-facial (No se consideran incluidos cuando se utilicen en intervenciones de cirugía estética que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita).

de la medicina curativa[18]. Así, sin ánimo de ser exhaustivos, podrá cubrir, entre otros supuestos, las cirugías mamarias reconstructivas en caso de cáncer o las rinoplastias por problemas respiratorios o malformaciones[19].

En España de la responsabilidad civil médica privada se ha ocupado en exclusiva el orden jurisdiccional civil salvo aquellas cuestiones que pudieran ser constitutivas de delito. En el caso de las reclamaciones frente a la administración pública y/o su compañía aseguradora durante mucho tiempo hubo polémica respecto si la jurisdicción competente era la civil, la social o la contencioso-administrativa[20]. La jurisprudencia cuando había que decidir entre la vía contenciosa-administrativa y la civil se inclinaba por esta última[21]. En la actualidad la competencia es del orden contencioso-administrativo por estimarse que se trata de una cuestión de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas[22] derivada de los daños causados por médicos y hospitales adscritos a la sanidad pública[23]. La dispersión de acciones finaliza con la asunción de la competencia por el orden contencioso administrativo para las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones tuvo lugar como consecuencia de la publicación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa las reclamaciones Públicas[24]. La responsabilidad patrimonial aparece contemplada

18 En este sentido hay que incluir tanto al Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), como a las entidades que han venido a sucederle en aquellas Comunidades Autónomas a las que se ha transferido la competencia en materia sanitaria.

19 En la STS 19 julio 2013 (RJ 2013, 5003), ponente Sr. Seijas Quintana, se estima la improcedencia responsabilidad civil en una intervención quirúrgica de mamas (mamoplastia) y abdomen (abdominoplastia) de paciente con obesidad mórbida. En ese caso se dice que la finalidad de la intervención no sólo es satisfactiva sino también reparatoria.

20 Galán Cortés, J.L.: *Responsabilidad Civil Médica*, cit., pp. 56-57.

21 En la STS 18 febrero 1997 (RJ 1997,1240) que recae sobre hechos ocurridos en el año 1983 cuando todavía esta vigente la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1967, se establece la preferencia de la vía civil sobre la contencioso-administrativa cuando la Administración actúa en el marco de una relación privada. Se aplica el principio de la "vis atractiva" de la jurisdicción civil y al principio de economía procesal para evitar la denominada "peregrinación de jurisdicciones". Esta tesis se mantuvo, en muchas ocasiones fuera del ámbito sanitario, por las SSTS 3 marzo 1973 (RJ 1973, 898), 1 julio 1986 (RJ 1986), 31 marzo 1987 (RJ 1987, 1842), 5 mayo y 21 septiembre 1988 (RJ 1988, 4016 y RJ 1988, 6847), 7 abril 1989 (RJ 1989, 2997) 30 enero 1990 (RJ 1990, 74), 28 marzo 1990 (RJ 1990,1734), 30 julio 1991 (RJ 1991, 5435), 15 marzo 1993 (RJ 1993, 2276), 12 septiembre 1993 (RJ 1993, 6650), 31 octubre 1995 (RJ 1995, 7654), 3 septiembre 1996 (RJ 1996, 6501), 21 marzo 1997 (RJ 1997, 2186), 13 octubre 1998 (RJ 1998, 8373), 13 julio 1999 (RJ 1999, 5046), 31 diciembre 1999 (RJ 1999, 9150), 26 febrero 2000 (RJ 2000, 1248), 12 junio 2000 (RJ 2000,5101), 29 junio 2000 (RJ 2000, 5916), 21 octubre 2000, 5101), 23 octubre 2000 (RJ 2000, 9197), 18 diciembre 2000 (RJ 2000, 10124), 17 enero 2001 (RJ 2001,509), 7 marzo 2001 (RJ 2001, 3974), 26 marzo de 2001 (RJ 2001, 4764), 11 junio 2001 (RJ 2001, 5674), 19 noviembre 2001 (RJ 2001, 9482), 14 diciembre 2001 (RJ 2001,9358), 7 marzo 2002 (RJ 2002, 4151), 21 octubre 2002 (RJ 2002, 8770), 2 diciembre 2002 (RJ 2002,10419), 31 enero 2003 (RJ 2003, 854), 20 febrero 2003 (RJ 2003, 1179), 29 abril 2003 (RJ 2003, 3041), 30 abril 2003 (RJ 2003, 3739), 22 julio 2004 (RJ 2004,4693), 23 septiembre 2004 (RJ 2004, 5578), 23 mayo 2006 (RJ 2006, 3535), 8 febrero 2007 (RJ 2007, 561), 8 marzo 2007 (RJ 2007,1525), 8 mayo 2007 (RJ 2007, 3560).

22 En la actualidad la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, regula la responsabilidad patrimonial de las Administraciones pública en los arts. 32 y ss.

23 Señala Plaza Penadés, J.: "Responsabilidad", cit. p. 1016, que con esta reforma el usuario de la sanidad pública en adelante se encuentra desprovisto de la protección tuitiva propia de la legislación de consumo.

24 En su art. 2.e) se establecía que: "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social". En la actualidad, tras la reforma

en el art. 106.2 de la Constitución Española (en adelante CE)[25]. La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante, LRJSP) regula la responsabilidad patrimonial de la Administración pública diseñada en la ley como una responsabilidad general y directa que entra en juego siempre que se cumplan los requisitos que exige esa norma en sus arts. 32 y ss. Por otro lado, el procedimiento a seguir es el previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (en adelante, LPAC). En nuestro trabajo, nos ceñiremos al ámbito civil por cuanto que este es el ámbito en el que se sustanciarán las reclamaciones por daños de cirugía estética cuando esta se refiere únicamente a medicina satisfactiva y no curativa. Este tipo de intervenciones como ya hemos señalado sólo se pueden realizar en centros privados.

2. Medicina satisfactiva y medicina asistencial.

La doctrina ha venido distinguiendo dos clases de medicina[26]: en primer lugar, está la curativa, también denominada necesaria, terapéutica o asistencial cuya finalidad es la de sanar al paciente cuyo cuerpo está afectado por una patología. En este supuesto cabría incardinar una operación de reconstrucción mamaria cuando el pecho que ha sido extirpado como consecuencia de un cáncer (mastectomía)[27]. En segundo lugar, se encuentra la denominada medicina voluntaria o satisfactiva es la que se practica sobre un organismo sano para mejorar su aspecto estético, como las operaciones de aumento de pecho por motivos estéticos (mamoplastia), o para anular su capacidad reproductora. En el caso de los tratamientos de fertilidad se considera que son supuestos de medicina curativa[28].

de este apartado por el apartado uno de la disposición adicional decimocuarta de la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial se le ha añadido un inciso final en el que se dice "aun cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad". Asimismo, en la Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 9.4 II se establece la competencia del orden contencioso-administrativo en el caso de "las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva". En el apartado III se establece que: "También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas".

25 Establece el art. 106.2 CE "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

26 Galán Cortés, J.L.: *Responsabilidad Civil Médica*, cit., pp. 56-57.

27 Este es el caso contemplado por la STS 19 julio 2013 (RJ 2013, 5004), ponente Sr. Seijas Quintana, en el que se condena a una clínica por una operación de reconstrucción mamaria tras una operación de un tumor. Se estima que concurre mala praxis médica.

28 Así se pronuncia la STS 20 noviembre 2009 (RJ 2010,138), ponente Sr. Seijas Quintana, en un caso de en un tratamiento de fertilidad mediante inseminación artificial se produce infarto isquémico (ictus cerebral). No existe responsabilidad médica porque no se ha probado que el ictus fuera causado por un síndrome de hiperestimulación ovárica (SHO). Por el contrario, en la STS 23 octubre 2008 (RJ 2008,5789), ponente Sr. Corbal Fernández, en un caso de fecundación in vitro se produce el fallecimiento de la madre al producirse

La cirugía estética es una subespecie de la medicina voluntaria puesto que no tiene por objeto diagnosticar, ni prevenir enfermedades ni paliar sus efectos o enmendar sus resultados, sino que se únicamente se ocupa de la mejoría estética de las personas. De modo que trata todo tipo de defectos estéticos corporales, aplicando técnicas para mejorar la estética y la belleza. Los pacientes buscan una mejora de la apariencia, simetría y las proporciones de algunas partes de su cuerpo[29]. Las operaciones en este ámbito, en muchas ocasiones responden a modas, gustos y consideraciones personales. En España hoy en día esta cirugía, como ya se ha señalado, solo puede practicarse en ámbito de la medicina privada salvo cuando tenga una finalidad curativa, lo que supone que el defecto que se trata de corregir ha de tener su origen en una patología previa o accidente, en cuyo caso podrá ser atendida por la sanidad pública.

La distinción entre medicina curativa y satisfactiva hasta finales de la primera década de este siglo ha tenido una importante función, puesto que existía cierto consenso en la doctrina y la jurisprudencia en aplicar un distinto régimen jurídico a ambos tipos de medicina. En el caso de la medicina satisfactiva se estimaba que le era de aplicación el régimen de las obligaciones de resultado mientras que en el caso de la medicina curativa se aplicaba el de las obligaciones de medios propias del contrato de arrendamiento de servicios[30]. A partir de mediados de la citada década en el Tribunal Supremo termina imponiéndose la línea jurisprudencial que estima que la relación jurídica que une a médico y paciente es en todo caso una obligación de medios propia del arrendamiento de servicios y que no se garantiza resultado alguno salvo que este se pacte expresamente[31]. En

durante el embarazo una eclampsia asociada a un "síndrome de Hellp. En este caso aun a pesar de que sí que se reconoce que la aplicación de la técnica de la fecundación "in vitro" si que se trata de un supuesto de medicina satisfactiva. No obstante, como los daños se producen durante el embarazo se aplica el régimen de la medicina curativa.

29 Definición proporcionada por la Sociedad Española de Cirugía Estética (SECE). Disponible en: https://www.sece.org/cirugia-estetica.php. Consultado: 3-01-2023.

30 En la STS de 29 octubre 2004 (RJ 2004, 7218) ponente Sr. O'Callaghan Muñoz, vasectomía y concepción de hijo. La operación de vasectomía es un contrato de arrendamiento de obra. No se estima la responsabilidad médica porque no se ha aportado prueba que determine la paternidad del hijo que ha tenido la esposa. No obstante la resolución adversa par el demandante se establece que "en la actuación médica se da el contrato de obra, con obligación de resultado, en casos de cirugía estética (SST 21 de marzo 1950 (RJ 1950, 394), 28 junio 1997 (RJ 1997,5151) y 22 de julio de 2003 (RJ 2003, 5391) de ahí que se haya distinguido jurídicamente dentro del campo de la cirugía entre una 'cirugía asistencial' que identificaría la prestación del profesional con la 'locatio operarum' y una 'cirugía satisfactiva' (operaciones de cirugía estética como la presente) que identifican aquella con la 'locatio operis', esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso (STS de 11 mayo 2001 (RJ 2001, 6197), 14 noviembre 1996 y 25 abril 1994 (RJ 1994,3073)), añadiendo la STS 11 febrero 1997 (RJ 1997, 940) que esta distinción tiene consecuencias en orden al cumplimiento o incumplimiento, pues en lo que aquí importa, la relación contractual médico-paciente al derivar de contrato de obra, por el que una parte - el paciente- se obliga a pagar unos honorarios a la otra -médico- por la realización de una obra, la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado y en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso surge la responsabilidad del facultativo.

31 La nueva línea jurisprudencial se inicia con las En la STS 21 octubre 2005 (RJ 2005,8547), ponente Sr. Corbal Fernández tratamiento dermoabrasador por láser para desaparecer unas pequeñas cicatrices y aparición de queloide se estima que no concurre responsabilidad médica. Con una justificación un tanto contradictoria se dice que la medicina satisfactiva se aproxima al contrato de obra, pero no garantiza el resultado. En la

consecuencia, se unifica el régimen jurídico de la responsabilidad civil médica. La principal consecuencia a partir del asentamiento de esta línea jurisprudencial ha sido que la práctica mayoría de demandas por responsabilidad médica en casos de cirugía estética han sido sistemáticamente desestimadas por el Tribunal Supremo. En ocasiones se ha dicho que la jurisprudencia se inclina por una línea defensora a ultranza de la víctima[32]; sin embargo, en materia de responsabilidad civil por daños causados en cirugía estética la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo se inclina por una protección a ultranza del agente causante del daño. Por este motivo, estimamos que es necesario revisar esta línea e intentar encontrar una solución intermedia entre las soluciones objetivas que puedan suponer una judicialización de la actividad médica y la línea actual que hace muy difícil probar la mala praxis médica.

3. Obligaciones de medios y de resultados.

La búsqueda de una solución intermedia requiere que se revise cuanto ya se ha dicho sobre esta materia. Así pues, empezaremos por la tradicional distinción entre obligaciones de medios y resultado, puesto que como ya hemos avanzado, durante bastantes años se consideró que las obligaciones de los cirujanos estéticos -así como la de cualquier intervención propia de la medicina satisfactiva- eran de resultado mientras que la regla general era que la obligación contractual o extracontractual contractual de los médicos era una obligación de medios. En la doctrina se ha mantenido que la distinción entre obligaciones de medios y resultados solo es posible dentro de las obligaciones de hacer. De modo que la *obligación de medios* es la que tiene por objeto una actividad diligente por parte del deudor, mientras que la *obligación de resultado* es aquélla en la que el deudor se compromete a alcanzarlo[33]. Trasladando lo anterior al estricto campo de la medicina en general, cuando la obligación del facultativo ha sido calificada como de medios supone que éste cumple con aquella procurando sanar a su paciente. Sin embargo, durante bastante tiempo en la jurisprudencia hubo una poderosa línea doctrinal que estimaba que en el caso de la medicina satisfactiva se trataba de una obligación de resultado puesto que la relación jurídica que unía al médico

STS 4 octubre 2006 (RJ 2006,6428), ponente Sr. Seijas Quintana, se estima la responsabilidad del cirujano en un implante capilar artificial que produce graves secuelas porque se había garantizado el resultado. No obstante, ya se señala que no cabría deducir que se garantiza el resultado por el hecho de encontrarnos ante un supuesto de cirugía estética.

32 Diez-Picazo L. y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho civil, Vol. II, (Tomo 2), Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual,* 11 ed., Tecnos Madrid, 2015, p. 321

33 De Verda y Beamonte, J.R.: "La responsabilidad derivada de la cirugía estética en la jurisprudencia actual (de obligación de resultado a obligación de medios). consideraciones críticas", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 36, 2015, p. 4. Para este autor ejemplos clásicos de la obligación de medios la podemos encontrar dentro del contrato de arrendamiento de servicios cuando el abogado sólo está obligado a asesorar y defender a su cliente en juicio, o la del mandatario que ha de cumplir con el encargo del mandante. Por el contrario, fuera del campo médico la obligación de resultado por excelencia es la del contratista que tiene lugar en el contrato arrendamiento de obra.

con el paciente era la de un contrato de obra[34]. Asimismo, hubo un *tertium genus* una tercera categoría intermedia para la que los contratos propios de la medicina satisfactiva eran contratos de arrendamiento, pero aproximados al de obra[35]. Finalmente, en algunos casos se ha reconocido que una misma intervención quirúrgica puede la doble condición de obligación de resultado y de medios. En este supuesto tendrían encaje la rinoplastia para reconstruir una nariz rota en un accidente, las operaciones estéticas a grandes quemados, etc., supuestos todos estos que sí que tendrían acceso a la sanidad pública[36].

No obstante, como ya hemos avanzado esta línea jurisprudencial ha sido superada por aquella que entiende que la obligación médica, incluida la cirugía estética es siempre de medios[37].

En la doctrina se estima que -con carácter general- por naturaleza no existen obligaciones de medios u obligaciones de resultado, sino que el objeto de la prestación está determinado por la voluntad de las partes, tanto si esta ha sido manifestada de forma expresa en el contrato o si esta ha sido incorporada tácitamente en su causa[38]. Por lo tanto, serán las partes las que mediante su voluntad podrán transformar una obligación de medios, como es hoy en día la del cirujano plástico, en una obligación de resultado. Este es el caso que tiene lugar cuando el cirujano estético garantiza a un cliente la consecución de un determinado resultado como por ejemplo en una rinoplastia lograr una nariz como la que tiene un conocido actor. Así ha sido admitido por el Tribunal Supremo al considerar que

34 SSTS 21 marzo 1950 (RJ 1950,394), 2 diciembre 1997 (RJ 1997, 8964), 28 junio 1999 (RJ 1999, 4894), 2 noviembre 1999 (RJ 1999,7998), 11 diciembre 2001 (RJ 2002, 2711), y 29 octubre 2004 (RJ 2004, 7218).

35 SSTS 25 abril 1994 (RJ 1994,3073), 11 febrero 1997 (RJ 1997, 940), 25 abril 1994 (RJ 1994, 3073), 28 junio 1997 (RJ 1997, 5151), 24 septiembre 1999 (RJ 1999,7272), 22 julio 2003 (RJ 2003, 5391), 21 octubre 2005 (RJ 2005, 8547), 12 marzo 2008 (RJ 2008,4045).

36 Este es el caso de la STS 22 junio 2004 (RJ 2004, 3958) ponente Sr. Marín Castán, en la que se considera que una operación de cirugía estética es a su vez es medicina necesaria porque se trata reducción de mama para remediar dolores de espalda e inicial osteoporosis. Se estima que "si a la finalidad curativa de la intervención se añade la satisfactiva, participando entonces la prestación médica de un doble carácter de obligación de medios y de resultado". Se condena al médico por las secuelas provocadas ya que era patente "un resultado verdaderamente catastrófico", así como por la falta de consentimiento informado. De esta misma naturaleza podría participar, aunque nada se diga en la STS 11 abril 2002 (RJ 2002,3288), ponente Sr.Marín Castán, en la que se practica una intervención quirúrgica corregir desvío de tabique nasal. En este caso la operación al participar de la doble condición de medicina curativa y satisfactiva sí que puede practicarse en un hospital del Insalud.

37 Esta línea jurisprudencial está conformada por las SSTS 21 octubre 2005 (RJ 2005,8547), 4 octubre 2006 (RJ 2006,6428), 23 mayo 2007 (RJ 2007,4667), 22 noviembre 2007 (RJ 2007, 8651), 12 marzo 2008 (RJ 2008,4045), 30 junio 2009 (RJ 2009, 6460), 20 noviembre 2009 (RJ 2010,138), 27 septiembre 2010, (RJ 2010, 5155), 28 junio 2013 (RJ 2013, 4986), 19 julio 2013 (RJ 2013, 5004), 7 mayo 2014 (RJ 2014, 2477), 3 febrero 2015 (RJ 2015, 641), 17 junio 2015 (RJ 2015, 2651), 13 abril 2016 (RJ 2016, 1495), 3 febrero 2015 (RJ 2015, 641), 15 febrero 2017 (RJ 2017, 583) y 30 noviembre 2021 (RJ 2021, 5665). De manera incorrecta el propio TS, como sucede con la STS 13 abril 2016 (RJ 2016,1495), cita como parte de esta línea jurisprudencial a las SSTS 25 abril 1994 (RJ 1994, 3073) y 11 febrero 1997 (RJ 1997,9409) ambas relativas a sendas operaciones de vasectomía y en ambas se estima que el contrato se aproxima al de obra. En el mismo error se incurre con la STS 7 abril 2004 (RJ 2004, 2608) que también se refiere a un supuesto de vasectomía. pero en la que a diferencia de las anteriores el Alto Tribunal guarda un absoluto silencio respecto a la naturaleza jurídica del contrato que une al cirujano con el paciente en ese tipo de intervenciones.

38 De Verda y Beamonte, J.R.: "La responsabilidad", cit., pp. 201 y 202.

la obligación de medios del cirujano plástico se transforma en una obligación de resultado cuando el paciente ha sido inducido a error por una agresiva campaña publicitaria[39].

4. La incidencia de la distinción en el juicio de cumplimiento.

La diferente calificación de una obligación como de medios o como de resultado provoca distintos efectos en el *juicio de cumplimiento:*

En las *obligaciones de medios* habrá incumplimiento cuando el médico -el deudor de la prestación- ejecute su prestación de manera negligente o culpable, lo que tiene lugar cuando no se ha ajustado al parámetro de la diligencia regular o media o a las reglas propias de su arte u oficio la denominada "lex artis ad hoc"[40]. Por el contrario, si el médico obró con la diligencia debida habrá cumplido la prestación objeto del contrato; aún a pesar de que no se haya alcanzado el propósito práctico para el que el acreedor celebró el contrato (conseguir un resultado satisfactorio en una operación de cirugía o el de curar una enfermedad). En las obligaciones de medios el resultado es aleatorio. En este tipo de obligaciones recae sobre el acreedor la carga de la prueba que el incumplimiento ha sido debido a la falta de diligencia del deudor, el cirujano estético. En el tema de la carga de la prueba es donde el paciente de cirugía plástica va a encontrarse ante un muro que es prácticamente imposible de franquear. La demostración de que el facultativo ha incumplido la *lex artis* se convierte en una *probatio diabólica* para el demandante puesto que se requieren conocimientos técnicos para poder determinar en que punto concreto de una operación se ha actuado negligentemente; además en ocasiones los médicos o incluso los centros hospitalarios no contribuyen a facilitar las pruebas que el demandado solicita. La facilidad probatoria está en manos de los sanitarios[41].

39 En la STS 4 de octubre de 2006 (RJ 2006,6428), ponente Sr. Seijas Quintana, se condena a los cirujanos y al centro sanitario por los graves daños, físicos y morales, causados en un trasplante capilar, por existir "un evidente desajuste entre la intervención llevada a cabo y lo que le fue ofertado al cliente mediante la publicidad del centro, sino que viene a garantizar el resultado comprometido, con lo que se evita cualquier valoración sobre los elementos que conforman la responsabilidad que pudiera derivarse de la intervención médica sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no obtenido (que de otra forma no cabría deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética –(STS 21 de octubre 2005 [RJ 2005, 8547]–), y no los medios que se ponen a disposición del paciente, sería suficiente para responsabilizar al facultativo, al margen de los elementos de la causalidad y culpabilidad". En este caso además se incumplió el deber de prestar el consentimiento informado al haber silenciado alguno de los riesgos excepcionales. En la STS 12 marzo 2008 (RJ 2008,4045) el cirujano se comprometió a obtener un resultado en una operación maxilofacial en la que había que practicar un injerto óseo que fracasó y no se pueden realizar los implantes dentarios que perdió en un accidente de tráfico. En la sentencia el contrato se califica como de obra puesto que el facultativo "le aseguró el éxito", ya que se comprometió a obtener un resultado satisfactorio al término de la intervención o lo que es igual, aseguró o garantizó el interés final perseguido por el paciente, incluso captando su voluntad para realizar el tratamiento.

40 De Verda y Beamonte, J.R.: "La responsabilidad", cit., pp. 8 y 9.

41 El propio TS ha reconocido en ocasiones la dificultad que tiene el paciente de poder demostrar los hechos constitutivos de su demanda. Es paradigmático el caso de la STS 12 diciembre 1998 (RJ 1998 9431), ponente

En las *obligaciones de resultado* habrá incumplimiento cuando no se alcance el resultado previsto por ambas partes al concluir el negocio. Puesto que, en este tipo de obligaciones, lo determinante es que se alcance el resultado pactado, siendo es indiferente que el deudor haya ejecutado el contrato con la máxima diligencia que le es exigible por la lex artis ad hoc. Las partes mediante acuerdo han integrado el resultado en la causa del contrato de modo que lo han convertido en el objeto de la prestación debida[42]. Así pues, en el ejemplo que hemos propuesto cuando en una operación de rinoplastia no se logre el resultado pactado, una nariz similar a la de una estrella de cine, habrá incumplimiento[43]. No obstante, en la vigente doctrina del Tribunal Supremo, esto sólo es posible en el caso en que las partes hubieran pactado, expresa o tácitamente la consecución de un determinado propósito. La ventaja para el paciente es que en este tipo de obligaciones, le corresponde al deudor, el médico, la carga de la prueba del incumplimiento. Tiene que probar que la no consecución del resultado, el embellecimiento que el/la clienta pensaba que iba a tener, ha sido debido a una causa que no le es imputable: culpa exclusiva de la víctima; fuerza mayor o caso fortuito, o que el daño ha sido causado por un tercero fuera de su esfera de actuación.

5. La incidencia de la distinción en el juicio de responsabilidad.

En las *obligaciones de medios,* al ser definidas como obligaciones de diligencia, la responsabilidad del deudor solo surgirá cuando se pruebe que el daño se ha producido como consecuencia de la infracción del deber de cuidado. Si no hay una infracción de la lex artis no habrá responsabilidad aun a pesar de que se hayan producido daños. En consecuencia, debe de existir un nexo de causalidad

Villagómez Rodil, que se refiere a una operación de extirpación de quiste maxilar la anestesia provoca la tetraplejia absoluta de la paciente. sometida a un estado de vida vegetativa de carácter permanente e irreversible. Se establece responsabilidad del anestesista por aplicación de la doctrina del daño desproporcionado y se le condena, junto con su aseguradora al pago de una indemnización de 5 millones de pesetas por lucro cesante y 76.15.722 por gastos asistenciales. En este caso se dice que: "Resulta sabido, por ser notorio del conocimiento popular, lo difícil que es en estos casos para los litigantes el precisar las actuaciones médicas y las sanitarias que, por negligentes o defectuosas, atentan y dañan la salud de las personas, así como aportar las pruebas corroboradoras necesarias, ante la pasividad unas veces y otras la falta de colaboración y hasta oposición sostenida y conciliada de médicos, sanitarios y centros asistenciales, y es la actividad probatoria llevada a cabo con las debidas garantías legales-procesales la que los determina". La STS 8 septiembre 1998 (RJ 1998, 7548) estima que la carga de la prueba debe de excepcionarse en dos casos: "es claro que esa doctrina sobre la carga de la prueba, se reitera, se excepciona en dos supuestos, amén de cuando el propio Tribunal de Instancia ya lo haya probado : 1.º)..., y 2.º) en aquellos casos en que por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción o falta de cooperación del médico, ha quedado constatada por el propio Tribunal, en los términos análogos a los de, entre varias, las Sentencias de 29 julio 1994 (RJ 1994,6937), 2 diciembre 1996 (RJ 1996,8938) y 21 julio 1997 (RJ 1997,5523)" (Sentencia de 19 febrero 1998 [RJ 1998,634])". En parecidos términos la STS 11 mayo 2002 ((RJ 2001,6197).

42 De Verda y Beamonte, J.R.: "La responsabilidad", cit., pp. 8 y 9.

43 En la STS 28 junio 1999 (RJ 1999, 4894), ponente Sr. O'Callaghan Muñoz, se establece que el tratamiento odontológico para saneamiento de obra con colocación de prótesis es un contrato de obra con obligación de resultado. El incumplimiento de la obligación de resultado "que había contraído el médico en el contrato de obra, cuyo incumplimiento imputable al mismo, produce la responsabilidad que consistirá, en el presente caso, en el cumplimiento por equivalencia, "id quod interest" que comprende la indemnización de los daños materiales".

entre la falta de diligencia y el resultado dañoso. Este es el motivo por el que en muchas ocasiones en las que se han provocado graves daños al paciente el médico o el centro hospitalario son absueltos, puesto que el actor no ha logrado probar la negligencia del médico. No hay que olvidar que la carga de la prueba de la negligencia en las obligaciones de medios le corresponde al actor.

La cuestión es harto diferente en las *obligaciones de resultado,* donde la doctrina no diferencia entre el *juicio del cumplimiento* y el *juicio de responsabilidad* [44]. En este tipo de obligaciones el incumplimiento es independiente del grado de diligencia desplegado por el deudor al ejecutar la prestación, puesto que lo determinante es que se alcance el resultado previsto. De modo que cuando no se consigue el citado resultado, por ejemplo, se han causado cicatrices antiestéticas en una mamoplastia, no se satisface el interés del acreedor, el paciente, de modo que se ha incumplido la obligación. En la obligación de resultado se presume la culpa de deudor, si bines esta presunción admite prueba en contrario, de modo que el médico quedará exonerado si prueba que los daños se produjeron por culpa exclusiva del paciente (cuando no sigue el tratamiento en la fase del postoperatorio), en el caso de concurra caso fortuito o fuerza mayor (terremoto que tiene lugar durante el mismo acto de la intervención quirúrgica) o cuando los daños se producen fuera de la esfera de actuación del cirujano (infecciones que se producen en el postoperatorio por negligencia del centro hospitalario). Este fue el caso de la STS 21 marzo 1950 (RJ 1950,394) en la que un caso de operación de cirugía estética establece que, si bien no se consiguió el embellecimiento perseguido, sin embargo, fue debido a una infección no atribuible a los médicos. Así pues, el contrato quedó incumplido por un suceso no imputable a los demandados. Es de destacar que en esta sentencia se estima que ese contrato médico de cirugía estética tiene más de "aspecto de contrato de obra que de arrendamiento de servicios"

En cualquier caso, la presunción de culpa se ajusta a la obligación de resultado, en aquellos casos en los que el deudor, voluntariamente, ha integrado su consecución en el objeto del contrato. En esos supuestos, hay que presuponer que si el médico se compromete a obtener un resultado es porque está convencido de que puede alcanzarlo. De ahí que en la doctrina se haya considerado lógico que le corresponda a él la prueba de que el daño no fue causado por su negligencia[45].

III. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

1. Equiparación de la operación de cirugía estética al contrato de obra.

En una etapa comprendida entre las SSTS 21 marzo 1950 (RJ 1950,394) y la 29 octubre 2004 (RJ 2004, 7218) se ha estimado que en aquellos casos en los

44 De Verda y Beamonte, J.R.: "La responsabilidad", cit., p. 9.

45 De Verda y Beamonte, J.R.: "La responsabilidad", cit., p. 4.

que la medicina tiene carácter voluntario, como sucede en los casos de la cirugía estética, odontológica, vasectomía, etc.., se considera que existe entre las partes un contrato de obra con obligación de resultado. A partir de la última sentencia citada esta línea jurisprudencial desaparece al imponerse la tesis unificadora que establece el mismo régimen jurídico de la medicina curativa a la medicina voluntaria. En adelante la única relación jurídica contractual que unirá a médicos y pacientes será la del contrato de arrendamiento de servicios y la obligación de medios.

En una primera etapa que se inicia con la citada STS 21 marzo 1950 (RJ 1950,394), ponente Sr. Charrín y Martín Veña, se estima que la obligación del cirujano estético es de resultado participando de los caracteres del arrendamiento de obra. En el texto de la sentencia no se facilita la información suficiente para saber que concreta intervención quirúrgica se le practicó a la paciente. Únicamente se establece que fue un auténtico fracaso, como se deduce de la referencia de que ha surgido "una fealdad mayor que la intentada corregir". El mérito de la resolución estriba en ser la primera sentencia en la que el Tribunal Supremo reconoce que la obligación del cirujano estético es una obligación de resultado derivada de un contrato de obra. No obstante, en esa resolución no se estima la responsabilidad de los médicos de la fallida operación porque la infección que determina del fracaso de la operación tiene lugar en la fase del postoperatorio, en la que aquellos profesionales ya no intervinieron. Así pues, no existe nexo causal directo entre el daño causado y la intervención quirúrgica. En esta sentencia se estable que "en primer lugar, los cirujanos demandados incumplieron el contrato que concertaron con la operada recurrente, y el segundo que aquéllos incidieron en culpa civil en los dos aspectos contractual y extracontractual, porque el convenio que celebraron era de una operación de cirugía estética con el propósito de rectificar defectos corporales de forma, con lo que tiene más aspecto de contrato de obra que de arrendamiento de servicios y no dio el fin de embellecimiento que se perseguía". Pero a continuación, se produce un giro argumental exculpatorio de los médicos al decir "[…] que la operación fue correctamente ejecutada, y si no produjo el resultado apetecido, fue por una infección que no puede atribuirse a descuido de los demandados, y de esto deduce acertadamente, ya como cuestión jurídica, que no había responsabilidad para los demandados por faltar base para apreciar culpa contractual ni extracontractual, y si en efecto el contrato quedó incumplido fue por un suceso no imputable a los demandados". La sentencia reconoce la existencia de fuerza mayor ex art. 1105 CC al decir que "si surge una fealdad mayor que la intentada corregir brota en el acto la responsabilidad ya que ésta no nace de la causa remota de la operación, sino de la próxima y eficiente que en este supuesto no es imputable a los médicos".

A partir de esta sentencia cabe deducir dos ideas: en primer lugar, la calificación de la obligación del cirujano plástico como una obligación de resultado; y, en segundo lugar, la neta distinción entre el *juicio de cumplimiento* y el *juicio de responsabilidad:* se reconoce el incumplimiento de la obligación, por no haberse alcanzado el resultado esperado, pero se deja perfectamente claro que el mero incumplimiento no genera responsabilidad, sino va acompañado de la culpa del deudor, lo que no sucedió en el caso concreto, ya que la falta de cumplimiento de la obligación fue debida a "una infección que no puede atribuirse a descuido de los demandados", suceso que, por lo tanto, no les era imputable[46]. Se trata de pues de daños que se han originado fuera de la esfera de actuación de los cirujanos.

La doctrina expuesta por la citada sentencia ha sido seguida por otras posteriores. En todas ellas se califica la obligación de los facultativos que intervienen en operaciones de medicina satisfactiva como de resultado inserta en un arrendamiento de obra. Como ya hemos adelantando dentro de este tipo de medicina no sólo se incluye a la cirugía estética, sino también a la odontología[47], los tratamientos de infertilidad como las vasectomías[48], ligaduras de trompas, y colocación de dispositivos intrauterinos[49], también se ha llegado a considerar como satisfactiva la oftalmología[50]. No obstante, en este último caso nos parece que esta especialidad por general más bien tiene la condición de curativa, como sucede con las operaciones de cataratas y, salvo supuestos como el de los implantes de lentillas para cambiar el color de los ojos, difícilmente puede considerarse como medicina voluntaria.

En el caso contemplado por la STS 2 diciembre 1997 (RJ 1997, 8964), ponente Sr. O'Callaghan Muñoz, se trata de una operación de cirugía satisfactiva como es la de alargamiento de piernas para tener una mayor altura, se producen graves secuelas que dificultan la capacidad ambulatoria de la paciente. En este caso, con cita de otras sentencias, se estima que "el tratamiento que sufrió la demandante no tenía una finalidad curativa, sino se comprende en la llamada medicina voluntaria, que se califica de contrato de obra y, en todo caso, la obligación del médico es de resultado, no de actividad". En la sentencia se resalta que no sólo no se consiguió el resultado sino que además se produjo un daño. Se señala que "no se ha probado que éste tuviera una causa ajena a la actuación médica; por el contrario, sí se ha probado que el nexo causal y la culpa se hallan en la misma. El resultado dañoso en

46 De Verda y Beamonte, J.R.: "La responsabilidad", cit., p. 9.

47 Se refieren a tratamientos dentales las SSTS 28 junio 1999 (RJ 1999, 4894), 11 diciembre 2001 (RJ 2002, 2711), 26 marzo 2004 (RJ 2004, 1668), 17 junio 2015 (RJ 2015, 2651) y 24 noviembre 2016 (RJ 2016,5649).

48 Tienen por objeto operaciones de vasectomía las SSTS STS 31 enero 1996 (RJ 1996, 546), 11 febrero 1997 (RJ 1997, 940), 23 de mayo de 2007 (RJ 2007, 4667) y 19 noviembre 2007 (RJ 2008, 17).

49 La STS 24 septiembre de 1999 (RJ 1999,7272) se refiere a la colocación de dispositivo intrauterino (DIU) defectuoso.

50 oftalmología (sentencia de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 7998)

estos supuestos de medicina voluntaria, con obligación de resultado, hace presumir la culpa en el profesional médico que fue causa (nexo causal) del mismo". Así pues, en este caso no sólo no se condena por no haber conseguido el resultado previsto sino por la concurrencia de culpa como consecuencia de la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado[51]. Se establece una indemnización de 10 millones de pts. En este caso no se demanda al cirujano sino únicamente al centro médico en el que se realizó la operación y al Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) por la vía de responsabilidad extracontractual ex arts. 1902 y 1903.4 CC.

En el caso de la STS 28 junio 1999 (RJ 1999, 4894), ponente Sr. O'Callaghan Muñoz, el paciente contrata un tratamiento dental en el que hay que efectuar una intervención general con anestesia general y colocación de prótesis. Si bien no se explicita en que consistieron los daños sí que se indica que fueron graves puesto que se ha necesitado un doloroso tratamiento de nueve años hasta que la boca ha sido rehabilitada. La relación jurídica que une al paciente con el odontólogo ha sido calificado como "contrato que tiene la naturaleza de contrato de obra. Se matiza que si bien la relación contractual entre médico y paciente deriva de contrato de prestación de servicios y el médico tiene la obligación de actividad (o de medios) de prestar sus servicios profesionales en orden a la salud del paciente, sin obligarse al resultado de curación, hay casos en que se trata de obligación de resultado en que el médico se obliga a producir un resultado: son los casos, entre otros, de cirugía estética, vasectomía y odontología". En la sentencia se aprecia el incumplimiento de la obligación de resultado "que había contraído el

51 A la doctrina del daño desproporcionado se refieren multitud de sentencias pero merece especial atención la definición que se recoge en la STS 23 mayo 2007 (RJ 2007,3273), ponente Sr. Montés Penadés, se trata de un caso en el que una intervención quirúrgica de corrección del tabique nasal bajo anestesia, produce la muerte por hipoxia del paciente. Se condena únicamente al hospital al pago de una indemnización de 10 millones de pts. Se dice que esa "adapta la tesis de la 'faute virtuelle' de la jurisprudencia francesa y la doctrina de la 'prueba aparente' de la jurisprudencia alemana, o la técnica anglosajona de la evidencia que crea o hace surgir una deducción de negligencia, pues se presenta un resultado dañoso, generado en la esfera de acción del demandado, no en la de la víctima, de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, y ello permite, paliando la exigencia de prueba de la culpa y de la relación de causalidad, no ya deducir una negligencia, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una exigencia de explicación que recae sobre el agente, pues ante el daño desproporcionado, que es un daño habitualmente no derivado de la actuación de que se trata ni comprensible en el riesgo generalmente estimado en el tipo de actos o de conductas en que el daño se ha producido, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación. No se ha producido por parte de la entidad demandada una explicación que excluya la imputación de los daños. La doctrina del daño desproporcionado ha sido contemplada en las SSTS 6 junio 2014 (RJ 2014,3395), 19 de julio de 2013 (RJ 2013, 5004), 27 de diciembre 2011 (RJ 2012, 166), 30 de junio 2009 (RJ 2009, 6460), 14 mayo 2008 (RJ 2008,3071), 23 de mayo 2007 (RJ 2007, 3273), 30 abril 2007, 16 abril 2007 (RJ 2007, 4332), 2 abril 2004 (RJ 2004, 2607) (no medicina),), 8 mayo 2003 (RJ 2003, 3890), 15 septiembre 2003 (RJ 2003,6418), 2 julio 2003 (RJ 2003, 5806), 31 enero 2003 (RJ 2003, 646), 30 enero 2003 (RJ 2003, 931), 23 diciembre 2002 (RJ 2003,914), 18 diciembre 2002 (RJ 2003, 47), 29 noviembre 2002 (RJ 2002, 10404), 31 julio 2002 (RJ 2002,7741), 17 mayo 2002 (RJ 2002, 6748), 11 diciembre2001(RJ 2002, 2711), 14 mayo 2001 (RJ 2001,6204), STS 21 diciembre 1999 (RJ 19998 9474), 9 diciembre 1999 (RJ 1999, 8173), 29 junio 1999 (RJ 1999,4895), 12 diciembre 1998 (RJ 1998, 9431), 9 diciembre 1998 (RJ 1998, 9427), 8 septiembre 1998 (RJ 1998,7548), 22 mayo 1998 (RJ 1998,3991),19 febrero 1998 (RJ 1998, 634), 13 diciembre 1997 (RJ 1997, 8816), 21 julio 1997 (RJ 1997, 5523), 18 febrero 1997 (RJ 1997,1240), 2 diciembre 1996 (RJ 1996, 8938), 6 julio 1995 (RJ 1995, 6604), 29 julio 1994 (RJ 1994, 6937),15 febrero 1993 (RJ 1993, 771), 23 febrero 1993, 12 febrero 1990 (RJ 1990, 677), daño desproporcionado implícito STS 12 julio 1988 (RJ 1998, 5991), daño desproporcionado implícito STS 16 diciembre 1987 (RJ 1997, 9511).

médico en el contrato de obra, cuyo incumplimiento imputable al mismo, produce la responsabilidad que consistirá, en el presente caso, en el cumplimiento por equivalencia, "id quod interest" que comprende la indemnización de los daños materiales". En esta sentencia la condena se basa únicamente en el incumplimiento de la obligación de resultado.

En el caso contemplado por la STS 2 noviembre 1999 (RJ 1999,7998), ponente Sr. Villagómez Rodil, tiene lugar la operación de cataratas y la pérdida de visión de ojo derecho por desprendimiento de retina. Se establece la responsabilidad médico oftalmólogo y contractual de la compañía aseguradora de la asistencia sanitaria del paciente. En cuanto al primero porque la operación no era adecuada y estaba contraindicada a la situación del paciente, dados los antecedentes del mismo, ya que conocía suficientemente su historial oftalmológico y, a su vez, no actuó con la diligencia requerida en el postoperatorio, al producirse desprendimiento de retina con la desgraciada consecuencia de ocasionarle pérdida de la visión del ojo derecho. Es de destacar que la sentencia incide en como la aseguradora intervino autorizando y recomendando la realización de la intervención quirúrgica por oftalmólogo perteneciente a su cuadro médico omitiendo la intervención de un superespecialista en retina. En esta sentencia se pone de manifiesto en como como la publicidad influye en la medicina voluntaria a la hora de elegir una compañía de asistencia médica[52]. Así pues, queda implícita en la misma la condición de cliente del paciente.

En el caso de la STS 11 diciembre 2001 (RJ 2002, 2711), ponente Sr. O'Callaghan Muñoz, se trata de una operación estética maxilofacial en la que no se consigue el resultado esperado tras dos operaciones fallidas. Incluso tras la segunda intervención, en la que se pretendía corregir los defectos de la primera, al infectarse los injertos, dio lugar a que el maxilar volviese a la posición que ocupaba tras la primera intervención. Finalmente, la paciente tiene que operarse tres veces en Estados Unidos quedándole igualmente secuelas. El Tribunal Supremo corrige al tribunal de instancia que había calificado la relación contractual como de arrendamiento de servicios que se aproxima al de obra al decir que "es correcta tal calificación pero se puede dar un paso más, ya iniciado jurisprudencialmente: en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa como en el presente caso, la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte –el paciente– se obliga a pagar unos honorarios a la otra –médico– por la realización

52 En las SSTS 4 noviembre 2010 (RJ 2010,7988) y 2 noviembre 1999 (RJ 1999, 7998) se utiliza esta sentencia como ejemplo de la "responsabilidad sanitaria con base en la llamada doctrina o principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores (STS 2 de noviembre 1999 (RJ 1999, 7998)". Se justifica lo anterior en que la sentencia a la que se refieren reconoce que "el seguro se contrató en atención a la 'garantía de la calidad de los servicios que representa el prestigio de la compañía', con lo que sus obligaciones abarcan más allá de la simple gestión asistencial", y también en la STS de 4 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6066), en la que se toma en consideración que se garantizaba expresamente una correcta atención al enfermo)".

de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso". Así mismo, resulta de interés el tratamiento que se realiza respecto de la carga de la prueba cuando dice que " en la obligación de resultado, la responsabilidad se produce cuando no se obtiene éste correctamente y es la parte obligada la que sufre la carga de probar que la inadecuada obtención del resultado no se debe a su actuación: lo cual no ha ocurrido en el presente caso, en que la relación de hechos que han quedado acreditados demuestra que el mal resultado ha sido por causa de la actividad médica". En consecuencia, a todo lo anterior se estima la responsabilidad del cirujano que es condenado a pagar una indemnización de 11.572.159 pts.

La última sentencia de esta línea jurisprudencial es la STS 29 octubre 2004 (RJ 2004, 7218), ponente Sr. O'Callaghan Muñoz, dictada en otro caso de vasectomía y concepción de un hijo por la esposa del demandante. De la operación de vasectomía se dice es un contrato de arrendamiento de obra. Estima que dentro del campo de la cirugía se puede distinguir jurídicamente entre "cirugía asistencial" que identificaría la prestación del profesional con la "locatio operarum" y una "cirugía satisfactiva" (operaciones de cirugía estética u operaciones de vasectomía, como la presente) que identifican aquélla con la "locatio operis", esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso. No obstante, en el caso enjuiciado no se estima la responsabilidad médica porque "la acción de indemnización por razón del fracaso del resultado de la intervención de vasectomía, tan sólo puede prosperar si se ha acreditado que el paciente es el padre del fruto del embarazo".

A partir de la anterior sentencia, ya no se volverá a dictar ningún otra en la que directamente se reconozca que las operaciones de cirugía voluntaria estén incardinadas en el contrato de arrendamiento de obra. Únicamente, en dos sentencias, y como obiter dicta se establece -aunque no se aplica que "la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato –tratándose de un contrato de prestación de servicios; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía". Este es el caso de las SSTS 23 marzo de 2006 (RJ 2006, 1823), 26 julio 2006 (RJ 2006, 6127) y 4 octubre 2007 (RJ 2007, 5352).

2. La cirugía estética es un contrato de arrendamientos de servicios aproximado al contrato de obra.

En otras sentencias, a pesar de que ya no se encuadra la cirugía voluntaria en el arrendamiento de obra, se entiende que la obligación del cirujano desbordaba el estricto marco de la obligación de medios y que se aproxima a la de resultados,

intensificando además, en este caso, los deberes de información al paciente. En estas sentencias no es suficiente con no alcanzar el resultado previsto puesto que en ellos se mantienen separados el *juicio de cumplimiento* y el de *responsabilidad*, fundando la condena en unos la mala praxis del cirujano o en la inexistencia del preceptivo consentimiento informado[53].

La primera sentencia es la STS 25 abril 1994 (RJ 1994,3073) ponente Sr. Albacar López, vasectomía fallida que lleva aparejado el nacimiento de un nuevo hijo para el actor. Se estima la negligencia del médico por cuanto que no informo de la posibilidad de recanalización espontánea del conducto seminal tras la operación. Reconoce que en los casos "en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, porque el interesado no pretende del médico, la curación de una dolencia patológica, sino el mejoramiento de un aspecto físico o estético o mejorar la actividad sexual, como sucede con la vasectomía. En estos casos el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, que se aproxima de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada". Más adelante, añade: "De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente -que no paciente-, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención".

En parecidos términos se pronuncia la STS 11 febrero 1997 (RJ 1997, 940), ponente Sr. Almagro Nosete, en otro supuesto de vasectomía. En este caso la sentencia desestima la reclamación puesto que los análisis indican una azooespermia. Es decir que el demandante carece de capacidad de procrear, de modo que supone que la operación tuvo éxito. Como quiera que como no se ha aportado prueba de paternidad el Alto Tribunal insinúa muy sutilmente que puede que no sea el padre del hijo de su esposa. Aunque no se puede aplicar al caso reitera la doctrina expuesta en la citada STS 25 abril 1994 (RJ 1994,3073) relativa a que la medicina voluntaria sin perder su carácter de arrendamiento de servicios se aproxima de manera notoria al arrendamiento de obra.

53 De Verda y Beamonte, J.R.: "La responsabilidad", cit., p. 23.

La STS 28 junio 1997 (RJ 1997,5151), ponente Sr. Morales Morales, tiene por objeto una operación de cirugía estética de estiramiento de la piel de la cara (lifting). Tras la operación fallece el paciente por complicaciones postoperatorias. La causa de la muerte se produce por anoxia cerebral, que consistió en la obstrucción de las vías respiratorias altas (boca, faringe y laringe). Se establece la responsabilidad del cirujano por no comunicación al intensivista de la clase de operación, antecedentes del paciente y posibles complicaciones posoperatorias previsibles. Se estima que no procede conforme a las pautas profesionales ("lex artis ad hoc") que le eran exigibles. Lo paradójico de esta sentencia es que se alega como defensa que el facultativo cumplió con las obligaciones de resultado propias de las operaciones de cirugía estética puesto que la intervención fue satisfactoria. El Tribunal Supremo después de confirmar que efectivamente en la medicina voluntaria el contrato se aproxima de manera notoria al arrendamiento de obra, sin embargo "es evidente que dicho resultado de mejoramiento estético, en que el " lifting " consiste, no se ha obtenido en el presente supuesto litigioso, pues el paciente falleció cuando estaba casi recién salido del quirófano, después de habérsele practicado la intervención de cirugía estética, sin que, obviamente, quepa la posibilidad, como parece sostener el recurrente, de predicar tal mejoramiento estético respecto de quien fallece en las expresadas circunstancias". En esta resolución se cita la de 25 abril 1994 (RJ 1994,3073).

En el caso analizado por la STS 24 septiembre 1999 (RJ 1999,7272), ponente Sr. Villagómez Rodil, se refiere a la responsabilidad procedente de la implantación de un producto (dispositivo anticonceptivo intrauterino, modelo DIU) que no reunía las debidas y exigidas garantías de niveles determinantes de su eficacia y seguridad para evitar su finalidad contraceptiva. La paciente quedó embaraza aun a pesar de la implantación del citado dispositivo y decide demandar a la Diputación de Valencia que suministró el DIU a centros de planificación, así como a la empresa fabricante del dispositivo. Se estima que se trata de "Se trata de un acto de medicina voluntaria , es decir que la actora no acudió al Centro para la curación de una dolencia patológica o psíquica, sino para utilizar el medio anticonceptivo que ofrecía, a fin de planificar su situación familiar y no por ello excluye el actuar culposo, si bien la relación creada se aproxima a un contrato de arrendamiento de obra al perseguirse un resultado concreto, perfectamente decidido, pero, en todo caso, ha de atenderse a la obligación de medios y , con ello, que éstos deben ser los adecuados e idóneos para conseguir el fin pretendido, que se frustró al haber concurrido las circunstancias impeditivas que se dejan dichas, en las que tuvo intervención coadyuvante directa la Diputación juntamente con la empresa fabricante y suministradora del anticonceptivo. Estima la concurrencia de la responsabilidad del fabricante y del organismo que omitió las oportunas comprobaciones. Se aplica, además de los arts. 1902 y 1093.4 CC tanto la normativa de productos defectuosos para condenar al fabricante, así como la

LGDCU para condenar a la Diputación. Se les condena solidariamente al pago de una indemnización de dos millones de pesetas.

En parecidos términos a las anteriores se manifiesta la STS 22 julio 2003 (RJ 2003, 5391), ponente Sr. Villagómez Rodil, que tiene por objeto una intervención quirúrgica de mamoplastia que provoca a la paciente cicatrices antiestéticas. Se establece la responsabilidad del médico al considerarse que la medicina satisfactiva supone una aproximación a la naturaleza del contrato de obra y porque, además la inexistencia de consentimiento informado supone una infracción de la "lex artis ad hoc".

En la STS 21 octubre 2005 (RJ 2005, 8547), ponente Sr. Corbal Fernández, la paciente se somete a un tratamiento dermoabrasador por láser para hacer desaparecer unas pequeñas cicatrices. Sin embargo, se produce como secuela la aparición de una inestética cicatriz queloide debido a predisposición genética de la paciente. Tiene lugar la condena del médico por inexistencia consentimiento informado. Lo sorprendente de esta sentencia es que se dice que en la medicina voluntaria o satisfactiva se entiende que existe una aproximación al régimen jurídico del arrendamiento de obra. Pero por otro lado se dice que hay que descartar que haya existido un aseguramiento del resultado a la paciente ni tampoco "cabe deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética". Esta sentencia, realmente supone el punto y final de la línea jurisprudencial de la "aproximación al contrato de obra". En adelante, se impondrá la tesis -que ya se insinúa en esta misma sentencia- de que la medicina voluntaria también participa de los caracteres del contrato de arrendamiento de servicios y por lo tanto se trata de una obligación de medios y no de resultado.

Sin embargo, todavía se vuelve a utilizar la tesis de la aproximación al contrato de obra en la STS 12 marzo 2008 (RJ 2008,4045), ponente Sr. Seijas Quintana. Esta sentencia dictada en plena época del rechazo absoluto por parte del Tribunal Supremo a considerar a la medicina voluntaria como un contrato aproximado al de obra y mucho menos como un contrato de obra, sin embargo, se tiene que volver a utilizar esta tesis. Esto es así porque en una operación maxilofacial en la que había que practicar un injerto óseo que fracasó y no se pudieron realizar los implantes dentarios que perdió el paciente en un accidente de tráfico. En la sentencia el contrato se califica como de obra puesto que el facultativo "le aseguró el éxito", ya que se comprometió a obtener un resultado satisfactorio al término de la intervención o lo que es igual, aseguró o garantizó el interés final perseguido por el paciente, incluso captando su voluntad para realizar el tratamiento. En la demanda, como dato curiose, también se reclama al cirujano una prótesis del paciente que fue extraviada por el primero.

3. La obligación del cirujano plástico como una obligación de medios.

Desde la aproximadamente la mitad de la primera década de este siglo se ha impuesto la tesis que considera que "los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida". Este argumento ha sido reiterado en numerosas ocasiones desde la STS 23 mayo 2007 (RJ 2007,4667) hasta la 30 noviembre 2021 (RJ 2021, 5665). Al analizar estas sentencias, ya a simple vista destaca el hecho que el nuevo giro jurisprudencial supone un aumento de la dificultad del paciente para poder probar la culpa del médico[54]. También llama la atención del estudioso que en todas esas sentencias que se vean retroalimentando de las anteriores se incluyan dentro de la línea jurisprudencial que cita a sentencias que de ningún modo forman parte de ella sino de línea contraria[55]. Esta línea jurisprudencial parece ser que no ha sido del agrado de muchas Audiencias, que encuentran con un mayor grado de dificultad para que el facultativo que ha causado daños al paciente pueda ser condenado, de ahí que el Tribunal Supremo, es un gesto inusual, les reprenda por su preferencia por la línea que estima que el contrato que liga al cirujano estético con el paciente

54 De entre las doce sentencias que reiteran el argumento de que "los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido" nueve estiman que no concurre responsabilidad del facultativo. Así sucede con las SSTS STS 23 de mayo 2007 (RJ 2007, 4667), ponente Sr. Xiol Ríos, vasectomía y embarazo posterior de la esposa. No hay responsabilidad médica; 22 noviembre 2007 (RJ 2007, 8651), ponente Sr. Xiol Rios, tras una cirugía estética de mamoplastia para aumentar el pecho se necesita una segunda operación para corregir las asimetrías causadas. No concurre responsabilidad; STS 30 junio 2009 (RJ 2009,6460), ponente Sr. Seijas Quintana, en una mamoplastia con implantación de prótesis que por anestesia epidural que provoca paraplesia (parálisis parcial) de los miembros inferiores ("síndrome cola de caballo"). No se aprecia responsabilidad. STS 20 noviembre 2009 (RJ 2010, 138), ponente Sr. Seijas Quintana, en un tratamiento de fertilidad mediante inseminación artificial se produce infarto isquémico (ictus cerebral). No existe responsabilidad médica. STS 28 junio 2013 (RJ 2013, 4986), ponente Sr. Seijas Quintana, intervención quirúrgica de reducción de mamas (mamoplastia) y abdomen (abdominoplastia) de paciente con obesidad mórbida. No se aprecia responsabilidad médica. STS 7 mayo 2014 (RJ 2014, 2477), ponente Sr. Seijas Quintana, operación de cirugía estética consistente en la práctica de una microliposucción de muslos y caderas. STS 17 junio 2015 (RJ 2015, 2651), ponente Sr. Seijas Quintana, a la paciente se le efectúan implantes dentales de titanio. La paciente (persona con tratamiento psiquiátrico) alega la existencia de dolores insufribles. STS 13 abril 2016 (RJ 2016,1495), ponente Sr. Seijas Quintana, en una operación de cirugía estética, mamoplastia, se producen graves daños estéticos (doble burbuja) empeoramiento estético muy visible y notorio. STS 30 noviembre 2021 (RJ 2021, 5665), ponente Sr. Seoane Spiegelberg, mamoplastia que tras dos intervenciones produce como secuelas asimetría mamaria y cicatrización inestética de ambas mamas. No se estima la existencia de responsabilidad.

55 Ese error ya ha sido subsanado en la STS 30 noviembre 2021 (RJ 2021, 5665), pero en la STS 3 febrero 2015 (RJ 2015, 641) y en todas las que le preceden se dice que "los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido […] así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS 25 abril 1994 (RJ 1994, 3073), 11 febrero 1997, 7 abril 2004 , 21 octubre 2005 , 4 octubre 2006 , 23 mayo 2007 (RJ 2007, 4667) y 19 julio 2013 (RJ 2013, 5003)". La STS 25 abril 1994 (RJ 1994, 3073) ponente Sr. Albacar López se refiere a un supuesto de vasectomía fallida y estima que la medicina satisfactiva se aproxima al contrato de obra ; lo mismo cabe decir de la STS 11 de febrero de 1997 (RJ 1997,940) ponente Sr. Almagro Nosete y finalmente, la STS 7 de abril de 2004 (RJ 2004, 2608), ponente Sr. Sierra Gil de la Cuesta, operación de vasectomía que fracasa al producirse una recanalización de los conductos seminales. Se establece la responsabilidad por no haberse informado al paciente del posible riesgo de no quedar esterilizado. Pero en ningún momento se pronuncia sobre si la obligación del cirujano es de medios o de resultado.

es un contrato de obra o un contrato de arrendamiento de servicios aproximado al de obra[56].

Así pues, en adelante obligación del cirujano, en cualquier modalidad de cirugía incluso la estética, es siempre una obligación de medios. Excepcionalmente, se tratará de una obligación de resultado cuando el médico se haya comprometido a alcanzar el mismo. En consecuencia, la regla general consistirá en que la responsabilidad del médico sólo surge en el caso de que el paciente pruebe la culpa de aquél.

De modo excepcional, se admite la inversión de la carga de la prueba en el caso de concurrir daño desproporcionado o del incumplimiento de los deberes de información[57]. Sólo en la existencia de estas dos excepciones que permiten presumir la culpa del cirujano estético se coincide con la doctrina anterior de la responsabilidad de resultado[58].

La primera nueva línea jurisprudencial ya fraguándose en la STS 21 octubre 2005 (RJ 2005, 8547), ponente Sr. Corbal Fernández, en la que una paciente que se ha sometido a tratamiento dermoabrasador por láser para desaparecer unas pequeñas cicatrices se le provoca la aparición de una cicatriz queloide debido a predisposición genética de la paciente. Si bien se condena al médico por la inexistencia consentimiento ya se advierte que el supuesto "hay que descartar, en primer lugar, que haya existido un "aseguramiento del resultado" por el médico a la paciente, el cual no resulta de la narración fáctica de la resolución recurrida, ni cabe deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética –dado que la actora se prestó a la intervención facultativa para mejorar su aspecto estético–, y por consiguiente incardinable en lo que se denomina medicina voluntaria o satisfactiva, respecto de la que se entiende que hay una aproximación al régimen jurídico del arrendamiento de obra o que se trata de una figura intermedia entre éste y el arrendamiento de servicios". En la STS 4 de octubre de 2006 (RJ 2006,6428), ponente Seijas Quintanta, se trata de un caso de implante capilar artificial que produce graves secuelas: lesiones crónicas y zonas de piel adelgazada e hiperrecativa de naturaleza crónica que precisa protección continua. En esta sentencia como quiera que el centro estético con su campaña de publicidad había garantizado el resultado, tiene que reconocer que el componente aleatorio de la intervención médica tiene que "aproximarla al régimen jurídico

56 Así pues, en la STS 3 febrero 2015 (RJ 2015, 641), ponente Sr. Seijas Quintana, se dice que "la sentencia de la Audiencia desconoce la doctrina reiterada de esta Sala, como si no existiera, respecto de la obligación de medios y de resultados". Asimismo, sucede con la STS 30 noviembre 2021 (RJ 2021, 5665),ponente Sr. Seoane Spiegelberg, que manifiesta que "Esta sala se ha cansado de repetir que la distinción entre obligación de medios y resultados no es posible mantenerla en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice"

57 De Verda y Beamonte, J.R.: "La responsabilidad", cit., pp. 23 y 24.

58 De Verda y Beamonte, J.R.: "La responsabilidad", cit., p. 23.

del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no obtenido", no obstante a renglón se matiza "que de otra forma no cabría deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética (STS 21 octubre 2005 [RJ 2005, 8547]). Como los pronunciamientos de estas dos sentencias respecto a la naturaleza de la relación jurídica que une al médico y al paciente de cirugía estética no constituyen su ratio decidendi no podemos considerarlas como línea jurisprudencial. No obstante, en ellas ya se ha preparado el terreno en el que se surgirá y consolidará con fuerza la nueva doctrina.

La primera sentencia de la nueva línea jurisprudencial la constituye la STS 29 junio 2007 (RJ 2007, 3871) ponente Sr. Seijas Quintana, se refiere a una ligadura fallida de trompas que no impide un embarazo ectópico. Se determina la inexistencia de responsabilidad porque no está acreditada la relación causal entre la culpa de los demandados y el daño causado. En esta sentencia se elabora la justificación para la nueva doctrina que será reiterada en futuro en numerosas ocasiones como ya hemos mencionado "los actos de medicina voluntaria o satisfactiva (categoría ya apuntada en las SSTS 25 abril 1994 [RJ 1994, 3073] y 11 febrero 1997 [RJ 1997, 940] en relación con las operaciones de vasectomía, como recuerda la STS 7 abril 2004 [RJ 2004, 2608]) no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida.

Esta tendencia se consolida con la STS 29 junio 2007 (RJ 2007, 3871), ponente Sr. Seijas Quintana, ligadura fallida de trompas que no impide un embarazo ectópico. Se estima que no concurre responsabilidad porque no está acreditada la relación causal entre la culpa de los demandados y el daño causado. Se confirmó la sentencia recurrida, la cual había absuelto al cirujano plástico, por considerar que no habían quedado probadas las secuelas invocadas por la demandante y entender que el demandado había obrado con la diligencia propia de su profesión. Consolidada la línea jurisprudencial, en adelante el Supremo se aparta de la doctrina seguida hasta ese momento, al aseverar que los actos de medicina voluntaria "no comportan por sí la garantía del resultado perseguido", salvo que se haya asegurado el resultado. Añadiendo que no puede deducirse del simple hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética"[59]. Este argumento se usará en todas las sentencias que citaremos a continuación de modo que por cuestiones de economía procesal no volveremos a señalar en cada una de las siguientes resoluciones.

59 De Verda y Beamonte, J.R.: "La responsabilidad", cit., p. 4.

En la STS 22 noviembre 2007 (RJ 2007, 8651), ponente Sr. Xiol Rios, no se reconoce la responsabilidad médica. Se trata de un caso de cirugía estética de mamoplastia para aumentar el pecho se necesita una segunda operación para corregir las asimetrías causadas. Tras la segunda fue obtenida una mejoría notable, aunque persistía una ligera asimetría hecho frecuente en los senos de la mujer así como cicatrices pequeñas en regiones axilares. La actora solicita una indemnización de 25 millones de pesetas por las secuelas que le ha causado la operación que tendría que haber logrado un resultado que ha sido incumplido. El Supremo aplica la nueva doctrina que excluye cualquier resultado salvo la existencia de pacto. Asimismo, se hace constar que no se ha probado la existencia de las secuelas alegadas salvo pequeñas cicatrices.

En la STS 12 febrero 2008 (RJ 2008, 2925), ponente Sr. Seijas Quintana, una vez finalizada una operación de cirugía estética de nariz (rinoplastia) el paciente entubado bajo los efectos de la anestesia sufre un vómito, aspirando el mismo provocando un broncoespasmo. Sufriendo una privación de oxígeno durante más de cuatro minutos que provocó un estado de coma irreversible. El paciente queda sumido en estado de vida vegetativa. Se estima que no concurre negligencia en la actuación del anestesista partiendo de que la obligación del médico es de actividad y no se resultado. Se señala que la conducta del demando se ajustó a la *lex artis ad hoc*.

En el caso de la STS 12 marzo 2008 (RJ 2008,4045), ponente Sr. Seijas Quintana, el cirujano se comprometió a obtener un resultado en una operación maxilofacial en la que había que practicar un injerto óseo que fracasó y no se pueden realizar los implantes dentarios que perdió en un accidente de tráfico. En la sentencia el contrato se califica como de obra puesto que el facultativo "le aseguró el éxito", ya que se comprometió a obtener un resultado satisfactorio al término de la intervención o lo que es igual, aseguró o garantizó el interés final perseguido por el paciente, incluso captando su voluntad para realizar el tratamiento. Como dato curioso, señalar que en la demanda también se reclama una prótesis del paciente que fue extraviada por el dentista, cirujano oral y maxilo-facial.

Una de las pocas ocasiones en las que se estima la responsabilidad del médico es en la STS 12 febrero 2009 (RJ 2008, 1485), ponente Sr. Seijas Quintana, en una operación fallida de cirugía estética de rinoplastia que requiere de doce intervenciones durante diez años. Graves secuelas estéticas y funcionales, como cicatrices y desviación de la pirámide nasal hacia la derecha, acortamiento nasal entre otras. Asimismo, secuelas psíquicas y daños morales. Lamentablemente en la sentencia no aportan datos suficientes para saber en base a que argumentos cuales se estima la existencia de la responsabilidad médica.

En la STS 30 junio 2009 (RJ 2009,6460) bis, ponente Sr. Seijas Quintana, nuevamente se absuelva al facultativo en un caso de mamoplastia con implantación de prótesis que por anestesia epidural provoca paraplesia (parálisis parcial) de los miembros inferiores ("síndrome cola de caballo"). No se estima existencia de responsabilidad médica porque en la medicina satisfactiva la responsabilidad del profesional es de medios y no de resultados. No existe violación de la "lex artis ad hoc" en la aplicación de la anestesia. En este caso no se aplica la responsabilidad objetiva ex art. 28 LGDCU porque no se aplica a los actos médicos sino únicamente a los aspectos funcionales del servicio médico.

En la STS 20 enero 2011 (RJ 2011,299), ponente Sr. Seijas Quintana, en una operación de elevación mamaria (mastopexia) la paciente sufre parada cardiorrespiratoria que le provocan lesiones irreversibles y hasta el momento de dictarse la sentencia del TS se encuentra en coma irreversible. La demanda se basaba en la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado y de la infracción del consentimiento informado. La sentencia de apelación mantiene que la teoría del daño desproporcionado no es aplicable a los anestesistas por en la medida en que se trata de una intervención que comporta siempre riesgos importantes por lo que pueden producirse incidencias de gravedad (SSTS 29 julio 1998(RJ 1998, 6453) , 12 diciembre 1998 , 4 febrero 2002 (RJ 2002, 1593)). En FD 2º viene a confirmar la inaplicación de la doctrina de los daños desproporcionados a los anestesistas.

En la STS 28 junio 2013 (RJ 2013, 4986), ponente Sr. Seijas Quintana, intervención quirúrgica de reducción de mamas (mamoplastia) y abdomen (abdominoplastia) de paciente con obesidad mórbida. Se señala en la resolución que ya no se puede aplicar la tesis de obligaciones de resultados puesto que la cirugía estética es obligación de medios. En este caso es de destacar la finalidad no sólo satisfactiva sino también reparatoria de la intervención. Tampoco se puede aplicar la responsabilidad objetiva ex art. 28 LCU porque no se aplica a médicos sino es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha.

Otra de las escasa resoluciones en las que se estima que concurre responsabilidad del médico es en la STS 19 julio 2013 (RJ 2013,5004), ponente Sr. Seijas Quintana, en una operación de reconstrucción mamaria tras operación de tumor. Se estima la existencia de responsabilidad médica, no porque no se haya alcanzado el resultado, porque la nueva corriente jurisprudencial estima que cirugía satisfactiva también es obligación de medios sino porque concurre una violación de la lex artis por una mala praxis. Se aplica la doctrina del daño desproporcionado por la "disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida".

En la STS 7 mayo 2014 (RJ 2014, 2477), ponente Sr. Seijas Quintana, operación de cirugía estética consistente en la práctica de una microliposucción de muslos y caderas. No obteniendo resultado satisfactorio la paciente presenta demanda contra el cirujano y la clínica. El Tribunal Supremo estima la absolución de los demandados habida cuenta que los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan el aseguramiento del resultado.

En la STS 29 mayo 2014 (RJ 2014, 2835), ponente Sr. Seijas Quintana, tras una operación de cirugía estética, abdomiplastia, se produce una lesión cerebral irreversible de encefalopatía hipoxica-isquemica. Se estima que hubo infracción de la lex artis por el anestesista por la incorrecta colocación del tubo de respiración endotraqueal. La sentencia de apelación condena aplicando la doctrina del daño desproporcionado, sin embargo, el TS estima que la condena no es tanto por la doctrina del daño desproporcionado porque hay una causa que lo justifica sino por el incumplimiento de las obligaciones propias de la responsabilidad de la demandada.

La STS 17 junio 2015 (RJ 2015, 2651), ponente Sr. Seijas Quintana, contempla un caso en el que a la paciente se le efectúan implantes dentales de titanio. La paciente (persona con tratamiento psiquiátrico) alega la existencia de dolores insufribles. No se estima la demanda porque no se prueba la relación entre los implantes y los dolores. Si bien existen lesiones del nervio trimigenio y nervio lingual no se ha probado que sean consecuencia de los implantes. No existe nexo causal entre dolores e indemnización solicitada. La paciente era una persona con tratamiento siquiátrico. No se ha acreditado la existencia de mala praxis por infracción de la lex artis. Tampoco concurre daño desproporcionado porque este requiere de relación causal acreditada. No existe documento de consentimiento informado pero este se había prestado. Aunque se trate de medicina satisfactiva no se le puede aplicar responsabilidad objetiva porque se trata de responsabilidad de medios.

En la STS 13 abril 2016 (RJ 2016,1495), ponente Sr. Seijas Quintana, en una operación de cirugía estética, mamoplastia, se producen graves daños estéticos (doble burbuja) empeoramiento estético muy visible y notorio. Hay segunda intervención que no subsana los defectos estéticos. La Audiencia acoge parcialmente la demanda aplicando la doctrina de la obligación de resultado para la medicina satisfactiva. El TS aplica la tesis de que este tipo de cirugía constituye una obligación de medios y que al haber sido informada de los riesgos de la operación no hay responsabilidad. Puesto que además no se ha probado la infracción de la *lex artis*.

En la STS 24 noviembre 2016 (RJ 2016,5649), ponente Seijas Quintana, en un caso de implantes dentarios en paciente que 11 años antes había sufrido un

cáncer con radioterapia en cuello y mandíbula. Al paciente le quedan secuelas consistentes en osteonecrosis mandibular quedando con cicatrices procedentes de los injertos, e imposibilitado para hablar, abrir la boca y comer con normalidad. Se estima inexistencia de responsabilidad médica y hospitalaria porque se había asumido el riesgo en el consentimiento informado que no se le garantizaba un resultado determinado.

En esta época se dictan varias sentencias sobre prótesis mamarias defectuosas en las que en la mayoría de los casos se desestima la demanda contra los médicos o incluso los centros médicos por tratarse de un tema de responsabilidad del fabricante. Este es el caso de la STS (Pleno) 9 diciembre 2010 (RJ 2011,1408), ponente Sr. Xiol Ríos, varias pacientees presentan una demanda conjunta contra dos fabricantes de prótesis mamarias por efectos físicos, sicológicos y morales que padecieron o siguen padeciendo a causa haberse sometido a sendas operaciones de implantes de prótesis mamarias que posteriormente les fueron extraídas siguiendo una recomendación del Ministerio de Sanidad y Consumo. Se estima que dichas prótesis eran productos defectuosos a los que les era de aplicación la 22/94 de 6 de julio de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. En el caso de la STS 15 febrero 2017 (RJ 2017,583), ponente Sr. Seijas Quintana, una clínica estética habían implanta prótesis defectuosas fabricadas por una empresa francesa. Una asociación de consumidores presenta una acción colectiva de resolución del contrato y subsidiariamente de nulidad contrato por vicio del consentimiento, resolución contractual e indemnización de daños y perjuicios. Se estima la inexistencia de responsabilidad médica porque la acción no tiene como objeto la reclamación por responsabilidad civil derivada del proceso de implantación ni por el resultado defectuoso de la operación. No se acciona contra los verdaderos responsables ni contra el producto defectuoso. Solo se demanda a la clínica y no contra los médicos. En la STS 28 junio 2021 (RJ 2021,3016), ponente Sra. Parra Lucán, en un caso de mamoplastía con implantación de prótesis se produce la rotura a los seis años de la operación. Hay que realizar una explantación y sustitución de prótesis. Se estima que no concurre responsabilidad contra el centro médico porque no existe mala praxis, ni infracción del deber de información, ni deficiencia en el consentimiento informado, no puede generarse responsabilidad en la demandada, toda vez que cuando se implantaron las prótesis, gozaban estas de todas las garantías necesarias para su utilización. Sin embargo, se prohíbe la implantación de tales prótesis años más tarde por UE. En la resolución se señala que debería de haberse demandado al fabricante.

Finalmente, en la STS 30 noviembre 2021 (RJ 2021, 5665), ponente Sr. Seoane Spiegelberg el caso recae sobre una mamoplastia que tras dos intervenciones produce como secuelas asimetría mamaria y cicatrización inestética ambas mamas. Inexistencia responsabilidad y desestima la reclamación porque los daños causados

son riesgos típicos de la intervención que figuran expresamente descritos en el consentimiento informado firmado por la paciente. No se ha probado la existencia de mala para ni tampoco se trata de un resultado de daño desproporcionado.

En esta nueva etapa jurisprudencial es muy difícil probar la existencia de incumplimiento de la *lex artis* del facultativo. De modo que una de las pocas vías para poder conseguir la condena del médico es que este no haya prestado el consentimiento informado en aquellos en los que se han producido daños derivados de la intervención. No obstante, este tipo de sentencias en un futuro no muy lejano carecen de trascendencia para fijar la responsabilidad de cualquier facultativo puesto que la gran mayoría ya son conscientes que han de cumplir la obligación del consentimiento informado. La primera de estas sentencias es la STS 19 noviembre 2007 (RJ 2008, 17), ponente Sr. Marín Castán, vasectomía fallida y concepción de una hija por su mujer. Se han realizado las pertinentes pruebas de paternidad. Existencia de responsabilidad por no haber probado que se haya prestado la información sobre la realización de una segunda prueba de espermiograma para verificar su azooespermia. Era necesaria una segunda prueba para confirmar la esterilidad antes del inicio de relaciones sexuales con su mujer sin tomar precauciones. No se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de la relación jurídica que une a médico y a paciente. Se condena al médico al pago de una indemnización de 7 millones de pts por daños y perjuicios y carga alimentaria. Parecido argumento de la falta de consentimiento informado se utiliza en la STS 3 febrero 2015 (RJ 2015, 641), Seijas Quintana, en una mamoplastia de aumento de pecho con implante de prótesis y drenaje linfático manual, así como eliminación del vello de axilas e ingles sugiriendo la clínica el sistema de foto depilación. La paciente tiene que someterse a una segunda operación de mamoplastia, tras la cual se aprecia tumoración. Se procede a una mastopexia (extracción prótesis). Se condena por falta de consentimiento informado, se produce en este aspecto una inversión de la carga de la prueba contra el médico. Se aprovecha para insistir en que la medicina satisfactiva constituye obligación de medios y no de resultados aunque no era necesario para condenar. Nuevamente, se utiliza la falta de consentimiento informado en la STS 9 junio 2015 (RJ 2015, 5979), ponente Sr. Baena Ruíz, intervención quirúrgica de reducción mamaria con gaves secuelas: necrosis grasa y de infección. Se produce una situación de invalidez permanente total. Hay una derivación del sistema público de salud a clínica privada. Se prueba la existencia de secuelas invalidantes derivadas de su realización. Se estima la responsabilidad de la clínica por omisión del consentimiento informado: falta de constancia documental y de prueba de la información verbal a la paciente. Existe inversión de la carga de la prueba del consentimiento informado verbal que ha de acreditarse por el médico. En la STS 8 septiembre 2015 (RJ 2015, 3712), ponente Sr. Seijas Quintana, en una operación de reducción de estómago, fracasa la operación y el paciente vuelve a engordar. y además vino sufriendo cólicos. Diez

años más tarde requiere de una segunda operación en la que se apreció que la banda estaba incrustada en el estómago y se tuvo que extraer en junio de 2007, con coste de 14.000 euros. No se ha probado la existencia de responsabilidad médica pero se condena por falta del consentimiento informado. No concurre daño desproporcionado porque no se ha probado que fracasara la técnica puesto que tras operación la paciente adelgazó.

IV REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

1. La necesaria vuelta al sistema de separación de regímenes para la medicina satisfactiva y la voluntaria.

En nuestra opinión tendría que haberse seguido manteniendo un régimen separado para la medicina satisfactiva, puesto que en cierto modo el paciente sigue siendo tratado como un cliente. Como ya hemos dicho al principio de nuestro trabajo sólo hay que entrar en Google o en cualquier otro buscador y hacer la prueba de buscar cualquier tipo de cirugía estética para comprobar como en los anuncios que vamos a encontrar los riesgos de este tipo de intervenciones, si bien no se esconden sí que están desprovistos de cualquier tipo de gravedad. Prueba de ello es la incidencia de la en materia de medicina voluntaria en la que muchos de los resultados de una mala praxis son consecuencia de la frivolidad con la que se brindan soluciones rayanas con lo milagroso[60]. Así pues, el paciente de cualquier tipo de medicina satisfactiva debería tener un régimen diferenciado del de medicina curativa. Además, a este paciente-cliente, como se han referido algunas sentencias se le debería de aplicar el TRLGDCU y no el Código civil habida cuenta de su condición de usuario. No obstante, esta es una cuestión que excede el cometido de este trabajo.

Somos conscientes de que no se va a producir ningún cambio jurisprudencial en el Tribunal Supremo en bastantes años. No obstante, aún manteniendo la línea de la unidad de régimen para todo tipo de medicina habría que revisar algunos de los expedientes desactivadores de la responsabilidad civil médica y que señalamos a continuación.

2. La negativa a admitir la inversión de la carga de la prueba.

La inaplicación de la regla de la inversión de la carga de la prueba en los casos de responsabilidad médica convierte en muchos casos en impla posibilidad de logra una sentencia para la víctima. A título de ejemplo están las SSTS en las que de haberse aplicado esta tesis probablemente se habría condenado al

60 En este sentido se manifiesta F. Marín Castán en el Prólogo de la obra *Responsabilidad Civil Médica*, de J.L. Galán Cortés a la que ya hemos hecho amplia referencia.

médico. En la STS 11 abril 2002 (RJ 2002, 3288), ponente Sr. Marín Castán, en una intervención quirúrgica para corregir desvío de tabique nasal la aplicación de la anestesia le provocó una hipoxia al paciente de 20 años que le hizo estar un día en coma profunda. Se causan secuelas consistentes complicaciones neurológicas de carácter permanente. Aun a pesar de la falta de colaboración de los médicos para la obtención de las pruebas no se admite la inversión de la carga de la prueba. En consecuencia, el anestesista queda exonerado al no probarse su culpabilidad. Esta sentencia es también prueba de una suerte de inmunidad que la jurisprudencia del Tribunal Supremo concede a los anestesistas pero que excede del cometido de este trabajo. Como sentencia prototipo de la no admisión de la inversión de la carga de la prueba está la STS 23 octubre 2000 (RJ 2000, 9197), ponente Sr. González Poveda, en ese caso tras el fallecimiento de menor por shock profundo tras una operación intestinal se interpone demanda contra el Servicio Andaluz de Salud y el médico. Al no poderse determinar la causa de la muerte se absuelve a todos los demandados. Se justifica el fallo diciendo que "es doctrina reiterada de esta Sala, manifestada en las numerosas sentencias que cita la de 10 noviembre 1997 (RJ 1997, 7868) que "para que pueda surgir la responsabilidad del personal sanitario o del centro de que aquél depende, como consecuencia del tratamiento aplicable a un enfermo, se requiere ineludiblemente que haya intervenido culpa o negligencia por parte del facultativo que realizó el acto médico o clínico enjuiciado, ya que, en la valoración de la conducta profesional de medios y sanitarios en general, queda descartada toda responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba admitida para los daños de otro origen, siendo imprescindible que a la relación causal, material o física, haya de sumarse el reproche culpabilístico, que puede manifestarse a través de una negligencia omisiva en la aplicación de un medio curativo o, más generalmente, en la existencia de una acción culposa o negligente en tal aplicación […]". Termina diciendo la sentencia, sin ningún rubor, que "Esta indefinición sobre la causa de la muerte no permite establecer una relación de causalidad entre el fallecimiento y la conducta de los médicos codemandados que tampoco puede calificarse de culposa o negligente".

En algunas otras resoluciones se citan excepciones a la regla de la carga de la prueba, si bien no se aplican. Este es el caso de la STS 8 septiembre 1998 (RJ 1998, 7548) estima que la carga de la prueba debe de excepcionarse en dos casos: en aquellos casos en que por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción o falta de cooperación del médico, ha quedado constatada por el propio Tribunal, en los términos análogos a los de, entre varias, las Sentencias de 29 julio 1994 (RJ 1994,6937), 2 diciembre 1996 (RJ 1996,8938) y 21 julio 1997 (RJ 1997,5523)" (Sentencia de 19 febrero 1998 [RJ 1998,634])". En parecidos términos la STS 11 mayo 2002 (RJ 2001,6197).

3. La utilización del consentimiento informado como una cláusula de exoneración de responsabilidad.

En nuestra opinión en ocasiones se está haciendo un uso inapropiado del consentimiento informado. No es este tampoco el lugar donde extenderse sobre esta figura. Sin embargo, lo que no puede utilizarse el mismo como una cláusula de exoneración de responsabilidad del médico[61]. En la comentada STS 24 noviembre 2016 (RJ 2016,5649), ponente Seijas Quintana, implantes dentarios en paciente que 11 años antes había sufrido un cáncer con radioterapia en cuello y mandíbula. Uno de los argumentos que conduce a la exoneración de la parte demandada es que se había asumido el riesgo en el consentimiento informado que no se le garantizaba un resultado determinado. Asimismo, en la STS 13 abril 2016 (RJ 2016,1495), ponente Seijas Quintana, en una operación de cirugía estética, mamoplastia, el TS aplica la tesis de que este tipo de cirugía constituye una obligación de medios y que al haber sido informada de los riesgos de la operación no hay responsabilidad.

Por el contrario, en el caso de la comentada STS 30 noviembre 2021 (RJ 2021, 5665), ponente Sr. Seoane Spiegelberg, se advierte que "No es daño desproporcionado el previamente advertido y que constituye riesgo típico de la intervención practicada, sin perjuicio de la responsabilidad del médico si incurrió en mala praxis debidamente constatada"

4. La desactivación de la doctrina del daño desproporcionado.

Si ya hemos comentado que la concurrencia de daño desproporcionado se ha considerado como una excepción a la regla de la carga de la prueba. Una de las formas de evitar la inversión de la carga de la prueba pasa por vaciar de contenido la doctrina de la "culpa virtual". En toda una serie de sentencias se ha desactivado esta tesis al señalar que si hay una explicación coherente del daño no se aplica la doctrina del daño desproporcionado. Este es el caso de las STS 12 febrero 2008 (RJ 2008,2925), 7 mayo 2007 (RJ 2007,3553), 30 abril 2007 (RJ 2007, 2397), 14 febrero 2007(RJ 2007, 565), 24 noviembre 2005 (RJ 2006, 111), 21 octubre 2005 (RJ 2005, 8547), 26 mayo 2005 (RJ 2005, 6389), 11 abril 2002 (RJ 2002, 3288), 23 marzo 2002 (RJ 2002, 2664).

61 Tal como establece Ortiz Fernández, M.: "La responsabilidad civil en el ámbito sanitario derivada del consentimiento informado", *Actualidad jurídica iberoamericana,* núm. Extra 10, 2, 2019, pp. 553-557, el consentimiento del paciente, de acuerdo con el art. 4.3 de la Ley de Autonomía del Paciente se configura como el derecho a decidir libre y voluntariamente en todas las cuestiones que puedan afectar a su salud. Este derecho al consentimiento informado se divide en dos facultades, en la de información previa y consentimiento posterior. Este autor en ningún momento contempla que el consentimiento informado pueda utilizarse como cláusula exoneratoria de los riesgos informados. Finalmente, este autor señala como en la medicina satisfactiva el deber de informar tiene mayores exigencias que en la curativa.

BIBLIOGRAFÍA

Basozabal Arrue, X.: *Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general,* Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.

De Verda y Beamonte, J.R.: "La responsabilidad derivada de la cirugía estética en la jurisprudencia actual (de obligación de resultado a obligación de medios). consideraciones críticas", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 36, 2015, pp. 93-126.

Diez-Picazo L. y Gullón Ballesteros, A.*: Sistema de Derecho civil, Vol. II, (Tomo 2), Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual,* 11 ed., Tecnos Madrid, 2015, p. 321

Galán Cortés, J.L.: *Responsabilidad Civil Médica*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur-Menor (Navarra), 2022 (8 ed.).

O'Callaghan Muñoz, X.: "La responsabilidad objetiva", en AA.VV.: *La responsabilidad civil y su problemática actual* (coord. J.A. Moreno Martínez), Dykinson, 2007, pp. 799-820.

Ordás Alonso, M.: "La delgada línea roja entre la medicina curativa o asistencial y la medicina voluntaria o satisfactiva. Hacia una unificación de régimen jurídico", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 29, 2020, pp. 14-53.

Ortiz Fernández, M.: "La responsabilidad civil en el ámbito sanitario derivada del consentimiento informado", *Actualidad jurídica iberoamericana,* núm. Extra 10, 2, 2019, pp. 548-565

Paniza Fullana, A.: "La responsabilidad civil médico-sanitaria y la LGDU (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. I.

Plaza Penadés, J.: "Responsabilidad civil médica y hospitalaria", en AA.VV.: *Derecho de daños* (dir. M. E. Clemente Meoro y M.E. Cobas Cobiella), Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 1009-1060.

ASSICURAZIONE E RESPONSABILITÁ CIVILE: VECCHI E NUOVI ORIZZONTI

INSURANCE AND LIABITY: OLD AND NEW HORIZONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1992-2007

Alessandra
CAMEDDA

ARTICOLO CONSEGNATO: 5 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Nel quadro dei rapporti tra assicurazione e responsabilità, il paper si concentra sulle peculiarità del contratto di assicurazione come strumento di gestione dei rischi, che ne determina un'ampia diffusione nella copertura dei rischi di responsabilità civile dell'assicurato (assicurazioni della responsabilità civile, art. 1917 c.c. e art. 2, comma 3, ramo 13, c. ass.). Ancorché classico, il tema appare lontano dall'esaurire la propria vitalità alla luce della diffusa esigenza di protezione dai rischi emergenti, difficilmente quantificabili e significativi per le imprese. Nell'ambito di questi ultimi, costituiscono oggetto di attenzione in questa sede i rischi connessi alla crescente digitalizzazione e, in particolare, il c.d. "*cyber risk*".

PAROLE CHIAVE: Assicurazione; responsabilità; digitalizzazione; rischi emergenti; rischio cibernetico.

ABSTRACT: *In the framework of relationship between insurance and liability, the charter focuses on the peculiarities of insurance as a risk management tool, which determines its wide diffusion in the coverage of civil liability risk (liability insurance, art. 1917 civil code and art. 2, par. 3, sub. 13, Insurance Code). Although "classic", the topic appears in fact far from exhausting its vitality in the light of the widespread need for protection from emerging risks, which are significant for companies and difficult to quantify. Within the latter, the risks associated with the growing digitization and, in particular, the so-called "cyber risk".*

KEY WORDS: *Insurance; liability; digitization; emerging risks; cyber risk.*

SOMMARIO.- I. ASSICURAZIONE E RESPONSABILITÀ: CENNI INTRODUTTIVI. — II. IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE COME STRUMENTO DI GESTIONE DEI RISCHI DI RESPONSABILITÀ CIVILE. — III. I NUOVI ORIZZONTI DELLA GESTIONE DI RISCHI E RESPONSABILITÀ EMERGENTI: LA CYBER INSURANCE.

I. ASSICURAZIONE E RESPONSABILITÀ: CENNI INTRODUTTIVI.

Agli inizi degli anni Novanta, in uno dei primi e più importanti studi sui rapporti tra responsabilità e contratto di assicurazione, Aurelio Donato Candian definiva la tematica assicurativa «un'ombra che invariabilmente accompagna tutte le analisi […] del problema della responsabilità civile»[1].

Tale constatazione coglie appieno come, malgrado le profonde diversità strutturali e funzionali, i due istituti siano intimamente connessi. Non è un caso che gli studi sul tema — ai quali non può che rinviarsi[2] — si risolvano spesso in una trattazione dell'assicurazione della responsabilità civile[3], con la quale, come è noto, l'assicuratore si obbliga a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione[4], dovrà pagare al terzo in dipendenza della responsabilità dedotta in contratto (art. 1917 c.c. e art.

1 Candian, A.D.: *Responsabilità civile ed assicurazione*, Egea, Milano, 1993, p. 3.

2 Tra i principali contributi, si ricordano: Bozzi, G.: *Assicurazione e responsabilità*, Bulzoni, Roma, 1971; Bessone, M.: "Responsabilità civile, assicurazione e costo sociale dell'illecito", *Saggi di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 255 ss.; Alpa, G.: "L'assicurazione di fronte all'evolversi del concetto di responsabilità", *Assicurazioni*, 1985, I, p. 534 ss.; Franzoni, M.: "Responsabilità civile (assicurazione della)", *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XII, Torino, 1993, p. 396 ss.; Corrias, P.: "Responsabilità civile e contratto di assicurazione", *Riv. dir. civ.*, 2011, pp. 245 ss.; Id., *Garanzia pura e contratti di rischio*, Giuffrè, Milano, 2006; Aa.Vv., *Responsabilità e assicurazione* (a cura di R. Cavallo Borgia), in *Trattato della responsabilità civile* (diretto da M. Franzoni), Giuffrè, Milano, 2007. Da ultimo, sul tema, v. Landini, S.: *L'assicurazione della responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu -Messineo*, Giuffrè, Milano, 2021.

3 Il rilievo è di Castronovo, C.: *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 725.

4 Come è noto, il regime di operatività temporale della garanzia assicurativa nelle polizze della responsabilità civile può rispondere al modello *loss occurrence*, accolto dall'art. 1917 c.c., o al diverso modello *claims made*. Sulle origini e le caratteristiche del modello *claims made* come tecnica di gestione del rischio elaborata, specie negli ordinamenti di *common law*, per la copertura della responsabilità civile derivante da attività potenzialmente produttive di danni c.dd. lungolatenti, la letteratura è oramai sterminata. Sia consentito ricordare, tra gli altri, Campobasso M., "Le clausole *claims made*: nella giurisprudenza e nella legge Gelli – Bianco", in *Diritto alla salute e contratto di assicurazione* (a cura di P. Corrias, E. Piras e G. Racugno), ESI; Napoli, 2019, pp. 55 ss.; Id., "Evoluzioni e rivoluzioni nella giurisprudenza in tema di assicurazioni "claims made"", *Banca borsa tit. cred.,* 2019, pp. 138 ss.; Corrias, P.: "L'assicurabilità dei fatti pregressi nelle assicurazioni della responsabilità civile", *Riv. it. med. legale,* 2019, pp. 1443 ss.; Id.: "Le clausole "claims made". Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite", *Nuova giur. civ. comm.,* 2019, II, pp. 147 ss.; Landini, S.: "Le clausole di retroattività e *claims made* nelle polizze sanitarie", in *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento* (a cura di G. Romagnoli), ESI, Napoli, 2018, pp. 177 ss.; Rossi, G.: *Le clausole* claims made*: dalla valutazione della giurisprudenza alla logica del mercato assicurativo*, Cedam, Padova, 2018; Mazzola, M.: "La copertura assicurativa *claims made:* origine, circolazione del modello e sviluppi normativi", *Europa dir. priv.*, 2017, pp. 1013 ss.; Gaggero, P.: "Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile *claims made*", *Contr. impr.*, 2013, pp. 403 ss.; Gazzara, M.: "Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale", *Nuove leggi civ. comm.*, 6, 2012, p. 1213 ss.; Carassale, U.: "La clausola *claims made* nelle polizze di responsabilità civile professionale, *Danno resp.*, 2006, pp. 95 ss.

• Alessandra Camedda
Ricercatrice di Diritto dell'economia, Università di Cagliari
E-mail: alessandra.camedda@unica.it

2, comma 3, ramo 13, c. ass.); né che essi si soffermino su una attenta ricostruzione dei reciproci condizionamenti tra i due istituti richiamati[5], mettendo in luce, tra l'altro, il ruolo attribuibile al contratto di assicurazione nella parabola evolutiva della responsabilità di diritto civile e nella teorizzazione della responsabilità per rischio d'impresa[6]; o, ancora, l'impatto dell'espansione delle fattispecie di responsabilità c.d. oggettiva sulla concreta assicurabilità del relativo rischio.

Considerata la complessità del tema, su tali aspetti non si indugerà oltre. Ciò che preme evidenziare in questa sede è che, anche grazie alla crescente introduzione di specifici obblighi assicurativi[7] per la responsabilità derivante dall'esercizio di talune attività particolarmente delicate e di estrema rilevanza sociale[8], il contratto di assicurazione rappresenta il più importante strumento di copertura dei rischi di responsabilità civile[9].

Tale affermazione non pare, peraltro, destinata ad essere scalfita dal progressivo accoglimento nell'ordinamento di ulteriori modelli di gestione dei rischi quali la c.d. autoassicurazione. Invero, in un contesto economico, sociale e di mercato altamente mutevole come quello attuale, l'assicurazione sembra candidata ad atteggiarsi come elemento portante di più complessi sistemi di gestione di rischi emergenti e/o nuovi, connotati dalla coesistenza di una molteplicità di meccanismi che convergono verso il fine ultimo della copertura delle perdite economiche ricollegabili all'avverarsi di rischi e responsabilità[10].

5 Lo evidenzia da ultimo Landini, S., *L'assicurazione della responsabilità civile*, cit., p. 1, la quale descrive il binomio assicurazione e responsabilità civile "quasi come un'endiadi composta da due termini che si completano vicendevolmente". Nel senso della sussistenza di "vicendevoli interferenze" tra i due istituti si sono espressi anche La Torre, A.: *Cinquant'anni col diritto (Saggi)*, I, Giuffrè, Milano, 1998, p. 273 e Fanelli, G.: "I problemi fondamentali dell'assicurazione della responsabilità civile per i rischi della strada con particolare riferimento al progetto governativo", *Riv. dir. comm*., 1966, p. 589.

6 Sulla stretta connessione tra assicurazione e responsabilità, sotto il profilo dell'evoluzione funzionale dei due istituti, v., tra gli altri, Alpa, G.: "L'assicurazione di fronte all'evolversi del concetto di responsabilità*", cit.,* p. 534 ss.; Quadri, E.: "Indennizzo e assicurazione", in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria* (a cura di M. Comporti e G. Scalfi), Giuffrè, Milano, 1988, p. 97 ss.; Candian, A.D.: *Responsabilità civile ed assicurazione*, cit., p. 2, il quale evidenzia l'impossibilità di discorrere delle funzioni della responsabilità civile senza aver riguardo all'importanza assunta dall'assicurazione a copertura dei rischi a questa relativi.

7 Come ricordato da Quadri, E.: "Indennizzo e assicurazione", cit., p. 121, la crescente introduzione di obblighi assicurativi per la copertura di rischi di responsabilità civile ha segnato un mutamento «non meramente di direzione […] ma di radicale prospettiva». La fattispecie più nota e rilevante sul piano pratico è l'assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e natanti (introdotta dalla l. 24 dicembre 1969, n. 990 ed attualmente disciplina dagli artt. 122 ss. c. ass.) ma meritano menzione anche l'assicurazione obbligatoria per la responsabilità derivante dall'esercizio di impianti nucleari (l. 31 dicembre 1962, n. 1860), di attività venatoria (l. 11 febbraio 1992, n. 157), di trasporto aereo (Reg. CE, 21 aprile 2004, n. 785), di professioni intellettuali (d.p.r. 7 agosto 2012, n. 137) e di attività sanitaria, quest'ultima attualmente disciplinata dalla L. n. 24/2017 (meglio nota come Legge Gelli-Bianco, sulla quale, v. *infra*, par. 2).

8 Sull'importanza di un virtuoso coordinamento tra i due istituti, v. Corrias, P.: "I profili di rilievo assicurativo della legge Gelli-Bianco", *Riv. dir. priv*., 2019, p. 116, il quale precisa che «Quando […] si raggiunge un punto di equilibrio, è possibile governare al meglio fenomeni assai complessi sul piano tecnico-giuridico e alquanto rilevanti sul piano sociale».

9 Per danni derivanti da illecito aquiliano o da inadempimento.

10 V. *infra*, par. 3.

II. IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE COME STRUMENTO DI GESTIONE DEI RISCHI DI RESPONSABILITÀ CIVILE.

La crescente espansione del contratto di assicurazione nel comparto della responsabilità civile costituisce soltanto una delle tante manifestazioni dell'estrema efficacia ed affidabilità di tale strumento di gestione dei rischi garantita dalle peculiarità dell'operazione assicurativa[11].

Sia sufficiente qui ricordare in estrema sintesi che, nel modello assicurativo, l'effettivo adempimento del vincolo principale dell'assicuratore, avente ad oggetto il pagamento della somma assicurata al verificarsi dell'evento dedotto in rischio, presuppone tra l'altro che sia costantemente garantita la "sana e prudente gestione"[12] dell'impresa[13].

L'adempimento di tale obbligo di solvibilità assunto dall'impresa[14] si estrinseca, in particolare, nell'adozione di specifiche misure patrimoniali, che trova il proprio fulcro nella costituzione delle riserve tecniche e nella fondamentale attività di "copertura" delle medesime, da realizzarsi approntando attivi di proprietà dell'impresa, sottoposti a separazione patrimoniale e ad una gestione ispirata ai variegati criteri definiti dalla disciplina settoriale[15]. La sicurezza ed efficacia del congegno assicurativo è altresì garantita dalla riserva di attività in favore delle imprese autorizzate dall'IVASS e dall'apparato di controllo e di repressione delle violazioni delle regole patrimoniali affidato alla stessa Autorità di Vigilanza.

11 Per una puntuale ed approfondita disamina dei temi più strettamente connessi alla disciplina e al funzionamento dell'impresa di assicurazione v., da ultimo, Berti de Marinis, G.: *L'impresa di assicurazione e la distribuzione dei prodotti assicurativi*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, in corso di pubblicazione.

12 Sulla nozione di "sana e prudente gestione", Sartori, F.: "Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della "sana e prudente gestione" ", *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, I, pp. 131 ss., del quale si veda anche "Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della sana e prudente gestione" in *Il mercato assicurativo nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico* (a cura di S. Landini e L. Ruggeri), Napoli, 2018, pp. 259 ss.; Desiderio, L.: "La sana e prudente gestione nella disciplina dei controlli assicurativi", *Dir. ec. ass.*, 2010, pp. 309 ss.

13 Si tratta all'evidenza di un vincolo accessorio rispetto a quello principale, in quanto strumentale all'esatto adempimento dell'obbligo di pagamento delle prestazioni assicurate. Va da sé, infatti, che in caso di mancata o non corretta predisposizione delle specifiche misure patrimoniali prescritte dalla normativa settoriale l'impresa di assicurazione difficilmente potrebbe far fronte agli impegni assunti nei confronti degli assicurati.

14 Le condotte a tal fine imposte alle imprese assicurative costituiscono oggetto di un vero e proprio obbligo assunto nei confronti degli assicurati al momento della stipulazione del contratto, che rileva non soltanto sul piano pubblicistico ma anche sul piano contrattuale (v. art. 183, co. 1, lett. *d)* c. ass.). L'assicurazione viene così a declinarsi, a sua volta, come ambito di emersione di responsabilità: quella dell'impresa di assicurazione per violazione dell'obbligo di sana e prudente gestione, alla quale l'assicurato può reagire avvalendosi dei rimedi generali contro l'inadempimento (es.: risarcimento e, ove ne sussistano i presupposti, risoluzione del contratto) o, ove ne sussistano le condizioni specifiche, di quelli speciali previsti dal codice delle assicurazioni. Sul punto si rinvia a Corrias, P.: *Le assicurazioni sulla vita*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 225 ss.; con riguardo alla disciplina vigente prima dell'entrata in vigore del codice delle assicurazioni, v. dello stesso A., *Dissesto dell'assicuratore e tutela contrattuale dell'assicurato*, Giuffrè, Milano, 2001.

15 V. spec. artt. 38 e 42 c. ass. e Regolamento IVASS n. 24/2016.

Analoghe considerazioni non possono, invece, essere svolte con riferimento a taluni meccanismi non assicurativi di copertura dei rischi affermatisi nella prassi e progressivamente accolti nell'ordinamento il più noto dei quali è indubbiamente quello di ritenzione del rischio comunemente definito "autoassicurazione". Quest'ultimo, infatti, contrariamente al meccanismo assicurativo, non si fonda sul trasferimento del rischio a costo parziale su un terzo specializzato qual è l'impresa di assicurazione — ma sulla gestione interna dei rischi (o di una parte di essi) da parte dello stesso soggetto esposto ai medesimi, il quale predispone autonomamente gli strumenti organizzativi e patrimoniali necessari per far fronte alle conseguenze economiche negative dell'eventuale avveramento dei rischi gestiti in via diretta, mediante l'accantonamento a riserva di appositi fondi che reputati *ex ante* sufficienti allo scopo[16].

Nella prassi il ricorso a tale strumento di copertura dei rischi è frequente e spesso giustificato dall'esigenza dei soggetti esposti al rischio di abbattere oneri assicurativi particolarmente gravosi, e finanche insostenibili; in numerosi casi la scelta ricade su tecniche di ritenzione di una parte soltanto dei rischi (c.d. autoassicurazione parziale), attuata attraverso la stipulazione di contratti di assicurazione contenenti una clausola "di salvaguardia" (c.d. clausola S.I.R. — *Self Insurance Retention*), in forza della quale l'assicurato ritiene una percentuale del rischio, gestendo direttamente eventuali richieste risarcitorie di importo inferiore alla soglia prevista in contratto e, per converso, ponendo a carico dell'assicuratore soltanto la copertura dei rischi eccedenti la quota di rischio internalizzata.

Occorre tuttavia osservare che, malgrado le profonde differenze sussistenti tra i due modelli in termini di efficacia dei risultati offerti, il legislatore ha progressivamente iniziato a considerare la c.d. autoassicurazione un modello potenzialmente sostitutivo dell'assicurazione per la gestione di rischi di responsabilità civile.

Il riferimento più immediato è costituito dalla c.d. Legge Gelli-Bianco[17] in materia di responsabilità sanitaria. Come è noto, con tale intervento il legislatore attribuisce al contratto di assicurazione un ruolo di primo piano nella copertura dei rischi ricollegabili all'erogazione di prestazioni sanitarie[18], prevedendo, a fronte dei

16 Sul tema v. i contributi raccolti in *Autoassicurazione e gestione del rischio* (a cura di S. Landini), Quaderni Cesifin. V. inoltre Velliscig, L.: *Assicurazione ed "autoassicurazione" nella gestione dei rischi sanitari*, Milano, Giuffrè, 2018; Romagnoli, G.: "Autoassicurazione della responsabilità medica: compatibilità con i principi di diritto interno ed europeo", *Danno e resp.,* 2015, pp. 329-337; Id.: "Riflessioni critiche sull'autoassicurazione della responsabilità medica: compatibilità della scelta delle Regioni e delle aziende sanitarie con i principi di diritto interno ed europeo", *Giust. Amm*., 2015; Gagliardi, M.: "I riflessi dell'auto-assicurazione (e dell'obbligo di assicurazione) sul mercato e sulle logiche assicurative", *Riv. it. med. legale,* 2014, pp. 1219 ss.

17 L. 8 marzo 2017, n. 34, in vigore dal 1° aprile 2017.

18 Sul tema v. Monticelli, S.: "L'assicurazione della responsabilità civile per i rischi sanitari: profili generali", in *Diritto alla salute e contratto di assicurazione* (a cura di P. Corrias, E. Piras e G. Racugno), ESI, Napoli, 2019, pp. 27 ss.; Nazzaro, A.C.: "Diritto alla salute e assicurazione obbligatoria: i dubbi ancora non risolti dalla Legge sulla responsabilità medica", in *Diritto e salute – Rivista di sanità e responsabilità medica*, 2018, p.

più o meno articolati regimi di responsabilità delle strutture sanitarie e dei medici, l'obbligatoria stipulazione da parte di questi ultimi di contratti di assicurazione[19] per la copertura dei rischi di responsabilità su di essi gravanti [20].

Tuttavia, nel solco di precedenti interventi normativi sia europei[21] che nazionali[22], l'art. 10 della Legge Gelli prevede altresì che l'obbligo assicurativo per la copertura dei suddetti rischi possa essere alternativamente adempiuto dalle strutture sanitarie ricorrendo ad "altre analoghe misure" per la responsabilità civile verso terzi, anche fondate sull'assunzione diretta dei rischi medesimi; misure, dunque, rispondenti al già descritto meccanismo della c.d. autoassicurazione[23] e che gli enti ospedalieri o equiparati sono legittimati, non semplicemente ad affiancare al contratto di assicurazione, ma – ed è questo uno degli aspetti più controversi della disciplina considerata la sua finalità primaria di garantire adeguata tutela ai pazienti danneggiati – ad utilizzare in via esclusiva, rinunciando del tutto ad una copertura assicurativa, purché equiparabili a questa sul piano delle garanzie offerte ai danneggiati.

1 ss.; Alpa, G.: "Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli", *Contr. impr.*, 2017, pp. 728 ss.; Palmieri, A. – Pardolesi, R.: "Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria", *Foro it.*, 2017, pp. 197 ss.; Selini, V.: "Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario", *Danno e resp.*, 2017, p. 301 ss.

19 L'oggetto varia a seconda del soggetto gravato dell'obbligo di copertura. Per quanto riguarda, in particolare, le strutture sanitarie e sociosanitarie, la copertura obbligatoria deve riguardare: la responsabilità verso terzi e prestatori d'opera, anche per danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante presso le strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche e private, compresi coloro che svolgono attività di formazione, aggiornamento nonché di sperimentazione e di ricerca clinica; e la responsabilità del personale sanitario dipendente per danni cagionati a terzi.

20 Esprime apprezzamento circa le scelte operate dalla Legge Gelli-Bianco, Corrias, P.: "Diritto alla salute e contratto di assicurazione: premessa ad un'indagine", *Resp. civ. prev.*, 2019, pp. 755 s., il quale osserva che essa "si è posta nella direzione giusta, cercando un'efficace interazione tra i due istituti, mediante la previsione di variegate ipotesi di responsabilità (contrattuale per quello che riguarda la posizione della struttura, aquiliana per ciò che riguarda quella dei medici) alle quali corrispondono altrettanto modelli di copertura del rischio. In questo modo, ossia curando con precisione la corrispondenza tra le diverse ipotesi di responsabilità e gli strumenti di copertura della stessa (attuata mediante lo strumento assicurativo o i modelli alternativi di gestione del rischio), è stato possibile realizzare la filosofia di fondo della legge, consistente per un verso nell'accollare alle strutture gli oneri economici definitivi della copertura dei danni provocati al paziente dalle carenze organizzative delle strutture medesime e/o dalla negligenza o imperizia del medico (e al medico i soli costi della copertura assicurativa dei danni dovuti alla sua colpa grave), per altro verso nel convogliare verso l'impresa di assicurazioni, invece che sulla struttura o sul sanitario responsabile, le richieste risarcitorie dei danneggiati". Per una disamina della disciplina introdotta dalla Legge Gelli-Bianco con riguardo all'azione diretta del danneggiato nei confronti della struttura sanitaria, all'azione di rivalsa e all'intervento del Fondo di garanzia, v. Chessa, C.: "Le tutele derivanti dalla polizza assicurativa stipulata dalle strutture e dagli esercenti l'attività sanitaria", *Riv. dir. banc.*, 2019, p. 35 ss.

21 V., a livello europeo, la direttiva 2011/24/UE, con la quale si è imposto agli Stati membri di garantire, per le cure prestate sul proprio territorio, sistemi di assicurazione di responsabilità professionale o garanzie o analoghi meccanismi che siano equivalenti o essenzialmente comparabili quanto a finalità e che siano commisurati alla natura e alla portata del rischio (art. 4, par. 1, lett. d).

22 Con riferimento all'assetto delineato dal precedente (e poco incisiva) intervento del legislatore nazionale in materia di responsabilità sanitaria, operato con la c.d. Legge Balduzzi, v. Onnis Cugia, F.: "Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la legge Balduzzi", *Resp. civ. prev.*, 2016, pp. 1751 ss.

23 Già nel vigore della disciplina precedente, alcune Regioni hanno fatto ricorso all'autoassicurazione. Sul modello di *risk retention* adottato sin dal 2011 dalla Regione Liguria per la gestione dei rischi sanitari, v. Ventura, F. - De Stefano, F. - Bonsignore, A. - Gianelli Castiglione, A.: "La legge 24/2017 e il ruolo medico-legale in un sistema di autoassicurazione: le "analoghe misure" della Regione Liguria", *Riv. it. med. legale*, 2017, pp. 1015 ss.

La scelta del legislatore di consentire alle strutture sanitarie di ritenere anche integralmente i rischi non è stata particolarmente apprezzata in dottrina, la quale ha espresso perplessità sulla reale equiparabilità, in termini di efficacia e sicurezza, al congegno assicurativo delle misure di gestione del rischio riconducibili al modello della "autoassicurazione"[24]. Si è, infatti, osservato che quest'ultimo, per poter garantire risultati "analoghi" a quelli forniti dal contratto di assicurazione, dovrebbe essere in grado di replicare il più possibile i caratteri e le strutture del modello assicurativo sopra illustrati[25]; eventualità, questa, tuttavia assai remota e alla cui realizzabilità non sembra contribuire in modo decisivo né l'impianto della legge Gelli né la normativa ministeriale di dettaglio dedicata all'individuazione dei requisiti minimi di garanzia e delle condizioni generali di operatività "delle altre analoghe misure in assunzione diretta del rischio", della quale si attende ormai da troppo tempo l'emanazione.

Ancorché lo schema di decreto attuativo prospetti l'adozione, da parte delle strutture sanitarie che intendano optare per l'assunzione diretta del rischio[26], di misure patrimoniali apparentemente accostabili a quelle imposte alle imprese di assicurazione — si pensi alla prevista costituzione di un Fondo rischi nel quale siano accantonate risorse sufficienti a far fronte nel continuo al costo atteso per i rischi in corso al termine dell'esercizio[27] e di un Fondo riserva sinistri aggiuntivo[28] — ciò non pare sufficiente a ridurre lo scarto esistente tra i due sistemi e a superare così le criticità insite nel ricorso esclusivo a misure di *risk retention*[29].

24 V., in particolare, Romagnoli, G.: "Autoassicurazione della responsabilità medica: compatibilità con i principi di diritto interno ed europeo", cit., p. 335 ss.; Velliscig, L.: *Assicurazione ed "autoassicurazione" nella gestione dei rischi sanitari*, cit., pp. 255 ss.; Corrias, P.: "I profili di rilievo assicurativo della legge Gelli-Bianco", cit., p. 122 s., secondo il quale il grado di efficacia e sicurezza dei modelli alternativi dipenderà dai criteri di calcolo del rischio e dalle regole di gestione delle risorse raccolte adottati da soggetti sui quali grava l'obbligo di copertura che optino per la gestione diretta dei rischi, rinunciando ad assicurarsi, non potendosi ritenersi adeguato allo scopo un semplice accantonamento di risorse effettuato senza adeguata consapevolezza e professionalità nella valutazione delle possibili passività o affidandosi a criteri empirici.

25 Sul punto v. Corrias, P.: "I profili di rilievo assicurativo della legge Gelli-Bianco", cit., p. 123, il quale individua i requisiti minimi essenziali per l'efficacia delle misure alternative «: (i) nella assunzione da parte delle strutture sanitarie di competenze specifiche ed adeguate nel calcolo, nel controllo e nella gestione dei sinistri mediante una apposita struttura di autovalutazione dei rischi (c.d. clinical risk management); (ii) nella effettiva capacità di costituire, investire e proteggere (mediante un fondo destinato o separato) siffatte risorse nella misura richiesta dai calcoli statistici ed attuariali effettuati dalla struttura interna di autovalutazione».

26 Art. 8 schema di decreto.

27 Art. 9 schema di decreto, il quale precisa che si dovrà tener conto, al suddetto fine, della tipologia e quantità delle prestazioni erogate e delle dimensioni della struttura "autoassicurata".

28 Art. 10 schema di decreto. La congruità degli accantonamenti dovrà essere certificata da un revisore legale o dal Collegio sindacale con un giudizio di sufficienza; in caso contrario, questi ultimi dovranno attestare le ragioni per le quali non sia stato possibile esprimere un giudizio (art. 11).

29 Puntuali rilievi critici in merito alla disciplina prospettata dallo schema di decreto ministeriale sono mossi da Berti de Marinis, G.: *L'impresa di assicurazione e la distribuzione dei prodotti assicurativi*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, in corso di pubblicazione.

III. I NUOVI ORIZZONTI DELLA GESTIONE DI RISCHI E RESPONSABILITÀ EMERGENTI: LA *CYBER INSURANCE*.

Il panorama del rischio di responsabilità, e con esso le prospettive di sviluppo dell'assicurazione, sono in continua e rapida evoluzione[30]. Sfide tipiche della società moderna quali — per citarne soltanto alcune — il cambiamento climatico e la digitalizzazione costituiscono fattori di estrema incertezza, in quanto potenziali "detonatori" di significativi mutamenti del quadro di riferimento e di nuove esigenze di protezione dai rischi emergenti e, finanche, nuovi.

Limitandoci alle sfide imposte dal diffondersi di nuove forme di vulnerabilità tecnologica, la gestione del c.d. *cyber risk* è senza dubbio quella attualmente più rilevante, soprattutto per le imprese[31]; eventi come il malfunzionamento e/o il danneggiamento di sistemi e apparecchi informatici (es. *hardware*), la diffusione e sottrazione di informazioni commerciali o di dati, anche sensibili, di terzi[32] e, ancora, i danni reputazionali che possono derivarne[33], rappresentano soltanto alcune delle più comuni ed insidiose "minacce cibernetiche"[34].

La moltiplicazione di tali rischi, potenzialmente sistemici e i cui effetti sono spesso paragonati a quelli di un terremoto[35], ha progressivamente innalzato il livello di guardia dei Regolatori; ne è scaturito un nutrito numero di interventi[36] volti a

30 Cfr. Ceserani, F.: "I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle «coverage trugger disputes»", *Dir. econ. ass.*, 2010, pp. 3 s., ove si sottolinea che "I rischi che trovano copertura assicurativa nelle garanzie di responsabilità civile […] risultano intrinsecamente connaturati ai mutamenti sociali, culturali, scientifici e tecnologici della società, così come vengono recepiti nel quadro normativo e giurisprudenziale del proprio sistema giuridico. Da tale connotazione deriva la complessità ed il costante mutamento di tali rischi secondo parametri non lineari e chiaramente predefiniti, bensì in modo erratico e a volte imprevedibile, quale risultante delle molteplici interrelazioni che caratterizzano le attuali società tecnologicamente evolute".

31 La massiccia digitalizzazione e scaturiti dalla pandemia da Covid-19 ha reso la protezione contro il *cyber risk* fondamentale non solo per i sistemi aziendali e per le amministrazioni pubbliche, ma anche per quelli domestici, sempre più interconnessi soprattutto a causa dall'ampio ricorso allo *smart-working*.

32 Si pensi, ad esempio, ai dati di clienti ed utenti trattati dalle imprese o dalla Pubblica amministrazione.

33 Secondo l'indagine McKinsey, "Global Survey" on Digital Trust, 2022, la maggioranza dei soggetti interessati ad effettuare acquisti online (53%) effettua l'operazione solo dopo aver verificato la reputazione del venditore, soprattutto sul piano della protezione dei dati; inoltre, un cliente su 10 si rivolge ad altro venditore in caso di "data breach".

34 L'International Association of Insurance Supervisors (IAIS), "Draft Application Paper on Supervision of Insurer Cybersecurity", 29 June 2018, ha definito il cyber risk: "Any risks that emanate from the use of electronic data and its transmission, including technology tools such as the internet and telecommunications networks. It also encompasses physical damage that can be caused by cybersecurity incidents, fraud committed by misuse of data, any liability arising from data storage, and the availability, integrity, and confidentiality of electronic information – be it related to individuals, companies, or governments".

35 ANIA, "Il rischio *cyber*: conoscerlo di più per proteggersi meglio", consultabile su *www.ania.it*.

36 Giova ricordare, in proposito: il Regolamento (UE) 2019/881 del 17 aprile 2019 che ha istituito l'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione (*European Union Agency for Network and Information Security* – "ENISA") e in tema di certificazione della cybersicurezza delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione; il Regolamento (UE) 2021/887 del 20 maggio 2021, che ha istituito il Centro europeo di competenza per la cybersicurezza nell'ambito industriale, tecnologico e della ricerca e la rete dei centri nazionali di coordinamento; la c.d. direttiva NIS (*Network and Information System Security*) attuata in Italia con la l. 4 agosto 2021, n. 109, istitutiva dell'Agenzia nazionale per la cybersicurezza; nonché, più recentemente, il *Cyber Resilience Act* del 15 settembre 2022; la c.d. direttiva NIS 2 e il Regolamento DORA (ma verifica e vedi se ce ne sono altri di rilievo).

stimolare una gestione a tutto tondo[37] del *cyber risk* da parte dei soggetti ad esso esposti. Tra questi figurano anche le imprese di assicurazione[38] e gli intermediari[39], destinatari di una crescente attività di responsabilizzazione verso l'adozione di sistemi di *governanc*e e di controllo interno capaci di intercettare e fronteggiare eventuali vulnerabilità tecnologiche e, ancora, di strumenti di gestione dei dati idonei a garantirne la riservatezza, il corretto utilizzo e la protezione dai rischi *cyber.*

Quanto alle imprese assicurative, tale tendenza si è concretamente tradotta, tra l'altro, nell'emanazione del Reg. IVASS n. 38/2018, il quale ha introdotto apposite disposizioni sulla *cyber security* aziendale e sulla gestione dei dati all'interno della normativa di secondo livello sul sistema di governo societario[40].

In forza di tali regole gli assicuratori sono tenuti, tra l'altro, a: *i)* valutare i rischi *cyber* ai quali sono esposte, anche sul piano delle interconnessioni e dipendenze da terze parti; (*ii*) adottare specifici requisiti di *governanc*e e di *risk management* nonché presidi di *business continuity*; *(iii)* individuare, all'interno del Piano strategico ICT, processi di monitoraggio sistematico per identificare tempestivamente incidenti e valutare periodicamente l'efficacia dei presidi implementati; *(iv)* segnalare all'Autorità di Vigilanza ogni evento[41] che rappresenti un grave incidente di sicurezza informatica.

Ad un rafforzamento dell'efficacia delle misure di natura organizzativa contribuirà anche il potenziamento dei requisiti sull'ICT *risk management* e delle procedure di segnalazione delle minacce e degli incidenti informatici previsto, a livello europeo, dal c.d. Regolamento DORA ("Digital Operational Resilience

37 In termini di prevenzione e mitigazione dei rischi informatici e di minimizzazione e riparazione delle relative conseguenze dannose.

38 IVASS, "L'importanza dei test di cyber-sicurezza per il sistema assicurativo italiano", Milano, 13 Ottobre 2022; IVASS e Banca d'Italia, La sicurezza cibernetica ai tempi del Covid-19, 2020; IVASS e Banca d'Italia, Sicurezza cibernetica: il contributo della Banca d'Italia e dell'IVASS, a cura del Gruppo di coordinamento sulla sicurezza cibernetica, 2018, pp. 35 ss.

39 IVASS, Indagine conoscitiva su cyber risk del settore intermediari, avviata il 25 luglio 2017; Lettera al mercato del 29 dicembre 2017 (Esiti dell'indagine conoscitiva sui presidi degli intermediari tradizionali per la gestione delle informazioni e la prevenzione dei rischi informatici. Indicazioni per gli intermediari).

40 In base all'art. 30, comma 4, c. ass., l'impresa di assicurazione deve adottare misure ragionevoli idonee a garantire la continuità e la regolarità dell'attività esercitata, inclusa l'elaborazione di piani di emergenza, utilizzando, a tal fine, adeguati e proporzionati sistemi, risorse e procedure interne.

41 A titolo esemplificativo: frodi informatiche, attacchi *cyber*, malfunzionamenti.

Act'')[42] recentemente entrato in vigore ed applicabile, salvo talune eccezioni[43], anche alle imprese di assicurazione[44].

Peraltro, a fronte della complessità e sofisticatezza dei moderni attacchi informatici e delle incertezze sulla loro reale portata, i presidi organizzativi interni di prevenzione del rischio e di gestione della sicurezza informatica non possono ritenersi, da soli, sufficienti a soddisfare l'esigenza di una completa protezione dal *cyber risk*; per quanto efficaci, infatti, tali misure possono attenuare il rischio cibernetico ma non eliminarlo del tutto. Di qui la necessità di garantire la copertura del rischio *cyber* residuo, ricercando altrove strumenti che si affianchino alle suddette strategie preventive in funzione ausiliaria e complementare.

Il contratto di assicurazione si rivela il principale candidato a ricoprire tale ruolo[45]. Le assicurazioni contro il rischio *cyber*[46] possono, infatti, garantire la protezione dell'integrità del patrimonio dell'assicurato sia coprendo i danni causati da incidenti informatici — tra cui le spese sopportate per gli interventi di ripristino di dati e sistemi informatici e le perdite pecuniarie derivanti dalla *business interrumption* — sia mediante la copertura della responsabilità civile verso terzi per i danni subiti da questi ultimi in dipendenza della violazione della normativa sulla protezione dei dati personali[47].

Malgrado le indubbie potenzialità e la crescente offerta di contratti *ad hoc*, il mercato europeo delle assicurazioni *cyber* stenta a decollare, registrandosi tuttora in tale ambito un elevato *gap* di protezione[48]. Se sul fronte della domanda tale *gap* è principalmente riconducibile alla ancora troppo limitata consapevolezza dei

42 Regolamento (UE) 2022/2554 relativo alla resilienza operativa digitale per il settore finanziario e che modifica i Regolamenti (CE) n. 1060/2009, (UE) n. 648/2012, (UE) n. 600/2014 e (UE) n. 909/2014. Il Regolamento DORA è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea lo scorso il 27 dicembre 2022 e troverà applicazione a partire dal 17 gennaio 2025. Al fine di coordinare le nuove disposizioni con quelle contenute in altri provvedimenti europei che definiscono requisiti relativi alla gestione dei rischi informatici nel settore finanziario, e garantire il corretto funzionamento del mercato interno è stata contestualmente pubblicata la Direttiva (UE) 2022/2556 che modifica le Direttive 2009/65/CE, 2009/138/CE, 2011/61/UE, 2013/36/UE, 2014/59/UE, 2014/65/UE, 2015/2366/UE e 2016/2341/UE per quanto riguarda la resilienza operativa digitale per il settore finanziario.

43 V. art. 2, par. 3, lett. b), Reg. DORA cit., che esclude dal proprio ambito applicativo le imprese di assicurazione e di riassicurazione di cui all'art. 4 della direttiva 2009/138/UE.

44 Art. 2, par. 1, lett. n), Reg. UE cit.

45 Il tema dello sviluppo di un solido mercato europeo della *cyber-insurance* è da qualche tempo al centro del dibattito a livello europeo e costituisce una delle priorità strategiche dell'EIOPA, la quale ne ha più volte messo in luce il ruolo cruciale per la gestione del rischio e per la crescita della *digital economy*.

46 ENISA, "Cyber Insurance: Recent Advances, Good Practices and Challenges, 2016; IAIS, Issues paper on cyber risk to the insurance sector", 2016; OCSE, "Enhancing the role of insurance in cyber risk management", 2017.

47 La violazione dei dati personali è definita dall'art. 4 n. 12 del Reg- (UE) 2016/679 (di seguito: GDPR) "la violazione di sicurezza che comporta accidentalmente o in modo illecito la distruzione, la perdita, la modifica, la divulgazione non autorizzata o l'accesso ai dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati". L'art. 82 GDPR stabilisce che "chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento".

48 Si vedano in proposito i dati forniti dal *Report* SwissRe "Cyber insurance: strengthening resilience for the digital transformation", 2022.

potenziali assicurati in relazione ai rischi cibernetici e alla portata lesiva o, anche, alla loro resistenza verso la stipulazione di contratti i cui costi sono percepiti come troppo elevati, se non addirittura superflui dinanzi a quella che è ritenuta, a torto, una eventualità remota[49], sull'opposto versante dell'offerta esso è riconducibile alla difficile gestione assicurativa del *cyber risk*[50].

Le caratteristiche di tale tipologia di rischio, per sua stessa natura mutevole e potenzialmente catastrofico[51], e la limitata disponibilità di dati storici sufficientemente attendibili e di criteri di misurazione quantitativa del rischio medesimo[52], ne ostacolano la prevedibilità e la corretta valutazione, tariffazione e gestione tecnico-attuariale da parte degli assicuratori, incrementando il ricorso di questi ultimi a modelli di valutazione di tipo qualitativo[53].

Alla luce di siffatte tensioni della copertura dei rischi cibernetici con le tecniche statistiche-attuariali tipiche del modello assicurativo, l'offerta di contratti di assicurazione si rivela dunque, poco appetibile: *in primis* per le stesse imprese di assicurazione, anche in considerazione del difficile reperimento di adeguate coperture riassicurative, fondamentali in scenari di rischio sistemico[54]; in secondo luogo, per i soggetti esposti al rischio in ragione dell'inevitabile aumento dei premi relativi alle "assicurazioni *cyber*".

49 Come evidenziato dall'IVASS, "Rivoluzione? Evoluzione! Rivoluzione dei rischi ed evoluzione del mercato assicurativo in un ecosistema in accelerazione, tra cambiamenti climatici, socioeconomici e regolamentari", cit. pp. 6 s., tali criticità risultano acuite dalla "scarsa chiarezza dei contratti attualmente sul mercato e in particolare delle clausole risarcitorie, con condizioni di rimborso generiche e non sempre rappresentative dell'ampio spettro di rischi da coprire", ragion per cui "è importante la esplicita declinazione delle clausole di esclusione dai risarcimenti evitando potenziale contenzioso tra compagnia e assicurato".

50 Lo evidenzia Landini, S.: "Privacy, rischio informatico e assicurazioni", *Assicurazioni*, 2019, p. 15. Per una panoramica in chiave comparatistica, v. da ultimo de Brito, J.A. – Ruivo, M. L.: "Core aspects of cyber risk insurance: an analysis in dialogue with some Portuguese and Italian insurance policies", *Assicurazioni*, 2022, pp. 473 ss.

51 Si pensi ad eventuali attacchi alle infrastrutture informatiche che presiedono la gestione di settori strategici come quello dell'energia.

52 La corretta determinazione del premio assicurativo dipende dall'analisi della frequenza e della gravità degli incidenti informatici del medesimo tipo di quelli che s'intende assicurare e risulta, dunque, ostacolata dalla difficile prevedibilità sul piano tecnico dei rischi *cyber* e dei danni che potrebbero derivarne. Di qui l'importanza della disponibilità di dati storici sui sistemi informatici dell'assicurato, sulle misure di prevenzione del rischio adottate e su eventuali attacchi e danni informatici subìti, ancorché le informazioni su questi ultimi potrebbero scostarsi sensibilmente dalla situazione attuale.

53 EIOPA, "Cyber risks: what is the impact on the insurance industry ?", 2021; EIOPA; "Cyber Risk for Insurers - Challenges and Opportunities", 2019.

54 L'importanza della riassicurazione si coglie agevolmente dinanzi a rischi difficilmente prevedibili e che, per loro stessa natura e velocità di diffusione, possono provocare, anche in un limitatissimo arco temporale, danni tanto estesi da superare la capacità assuntiva di un singolo assicuratore. Tale aspetto è stato evidenziato nel documento IVASS "Rivoluzione? Evoluzione! Rivoluzione dei rischi ed evoluzione del mercato assicurativo in un ecosistema in accelerazione, tra cambiamenti climatici, socioeconomici e regolamentari", 2019, p. 7, consultabile sul sito istituzionale dell'Istituto, ove si evidenzia come l'ipotetica presenza di un *bug* in un *software* applicativo diffuso potrebbe rendere vulnerabili contemporaneamente un elevato numero di assicurati presso la medesima compagnia, la quale dovrebbe dunque far fronte al risarcimento di danni nel complesso considerevoli in un breve arco di tempo anche in caso di contratti a copertura limitata.

In tale contesto anche l'adozione di adeguate tecniche di "autoassicurazione" potrebbe garantire ai soggetti esposti ai rischi cibernetici una più efficace copertura finanziaria delle conseguenze economiche negative correlate all'accadimento di incidenti informatici. In presenza di contratti di assicurazione il cui premio, per le ragioni sopra esposte, risulti eccessivamente oneroso, il ricorso al meccanismo della ritenzione per la gestione diretta di una parte dei rischi — si pensi, ad esempio, ai rischi informatici caratterizzati da maggiore prevedibilità e da una ridotta carica lesiva — potrebbe garantire ai soggetti esposti al rischio un significativo abbattimento degli oneri connessi alla stipulazione di contratti assicurativi.

In conclusione, l'assicurazione pare destinata ad essere ulteriormente valorizzata dalla crescente e diffusa esigenza di protezione dai rischi emergenti; in particolare, la combinazione fra i regimi di responsabilità civile e il congegno assicurativo, nonché fra questi ed altri rilevanti modelli di copertura delle perdite economiche conseguenti all'insorgenza di responsabilità, troverà ulteriori spazi di operatività nelle risposte normative alle nuove sfide imposte dalla necessità di fronteggiare fenomeni come la digitalizzazione, la transizione "verde" ed il manifestarsi di insidiosi fattori di instabilità, come la crisi pandemica e il conflitto russo-ucraino[55].

55 Ne costituisce un indice sintomatico il fatto che, qualche tempo fa, in sede di discussione su un regime di responsabilità civile per i danni derivanti dall'utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale, sia stata ventilata a livello europeo la possibile introduzione di un regime assicurativo obbligatorio per gli operatori di sistemi di IA considerati "ad alto rischio". In tal senso v. Proposta di Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 contenente "raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per i danni derivanti dall'utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale").

BIBLIOGRAFIA

Alpa, G.: "L'assicurazione di fronte all'evolversi del concetto di responsabilità", *Assicurazioni*, 1985, pp. 534 ss.

Alpa, G.: "Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli", *Contr. impr.*, 2017, pp. 728 ss.

Aa. Vv., *Autoassicurazione e gestione del rischio*, (a cura di S. Landini), Quaderni Cesifin.

Berti de Marinis, G.: *L'impresa di assicurazione e la distribuzione dei prodotti assicurativi*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, in corso di pubblicazione.

Bessone, M.: "Responsabilità civile, assicurazione e costo sociale dell'illecito", *Saggi di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 245 ss.

Bozzi, G.: *Assicurazione e responsabilità*, Bulzoni, Roma, 1971.

Busnelli, F.D.: "Le nuove frontiere dell'assicurazione e il principio di precauzione", in *Gli strumenti di precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2006.

Candian, A.D.: *Responsabilità civile ed assicurazione*, EGEA, Milano, 1993.

Campobasso M., "Le clausole *claims made*: nella giurisprudenza e nella legge Gelli – Bianco", in *Diritto alla salute e contratto di assicurazione* (a cura di P. Corrias, E. Piras e G. Racugno), ESI; Napoli, 2019, pp. 55 ss.

Campobasso M., "Evoluzioni e rivoluzioni nella giurisprudenza in tema di assicurazioni "claims made"", *Banca borsa tit. cred.,* 2019, pp. 138 ss.

Cavallo Borgia, R.: *L'assicurazione di responsabilità civile*, in *Trattato della responsabilità civile.* (diretto da M. Franzoni), Giuffrè, Milano, 2007.

Comandè, "L'assicurazione e la responsabilità civile come veicoli del principio di precauzione", in *Gli strumenti di precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità* (a cura di G. Comandé), Giuffrè, Milano, 2006, pp. 23 ss.

Corrias, P.: *Garanzia pura e contratti di rischio*, Giuffrè, Milano, 2006.

Corrias, P.: "Responsabilità civile e contratto di assicurazione", *Rivista di diritto civile*, 2011, pp. 245 ss.

Corrias, P.: *Il contratto di assicurazione (Profili strutturali e funzionali)*, ESI, Napoli, 2018.

Corrias, P.: "Diritto alla salute e contratto di assicurazione: premessa ad un'indagine", *Resp. civ. prev.*, 2019, pp. 753 ss.

Corrias, P.: "L'assicurabilità dei fatti pregressi nelle assicurazioni della responsabilità civile", *Riv. it. med. legale,* 2019, pp. 1443 ss.

Corrias, P.: "Le clausole "claims made". Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite", *Nuova giur. civ. comm.,* 2019, II, pp. 147 ss.

Corrias, P.: "I profili di rilievo assicurativo della legge Gelli-Bianco", *Riv. dir. priv.*, 2019, pp.113 ss.

Corrias, P.: *Le assicurazioni sulla vita*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 2021.

de Strobel, D.: *L'assicurazione di responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2004.

Fanelli, G.: "I problemi fondamentali dell'assicurazione della responsabilità civile per i rischi della strada con particolare riferimento al progetto governativo", *Riv. dir. comm.*, 1966, pp. 347 ss.

Franzoni, M.: "Responsabilità civile (assicurazione della)", *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XII, Torino, 1993

Gambino, A.: "La neutralizzazione dei rischi nella struttura e nella funzione giuridica unitaria del contratto di assicurazione", *Riv. dir. comm.*, 1985, pp. 209 ss.

Landini, S.: *Assicurazione e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2004.

Landini, S.: "Le clausole di retroattività e *claims made* nelle polizze sanitarie", in *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento* (a cura di G. Romagnoli), ESI, Napoli, 2018, pp. 177 ss.

Landini, S.: *L'assicurazione della responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 2021.

Monticelli, S.: "L'assicurazione della responsabilità civile per i rischi sanitari: profili generali", in *Diritto alla salute e contratto di assicurazione* (a cura di P. Corrias, E. Piras e G. Racugno), ESI; Napoli, 2019, pp. 27 ss.

Nazzaro, A.C.: "Diritto alla salute e assicurazione obbligatoria: i dubbi ancora non risolti dalla Legge sulla responsabilità medica", in *Diritto e salute – Rivista di sanità e responsabilità medica*, 2018, p. 1 ss.

Onnis Cugia, F.: "Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la legge Balduzzi", *Resp. civ. prev.*, 2016, pp. 1751 ss.

Palmieri, A. – Pardolesi, R.: "Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria", *Foro it.*, 2017, 5/5, pp. 197-207

Quadri, E.: "Indennizzo e assicurazione", in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria* (a cura di M. Comporti e G. Scalfi), Giuffrè, Milano, 1988.

Romagnoli, G.: "Autoassicurazione della responsabilità medica: compatibilità con i principi di diritto interno ed europeo", *Danno e resp.,* 2015, pp. 329 ss.

Romagnoli, G.: "Riflessioni critiche sull'autoassicurazione della responsabilità medica: compatibilità della scelta delle Regioni e delle aziende sanitarie con i principi di diritto interno ed europeo", *Giust. Amm.*, 2015, pp. 7 ss.

Rossi, G.: *Le clausole* claims made*: dalla valutazione della giurisprudenza alla logica del mercato assicurativo*, Cedam, Padova, 2018.

Selini, V.: "Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario", *Danno e resp.*, 2017, pp. 301 ss.

Velliscig, L.: *Assicurazione ed "autoassicurazione" nella gestione dei rischi sanitari*, Milano, Giuffrè, 2018.

Velliscig, L.: "L'autoassicurazione", in *Diritto alla salute e contratto di assicurazione* (a cura di P. Corrias, E. Piras e G. Racugno), ESI; Napoli, 2019, pp. 107 ss.

Ventura, F. - De Stefano, F. – Bonsignore, A. - Gianelli Castiglione, A.: "La legge 24/2017 e il ruolo medico-legale in un sistema di autoassicurazione: le "analoghe misure" della Regione Liguria", *Riv. it. med. legale*, 2017, pp. 1015 ss.

IL CLINICAL RISK MANAGEMENT NELLE AZIENDE SANITARIE QUALE "CHIAVE DI VOLTA" PER GIUNGERE AD UNA MAGGIORE EFFICIENZA NELLA QUALITÀ DEI SERVIZI DEL SISTEMA SANITARIO NAZIONALE

CLINICAL RISK MANAGEMENT IN HEALTHCARE COMPANIES AS "THE KEY TO ACHIEVING GREATER EFFICIENCY IN THE QUALITY OF HEALTH SYSTEM SERVICES"

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 2008-2037

Serena
CANCELLIERI

ARTICOLO CONSEGNATO: 14 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Lo scritto parte dall'analisi del *Clinical Risk Management* come strumento di tutela della salute alla luce dei principi costituzionali e sovranazionali e di come questo possa essere utile al raggiungimento di una maggiore qualità dei servizi erogati dal sistema sanitario. Sarà svolta una disamina del *Clinical Risk Management* nel panorama statunitense, europeo e italiano alla luce della legge Gelli-Bianco. Verranno messi in luce sia gli aspetti positivi, sia le criticità che la suddetta legge ha creato sul tema della gestione del rischio clinico e sulla sicurezza delle cure. Saranno oggetto di indagine specifica gli strumenti conciliativi e deflattivi del contenzioso quali la mediazione e l'art.696-bis c.p.c. previsti dall'art.8 della l.24/2017. Oltre a far luce sugli aspetti problematici dei suddetti, l'articolo si pone come obiettivo quello di trovare, attraverso una funzionale gestione del rischio, delle soluzioni comunicative e di audit clinico che promuovono un approccio multidisciplinare e sostenibile al fine di prevenire l'insorgere di contenziosi in materia sanitaria.

PAROLE CHIAVE: Clinical Risk Management; legge Gelli-Bianco; mediazione; audit clinico; soft skills; intelligenza emotiva.

ABSTRACT: *The paper starts from the analysis of Clinical Risk Management as a tool to protect health in the light of constitutional and supranational principles and how this can be useful to achieve a higher quality of services provided by the health system. Clinical Risk Management will be examined in the USA, European and Italian panorama in the light of the Gelli-Bianco law. Both the positive aspects and the critical aspects that the aforementioned law has created on the topic of Clinical Risk Management and the safety of care will be highlighted. Will be the subject of specific investigation the conciliatory and deflective instruments of litigation such as mediation and art.696-bis c.p.c. provided for by art.8 of l.24/2017. In addition to shedding light on the problematic aspects of the above, the article aims to find, through functional risk management, communication and clinical audit solutions that promote a multidisciplinary and sustainable approach to prevent the emergence of health disputes.*

KEY WORDS: *Clinical risk management; Gelli-Bianco law; mediation; clinical audit; soft skills; emotional intelligence.*

SOMMARIO.- I. CLINICAL RISK MANAGEMENT: DALLE FONTI SOVRANAZIONALI ALLA DISCIPLINA ITALIANA. - II. LA LEGGE GELLI BIANCO E LA RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE: UN EQUILIBRIO TRA GESTIONE DEL RISCHIO E INTENTI DEFLATTIVI DEL CONTENZIOSO. - III. CONCLUSIONI.

I. CLINICAL RISK MANAGEMENT: DALLE FONTI SOVRANAZIONALI ALLA DISCIPLINA ITALIANA.

Il *Clinical Risk Management* è un tema su cui la letteratura scientifica si è, ormai da molti anni, soffermata in quanto strettamente connesso alla tutela della salute della persona e alla qualità dei servizi erogati dal sistema sanitario[1]. Il "rischio clinico" infatti è definito come la probabilità che un paziente subisca un "danno o un disagio involontario, imputabile alle cure sanitarie, che causa un prolungamento delle condizioni di salute o la morte"[2]. Il *Clinical Risk Management* è,quindi, l'attività finalizzata alla riduzione di tale rischio che tiene conto dell'associazione tra errori ed eventi avversi[3]. Vi è, quindi, un imprescindibile legame che connette la gestione del rischio alla tutela della persona e della sua salute. Altro fattore di considerevole importanza che incide sul *risk management* è il sistema di responsabilità civile e penale e le leggi che lo disciplinano, nonché le sostanziali modifiche sul tema introdotte dalla legge Gelli-Bianco che, come largamente conosciuto, attuano un doppio binario di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (una in capo alla struttura sanitaria, l'altra in capo al medico).

Più specificatamente anche nella letteratura medica è ormai consolidata la constatazione che il *Clinical Risk Management*, da ora in poi CRM, abbia determinato dei tangibili benefici per i pazienti, per i professionisti e per i sistemi sanitari nel loro complesso[4].

Per i pazienti la sicurezza delle cure è un aspetto inscindibile rispetto al diritto alla salute sancito all'art.32 Cost., dalla Convenzione di Oviedo, nonché all'art.9

1 Tartaglia, R.: "Brief Story of a Clinical Risk Manager", in Aa.Vv.: *Textbook of Patient Safety and Clinical Risk Management* (a cura di L. Donaldson, W. Ricciardi, S. Sheridan, R. Tartaglia), Springer, Cham (CH), 2021, p.2.

2 Kohn, L.T., Corrigan, M.J., Donaldson, M. S.: *To Err is Human: Building a Safer Health System*, National Academies Press (US), Washington (DC), 2000, pp. 49-68.

3 Damiani, G., Giubbini, G.: "Storia del clinical risk management in sanità e impatto sugli attuali sistemi sanitari", *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario),* 2020, num. 4, pp.1965 ss.

4 La Pietra, L., Calligaris, L., Molendini, L., Quattrin, R., Brusaferro, S.: "Medical errors and clinical risk management: state of the art", *Acta otorhinolaryngologica italica*, 2005, num.25, pp. 339-46, Caputo, M.: "Focus: la prevenzione degli errori in sanità. La lezione del clinical risk management - introduzione al focus - prevenire è meglio. Uno sguardo interdisciplinare sull'organizzazione sanitaria quale fonte di rischi per la salute e garante della sicurezza delle cure", *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario),* 2020, num. 4, p.1955.

• Serena Cancellieri
Phd Student in Legal and Social Sciences- Università di Camerino
serena.cancellieri@unicam.it

della Carta Europea dei Diritti del Malato,: "ogni individuo ha il diritto di non subire danni derivanti dal cattivo funzionamento dei servizi sanitari o da errori medici e ha il diritto di accedere a servizi e trattamenti sanitari che garantiscano elevati standard di sicurezza"[5].

Oltre a ciò altra doverosa constatazione è quella che lega l'aspetto della prevenzione del rischio clinico con la riduzione della mole del contenzioso e dei relativi costi finanziari.

Assodata l'importanza del CRM e prima di analizzare l'impatto che quest'ultimo ha avuto nel sistema sanitario in seguito alla legge 8 marzo 2017, n.24[6] è opportuno fare un breve accenno alle fonti legislative di matrice sovranazionale alle quali questo si ispira, nonché considerare gli interventi che sono stati messi in atto in Italia prima del 2017.

Nello specifico verranno considerate sia le fonti europee da cui il CRM si ispira, sia le fonti internazionali statunitensi, dato che il CRM nasce negli USA come risposta alla c.d. "crisi da *malpratice*"[7] che si è verificata nei primi anni '70 dove si sono susseguiti una serie di elementi negativi per la gestione del rischio sanitario (aumento del numero e di onerosità dei rimborsi per errori nelle cure, la scarsità di offerta assicurativa per l'attività sanitaria, l'incremento dei premi assicurativi, etc.)[8]. Durante gli anni '80, gli ospedali cominciarono a familiarizzare con il concetto di CRM non solo come soluzione alla gestione finanziaria degli errori da *malpractice,* ma anche come organizzazione e prevenzione dei rischi al fine di tutelare maggiormente il paziente.

In questo periodo l'American Hospital Association formalizzò la definizione dei programmi per il *risk management* e la figura del ruolo del *risk manager.*

Nel 1999 il sentito tema dei danni derivanti dalle cure mediche è ritornato con la pubblicazione del famoso rapporto dell'Institute of Medicine intitolato "*To herr is human*"[9] da cui peraltro deriva la definizione stessa di CRM.

Il suddetto rapporto ebbe risonanza scientifica e mediatica tanto da costituire una vera e propria rivoluzione nel modo di gestire la sanità, tant'è che il Congresso

5 Carta Europea dei Diritti del Malato, 30 marzo 1994.

6 Genovese, U.: "La sicurezza delle cure" in Aa.Vv.: *La responsabilità medica*, (a cura di N. Todeschini), Utet, Torino, 2019, pp. 22 ss.; Parziale, A., Rischio clinico e responsabilità civile del personale sanitario e della struttura per difetto di organizzazione, *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario),* num. 4, 2020, p.2013 ss.

7 Mautone, P., Riccardi, A.: "Clinical risk management e consenso informato alle cure anti COVID-19", in Aa.Vv.: *Responsabilità sanitaria e sanità responsabile* (a cura di L. Romano), Giuffrè, Milano, 2022, pp.259 ss.

8 Mautone, P., Riccardi, A.: "Clinical", cit., p. 259.

9 Kohn, L.T., Corrigan, M.J., Donaldson, M. S.: *"To Err",* cit. p. 10.

degli Stati Uniti decise di finanziare progetti mirati sulla sicurezza dei pazienti con l'obiettivo di migliorare la ricerca ed individuare metodologie efficaci per ridurre il numero di eventi avversi. Venne individuato nell'AHRQ (*American Health Research and Quality*) il centro per il miglioramento della qualità della sicurezza del paziente.

Il messaggio chiave, nel rapporto suindicato, è stato interpretato come molto innovativo in quanto, non solo tendeva ad un miglioramento consistente delle cure, ma soprattutto ad una nuova configurazione della c.d. malasanità. Infatti la grande innovazione apportata è stata proprio quella di cambiare completamente l'approccio passando dalla c.d. teoria della "mela marcia" tendente ad individuare uno o più responsabili dell'errore eliminandoli dal sistema in favore della teoria di un miglioramento sistematico ed organico di tutto il sistema sanitario[10], inducendo ad azioni di politica sanitaria mirate alla sicurezza del paziente.

Oltre alle fonti provenienti dalla letteratura scientifica statunitense[11], prima di approdare alla legislazione italiana, il tema ha avuto riscontro nell'azione dell'Unione europea[12]. Possono essere menzionate la Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 9 giugno 2009 sulla sicurezza dei pazienti[13], poi ribadite nelle Conclusioni del Consiglio sulla sicurezza dei pazienti e la qualità dell'assistenza medica del 6 dicembre 2014, le quali hanno proposto una strategia basata principalmente su un approccio sistemico alla gestione del rischio connesso all'attività sanitaria[14].

Il recepimento delle suddette indicazioni inquadra sia il superamento di un approccio amministrativo al rischio limitato all'acquisto di una polizza assicurativa, sia di un approccio punitivo e rimediale nei confronti dell'errore, sia una concezione limitata dell'errore inteso solo come prerogativa del singolo soggetto

10 Damiani, G., Specchia, M.L., Ricciardi, W.: *Manuale di programmazione e organizzazione sanitaria*, Idelson-Gnocchi, Napoli, 2018, pp.1 ss.; Benucci, G., Carlini, L., Lancia, M., Rossi, R., Conforti, F.: "Patient safety & clinical risk management", in Aa.Vv.: *Trattato di medicina legale e scienze affini* (a cura di G. Giusti), Cedam, Padova, 2009, pp.573 ss.; Catino, M.: "Oltre l'errore umano. Per una teoria organizzativa degli incidenti nelle organizzazioni", *Giornale italiano di nefrologia,* 2009, num. 1, pp. 110-117.

11 Leape, L.: "Error in medicine", *Jama*, 1994, num.23 , pp. 1851-1857.; Palmer, L.I.: "Patient safety, risk reduction, and the law, in 36 Hous", *L. Rev*, 1999, p.1609; Barach, P., Small, S.D., " Reporting and preventing medical misahaps: lessons from non-medical near miss reporting systems", *Clinical review*, 2000, num. 320, pp.759-763; Shojania, K. G., Wald, H., & Gross, R.: "Understanding medical error and improving patient safety in the inpatient setting" *Medical Clinics*, num. 86, pp. 847-867 ; Nocco, L.: " La gestione del rischio clinico ed il monitoraggio degli errori medici: spunti di riflessione in chiave comparative", *Danno e Resp*, 2003, num. 4, pp.444-452; Turillazzi, E., Neri, M.: "Rischio clinico: la recente esperienza statunitense e la competenza medico-legale", *Riv. it. med. leg.*, 2005, pp. 741 ss.

12 Pazzi, M.: "Rischio clinico nel diritto dell'Unione europea", *Pol. san.,* 2013, num.14, pp. 85 ss.

13 Alpa, G.: *La responsabilità sanitaria. Commento alla l. 8 marzo 2017, n. 24*, Pacini Giuridica, Pisa, 2017, pp. 10 ss.; Breda, R.: "La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità", *Danno e resp*, 2017, pp. 283; Salanitro, U.: "Sistema o sottosistema? La responsabilità sanitaria dopo la novella", *Nuova giur. civ. comm*, 2018, p. 1676; Faccioli, M.: "Sicurezza delle cure e gestione del rischio clinico nella Legge Gelli-Bianco", in Aa.Vv.: *Responsabilità sanitaria, rischio clinico e valore della persona,* (a cura di G. Cassano), Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, num.1, pp. 43- 48; Mantovani, M.P.: *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria,* Jovene Editore, 2017, p. 228.

14 Reason, T.: *Human error*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1990, pp.1 ss.

appartenente al personale medico e non anche come errore di "sistema" collegato ad un'inefficienza organizzativa[15].

Alla luce di suddette considerazioni è opportuno valutare una disamina del CRM nel panorama italiano. La legge Gelli-Bianco, benché abbia dato i natali concretamente alla gestione del rischio, è il prodotto di un iter legislativo attuato sulla spinta delle fonti sovranazionali e di interventi legislativi precedenti.

A livello nazionale la prima iniziativa in merito al CRM è stata l'istituzione nel 2003 di una Commissione tecnica sul rischio clinico, sostituita successivamente da un Gruppo di lavoro per la sicurezza dei pazienti nel 2006 e nel 2007 dal Sistema nazionale di riferimento per la sicurezza dei pazienti. Nel 2008 l'intesa tra Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano prevede l'attivazione di una funzione aziendale permanente per la gestione del rischio clinico presso le aziende sanitarie pubbliche e private accreditate e l'attivazione presso il Ministero della Salute dell'Osservatorio nazionale degli eventi sentinella e, presso l'AGENAS, dell'Osservatorio nazionale sinistri e polizze assicurative nonché dell'Osservatorio buone pratiche per la sicurezza dei pazienti che mira ad individuare e promuovere sul territorio nazionale gli interventi di miglioramento della sicurezza dei pazienti.

Nel 2009 viene poi istituito il Sistema informativo per il monitoraggio degli errori in sanità (SIMES), che raccoglie le informazioni in merito alle denunce di sinistri e agli eventi sentinella trasmessi dalle strutture sanitarie tramite le Regioni e le Province autonome che fa confluire questi dati presso l'Osservatorio nazionale sinistri e polizze assicurative.

Qualche anno dopo il CRM viene inserito nella c.d. Legge Balduzzi all'art.3-bis rubricato "gestione e monitoraggio dei rischi sanitari" il quale dispone che "al fine di ridurre i costi connessi al complesso dei rischi relativi alla propria attività, le aziende sanitarie, nell'ambito della loro organizzazione e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ne curano l'analisi, studiano e adottano le necessarie soluzioni per la gestione dei rischi medesimi, per la prevenzione del contenzioso e la riduzione degli oneri assicurativi. Il Ministero della salute e le Regioni monitorano, a livello nazionale e a livello regionale, i dati relativi al rischio clinico".

Dal percorso evolutivo fino ad ora esaminato si riscontra che anteriormente alla legge Gelli – Bianco le iniziative legislative a favore di un'organicità della materia del CRM sono state molteplici, ma è altrettanto palese che si tratta di un percorso

15 Breda, R. "La responsabilità", cit., pag. 283.

disordinato e farraginoso non caratterizzato da organicità sia nell'attuazione, sia nella disciplina[16].

Negli anni successivi il legislatore ha però preso consapevolezza sia dell'importanza di una regolamentazione ordinata e unitaria, sia di un'organizzazione omogena su tutto il territorio nazionale sul tema del CRM per tutelare gli interessi del paziente.

In questo "nuovo" percorso legislativo che ha, infine, portato alla legge Gelli-Bianco, il primo passo è stato svolto dalla legge di stabilità 2016 che ha anticipato alcuni tratti fondamentali del CRM poi portati a compimento dalla successiva legge 8 marzo 2017, n.24.

Innanzitutto nella l.28 dicembre 2015, n.208 (c.d. legge di stabilità) ai commi 538, 539 e 540 dell'art. 1 dispongono la priorità del CRM del Sistema sanitario che garantisce un uso più appropriato delle risorse disponibili garantendo la tutela del paziente.

Il palese richiamo al termine "appropriatezza" all'interno del comma 538 introduce un nuovo parametro nella misurazione dell'efficienza delle cure che non tiene più conto soltanto del binomio benefici/costi per il Sistema sanitario, ma del binomio rischi/benefici[17].

Quindi vi è l'instaurazione di una nuova ottica di impostazione del sistema sanitario che valuta come centrale la correlazione tra i rischi e i benefici che ne conseguono. Al comma successivo vi è la disposizione di un rafforzamento dell'attività delle Regioni che devono attuare un monitoraggio e una prevenzione nella gestione del CRM attraverso percorsi di audit clinico ed altri metodi finalizzati allo studio dei processi interni e delle criticità presenti, con relativa segnalazione delle possibili attività per la messa in sicurezza dei percorsi sanitari[18].

Il comma 539 è stato riformulato dall'art.16, comma 1 della legge Gelli Bianco, il quale prevede attualmente che "i verbali e gli atti conseguenti all'attività di gestione del rischio clinico non possono essere acquisiti o utilizzati nell'ambito di procedimenti giudiziari"[19]. Questa norma è molto importante perché influisce sul buon andamento organizzativo e di gestione dei sistemi di audit clinico, in quanto è stata appositamente emanata proprio per evitare il timore da parte del

16 Gesualdo, L., Ricciardi, G.W., Tartaglia, R., Trojano, V.,Cirese, V.: "Sicurezza delle cure e prevenzione del rischio" in Aa.Vv.: *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, (a cura di F.Gelli, M. Hazan, D. Zorzit), Giuffrè, Milano, 2017, p.55.

17 Agnello, C.: "La gestione del rischio alla luce della legge di stabilità e nella prospettiva di riforma della responsabilità professionale", *Pol. san.,* 2017, num. pp.27 ss.

18 Faccioli, M.: "Sicurezza", cit. p. 45.

19 Legge 28 dicembre 2015, n. 208, articolo 1, comma 539, lettera a).

personale sanitario di un procedimento giudiziario che acquisisca i dati raccolti durante l'attività di gestione del rischio. È pacifico che la norma si riferisca sia ai procedimenti civili che a quelli penali[20].

Proprio a questo proposito è interessante riflettere sul valore effettivo dato dal diritto vivente alla raccolta dati in sede di attività di gestione del rischio e fino a che punto è garantita la loro effettiva utilizzabilità da parte del paziente in sede giudiziaria.

Alla luce di una recente pronuncia del Consiglio di Stato[21], è stato necessario comprendere quanto concretamente gli atti del Comitato di valutazione sinistri (CVS) possano essere inseriti nel più ampio concetto di *risk management* e contenere, pur non essendo direttamente funzionali alla difesa in giudizio dell'Amministrazione, valutazioni di ordine strategico-difensivo ulteriori rispetto a quelle di carattere strettamente ricognitivo (della dinamica degli eventi) o valutativo (dei profili medico-legali della vicenda).

Le due domande aprono scenari completamente diversi a seconda della natura considerata dei suddetti atti.

Infatti qualora si considerassero gli atti del CVS come ricompresi nel concetto di CRM, quest'ultimi seguirebbero l'art. 1, comma 539 della legge 28 dicembre 2015, n.208, ora modificato nell'art. 16 della legge Gelli-Bianco e quindi non potrebbero essere utilizzati in sede giurisdizionale perché rientranti nella disciplina suddetta.

Qualora, invece, come nel caso di specie, si considerino le informazioni raccolte in fase di istruzione del sinistro utili anche per il più ampio monitoraggio del rischio clinico, ciò non consente di per sé di estendere a tutti gli atti del CVS il divieto di utilizzazione espressamente previsto con riguardo a quelli assunti nell'esercizio dell'attività di *risk management*, dotandoli di maggiore "libertà di movimento" all'interno di un contenzioso.

Così è come si è espresso il TAR Lombardia nel 2019[22], che proprio in tal senso, nella sentenza impugnata avanti al Consiglio di Stato, aveva avuto modo di rilevare: "non vale richiamare l'art. 1, comma 539, lett. a), della legge n. 208 del 2015, in forza del quale i verbali e gli atti conseguenti all'attività di gestione del rischio clinico non possono essere acquisiti o utilizzati nell'ambito di procedimenti giudiziari". I verbali e gli atti cui fa riferimento questa norma sono, a parere del Collegio,

20 Genovese, U., Del Sordo, S., Pravettoni, G., Akulin, I. M., Zoja, R., & Casali, M.: (2017) "A new paradigm on health care accountability to improve the quality of the system: four parameters to achieve individual and collective accountability", *Journal of Global Health*, 7giugno 2017, num. 7.

21 Consiglio di Stato, Sezione III, Sentenza 31 gennaio 2020, n. 808.

22 TAR Lombardia, 12 novembre 2019, n. 2396.

quelli afferenti all'attività di *risk management*, e cioè all'attività generale di raccolta delle informazioni effettuata allo scopo di prevenire l'evoluzione del contenzioso e di valutarne gli impatti legali ed assicurativi. Si tratta dunque di atti diversi da quelli presi in considerazione in questa sede i quali, come detto, sono adottati nell'ambito dell'attività istruttoria relativa a specifici sinistri in concreto verificatisi ed hanno come scopo quello di accertare se, nel caso concreto, la struttura abbia applicato correttamente le regole della scienza medica. Nel 2011 il Consiglio di Stato[23] rilevava come gli atti del CVS possano comunque contenere "valutazioni di ordine strategico-difensivo" e in quanto tali devono ritenersi sottratte all'accesso e ciò sulla scorta di quanto espresso dalla giurisprudenza amministrativa.

Alla luce di queste considerazioni, il Consiglio di Stato nel 2020 si esprime nel senso secondo cui "non possono essere esibiti pareri legali rilasciati all'amministrazione al fine di definire una strategia una volta insorto un determinato contenzioso, ovvero una volta iniziate situazioni potenzialmente idonee a sfociare in un giudizio". La *questio,* sottoposta al Consiglio di Stato nel 2020, attiene alla comprensione se, alla luce dei principi già espressi dalla giurisprudenza amministrativa in tema di accesso, il divieto di acquisizione/utilizzazione invocato dalla struttura possa ritenersi esteso a tutti gli atti assunti dal CVS.

Il Consiglio di Stato nella pronuncia del 31 gennaio 2020, n.808, sez. III stabilisce che gli atti del CVS, pur non essendo direttamente funzionali alla difesa in giudizio dell'Amministrazione, possono contenere valutazioni di ordine strategico-difensivo più specifiche rispetto a quelle di carattere strettamente ricognitivo (dinamica degli eventi) o valutativo (profili medico-legali).

Quindi, fermo restando il divieto di utilizzazione degli stessi, come previsto dall'art. 16 l. 24/2017, l'esibizione di tali documenti dovrà avvenire mediante l'impiego degli opportuni accorgimenti (stralcio, omissis ecc.), atti ad assicurare la salvaguardia del diritto di difesa dell'Amministrazione appellante, accompagnati dalla attestazione da parte del responsabile del procedimento che le parti omesse o stralciate contengono effettivamente valutazioni di carattere difensivo dell'Amministrazione elaborate in funzione del contenzioso instaurato in sede civile[24].

La soluzione del Consiglio di Stato sembrerebbe muoversi in un'ottica di ragionevole proporzionalità e di tutela dei principi costituzionali e sovranazionali.

Infatti, se da una parte l'accesso agli atti del CVS è negato in contesti strettamente giurisdizionali per salvaguardare la struttura, dall'altra parte la

23 Cons. St., ord., sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4798.

24 Chiriatti, G.: "RC Sanitaria: l'accesso agli atti del Comitato Valutazione Sinistri (CVS)", *Ridare.it,* 18 marzo 2020.

soluzione ermeneutica espressa dal Consiglio di Stato permette comunque al paziente di avere la disponibilità di tali documenti al fine di consentirgli di meglio orientare la propria iniziativa oppure, al contrario, di rinunciarvi (nell'ipotesi in cui non emergano elementi sufficienti a sostenere la domanda giudiziale); proprio in tal senso, a prescindere dal successivo uso dell'atto in giudizio, l'accesso svolge una propria utilità. Ancor più specificatamente assolve pienamente alla funzione di riduzione del contenzioso contenuta nei programmi di *risk management*.

Anche se è rilevabile un'ulteriore criticità sul punto, si potrebbe infatti obiettare che sebbene il Consiglio enunci un principio di diritto che salvaguardia *de facto* il diritto di accesso del paziente pone l'amministrazione in una condizione di "scelta" rispetto alle parti da esibire (trattandosi di oscuramento o di stralcio di tali informazioni) rendendo così non accessibili tutte le informazioni che possano risultare ad essa sfavorevoli.

Proprio per questo il rapporto tra i due soggetti apparirebbe iniquo, soprattutto qualora si consideri la cartella clinica come "precostituita" dalla medesima struttura[25].

In conclusione l'elemento di novità stabilito dal Consiglio di Stato con questa pronuncia, ovvero che tali dati possono essere usati al fine di un orientamento difensivo e una valutazione sul ricorrere ad un contenzioso, consiste in una sorta di *"incipit"* sul quale si può realmente basare la funzione "mediatrice" - di orientamento per una valutazione del rischio, anche nel caso in cui non sia auspicabile, a tutela del paziente, proseguire nella fase del contenzioso.

II. LA LEGGE GELLI BIANCO E LA RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE: UN EQUILIBRIO TRA GESTIONE DEL RISCHIO E INTENTI DEFLATTIVI DEL CONTENZIOSO.

In seguito all' introduzione della legge Gelli-Bianco, che parte dall'analisi della prevenzione del rischio finalizzata alla riduzione dello stesso in un'ottica orientata alla tutela della persona e della salute, viene considerato il binomio che corre tra la gestione del CRM e la prevenzione degli eventi avversi della struttura e riduzione del contenzioso civile e penale migliorando così il rapporto tra medici, pazienti e strutture sanitarie.

Alcuni degli obiettivi sottesi alla legge Gelli-Bianco consistono nel tentativo di arginare la c.d. "medicina difensiva" e di prevedere risarcimenti più sicuri e realizzabili in tempi più brevi, la prevenzione della *malpractic*e, la creazione di nuovi

25 Chiriatti G.:, *La cartella clinica*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 24 ss.

sistemi di gestione del rischio e il menzionato alleggerimento del contenzioso civile e penale.

Nonostante la legge Gelli –Bianco sia conosciuta per la modifica della disciplina della responsabilità civile e penale che deriva da *medical malpractice,* si apre con le disposizioni tese a sottolineare il principio di sicurezza delle cure nonché con specifico riguardo all'implementazione nel sistema italiano di gestione del rischio clinico[26].

Già dalla lettura del dato normativo è possibile assistere ad un mutamento nella prospettiva stessa del concetto di "cura" e di gestione di eventuale *malpractice* rispetto alla legge Balduzzi, tant'è che nella legge Gelli- Bianco si parte proprio dalla sicurezza delle cure e dalla gestione del rischio sanitario per approdare alla nuova definizione delle regole di responsabilità civile e penale.

Il diritto alla salute si realizza attraverso la gestione del rischio connesso all'espletamento delle prestazioni sanitarie, nonché tramite l'utilizzo sostenibile di prestazioni strutturali, tecnologiche e organizzative.

All'art. 1 della legge Gelli –Bianco, rubricato come "Sicurezza delle cure in sanità", si legge: "La sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell' individuo e della collettività. La sicurezza delle cure si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative.

Alle attività di prevenzione del rischio messe in atto dalle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, è tenuto a concorrere tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operano in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale".

Come è ormai noto, la suddetta legge ha dato una cornice a determinate tematiche, come quella del rischio sanitario e della sicurezza delle cure, della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria e della struttura pubblica o privata della rilevanza delle linee guida, obblighi di assicurazione, modalità dei procedimenti giudiziari, nonché ruolo dei CTU.

Ha dato altresì rilevanza al ruolo dell'AGENAS nonché alla figura del *Risk Manager* già istituita con la legge 28 dicembre 2015, n. 208.

26 Mantovani, M.P.: "*Assicurazione*", cit., p.224 ss.

Tuttavia la gestione del rischio non è una nuova tematica, ma è invece da considerare insita nel concetto stesso di responsabilità civile e di protezione della personalità umana che si esplica in tutti gli "atteggiamenti soggettivi nei quali si può realizzare la persona"[27].

Gestire il rischio nell'attuazione concreta dell'attività medico sanitaria significa attuare una tutela preventiva dell'integrità psicofisica del soggetto in quanto bene indisponibile che si esplica in una moltitudine di situazioni soggettive. Significa altresì elaborare il contenuto del c.d. principio di precauzione, di matrice comunitaria[28].

Il principio di precauzione, infatti, opera in una fase antecedente al concretizzarsi del danno[29] ed ha la funzione di orientare al fine di identificare elementi idonei a valutare il rischio di eventi non conosciuti. È da ciò che si considera il principio di precauzione come principio guida per il miglioramento della gestione del rischio, partendo dal presupposto che l'eliminazione del rischio di errore, in ogni attività umana, è impossibile[30].

Proprio il principio di precauzione orienta le scelte nelle attività volte a garantire la sicurezza della persona. Più specificatamente nell'attuazione dei servizi sanitari è necessario considerare le conseguenze ipoteticamente derivanti da scelte rischiose, insite nell'attività medica stessa, ancor prima che queste esplichino il loro momento patologico configurandosi in un'ottica risarcitoria.

È proprio dall'evolversi del progresso tecnologico, il quale può creare incertezza scientifica, che lo Stato si imbatte in nuove esigenze di protezione dell'ambiente e della salute[31]

Al fine di svolgere un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata della realtà dei servizi sanitari, nonché una funzionale gestione del rischio, è necessario considerare la differenza che intercorre tra il concetto di prevenzione e quello di precauzione.

Essi si distinguono "in ragione del differente grado di certezza circa il verificarsi dell'evento di danno"[32]. "La prevenzione incide sulla gestione dei rischi noti, il

27 Perlingieri, P.:*Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti,* ESI, Napoli, 2006, p.271.

28 Per l'espresso richiamo al principio di precauzione a norma dell'art. 191, 2 comma del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sul rapporto che intercorre tra principio di precauzione, proporzionalità e rischio per la salute collettiva, si vedano: Corte giustizia UE sez. I, 24 febbraio 2022, n. 452, Corte Costituzionale 18 gennaio 2018, n. 5.

29 Boeri, E., Petrelli, P.: "Il principio di precauzione, funzione preventiva e punitiva del risarcimento", in Aa.Vv.: *Trattato della responsabilità contrattuale*, (a cura di G.Visintini), Cedam, Padova, 2009, pp. 3 ss.

30 Boeri, E., Petrelli, P.: "Il principio", cit., p. 3 ss.

31 Perlingieri, P.: "Il diritto", cit., p. 754 ss.

32 Mantovani, M.P.: "L'assicurazione", cit. p. 231.

principio di precauzione, invece, serve per gestire i rischi non rilevati"[33]. Quindi, per poter prevenire è necessario conoscere e poter misurare il rischio, quindi la prevenzione è come se fosse un sottoinsieme rispetto al principio di precauzione, di cui si conosce il contenuto ed è possibile, quindi, applicare delle misure per fronteggiarlo.

L'attuazione del principio precauzionale pone l'interprete di fronte a delle scelte di bilanciamento di principi costituzionali come ad esempio quello contenuto nell'art.41 Cost. libertà di iniziativa economica e nell' art. 9 Cost. promozione della ricerca scientifica e tecnica. Un interesse alla salute che comporta una tutela precauzionale tenendo bel salda la centralità della persona e l'applicazione dell'art.32 Cost[34].

L'importanza del bene salute, non si dimostra soltanto attraverso una verifica circa l'ingiustizia della sua lesione e di conseguenza dell'eventuale risarcibilità, ma anche "attraverso l'attuazione più o meno effettiva del sistema di sicurezza sociale"[35].

Quindi in realtà la legge Gelli- Bianco intensificando la tutela preventiva della salute mediante un meccanismo di controllo del rischio attua pienamente il principio di precauzione, infatti quest'ultimo è un mezzo fondamentale per orientare le scelte in materia di politica sanitaria pubblica[36].

È interessante comprendere come l'impatto attuativo di questa legge si sia sviluppato nel contesto della gestione del rischio e di come quest'ultimo possa contribuire ad alleggerire il carico giudiziario di risoluzione di controversie derivate da *malpratic*e, o presunta tale.

Da una parte della dottrina la novella è stata accolta in modo entusiasta, soprattutto per il cambiamento che interessa il rapporto medico-paziente, sicuramente centrale, ma da un'altra parte della dottrina[37] l'evoluzione applicativa di tal legge non è vista nei migliori auspici attuativi[38], a detta di alcuni "cambierà la medicina in peggio, col rischio che arrivi, addirittura, a scardinare i suoi fondamentali connotati ippocratici"[39]. Fermo restando questa differente visione

33 Mantovani, M.P.: "L'assicurazione", cit. pp.231-232.

34 Perlingieri, P.: "Il diritto", cit., p.757;

35 Perlingieri, P.: "il diritto alla salute quale diritto della personalità", *Rass. dir. civ*, 1982, num.4, p.1026.

36 Mantovani, M.P.: "L'assicurazione", cit., p. 235.

37 Criscuolo, F.: "La nuova disciplina del rapporto medico-paziente: tra buone pratiche, natura dell'obbligazione e responsabilità del sanitario", *Rass.dir.civ.,* ESI, 2019, p.765; Salanitro, U.: " Sistema o sottosistema? La responsabilità sanitaria dopo la novella", *Nuova giur. civ. comm*, 2018, p. 1676.

38 Carimini, F.: *Ars medica e tutela del paziente,* ESI, Napoli, 2019, p.106.

39 Carimini, F.: *Ars,* cit., p.105.

sulla citata legge, nei dati di fatto l'attenzione all'importanza del *risk management* è aumentata e questo dato è interessante per molteplici aspetti[40].

Innanzitutto la maggior attenzione alla sicurezza del paziente attuata tenendo conto di un'ottica preventiva, soprattutto in occasione dell'emergenza epidemica collegata al COVID-19, in secondo luogo una gestione ottimizzante dei contenziosi in tema di *malpractice.*

Gestire i rischi che inevitabilmente si palesano nell'esecuzione dell'attività medico –sanitaria significa tutelare il diritto alla salute sancito all'art.32 Cost. e ripensare il sistema sanitario in un'ottica di sostenibilità. Proprio a questo proposito queste riflessioni si inseriscono sia in quelli che sono gli obiettivi dell'Agenda 2030 delle N.U., sia in quelli stabiliti nei finanziamenti del Next EU Generation e nel PNRR. Alla luce di questi obiettivi è fondamentale ripensare, anche con riguardo alla gestione del rischio, ad un sistema sanitario che persegua un miglioramento sotto molteplici aspetti.

- Ridurre l'accesso alle strutture sanitarie, favorendone la velocità;
- Migliorare la qualità della vita del paziente attraverso un personale maggiormente qualificato;
- Migliore organizzazione delle risorse umane ed economiche favorendo meccanismi di audit clinico e gestione sostenibile dei bilanci;
- Ridurre l'accesso al contenzioso attraverso meccanismi di mediazione, gestione preventiva del rischio (AGENAS), CTU.

Il *clinical risk management* include perfettamente le suddette visioni in quanto è definibile come "un approccio di miglioramento della qualità delle cure, dedicato all'identificazione delle circostanze che predispongono il paziente al rischio di danno e al controllo di queste circostanze", fermo restando che l'analisi della rischiosità di un sistema è il primo passo verso la prevenzione.

La legge 24/2017 afferma ulteriormente l'importanza dell'osservazione delle buone pratiche quale strumento di sicurezza delle cure istituendo presso l'AGENAS l'Osservatorio nazionale delle buone pratiche per la sicurezza in sanità. Quest'ultimo segue i principi contenuti all'interno della Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 9 giugno 2009 sulla sicurezza dei pazienti, comprese la prevenzione e il controllo delle infezioni associate all'assistenza sanitaria.

40 Criscuolo, F.: "La nuova", cit.pp. 764-765.

La normativa introdotta dalla legge Gelli Bianco è orientata a contrastare il fenomeno della medicina difensiva anche per quanto riguarda il profilo delle azioni proponibili da ridisegnare nell'ottica di una piena sostenibilità del sistema.

Con particolare riferimento a quest'ultimo aspetto anche in ambito processuale sono stati introdotti strumenti deflattivi del contenzioso o utili per "filtrare" le domande di contenuto esplorativo[41].

Dalla lettura del testo normativo, l'art. 8, rubricato "tentativo obbligatorio di conciliazione" prevede che l'azione giudiziaria volta ad ottenere il risarcimento danni per responsabilità sanitaria deve preliminarmente essere preceduta da un procedimento di consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c. o, in alternativa, da un procedimento di mediazione.

Subito dopo l'entrata in vigore della legge Gelli Bianco i suddetti metodi sembravano complicare l'accesso alla tutela giurisdizionale, ma in seguito ad una prima esperienza applicativa la riforma si è dimostrata concretamente vantaggiosa in quanto garantisce una tutela più immediata escludendo le ipotesi di giudizi infondati ex ante.

Quella introdotta è considerata una vera e propria riforma culturale che detta un nuovo modo di gestire il contenzioso in materia sanitaria.

Allo strumento sancito dall'art. 696-bis c.p.c. si affianca l'obbligo di esperimento del procedimento di mediazione previsto dall'art.5 del d.lgs. n.28 del 4 marzo 2010.

È, invece, dichiarata espressamente inapplicabile la negoziazione assistita ex art. 3, d.lgs. 132/2014, convertito, con modificazioni, dalla l. 162/2014.

Intento del legislatore nel 2017 è stato, quindi, quello di coniugare la funzione anticipata dell'istruttoria con la funzione conciliativa proprio tenendo conto dell'evoluzione della materia.

Nella pratica è stato rilevato come lo strumento della mediazione abbia riscontrato non poche difficoltà operative rispetto al procedimento a norma dell'art. 696-bis c.p.c.[42]

41 Codrino, A., Martinengo, P.: "Il contenzioso e la gestione dei giudizi. Profili processuali al banco di prova dopo quattro anni dall'introduzione della l.n. 24/2017", in Aa.Vv.: *Responsabilità. Rischio e danno in sanità* (a cura di F.Gelli, M.Hazan, D.Zorzit, F.Cascini), Giuffrè, Milano, 2022, pp. 480-481.

42 Il Tribunale di Verona ha introdotto un protocollo con una serie di previsioni di indirizzo interpretative della legge Gelli a fini di uniformità applicativa. Ha previsto che "in caso di azione di risarcimento danni che non implichino problemi di natura tecnica, l'unica condizione di procedibilità è la mediazione".

Sono state infatti eccepite delle criticità riguardo alla mancanza di preventiva istruttoria tecnica che possa così permettere di dettare dei margini per "convergenze conciliative"[43].

Sebbene la mediazione permetta di esperire una consulenza tecnica preventiva, quest'ultima si è quasi sempre preferita rispetto alla prima, demandata anche oggi perlopiù a determinate materie ove non vi siano particolari e complesse questioni di carattere tecnico da trattare.

Con specifico riferimento, quindi, a materie in cui ancor prima dell'aspetto puramente tecnico e medico si debba accertare la volontà del paziente, come nel caso di violazione del consenso informato o la effettiva volontà della gestante di una scelta di interruzione di gravidanza quando vi sia un danno da nascita indesiderata[44]. Quanto sopra è dovuto al fatto che in sede di CTU sarebbe più difficoltoso indagare sull'effettiva volontà del paziente riguardo ad un trattamento sanitario.

Nonostante sia meno utilizzata in ambito sanitario, la mediazione ha riscontrato dei buoni risultati, soprattutto in un'ottica di gestione del *risk management.*

Ne è un esempio l'esperienza di ASST Vimercate[45].

Innanzitutto da questa realtà è emerso che la differente natura ontologica che corre tra la procedura di mediazione e l'accertamento tecnico preventivo a norma dell'art.696-bis c.p.c. è funzionale ad una conciliazione che si basa su presupposti diversi.

La mediazione, caratterizzata da una maggiore informalità rispetto all'accertamento tecnico preventivo, permette alle parti di esprimersi liberamente, senza alcun vincolo e raggiungendo comunque un accordo soddisfacente dei loro interessi.

Il *focus* su cui si basa la mediazione in ambito sanitario è proprio quello di andare incontro alle divergenze, spesso comunicative, che danno luogo al contenzioso. Il solo risarcimento economico, infatti, spesso non è sufficiente a sanare le reali

43 Codrino, A., Martinengo, P.: "Il contenzioso", cit. p.481.

44 Come ad esempio attiene ai sinistri da c.d. *wrongful birth* al cui interno possono ricondursi una pluralità di ipotesi distinte incluse quelle in cui il ginecologo o l'andrologo si siano resi inadempienti nel fornire idonei strumenti contraccettivi ai genitori, sul punto: Sabatello, M.: " Wrongful birth: AI-tools for moral decisions in clinical care in the absence of disability ethics", *The American Journal of Bioethics*, 2022, num. 22, pp. 43-46; Cassazione civile sez. III, 15 febbraio 2022, n.4904; Oberto Tarena, I.: "Natura dell'azione proposta dai congiunti del paziente deceduto che non sono "terzi protetti dal contratto", *Ridare*, 2 maggio 2022.

45 https://www.mondoadr.it/lesperienza-della-mediazione-conciliativa-in-ambito-sanitario-dellasst-di-vimercate-pre-e-post-legge-gelli-2/

criticità riscontrabili sia nello specifico caso concreto, sia nella gestione dell'Azienda sanitaria e più in generale nel Sistema sanitario.

Indurre un meccanismo forte di mediazione equivarrebbe non solo a risolvere la singola fattispecie, ma attiverebbe una sorta di "reazione a catena" in cui, attraverso un buon apparato e contributo professionale di mediatori, si arriverebbe sia ad una maggiore qualità del SSN, sia ad un risparmio finanziario che potrebbe essere investito, ad esempio, nell'acquisto di macchinari o assunzione di personale specializzato, nonché in una funzionale gestione del *risk managament* attraverso percorsi efficienti di audit clinico[46].

L'Azienda di Vimercate, infatti, ha effettuato una scelta, ovvero quella di gestire i sinistri in proprio, partecipando attivamente alle mediazioni e cercando una serie di soluzioni extragiudiziali dei conflitti attuando pienamente un'ottimale gestione del rischio. Nel 2020 questa decisione ha condotto a poter sottoscrivere un contratto con una SIR di euro 200.000 e con un premio annuo di euro 1.700.000,00.

Dal confronto tra i dati emersi dall'esperienza citata esaminati prima e dopo l'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco si può dedurre che in precedenza i procedimenti di mediazione erano più numerosi e risolvevano gran parte delle controversie; in seguito all'applicazione della legge Gelli Bianco i tentativi di mediazione sono diminuiti, ma è aumentato il numero di contenziosi.

In base all'esperienza oggetto di studio, è possibile ritenere che la mediazione in ambito sanitario, proprio per le sue peculiarità, ha riscontrato risultati positivi e soddisfacenti per tutte le parti coinvolte migliorando sia le gestione del rischio clinico, sia quella del bilancio.

Formalmente però il giudice, a norma del comma 2, qualora rilevi l'improcedibilità dell'azione di merito deve disporre un procedimento *inter causam* di consulenza tecnica in via preventiva. Ciò escluderebbe la possibilità in capo al giudice di attivare ordinando alle parti una mediazione.

Questo passaggio dà luogo ad una duplice interpretazione: 1) ampia: addurre al giudice la possibilità di condurre le parti ad una mediazione, in quanto non abrogato formalmente l'art. 5 comma 1-bis, d.lgs n.28/2010 nella parte in cui disciplina l'azione risarcitoria da *medical malpractice*; 2) restrittiva: abrogazione tacita dell'art. 5, comma 1-bis in quanto l'art.8 della legge Gelli-Bianco è successivo

46 Bianchi, D.: "Gestione del rischio clinico e responsabilità penale dell'ente sanitario e dei suoi vertici", *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario),* 2020, num.4, p. 2027; Cembrani, F: "Le emergenze dello stato sociale e la crisi di identità della medicina legale del servizio sanitario nazionale", *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario),* 2020, n. 3, p.1391.

alla prima e mettere il giudice così in condizione di trattenere a sé la causa ormai incardinata ed impegnare la parte a dare impulso al procedimento di CTU.

Altro fattore da considerare è che avviare una mediazione "delegata" nel momento in cui una causa è già incardinata non avrebbe molto senso in quanto l'esito sarebbe per la maggior parte dei casi negativo.

Partendo da questo esempio concreto l'obiettivo è quello di riflettere su entrambi gli strumenti posti dal legislatore con il fine di comprendere, in un'ottica di gestione del rischio, quale sia l'ipotesi più funzionale al pieno espletamento della tutela del paziente e della deflazione del contenzioso[47].

L'art.8 della legge Gelli-Bianco è stato oggetto di dibattito dottrinale al fine di elaborare un'interpretazione che potesse convenire ad una soluzione in armonia con il significato sostanziale dello strumento conciliativo al quale si affrancano entrambe le soluzioni, seppur con criticità riscontrabili nella pratica. Per quanto riguarda l'ATP è necessario premettere che la norma è già inserita in un contrasto dottrinale preesistente che, calato nel contesto sanitario, lascia ampio spazio a ripensamenti sulla sua applicazione[48]. Innanzitutto la medesima presenta dei caratteri di ambiguità con particolare riguardo al rapporto che intercorre tra il procedimento di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite e il successivo giudizio di merito.

Ormai sembra pacifico considerare l'art.696-bis c.p.c. come strumento conciliativo[49] ed esperibile anche in assenza dei presupposti di natura schiettamente cautelare del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*. In questo senso, la consulenza tecnica preventiva sembrerebbe essere un vero e proprio strumento di deflazione processuale, ma fino a che punto può considerarsi effettivamente satisfattorio per le parti?

Con particolare riguardo alla responsabilità sanitaria il contrasto risulta particolarmente accentuato in quanto una parte della giurisprudenza escludeva il ricorso a questo strumento nei casi in cui le parti fossero in contrasto in merito

47 Da specificare che l'inserimento nel comma 2 ai fini dell'assolvimento della condizione di procedibilità, della possibilità di esperire, in alternativa all'ATP anche la mediazione è stato tardivo poichè effettuato solo nell'ultima versione approvata dal Senato. Ciò sembrerebbe giustificare il mancato coordinamento di tale facoltà con le altre disposizioni della norma.

48 Amirante, V: "Brevi note sulla legge di riforma della responsabilità sanitaria", *Questione giustizia,* 27 luglio 2017; Adorno, M.: "Il nuovo "filtro" dell'art. 696 bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria" *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017.

49 Romano, A.A.: "Il nuovo art. 696-bis c.p.c., tra mediation e anticipazione della prova", *Corr. giur*, 2006, p.410; Balena, G., Bove, M.: *Le riforme più recenti del processo civile: commento sistematico delle disposizioni processuali di cui al decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella legge 14 marzo 2005. n. 80, e successive modificazioni*, Cacucci, Bari, 2005, pp. 370 ss.; Montanari, M.L.: "Brevi note sulla natura giuridica della consulenza tecnica preventiva in funzione di composizione della lite (art. 696 bis c.p.c.) e sulle relative conseguenze d'ordine applicativo", *Giusto processo civ.*, 2012, num.1, pp. 717 ss., Bonatti, R.: " Un moderno dott. Jekyll: la consulenza tecnica conciliativa", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, num.61, pp. 247-266 ss.

"all'*an*" della responsabilità e quindi in controversie molto diffuse nell'ambito sanitario dove la maggior parte delle volte la sussistenza stessa della responsabilità è oggetto di contestazione.

Tuttavia la giurisprudenza[50] si è allineata in modo piuttosto netto in merito all'art. 696-bis c.p.c. ed ha evidenziato che la domanda di accertamento della responsabilità medica, non risarcitoria dei danni non è soggetta alle condizioni di procedibilità dell'art.8, per cui inammissibile.

Quindi se l'azione di accertamento della responsabilità è inammissibile alla luce dell'art.8, il fine conciliativo dell'art.696-bis c.p.c., perderebbe di senso? Si rivelerebbe soltanto un modo per anticipare una consulenza tecnica già consapevoli che sarà finalizzata al risarcimento del danno e non al riconoscimento dell'esistenza della responsabilità, quindi costituirebbe un metodo conciliativo per quanto concerne l'esatta determinazione del *quantum debeatur,* non in merito all'esistenza del diritto.

Certo è che un beneficio derivante dall'espletamento della CTU in sede preventiva e a fini conciliativi consiste nella semplificazione del successivo giudizio di merito nel quale si potrà utilizzare, avvantaggiandosi, la CTU già espletata[51]. Infatti, come è risaputo, sebbene sia possibile la nomina di uno o più esperti nel procedimento di mediazione è esclusa la producibilità in giudizio delle relazioni tecniche espletate.

Alla luce di queste ultime argomentazioni si può osservare come la valenza conciliativa della CTU all'interno della legge Gelli Bianco non sia scevra da criticità desumibili dallo stesso testo normativo. Infatti il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'art. 8 fa chiaramente presupporre la reale eventualità del successivo contraddittorio, in quanto il 696-bis c.p.c.: a) non può essere espletato per mero accertamento preventivo; b) la procedura è intesa con i presupposti propri della materia sanitaria. Quindi l'art.8 utilizza uno strumento che si concretizza nello stabilire il *quantum* e non è atto a stabilire l'esistenza della responsabilità.

Le domande soggette alla condizione di procedibilità sono quindi quelle risarcitorie svolte nei confronti della struttura e dell'esercente la professione sanitaria a norma dell'art.7 legge Gelli-Bianco. Tuttavia si riscontrano diversità rispetto ai presupposti e gli obiettivi su cui si basa la mediazione, in quanto la consulenza tecnica parte dal presupposto che un risarcimento dovrà concretizzarsi, non lasciando spazio ad interrogativi circa l'esistenza stessa della responsabilità;

50 Tribunale di Verona, sez.III civ., 26 aprile 2021, Tribunale di Cosenza, sentenza 13 gennaio 2021.

51 Donzelli, R.: "Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria", *Rivista di diritto processuale civile*, num.4-5, 2017, p.1201.

la mediazione invece parte da un presupposto completamente diverso ovvero quello di evitare il contenzioso e raggiungere un piano satisfattorio tra le parti che non comporti necessariamente una responsabilità netta in capo ad un soggetto piuttosto che ad un altro e che soprattutto tuteli il benessere psicofisico del paziente, il bilancio e la sostenibilità delle aziende sanitarie e che sia refrattaria all'ormai obsoleta concezione della "mela marcia".

Per quanto riguardano i commi 3 e 4 dell'art.8, non si possono considerare scevri da profili problematici.

Secondo il comma 3 dell'art. 8 della legge in esame: "Ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, e' depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1, il ricorso di cui all'articolo 702-bis c.p.c. In tal caso il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti; si applicano gli articoli 702-bis c.p.c.".

Vi è da comprendere quali conseguenze può determinare il mancato rispetto del termine di novanta giorni. Sul punto ha tentato di far chiarezza il Tribunale di Lucca[52]. Quest'ultimo ha respinto le eccezioni e le richieste formulate dal gestore di una casa di cura che era stato tardivamente chiamato in giudizio da una paziente della struttura. La parte convenuta sosteneva infatti che la domanda doveva essere dichiarata improcedibile e che la consulenza tecnica era divenuta inutilizzabile. La risposta del giudice di tale controversia pone il termine dei novanta giorni "come condizione atta esclusivamente a preservare gli effetti sostanziali e processuali della domanda introdotta con il ricorso e non a rendere procedibile la domanda di merito".

A ciò consegue che da un lato il ricorso a norma dell'art.702 bis c.p.c. tardivamente depositato è comunque procedibile in quanto i suoi effetti sostanziali e processuali sono destinati ad estrinsecarsi *ex nunc* e non dal momento del deposito del ricorso ai sensi del 696 bis c.p.c.; dall'altro lato il ritardo non incide in alcun modo sull'utilizzabilità della consulenza tecnica già espletata. Ancora una volta, quindi, si ha la conferma di alcune osservazioni in merito al tentativo di conciliazione espletato con consulenza tecnica preventiva: a) che la medesima sia un modo per "accorciare le distanze e i tempi" per stabilire il "quanto dover risarcire"; b) dubbi sull'effettiva natura conciliativa con specifico riguardo alla

52 Tribunale di Lucca, 22 novembre 2021.

materia sanitaria; 3) il processo di merito si atteggerebbe, pur non essendo tale, ad un processo di completamento[53].

Una consulenza tecnica che resiste "nel tempo e nello spazio" di un procedimento destinato a culminare necessariamente in un contenzioso, quanto può effettivamente considerarsi strumento di conciliazione?

In ultimo, occorre far breve cenno alle problematicità riscontrabili con riferimento al comma 4 dell'art. 8 il quale prevede la che "la partecipazione" al procedimento di consulenza tecnica preventiva sia "obbligatoria per tutte le parti", comprese le compagnie assicurative della struttura sanitaria e del medico. Qualora non vogliano "formulare l'offerta di risarcimento del danno dovranno comunicarne i motivi per cui intendo di non doverla formulare".

Partendo dal dato normativo, ad una prima interpretazione, sembrerebbe che l'intento del legislatore sia stato quello di favorire la partecipazione attiva al procedimento di consulenza proprio per garantirne la fruttuosità.

L'attore potrà comunque scegliere la propria direzione difensiva individuando la parte o le parti da convenire in giudizio. Qualora, invece, l'attore voglia proporre direttamente la domanda verso la compagnia assicuratrice della struttura sanitaria o dell'esercente la professione sanitaria, dovranno essere necessariamente presenti in giudizio.

Compreso il tenore letterale del 4 comma e considerata obbligatoria la presenza di tutte le parti occorre delimitare il perimetro delle conseguenze della violazione di quest'obbligo, quindi qualora la compagnia assicuratrice fosse assente o non abbia formulato la proposta risarcitoria omettendo di comunicare i motivi.

La sanzione prevista dall'art.8, comma 4 comporta, in caso di sentenza in favore del danneggiato, il versamento a carico della compagnia assicuratrice di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio.

In ultimo, il comma 4 impone alla parte che non ha partecipato al procedimento, una pena pecuniaria aldilà dell'esito stesso del giudizio[54]

Alla norma in esame soggiace l'intenzione di assicurare una piena partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva di tutte le parti, ma al contempo condannare al pagamento dei costi dell'intero percorso giurisdizionale alla parte

53 Donzelli, R.: "Profili", cit. p.1201 che ritiene "in questa ipotesi, infatti, la prosecuzione del processo nelle forme ordinarie costituirebbe un effetto pressoché scontato".

54 Palmieri, A.: "Responsabilità sanitaria e c.t.preventiva: alcuni profili problematici", *Il Quotidiano Giuridico,* 4 gennaio 2022, p.1 ss.

che non è comparsa risulta avere dei profili di incostituzionalità[55]per violazione degli artt. 3, commi 1 e 2, 24, comma 1 e 2, 111, comma 2, Cost. La previsione considerata è limitativa infatti sia del diritto alla difesa che di quello d'azione, nonché della tutela giurisdizionale in quanto non sussiste né proporzionalità, né ragionevolezza tra il comportamento sanzionato ed il successivo ed eventuale ostacolo allo svolgimento del processo.

In ultimo, stando ad un'interpretazione restrittiva dell'art.8, comma 4: la parte che non partecipa alla consulenza tecnica preventiva verrebbe condannata al pagamento della sanzione prevista e farebbe sì che l'altra parte continui il giudizio consapevole di non doverne sopportare i costi.

Grimaldello, quest'ultimo, di un ipotetico abuso dello strumento sanzionatorio, che, contrariamente alla *ratio* per cui è stata concepita la norma, diventerebbe teatro e incentivo "a coltivare senza remore iniziative giudiziali infondate"[56].

Alla luce di tali premesse si può osservare come lo strumento ipoteticamente deflattivo del contenzioso sancito a norma dell'art.8 della legge Gelli Bianco, che considera come obbligatorio l'esperimento della consulenza tecnica preventiva, non sia affatto scevro da criticità.

Quest'ultime non sono specificatamente riferite all'art.696-bis c.p.c., ma all'applicazione di quest'ultimo in materia sanitaria come strumento di conciliazione obbligatoria.

Dall'indagine svolta la mediazione, seppur considerata residuale nella sua applicazione rispetto alla consulenza tecnica preventiva ha dato, a mio avviso, un maggiore e più produttivo riscontro sul piano pratico scevro da dibattiti dottrinali che soprattutto in materia sanitaria potrebbero essere ostacoli alla piena realizzazione della tutela della salute del paziente, nonché ad una buona gestione del rischio clinico in sanità.

III. CONCLUSIONI.

Alla luce delle argomentazioni effettuate nei precedenti paragrafi, è chiaro che la gestione del rischio clinico in sanità è un tassello indispensabile sia per la tutela

55 Longo, D.: "La consulenza tecnica preventiva ai fini conciliativi in materia di responsabilità medica e sanitaria", *Rivista di diritto processuale,* 2019, num. 6, p.1476; Marrone, M., Marrone, L., Gorini, E., Stellacci, A., Dell'Erba, A.: "Articolo 8 della legge 8 marzo 2017/accertamento tecnico preventivo ex art. 696 bis c.p.c. e tentativo di conciliazione: i compiti del ctu", *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario),* 2021, num.4, p. 977.

56 Donzelli, R.: "Profili", cit., p. 1217.

della salute della persona, sia per la creazione di un sistema sanitario sostenibile, soprattutto in un momento di progresso tecnologico e scientifico così tranciante.

In un momento in cui le intelligenze c.d. "artificiali" si stanno sostituendo all'azione umana, è necessario usare consapevolezza nelle scelte umane. Più quest'ultima sarà maggiore e più la tecnologia sarà a fianco dell'uomo come ausilio.

Il *clinical risk management* si fonda su questa consapevolezza. L'esigenza dell'uomo di guardare dentro se stesso si riflette anche nelle formazioni sociali di ogni tipo. Dalla famiglia alle aziende sanitarie in un continuo ottemperamento dei valori costituzionali. Se volessimo moltiplicare questa necessaria tendenza umana per la velocità di sviluppo delle tecnologie mediche otterremo risultati sicuramente soddisfacenti e che trovano riscontro nei sistemi di *audit* clinico.

Quest'ultimo si basa su "un approccio multidisciplinare che abbraccia sia l'etica medica, sia il diritto"[57]. Già dal celebre e citato rapporto statunitense "*To err is human*" era palese l'esortazione al mondo sanitario di affrontare il tema della sicurezza delle cure in modo sistemico ed olistico[58]. Quest'ultimo è stato poi confermato anche dal concetto di "*One Health*"[59] ormai riconosciuto sia al livello nazionale dal Ministero della Salute, sia internazionale. La prospettiva integrata su cui si fonda il CRM, frutto dell'azione di molteplici discipline, considera l'Azienda sanitaria nel suo complesso partendo dai rischi specifici ed interni dei singoli sottoinsiemi e da come questi interagiscono tra loro, fino ad arrivare ad una visione sistemica[60].

Questa visione collaborativa e di impianto multidisciplinare è indispensabile per il raggiungimento di *standars* qualitativi alti nelle aziende sanitarie e al tempo stesso convoglia una serie di strumenti importati da altri settori, come quello delle tecniche di informazione e di comunicazione.

Il professionista sanitario, quindi, si imbatte giorno per giorno in un nuovo atteggiamento dinnanzi all'errore che lo porta necessariamente ad accogliere quest'ultimo come parte fisiologica del proprio settore e soprattutto come occasione di apprendimento e miglioramento continui[61].

57 Damiani, G., Giubbini, G.: "*Il clinical*", cit. p.1967.

58 Kohn, L.T., Corrigan, J.M., Donaldson, M.S.: *To err,* cit., pp. 1 ss.; Cascini, F.: "La gestione del rischio ai sensi della l.n. 24/2017", in Aa.Vv.: *Responsabilità,* cit. p.997.

59 Mackenzie, J.S.., Jeggo, M.: " The One Health approach—Why is it so important?", *Tropical medicine and infectious disease*, 2019, num. 4., p. 88.

60 Cascini, F.: "La gestione", cit. p. 998.

61 Walshe, K.: "Understanding and learning from organisational failure", *BMJ Quality & Safety,* 2003, num. 12, pp. 81-82.

Proprio per questo l'attenzione del mondo sanitario si è ormai incentrata sulle *Non Technical Skills*: NTS che sono definite come "un insieme di competenze cognitive e sociali possedute da individui o da gruppi e necessarie per ridurre gli errori e migliorare la *performance* umana all'interno di sistemi complessi"[62]. Tra queste si annovera l'intelligenza emotiva in quanto gli operatori sanitari vivono le emozioni in modo diverso, sia dal punto di vista quantitativo, sia qualitativo e devono essere consapevoli e formati per fronteggiare e reagire di fronte a situazioni stressanti di molteplice derivazione[63].

Queste competenze di natura complessa e differente tra loro non possono essere scevre dalle competenze insite anche nel ruolo del giurista all'interno delle aziende sanitarie[64]

Più specificatamente nell'attività comunicativa e di mediazione preventiva che precede il momento di presunta *malpractice.*

L'art.8 della legge Gelli- Bianco che annovera come strumenti alternativi e conciliativi la mediazione e la C.T.U. è necessario che si consideri come *extrema ratio* di un'attività di gestione del rischio che si fonda su un approccio multidisciplinare e comunicativo.

Favorire la qualità comunicativa tra paziente ed operatore sanitario, con l'utilizzo delle NTS potrebbe essere una via praticabile agevolmente e con una specifica formazione.

Questo andrebbe a giovare l'organizzazione complessiva del sistema sanitario sia dal punto di vista di una concreta tutela della salute e dell'autodeterminazione del paziente, sia dal punto di vista della sostenibilità dei costi e benefici, nonché ad una funzione deflattiva di origine "preventiva". Vedere la mediazione non solo come strumento giurisdizionale a norma dell'art. 8 della legge Gelli-Bianco, ma come rivoluzione culturale e sociale per il raggiungimento e pieno sviluppo del concetto di "*One Health*" nell'ottica, sia di una funzionale gestione del rischio clinico, sia di una corretta attuazione della giustizia nell'avvaloramento dei principi costituzionali e sovranazionali che vigilano la tutela della persona[65].

62 Cascini, F.: "La gestione", cit. p.1002.

63 Heyhoe, J., Birks, Y., Harrison, R., K o'hara, J., Cracknell, A., Lawton, R.: "The role of emotion in patient safety: Are we brave enough to scratch beneath the surface?", *Journal of the Royal Society of Medicine,* 2016, num.109, pp.52-58.

64 Minissale, A.: "Il percorso emotivo-cognitivo verso la decisione oggettiva", *Rivista Trimestrale di Diritto* e *Procedura Civil,* num.3, p. 785.

65 Calamandrei, P.: *Processo e democrazia. Conferenze tenute alla Facoltà di Diritto dell'Università Nazionale del Messico,* Cedam, Padova, 1954, pp. 58, 61, 63: "La giustizia è qualcosa di meglio: è creazione che sgorga da una coscienza viva, sensibile, vigilante, umana. È proprio questo calore vitale, questo senso di continua conquista, di vigile responsabilità che bisogna pregiare e sviluppare nel giudice".

BIBLIOGRAFIA.

Agnello, C.: "La gestione del rischio alla luce della legge di stabilità e nella prospettiva di riforma della responsabilità professionale", *Pol. san.,* 2017, num. pp.27 ss.

Alpa, G.: *La responsabilità sanitaria. Commento alla l. 8 marzo 2017, n. 24*, Pacini Giuridica, Pisa, 2017, pp. 10 ss.

Amirante, V: "Brevi note sulla legge di riforma della responsabilità sanitaria", *Questione giustizia,* 27 luglio 2017; Adorno, M.: "Il nuovo "filtro" dell'art. 696 bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria" *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017.

Balena, G., Bove, M.: *Le riforme più recenti del processo civile: commento sistematico delle disposizioni processuali di cui al decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella legge 14 marzo 2005. n. 80,* e *successive modificazioni*, Cacucci, Bari, 2005, pp. 370 ss.

Barach, P., Small, S.D., " Reporting and preventing medical misahaps: lessons from non-medical near miss reporting systems", *Clinical review*, 2000, num. 320, pp.759-763.

Benucci, G., Carlini, L., Lancia, M., Rossi, R., Conforti, F.: "Patient safety & clinical risk management", in Aa.Vv.: *Trattato di medicina legale* e *scienze affini* (a cura di G. Giusti), Cedam, Padova, 2009, pp.573 ss.

Bianchi, D.: "Gestione del rischio clinico e responsabilità penale dell'ente sanitario e dei suoi vertici", *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario),* 2020, num.4, p. 2027.

Boeri, E., Petrelli, P.: "Il principio di precauzione, funzione preventiva e punitiva del risarcimento", in Aa.Vv.: *Trattato della responsabilità contrattuale*, (a cura di G.Visintini), Cedam, Padova, 2009, pp. 3 ss.

Bonatti, R.: "Un moderno dott. Jekyll: la consulenza tecnica conciliativa", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, num.61, pp. 247-266 ss.

Breda, R. La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità. Danno e resp, 2017, 283.

Breda, R.: "La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità", *Danno e resp*, 2017, pp. 283.

Calamandrei, P.: *Processo e democrazia. Conferenze tenute alla Facoltà di Diritto dell'Università Nazionale del Messico,* Cedam, Padova, 1954, pp. 58, 61, 63.

Caputo, M.: "Focus: la prevenzione degli errori in sanità. La lezione del clinical risk management - introduzione al focus - prevenire è meglio. Uno sguardo interdisciplinare sull'organizzazione sanitaria quale fonte di rischi per la salute e garante della sicurezza delle cure", *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario),* 2020, num. 4, p.1955.

Carimini, F.: *Ars medica e tutela del paziente,* ESI, Napoli, 2019, p.106.

Cascini, F.: "La gestione del rischio ai sensi della l.n. 24/2017", in Aa.Vv.: *Responsabilità,* cit. p.997.

Catino, M.: "Oltre l'errore umano. Per una teoria organizzativa degli incidenti nelle organizzazioni", *Giornale italiano di nefrologia,* 2009, num. 1, pp. 110-117

Cembrani, F: "Le emergenze dello stato sociale e la crisi di identità della medicina legale del servizio sanitario nazionale", *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario),* 2020, n. 3, p.1391.

Chiriatti, G.: "RC Sanitaria: l'accesso agli atti del Comitato Valutazione Sinistri (CVS)", *Ridare.it,* 18 marzo 2020.

Codrino, A., Martinengo, P.: "Il contenzioso e la gestione dei giudizi. Profili processuali al banco di prova dopo quattro anni dall'introduzione della l.n. 24/2017", in Aa.Vv.: *Responsabilità. Rischio e danno in sanità* (a cura di F.Gelli, M.Hazan, D.Zorzit, F.Cascini), Giuffrè, Milano, 2022, pp. 480-481.

Criscuolo, F.: "La nuova disciplina del rapporto medico-paziente: tra buone pratiche, natura dell'obbligazione e responsabilità del sanitario", *Rass.dir.civ.,* ESI, 2019, p.765.

Damiani, G., Giubbini, G.: "Storia del clinical risk management in sanità e impatto sugli attuali sistemi sanitari", *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario),* 2020, num. 4, pp.1965 ss

Damiani, G., Specchia, M.L., Ricciardi, W.: *Manuale di programmazione e organizzazione sanitaria*, Idelson-Gnocchi, Napoli, 2018, pp.1 ss.

Donzelli, R.: "Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria", *Rivista di diritto processuale civil*e, num.4-5, 2017, p.1201.

Faccioli, M.: "Sicurezza delle cure e gestione del rischio clinico nella Legge Gelli-Bianco", in Aa.Vv.: *Responsabilità sanitaria, rischio clinico* e *valore della persona,* (a cura di G. Cassano), Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, num.1, pp. 43- 48.

Genovese, U., Del Sordo, S., Pravettoni, G., Akulin, I. M., Zoja, R., & Casali, M.: (2017) "A new paradigm on health care accountability to improve the quality of the system: four parameters to achieve individual and collective accountability", *Journal of Global Health*, 7giugno 2017, num. 7.

Genovese, U.: "La sicurezza delle cure" in Aa.Vv.: *La responsabilità medica*, (a cura di N. Todeschini), Utet, Torino, 2019, pp. 22 ss.

Gesualdo, L., Ricciardi, G.W., Tartaglia, R., Trojano, V.,Cirese, V.: "Sicurezza delle cure e prevenzione del rischio" in Aa.Vv.: *La nuova responsabilità sanitaria* e *la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, (a cura di F.Gelli, M. Hazan, D. Zorzit), Giuffrè, Milano, 2017, p.55.

Heyhoe, J., Birks, Y., Harrison, R., K o'hara, J., Cracknell, A., Lawton, R.: "The role of emotion in patient safety: Are we brave enough to scratch beneath the surface?", *Journal of the Royal Society of Medicine,* 2016, num.109, pp.52-58.

https://www.mondoadr.it/lesperienza-della-mediazione-conciliativa-in-ambito-sanitario-dellasst-di-vimercate-pre-e-post-legge-gelli-2/

Kohn, L.T., Corrigan, M.J.,Donaldson, M. S.: *To Err is Human: Building a Safer Health System*, National Academies Press (US), Washington (DC), 2000, pp. 49-68.

La Pietra, L., Calligaris, L., Molendini, L., Quattrin, R., Brusaferro, S.: "Medical errors and clinical risk management: state of the art", *Acta otorhinolaryngologica italica*, 2005, num.25, pp. 339-46.

Leape, L.: "Error in medicine", *Jama*, 1994, num.23, pp. 1851-1857.

Longo, D.: "La consulenza tecnica preventiva ai fini conciliativi in materia di responsabilità medica e sanitaria", *Rivista di diritto processuale,* 2019, num. 6, p.1476;

Mackenzie, J.S.., Jeggo, M.: " The One Health approach—Why is it so important?", *Tropical medicine and infectious disease*, 2019, num. 4., p. 88.

Mantovani, M.P.: *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria,* Jovene Editore, 2017, p. 228.

Marrone, M., Marrone, L., Gorini, E., Stellacci, A., Dell'Erba, A.: "Articolo 8 della legge 8 marzo 2017/accertamento tecnico preventivo ex art. 696 bis c.p.c. e tentativo di conciliazione: i compiti del ctu", *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario),* 2021, num.4, p. 977.

Mautone, P., Riccardi, A.: "Clinical risk management e consenso informato alle cure anti COVID-19", in Aa.Vv.: *Responsabilità sanitaria e sanità responsabile* (a cura di L. Romano), Giuffrè, Milano, 2022, pp.259 ss.

Minissale, A.: "Il percorso emotivo-cognitivo verso la decisione oggettiva", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civil,* num.3, p. 785.

Montanari, M.L.: "Brevi note sulla natura giuridica della consulenza tecnica preventiva in funzione di composizione della lite (art. 696 bis c.p.c.) e sulle relative conseguenze d'ordine applicativo", *Giusto processo civ.,* 2012, num.1, pp. 717 ss.

Nocco, L.: "La gestione del rischio clinico ed il monitoraggio degli errori medici: spunti di riflessione in chiave comparative", *Danno e Resp*, 2003, num. 4, pp.444-452.

Oberto Tarena, I.: "Natura dell'azione proposta dai congiunti del paziente deceduto che non sono "terzi protetti dal contratto", *Ridare*, 2 maggio 2022.

Palmer, L.I.: "Patient safety, risk reduction, and the law, in 36 Hous", *L. Rev*, 1999, p.1609.

Palmieri, A.: "Responsabilità sanitaria e c.t.preventiva: alcuni profili problematici", *Il Quotidiano Giuridico,* 4 gennaio 2022, p.1 ss.

Parziale, A., Rischio clinico e responsabilità civile del personale sanitario e della struttura per difetto di organizzazione, *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario),* num. 4, 2020, p.2013 ss.

Pazzi, M.: "Rischio clinico nel diritto dell'Unione europea", *Pol. san.,* 2013, num.14, pp. 85 ss.

Perlingieri, P.: "il diritto alla salute quale diritto della personalità", *Rass. dir. civ*, 1982, num.4, p.1026.

Perlingieri, P.:*Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti,* ESI, Napoli, 2006, p.271.

Reason, T.: *Human error,* Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1990, pp.1 ss.

Romano, A.A.: "Il nuovo art. 696-bis c.p.c., tra mediation e anticipazione della prova", *Corr. giur*, 2006, p.410.

Sabatello, M.: "Wrongful birth: AI-tools for moral decisions in clinical care in the absence of disability ethics", *The American Journal of Bioethics*, 2022, num. 22, pp. 43-46; Cassazione civile sez. III, 15 febbraio 2022, n.4904

Salanitro, U.: "Sistema o sottosistema? La responsabilità sanitaria dopo la novella", *Nuova giur. civ. comm*, 2018, p. 1676.

Salanitro, U.: "Sistema o sottosistema? La responsabilità sanitaria dopo la novella", *Nuova giur. civ. comm*, 2018, p. 1676.

Shojania, K. G., Wald, H., & Gross, R.: "Understanding medical error and improving patient safety in the inpatient setting" *Medical Clinics*, num. 86, pp. 847-867.

Tartaglia, R.: "Brief Story of a Clinical Risk Manager", in Aa.Vv.: *Textbook of Patient Safety and Clinical Risk Management* (a cura di L. Donaldson, W. Ricciardi, S. Sheridan, R. Tartaglia), Springer, Cham (CH), 2021, p.2.

Turillazzi, E., Neri, M.: "Rischio clinico: la recente esperienza statunitense e la competenza medico-legale", *Riv. it. med. leg.*, 2005, pp. 741 ss.

Walshe, K.: "Understanding and learning from organisational failure", *BMJ Quality & Safety,* 2003, num. 12, pp. 81-82.

IL RUOLO DELL'ASSICURAZIONE NELLA DINAMICA GESTIONALE DEL RISCHIO AMBIENTALE

THE INSURANCE'S ROLE IN THE MANAGEMENT DYNAMICS OF ENVIRONMENTAL RISK

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 2038-2075

Carlo PETTA

ARTICOLO CONSEGNATO: 12 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Il saggio si propone di analizzare i diversi strumenti offerti dalle imprese assicurative per far fronte al rischio ambientale, distinguendo tra le polizze fideiussorie o cauzionali e i prodotti assicurativi in senso stretto al fine di valutare la loro concreta incidenza sulla prevenzione degli incidenti e sulla tutela degli interessi collettivi e individuali coinvolti.

PAROLE CHIAVE: Ambiente; tutela; risarcimento del danno; garanzie finanziarie; prodotti assicurativi; differenze funzionali; prevenzione; risk management.

ABSTRACT: *The essay aims to analyze the different tools offered by insurance companies to deal with environmental risk, distinguishing between financial guarantees and insurance products in the strict sense in order to assess their concrete impact on the accidents' prevention and protection of the collective and individual interests involved.*

KEY WORDS: *Environment; protection; compensation; financial guarantees; insurance products; functional differences; prevention; risk management.*

SOMMARIO.- I. IL RISARCIMENTO DEL DANNO AMBIENTALE: ASSETTO DISCIPLINARE DEL D. LGS. 3 APRILE 2006, N. 152 E INTERESSI TUTELATI. IL "DIRITTO CIVILE DELL'AMBIENTE". - II. RISCHIO AMBIENTALE, POLIZZE CAUZIONALI E R.C. INQUINAMENTO. FUNZIONE RISARCITORIA E SOLVIBILITÀ DEL RESPONSABILE. - III. LE GARANZIE FINANZIARIE RILASCIATE DALLE IMPRESE ASSICURATIVE. FUNZIONE CAUZIONALE E ADEGUATEZZA RISPETTO ALLA TUTELA DELL'AMBIENTE. I RIFERIMENTI NEL CODICE DELL'AMBIENTE. - IV. IL PROBLEMA DELL'ASSICURABILITÀ DEL RISCHIO AMBIENTALE E LE MODERNE POLIZZE R.C. INQUINAMENTO. STRUMENTI DI PREVENZIONE INDIRETTA, CONDIZIONI DI ASSICURABILITÀ E TUTELA DELL'AMBIENTE. - V. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE: IL RUOLO CENTRALE DELL'ASSICURAZIONE OBBLIGATORIA NELLA DINAMICA GESTIONALE DEL RISCHIO AMBIENTALE IN UNA PROSPETTIVA FUNZIONALE ED ECONOMICA.

I. IL RISARCIMENTO DEL DANNO AMBIENTALE: ASSETTO DISCIPLINARE DEL D. LGS. 3 APRILE 2006, N. 152 E INTERESSI TUTELATI. IL "DIRITTO CIVILE DELL'AMBIENTE".

L'ambiente, valore di indubbia e primaria rilevanza assiologica a livello nazionale[1] e sovranazionale[2], è oggetto di una tutela sempre più incisiva non solo per la crescente preoccupazione sociale verso i temi della sostenibilità e della salvaguardia ambientale, ma anche per l'incidenza in materia del diritto eurounitario: a livello di diritto primario, l'art. 191, par. 2, Tfue (in precedenza, art. 174, comma 2, Tce) sancisce, in via generale, che "[l]a politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela", ed è "fondata sui principi della precauzione e

1 Sulla portata assiologica dell'ambiente in un'irrinunciabile prospettiva non economica ma personalistica, per tutti, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4ª ed., Esi, Napoli, 2020, pp. 77 ss., cui si rinvia anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. Da un punto di vista normativo, si rammenti che recentemente, con la l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, sono stati modificati gli artt. 9 e 41 della Costituzione, introducendo la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli animali tra i princípi fondamentali. Segnatamente, il nuovo terzo comma dell'art. 9 cost. sancisce che la Repubblica "[t]utela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali", mentre la nuova formulazione dell'art. 41 impone dei limiti all'iniziativa economica privata, quantunque tutelata a livello primario, in caso di contrasto "alla salute, all'ambiente" (comma 2), disponendo, altresì, che "[l] a legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attiva economica pubblica e privata possa essere indirizzata a fini sociali e *ambientali*" (comma 3, corsivo aggiunto da chi scrive per sottolineare la modifica intervenuta nel 2022). Si consideri, tuttavia, che ben prima di tali modifiche la Corte costituzionale ha costantemente riconosciuto la rilevanza assiologica dell'ambiente come valore. Sul punto si veda l'ampia rassegna curata dal servizio studi della Corte costituzionale, Nevola, R. (a cura di): *La tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale (2005-2015)*, 2015, pp. 1 ss., reperibile su *www.cortecostituzionale.it*. Più recentemente, per tutte, Corte cost., 1 giugno 2016, n. 126, *ibidem*. Per un commento su detta pronuncia, v. Salanitro, U.: "Il danno ambientale tra interessi collettivi e individuali", *Riv. dir. civ.*, 2018, 1, pp. 246 ss.

2 A livello di ordinamento europeo originario, basti qui ricordare che i Trattati presentano norme di principio particolarmente rilevanti che prescrivono l'adozione di una politica ambientale ispirata a obiettivi di elevata protezione (art. 3, comma 4, Tue) e dedicano specifico spazio alla materia ambientale (artt. 191-193 Tfue), come anche si dirà nel testo. Anche l'art. 37 Carta UE sancisce che "[u]n livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile".

• Carlo Petta
Ricercatore di Diritto dell'economia nell'Università LUMSA
c.petta1@lumsa.it

dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga'"[3].

L'interesse pubblico, collettivo e diffuso alla conservazione dell'ambiente viene attualmente tutelato nell'ordinamento italiano non più, in via esclusiva, per mezzo dei più tradizionali strumenti pubblicistici, ma anche attraverso istituti tipicamente privatistici[4], così legittimando la costruzione di un vero e proprio "diritto civile dell'ambiente"[5].

3 Per una disamina dei princípi evocati nonché della loro applicazione all'interno del codice dell'ambiente, cfr., Meli, M.: "Il principio 'chi inquina paga' nel codice dell'ambiente", *Danno e resp.*, 2009, p. 811 ss. In particolare, Il *Polluter Pays Principle* (PPP), riconducibile a una funzione preventiva della responsabilità civile, correlata al rispetto del principio di precauzione, comporta, da un punto di vista economico, un'allocazione dei costi che, conformemente alla teoria delle esternalità, impone all'inquinante di assumere la responsabilità per gli oneri e costi determinati dal comportamento inquinante. Su tale principio e sulla sua rilevanza nelle fonti internazionali ed europee, v., tra gli altri, Corriero, V.: "Il principio 'chi inquina paga'", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di M. Pennalisico), Esi, Napoli, 2014, pp. 269 ss.; e, recentemente, specie per i completi riferimenti alla dottrina, anche straniera, Bertelli, F.: *Profili civilistici del "dieselgate". Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, Esi, Napoli, 2021, p. 27, spec. nota 43. Sul principio di precauzione con riferimento alla tutela dell'ambiente e della salute, si rinvia, per tutti, a Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, 4ª ed., Esi, Napoli, 2020, pp. 326 ss. Per il principio di precauzione, e le sue declinazioni, anche come parametro di valutazione della responsabilità della p.a., v. il recente Ippoliti Martini, C.: *Principio di precauzione e nuove prospettive della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2022, *passim*, spec. pp. 129 ss.

4 Precedentemente all'introduzione della prima disciplina in Italia sul danno ambientale per mezzo dall'art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, che, peraltro, istituiva il Ministero dell'ambiente, la dottrina aveva avuto il merito di individuare un primo apparato di tutela dell'ambiente sul piano civilistico, non senza una serie di limiti e inadeguatezze dal punto di vista applicativo. In questa prospettiva la tutela dell'ambiente è stata assicurata, da una parte della dottrina, anzitutto, ricorrendo alle regole della responsabilità civile: v., sul punto, senza pretese di esaustività, Libertini, M.: "Le nuove frontiere del danno risarcibile", *Contr. e impr.*, 1987, p. 115; Patti, S.: *La tutela civile dell'ambiente*, Cedam, Padova, 1979, *passim*; Salvi, C.: "Ambiente, giustizia civile e partecipazione", *Dem. e dir.*, 1982, 6, p. 6, con specifico riferimento alla responsabilità per lo svolgimento delle attività pericolose di cui all'art. 2050 c.c. nonché per quella relativa alle cose in custodia di cui al successivo art. 2051 c.c.; Volpe Putzolu, G.: "Inquinamento e assicurazione, con particolare riguardo alla assicurazione della responsabilità civile", *Ass.*, 1978, p. 185, con riferimento all'assicurazione sulla responsabilità civile; Di Giovanni F.: *Strumenti privatistici e tutela dell'ambiente*, Cedam, Padova, 1982, *passim*; Di Martino, V.: *La responsabilità civile nelle attività pericolose e nucleari*, Giuffrè, Milano, 1979, *passim*. Altri autori hanno, invece, fatto ricorso alla tutela inibitoria, a quella possessoria o a quella cautelare: v., in questo senso, Mammone G.: *Salute, territorio e ambiente*, Cedam, Padova, 1985, *passim*; Cicala, M.: "La tutela dell'ambiente, rapporti giuridici e P.A.", *Critica giud.*, 1981, 3/4, p. 25; o, ancóra, alla tutela contro le immissioni industriali, come in Salvi, C.: *Le immissioni industriali*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 360 ss.; Patti, S.: *La tutela civile dell'ambiente*, cit., p. 53; ovvero, infine, alla teoria dell'abuso del diritto, come in Lener, A.: "Violazione di norme di condotta e tutela civile dell'interesse all'ambiente", *Foro it.*, 1987, V, cc. 105 ss. Anche la giurisprudenza, specie a partire dagli anni Settanta, ha mostrato il mutato atteggiamento che ha portato a una generale rivalutazione del diritto privato nel contesto della tutela dell'ambiente. Cfr., tra le altre, Cass., Sez. un., 5 ottobre 1979, n. 5172, *Giust. civ.*, 1980, I, p. 1970 ss., in cui si legge che "[l]'art. 32 Cost., oltre che ascrivere alla collettività generale la tutela promozionale della salute dell'uomo, configura il relativo diritto come diritto fondamentale dell'individuo e lo protegge in via primaria, incondizionata e assoluta come modo d'essere della persona umana. Il collegamento dell'art. 32 Cost. con l'art. 2 Cost. attribuisce al diritto alla salute un contenuto di socialità e di sicurezza, tale che esso si presenta non solo come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, ma come vero e proprio diritto all'ambiente salubre che neppure la pubblica amministrazione può sacrificare o comprimere, anche se agisca a tutela specifica della salute pubblica; e che inteso in questo suo duplice aspetto è tutelabile giurisdizionalmente davanti al giudice ordinario anche contro la pubblica amministrazione le cui attività lesive devono considerarsi poste in essere in difetto di poteri".

5 Sul diritto civile dell'ambiente in prospettiva sistematica e assiologica v. Pennasilico, M.: "Ambiente e diritto civile", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., *passim*, spec. pp. 11 ss.

Risulta centrale, nella prospettiva di *enforcement* evocata, il risarcimento del danno ambientale, organicamente disciplinato, da ultimo[6], dal d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. Codice dell'ambiente, *breviter* c. amb.), che ha recepito la fondamentale Dir. 2004/35/CE ("sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale", c.d. direttiva ELD - *Environmental Liability Directive*)[7].

In via generale, all'art. 3-*ter* c. amb. – richiamando evidentemente le fonti di rango europeo – fissa i princípi regolatori dell'azione ambientale, stabilendo che "[l]a tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio "chi inquina paga" che,

6 Come anticipato *retro*, alla nota 4, la prima disciplina del danno ambientale è stata introdotta in Italia con la legge n. 349 del 1986 che ebbe un particolare e rilevante impatto teorico e sistematico giacché affermava la rilevanza della tutela ambientale tra i compiti dello Stato prevedendo, altresí, la risarcibilità del danno all'ambiente in favore di quest'ultimo. Ai sensi dell'art. 18 l. n. 349 del 1986, infatti, "[q]ualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato" (comma 1). La disposizione ebbe l'indubbio merito di superare la più risalente impostazione che legava la tutela ambientale alla tutela delle singole posizioni soggettive coinvolte (si pensi, su tutte, alla proprietà e alla salute), adottando, al contrario, un nuovo modello di bene ambientale, unitario ed immateriale, rispondente a un interesse pubblico collettivo e, pertanto, tutelato anche in assenza di qualsivoglia lesione a posizioni giuridico-soggettive individuali. Quest'impostazione aveva una inevitabile ricaduta dal punto di vista della legittimazione all'azione, riservata dall'art. 18 l. cit. allo Stato e agli enti territoriali, mentre le associazioni potevano, invece, "denunciare i fatti lesivi di beni ambientali di cui siano a conoscenza" (comma 4), "intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi" (comma 5). Si consideri, inoltre, che, mutuando le regole generali dettate in tema di responsabilità civile, la disposizione considerata prevedeva l'imputazione della responsabilità per dolo o colpa. La norma individuava, infine, una precisa gerarchia delle possibili modalità di risarcimento. Prioritariamente veniva privilegiata l'esecuzione in forma specifica e, segnatamente, "il ripristino dello stato dei luoghi a spese del responsabile" (comma 8) e, in subordine, laddove quest'ultimo non fosse stato possibile, il risarcimento del danno, anche determinandone l'ammontare in via equitativa, "tenendo comunque conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino, e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali". Per un'efficacia panoramica, v., tra gli altri, Collevecchio M.: "Danno ambientale e misure di tutela", in *Diritto dell'ambiente* (a cura di B. Caravita, L. Cassetti e A. Morrone), Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 337 ss.

7 Deve, tuttavia, rammentarsi che il completo recepimento della direttiva in Italia è avvenuto con talune difficoltà e in tempi piuttosto recenti, nonostante la tempestiva emanazione del d. lgs n. 152 del 2006. Il testo originario del codice di settore, infatti, prevedeva all'art. 311, comma 1, una responsabilità per danno ambientale imputata a titolo almeno colposo laddove, al contrario, la direttiva ELD faceva riferimento, in termini inequivocabili, a una responsabilità di tipo oggettivo. Del pari, il c. amb., nella sua versione originaria, presentava innumerevoli riferimenti al risarcimento per equivalente patrimoniale (artt. 311, 313 e 314 c. amb.), mentre il legislatore comunitario aveva ritenuto prioritario il ripristino dello stato dei luoghi. A séguito di ben due procedure d'infrazione da parte della Commissione nel 2008 e nel 2012, con l'art. 5 *bis* l. 20 novembre 2009, n. 166, prima, e con l'art. 25 l. 6 agosto 2013, n. 97 (c.d. legge europea), poi, si è, infine, provveduto ad allineare la disciplina del c. amb. a quanto prescritto dalla direttiva ELD, stabilendo, in particolare, che il danno, imputabile anche oggettivamente, deve essere risarcito per il tramite delle misure di riparazione "primarie", "complementari" o "compensative", come meglio si dirà nel testo. In argomento, v. Bovino, C. e Biancanello, B.: "Il danno all'ambiente: dalla normativa alle Corti", *Corr. giur.*, 2017, 3, p. 400; Tintinelli, F.: "La risarcibilità del danno ambientale: dalla liquidazione per equivalente alle misure di riparazione", nota a Cass., 20 luglio 2016, n. 14935, *Danno resp.*, 2017, 2, pp. 207 ss., anche per le difficoltà di recepimento della direttiva in altri Paesi.

ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale".

Il "*polluter pays principle*" è poi puntualmente richiamato, con riferimento ai danni all'ambiente, all'art. 239 c. amb. laddove si conferma che l'intera disciplina relativa agli interventi di bonifica e al ripristino ambientale dei siti contaminati è in armonia con i princípi e le norme comunitari[8]. Non a caso, le due materie da ultimo evocate – che rilevano ai fini del presente studio e di cui, rispettivamente, al Titolo V della Parte quarta ("Bonifica dei siti contaminati") e alla Parte sesta ("Norme in materia di tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente") del codice di settore – presentano, a livello disciplinare, molti aspetti comuni, sebbene non adeguatamente coordinati[9].

Guardando alla disciplina specifica, l'art. 300 c. amb. fornisce una nozione generale – quantunque più ristretta rispetto a quella previgente di cui all'art. 18 l. n. 349 del 1986[10] – di danno ambientale definito come "qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima" (comma 1), rispetto alle "condizioni originarie" (comma 2)[11], ossia "le condizioni, al momento del danno, delle risorse naturali e dei servizi che sarebbero esistite se non si fosse verificato il danno ambientale, stimate sulla base delle migliori informazioni disponibili (art. 302, comma 12, c. amb.)[12].

8 In argomento v., per tutti, Landi, R.: *Bonifica e circolazione della proprietà*, Esi, Napoli, 2018, pp. 58 ss.

9 In Corriero, V.: "Il principio 'chi inquina paga'", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 271 si sottolinea, criticamente, che con riferimento alla disciplina degli interventi di bonifica e del risarcimento del danno ambientale "permangono difetti di coordinamento e il rischio di inutili duplicazioni procedimentali, con conseguenti lungaggini e oneri, che una disciplina unitaria nazionale, in linea con la direttiva europea sulla responsabilità ambientale, avrebbe potuto evitare". In buona sostanza, il responsabile, in caso di un evento potenzialmente in grado di contaminare un sito, può avviare una procedura di bonifica *ex* art. 242 c. amb. o, in alternativa, attivare la procedura per l'adozione delle necessarie misure di prevenzione e sicurezza *ex* art. 304 c. amb. La sostanziale coincidenza dell'àmbito di applicazione delle due discipline emerge, in modo indiretto, dall'identico avvio del procedimento previsto dalle due disposizioni da ultimo richiamate.

10 Infatti, mentre la tutela dell'ambiente *ex* art. 18 l. n. 349 del 1986 era riferibile a un bene immateriale, di portata estesa e unitario che ricomprendeva anche l'atmosfera, il paesaggio e ogni altra risorsa naturale, l'art. 300 c. amb. limita la rilevanza giuridica del danno in analisi, in quanto il deterioramento deve essere significativo, onde sarà irrilevante giuridicamente il danno di lieve entità, e misurabile. Sul punto, v. Collevecchio M.: "Danno ambientale e misure di tutela", cit., p. 339; de Stroebel, D.: "La direttiva 2004/35/CEE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21/04/2004 sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale e la relativa problematica assicurativa", *Dir. ed econ. ass.*, 2004, 3, pp. 661 ss.

11 L'art. 300, comma 2, c. amb., indica, altresì, le tre matrici ambientali il cui deterioramento integra e costituisce danno all'ambiente, ossia: le specie e gli *habitat* naturali, le acque interne e costiere, nonché il terreno, inteso quale suolo e sottosuolo.

12 Si badi che la tutela prevista dal codice di settore risponde non soltanto all'obiettivo di riparare il danno, in ossequio al principio "chi inquina paga", ma anche di prevenirlo in caso di minaccia imminente, in attuazione del principio di prevenzione, o di adottare misure cauteli in presenza di un pericolo, quantunque non imminente, potenzialmente lesivo per l'ambiente o per la salute umana, rilevando, in questo caso, il principio di precauzione. Pertanto, a livello codicistico sono previsti quattro tipo di rimedi esperibili a tutela del danno ambientale, nella sua esclusiva dimensione di danno pubblico richiamata nel testo: l'azione di prevenzione (art. 304 c. amb.) e il ripristino ambientale (art. 305 c. amb.); l'azione risarcitoria (art. 311 c. amb.) o, in alternativa, l'ordinanza di ripristino (artt. 312-316 c. amb.) L'attivazione di misure riparatorie o preventive è stata attribuita, in via esclusiva, al Ministero competente, in qualità di ente esponenziale più elevato dell'interesse diffuso all'ambiente. In argomento, v. D'Alfonso, G.: "La triplice dimensione del danno ambientale", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., pp. 285 ss.

La nozione normativa di danno all'ambiente – come confermato dalla stessa Corte costituzionale – considera, evidentemente, quest'ultimo come un bene giuridico unitario, composto da risorse e unità naturali, tutelato distintamente e autonomamente rispetto ad altri diritti, valori e interessi diffusi, compresa la salute umana[13].

Conseguentemente, confermando, sotto quest'aspetto, l'impostazione di cui, in precedenza, all'art. 18 l. n. 349 del 1986, il risarcimento del danno ambientale "di natura pubblica"[14] – per la lesione dell'interesse pubblico all'integrità e salubrità dell'ambiente – vede, quale legittimato attivo alla pretesa risarcitoria (in alternativa rispetto all'avvio di un procedimento amministrativo volto all'adozione di un'ordinanza ministeriale nei confronti dei responsabili del fatto ai sensi degli artt. 313 e 314 c. amb.), esclusivamente lo Stato, in persona del Ministro dell'ambiente *ex* art. 311 c. amb.[15]. Invece, tutti gli altri soggetti, singoli o associati, ivi comprese le Regioni o gli Enti pubblici territoriali minori, possono agire *ex* art. 2043 c.c. al fine di ottenere il risarcimento di qualsivoglia danno patrimoniale e non patrimoniale, ulteriore e concreto, da essi subíto diverso da quello ambientale, derivante dalla medesima condotta lesiva (si pensi, tra gli altri, agli effetti sulla salute o agli effetti sulle attività economiche svolte nell'area interessata dal danno)[16], così come confermato all'art. 313, comma 7, secondo periodo, c. amb.[17]. In buona sostanza,

13 *Inter alia*, la definizione di ambiente come bene pubblico unitario e oggettivo è stata accolta anche dalla Corte costituzionale italiana con una serie di sentenze del 22 luglio 2009. Segnatamente il riferimento è a Corte cost., 22 luglio 2009, nn. 225, 232, 233, 234, 235, 246, 247, 248, 249, 250 e 251, *Giur cost.*, 2009, pp. 2585 ss.

14 Nella prospettiva della qualificazione del danno ambientale alla stregua di "danno pubblico", già Alpa, G.: "Pubblico e privato nel danno ambientale", *Contr. e impr.*, 1987, pp. 699 ss.; Comporti, M.: "La responsabilità per danno ambientale", *Foro it.*, 1987, III, cc. 27 ss.

15 In Corte cost., 1 giugno 2016, n. 126, cit. è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 311, comma 1, c. amb. in quanto – per il Giudice delle leggi – la riserva dell'azione risarcitoria di danno ambientale a favore dello Stato costituisce la logica e ragionevole conseguenza all'intervenuta attribuzione esclusiva al ministro dell'Ambiente delle funzioni amministrative in materia di prevenzione e ripristino ambientale. Si rammenti, peraltro, che nell'ambito della riforma del Titolo V della Costituzione, l'art. 117, comma 2, lett. s) ha riconosciuto la "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" tra le competenze esclusive dello Stato.

16 La rilevanza del danno ambientale c.d. individuale e la necessità che l'ordinamento fornisca un'adeguata protezione dalle conseguenze del medesimo è stata sostenuta, in particolare, da Cass., Sez. un., 5 ottobre 1979, n. 5172, cit. Il "doppio binario" del risarcimento del danno ha trovato costante conferma nella giurisprudenza di legittimità, anche penale, come, in Cass. pen., 25 settembre 2018, n. 44528, *CED Cassazione*, 2019, laddove si legge che "[i]n tema di reati ambientali, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 318, comma 2, lett. a), d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, tutti i soggetti diversi dallo Stato, singoli o associati, comprese le Regioni e gli altri enti pubblici territoriali, possono esercitare l'azione civile in sede penale, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, ulteriori e concreti, conseguenti alla lesione di diritti particolari, diversi dall'interesse pubblico alla tutela dell'ambiente, pur se derivanti dalla stessa condotta lesiva".

17 Ai sensi della citata disposizione, infatti, "[r]esta in ogni caso fermo il diritto dei soggetti danneggiati dal fatto produttivo di danno ambientale, nella loro salute o nei beni di loro proprietà, di agire in giudizio nei confronti del responsabile a tutela dei diritti e degli interessi lesi". La soluzione di riservare l'azione risarcitoria in via esclusiva allo Stato e al suo apparato ex artt. 311 ss. c. amb. è criticata da dottrina autorevole in quanto "[s]e l'ambiente è aspetto essenziale allo sviluppo della persona e se ciascuno ha diritto ad un habitat che garantisca la qualità della vita, a ciascuno va riconosciuto il diritto di agire affinché ciò si realizzi. L'interesse e protetto dalla stessa Carta costituzionale: la protezione dell'ambiente riguarda la qualità della vita in quanto diritto che è parte integrande dello status personae" (così, Perlingieri, P.: *Il*

viene riconosciuto a tali soggetti il diritto di ottenere il risarcimento del danno in relazione alla lesione di altri loro diritti particolari, diversi dall'interesse, pubblico e generale, alla tutela dell'ambiente, inteso come diritto fondamentale e valore di rilevanza costituzionale[18].

Per quanto concerne la risarcibilità del danno ambientale, lo stesso art. 311 c. amb. (per come modificato dall'art. 25 l. 6 agosto 2013, n. 97[19]) fissa il principio in forza del quale l'autore è tenuto al ripristino dello stato dei luoghi preesistente all'incidente: pertanto la riparazione del danno considerato non avviene con il risarcimento per equivalente pecuniario[20], bensí attraverso le misure di riparazione "primaria", "complementare" e "compensativa"[21] da effettuarsi entro il termine congruo di cui all'art. 314, comma 2, c. amb. e secondo le modalità stabilite

diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, IV, *Attività e responsabilità*, cit., pp. 334 e 335).

18 D'Alfonso, G.: "La triplice dimensione del danno ambientale", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., pp. 289 ss.; per un'ampia rassegna giurisprudenziale, v. Bovino, C. e Biancanello, B.: "Il danno all'ambiente: dalla normativa alle Corti", cit., p. 405.

19 Come diffusamente riportato *retro* alla nota 7.

20 L'impostazione adottata dalla direttiva ELD ha segnato una rivoluzione, anche culturale, di estrema importanza, giacché, anche da un punto di vista materiale, il regime risarcitorio per equivalente pecuniario di cui all'art. 18 l. n. 349 del 1986 non aveva consentito l'effettivo recupero dei siti maggiormente danneggiati, come si osserva in Bianco, M., Bordi, R. e Gallo, E.: "Il risarcimento del danno all'ambiente: il caso Pieve Vergonte", *Ambiente & sviluppo*, 2018, 12, p. 803.

21 L'allegato 3 alla Parte sesta del codice di settore stabilisce il quadro comune da rispettare per scegliere le misure più appropriate cui attenersi per garantire la riparazione del danno ambientale secondo una serie di indicazioni analitiche, specie per quanto concerne la riparazione del danno all'acqua o alle specie e agli *habitat* naturali ovvero al terreno. In particolare, risulta utile guardare alla prima categoria di danno per avere la definizione legislativa delle diverse misure di riparazione richiamate nel testo. L'allegato, infatti, definisce, in relazione al danno ambientale all'acqua e agli *habitat* naturali protetti, riparazione "primaria" "qualsiasi misura di riparazione che riporta le risorse e/o i servizi naturali danneggiati alle o verso le condizioni originarie"; riparazione "complementare" "qualsiasi misura di riparazione intrapresa in relazione a risorse e/o servizi naturali per compensare il mancato ripristino completo delle risorse e/o dei servizi naturali danneggiati; e, infine, riparazione "compensativa" "qualsiasi azione intrapresa per compensare la perdita temporanea di risorse e/o servizi naturali dalla data del verificarsi del danno fino a quando la riparazione primaria non abbia prodotto un effetto completo". Del pari, il legislatore ha ulteriormente chiarito l'ordine degli interventi, statuendo che "qualora la riparazione primaria non dia luogo a un ritorno dell'ambiente alle condizioni originarie, si intraprenderà la riparazione complementare. Inoltre, si intraprenderà la riparazione compensativa per compensare le perdite temporanee", quest'ultime da intendersi come le "perdite risultanti dal fatto che le risorse e/o i servizi naturali danneggiati non possono svolgere le loro funzioni ecologiche o fornire i servizi ad altre risorse naturali o al pubblico fino a che le misure primarie o complementari non abbiano avuto effetto. Non si tratta di una compensazione finanziaria al pubblico". In dottrina, cfr. Bianco, M., Bordi, R. e Gallo, E.: "Il risarcimento del danno all'ambiente: il caso Pieve Vergonte", cit., pp. 806 ss.; Covucci, D.: "Il nuovo statuto del risarcimento del danno ambientale dopo la legge europea 2013", *Danno e resp.*, 2016, pp. 655 ss.; Bonelli F.: "Il risarcimento del danno all'ambiente dopo le modifiche del 2019 e del 2013 al T.U. 152/2006", *Dir. comm. internaz.*, 2013, pp. 3 ss.; Farmeglia, M.: "La Cassazione delinea lo statuo del 'nuovo' danno ambientale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 1114 ss.; Campilongo, S.: "Più severa la disciplina del danno ambientale", *Guida al diritto*, 2013, pp. 88 ss.; Giampietro, F.: "Danno ambientale e bonifica dopo la legge europea n. 97/2013", *Ambiente & sviluppo*, 2013, 12, pp. 973 ss.; Peres, F.: "Danno ambientale, VIA e acque: le novità della legge europea 2013", *Ambiente & sicurezza*, 2013, 19, pp. 16 ss.; Dell'Anno, P.: "La novella legislativa (L. n. 166/2009) sulla Parte Sesta del D.Lgs. n. 152/2006 e la pregiudiziale amministrativa in materia di risarcimento del danno ambientale", *Corr. giur.*, 2010, 11, pp. 1528 ss.; Fimiani, P.: "Il risarcimento del danno ambientale dopo la 'legge salvainfrazioni', *Rifiuti*, 2010, 2, p. 5.

dall'allegato 3 alla Parte sesta del c. amb., che riproduce l'allegato II della direttiva ELD[22], anche nei giudizi già proposti[23].

A chiusura di un sistema che non può tollerare alcuna zona franca, l'art. 311, comma 2, ultimo periodo, c. amb. dispone che "solo quando l'adozione delle misure di riparazione anzidette risulti in tutto o in parte omessa, o comunque realizzata in modo incompleto o difforme dai termini e modalità prescritti, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare determina i costi delle attività necessarie a conseguirne la completa e corretta attuazione e agisce nei confronti del soggetto obbligato per ottenere il pagamento delle somme corrispondenti". Ne consegue che, nell'ipotesi in cui il responsabile dell'inquinamento abbia omesso o realizzato in maniera incompleta o difforme le misure di riparazione alle quali era obbligato, il Ministero ha il potere di agire per ottenere il pagamento dei costi per porre in essere le attività necessarie a realizzare le misure di riparazione. Si badi, tutttavia, che "la previsione di cui all'art. 311, comma 2, ultimo disposto, non ha nulla a che vedere con il risarcimento per equivalente patrimoniale, ma si sostanzia in un rimedio di risarcimento o di rivalsa del MATTM, in caso di inadempimento agli obblighi di riparazione stabiliti dal provvedimento giudiziale e, più precisamente in caso di mancata, difforme o incompleta realizzazione delle misure di riparazione determinate ai sensi dell'art. 311, comma 2 e poste a carico del responsabile del danno ambientale"[24].

22 A séguito delle modifiche apportate all'art. 311 c. amb. per mezzo dell'art. 25 l. 6 agosto 2013, n. 97, la giurisprudenza di legittimità risulta unanime nel ritenere legittime le sole misure di riparazione. In questo senso, tra le altre, v. Cass, 13 agosto 2015, n. 16806, *Danno e resp.*, 2016, 6, pp. 639 ss. ("[i]n virtù dell'evoluzione della normativa nazionale, definitivamente armonizzata con quella eurounitaria con il recepimento organico dei relativi principi- anche a causa di un duplice avvio a carico della Repubblica italiana, da parte della Commissione dell'UE, di procedure di infrazione alla Dir. 2004/35/CE – sono espunti dall'ordinamento i criteri di risarcibilità del danno ambientale per equivalente e sono legittime solo le misure di riparazione (primaria, complementare e compensativa) previste dall'art. 311, D.Lgs n. 152/2006, come modificato dall'art. 25 della L. 6 agosto 2013, n. 97"); Cass., 6 maggio 2015, n. 9013, *ibidem*, pp. 641 ss. ("[i]l danno ambientale non può in nessun caso essere risarcito "per equivalente" pecuniario, ma solo con le misure di riparazione previste dall'art. 311, D.Lgs. n. 152/2006, come modificato dall'art. 25, L. n. 97/2013, applicabile anche ai giudizi in corso, e in applicazione dei criteri enunciati negli allegati 3 e 4 alla parte sesta, D.Lgs. n. 152/2006"); Cass., 4 aprile 2017, n. 8662, *Urb. e appalti*, 2018, pp. 41 ss. ("[i]l giudice della domanda di risarcimento del danno ambientale ancora pendente alla data di entrata in vigore della L. 6 agosto 2013, n. 97, che ha novellato l'art. 311 del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. Testo Unico Ambiente), non può determinare il risarcimento del danno in forma equivalente, ma può ancora conoscere della domanda, individuando le misure di riparazione primaria, complementare e compensativa e, per il caso di omessa o imperfetta loro esecuzione, valutarne il costo, da rendere oggetto di condanna nei confronti dei soggetti responsabili").

23 Sull'efficacia temporale della disciplina cfr., tra gli altri, Bianco, M., Bordi, R. e Gallo, E.: "Il risarcimento del danno all'ambiente: il caso Pieve Vergonte", cit., pp. 805 ss.

24 Così, Tintinelli, F.: "La risarcibilità del danno ambientale: dalla liquidazione per equivalente alle misure di riparazione", cit., p. 209. Le attività professionali considerate ai fini dell'applicazione del regime in analisi sono definite in modo particolarmente ampio, sì da comprendere "qualsiasi azione, mediante la quale si perseguano o meno fini di lucro, svolta nel corso di un'attività economica, industriale, commerciale, artigianale, agricola e di prestazione di servizi, pubblica o privata" (art. 302, comma 5, c. amb.), mentre gli operatori imputabili sono le persone fisiche o giuridiche, pubbliche o private, che esercitano o controllano un'attività professionale avente rilevanza ambientale oppure che comunque esercitano potere decisionale sugli aspetti tecnici e finanziari di tale attività, compresi il titolare del permesso o dell'autorizzazione a svolgere detta attività" (art. 302, comma 4, c. amb.). Sui riportati profili, diffusamente, Lamanuzzi, A.: "I criteri di imputazione della responsabilità ambientale", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., pp. 300 ss.

Concretamente, il danno alle risorse e ai servizi naturali deve essere accertato attraverso dati quantitativi che, per coerenza sistematica, vanno ricercati per analogia in quelli previsti per le procedure di bonifica di cui ali artt. 240 ss. c. amb., specie con riferimento al c.d. *risk assessment*[25], richiamato da tale disciplina e dall'allegato 4 alla Parte sesta, cui pure l'art. 311, comma 3, rinvia. Inoltre, all'atto di determinare il danno ambientale si devono tenere in considerazione anche gli interventi di messa in sicurezza o bonifica già realizzati o previsti nell'àmbito di una parallela procedura, giacché tali interventi ben potrebbero rappresentare delle misure di riparazione che, una volta ottenuto il ripristino dei luoghi interessati, potrebbero rendere superflue azioni ulteriori[26].

Il principio "chi inquina paga" trova, inoltre, concretizzazione nella personalità e parziarietà dell'obbligazione risarcitoria in caso di danno cagionato da più corresponsabili (art. 311, comma 3, c. amb.)[27], in evidente deroga rispetto alla regola generale dettata dall'art. 2055 c.c.[28], così come già previsto all'art. 18 l. n. 349 del 1986.

Infine, per completare la sintetica disamina dei profili disciplinari del danno ambientale, all'esito del graduale adeguamento della disciplina interna alla direttiva europea, sollecitata dalle procedure di infrazione da parte della Commissione nei confronti dell'Italia cui si è fatto cenno, il medesimo art. 311, comma 2, c. amb. prevede, accanto a un tradizionale sistema di imputazione di responsabilità per dolo o colpa, anche un più rigido regime di responsabilità oggettiva per il

25 Covucci, D.: "Il nuovo statuto del risarcimento del danno ambientale dopo la legge europea 2013", cit., p. 656: "[a]d esempio, la matrice o la risorsa ambientale inquinata dovrà essere caratterizzata e sottoposta ad un'analisi di rischio sito-specifica per *misurare* il danno ambientale; danno che sarà *significativo* soltanto a condizione che il *risk assessment* abbia accertato il superamento delle cc.dd. CSR (*concentrazioni soglia di rischio*) e, comunque, un *rischio significativo per l'ambiente* e *la salute umana*, in misura tale da richiedere misure di messa in sicurezza e bonifica" (*sub specie* di "misura di riparazione primaria")" (corsivi dell'a). Vedi anche, Iannone R.F.: "La quantificazione del danno ambientale", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., pp. 309 ss.

26 Così, Covucci, D.: *op. loc. ult. cit.*; in giurisprudenza conferma l'impostazione Cass. 13 agosto 2015, n. 16806, *Danno e resp.*, 2016, pp. 638 ss., ove si precisa che "ogniqualvolta, avutasi la riduzione al pristino stato, non persista la necessità di ulteriori misure sul territorio reso oggetto dell'intervento inquinante o danneggiante non residua alcun danno ambientale economicamente quantificabile e quindi risarcibile né in forma specifica, né a maggior ragione per equivalente".

27 Come opportunamente rimarcato in Tintinelli, F.: "La risarcibilità del danno ambientale: dalla liquidazione per equivalente alle misure di riparazione", cit., p. 210, in chiave critica rispetto alla possibile applicazione della regola generale della solidarietà passiva da parte di certa giurisprudenza di legittimità, "la regola della parziarietà [...] mira ad impedire che ciascun danneggiante debba riparare danni ambientali derivanti da apporti inquinanti pregressi, successivi o comunque non dipendenti dalla sua condotta, favorendo la corretta ripartizione della responsabilità personale e del corrispondente carico risarcitorio, secondo il criterio obiettivo del nesso di causalità". Si consideri, peraltro, che la solidarietà dell'obbligazione risarcitoria in caso di danno ambientale è stato uno dei fattori che ha determinato numerose difficoltà applicative nel mercato assicurativo americano, su cui, diffusamente, v. Monti, A.: "L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana", *Dir. ed econ. ass.*, 1997, 1, pp. 63 ss.

28 Libertini, M.: "La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto dell'ambiente", *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 587; Carbone, V.: "Trasferibilità assicurativa del danno ambientale tra indirizzi comunitari e ordinamento italiano", *Danno e resp.*, 1997, 6, p. 657; Franzoni, M.: "Solidarietà e parziarietà nel risarcimento del danno", in *Resp. civ.*, 2009, p. 953.

danno cagionato nell'esercizio di attività intrinsecamente pericolose, anch'esse analiticamente indicate all'allegato 5 della Parte sesta[29].

II. RISCHIO AMBIENTALE, POLIZZE CAUZIONALI E R.C. INQUINAMENTO. FUNZIONE RISARCITORIA E SOLVIBILITÀ DEL RESPONSABILE.

L'analisi della disciplina del danno ambientale consente di comprendere, come già anticipato in premessa, la centralità assunta dalla responsabilità civile in materia e le ricadute in termini di prevenzione (e repressione) delle condotte pericolose[30]. Sul punto è stato correttamente sottolineato, anche in una prospettiva di analisi economica, che "[n]ella concezione europea, la responsabilità per i danni ambientali è, sul versante dei disincentivi, un "dispositivo di orientamento delle condotte", diretto ad indurre gli operatori economici che svolgono attività pericolose per l'ambiente a comparare il rischio di essere di essere chiamati a rispondere per i danni con il costo delle misure preventive, e ad adottare tali misure, almeno fino al punto in cui il costo marginale degli investimenti non sia superiore al costo del danno ecologico atteso", sicché "l'obbligo della riparazione vale di per sé ad aumentare il "costo" delle attività nocive e, in questa prospettiva, la previsione della responsabilità ambientale oggettiva costituisce un criterio di allocazione di tali costi in capo a chi è più in grado di "governare" tali effetti negativi (c.d. *spill-over effects*)"[31].

Risulta, allora, evidente che l'esercizio di attività potenzialmente nocive per l'ambiente espone l'imprenditore a un rischio particolarmente rilevante, giacché egli può essere chiamato a rispondere dei costi derivanti dagli interventi di bonifica e di messa in sicurezza ovvero, nei casi più gravi, dei danni arrecati con il conseguente obbligo di attuare le misure di riparazione (peraltro anche in forza di una responsabilità oggettiva in caso di esercizio di una delle attività pericolose indicate dal codice).

A fronte del quadro normativo di riferimento, che, in caso di danni catastrofali, configura, in capo al responsabile, una responsabilità particolarmente gravosa anche dal punto di vita economico, la tecnica assicurativa può rappresentare un valido mezzo di gestione del rischio ambientale potendo soddisfare, adeguatamente ed efficacemente, i plurimi interessi lesi.

29 Lamanuzzi, A.: "I criteri di imputazione della responsabilità ambientale", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., pp. 298 ss. Per la giurisprudenza sul punto, v. Bovino, C. e Biancanello, B.: "Il danno all'ambiente: dalla normativa alle Corti", cit., p. 402.

30 Per un'analisi della responsabilità civile in una prospettiva preventiva, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, cit., pp. 318 ss.

31 Lo Sapio, G.: "La responsabilità per danno ambientale e la chimera della calcolabilità del diritto", nota a Cass., 4 aprile 2017, n. 8662, *Urb. e app.*, 2018, 1, p. 41. Sul ruolo della responsabilità civile nell'allocazione economica degli incidenti è imprescindibile il riferimento a Calabresi, G.: *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica* (1975), Giuffrè, Milano, 2015 (rist.), *passim*.

Quanto al primo aspetto, è noto che attraverso il funzionamento tipico del contratto assicurativo (in estrema sintesi: il trasferimento del rischio a favore dell'impresa; il frazionamento e la dispersione del rischio attraverso le tecniche attuariali; l'allocazione del rischio attraverso l'imposizione di premi differenziati[32]) l'assicurato può far fronte al possibile danno all'ambiente attraverso la sopportazione di un costo parziale, rappresentato dal premio, sicché lo strumento assicurativo rappresenterebbe, con specifico riferimento alle ipotesi considerate, un utile strumento di *risk management* per le imprese[33].

Quanto al secondo aspetto evocato, la tecnica assicurativa potrebbe, anzitutto, efficacemente soddisfare l'interesse pubblico alla conforme realizzazione o degli interventi di bonifica *ex* art. 242 ss. c. amb., o delle misure di riparazione ovvero, ancora, connesso alla compensazione economica a favore del Ministero per interventi eventualmente da quest'ultimo posti in essere direttamente ai sensi dell'art. 311, comma 2, ultimo periodo, c. amb. Del pari, potrebbero trovare una più agevole soddisfazione i rilevanti interessi di cui sono portatori i soggetti terzi danneggiati dalla medesima condotta (quantunque, si rammenti, tutelati attraverso la generale responsabilità *ex* art. 2043 c.c.), ma anche l'interesse dell'autore dell'inquinamento che risulta esposto a un rischio particolarmente rilevante, specie ponendo mente al fatto che in caso di esercizio di attività pericolose egli potrebbe dover sopportare ingenti costi a prescindere dalla sussistenza dell'elemento psicologico.

In termini di effettività della funzione di prevenzione (o di *deterrence*), l'assicurazione garantirebbe la certa presenza di un soggetto solvibile per far fronte ai diversi danni occorsi, il che, evidentemente, rappresenta un presupposto indefettibile per il corretto funzionamento del complesso sistema di responsabilità esposto[34]: senza l'intervento dell'assicuratore l'entità del danno all'ambiente può infatti essere tale da pregiudicare, anche definitivamente, la solvibilità dell'inquinatore sicché, proprio nei casi in cui l'entità del pregiudizio patito risulta particolarmente elevata, vi sarebbe il concreto rischio di addossare alla comunità i costi di bonifica e ripristino o, più in generale, di esporre i potenziali danneggiati al rischio di non essere risarciti in tutto o in parte[35]. Come confermato in dottrina,

32 Per tutti, Corrias, P.: *Il contratto di assicurazione. Profili funzionali e strutturali*, Esi, Napoli, 2016, *passim*, spec. p. 29, cui si rinvia per la dottrina di riferimento. Dal punto di vista dell'analisi economica del diritto, cfr. Calabresi, G.: *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., p. 74, laddove si sottolinea, che "[m]algrado il fatto che nessuno può avere la certezza di dover fronteggiare un incidente e i relativi costi, una parte del costo dell'assicurazione non è altro, probabilmente, che un pagamento anticipato per spese che ciascuno di noi dovrà sostenere a causa di incidenti. Come tale, non è altro che una forma piuttosto complicata di risparmio".

33 Bertolini, F.: "Un approfondimento del processo di gestione: il caso del rischio ambientale", in *Risk Management. Strumenti e politiche per la gestione dei rischi puri dell'impresa* (a cura di G. Forestieri), Egea, Milano, 1996, p. 181.

34 Monti, A.: "L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana", cit., p. 61.

35 In Rodotà, S.: "Le nuove frontiere della responsabilità civile", in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria* (a cura di M. Comporti e G. Scalfi), Giuffrè, Milano, 1988, p. 26, si osserva, autorevolmente, che

"la disponibilità di una copertura assicurativa, oltra a garantire tranquillità e soddisfazione economica a tutti quei soggetti che tendenzialmente guardano con avversione al rischio e contribuire nel modo indicato alla prevenzione dei sinistri, consente di perseguire traguardi di efficienza economica dal punto di vista della società nel suo complesso"[36].

Nonostante le indubbie ricadute positive determinate dall'astratto ricorso alla tecnica assicurativa per far fronte al rischio di danno ambientale, il dibattito sorto intorno alla concreta assicurabilità di tale nocumento già a partire dagli anni Settanta[37], anche a fronte dei numerosi problemi teorici e pratici cui è andato incontro, in precedenza, il mercato assicurativo negli Stati uniti[38], ha indotto il legislatore europeo a non imporre alcun obbligo assicurativo all'interno della direttiva ELD, lasciando, pertanto, agli Stati membri un margine di discrezionalità sul punto. Segnatamente, l'art. 14, paragrafo 1, dir. ELD si limita ad affermare, rinunciando a qualsivoglia intervento di armonizzazione piena sul punto, che "[g]li Stati membri adottano misure per incoraggiare lo sviluppo, da parte di operatori economici e finanziari appropriati, di strumenti e mercati di copertura finanziaria, compresi meccanismi finanziari in caso di insolvenza, per consentire agli operatori

in caso di "mega-danni per i quali non è sempre sufficiente preveder o disporre di una tecnica avanzata di risarcimento" si deve "disporre di un soggetto in grado di fronteggiare l'ammontare dei risarcimenti", come in caso di intervento dell'assicurazione. Nello stesso senso, v. Volpe Putzolu, G.: "Danni da inquinamento: responsabilità e assicurazione", in Aa. Vv., *Il danno ambientale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 94.

36 Monti, A.: "L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana", cit., p. 54.

37 Senza alcuna pretesa di esaustività, in materia di assicurabilità del danno ambientale, v. Volpe Putzolu, G.: "Inquinamento e assicurazione", cit., pp. 182 ss.; Ead.: "Danni da inquinamento: responsabilità e assicurazione", cit., pp. 93 ss.; Ferraresi, G.: "L'inquinamento ambientale e l'assicurazione: aspetti tecnici del problema", *Ass.*, 1977, pp. 261 ss.; Alpa, G.: "Danni da inquinamento, problemi di responsabilità civile e garanzia assicurativa", *Resp. civ. e prev.*, 1980, pp. 445 ss.; Id: "Progetti comunitari sulla assicurazione del danno ambientale", *ivi*, 2001, 6, pp. 1089 ss.; Kelly, A.B.: "Inquinamento e assicurazione", in *Ass.*, 1978, 1, pp. 481 ss.; Mandò, M.: "L'assicurazione per i danni da inquinamento ambientale dopo l'art. 18 della legge n. 349/86", *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 4, pp. 799 ss.; Batà, A.: "La valutazione del danno ambientale", *Corr. giur.*, 1990, 6, pp. 652 ss.; Pfennigstorf, W.: "L'assicurazione r.c. danni da inquinamento", *Ass.*, 1991, pp. 48 ss.; Candian, A.D.: "Responsabilità civile per danno ambientale e assicurazione", in Aa. Vv.: *La parabola del danno ambientale. Atti del Convegno Rhône – Mediterranée, 29 giugno 1993*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 15 ss.; Pompily, M.: "L'esigenza di una adeguata garanzia assicurativa del danno ambientale", *ibidem*, pp. 25 ss.; Chindemi, D.: "Evoluzione del danno ambientale nella giurisprudenza; quantificazione monetaria e prospettive assicurative", *ibidem*, pp. 31 ss.; de Stroebel, D.: "L'assicurazione della responsabilità civile danni da inquinamento", *ibidem*, pp. 45 ss.; Scalfi, G.: "Conclusioni", *ibidem*, pp. 55 ss.; Carbone, V.: "Trasferibilità assicurativa del danno ambientale tra indirizzi comunitari e ordinamento italiano", cit., pp. 653 ss.; Monti, A.: "L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana", cit., pp. 41 ss.; Id.: "L'assicurabilità del rischio ambientale in prospettiva europea", in *La nuova responsabilità civile per danno all'ambiente. Le nuove problematiche italiane alla luce delle iniziative dell'Unione europea* (a cura di B. Pozzo), Giuffrè, Milano, 2002, pp. 208 ss.; Bavaresco, P.: "L'assicurazione fideiussoria e il danno ambientale: spunti di riflessione dalla normativa sul trasporto rifiuti", *Dir. ed econ. ass.*, 1998, 1, pp. 723 ss.; Bertelle, A.: "I danni a terzi da inquinamento: spunti di riflessione sulla copertura assicurativa del rischio", *ivi*, 2000, 1, pp. 325 ss.; Pozzo, B.: "Ambiente (Strumenti privatistici di tutela dell')", *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. II, t. 1, Utet, Torino, 2002, pp. 93 ss.; de Stroebel, D.: "La direttiva 2004/35/CEE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21/04/2004 sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale e la relativa problematica assicurativa", cit., pp. 661 ss.; Poli, S.: "Assicurazione e danni da inquinamento nelle Convenzioni internazionali e nella direttiva comunitaria", *Danno e resp.*, 2005, 7, pp. 701 ss.; Landini, S.: "L'assicurazione del danno ambientale", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., pp. 340 ss.; Sul punto si tornerà diffusamente *infra*, § IV.

38 Kelly, A.B.: "Inquinamento e assicurazione", cit., pp. 481 ss.; Monti, A.: "L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana", cit., pp. 63 ss.

di usare garanzie finanziarie per assolvere alle responsabilità ad essi incombenti ai sensi della presente direttiva"[39].

In realtà, nonostante i dubbi della dottrina e la mancanza di un obbligo assicurativo normativamente imposto, il mercato assicurativo, registrando i bisogni di copertura emergenti nella prassi, offre da tempo diversi prodotti per far efficacemente fronte ai danni considerati, rilevando, in particolare, le polizze cauzionali rilasciate dalle imprese autorizzate all'esercizio del ramo 15 e le polizze r.c. inquinamento (r.c.i.). Siffatti prodotti determinano da un punto di vista economico il medesimo risultato, ossia assicurare la presenza di un soggetto comunque solvibile (che, come chiarito, rappresenta un requisito primario per il corretto funzionamento del sistema di responsabilità ambientale disciplinato dal codice di settore), ma, al tempo stesso, le polizze cauzionali e l'assicurazione r.c. inquinamento presentano natura, caratteristiche nonché, soprattutto, ricadute giuridiche ed economiche molto diverse, anche in termini di prevenzione, onde risulta opportuno analizzare, separatamente, i profili funzionali dei due modelli al fine di valutare la loro effettiva incidenza sulla tutela dell'ambiente.

III. LE GARANZIE FINANZIARIE RILASCIATE DALLE IMPRESE ASSICURATIVE. FUNZIONE CAUZIONALE E ADEGUATEZZA RISPETTO ALLA TUTELA DELL'AMBIENTE. I RIFERIMENTI NEL CODICE DELL'AMBIENTE.

Il più semplice strumento attraverso il quale garantire la presenza di un soggetto solvibile, assicurando la disponibilità finanziaria per far fronte alle misure di ripristino e risarcire i nocumenti a vario titolo arrecati, è sicuramente rappresentato dalla presenza di una garanzia finanziaria, come la polizza cauzionale. Questa forma di garanzia, pur non presentando natura assicurativa in senso stretto[40], determina l'intervento dell'impresa assicurativa, in qualità di

39 La Commissione si era dimostrata scettica sulla previsione di un obbligo assicurativo durante tutti i lavori che hanno condotto all'adozione della direttiva del 2004, ossia il "Libro Verde sul risarcimento dei danni all'ambiente" del 1993 [COM(93) 47 final], seguíto, nel 2000, dal "Libro Bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente" [COM(2000) 66 def.] in cui, *inter alia*, si definivano le possibili caratteristiche di un intervento comunitario in materia di responsabilità ambientale. Segnatamente, nel Libro Verde (pp. 11-13), la Commissione considerava irrealistico l'imposizione di un obbligo assicurativo per le attività idonee a determinare un danno ambientale. Nel Libro Bianco, nonostante si riconoscesse che "[l']assicurabilità è importante per consentire il raggiungimento degli obiettivi di un sistema di responsabilità per danni all'ambiente" venivano, al tempo stesso, sottolineate una serie di difficoltà applicative. Si osservava, infatti, che il mercato assicurativo non si presentava come adeguatamente sviluppato per poter gestire un simile rischio, soprattutto perché le compagnie non potevano contare su tecniche di valutazione del rischio sufficientemente affidabili; del pari, anche il settore bancario si presentava restío a offrire delle garanzie finanziarie per il rischio ambientale giacché il quadro normativo di riferimento, in termini di responsabilità, non si presentava sufficientemente chiaro (punto 4.9. del Libro Bianco). In argomento, v. Alpa, G.: "Progetti comunitari sulla assicurazione del danno ambientale", cit., pp. 1089 ss.; Pozzo B.: "Verso una responsabilità civile per danni all'ambiente in Europa: il nuovo Libro Bianco della Commissione delle Comunità europee", *Riv. giur. amb.*, 2000, p. 623; Monti, A.: "L'assicurabilità del rischio ambientale in prospettiva europea", cit., pp. 207 ss.; Poli, S.: "Assicurazione e danni da inquinamento nelle Convenzioni internazionali e nella direttiva comunitaria", cit., pp. 707 ss.

40 Sul punto sia consentito il rinvio a Petta, C.: *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, Esi, Napoli, 2021, *passim*, benché alcuni riferimenti sulla differenza tra garanzia e assicurazione

garante (certamente solvibile[41]), per le somme che l'inquinatore sarà chiamato a corrispondere per i necessari interventi di bonifica e riparazione. Peraltro, la fase di escussione risulta particolarmente agevole per il creditore garantito, sovente la pubblica amministrazione interessata, per l'apposizione delle c.d. "clausole automatiche" che enfatizzano la funzione cauzionale dello strumento in analisi[42].

La prestazione di una garanzia finanziaria è da tempo riconosciuta come una misura idonea a rafforzare il sistema di responsabilità da danno ambientale, come pure emerge dall'analisi della previgente normativa interna sul trasporto dei rifiuti[43]. Inoltre, a fronte della libertà sul punto riconosciuta dalla direttiva ELD agli Stati membri, il codice dell'ambiente presenta numerose disposizioni – di cui diverse di recente introduzione – che richiedono la prestazione della garanzia in analisi a favore delle Pubbliche amministrazioni coinvolte in relazione a diversi settori particolarmente significativi[44].

Per citarne alcuni, rileva, anzitutto, l'art. 29-*sexies*, comma 9-*quinquies*, c. amb. che, tra le condizioni di rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale (c.d. AIA), inserisce l'obbligo per il gestore di adottare le misure necessarie per rimediare a eventuali episodi di inquinamento in modo da riportare il sito allo stato della c.d. relazione di riferimento[45] e di prestare, a tali fini, la prestazione di "adeguate garanzie finanziarie" entro dodici mesi dal rilascio dell'autorizzazione medesima a favore della regione o della provincia autonoma territorialmente competente (l'art. 29-*sexies*, comma 9-*septies*, c. amb.) che devono presentare le condizioni fissate, a livello di normazione secondaria, dal d.m. ambiente 26 maggio 2016. Del pari, l'art. 151, comma 2, lett. *n*), c. amb. dispone che la convenzione che regola i rapporti tra l'ente di governo e il soggetto gestore del servizio idrico integrato

verrà riportato nel testo alla fine del presente paragrafo.

41 Per una sintetica ma efficace panoramica in materia di requisiti per l'esercizio dell'attività assicurativa, con particolare riferimento a quelli patrimoniali, v. Irrera, M.: *Lineamenti di diritto assicurativo*, Zanichelli, Bologna, 2019, p. 15 ss.

42 Sulle diverse clausole automatiche apposte alle polizze fideiussorie e cauzionali e sui loro profili funzionali, anche in rapporto alla disciplina della fideiussione, cfr., Petta, C.: *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, cit., pp. 35 ss.

43 Su cui, diffusamente, Bavaresco, P.: "L'assicurazione fideiussoria e il danno ambientale: spunti di riflessione dalla normativa sul trasporto rifiuti", cit., pp. 726 ss.

44 Si rammenti, peraltro, che ai sensi dell'art. 1, l. 10 giugno 1982, n. 348, norma avente àmbito generale di applicazione, in tutti i casi in cui è prevista la costituzione a favore dello Stato o altro ente pubblico di una cauzione, questa può essere sostituita da fideiussione bancaria rilasciata da un'impresa di assicurazione debitamente autorizzata all'esercizio del relativo ramo.

45 Secondo la definizione offerta dall'art. 5, comma 1, lett. v-*bis*), la relazione di riferimento contiene le "informazioni sullo stato di qualità del suolo e delle acque sotterranee, con riferimento alla presenza di sostanze pericolose pertinenti, necessarie al fine di effettuare un raffronto in termini quantitativi con lo stato al momento della cessazione definitiva delle attività. Tali informazioni riguardano almeno: l'uso attuale e, se possibile, gli usi passati del sito, nonché, se disponibili, le misurazioni effettuate sul suolo e sulle acque sotterranee che ne illustrino lo stato al momento dell'elaborazione della relazione o, in alternativa, relative a nuove misurazioni effettuate sul suolo e sulle acque sotterranee tenendo conto della possibilità di una contaminazione del suolo e delle acque sotterranee da parte delle sostanze pericolose usate, prodotte o rilasciate dall'installazione interessata. Le informazioni definite in virtù di altra normativa che soddisfano i requisiti di cui alla presente lettera possono essere incluse o allegate alla relazione di riferimento".

debba prevedere, in particolare, "l'obbligo di prestare idonee garanzie finanziarie e assicurative".

Risulta poi diffuso il richiamo alle garanzie considerate nella normativa relativa alla gestione del ciclo dei rifiuti. Anzitutto la prestazione delle garanzie finanziarie è elevata a condizione per l'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali in caso di attività di raccolta e trasporto di rifiuti pericolosi nonché per l'attività di intermediazione e di commercio dei rifiuti senza detenzione dei medesimi (art. 212, commi 5 e 10, c. amb.)[46] ovvero per l'attività di bonifica dei siti e dei beni contenti amianto (art. 212, comma 11, c. amb.). Del pari, *inter alia*, il contratto di servizio integrato del ciclo rifiuti deve prevedere "idonee garanzie finanziarie e assicurative" (art. 203, comma 2, lett. n) c. amb.); le garanzie finanziarie sono richieste anche ai fini dell'autorizzazione per i nuovi impianti di smaltimento e di recupero rifiuti [in generale *ex* art. 208, comma 11, lett. *g*) c. amb.; per le installazioni di cui all'art. 6, comma 13, c. amb. v., invece, art. 208, comma 2, lett. *c*) ed *e*)]; l'avvio dell'attività di coincenerimento dei rifiuti richiede la prestazione di "adeguata garanzia finanziaria" a favore della Regione (art. art. 237-*duovicies* c. amb.); infine, in materia di bonifica di siti inquinati (che rientra, formalmente, nella medesima Parte quarta del codice di settore), il progetto di intervento per porre in essere le misure di riparazione da parte del soggetto responsabile deve essere assistito da garanzie finanziarie (art. 242, commi 7 e 7-*bis*, c. amb.).

Con specifico riferimento al danno ambientale, si consideri che l'art. 306-*bis* c. amb., nel riconoscere la possibilità per il responsabile dell'inquinamento di formulare una proposta transattiva[47], dispone che questa debba contenere "l'indicazione di idonee garanzie finanziarie" [comma 2, lett. *g*)] da escutere in caso di inadempimento, anche parziale, degli obblighi assunti pattiziamente (comma 8).

La prestazione di una garanzia finanziaria generica è, infine, richiamata all'art. 308 c. amb. laddove si prevede – oltre al fatto che l'operatore deve sostenere i costi delle iniziative statali di prevenzione e ripristino ambientale adottate in conformità con la Parte sesta del codice– che, in via generale, il Ministro dell'ambiente recuperi, anche attraverso garanzie reali o fideiussioni bancarie a prima richiesta

46 Le modalità e gli importi delle garanzie finanziarie che devono essere prestate a favore dello Stato dai commercianti e intermediari dei rifiuti senza detenzione degli stessi sono state in séguito fissate dal d.m. ambiente 20 giugno 2011.

47 L'art. 306-*bis* c. amb., in materia di risarcimento del danno e del ripristino ambientale dei Siti inquinati di interesse nazionale (SIN), è stato introdotto per mezzo della l. 28 dicembre 2015, n. 221 (recante "Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di *green economy* e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali") e ha regolato la possibilità di formulare una proposta transattiva da parte del soggetto nei confronti del quale il Ministero dell'ambiente abbia avviato le procedure di bonifica e riparazione del danno ambientale dei SIN oppure abbia intrapreso la relativa azione giudiziaria. La mentovata disposizione stabilisce, inoltre, quali requisiti di carattere generale debbano presentare le proposte transattive. Sul punto, v. Bovino, C. e Biancanello, B.: "Il danno all'ambiente: dalla normativa alle Corti", cit., p. 401; Corriero, V.: "La 'transazione globale' per il ripristino dei siti inquinati di interesse nazionale (SIN), in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., pp. 367 ss.

e con esclusione del beneficio della preventiva escussione, dall'operatore che ha causato il danno o l'imminente minaccia, le spese sostenute dallo Stato in relazione alle azioni di precauzione, prevenzioni e ripristino adottate.

In buona sostanza, le disposizioni del codice dell'ambiente appena richiamate confermano che la prestazione di una garanzia finanziaria rilasciata da un'impresa assicurativa viene considerata dallo stesso legislatore uno strumento adeguato, quantomeno dal punto di vista economico, per far efficacemente fronte a rischi ambientali di vario genere grazie alla presenza di un garante certamente solvibile e tenuto a pagare, sovente, "a prima richiesta".

Peraltro, le garanzie finanziarie, oltre a incidere positivamente in termini di solvibilità, rappresentano, da un punto di vista tecnico, un prodotto di più semplice gestione e meno rischioso quanto per compagnie assicurative tanto per gli operatori assicurati. Pur essendo prodotti formalmente assicurativi, le polizze cauzionali hanno natura sostanzialmente di garanzia, in quanto l'impresa non assume alcun rischio in senso tecnico, come dimostra la costante previsione del diritto di riconteggio delle somme corrisposte al soggetto garantito nei confronti dell'ordinante: si rammenti, infatti, che compagnie, all'atto di emissione di tali polizze, non valutano il rischio di verificazione del sinistro, ma la situazione finanziaria e patrimoniale dell'ordinante proprio nella prospettiva di agire in rivalsa, sicché, in buona sostanza, l'assicuratore assume, invece del tradizionale rischio giuridico sotteso alla tecnica assicurativa, un mero rischio finanziario dato dalla potenziale insolvenza dell'ordinante medesimo in sede di eventuale rivalsa[48].

Infine, come si vedrà, ad opinione di chi scrive le polizze cauzionali, pur presentando l'indubbio vantaggio di costituire una garanzia particolarmente solida da un punto di vista finanziario, non comportano alcun tipo di ricaduta positiva in termini di innalzamento degli standard di sicurezza (e dunque alcuna incidenza in termini di precauzione e di prevenzione), al contrario di quanto avviene in caso di adozione di una polizza r.c. inquinamento che, a questo punto del lavoro, è necessario analizzare.

48 L'aleatorietà in senso tecnico è recisamente esclusa, infatti, dal regolamento Isvap n. 29 del 2009 ("Regolamento concernente le istruzioni applicative sulla classificazione dei rischi all'interno dei rami di assicurazione ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 - Codice delle Assicurazioni Private") ove l'Autorità di settore ha imposto, per la migliore gestione del ramo, che le disposizioni contrattuali contengano espressamente il diritto di rivalsa. Sul punto, sia, nuovamente, consentito il rinvio a Petta, C.: *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, cit., p. 309.

IV. IL PROBLEMA DELL'ASSICURABILITÀ DEL RISCHIO AMBIENTALE E LE MODERNE POLIZZE R.C. INQUINAMENTO. STRUMENTI DI PREVENZIONE INDIRETTA, CONDIZIONI DI ASSICURABILITÀ E TUTELA DELL'AMBIENTE.

Il danno all'ambiente, dal punto di vista fenomenico e giuridico, può astrattamente involgere diversi rami assicurativi, sia danni sia vita[49], pur rilevando, in particolar modo, dal punto di vista funzionale, l'assicurazione sulla responsabilità civile[50] in caso di trasporti e, soprattutto, generale[51] che, non a caso, risulta, tradizionalmente, il prodotto più utilizzato in diverse esperienze per far fronte ai rischi derivanti dagli illeciti ambientali[52]. In particolare, il mercato assicurativo italiano si è mostrato all'avanguardia nel panorama europeo per la presenza di un modello di assicurazione r.c. elaborato da ANIA (Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici) e Confindustria nel 1979 a copertura dei danni a vario titolo arrecati (compreso quello alla salute) unitamente alla costituzione di un *pool* (c.d. "*pool* Inquinamento", dal 2019 "*pool* Ambiente"[53]) per supportare gli aderenti attraverso meccanismi di coassicurazione e riassicurazione in considerazione dell'ampiezza dei possibili oneri indennitari[54].

49 L'inquinamento incide in maniera significativa sulle assicurazioni malattia, vita, trasporti e sulla responsabilità civile, ma anche, seppur con una minore incidenza, nelle assicurazioni infortuni, incendio e interruzione di attività. Per un'ampia rassegna, Ferraresi, G.: "L'inquinamento ambientale e l'assicurazione: aspetti tecnici del problema", cit., pp. 261 ss.; v., anche, Volpe Putzolu, G.: "Inquinamento e assicurazione", cit., pp. 184 ss.; si osserva in Mandò, M.: "L'assicurazione per i danni da inquinamento ambientale dopo l'art. 18 della legge n. 349/86", cit., p. 810, che "[l]a reazione delle imprese di assicurazione a tale incidenza ha assunto [...] un duplice aspetto: da un lato quello di inserire nei contratti delle clausole di esclusione di quei fattori inquinanti che in modo più evidente o più rilevante abbiano dato luogo all'aumento dei sinistri. Dall'altro quello di adeguare i premi al maggior rischio assunto". Ulteriori sovrapposizioni con altre coperture sono analizzate in Bertelle, A.: "I danni a terzi da inquinamento: spunti di riflessione sulla copertura assicurativa del rischio", cit., pp. 351 ss.

50 Cfr., tuttavia, Candian, A.D.: "Responsabilità civile per danno ambientale e assicurazione", cit., pp. 15 ss.

51 Come si osserva in Pfennigstorf, W.: "L'assicurazione r.c. danni da inquinamento", cit., p. 55, "non dobbiamo stupirci se l'esigenza di un trattamento separato e speciale del rischio della responsabilità da inquinamento è stata avvertita più fortemente nell'assicurazione della responsabilità civile generale e nell'assicurazione trasporti. È infatti in questi rami che il rischio della responsabilità da inquinamento ha avuto il maggior impatto monetario. Per converso, nessun assicuratore ha ritenuto finora necessario separare il rischio d'inquinamento nella polizza d'assicurazione della responsabilità civile automobilistica, o nelle polizze che coprono mezzi di trasporto (tranne il caso in cui vengano trasportate merci pericolose). Così pure, il rischio d'inquinamento non è stato considerato un problema di grande importanza nel contesto dell'assicurazione della responsabilità civile e della responsabilità privata".

52 Il mercato statunitense, in questo settore, ha rappresentato, per lungo tempo, un modello, tanto in termini positivi, quanto negativi, giacché da quella esperienza e, soprattutto, dai fallimenti del relativo mercato nella seconda metà del secolo scorso, è stato possibile ricavare una serie di preziose indicazioni sull'assicurabilità e sulla gestione, anche contrattuale, del rischio ambientale. Sul punto, per tutti, v. Monti, A.: "L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana", cit., p. 63 ss.; e Kelly, A.B.: "Inquinamento e assicurazione", cit., 1978, I, p. 481 ss.

53 Le principali informazioni sul *pool* Ambiente sono presenti su *www.poolambiente.it*.

54 Landini, S.: "L'assicurazione del danno ambientale", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 342; Volpe Putzolu, G.: "Danni da inquinamento: responsabilità e assicurazione", cit., p. 100; Mandò, M.: "L'assicurazione per i danni da inquinamento ambientale dopo l'art. 18 della legge n. 349/86", cit., p. 815; Monti, A.: "L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana", cit., p. 153, ove si osserva che la capacità assicurativa del gruppo risultava particolarmente elevata comparandola con i concorrenti gruppi europei, poiché il *pool* italiano si diceva in grado di offrire massimali aggregati per impianto pari a 50 miliardi di lire.

Il prodotto maggiormente rilevante alla luce delle condizioni generali di contratto più diffuse (derivante dal mentovato modello di cui pure presenta, ancora oggi, i tratti disciplinari più significativi[55]) è, dunque, l'assicurazione r.c. a copertura del rischio ambientale legato alle attività dichiarate e svolte negli stabilimenti o insediamenti assicurati: la copertura è, in buona sostanza, relativa al risarcimento dei danni (materiali, corporali o da interruzione di attività) subíti da terzi in conseguenza dell'inquinamento cagionato dal contraente[56] nonché al rimborso delle spese sostenute per gli interventi di bonifica e di rispristino del danno ambientale[57].

L'analisi delle condizioni generalmente offerte risulta particolarmente utile non soltanto per comprendere la portata e le caratteristiche della copertura assicurativa ma anche per valutare come la tecnica contrattuale, in questo specifico settore, si sia evoluta negli ultimi decenni a fronte del diffuso scetticismo sull'effettiva assicurabilità del rischio in analisi.

Tradizionalmente, i principali dubbi circa l'efficace gestione assicurativa del danno ambientale riposavano su valutazioni di natura economica nonché tecnico-giuridica, anche in funzione della specialità del regime di responsabilità delineato dal legislatore, in buona parte derogatorio rispetto al generale statuto della responsabilità civile.

Andando con ordine, se pure è vero che l'assicurazione è in grado di svolgere le proprie funzioni tipiche in presenza di ben determinate condizioni di incertezza, il rischio per danno ambientale si contraddistingue per una serie di rilevantissime asimmetrie informative che potrebbero incidere sulla configurabilità dell'operazione, in quanto potenzialmente idonee a determinare situazioni di

55 Per un'analisi della disciplina della polizza ANIA (e delle sue modifiche) anche al fine di valutarne l'incidenza sulle attuali condizioni delle polizze generalmente distribuite riportate nel testo, cfr. Mandò, M.: "L'assicurazione per i danni da inquinamento ambientale dopo l'art. 18 della legge n. 349/86", cit., pp. 812 ss.; Monti, A.: "L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana", cit., pp. 153 ss.; Pompily, M.: "L'esigenza di una adeguata garanzia assicurativa del danno ambientale", cit., pp. 25 ss.; per le modifiche approvate nel 1995, v. Landini, S.: "L'assicurazione del danno ambientale", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 342.

56 L'oggetto dell'assicurazione, poi, specifica ulteriormente che l'assicurazione si impegna a tenere indenne l'assicurato, fino alla concorrenza del massimale concordato, di quanto questi sia tenuto a pagare a titolo di risarcimento dei danni cagionati a terzi in conseguenza di inquinamento per l'attività dichiarata e svolta nello stabilimento per: morte e lesioni personali; distruzione e deterioramento materiale di cose che si trovino all'esterno dello stabilimento; interruzioni o sospensioni, totali o parziali, di attività industriali, commerciali, agricole o di servizi ed in genere per impossibilità di utilizzare beni che si trovino all'esterno dello stabilimento nell'area interessata dall'inquinamento. Risulta, allora, evidente che la copertura standard offerta dall'r.c. inquinamento, non copre soltanto il danno ambientale in senso stretto, potendo, all'occorrenza, involgere anche situazioni soggettive esistenziali e patrimoniali riferibili ai terzi.

57 Sono presenti sul mercato anche altri prodotti o coperture aggiuntive, sempre riferibili all'assicurazione di responsabilità civile per la copertura del rischio ambientale, ma in relazione ad altre possibili attività dannose rispetto a quelle svolte presso l'insediamento. Possono infatti rilevare, ai fini assicurativi, le attività presso terzi (cantieri, appalti, etc.., come, ad es., nella "Assicurazione responsabilità ambientale da attività presso terzi"), il trasporto di merci pericolose ovvero le operazioni di carico e scarico merci (ad es. come nella "Assicurazione responsabilità ambientale da operazioni di carico e scarico presso terzi con mezzi meccanici").

selezione avversa e di azzardo morale che rappresentano tra le cause principali di malfunzionamento dei mercati assicurativi.

Come noto, infatti, le informazioni in àmbito assicurativo risultano fondamentali per porre in essere le necessarie valutazioni di matrice statistica e attuariale in merito alla possibilità che il sinistro si verifichi, con conseguenti ricadute sul premio, tanto è vero che le situazioni di eccessiva incertezza circa la prevedibilità dell'evento potrebbero determinare, da parte delle compagnie, un atteggiamento di avversione al rischio[58]. La materia ambientale, nondimeno, si caratterizza per una spiccata carenza di informazioni giacché, sovente, assicurato e assicuratore non hanno a disposizione dati sufficienti per effettuare un fondato calcolo, anche approssimativo, sull'entità e frequenza del danno considerato, e quindi, della sua prevedibilità, con inevitabili ricadute, dal punto di vista tecnico, sul rischio. Si pensi, a tacer d'altro, al fatto che la valutazione del rischio potrebbe non tenere conto della pericolosità per l'ambiente e la salute di certi prodotti, sostanze o procedimenti chimici e tecnologici, giacché siffatte valutazioni tecnico-giuridiche si basano sulle conoscenze possedute al momento di conclusione del contratto (c.d. rischio tecnologico)[59]. Peraltro, il descritto fenomeno potrebbe presentarsi esclusivamente unilaterale, integrando una vera e propria asimmetria informativa, ogniqualvolta l'assicurato abbia l'interesse a celare eventuali dati o circostanze che potrebbero compromettere l'ottenimento della copertura (o l'onerosità del premio eventualmente richiesto), integrando, così, una selezione avversa (c.d. *adverse selection*) [60].

In campo ambientale un ulteriore effetto negativo si verifica laddove l'assicuratore non sia in grado di rilevare il mutamento del rischio per fattori obiettivi o per la condotta dello stesso assicurato che, una volta ottenuta la copertura, potrebbe essere indotto ad abbassare i propri standard di prevenzione,

58 Monti, A.: "L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana", cit., p. 57.

59 Bertelle, A.: "I danni a terzi da inquinamento: spunti di riflessione sulla copertura assicurativa del rischio", cit., p. 327; Pfennigstorf, W.: "L'assicurazione r.c. danni da inquinamento", cit., pp. 52 s. e 62 e ss., spec. p. 63, ove si sottolinea che "[...] col rischio in evoluzione gli assicuratori vengono a trovarsi in una situazione impossibile, ancor peggiore di quella che si determina nel caso dei sinistri tardivi derivanti da rischi conosciuti. Un rischio del quale né l'assicuratore né l'assicurato siano consapevoli al momento della stipulazione del contratto non può essere assunto in alcun modo: né col pagamento di un premio adeguato, né con l'esclusione espressa del rischio della copertura, né limitando quest'ultima". Piú in generale, cfr., Volpe Putzolu, G.: "La copertura assicurativa nei rischi anomali", in *Il rischio da ignoto tecnologico*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 59.

60 Pozzo, B.: "Ambiente (Strumenti privatistici di tutela dell')", cit., pp. 93 ss.

disincentivato, paradossalmente proprio dalla sicurezza derivante dalla copertura stessa[61], con conseguente azzardo morale (c.d. *moral hazard*)[62].

La mancanza di informazioni compromette, dunque, la capacità dell'assicuratore di classificare efficacemente i rischi e, conseguentemente, di calcolare coerentemente i premi, determinando una situazione nella quale il corrispettivo richiesto risulterà eccessivo per chi presenta un rischio inferiore alla media e conveniente per chi, al contrario, presenta una potenziale sinistrosità superiore alla media stessa[63].

Infine, selezione avversa e azzardo morale potrebbero, a loro volta, comportare dei costi di agenzia (c.d. *agency costs*) poiché gli interessi del *principal* (l'assicuratore) divergono da quelli dell'*agent* (l'assicurato) e, quindi, è necessario per l'impresa combattere gli effetti di tale conflitto di interessi attraverso metodi di *monitoring* (controllo della condotta) e di *bonding* (allineamento degli interessi tendenzialmente in conflitto)[64].

L'evoluzione della tecnica assicurativa e del quadro normativo in materia di danno ambientale ha comportato il superamento dei descritti fallimenti che, attualmente, risultano efficacemente gestiti, onde è possibile affermare la tendenziale assicurabilità del rischio ambientale, come comprovato, tra l'altro, dai prodotti presenti sul mercato.

Posto che il codice già prevede una disciplina abbastanza afflittiva per l'assicurato in ipotesi di dichiarazioni inesatte o reticenti (artt. 1892, 1893 e 1894 c.c., di norma puntualmente richiamati a livello di condizioni generali) e che ormai le compagnie assicurative hanno predisposto questionari particolarmente accurati (considerati parte integrante del contratto) per valutare la potenziale sinistrosità, il rischio che si dia luogo a fenomeni di selezione avversa o di azzardo morale sono stati risolti attraverso i c.d. "strumenti di prevenzione indiretta", il cui uso a questi fini è stato largamente sperimentato nella prassi[65].

61 Sul rapporto tra prevenzione e assicurazione, v., per tutti, Denozza, F.: "Prevenzione e assicurazione", *Ass.*, 1978, I, pp. 169 ss.; e Caballero Sanchez, E.: "Prevenzione e assicurazione", *ibidem*, pp. 424 ss. Entrambi gli studi chiariscono che mentre la prevenzione ha per obiettivo l'eliminazione dei sinistri, l'assicurazione esiste e può essere praticata proprio in quanto si suppone l'ineliminabilità di una parte dei sinistri stessi. Inoltre, pur essendo vero che la stipulazione del contratto serve a sollevare l'assicurato dal peso economico conseguente al verificarsi del sinistro, esisterebbe sempre e comunque un interesse dell'assicurato alla prevenzione, specie laddove la mancata verificazione dell'evento assicurato abbia un impatto attuale o futuro sulla determinazione del premio.

62 Pozzo, B.: "Ambiente (Strumenti privatistici di tutela dell')", cit., pp. 93 ss.

63 Monti, A.: "L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana", cit., p. 57.

64 Così, Monti, A.: *op. ult. cit.*, p. 58.

65 Caballero Sanchez, E.: "Prevenzione e assicurazione", cit., p. 465 s., anche per diversi spunti comparatistici.

Le polizze distribuite, infatti, si caratterizzano per la presenza di limiti di copertura, quale uno scoperto obbligatorio pari almeno al 10% e/o una franchigia fissa o assoluta determinati, di solito, in base alle caratteristiche del singolo rischio considerato. Come noto, siffatte limitazioni di copertura sono funzionali a responsabilizzare l'assicurato rispetto al *moral hazard*, essendo questi consapevole che, in caso di sinistro, parte del costo degli interventi rimarrà comunque a suo carico. Nella medesima prospettiva, le condizioni generali sono solite richiamare espressamente l'art. 1898 c.c. che, come noto, impone al contraente di dare immediata comunicazione all'assicurazione di ogni circostanza idonea ad aggravare il rischio atteso che l'eventuale inadempimento di tale obbligo può finanche determinare la perdita della copertura (comma 4). Inoltre, il mantenimento di elevati standard di prevenzione e di sicurezza possono essere anche garantiti attraverso tecniche premiali, come il sistema *bonus/malus* che consente all'assicurato, in assenza di sinistri durante un determinato periodo di tempo, di ottenere una riduzione del premio in sede di rinnovo di polizza.

L'azzardo morale viene ulteriormente neutralizzato per mezzo degli obblighi di avviso e di salvataggio, di cui agli artt. 1913 e 1914 c.c. che, se inadempiuti, possono comportare la perdita del diritto all'indennità (in ipotesi di dolo), ovvero la riduzione della medesima, proporzionale al pregiudizio sofferto dall'assicuratore (in caso di colpa). Peraltro, non è inusuale che le polizze elevino, a livello di condizione per l'efficacia della copertura, che l'assicurato abbia dato, entro i termini e con le modalità stabilite dalla legge, comunicazione del sinistro alle autorità competenti.

Pertanto, il rischio che l'assicurato possa diminuire i propri standard di prevenzione è efficacemente gestito da obblighi di natura negoziale e legale il cui inadempimento potrebbe determinare, nei casi piú gravi l'esclusione della copertura assicurativa, anche ponendo mente al fatto che, la condotta degli operatori deve essere informata al principio di precauzione che impone una serie di puntuali comportamenti in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e l'ambiente (art. 301 c. amb.).

Ulteriore caratteristica delle polizze presenti sul mercato è data dall'indicazione tassativa dei danni risarcibili e dei relativi massimali al fine di evitare l'eccessiva ampiezza della copertura e agevolare le Compagnie nella valutazione del rischio, anche con riferimento alla gestione delle riserve tecniche[66]. Questo tipo di accorgimenti, oltre a tutelare l'impresa, determinano un'incidenza positiva anche a livello di mercato, in quanto, in difetto della previsione di detti massimali, l'assicurazione contro i rischi ambientali risulterebbe estremamente costosa e,

66 Monti, A.: "L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana", cit., p. 49.

verosimilmente, eccessivamente dispendiosa per le imprese interessate a ottenere una copertura[67].

Sempre in relazione al danno, riteniamo ampiamente superabili le riserve della dottrina legate agli incerti criteri di liquidazione e alla possibile tensione con il c.d. principio indennitario che, come noto, informa l'intera disciplina dell'assicurazione contro i danni[68]. Se pure è vero che sotto il vigore dell'art. 18 l. n. 349 del 1986[69] potevano ravvisarsi talune difficoltà teoriche e applicative per la possibile natura sanzionatoria della liquidazione equitativa ad opera del giudice[70], l'attuale definizione normativa di danno ambientale risulta essere meno estesa rispetto a quella previgente e, soprattutto, considera rilevanti i soli deterioramenti significativi e misurabili (art. 300, comma 1, c. amb.), con parzialità dell'obbligazione risarcitoria in caso di caso di corresponsabili[71], nel rispetto del principio del "chi inquina paga".

67 Monti, A.: "L'assicurabilità del rischio ambientale in prospettiva europea", cit., p. 225; Bertelle, A.: "I danni a terzi da inquinamento: spunti di riflessione sulla copertura assicurativa del rischio", cit., p. 335.

68 Sull'incidenza del principio indennitario in materia ambientale, seppur sotto sotto il vigore della previgente disciplina, cfr., Mandò, M.: "L'assicurazione per i danni da inquinamento ambientale dopo l'art. 18 della legge n. 349/86", cit., pp. 812 ss.

69 Per un'efficace panoramica sui problemi legati alla quantificazione del danno ambientale nella vigenza dell'art. 18 l. n. 349 del 1986, v. Patti, S.: "Il danno ambientale: il problema della quantificazione", in Aa. Vv.: *La parabola del danno ambientale. Atti del Convegno Rhône – Mediterranée, 29 giugno 1993*, cit., pp. 3 ss.

70 Si rammenti, infatti, che, ai sensi dell'art. 18, comma 6, l. n. 349 del 1986, "Il giudice, ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno, ne determina l'ammontare in via equitativa, tenendo comunque conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino, e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali". Per le riserve da parte dalla dottrina legate alla componente sanzionatoria del danno liquidato giudizialmente, v. Batà, A.: "La valutazione del danno ambientale", cit., pp. 652 ss.; Candian, A.D.: "Responsabilità civile per danno ambientale e assicurazione", cit., pp. 18 ss.; Chindemi, D.: "Evoluzione del danno ambientale nella giurisprudenza; quantificazione monetaria e prospettive assicurative", cit., pp. 31 ss.; de Stroebel, D.: "L'assicurazione della responsabilità civile danni da inquinamento", cit., p. 48; Scalfi, G.: "Conclusioni", cit., p. 59; Bognetti, G. - Moretti, E. - Rimini, L.: "La valutazione economica del danno ambientale: profili teorici ed aspetti empirici", in *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente* (a cura di P. Trimarchi), Giuffrè, Milano, 1994, pp. 151 ss.; Monti, A.: "L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana", cit., p. 150 ss., dove, tuttavia, si ritiene che l'asserito carattere sanzionatorio della norma sia "soltanto il frutto di un travisamento del testo normativo che indubbiamente, per la sua carente formulazione, si presta a facili quanto inopportune manipolazioni interpretative"; e, in particolare, Carbone, V.: "Trasferibilità assicurativa del danno ambientale tra indirizzi comunitari e ordinamento italiano", cit., pp. 653 ss., spec. p. 658, ove l'a. sottolinea che "le peculiarità dell'art. 18, commi 6 e 8 sulla gravità della colpa e sull'ammontare del profitto conseguito non consentono l'assicurabilità del danno ambientale, così come si è venuto cristallizzando, in cui accanto ai profili risarcitori, nella misura non patrimoniale ma privilegiata, consistente nel rispristino della situazione dei luoghi, si aggiunge un aspetto repressivo relativo alla valutazione equitativa del danno, attraverso la considerazione del grado di colpa e del profitto conseguito dal trasgressore, tale da ricercare non solo il profilo sanzionatorio, ma anche l'aspetto espropriativo del profitto conseguito". In realtà altra parte della dottrina aveva avuto modo di superare le riportate riserve osservando che la liquidazione equitativa del danno non rappresenta, di solito, un ostacolo per l'assicurabilità del relativo rischio (come in caso di danno morale o biologico in materia di r.c. auto). In questo senso, Mandò, M.: "L'assicurazione per i danni da inquinamento ambientale dopo l'art. 18 della legge n. 349/86", cit., p. 829.

71 Si consideri, da questo punto di vista, che una delle ragioni che ha determinato la crisi del settore assicurativo in materia di danno ambientale negli Stati Uniti è stata rappresentata dalla scelta del legislatore di prevedere, con l'obiettivo di predisporre una tutela particolarmente rigorosa per l'ambiente, una responsabilità di tipo oggettivo, solidale e retroattivo (*strict, joint & several, retroactive liability*) attraverso il *Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act* (anche noto come *Superfund Act*) del 1980. Sull'argomento, che in questa sede non può essere affrontato, si rinvia integralmente a Monti, A.: "L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana", cit., p. 63 ss., anche per i completi riferimenti normativi, dottrinali e giurisprudenziali.

Inoltre, la possibile tensione con il principio indennitario è ampiamente superata guardando all'art. 311 c. amb. che, come detto, privilegia il risarcimento in forma specifica rappresentato delle misure di riparazione: di conseguenza, l'intervento dell'assicurazione – in assenza di limitazioni della copertura – sarà parametrato ai costi effettivamente sostenuti per realizzare gli interventi necessari. La prospettiva non muta laddove il Ministero agisca per ottenere il risarcimento del danno per equivalente patrimoniale, in quanto l'impresa assicurativa sarà tenuta, anche in tale ipotesi, a pagare i costi legati alla completa e corretta attuazione delle misure di riparazione necessarie[72]. Concretamente l'oggetto dell'assicurazione nelle polizze assicurate comporta il rimborso a favore dell'assicurato sia delle spese per gli interventi di bonifica sia quelle per il ripristino del danno ambientale, fermi restando gli eventuali massimali e sotto-limiti di volta in volta pattuiti, oltre ai danni ai danni patrimoniali e non patrimoniali subíti dai terzi[73].

Il rischio che le compagnie siano esposte a ingenti esborsi, oltre a essere limitato dalla previsione dei massimali, risulta, inoltre, efficacemente gestito attraverso le tecniche di coassicurazione e riassicurazione ad opera dei *pool*, come già si è anzidetto.

Centrale, nel dibattito, è invece il problema dell'accertamento del nesso di causalità (che, si rammenti, per taluni operatori opera su una forma di responsabilità oggettiva, *ex* art. 311 c. amb.) e dell'operatività della copertura.

La materia ambientale si caratterizza, come in parte già anticipato, per la carenza di informazioni e, più in generale, per la difficoltà di ricostruire il nesso eziologico tra danno ed evento, soprattutto in presenza di danni c.d. lungolatenti o in caso di inquinamenti graduali, ovvero, ancora per il citato rischio di sviluppo o tecnologico, il che potrebbe determinare anche dei rilevanti problemi sull'individuazione del momento in cui è avvenuto il sinistro. Questa situazione di fatto aveva rilevantissime ricadute nella gestione assicurativa, ponendo mente al fatto che il tradizionale modello di funzionamento dell'assicurazione r.c., recepito anche nel nostro codice all'art. 1917 c.c., si basa sul c.d. modello *loss occurance* che, come noto, considera rilevante, per l'intervento dell'assicuratore, la circostanza che il fatto dannoso sia avvenuto in costanza di copertura, il che esponeva le compagnie a richieste risarcitorie particolarmente tardive, con la conseguente necessità di accantonare rilevanti riserve tecniche. I rilevantissimi problemi di natura giuridica e applicativa sono stati efficacemente risolti con l'adozione generalizzata della clausola *claims made* che, come ben noto, èleva a sinistro la richiesta risarcitoria da parte del danneggiato che deve pervenire entro il periodo di efficacia della copertura,

72 Sotto la disciplina previgente, sosteneva la compatibilità del danno all'ambiente con il principio indennitario, nonostante la componente sanzionatoria dell'art. 18 l. n. 349 del 1986, Candian, A.D.: "Responsabilità civile per danno ambientale e assicurazione", cit., p. 23.

73 *Retro*, nota 56.

eliminando così, in assenza di garanzie aggiunte, il rischio di sinistrosità tardiva per le compagnie (con conseguente ricadute positive sia sulla gestione dell'impresa assicurativa) e agevolando le parti nell'individuazione del momento utile per l'operatività della garanzia assicurativa[74]. Peraltro, la presenza della clausola, per il meccanismo appena descritto, è altresì funzionale alla retroattività del regime di responsabilità, anche se sovente le polizze prevedono delle rilevanti limitazioni temporali di copertura (ponendo ad es. la condizione che "l'inquinamento o il pericolo attuale di inquinamento si sia manifestato per la prima volta durante il periodo di assicurazione e che il sinistro sia stato denunciato alla Società nei termini previsti").

Relativamente alla componente psicologica, anche in rapporto al *moral hazard*, la garanzia comporta il risarcimento del danno "involontariamente" cagionato, sicché risulta espressamente esclusa la copertura per i danni commessi con dolo dal contraente o dall'assicurato. In questa fattispecie rientra di solito – come espressa indicazione tra esclusioni – la mancata e intenzionale osservanza, da parte dell'assicurato, delle disposizioni di legge o delle prescrizioni contenute nelle autorizzazioni rilasciate ai fini dell'esercizio dell'attività condotta nello stabilimento. Peraltro, anche a fini precauzionali, sono solitamente oggetto di esclusione i danni o le spese causati da insufficiente o cattiva manutenzione degli impianti predisposti a prevenire o contrastare l'inquinamento. Una simile scelta ben si comprende non soltanto rispetto all'inassicurabilità del fatto doloso – sancita, in via generale, dall'art. 1900 c.c. e, con specifico riferimento all'assicurazione r.c., dall'art. 1917 c.c.[75] – ma anche da un pervasivo argomento di politica generale (rafforzato, nelle fattispecie considerate, dall'indubbia valenza assiologica della tutela ambientale)

74 Non a caso la clausola *claims made* è stata introdotta, inizialmente nelle polizze r.c. per i danni ambientali e da prodotto difettoso per poi essere estesa alle polizze di assicurazione della responsabilità professionale. In questi termini, Volpe Putzolu, G.: "La clausola 'claims made' Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.", *Ass.*, 2010, p. 8. Nello sterminato panorama dottrinale e giurisprudenziale che, negli ultimi decenni, si è occupato della liceità e della meritevolezza del modello *claims made*, si rinvia, per tutti e per gli opportuni riferimenti, al recente studio di Nazzaro, A.C.: *Il sinistro nell'assicurazione della responsabilità lungolatente*, Esi, Napoli, 2022, *passim*.

75 Per un approfondimento sul punto, tra gli altri, Angeloni, V.: "Assicurazione della responsabilità civile", *Enc. dir.*, III, Giuffrè, Milano, 1958, p. 556; Castellano, G.: *Le assicurazioni private*, Utet, Torino, 1970, p. 202; Fanelli, G.: *Le assicurazioni*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, XXXVI, 1, Milano, 1973, pp. 115 ss.; Donati, A: *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, 1954, p. 137; Partesotti, G.: *La polizza stimata*, Cedam, Padova, 1967, pp. 82 ss.; Alpa, G.: "Danni da inquinamento, problemi di responsabilità civile e garanzia assicurativa", cit., p. 445. Occorre riportare, tuttavia, l'autorevole opinione, particolarmente critica, di Volpe Putzolu, G.: "Inquinamento e assicurazione", cit., p. 206 ad avviso della quale, in caso di danni connessi strettamente e indefettibilmente allo svolgimento dell'attività dell'assicurato, ove si consideri che "non mancherebbe in questi casi la consapevolezza dell'assicurato di produrre tramite la propria attività un danno risarcibile, è giocoforza concludere che, in queste ipotesi, le conseguenze dannose non possono non ritenersi volute o conosciute dall'agente, quanto meno dopo che si sono manifestati i primi effetti dannosi per la sua attività", onde "la garanzia assicurativa può essere accordata solo per i primi effetti dannosi, o meglio per i danni verificatisi prima che l'assicurato abbia preso coscienza della dannosità del suo operato". Riteniamo, tuttavia, gli obblighi legali di avviso e di salvataggio, unitamente alle altre misure di prevenzione diretta analizzate nel testo, già sono idonei a responsabilizzare l'assicurato rispetto alle circostanze oggetto di censura, andando, così, a sterilizzare i possibili atteggiamenti di azzardo morale da parte di questi che potrebbero determinare la riduzione o la perdita della copertura, come prima chiarito.

contrario a qualsivoglia trasferimento del costo di questi danni, che dovrebbero restare a carico del responsabile[76].

Possono sorgere invece dubbi sulla sussistenza del rischio *ex* art. 1904 c.c. nelle ipotesi in cui vi sia la consapevolezza che l'attività posta in essere dall'assicurato determinerà certamente un danno all'ambiente[77]. In simili casi l'assicurabilità del rischio dovrebbe essere necessariamente valutata caso per caso[78], specie laddove vengano mantenuti i limiti di inquinamento previsti dalla legge o da provvedimenti speciali sorretti dalla sussistenza di un interesse pubblico all'esercizio di una particolare attività che sia stata ritenuta dallo Stato prevalente rispetto alla tutela ambientale. In generale, comunque, un'incertezza, ancorché statisticamente inferiore alla media, sulle possibili conseguenze inquinanti dovrebbe comunque sorreggere funzionalmente il trasferimento del rischio oggetto del contratto di assicurazione[79].

Dal punto di vista spaziale, il possibile impatto del danno ambientale oltre i confini nazionali comporta l'operatività della copertura anche per le richieste di risarcimento e le spese sostenute nell'Unione europea, pur essendo del pari usuale la condizione che gli eventi che hanno cagionato il sinistro abbiano avuto luogo nel territorio dello Stato italiano, della Città del Vaticano o della Repubblica di San Marino[80].

76 Pfennigstorf, W.: "L'assicurazione r.c. danni da inquinamento", cit., p. 59. Peraltro, presenta la medesima *ratio* il divieto posto dall'art. 12 del d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (c.d. codice delle assicurazioni private, c. ass.) che rende inassicurabile il rischio legato all'irrogazione delle sanzioni amministrative giacché la trasferibilità del peso economico sull'assicuratore in tali circostanze determinerebbero la perdita di qualsivoglia effetto deterrente. Nello stesso senso, v., anche, Carbone, V.: "Trasferibilità assicurativa del danno ambientale tra indirizzi comunitari e ordinamento italiano", cit., p. 659; più recentemente, Landini, S.: "L'assicurazione del danno ambientale", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 340.

77 Osserva criticamente Volpe Putzolu, G.: "Inquinamento e assicurazione", cit., p. 201, che nel caso in cui l'inquinamento sia una conseguenza necessaria e ineliminabile dell'attività dell'assicurato "l'inderogabilità del verificarsi dell'evento renderebbe nullo il contratto di assicurazione per la mancanza del suo presupposto fondamentale: il rischio", mentre al contrario sarebbe assicurabile il danno che possa essere evitato "con l'adozione di speciali misure precauzionali". Sul punto v., anche Alpa, G.: "Progetti comunitari sulla assicurazione del danno ambientale", cit., pp. 1089 ss., specie con riferimento all'assicurabilità del fatto accidentale.

78 Candian, A.D.: "Responsabilità civile per danno ambientale e assicurazione", cit., p. 21, ove l'a. ritiene necessario verificare "la singola esternalità dell'impresa [per] vedere sino a che punto sussiste il profilo della certezza del danno".

79 Pfennigstorf, W.: "L'assicurazione r.c. danni da inquinamento", cit., p. 60.

80 Si rammenta in Mandò, M.: "L'assicurazione per i danni da inquinamento ambientale dopo l'art. 18 della legge n. 349/86", cit., p. 815, che il disastro dell'area industriale di Schweizerhalle del 1986, il conseguente inquinamento del Reno e i danni occorsi in tutti i Paesi attraversati dal fiume stesso hanno posto l'esigenza di ampliare il limite spaziale dalla polizza ANIA a livello sovranazionale.

V. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE: IL RUOLO CENTRALE DELL'ASSICURAZIONE OBBLIGATORIA NELLA DINAMICA GESTIONALE DEL RISCHIO AMBIENTALE IN UNA PROSPETTIVA FUNZIONALE ED ECONOMICA.

Se, come detto in premessa, l'intervento della compagnia assicurativa, a titolo di garante, in caso di polizze fideiussorie e, per la manleva, in caso di assicurazione r.c. è senz'altro funzionale alla piena operatività del sistema di responsabilità per danno ambientale, un più generalizzato ricorso allo strumento strettamente assicurativo potrebbe comportare un ulteriore innalzamento del livello di prevenzione e di efficienza del mercato nonché dell'effettività della responsabilità civile[81] che, invece, non è dato riscontrare con le garanzie finanziarie che, di fatto, svolgono una funzione meramente cauzionale[82]. Pur essendo astrattamente vero che la prospettiva di subire la rivalsa potrebbe agire come potenziale deterrente per il responsabile dell'inquinamento, la polizza fideiussoria opera, dal punto di vista funzionale, come una garanzia che, per quanto efficace, non comporta, *ex se*, né l'applicazione dello statuto normativo proprio del contratto assicurativo, né presenta qualsivoglia incidenza delle condotte poste in essere dall'assicurato sul premio, giacché quest'ultimo, come prima chiarito, viene calcolato nella prospettiva dell'esercizio del riconteggio delle somme versate per onorare la garanzia nei confronti dell'ordinante e non già in funzione della possibile verificazione del sinistro[83].

81 Tra gli altri, v., in questo senso, Pozzo, B.: "Ambiente (Strumenti privatistici di tutela dell')", cit., pp. 93 ss. Il principio di effettività della tutela, desumibile dagli artt.. 2, 3, 24, 111 e 113 cost.; 6 e 13 CEDU; 47 carta UE, impone la ricerca di un "rimedio effettivo" che garantisca la protezione piena e completa degli interessi giuridicamente rilevanti. In argomento, senza pretesa di esaustività, Vettori, G.: *Effettività fra legge e diritto*, Giuffrè, Milano, 2020, *passim*; Id.: "Effettività delle tutele (diritto civile)", *Enc. dir.*, *Ann.* X, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 381 ss.; Pagni, I.: *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del lavoro e dell'attività amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2004, spec. pp. 56 ss.; Ead.: "La giurisdizione tra effettività ed efficienza", in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 401 ss.; Ead.: *Effettività della tutela giurisdizionale*, *Enc. dir.*, *Ann.* X, Milano, 2017, pp. 355 ss.; Oriani, R.: *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, *passim*; Comoglio, L.P.: "Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatista", *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 728 ss.; Imbruglia, D.: "Effettività della tutela e ruolo del giudice", *Riv. trim.*, 2017, pp. 961 ss.; Libertini, M.: "Le nuove declinazioni del principio di effettività", *Eur. dir. priv.*, 2018, pp. 1071 ss. Per ulteriori riferimenti, v. Carapezza Figlia, G.: "Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. La revisione degli artt. 614-*bis* e 709-*ter* c.p.c. nella riforma del processo della famiglia", *Dir. fam. pers.,* 2022, 2, pp. 632 ss.

82 *Contra*, Bavaresco, P.: "L'assicurazione fideiussoria e il danno ambientale: spunti di riflessione dalla normativa sul trasporto rifiuti", cit., pp. 758 ss., anche se, si badi, l'a. muove dai limiti della r.c. inquinamento sotto il vigore dell'art. 18 l. n. 349 del 1986, ritenendo, per l'appunto, che "[c]on il rilascio di una copertura fideiussoria l'insormontabile problema di tipo assicurativo si ridimensiona di molto. Al momento in cui viene rilasciata un'assicurazione fideiussoria a garanzia di una futura ed eventuale obbligazione, qual è quella di dover costituire la cauzione reale sulla quale il ministero si possa rivalere a fronte dei costi subiti per danni all'ambiente, la compagnia di assicurazione non segue i criteri assuntivi tipici dell'assicurazione: non ha bisogno di far calcoli probabilistici circa la possibilità di verificarsi del sinistro e circa la possibile dimensione che lo stesso può assumere". Nello stesso senso, cfr., Bertelle, A.: "I danni a terzi da inquinamento: spunti di riflessione sulla copertura assicurativa del rischio", cit., pp. 335 ss.

83 *Retro*, § III. L'assunto viene confermato, con specifico riferimento ai due modelli considerati, anche da Bavaresco, P.: *op. ult. cit.*, p. 761.

Al contrario, la valutazione del rischio da parte della compagnia quale attività prodromica per la conclusione del successivo contratto può, in linea generale, rappresentare un valido strumento a vantaggio dell'esercente l'attività potenzialmente inquinante per valutare i possibili fattori di rischio e, conseguentemente, innalzare gli standard di prevenzione e di sicurezza. Inoltre, come già chiarito, le franchigie e gli scoperti previsti a livello negoziale, le eventuali riduzioni dei premi in sede di rinnovo e l'incidenza degli obblighi di comportamento già previsti a livello codicistico indurrebbero l'assicurato a implementare i livelli di sicurezza delle proprie condotte e dell'impianto (anche al fine di ottenere una riduzione del premio), con delle inevitabili ricadute positive in termini di prevenzione[84] che, a opinione di chi scrive, non sarebbe ravvisabile ricorrendo a una garanzia finanziaria come la polizza cauzionale.

Inoltre, atteso che, sovente, gli assicuratori subordinano la copertura a una serie di condizioni e controlli che si traducono in una severa selezione dei rischi[85], le imprese assicuratrici potrebbero svolgere un ruolo importante e, probabilmente, decisivo nella prevenzione dei danni all'ambiente effettuando un'opera definita nella dottrina americana come "*surrogate regulation*", nella misura in cui non lo Stato o la pubblica amministrazione ma l'impresa assicurativa ispeziona gli impianti e gli stabilimenti, ponendo in essere un'inestimabile attività non solo di controllo e di verifica, ma anche di consulenza[86]. In questo modo, anche le imprese assicurative richiederebbero determinati standard di sicurezza (e, di riflesso, di assicurabilità) che, se non rispettati, potrebbero comportare una valutazione negativa del rischio con conseguente maggiorazione del premio assicurativo ovvero, nei casi più gravi, di rifiuto di copertura[87]. Nella prospettiva che qui si condivide e si ribadisce, "[i] l controllo delle attività si sposta in questo modo dallo Stato alle imprese di assicurazione, le quali, appunto in quanto imprenditori, avranno tutto l'interesse a ricavare un utile alle loro attività e svolgeranno quindi in modo adeguato il controllo preventivo degli impianti assicurandi, rifiutando quindi la copertura a

84 Sul punto, v., diffusamente, Denozza, F.: "Prevenzione e assicurazione", cit., pp. 169 ss.; e Caballero Sanchez, E.: "Prevenzione e assicurazione", cit., pp. 424 ss.

85 Volpe Putzolu, G.: "Danni da inquinamento: responsabilità e assicurazione", cit., p. 100; Alpa, G.: "Progetti comunitari sulla assicurazione del danno ambientale", cit., pp. 1089 ss.

86 Questo tipo di attività da parte delle imprese contribuirebbe ad evitare fenomeni di *moral hazard* o di allentamento delle misure di sicurezza in quanto, come sottolineato in de Stroebel, D.: "L'assicurazione della responsabilità civile danni da inquinamento", cit., p. 51, "non si danno licenze di inquinare, ma la garanzia viene concessa a chi dopo aver fatto tutto quello che doveva fare, anche in base alle nuove regole dell'arte specifica, in materia di prevenzione, può incorrere, suo malgrado, in un danneggiamento a terzi, per fuoriuscita di sostanze nocive, che contaminino l'acqua, l'aria o il suolo". Nella medesima prospettiva, v. Volpe Putzolu, G.: "Danni da inquinamento: responsabilità e assicurazione", cit., p. 100; Monti, A.: "L'assicurabilità del rischio ambientale in prospettiva europea", cit., p. 230.

87 Monti, A.: "L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana", cit., p. 60 s. Un autorevole a. proponeva già nel 1980 di "fare un impiego sociale della copertura assicurativa, non assicurando il rischio dell'imprenditore che non abbia adottato gli strumenti di prevenzione richiesti dalla legge o dalla buona tecnica produttiva" (così Alpa, G.: "Danni da inquinamento, problemi di responsabilità civile e garanzia assicurativa", cit., p. 448).

quelle attività i cui rischi non siano mitigati da misure preventive adeguate"[88]. A ben vedere, questa attenta tecnica di classificazione del rischio, unitamente all'eventuale adozione di un sistema premiale di *bonus/malus*, potrebbe incentivare l'incremento nel tempo dei sistemi di prevenzione ogniqualvolta "il risparmio marginale sul premio assicurativo derivante dal miglioramento di detti sistemi è maggiore del costo marginale della modifica"[89].

Da un punto di vista di efficienza economica, poi, attraverso il contratto assicurativo si assisterebbe a una migliore allocazione delle risorse: il pagamento del premio comporterebbe una internalizzazione preventiva dei costi ambientali in quanto l'assicurato si farebbe carico dei potenziali danni derivanti dalla propria attività produttiva[90], corrispondendo delle somme, a titolo di premio, tendenzialmente inferiori rispetto a quelle dovute per far fronte alle misure di ripristino[91].

Pertanto, accanto a siffatte valutazioni d'ordine economico e sistematico, la centralità delle tematiche ambientali e la costante emersione della responsabilità sociale d'impresa[92] inducono a sostenere la necessità di prevedere di un obbligo assicurativo in senso stretto[93] (superando le scelte compiute dal legislatore europeo nella direttiva ELD) anche guardando al regime già previsto dalla disciplina speciale, nazionale e internazionale, in materia di energia nucleare e inquinamento da idrocarburi[94].

88 Pozzo, B.: "Ambiente (Strumenti privatistici di tutela dell')", cit., pp. 93 ss.

89 Monti, A.: "L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana", cit., p. 59.

90 Monti, A.: "L'assicurabilità del rischio ambientale in prospettiva europea", cit., p. 210; Ratto Trabucco, A.: "Tutela dell'ambiente e diritti dei singoli", *Amb. & sviluppo*, 2019, 8-9, p. 626. Cfr., anche, Alpa, G.: "Progetti comunitari sulla assicurazione del danno ambientale", cit., pp. 1089 ss., laddove, autorevolmente, si osserva che "[m]entre la legge sulla responsabilità distribuisce i costi in maniera causale, l'assicurazione sulla responsabilità può determinare, attraverso una struttura di rateazione, come debbano essere distribuiti i costi per i danni in capo ai gruppi responsabili. Rendere una attività produttiva più costosa può avere un effetto proibitivo in questo senso".

91 Si osserva opportunamente in Denozza, F.: "Prevenzione e assicurazione", cit., p. 170 s. che "[i]l capitale accantonato dalla società per rimediare agli effetti dannosi di sinistri statisticamente inevitabili è in ogni caso, e per sua natura, un capitale improduttivo, in quanto, per poter svolgere la funzione di previdenza che gli è stata affidata, deve essere mantenuto in uno stato di pronta liquidabilità e non può essere assoggettato al rischio di essere disperso da uno sfavorevole andamento dell'attività in cui fosse per sventura investito. L'esistenza di imprese specializzate nell'attività assicurativa consente però alla società di destinare alla copertura dei danni provocati da eventi inevitabili una quantità di risorse complessivamente inferiore a quella che sarebbe necessaria ove ciascuno dovesse periodicamente accantonare una quota del suo reddito per compensare gli effetti negativi di tutti gli eventi dannosi che potrebbero colpire la sua attività".

92 In argomento Conte, G. (a cura di): *La responsabilità sociale dell'impresa*, Laterza, Roma-Bari, 2004, *passim*; più recentemente, anche per i completi riferimenti dottrinali, Renna, M.: "Attività di impresa, sostenibilità ambientale e bilanciamento tra diritto alla salute e iniziativa economica privata", *Contr. e impr.*, 2022, pp. 537 ss.

93 Auspicava l'obbligatorietà della copertura, ad es., Mandò, M.: "L'assicurazione per i danni da inquinamento ambientale dopo l'art. 18 della legge n. 349/86", cit., p. 833.

94 Entrambe le materie evocate non rientrano nell'ambito di applicabilità del codice di settore, come emerge dall'art. 303 c. amb. con riferimento a diverse convenzioni internazionali richiamate agli allegati 1 (per quanto concerne l'inquinamento dell'ambiente marino) e 2 (per i danni, a vario titolo, cagionati da attività ricollegabili all'esercizio dell'energia nucleare). In argomento, specie per la ricostruzione delle fonti sovranazionali e il coordinamento tra quest'ultime e il codice di settore, v. Onnis Cugia, F.: "Il danno da

L'obbligatorietà della copertura assicurativa risulta particolarmente auspicabile in caso di esercizio di attività pericolose (di cui all'allegato 5 della Parte sesta del codice di settore imputabili per responsabilità oggettiva), potendo, se del caso, condizionare il rilascio delle relative autorizzazioni: in tal caso le compagnie assicurative, grazie alle loro competenze tecniche relative all'individuazione e alla gestione dei rischi, potrebbero svolgere, quantunque indirettamente, un rilevante ruolo di supporto alle pubbliche amministrazioni nella prevenzione dei danni ambientali[95]. Tale obbligo, inoltre, dovrebbe essere unilaterale e, dunque, gravante sul solo operatore, di talché gli assicuratori sarebbero liberi di rifiutare di accordare la copertura nel caso in cui gli impianti non rispettino gli standard di sicurezza di cui si è detto[96]. Un simile sistema potrebbe essere completato prevedendo lo specifico obbligo di dotarsi di un'adeguata assicurazione in luogo della garanzia finanziaria nelle varie ipotesi presenti nel codice di settore[97], tra le quali rileva, senz'altro, quella di cui all'art. 29-*sexies*, comma 9-*septies*, c. amb. in materia di AIA.

L'imposizione di un obbligo di copertura assicurativa in senso stretto, con un minimo legislativamente determinato, sarebbe volta non soltanto a potenziare il sistema di tutela dell'ambiente, ma anche a superare un generale atteggiamento di sottostima, da parte degli operatori, dei rischi ambientali che induce gli stessi a non assicurarsi volontariamente[98]. Risulta, infatti, riscontrabile nella prassi che i rischi caratterizzati da una bassa probabilità di concretizzazione ma da conseguenze gravissime in caso di danno risultano sistematicamente sottostimati, se non

inquinamento dell'ambiente marino", *Resp. civ. e prev.*, 2021, pp. 1025 ss.; Poli, S.: "Assicurazione e danni da inquinamento nelle Convenzioni internazionali e nella direttiva comunitaria", cit., pp. 701 ss.; Nocera, F.: "Le nuove convenzioni internazionali sulla responsabilità civile nucleare", *Ambiente*, 1998, pp. 913 ss.; in generale, sugli obblighi assicurativi considerati, cfr., Volpe Putzolu, G.: "Inquinamento e assicurazione", cit., pp. 190 ss. e 210 ss.; Carbone, V.: "Trasferibilità assicurativa del danno ambientale tra indirizzi comunitari e ordinamento italiano", cit., pp. 653 ss. Si consideri, peraltro, che coerentemente le polizze sovente richiamano tra le esclusioni della copertura i danni causati da sostanze radioattive.

95 Volpe Putzolu, G.: "Danni da inquinamento: responsabilità e assicurazione", cit., p. 100. Peraltro, la proposta di assicurazione del danno ambientale presentata dall'ANIA nell'ambito della Tavola Rotonda su "Regolamentazione dei danni da inquinamento, responsabilità, risarcimento, garanzie", tenuta a Milano il 26 settembre 1988, prevedeva, con riferimento alle attività pericolose, l'introduzione di una autorizzazione condizionata, in forza del quale l'esercizio di una determinata attività pericolosa sarebbe stata subordinata alla presentazione di un'idonea copertura assicurativa. Pertanto, laddove l'assicuratore avesse ritenuto l'iniziativa non assicurabile, l'autorità competente a rilasciare l'autorizzazione avrebbe dovuto imporre la prestazione di una garanzia finanziaria sostitutiva. Su questo aspetto, v. Mandò, M.: "L'assicurazione per i danni da inquinamento ambientale dopo l'art. 18 della legge n. 349/86", cit., p. 826.

96 Mandò, M.: "L'assicurazione per i danni da inquinamento ambientale dopo l'art. 18 della legge n. 349/86", cit., p. 825; Volpe Putzolu, G.: "Danni da inquinamento: responsabilità e assicurazione", cit., p. 100; Pozzo, B.: "Ambiente (Strumenti privatistici di tutela dell')", cit., pp. 93 ss.

97 Soprattutto ogniqualvolta vi sia uno specifico regime autorizzatorio: v. Volpe Putzolu, G.: "Danni da inquinamento: responsabilità e assicurazione", cit., p. 100; Carbone, V.: "Trasferibilità assicurativa del danno ambientale tra indirizzi comunitari e ordinamento italiano", cit., p. 659.

98 Da un punto di vista di analisi economica, è stato autorevolmente sottolineato che talvolta le attività pericolose potrebbero determinare incidenti che provocano costi non monetizzabili (come quelli all'ambiente) che sfuggono, quindi, a una valutazione fondata sul mercato. Allora, "quando è necessario fare delle scelte tenendo presenti costi non monetizzabili è preferibile una decisione a livello collettivo che consideri tutti questi possibili costi e vantaggi, piuttosto che una decisione di mercato che cerchi di tradurre in denaro alcuni costi trascurandone altri, o una decisione che miri a dare una valutazione monetaria di tutti i costi" (così, Calabresi, G.: *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., p. 139).

addirittura ignorati, da molti soggetti economici, pur consapevoli della pericolosità dell'attività esercitata[99].

Infine, riprendendo un'ipotesi avanzata nel Libro Verde[100] che si pone in linea di continuità con altre esperienze, sarebbe parimenti auspicabile completare il sistema di responsabilità attraverso l'istituzione di fondi di garanzia con funzioni sussidiarie[101] che opererebbe in ipotesi di danni all'ambiente particolarmente rilevanti e difficilmente sostenibili dal sistema assicurativo ovvero in caso di inquinamenti esclusi dall'applicazione della direttiva ELD, ossia quelli in cui risulta particolarmente complesso ricostruire il nesso causale e, dunque, individuare il potenziale responsabile del nocumento. Il riferimento è all'inquinamento "diffuso", ossia, *ex* art. 240, lett. r) c. amb., "la contaminazione o le alterazioni chimiche, fisiche o biologiche delle matrici ambientali determinate da fonti diffuse e non imputabili ad una singola origine", e a quello "storico" ove il danno risulta così risalente nel tempo da non consentire più l'identificazione di un soggetto responsabile[102], in rapporto ai quali v'è la concreta possibilità che i costi del danno ricadano interamente sullo Stato.

In conclusione, l'obbligatorietà della copertura, con le indicate cautele, e l'istituzione di fondi di garanzia consentirebbero di completare il sistema di responsabilità ambientale, potendo lo strumento assicurativo svolgere un ruolo centrale nell'àmbito della dinamica gestionale del rischio considerato fornendo i mezzi finanziari adeguati alle operazioni di messa in sicurezza e di ripristino in caso di danno e, soprattutto, dando piena attuazione ai princípi di precauzione, prevenzione, e del "*polluter pays*", con indiscutibili ricadute positive in termini di effettività della tutela dell'ambiente e dei diritti costituzionali rilevanti.

99 Monti, A.: "L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana", cit., pp. 62 ss. Una seconda ragione, invero meno persuasiva, riposerebbe, per l'a., nella limitazione di responsabilità determinata dalla forma societaria, considerata "uno strumento di auto-assicurazione contro i rischi catastrofici" giacché l'esercente le attività pericolose non avrebbe "convenienza né interesse ad assicurarsi contro questi rischi perché è comunque certo che anche nella peggiore delle ipotesi la sua perdita sarà limitata al patrimonio netto".

100 "Libro Verde sul risarcimento dei danni all'ambiente" del 1993 [COM(93) 47 final], pp. 20 ss. Per ulteriori riferimenti, v. *retro*, nota 39.

101 Cfr., tra gli altri, Volpe Putzolu, G.: "Danni da inquinamento: responsabilità e assicurazione", cit., p. 101; Alpa, G.: "Progetti comunitari sulla assicurazione del danno ambientale", cit., pp. 1089 ss.; Pompily, M.: "L'esigenza di una adeguata garanzia assicurativa del danno ambientale", cit., p. 30; de Stroebel, D.: "L'assicurazione della responsabilità civile danni da inquinamento", cit., p. 50; e Mandò, M.: "L'assicurazione per i danni da inquinamento ambientale dopo l'art. 18 della legge n. 349/86", citra., p. 830, al quale si rinvia anche per una ricostruzione delle scelte politiche che hanno indotto il Governo italiano a non istituire detto fondo.

102 Carrera, C.: "La Corte UE (de)limita l'incidenza del diritto europeo sulla disciplina delle bonifiche", *Urb. e app.*, 2015, 6, p. 642. Infatti, il "considerando" 13 della direttiva ELD afferma che "A non tutte le forme di danno ambientale può essere posto rimedio attraverso la responsabilità civile. Affinché quest'ultima sia efficace è necessario che vi siano uno o più inquinatori individuabili, il danno dovrebbe essere concreto e quantificabile e si dovrebbero accertare nessi causali tra il danno e gli inquinatori individuati. La responsabilità civile non è quindi uno strumento adatto per trattare l'inquinamento a carattere diffuso e generale nei casi in cui sia impossibile collegare gli effetti ambientali negativi a atti o omissioni di taluni singoli soggetti". Sui criteri di valutazione del danno in caso di inquinamenti storici in ossequio al principio di personalità dell'obbligazione risarcitoria ex art. 311, comma 3, c. amb., v. Bianco, M., Bordi, R. e Gallo, E.: "Il risarcimento del danno all'ambiente: il caso Pieve Vergonte", cit., pp. 804 e 805.

BIBLIOGRAFIA

Alpa, G.: "Danni da inquinamento, problemi di responsabilità civile e garanzia assicurativa", *Resp. civ. e prev.*, 1980, pp. 445 ss.;

Alpa, G.: "Progetti comunitari sulla assicurazione del danno ambientale", *Resp. civ. e prev.*, 2001, 6, pp. 1089 ss.;

Alpa, G.: "Pubblico e privato nel danno ambientale", *Contr. e impr.*, 1987, pp. 699 ss.;

Angeloni, V.: "Assicurazione della responsabilità civile", *Enc. dir.*, III, Giuffrè, Milano, 1958, p. 556;

Batà, A.: "La valutazione del danno ambientale", *Corr. giur.*, 1990, 6, pp. 652 ss.;

Bavaresco, P.: "L'assicurazione fideiussoria e il danno ambientale: spunti di riflessione dalla normativa sul trasporto rifiuti", *Dir. ed econ. ass.*, 1998, 1, pp. 723 ss.;

Bertelle, A.: "I danni a terzi da inquinamento: spunti di riflessione sulla copertura assicurativa del rischio", *Dir. ed econ. ass.*, 2000, 1, pp. 325 ss.;

Bertelli, F.: *Profili civilistici del "dieselgate". Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, Esi, Napoli, 2021, p. 27;

Bertolini, F.: "Un approfondimento del processo di gestione: il caso del rischio ambientale", in *Risk Management. Strumenti e politiche per la gestione dei rischi puri dell'impresa* (a cura di G. Forestieri), Egea, Milano, 1996, p. 181;

Bianco, M., Bordi, R. e Gallo, E.: "Il risarcimento del danno all'ambiente: il caso Pieve Vergonte", *Ambiente & sviluppo*, 2018, 12, pp. 803 ss.;

Bognetti, G. - Moretti, E. - Rimini, L.: "La valutazione economica del danno ambientale: profili teorici ed aspetti empirici", in *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente* (a cura di P. Trimarchi), Giuffrè, Milano, 1994, p. 151 ss.;

Bonelli F.: "Il risarcimento del danno all'ambiente dopo le modifiche del 2019 e del 2013 al T.U. 152/2006", *Dir. comm. internaz.*, 2013, pp. 3 ss.;

Bovino, C. e Biancanello, B.: "Il danno all'ambiente: dalla normativa alle Corti", *Corr. giur.*, 2017, 3, pp. 397 ss.;

Caballero Sanchez, E.: "Prevenzione e assicurazione", *Ass.*, 1978, I, pp. 424 ss.;

Calabresi, G.: *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica* (1975), Giuffrè, Milano, 2015 (rist.), *passim*;

Campilongo, S.: "Più severa la disciplina del danno ambientale", *Guida al diritto*, 2013, pp. 88 ss.;

Candian, A.D.: "Responsabilità civile per danno ambientale e assicurazione", in Aa. Vv.: *La parabola del danno ambientale. Atti del Convegno Rhône – Mediterranée, 29 giugno 1993*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 15 ss.;

Carapezza Figlia, G.: "Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. La revisione degli artt. 614-*bis* e 709-*ter* c.p.c. nella riforma del processo della famiglia", *Dir. fam. pers.,* 2022, 2, pp. 632 ss.;

Carbone, V.: "Trasferibilità assicurativa del danno ambientale tra indirizzi comunitari e ordinamento italiano", *Danno e resp.*, 1997, 6, pp. 653 ss.;

Carrera, C.: "La Corte UE (de)limita l'incidenza del diritto europeo sulla disciplina delle bonifiche", *Urb. e app.*, 2015, 6, pp. 635 ss.;

Castellano, G.: *Le assicurazioni private*, Utet, Torino, 1970, p. 202;

Chindemi, D.: "Evoluzione del danno ambientale nella giurisprudenza; quantificazione monetaria e prospettive assicurative", in Aa. Vv.: *La parabola del danno ambientale. Atti del Convegno Rhône – Mediterranée, 29 giugno 1993*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 31 ss.;

Cicala, M.: "La tutela dell'ambiente, rapporti giuridici e P.A.", *Critica giud.*, 1981, 3/4, p. 25;

Collevecchio M.: "Danno ambientale e misure di tutela", in *Diritto dell'ambiente* (a cura di B. Caravita, L. Cassetti e A. Morrone), Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 337 ss.;

Comoglio, L.P.: "Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatista", *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 728 ss.;

Comporti, M.: "La responsabilità per danno ambientale", *Foro it.*, 1987, III, cc. 27 ss.;

Conte, G. (a cura di): *La responsabilità sociale dell'impresa*, Laterza, Roma-Bari, 2004, *passim*;

Corrias, P.: *Il contratto di assicurazione. Profili funzionali* e *strutturali*, Esi, Napoli, 2016, p. 29;

Corriero, V.: "Il principio 'chi inquina paga'", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di M. Pennalisico), Esi, Napoli, 2014, pp. 269 ss.;

Corriero, V.: "La 'transazione globale' per il ripristino dei siti inquinati di interesse nazionale (SIN), in *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di M. Pennalisico), Esi, Napoli, 2014, pp. 367 ss.

Covucci, D.: "Il nuovo statuto del risarcimento del danno ambientale dopo la legge europea 2013", *Danno* e *resp.*, 2016, pp. 651 ss.;

D'Alfonso, G.: "La triplice dimensione del danno ambientale", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di M. Pennalisico), Esi, Napoli, 2014, pp. 282 ss.

de Stroebel, D.: "L'assicurazione della responsabilità civile danni da inquinamento", in Aa. Vv.: *La parabola del danno ambientale. Atti del Convegno Rhône – Mediterranée, 29 giugno 1993*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 45 ss.;

de Stroebel, D.: "La direttiva 2004/35/CEE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21/04/2004 sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale e la relativa problematica assicurativa", *Dir. ed econ. ass.*, 2004, 3, pp. 661 ss.;

Dell'Anno, P.: "La novella legislativa (L. n. 166/2009) sulla Parte Sesta del D.Lgs. n. 152/2006 e la pregiudiziale amministrativa in materia di risarcimento del danno ambientale", *Corr. giur.*, 2010, 11, pp. 1528 ss.;

Denozza, F.: "Prevenzione e assicurazione", *Ass.*, 1978, I, pp. 169 ss.;

Di Giovanni F.: *Strumenti privatistici* e *tutela dell'ambiente*, Cedam, Padova, 1982, *passim*;

Di Martino, V.: *La responsabilità civile nelle attività pericolose* e *nucleari*, Giuffrè, Milano, 1979, *passim*;

Donati, A: *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, 1954, p. 137;

Fanelli, G.: *Le assicurazioni*, in *Tratt. dir. civ.* e *comm.*, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, XXXVI, 1, Milano, 1973, pp. 115 ss.;

Farmeglia, M.: "La Cassazione delinea lo statuo del 'nuovo' danno ambientale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 1114 ss.;

Ferraresi, G.: "L'inquinamento ambientale e l'assicurazione: aspetti tecnici del problema", *Ass.*, 1977, pp. 261 ss.;

Fimiani, P.: "Il risarcimento del danno ambientale dopo la 'legge salvainfrazioni', *Rifiuti*, 2010, 2, p. 5;

Franzoni, M.: "Solidarietà e parziarietà nel risarcimento del danno", in *Resp. civ.*, 2009, pp. 949 ss.;

Giampietro, F.: "Danno ambientale e bonifica dopo la legge europea n. 97/2013", *Ambiente & sviluppo*, 2013, 12, pp. 973 ss.;

Iannone R.F.: "La quantificazione del danno ambientale", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di M. Pennalisico), Esi, Napoli, 2014, pp. 309 ss.;

Imbruglia, D.: "Effettività della tutela e ruolo del giudice", *Riv. trim.*, 2017, pp. 961 ss.;

Ippoliti Martini, C.: *Principio di precauzione e nuove prospettive della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2022, pp. 129 ss.;

Kelly, A.B.: "Inquinamento e assicurazione", in *Ass.*, 1978, I, pp. 481 ss.;

Lamanuzzi, A.: "I criteri di imputazione della responsabilità ambientale", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di M. Pennalisico), Esi, Napoli, 2014, pp. 297 ss.;

Landi, R.: *Bonifica e circolazione della proprietà*, Esi, Napoli, 2018, pp. 58 ss.;

Landini, S.: "L'assicurazione del danno ambientale", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di M. Pennalisico), Esi, Napoli, 2014, pp. 338 ss.;

Lener, A.: "Violazione di norme di condotta e tutela civile dell'interesse all'ambiente", *Foro it.*, 1987, V, cc. 105 ss.;

Libertini, M.: "La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto dell'ambiente", *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 587;

Libertini, M.: "Le nuove declinazioni del principio di effettività", *Eur. dir. priv.*, 2018, pp. 1071 ss.;

Libertini, M.: "Le nuove frontiere del danno risarcibile", *Contr. e impr.*, 1987, p. 115;

Lo Sapio, G.: "La responsabilità per danno ambientale e la chimera della calcolabilità del diritto", *Urb. e app.*, 2018, 1, pp. 39 ss.;

Mammone G.: *Salute, territorio e ambiente*, Cedam, Padova, 1985, *passim*;

Mandò, M.: "L'assicurazione per i danni da inquinamento ambientale dopo l'art. 18 della legge n. 349/86", *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 4, pp. 799 ss.;

Meli, M.: "Il principio 'chi inquina paga' nel codice dell'ambiente", *Danno e resp.*, 2009, p. 811 ss.;

Monti, A.: "L'assicurabilità del rischio ambientale in prospettiva europea", in *La nuova responsabilità civile per danno all'ambiente. Le nuove problematiche italiane alla luce delle iniziative dell'Unione europea* (a cura di B. Pozzo), Giuffrè, Milano, 2002, pp. 207 ss.;

Monti, A.: "L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana", *Dir. ed econ. ass.*, 1997, 1, pp. 41 ss.;

Nazzaro, A.C.: *Il sinistro nell'assicurazione della responsabilità lungolatente*, Esi, Napoli, 2022, *passim*;

Nevola, R. (a cura di): *La tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale (2005-2015)*, 2015, pp. 1 ss., reperibile su *www.cortecostituzionale.it*;

Nocera, F.: "Le nuove convenzioni internazionali sulla responsabilità civile nucleare", *Ambiente*, 1998, pp. 913 ss.;

Onnis Cugia, F.: "Il danno da inquinamento dell'ambiente marino", *Resp. civ. e prev.*, 2021, pp. 1025 ss.;

Oriani, R.: *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008;

Pagni, I.: "La giurisdizione tra effettività ed efficienza", in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 401 ss.;

Pagni, I.: *Effettività della tutela giurisdizionale*, *Enc. dir.*, *Ann.* X, Milano, 2017, pp. 355 ss.;

Pagni, I.: *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del lavoro e dell'attività amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2004, spec. pp. 56 ss.;

Partesotti, G.: *La polizza stimata*, Cedam, Padova, 1967, pp. 82 ss.;

Patti, S.: "Il danno ambientale: il problema della quantificazione", in Aa. Vv.: *La parabola del danno ambientale. Atti del Convegno Rhône – Mediterranée, 29 giugno 1993*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 3 ss.;

Patti, S.: *La tutela civile dell'ambiente*, Cedam, Padova, 1979, *passim*;

Pennasilico, M.: "Ambiente e diritto civile", in *Manuale di diritto civile dell'ambiente* (a cura di Id.), Esi, Napoli, 2014, pp. 11 ss.;

Peres, F.: "Danno ambientale, VIA e acque: le novità della legge europea 2013", *Ambiente & sicurezza*, 2013, 19, pp. 16 ss.;

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4ª ed., Esi, Napoli, 2020, pp. 74 ss.;

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, 4ª ed., Esi, Napoli, 2020, pp. 326 ss.;

Petta, C.: *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, Esi, Napoli, 2021, *passim*;

Pfennigstorf, W.: "L'assicurazione r.c. danni da inquinamento", *Ass.*, 1991, pp. 48 ss.;

Poli, S.: "Assicurazione e danni da inquinamento nelle Convenzioni internazionali e nella direttiva comunitaria", *Danno e resp.*, 2005, 7, pp. 701 ss.;

Pompily, M.: "L'esigenza di una adeguata garanzia assicurativa del danno ambientale", in Aa. Vv.: *La parabola del danno ambientale. Atti del Convegno Rhône – Mediterranée, 29 giugno 1993*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 25 ss.;

Pozzo B.: "Verso una responsabilità civile per danni all'ambiente in Europa: il nuovo Libro Bianco della Commissione delle Comunità europee", *Riv. giur. amb.*, 2000, p. 623;

Pozzo, B.: "Ambiente (Strumenti privatistici di tutela dell')", *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. II, t. 1, Utet, Torino, 2002, pp. 93 ss.;

Ratto Trabucco, A.: "Tutela dell'ambiente e diritti dei singoli", *Amb. & sviluppo*, 2019, 8-9, pp. 625 ss.;

Renna, M.: "Attività di impresa, sostenibilità ambientale e bilanciamento tra diritto alla salute e iniziativa economica privata", *Contr. e impr.*, 2022, pp. 537 ss.;

Rodotà, S.: "Le nuove frontiere della responsabilità civile", in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria* (a cura di M. Comporti e G. Scalfi), Giuffrè, Milano, 1988, p. 26;

Salanitro, U.: "Il danno ambientale tra interessi collettivi e individuali", *Riv. dir. civ.*, 2018, 1, pp. 246 ss.;

Salvi, C.: "Ambiente, giustizia civile e partecipazione", *Dem. e dir.*, 1982, 6, p. 6;

Salvi, C.: *Le immissioni industriali*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 360 ss.;

Scalfi, G.: "Conclusioni", in Aa. Vv.: *La parabola del danno ambientale. Atti del Convegno Rhône – Mediterranée, 29 giugno 1993*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 55 ss.;

Tintinelli, F.: "La risarcibilità del danno ambientale: dalla liquidazione per equivalente alle misure di riparazione", *Danno resp.*, 2017, 2, pp. 203 ss.;

Vettori, G.: "Effettività delle tutele (diritto civile)", *Enc. dir.*, *Ann.* X, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 381 ss.;

Vettori, G.: *Effettività fra legge e diritto*, Giuffrè, Milano, 2020, *passim*;

Volpe Putzolu, G.: "Danni da inquinamento: responsabilità e assicurazione", in Aa. Vv., *Il danno ambientale*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 93 ss.;

Volpe Putzolu, G.: "Inquinamento e assicurazione, con particolare riguardo alla assicurazione della responsabilità civile", *Ass.*, 1978, pp. 183 ss.;

Volpe Putzolu, G.: "La clausola 'claims made' Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.", *Ass.*, 2010, p. 8;

Volpe Putzolu, G.: "La copertura assicurativa nei rischi anomali", in *Il rischio da ignoto tecnologico*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 59.

STRUMENTI DI DIRITTO PRIVATO PER LA SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE NELL'INDUSTRIA AUTOMOBILISTICA 4.0: UN'ANALISI GIURIDICO-ECODINAMICA

PRIVATE LAW INSTRUMENTS FOR ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY IN AUTOMOTIVE INDUSTRY 4.0: A LEGAL-ECODYNAMIC ANALYSIS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 2076-2107

Maria Cristina
GAETA

ARTICOLO CONSEGNATO: 6 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: Molteplici sono le politiche governative per la promozione dello sviluppo socialmente responsabile delle nuove tecnologie, anche nel settore automobilistico, al fine di ridurne l'impatto ambientale. Tuttavia, risulta necessario affiancare e attuare tali iniziative attraverso la disciplina di determinate fattispecie giuridiche di interesse strategico nei rapporti tra soggetti privati. In questa prospettiva, il lavoro mira ad individuare possibili strumenti di diritto privato a garanzia di un'adeguata tutela degli individui e dell'ambiente, con particolare riguardo al bilanciamento tra evoluzione tecnologica ed ecosostenibilità nel settore della mobilità stradale. Ciò nella duplice prospettiva di una tutela *ex ante* ed *ex post* dei soggetti di diritto coinvolti nello sviluppo dell'industria automobilistica.

PAROLE CHIAVE: ESG; contratti verdi; *private enforcement*; innovazione tecnologica; ecosostenibilità; mobilità intelligente ed elettrica; danno ambientale.

ABSTRACT: *Many government policies are in place to promote the socially responsible development of new technologies, also in the automotive sector, in order to reduce their environmental impact. Nevertheless, it is necessary to support and implement these initiatives through the regulation of certain legal cases of strategic interest in relations between private parties. In this perspective, the work aims to identify possible instruments of private law to guarantee adequate protection of individuals and of the environment, with particular regard to the balance between technological evolution and eco-sustainability in the road mobility sector. This is in the double perspective of ex-ante and ex-post protection of the subjects of law involved in the development of the automotive industry.*

KEY WORDS: *ESG; green contracts; private enforcement; technological innovation; eco-sustainability; smart e-mobility; environmental damage.*

SOMMARIO.- I. LA NECESSITÀ DI STRUMENTI DI DIRITTO PRIVATO PER UNO SVILUPPO REALMENTE SOSTENIBILE DELL'INDUSTRIA AUTOMOBILISITICA 4.0.– II. ANALISI GIUSPOSITIVA DELLA NORMATIVA DELL'UNIONE EUROPEA E DEL DIRITTO NAZIONALE ATTUATIVO IN UNA PROSPETTIVA ECODINAMICA. III. ANALISI GIURI-ECODINAMICA DELLA TUTELA *EX ANTE* A GARANZIA DELL'ECOSOSTENIBILITÀ. – 1. Corporate governance e fattori ESG per le industrie automobilistiche: criticità e soluzioni possibili. – 2. (segue) Contrattazione d'impresa e contratti verdi per la smart e-mobility. – IV. ANALISI ECODINAMICA DEI RIMEDI GIURIDICI EX POST NELL'AMBITO DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE PER INQUINAMENTO AMBIENTALE. – 1. Il risarcimento del danno ambientale nei confronti dei privati: problemi e proposte. – 2. (segue) Private enforcement nei confronti dello Stato e delle aziende private: il caso Shell. –V. SCENARI DE IURE CONDENDO PER UN BILANCIAMENTO TRA INNOVAZIONE TECNOLOGICA E TUTELA DELL'AMBIENTE NEL SETTORE AUTOMOBILISTICO.

I. LA NECESSITÀ DI STURUMENTI DI DIRITTO PRIVATO PER UNO SVILUPPO REALMENTE SOSTENIBILE DELL'INDUSTRIA AUTOMOBILISITICA 4.0.

Le nuove tecnologie costituiscono sempre di più un volano dell'economia mondiale[1]: è grazie alla loro evoluzione che emergono sul mercato alcune delle imprese di maggior successo e si affermano a livello mondiale. Il potenziamento delle nuove tecnologie, però, dipende anche dall'esistenza di *framework* normativi adeguati che, da un lato, non blocchino la ricerca e, dall'altro, orientino il progresso tecnologico in ottica antropocentrica ed ecosostenibile[2]. Basti pensare allo sviluppo delle fonti di approvvigionamento energetico e delle batterie, che impattano notevolmente anche sullo sviluppo dell'industria automobilistica. Gli stessi veicoli autonomi - che necessitano di sofisticate tecnologie di intelligenza artificiale[3] - non potrebbero essere prodotti senza materie prime di fondamentale importanza,

1 Si è scritto che «ormai il digitale pervade ogni settore industriale, *dalle comunicazioni all'energia»* (così Aresu, A.: *Il dominio del XXI secolo. Cina, Stati Uniti e la guerra invisibile sulla tecnologia*, Feltrinelli, Milano, 2022, p. 10).

2 L'approccio antropocentrico per la tutela ambientale è particolarmente importante in relazione ai prodotti intelligenti, in quanto il consumatre in ambiente digitale si trova in una posizione di vulerabilità ancor più evidete, che rende necessaria l'addozione di scelte che mirino ad mercato che equo, sostenibile e solidale. Cfr. Ciocia, M.A.: 'Circolarità economica e trasparenza del prodotto, *EJPLT*, 2022, I, pp. 57 ss.; Gatt L., Caggiano I.A., "Consumers and Digital Environments as a Structural Vulnerability Relationship", *Journal of Consumer Policy*, 2023 (in corso di pubblicazione).

3 Le stesse tecnologie di intelligenza artificiale possono e devono porsi al servizio dell'ambiente. In questo, senso, si veda, D'Avanzo, W.: "Le applicazioni dell'intelligenza artificiale a tutela dell'ambiente", *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2019, II, p. 4, che osserva come i «i veicoli autonomi guidati da intelligenza artificiale […] consentiranno, nei prossimi anni, una transizione alla mobilità su richiesta. *L'ottimizzazione del traffico, i servizi autonomi di condivisione dei percorsi, gli algoritmi di guida ecologica e le auto elettriche garantiranno riduzioni sostanziali dei gas serra per il trasporto urbano. L'intelligenza artificiale, inoltre, potrà migliorare l'integrazione e l'affidabilità delle energie rinnovabili creando una rete distribuita che migliorerà lo stoccaggio dell'energia, l'efficienza e la gestione del carico, creando incentivi di mercato».* Sugli stessi temi, si veda anche Gambini, M.L.: "Algoritmi e sicurezza", *Giur. It.*, 2019, VII, pp. 1726 ss..

• Maria Cristina Gaeta
Ricercatore di Tipo A in Diritto privato
Segretario scientifico e ricercatore senior del Centro di Ricerca in Diritto Privato Europeo (ReCEPL)
Università degli Studi Suor Orsola Benincasa
mariacristina.gaeta@unisob.na.it

come il litio[4], o senza scienze tecniche come la microelettronica[5]: senza batterie e semiconduttori, infatti, non c'è intelligenza artificiale e non ci sono veicoli autonomi. Il problema di individuare il giusto bilanciamento tra innovazione tecnologica e sviluppo ecosostenibile[6], applicato al settore automobilistico, costituisce l'oggetto d'indagine del presente lavoro.

Infatti, un'evoluzione incontrollata delle tecnologie, anche in questo settore, può comportare rischi elevati in termini di sostenibilità ambientale, oltre che economica e sociale (*ex* art. 3, par. 3 TUE). Occorre guardare, infatti, all'intera filiera produttiva e non soltanto al risultato finale. Da un punto di vista economico, i veicoli autonomi ed elettrici non sono ancora competitivi sul mercato e accessibili ai più, risentendo degli elevati costi per la produzione e la vendita di tali *green technologies*[7]. Particolarmente gravosi sono anche i rischi per la salute di alcune comunità in cui si lavora incessantemente per l'estrazione delle materie prime necessarie alla produzione delle c.d. tecnologie pulite[8]. Allo stesso tempo, però, i danni derivanti dall'inquinamento ambientale per la produzione industriale, anche automobilistica, risultano sempre più preoccupanti e impongono di insistere nella direzione dell'ecosostenibilità e dell'elettrificazione. È per tale ragione che anche l'ecosostenibilità gioca un ruolo cruciale nella regolamentazione delle nuove tecnologie, anche in applicazione del principio dello sviluppo sostenibile (della tutela ambientale), di cui all'art. 3-*quater* del codice dell'ambiente[9], e del principio costituzionale di tutela ambientale, attualmente espressamente previsto dall'art. 9 Cost.[10].

4 Aresu, A.: *Il dominio del XXI secolo,* cit., p. 160, chiarisce che senza materiali come il litio non esiste mobilità elettrica e rileva che «siamo ormai immersi in una corsa globale del litio*, come fattore abilitante essenziale della mobilit*à elettrica».

5 In questo senso, le osservazioni di Aresu, A.: *Il dominio del XXI secolo,* cit., p. 136, secondo cui la microelettronica è «condizione ineliminabile» dell'intelligenza artificiale: infatti, per l'A., «*senza la chimica, il mondo dell'innovazione non esiste» ed è così che «la forza del mondo delle cose riemerge».*

6 Il bilanciamento tra innovazione ed ecosostenibilità è previsto a livello costituzionale (art. 41, co. 2, Cost.) a seguito della riforma operata dalla L. cost. 11.02.2022, n. 1.

7 In termini di sostenibilità economica, per i veicoli elettrici, ancor prima che per i veicoli autonomi, una sfida è costituita dai «costi sull'investimento e mantenimento di linee produttive in scala per le batterie» (così ancora Aresu, A.: *Il dominio del XXI secolo,* cit., p. 137).

8 La produzione di nuove forme di tecnologie elettriche richiede utilizzo di alcuni metalli, come il litio, la cui estrazione è sovente a carico delle comunità più disagiate situate in aree geografiche particolarmente note per la presenza di tali materie prime, come l'Africa. Centinaia di migliaia di persone, compresi i bambini, sono costretti a condizioni di lavoro molto dure e, soprattutto, pericolose, rispetto agli standard occidentali, a causa delle quali si riscontrano troppo spesso delle vittime. Frankel, T.C.: "The cobalt pipeline. Tracing the path from deadly hand-dug mines in Congo to consumers' phones and laptops", *Washington Post*, 2016, disponibile all'indirizzo: https://www.washingtonpost.com/graphics/business/batteries/congo-cobalt-mining-for-lithium-ion-battery/

9 D.Lgs. 03.04.2006, n. 152, *Norme in materia ambientale*.

10 La riforma costituzionale, che ha riguardato l'art. 9 e l'art. 41 della Costituzione, è intervenuta, come ricordato, con legge cost. 11.02.2022, n. 1. Per un'analisi giuridica della riforma costituzionale, v. *inter alia* Frosini, T.E.: "La Costituzione in senso ambientale. Una critica", *Federalismi*, paper 23.06.2021; Masini, S.: "Ambiente e costituzione: svolgimento di un itinerario ed esame di coscienza di una riforma", *Giustizia Civile*, 2022, II, pp. 3 ss.

La sostenibilità ambientale è una questione centrale nelle agende dei governi occidentali[11] e dell'Unione europea, che si distingue per essere particolarmente attiva negli ultimi anni su questi temi, imponendo elevati standard volti a favorire la transizione ecologica e adottando un approccio diverso rispetto a quello della Cina. Quest'ultimo Paese ha compreso forse prima degli altri le opportunità industriali offerte dalla transizione ecologica e dalla mobilità elettrica, affermandosi come *leader* di mercato su queste filiere a livello globale, e in particolare per l'*automotive*[12], pur senza imporre sul proprio territorio standard di ecosostenibilità. Il diritto cinese, in sostanza, incentiva oltremodo lo sviluppo tecnologico, ma non si preoccupa di orientarlo in ottica antropocentrica ed ecosostenibile. L'Unione europea, invece, è il luogo del *Green Deal*, con la transizione ecologica al centro del *Next Generation EU*[13]: le sue politiche ecologiche non possono non trasformare drasticamente l'industria dell'*automotive*[14], non soltanto in Europa ma a livello globale, contribuendo a rendere più conveniente produrre veicoli elettrici rispetto a quelli tradizionali. Delle politiche ambientali dell'Unione europea, quindi, trae vantaggio anche la Cina, la cui politica industriale punta sull'elettrificazione. Occorre allora semplificare il più possibile tutto ciò che è pubblico per consentire al privato di emergere e prosperare[15]: non in modo indiscriminato, ma sempre nell'ottica di garantire il più possibile l'ecosostenibilità.

11 Draghi, M.: *Dieci anni di sfide. Scritti e discorsi*, Treccani, Roma, 2022, p. 88, ha affermato che «La transizione ecologica non è una scelta, è una necessità. I cambiamenti climatici hanno *già gravi conseguenze sulle nostre vite, il nostro pianeta e le nostre economie. Se non interveniamo subito, i loro effetti rischiano di peggiorare e di diventare irreversibili*».

12 Sulle «trasformazioni dell'industria della sostenibilità, in particolare la mobilità elettrica», Aresu, A.: *Il dominio del XXI secolo,* cit., p. 47, afferma che queste sfide «la Cina le ha capite meglio di chiunque altro e ha già utilizzato il proprio enorme potere di mercato per dominare quelle filiere a livello globale». Lo stesso Autore rileva anche che, se sulla filiera dell'*automotive*, e sulle batterie, la Cina è avanti, risulta essere invece in ritardo rispetto a Taiwan nella filiera dei semiconduttori, che pure costituiscono elemento fondamentale per la realizzazione di veicoli autonomi. L'Autore chiarisce che sui veicoli elettrici «*Pechino ha perseguito l'obiettivo di consolidarsi in ogni aspetto di un settore nascente (ricerca e sviluppo,* supply chains*, processi industriali, standard e appunto materiali) e così guadagnare un vantaggio competitivo sul mercato globale»* (p. 164), il quale si colloca all'interno di una strategia cinese complessa che parte dalle materie prime e passa per ogni aspetto della filiera della mobilità elettrica (p. 175).

13 Il piano *Next Generation EU* è stato proposto dalla Commissione europea il 27 maggio 2020 e approvato dal Consiglio Europeo Straordinario del luglio 2020. Il NGEU, come è noto, riceve attuazione in Italia con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), definitivamente approvato il 13 luglio 2021. L'obiettivo principale del PNRR è quello di raggiungere una crescita economica più solida, sostenibile e inclusiva attraverso lo sviluppo di sei missioni, che includono la rivoluzione verde e la transizione ecologica (Missione 2), nonché le infrastrutture per la mobilità sostenibile (Missione 3). Il PNRR rappresenta una svolta e sarà una pietra miliare nel cammino della tutela dell'ambiente in un'ottica sostenibile, nella direzione già fissata a livello europeo.

14 Sul punto, Aresu, A.: *Il dominio del XXI secolo,* cit., p. 140, osserva che «l'automotive è parte del contratto sociale di moltissimi paesi*, soprattutto in Europa, Stati Uniti, Giappone, attraverso reti interconnesse di progettazione e componentistica. Questi legami non sono estranei al salto europeo compiuto da* Next Generation EU». L'Autore continua evidenziando come la Cina sia riuscita ad applicare i vantaggi dell'economia di scala e risulti pronta a sfruttare i benefici dell'auto elettrica, assicurato dalle politiche ambientali di diverse aree geografiche (tra cui l'Unione europea) e dal grande successo commerciale di alcune grandi imprese operanti nel settore della mobilità sostenibile, come Tesla (p. 176).

15 Nella direzione delle semplificazioni dei procedimenti autorizzatori, il Governo italiano ha già adottato significative misure per lo sviluppo eco-sostenibile, prevedendo un nuovo *framework* normativo allo scopo di incentivare investimenti di valore considerevole (oltre 400.000.000,00€) in settori strategici caratterizzati da alta tecnologia, soprattutto per l'area *green*, in linea con le catene strategiche del valore individuate dalla Commissione europea. Tra questi settori, vengono presi in considerazione proprio i veicoli connessi,

In questo complesso contesto mondiale, se il ruolo del *public enforcement* è evidente[16], quello del *private enforcement* non è certo secondario. Affinché il *private enforcement* funzioni, però, è necessario intervenire a livello regolatorio. Più nello specifico, infatti, un compiuto intervento regolatorio di diritto privato deve tenere in considerazione tanto gli strumenti di tutela preventiva quanto quelli di tutela rimediale. Con riferimento alla tutela *ex ante*, sicuramente i contratti verdi e la *compliance* aziendale (in particolare con riferimento ai criteri ESG di cui si dirà nel prosieguo) rivestono un ruolo di primaria importanza. Riguardo, invece, la tutela *ex post* occorre garantire un adeguato ruolo degli individui sul piano della tutela risarcitoria e, più in generale, con riguardo al *private enforcement.*

Tracciate queste coordinate, occorrerà allora interrogarsi su quale debba essere il ruolo del giurista e, in particolare, del giusprivatista nella regolamentazione del settore dell'*automotive* in chiave ecosostenibile.

II. ANALISI GIUSPOSITIVA DELLA NORMATIVA DELL'UNIONE EUROPEA E DEL DIRITTO NAZIONALE ATTUATIVO IN UNA PROSPETTIVA ECODINAMICA.

Il principio di sostenibilità ambientale in chiave antropocentrica, con riferimento al settore della mobilità, può essere messo in pratica con una regolamentazione verde multilivello (almeno europea, se non internazionale)[17], composta da diverse tipologie di atti normativi: non solo di *hard law* ma anche di *soft law* (dalle linee guida ai codici di condotta)[18], oltre che con precise norme tecniche (es. standard) -

autonomi e a basse emissioni. Si vedano, a tal proposito, gli artt. 32 e 33, D.L. 9.08.2022, n. 115 c.d. "aiuti *bis*", conv. L. 21.09.2022, n. 142, e, in particolare, l'art. 33 co. 1, che ha introdotto un procedimento autorizzatorio unico accelerato regionale – PAUAR per i settori di rilevanza strategica individuati all'art. 32 dello stesso decreto. Su questo tema, si rinvia a Iannotti della Valle, A.: "Public policies for strategic investment in relation to new technologies", in *From human being to cyborg. National cases on human embryos and the EU Court of Justice: from artificial procreation to human enhancement in the era of transhumanism*, 3rd International Workshop a.y. 2021/2022 (a cura di Gatt L.), Suor Orsola Benincasa Università Editrice, Napoli, 2023 (in corso di pubblicazione), che mette in evidenza, l'idea alla base del nuovo procedimento: razionalizzare le singole fasi, ove possibile riducendole o ponendole in parallelo, non limitandosi quindi a ridurre i termini a procedimento invariato.

16 Draghi, M.: "Comunicazioni del Presidente del Consiglio dei ministri in vista del Consiglio europeo del 21 e 22 ottobre 2021", *Senato.it*, 20.10.2021, ha affermato che non è possibile affrontare con successo la transizione ecologica «senza un profondo, massiccio intervento dello Stato».

17 Infatti, la regolamentazione dovrebbe essere fornita a livello internazionale, europeo e nazionale. Il livello nazionale dovrebbe essere il risultato del confronto con altri ordinamenti più virtuosi, nonché del recepimento della normativa sovranazionale. Come sostenuto da Frosini, T.E.: "Il metodo", in *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate* (a cura di Frosini, T.E.), Il Mulino, Bologna, 2019, pp. 13-14, il diritto comparato serve a contribuire all'evoluzione e al progresso di un ordinamento giuridico, attraverso le esperienze giuridiche che si sono prodotte in terra straniera.

18 Per quanto riguarda la disciplina delle nuove tecnologie in un'ottica di sostenibilità ambientale, un'efficace disciplina di diritto privato dovrebbe tener conto anche dei principi etici, eventualmente contenuti anche in norme *soft law* con un importante ruolo di orientamento degli *stakeholder*, anche se non da soli sufficienti per una completa regolamentazione di un fenomeno che necessita di regole vincolanti. Cfr. Gambini, M.L.: "Intelligenza artificiale", cit., p. 1657, che sottolinea che la *soft law* non appare sufficiente, poiché la sua efficacia dipende dall'adeguamento spontaneo degli operatori. Per una panoramica sull'efficacia delle norme di *soft law* e sulla sua collocazione nelle fonti del diritto cfr. Iannotti della Valle, A.: "L'età digitale

applicabili anche tramite il rinvio operato da norme giuridiche vincolanti - e tecno-regolamentazioni, in un'ottica di ibridazione dei saperi[19]. Il punto di partenza per il giurista non può che essere l'analisi critica della normativa applicabile - intesa in senso ampio - finalizzata alla comprensione della propria *ratio* (metodo esegetico), ma per realmente disciplinare le nuove tecnologie appare necessario comprenderne l'effettivo funzionamento e impatto, nonché utilizzare le tecnologie stesse come oggetto di regolamentazione (tecno-regolamentazione).

In questa prospettiva, l'ibridazione dei saperi tra scienze umane (prima di tutto diritto, etica e sociologia) e scienze tecniche (in particolare ingegneria, statistica ed ecologia) potrebbe aiutare a garantire una corretta comprensione e regolamentazione delle tecnologie verdi nell'ambiente in cui si collocano, favorendo un corretto equilibrio tra ecosostenibilità e innovazione tecnologica, anche con specifico riferimento alla settore della mobilità. In particolare, una complessiva ibridazione dei saperi richiede di tener conto anche di altre scienze, tra cui quelle biologiche, le quali, grazie ad un efficace interazione, mirano a uno sviluppo sostenibile dell'ambiente. È il caso dell'approccio ecodinamico[20], il quale prevede l'integrazione di alcune discipline, tra cui l'economia, l'ecologia e la termodinamica, che vanno combinate con il diritto in una prospettiva giuridico-ecodinamica. Il metodo d'indagine che si intende applicare nel presente lavoro è quindi quello dell'analisi ecodinamica della norma o della politica legislativa prevista a livello europeo e poi recepita in Italia[21]: non sembra più possibile ragionare in termini esclusivamente giuridici, in quanto le fattispecie da regolamentare presuppongono un confronto tra diverse scienze connesse tra loro. L'analisi ecodinamica del diritto,

come "età dei diritti": un'utopia ancora possibile?", *Federalismi.it*, 2019, XVI, p. 10; Iannotti della Valle, A.: "La giurisdizione privata nel mondo digitale al tempo della crisi della sovranità: il "modello" dell'*Oversight Board* di Facebook", *Federalismi.it*, 2021, XXVI, pp. 144 ss.; Mostacci, E.: *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato,* Cedam, Padova, 2008; Somma, A.: *Soft law e hard law nelle società postmoderne,* Giappichelli, Torino, 2009. Per approfondire "Il ruolo delle linee guida in materia ambientale" si veda Ingenito, C., in *Rivista Giuridica Ambiente Diritto*, 2019, 3, pp. 6 ss.

19 Sulla metodologia dell'ibridazione dei saperi, cfr. Gatt., L., Caggiano, I.A., Montanari, R. (a cura di): *Privacy and Consent. A Legal and UX&HMI Approach for data protection*, Suor Orsola Benincasa University, Napoli 2021, pp. 12 -13; Iannotti della Valle, A.: "The (in)adequacy of the law to new technologies: the example of the Google/Cnil and Facebook cases before the Court of Justice of the European Union", *EJPLT*, 2020, II, p. 182.

20 Cfr. Franzese, P.P., Riccio A., Scopa A.: "Valutazione della sostenibilità ambientale: verso un approccio ecodinamico", *Biologi italiani*, 2003, VII, pp. 58 ss.

21 Nell'analizzare le politiche normative europee da tale visuale, occorre tener conto dei profili applicativi delle stesse nei singoli Stati membri dell'Unione europea. È agli Stati membri dell'Unione, infatti, che spetta introdurre norme di diritto privato il più possibile efficaci, in attuazione di quanto previsto a livello eurounitario. Tali norme dovranno garantire un adeguato livello di armonizzazione e, in alcuni casi, di uniformazione, considerata la diffusione delle *green technologies* a livello non soltanto nazionale ed europeo ma globale. Cfr. Gatt, L.: "Il contratto nel diritto europeo", in *Diritto civile. Norme, concetti, questioni* (a cura di Amadio, G., Macario, F.), Il Mulino, Bologna, 2014, pp. 554 - 562; Gatt L., Pollice P. (a cura di), *I processi di armonizzazione nel diritto privato europeo. Riflessioni e colloqui su talune recenti tendenze nel sistema tedesco |Auf dem Weg zu einem Europäischen Privatrecht--Überlegungen und Umsetzungsansätze am Beispeiel der aktuellen Änderungen des deutschen Rechtssystems*, Collana Facoltà di Giurisprudenza, Seconda Università degli Studi di Napoli, Jovene, Napoli, 2008.

così concepita, ricomprende e potenzia l'analisi economica del diritto[22], ibridandola con l'analisi ecologica del diritto, nell'ottica della *green economy*[23].

Nello specifico, a partire dall'analisi della normativa esistente in chiave giuridico-ecodinamica, saranno individuati possibili strumenti di diritto privato per garantire uno sviluppo socialmente responsabile ed ecosostenibile delle nuove tecnologie automobilistiche. In tale prospettiva, è possibile avere una visione sistemica degli schemi regolatori, mettendo in luce eventuali squilibri tra interessi contrapposti: interessi che, visti unicamente da una tradizionale prospettiva giuspositivistica, non evidenzierebbero particolari perplessità e che invece possono dar luogo tanto a criticità quanto ad opportunità. Gli istituti di diritto privato che saranno individuati e analizzati possono essere in grado, da un lato, di massimizzare i benefici delle aziende automobilistiche per una produzione ecosostenibile e, dall'altro, correttamente e strategicamente determinare e allocare il costo del risarcimento del danno ambientale eventualmente arrecato.

Con specifico riferimento alle politiche europee di regolamentazione delle nuove tecnologie – come si vedrà in seguito - quelle relative al settore della mobilità connessa, cooperativa e automatizzata (CCAM) sono di particolare interesse, soprattutto in considerazione del rapido aumento delle emissioni di gas effetto serra in tale settore al punto da rappresentare ormai un quarto del totale delle emissioni in tutta l'Unione europea. Nell'ambito di questo settore, le auto intelligenti ed elettriche (*smart e-mobility*) rappresentano un virtuoso esempio da regolamentare per garantire un adeguato livello di sostenibilità sicuramente ambientale ma anche sociale.

L'Unione europea è particolarmente attiva in questa sfida come dimostra il già richiamato *Green Deal* europeo[24], specificamente incentrato sulle tecnologie verdi. Il *Green Deal* mira a raggiungere una proficua coesistenza di sviluppo economico e sociale, nonché neutralità climatica, attraverso una strategia di investimenti in tecnologie verdi, soluzioni sostenibili e rispettose dell'ambiente e imprese. Seguendo

22 Per una ricostruzione dottrinale sull'analisi economica del diritto si rinvia a Caroccia, F., Pardolesi, R.: "Analisi economica del diritto: «the Italian job »", *Foro It*., 2014, IX, pp. 193 ss.. Più nello specifico sull'analisi economica della responsabilità civile extracontrattuale in relazione alla regolamentazione dei veicoli autonomi: Bertolini. A., Riccaboni, M.: "Grounding the case for a European approach to the regulation of automated driving: the technology-selection effect of liability rules", in *European Journal of Law and Economics*, 51, 2020, 243 ss., i quali partono dalla teoria del rischio di Guido Calabresi: cfr. Calabresi, G.: *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Giuffrè, Milano, ris. 2015 (Traduzione dell'opera*: The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven and London, 1970).

23 Sull'analisi ecologica del diritto si *veda* Capra, F., Mattei, U.: *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, Sansepolcro, 2017; più nel dettaglio sull'analisi ecologica del contratto Pennasilico, M. (a cura di) *Contratto e ambiente. L'analisi «ecologica» del diritto contrattuale*, Napoli, ESI, 2016.

24 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Il Green Deal europeo*, 11.12.2019, COM(2019) 640. Per un'analisi giuridica del *Green Deal* europeo si *veda* Lionello, L.: "Il *Green Deal* europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione", *Jus Online*, 2020, II, pp. 105 ss..

i principi del *Green Deal* e per la loro applicazione, l'assunzione di debito comune ha consentito di istituire il *Recovery Plan* dell'Unione europea (*Next Generation EU* - NGEU)[25], che della transizione ecologica fa uno dei suoi pilastri. Il NGEU, come è noto, ha ricevuto attuazione in Italia con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)[26], che tra i suoi pilastri ha la rivoluzione verde e la transizione ecologica (Missione 2), nonchè le infrastrutture per la mobilità sostenibile (Missione 3). Il PNRR rappresenta una svolta e sarà una pietra miliare nel cammino della tutela dell'ambiente in un'ottica sostenibile, nella direzione già fissata a livello europeo. Inoltre, l'attuale crisi energetica, seguita allo scoppio della guerra in Ucraina, pone ulteriori sfide, che deve essere possibile affrontare accelerando ulteriormente sugli obiettivi di transizione ecologica, riducendo la dipendenza degli Stati membri dai combustibili fossili russi. In questo, il piano *RePowerEU*[27] assume valenza strategica.

In riferimento alla normativa *hard law*, a livello eurounitario, la *European Climate Law* (Regolamento 2021/1119/UE)[28] traduce in norme regolamentari l'obiettivo europeo di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050 (ovvero riduzione del 90% delle emissioni di gas a effetto serra nei trasporti entro il 2050), prevedendo anche un obiettivo intermedio di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra di almeno il 55% entro il 2030, rispetto al 1990, anche attraverso la riduzione della dipendenza della mobilità dai combustibili fossili e l'attuazione della mobilità alternativa (*EU Fit for 55*)[29]. Ancor più recente è la proposta di direttiva sulla *due diligence* aziendale, la quale, partendo dalla proposta del *Green Deal*, mira a rendere le grandi società europee più responsabili rispetto alle violazioni dei diritti umani e i danni ambientali dei propri partner commerciali tramite l'introduzione del diritto

25 Il piano *Next Generation EU* (NGEU) è stato proposto dalla Commissione europea il 27 maggio 2020 e approvato dal Consiglio nella riunione straordinaria del 21 luglio 2020 (EUCO 10/20). Per maggiori dettagli si veda il sito *web* ufficiale del NGEU: https://next-generation-eu.europa.eu/index_it

26 Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza è stato definitivamente approvato in Italia il 13 luglio 2021 a seguito della decisione di esecuzione del Consiglio dell'Unione Europea del 6.07.2021, 10160/2. Per maggiori dettagli sul PNRR e sulle relative missioni, si rinvia al sito web ufficiale: www.italiadomani.gov.it

27 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Piano REPowerEU*, 18.5.2022, COM(2022) 230 final. Per maggiori dettagli si rinvia alla pagina ufficiale della Commissione europea: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal/repowereu-affordable-secure-and-sustainable-energy-europe_it

28 Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 (c.d. Normativa europea sul clima), 2021/1119/UE, 30.06.2021.

29 Sulla riduzione delle emissioni di gas a effetto serra di almeno il 55% entro il 2030 si *veda* anche la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *"Pronti per il 55 %": realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica*, 14.07.2021, COM(2021)550. La comunicazione contiene un pacchetto di proposte interconnesse e illustra la misure scelte, evidenziando come il pacchetto raggiunga l'equilibrio tra equità, riduzione delle emissioni e competitività.

ambientale adeguato al terzo millennio[30], la cui iniziativa è stata preventivamente recepita in alcuni Stati membri[31], ma non in Italia[32].

In questo contesto di tutela dell'ambiente e del clima un ruolo chiave è assunto dalla mobilità elettrica (*e-mobility*)[33]: gli obiettivi di elettrificazione previsti impongono, infatti, un'accelerazione anche sul piano normativo, dove appare necessario intervenire con opportune norme, anche di diritto privato, che consentano di bilanciare lo sviluppo tecnologico con la tutela ambientale, ponendolo il più possibile al servizio degli individui e dell'ambiente. Gli obiettivi di elettrificazione, ad esempio, non sarebbero realizzabili senza l'applicazione delle nuove tecnologie.

Nell'ambito dell'e-*mobility* nel trasporto su strada, è evidente l'importanza di investire in veicoli intelligenti ed elettrici (*smart* e-*mobility*) [34]. Se al motore elettrico si aggiungono i sistemi di guida intelligente, i vantaggi per la tutela dell'ambiente sono esponenziali. I veicoli dotati di avanzate tecnologie di guida noti come auto a (semi)guida autonoma[35] promettono significativi benefici, tra cui il miglioramento della sicurezza stradale, la riduzione dell'inquinamento ambientale, l'estensione della mobilità a favore dei soggetti a cui è preclusa la guida (bambini, anziani e persone con disabilità), trasformando la mobilità in un vero e proprio servizio (*Mobility as a Service*), che garantisce l'inclusività.

30 Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937*, 23.2.2022, COM(2022) 71 final, la quale fa seguito alla Risoluzione del Parlamento europeo, *recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese*, 2020/2129(INL, 10.03.2021) e si pone in linea di continuità anche con la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativo alle batterie e ai rifiuti di batterie, che abroga la direttiva 2006/66/CE e modifica il regolamento (UE) 2019/1020*, 10.12.2020, (COM(2020) 798 final). Per un maggiore approfondimeto si rivia anche allo Studio per la Commissinne europea sul tema: Aa.Vv.: "Study on due diligence requirements through the supply chain", European Union, 2020.

31 La Francia (*Loi relative au devoir de vigilance*, 2017) e la Germania (*Sorgfaltspflichtengesetz*, 2021) hanno già introdotto una legge orizzontale in materia di *due diligence* e altri Stati membri (come il Belgio, i Paesi Bassi, il Lussemburgo e la Svezia) prevedono di farlo nel breve termine.

32 Comunicazione della Commissione UE, *Strategia per una mobilità sostenibile e intelligente: mettere i trasporti europei sulla buona strada per il futuro*, COM(2020) 789 final, 9.12.2020

33 Con il termine e-*mobility* (mobilità elettrica) si intendono quei mezzi di trasporto e tutte le relative infrastrutture, che utilizzano l'energia elettrica come fonte primaria per generare l'energia meccanica necessaria al movimento. L'utilizzo dell'energia elettrica come combustibile primario è possibile grazie a speciali batterie che immagazzinano l'energia stessa. Inclusi in questa definizione non sono solo le auto elettriche, ma anche i veicoli a due ruote, come le biciclette elettriche o gli scooter elettrici. Il settore della mobilità elettrica sta conquistando quote di mercato sempre maggiori, principalmente grazie a tre motivi: sostenibilità ambientale, costi di rifornimento ridotti e una grande capacità di innovazione. Si veda Bloomberg Annual Report, *Electric Vehicle* (2020), che prevede per il 2025 il raggiungimento di 8,5 milioni di veicoli elettrici venduti nel mondo, il raggiungimento di 26 milioni nel 2030 e 54 milioni nel 2040, quando le auto elettriche rappresenteranno il 58% delle vendite nel mondo.

34 Per un approfondimento, mi sia consentito rinviare a Gaeta, M. C., "Green and Sustainable Mobility in Road Transport. How Private Law Can Guarantee the Right Balance Between Environmentally Sustainable Development and Digital Transformation", *European Business Law Review*, Special Issue, 2023 (in corso di pubblicazione).

35 I livelli di automazione dei veicoli sono definiti secondo lo standard SAE International J3016 *Levels of Driving Automation*, 2021.

La *smart e-mobility* rappresenta uno dei settori in grado di modificare il binomio trasporti-inquinamento, in particolare quando è associato allo sviluppo di nuove tecnologie, intese non come limite alla tutela ambientale ma come sua valorizzazione. Numerosi sono i benefici legati all'implementazione delle tecnologie nel settore della mobilità elettrica, ed in particolare nella mobilità su strada, che rappresenta la principale fonte di inquinamento nel settore dei trasporti. La mobilità elettrica nell'autotrasporto rappresenta un evidente esempio di sinergia tra digitalizzazione, automazione e decarbonizzazione come evidenziato dalla Commissione europea anche nella Comunicazione per una mobilità sostenibile e intelligente del 2020, la quale si fonda su tre obiettivi: mobilità sostenibile di tutte le tipologie di trasporto, garantendo maggiori possibilità di mobilità alternative meno inquinanti; mobilità intelligente fondata su una connettività semplice sicura ed efficiente; mobilità resiliente strutturata almeno a livello europeo sulla base di una connettività inclusiva (c.d. *Trans-European Transport Network* - TEN-T)[36].

Una normativa efficace che regolamenti anche le relazioni tra privati può imprimere una svolta significativa nella direzione della mobilità sostenibile, potendo prevedere chiari incentivi privatistici (per persone fisiche ed enti), nonché un adeguato sistema rimediale, tanto in termini di legittimazione ad agire, quando di effettiva risarcibilità. Appare di primaria importanza, infatti, l'individuazione di strumenti di diritto privato che possano concretamente incentivare a trovare il giusto equilibrio tra innovazione tecnologica ed ecosostenibilità nella prospettiva del diritto privato. Nel prosieguo, quindi, si tenterà di individuare quali strumenti privatistici possano effettivamente costituire la spinta per una maggiore responsabilizzazione e responsabilità delle imprese contro l'inquinamento ambientale, senza limitare eccessivamente lo sviluppo tecnologico ma, al contrario, utilizzandolo per raggiungere un maggiore livello di tutela dell'ambiente attuato in una prospettiva giuridico-ecodinamica.

III. ANALISI GIURI-ECODINAMICA DELLA TUTELA *EX ANTE* A GARANZIA DELL'ECOSOSTENIBILITÀ.

La previsione di agevolazioni ed incentivi governativi ha la funzione di indirizzare le aziende nella direzione di uno sviluppo responsabile delle nuove tecnologie. Tali iniziative di stampo pubblicistico, però, vanno affiancate da mirati interventi privatistici per una più effettiva tutela ambientale *ex ante*. Di fatto, nell'ottica del rafforzamento della tutela preventiva, lo Stato non risulta da solo in grado di fornire gli opportuni incentivi sociali ed economici per indirizzare le aziende verso lo sviluppo di adeguate *policy*. Allo stesso tempo, anche le agevolazioni statali - ad

36 Comunicazione della Commissione europea, *Strategia per una mobilità sostenibile e intelligente: mettere i trasporti europei sulla buona strada per il futuro*, COM(2020) 789 final, 9.12.2020.

esempio gli sgravi fiscali – devono comunque essere contenute entro determinati limiti al fine di risultare sostenibili per il bilancio statale.

In quest'ottica, l'adeguamento aziendale alle più innovative strategie *green* (*green compliance*) può essere più efficacemente garantito tramite la previsione di determinati strumenti di diritto privato che garantiscano la tutela dei principi espressamente previsti dalla normativa vincolante (come il principio di prevenzione *ex* art. 3-*ter*, codice dell'ambiente, o il già menzionato principio di sviluppo sostenibile, di cui all'art. 3-*quater* dello stesso codice): le parti, in sostanza, si obbligherebbero al rispetto di tali principi, in virtù di espresse richieste nella disciplina negoziale o per poter godere di specifiche agevolazioni. Per innalzare il livello di tutela ambientale in ottica antropocentrica, quindi, pare particolarmente efficace la previsione di regole e di strumenti di *governance* (c.d. *corporate governance*) quale requisito per la conclusione di determinate relazioni contrattuali o per ottenere una prelazione nelle stesse.

1. *Corporate governance* e fattori *ESG* per le industrie automobilistiche: criticità e soluzioni possibili.

La previsione di strumenti preventivi per la tutela ambientale ha una funzione molto rilevante, che riguarda in particolar modo le aziende che utilizzano le più innovative applicazioni tecnologiche tanto nel processo di produzione quanto nei servizi e prodotti finali. In questo contesto, le aziende del settore automobilistico hanno un ruolo di primaria importanza, considerando che si tratta di uno di quei settori particolarmente influenzato dallo sviluppo delle nuove tecnologie e proiettato verso la produzione di veicoli sempre più autonomi. Analizzando il fenomeno in chiave giuridico-ecodinamica, però, lo sviluppo di tali tecnologie di guida pone evidenti criticità per la tutela ambientale già nella fase di produzione. I meccanismi produttivi incentrati su nuove tecnologie e nuove materie prime, infatti, comportano tanto il rischio di un aumento dell'inquinamento ambientale - causato da sistemi di produzione tecnologici che risultano essere più rapidi e performanti, ma anche più inquinanti – quanto quello dello sfruttamento di alcune comunità sfruttate per l'estrazione delle materie prime necessarie per le nuove fonti di energia. Allo stesso tempo, i prodotti finali, e nel caso di specie i veicoli autonomi, rischiano di essere meno inquinanti nell'immediato, ma paradossalmente molto più inquinanti sul lungo periodo, come nel caso dello smaltimento delle batterie a litio. Pertanto, una *governance* aziendale fondata su innovativi criteri sociali di *legal compliance by design,* che integrino anche quelli ambientali, può rappresentare un punto di forza per la tutela degli individui e del pianeta.

Nel contesto di tale tutela preventiva, i cosiddetti fattori ESG (*Environmental, Social, Governance*) rivestono un ruolo sempre più rilevante[37], tanto per il legislatore, che tende a disciplinare in tal senso l'attività delle imprese, quanto per le imprese stesse che mirano a improntare le proprie strategie industriali a paradigmi più moderni e competitivi, anche in risposta a controversie aventi ad oggetto i diritti umani e i cambiamenti climatici[38] di cui si dirà nel prosieguo. Si tratta di criteri che il legislatore e le aziende possono scegliere di fare propri (tanto con fonti di *hard law* quanto di *soft law*[39]) e di imporre alle imprese, indirizzando e coordinando l'esercizio dell'attività di impresa verso il rispetto di criteri come l'impegno ambientale, i valori sociali e l'accuratezza e trasparenza della struttura organizzativa.

I fattori ESG sono ormai dei criteri per la determinazione del punteggio di credito sociale in cui tutte e tre le categorie vengono utilizzate per illustrare la quantità di rischio di un'azienda per gli investitori ed eventuali parti interessate (*Stakeholders*). Essi costituiscono, inoltre, criteri di applicazione di norme imperative a tutela dei lavoratori, dell'ambiente o della pubblica amministrazione, la cui violazione comporta la configurazione di un atto illecito (civilmente, amministrativamente o penalmente rilevante). Naturalmente, però, eventuali obblighi di implementazione dei fattori ESG nelle strategie aziendali devono sempre tener conto della dimensione e dell'organizzazione dell'azienda, anche nel caso delle aziende automobilistiche, e non essere imposti indiscriminatamente a tutti gli imprenditori. In caso contrario, essi rischierebbero di essere insostenibili per le aziende, le quali si troverebbero sempre più spesso a dover confrontarsi con procedure giuridico-amministrative non adeguate alla propria struttura aziendale e alla propria filiera di produzione.

La *Environmental and Social Governance*[40] sta entrando a far parte dell'organizzazione di tutte le realtà aziendali di medie e grandi dimensioni, soprattutto per le società per azioni, andando oltre la tradizionale responsabilità sociale d'impresa (*Corporate Social Responsibility*). Emergono punti di forza ma anche criticità. In particolare, la RSI si fonda, tra l'altro, su meccanismi di autocertificazione

37 A tal proposito, si vedano Rolli, R.: *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa. Modelli di governance* e *nuove responsabilità*, Il Mulino, Bologna, 2020; Chiloiro, A.: "ESG e sostenibilità nelle operazioni di finanziamento all'impresa: possibili profili giuridici", *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2022, I, pp. 263 ss.

38 Weller, M.P., Hoppmann, V.: "Environment Social Governance (ESG) Neue Kompetenzen der Hauptversammlung?", *AG*,18, 2022, p. 640, i quali precisano che a causa di decisioni giudiziali, alle aziende tedesche viene richiesto di ridurre significativamente le emissioni di CO_2. Inoltre, gli Autori ritengono necessaria l'introduzione di una normativa *ad hoc* sugli ESG nel settore delle società quotate.

39 Strampelli, G.: "*Soft law* e fattori ESG: dai codici di *corporate governance* alle *corporate* e *index guidelines*", *Riv. soc.*, 2022, V-VI, pp. 1100 ss.

40 Per un'analisi delle recenti proposte di riforma di diritto europeo in materia si rinvia a Barcellona, E.: "La *sustainable corporate governance* nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism", *Rivista delle società*, 2022, I, pp. 1 ss. Per un commento all'*Inception Impact Assessment* del giugno 2021, dal quale prende le avvio la *Sustainable Corporate Governance* si trova anche Rossi, S.: "Il diritto della *Corporate Social Responsibility*, *Rivista ODC*, 2021, pp. 120 ss.

che, sebbene di per sé possano rappresentare uno strumento in grado di garantire un migliore livello di tutela dell'ambiente, in realtà possono celare un rischio di discrezionalità e strumentalizzazione: è il caso, ad esempio, del celebre scandalo Volkswagen c.d. *Dieselgate* del 2015, emblematico esempio di *Greenwashing*[41], che aveva visto dichiarati dei livelli di emissioni inquinanti inferiori risetto a quelli reali. Per porre rimedio a questa questione ormai annosa, lo sviluppo dei fattori ESG sembra costituire un'opportunità. In quest'ottica, hanno iniziato a trovare sempre più applicazione meccanismi di certificazione di ecosostenibilità, fino all'entrata in vigore del *EU Taxonomy Regulation* nel 2020[42], che disciplina complessi meccanismi di certificazione, e alla già menzionata proposta di Direttiva del 2022 sulla *due diligence* aziendale contro abusi dei diritti umani e violazione degli standard di ecosostenibilità[43]. Quest'ultima proposta di Direttiva va proprio incontro ad esigenze di certezza del diritto, in quanto le società sempre più spesso prevedono nelle proprie *policy* doveri di diligenza anche in relazione alla sostenibilità ambientale, senza però riuscire a garantire un adeguato livello di certezza del diritto: ecco perché la nuova *due diligence* aziendale si prospetta essere un valido strumento di tutela preventiva.

2. (*segue*) Contrattazione d'impresa e contratti verdi per la *smart e-mobility*.

Sempre più aziende iniziano a rispondere alla crescente pressione esercitata dal mercato, dalla società civile e, in alcuni casi, già dal legislatore, predisponendo *policy* aziendali fondate sui fattori ESG, risultando così maggiormente competitive nelle contrattazioni, sia pubbliche che private. In particolare, i contratti ecologicamente orientati possono favorire il raggiungimento di obiettivi di sostenibilità, non soltanto per quanto riguarda la contrattualistica pubblica[44] ma anche nei rapporti tra privati[45].

41 Bertelli, F.: *Profili civilistici del «Dieselgate» questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, Napoli ESI, 2021, pp. 5 ss..

42 Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088*, 2020/852/UE, 18.06.2020. Per maggiori informazioni sulla Tassonomia europea per le attività sostenibili si rinvia alla pagina ufficiale della Commissione europea: https://finance.ec.europa.eu/sustainable-finance/tools-and-standards/eu-taxonomy-sustainable-activities_en. In Italia, il D.L. 31.05.2021, n. 77, conv. in L. 29.07.2021, n. 108, ha emanato le Linee guida per la redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica (PFTE) da porre a base dell'affidamento di contratti pubblici di lavori del PNRR e del PNC, volte a definire il contenuto essenziale dei documenti, occorrenti alle stazioni appaltanti per l'affidamento, i quali tengono conto della tassonomia europea.

43 Si veda nota n. 30.

44 Cfr. Colombari, S.: "Le considerazioni ambientali nell'aggiudicazione delle concessioni e degli appalti pubblici", *Urbanistica e appalti*, 2019, I, pp. 5 ss., che rileva come le esigenze ambientali nell'ambito delle concessioni e degli appalti pubblici siano fondate sul graduale affermarsi del principio di integrazione funzionale allo sviluppo sostenibile, prima a livello europeo e, poi, anche nazionale: in quest'ottica, si assiste già a partire dal Codice dei contratti pubblici del 2016 (d.lgs. 50/2016) a un'ulteriore valorizzazione dei criteri di sostenibilità ai fini dell'aggiudicazione dei contratti pubblici, in quanto gli stessi divengono uno strumento determinante ai fini della transizione verso un'economia circolare.

45 Tra gli altri, Pennasilico, M.: "Le categorie del diritto civile tra metodo e storia (a proposito del libro di Nicola Lipari)", *Riv. Dir. Civ.*, 2016, V, pp. 1246 ss., secondo cui «*L'interesse ambientale, che per lungo tempo ha costituito un vincolo esterno alle procedure a evidenza pubblica, poiché l'originaria normativa comunitaria*

In quest'ottica, quindi, anche incentivi e agevolazioni di diritto privato devono essere presi in considerazione[46]. Se la sostenibilità ambientale e sociale diviene elemento preferenziale ai fini dell'aggiudicazione di appalti pubblici, anche nell'ambito del diritto privato imprese e consumatori possono cogliere le maggiori opportunità di crescita collegate alla transizione ecologica, inserendo nei contratti clausole "verdi" di diversa natura[47]. Impostare la politica industriale dell'azienda in un'ottica di ecosostenibilità consentirà di partecipare a un maggior numero di appalti pubblici, come molti di quelli legati all'attuazione del PNRR: assunta una prospettiva ecologica, a diversi livelli della filiera produttiva, sono gli stessi criteri di convenienza economica[48], prima ancora che criteri giuridici come l'implementazione dei fattori ESG, a suggerire che anche i rapporti privatistici tra le aziende siano basati su meccanismi che mirino a garantire un elevato livello di tutela ambientale[49]. È per queste ragioni che, anche tra privati, si stipulano sempre più spesso contratti verdi o «contratti ecologici»[50], ispirati a criteri di sostenibilità talvolta persino più pervasivi di quanto avvenga nella contrattualistica pubblica, come nel caso delle operazioni di finanziamento alle società per azioni in relazione all'*Environmetal and Social Governance*. Il contratto, in questo modo, diviene il luogo

rispondeva al solo interesse economico della tutela della concorrenza, può considerarsi oggi un dato immanente o un vincolo interno alle procedure tanto di affidamento dei contratti pubblici quanto di formazione di qualsiasi "contratto ecologico", anche di diritto privato, purché fonte di rapporti patrimoniali "sostenibili"». Cfr. anche Id.: "Contratto e uso responsabile delle risorse naturali", *Rass. Dir. Civ.*, 2014, III, p. 766, che afferma che «la forza di espansione, valutativa e assiologica, del principio dello sviluppo sostenibile consente di estendere l'*applicabilità dei criteri ambientali anche agli appalti privati».*

46 Sulla tutela ambientale nei rapporti tra *cives*, con particolare riguardo agli strumenti negoziali: Carriero V.: "Sviluppo ecologico e strumenti negoziali di valorizzazione dei "beni culturali, paesaggistici e ambientali", in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2020, I, pp. 106 ss. Sugli strumenti contrattuali per la tutela dei diritti umani e la protezione ambientale: Valle L., Marullo M.C.: "Contract as an Instrument Achieving Sustainability and Corporate Social Responsibility Goals", *International Community Law Review*, 2022, Vo. 24, pp. 100 ss.

47 Landini, S.: "Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni", *Diritto pubblico*, 2015, II, pp. 611 ss.. Sui contratti ecologici tra diritto pubblico e diritto privato, cfr. Irti, C.: "Gli "appalti verdi" tra pubblico e privato", *Contratto e Impresa/Europa*, 2017, pp. 183 ss., che mette in relazione la normativa di stampo pubblicistico in materia di appalti all'emersione anche nel diritto privato di contratti verdi.

48 In questo senso, si veda anche Pennasilico, M.: "Contratto", cit., p. 764, secondo cui «il mercato può rivelarsi un potente alleato della regolazione nel perseguimento delle finalità di tutela ambientale».

49 Cfr. Pennasilico, M.: "Contratto", cit., p. 768, il quale evidenzia come oggi il contratto sia fonte non semplicemente di rapporti giuridici patrimoniali, bensì di rapporti giuridici patrimoniali sostenibili. L'Autore ritiene aprirsi così una nuova stagione del contratto: una stagione "verde" fondata sull'analisi "ecologica" del diritto contrattuale, che consenta di cogliere che la nozione stessa di contratto *ex* art. 1321 c.c. è ormai insufficiente se non integrata dai princípi di solidarietà e di sostenibilità nell'uso responsabile delle risorse naturali.

50 Sull'espressione contratto ecologico, cfr. Pagliantini, S.: "Sul c.d. contratto ecologico", *Nuova Giur. Civ.*, 2016, II, pp. 20337 ss., secondo cui *«contratto ecologico, questo il succo del discorso, è un'espressione raffinata ma predicata di un valore soltanto descrittivo».* Cfr. anche Pennasilico, M.: "Contratto", cit., p. 768, per il quale *«il "contratto ecologico" è, dunque, applicazione privilegiata del paradigma intergenerazionale, che ispira la trasformazione dell'economia di mercato in "economia di mercato sociale ed ecologica"».* Quest'ultima definizione, fatta propria dall'A., è di Häberle, P.: *"Potere costituente (teoria generale)", Enc. Giur.*, Agg., IX, Treccani, Roma, 2000, p. 40. Ancora dello stesso A., più di recente, si vedano Pennasilico, M.: "Il "contratto ecologico" tra Italia e Cina: verso un nuovo paradigma giuridico", *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2021, pp. 169 – 205; Id.: ""Proprietà ambientale" e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni", *Rass. Dir. Civ.*, 2018, IV, pp. 1261 – 1290; Id.: "Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale", *Quarterly Journal of Environmental Law*, 2017, I, pp. 4 ss..

di realizzazione di interessi non soltanto direttamente patrimoniali[51]: l'inserimento di clausole "verdi" nella libera contrattazione tra privati implica valutazioni di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale ma in ogni caso sostenibili e, quindi, meritevoli di tutela.

Potranno, allora, essere individuati criteri *ad hoc*, per implementare la sostenibilità ambientale delle produzioni aziendali e favorire lo sviluppo di modelli contrattuali compatibili con gli obiettivi di ecosostenibilità fissati dalle politiche pubbliche nazionali e anzitutto eurounitarie. In particolare, nella regolamentazione contrattuale dei rapporti che hanno ad oggetto la fornitura di servizi o la vendita di beni, è opportuno sviluppare strumenti di natura privatistica, i quali prevedano un diritto di prelazione nei rapporti contrattuali in favore delle aziende che rispettino elevati standard di tutela eco-sostenibile. Il diritto di essere preferiti potrebbe derivare dalla sussistenza di determinati requisiti di sostenibilità, come il rispetto dei fattori ESG, che potrebbero configurare una prelazione volontaria, soggetta alla libera autonomia delle parti che intendono agire responsabilmente o, auspicabilmente in un prossimo futuro, una prelazione legale.

La previsione di tali criteri ecologici nella contrattualistica privata appare oltremodo significativa nel settore dell'*automotive*, che risente particolarmente degli obiettivi di transizione ecologica ed elettrificazione fissati a livello di Unione europea e che da tali obiettivi deve cercare di trarre nuove opportunità di sviluppo: ecco allora che diviene cruciale, per le imprese coinvolte nella filiera dell'*automotive*, prevedere nella contrattualistica clausole "verdi" atte a favorire il raggiungimento di questi obiettivi. Non per spirito "altruistico", che sarebbe difficile da ispirare spontaneamente in chi fa impresa e punta anzitutto al profitto, ma per rendere sostenibile dal punto di vista economico ciò che deve essere sostenibile *ex lege* dal punto di vista ambientale.

51 Cfr. Persia, S.: "Proprietà e contratto nel paradigma del diritto civile "sostenibile"", *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2018, I, p. 11, secondo cui «Il contratto, in questa "circolarità" tra ambiente e mercato, si fa portatore di interessi non solo patrimoniali ma altresì non patrimoniali, compatibili con il pieno sviluppo della persona umana, e si accredita come contratto "ecologico", fonte non semplicemente di rapporti giuridici patrimoniali, ma di rapporti giuridici patrimoniali sostenibili».

È chiaro poi che, a valle, anche il controllo di meritevolezza[52] da parte dell'interprete non potrà non tener conto di questi fattori di tutela ambientale[53], stavolta sì anche in ottica intergenerazionale, a maggior ragione alla luce dei nuovi articoli 9 e 41 della Costituzione.

In conclusione, i cosiddetti contratti ecologici possono favorire il raggiungimento di obiettivi di sostenibilità. Quanto avviene nella contrattualistica pubblica, con la previsione di criteri preferenziali per l'aggiudicazione dell'appalto in presenza di caratteri di ecosostenibilità, spiega così i suoi effetti anche nella contrattualistica privata. Le imprese, per partecipare agli appalti pubblici "verdi", come quelli collegati al PNRR, sceglieranno sempre più spesso di inserire nei contratti tra privati clausole "verdi", seguendo logiche economiche e industriali, prima ancora che giuridiche, e ottenendo così indirettamente l'effetto di favorire il rispetto dell'ambiente. Ciò è a maggior ragione rilevante nel settore dell'*automotiv*e, che risente particolarmente degli obiettivi di transizione ecologica ed elettrificazione fissati a livello di Unione europea e che da tali obiettivi deve cercare di trarre nuove opportunità di sviluppo.

IV. ANALISI ECODINAMICA DEI RIMEDI GIURIDICI *EX POST* NELL'AMBITO DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE PER INQUINAMENTO AMBIENTALE.

Le forme di tutela e*x ante* possono apparire, come si è tentato di dimostrare, particolarmente efficaci per la tutela dell'ambiente, in applicazione dei principi europei della precauzione e dell'azione preventiva. Tuttavia, anche adeguati strumenti di tutela e*x post* vanno individuati, partendo dal noto principio della correzione in via prioritaria alla fonte dei danni causati all'ambiente nonché dall'altrettanto noto principio "chi inquina paga" (art. 191, co. 2, TFUE).

In ottemperanza a quanto previsto dai Trattati UE, nel corso degli anni sono state messe in atto strategie di tutela ambientale con atti legislativi di *hard law* e *soft law* per contrastare l'inquinamento e per tutelare la biodiversità ed il patrimonio naturale. Tra queste, per la tutela rimediale dell'ambiente in ambito di diritto

52 Cfr. Pennasilico, M.: "Contratto", cit., p. 765, che afferma che «la centralità che le esigenze ambientali, sottese alle ipotesi di obbligatorietà degli appalti verdi, hanno ormai guadagnato nell'ordinamento italo-europeo, imponendo una conformazione "ecologica" dell'autonomia negoziale, induce a riconoscere che la meritevolezza dei "contratti verdi" è in re ipsa *nella liceità della causa: in effetti, il giudizio di meritevolezza appare pleonastico se riferito a contratti diretti a soddisfare interessi ambientali leciti, che "colorano" la causa concreta e sono in armonia con il «pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, comma 2, cost.)».* Per un'attenta riflessione sulla meritevolezza di tutela degli interessi cotrattuali in relazione alla tutela ambientale si veda Perlingieri P.: "Persona, ambiente e sviluppo", in *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale* (a cura di Pennasilico M.), Napoli, ESI 2016, pp. 321 ss., secondo il quale anche se il contratto non contiene clausole ambientali non è meritevole di tutela qualora si ponga di fatto in contrasto con valori quali la salute dell'uomo e la sua integrità psico-fisica.

53 Così già Persia, S.: "Proprietà e contratto", cit., p. 18.

privato, risulta particlarmente rilevante la Direttiva 2004/35/CE[54], che disciplina la responsabilità per danno ambientale tra azioni di prevenzione e riparazione. La Direttiva costituisce una delle disposizioni fondamentali per la tutela ambientale *ex post*, recepita in Italia con il codice dell'ambiente. Tuttavia, il rapporto tra danno e risarcimento stabilito dalla disciplina europea è uno dei profili che pare vada rivisto per un più efficace risarcimento del danno ambientale arrecato agli individui[55], anche tramite tecniche di *private enforcement*.

1. Il risarcimento del danno ambientale nei confronti dei privati: problemi e proposte.

La previsione di forme di tutela ambientale *ex post* è piuttosto recente: è a partire dagli anni '70-'80 che alcuni ordinamenti giuridici - come quello italiano[56] - hanno iniziato a disciplinare specifiche ipotesi di tutela ambientale di area privatistica, con particolare riguardo alla responsabilità civile extracontrattuale. Tuttavia, tale rilevante strumento di tutela privatistica non può considerarsi pienamente attuato. Infatti, l'attuale disciplina europea della responsabilità per danno ambientale è ormai ferma alla direttiva 2004/35/CEE, la quale, seppure particolarmente rilevante, non prevede una regolamentazione completa né tantomeno uniforme, come già può desumersi dalla scelta della tipologia di atto legislativo, non direttamente applicabile negli Stati membri.

Come s'è detto, in Italia la direttiva comunitaria è stata recepita modificando il codice dell'ambiente. In particolare, la necessità di dare attuazione alla direttiva ha comportato la modifica anche dell'articolo 300, co. 1, che attualmente definisce

54 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, sulla responsabilità ambientale, *in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale,* 2004/35/CE, 21.04.2021.

55 In merito alla qualificazione del risarcimento del danno, si creano incertezze con riguardo alla sua qualificazione come di tipo restitutorio (in forma specifica *ex* art. 2058 c.c.), ovvero di tipo risarcitorio con funzione riparatoria (per equivalente patrimoniale *ex* artt. 2056 e 2057 c.c.) o, addirittura, sanzionatoria (per sanzione patrimoniale). Entrambe le tipologie di risarcimento sono espressamente previste dall'art. 311 del codice dell'ambiente, la seconda subordinata alla prima. In particolare, in caso di danno intrinseco, la preferibilità del risarcimento restitutorio è innegabile. Tuttavia, a parere di chi scrive, la tecnica riparatoria, soprattutto con funzione sanzionatoria, costituirebbe un efficace deterrente per i danneggianti in caso di danno estrinseco (soprattutto con riguardo ai danni alle utilità economiche assicurate dalle risorse naturali) da opportunamente regolamentare in linea con quanto previsto a livello europeo per altre tipologie di danno, come il risarcimento del danno ai consumatori derivante dalla violazione della normativa antitrust (sul punto si veda Manzini, P. (a cura di): *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2017). In particolare, la natura restitutoria del risarcimento del danno - seppure in linea tanto con la necessità di ripristinare una risorsa naturale, quanto con l'interpretazione letterale della norma (art. 302, co. 9, codice dell'ambiente) – non sarebbe realmente in grado di avere un reale effetto deterrente, tipico della natura risarcitoria, soprattutto con funzione sanzionatoria. Di fatto la responsabilità civile per danno ambientale di stampo civilistico non svolge né la funzione di eliminare la turbativa per la lesione dell'ambiente, né la funzione di trasferire ricchezza, perché essa non ha come obiettivo principale quello di ripristinare la sfera giuridica violata dall'illecito ambientale, bensì di evitare la lesione del bene giuridico ambiente.

56 Prima dell'entrata in vigore della L. 8 luglio 1986, n. 349, Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale – che, appunto, ha introdotto una prima regolamentazione del danno ambientale – e poi del Codie dell'ambiente, la normativa di riferimento di area privatistica era contenuta solo nell'art. 844 c.c. sul divieto di immissioni e negli artt. 2043 ss. c.c. sulla responsabilità civile extracontrattuale.

il danno ambientale come «qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima». La specificità del danno, tuttavia, si scontra con la limitazione del risarcimento del danno esperibile solo oltre una certa soglia (danno significativo) e con la difficoltà di provare e quantificare in giudizio il danno concretamente subito (misurabilità del danno). La definizione di danno ambientale, quindi, appare più restrittiva rispetto a quella di danno ingiusto - che costituisce uno degli elementi oggettivi della responsabilità civile extracontrattuale (art. 2043 c.c.) - forse controbilanciata dal regime di responsabilità oggettiva per danno ambientale, ai sensi dall'art. 298-*bis* del codice dell'ambiente, previsto, però, solo per i casi di responsabilità professionale di cui all'Allegato 5, alla parte VI (di recepimento dell'Allegato III, Direttiva 2004/35/CEE). Ad ogni modo, per poter realmente controbilanciare la difficoltà di ottenere un risarcimento per un danno ambientale con delle caratteristiche così stringenti, sembrerebbe più opportuno prevedere un regime di responsabilità oggettiva come regola generale, indipendentemente dalla fattispecie concreta di illecito[57].

Inoltre, sarebbe altrettanto necessario prevedere la possibilità di agire in giudizio per danni ambientali anche da parte degli individui, oltre che da parte delle associazioni ambientali, già diversamente legittimate ad agire a seconda dell'avvenuto riconoscimento ministeriale o meno[58]. Attualmente, invece, lo Stato è il principale titolare della legittimazione ad agire per il risarcimento del danno ambientale in relazione alla lesione di un interesse collettivo, in quanto l'ambiente interessa la collettività nel suo complesso[59]. È, quindi, potere dello Stato agire nell'interesse della collettività, per il tramite del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica, in collaborazione con le regioni, con gli enti locali e con qualsiasi soggetto di diritto pubblico ritenuto idoneo (art. 299, codice dell'ambiente). Tale legittimazione attiva dello Stato implica, però, evidenti difficoltà nel caso in cui il danneggiante sia proprio un ente pubblico, in quanto la parte

57 Ad esempio, in Francia, dal 2016, la responsabilità per danno ambientale è sempre di tipo oggettivo indipendentemente dalla tipologia di danno ambientale verificatosi in concreto (artt. 1246 ss., codice civile francese, come modificati dalla legge 8 agosto 2016, n. 1087). Antippas, J.A.: 'Civil liability and environmental protection: Italian-French looks', *EJPLT*, 2022, I, pp. 136 ss.

58 Al riguardo occorre distinguere tra due tipologie di associazioni: quelle che beneficiano del riconoscimento ministeriale disciplinato dall'art. 13 della L. n. 349/1986 e le associazioni non riconosciute (l'elenco aggiornato delle associazioni riconosciute è consultabile qui: https://www.mite.gov.it/pagina/elenco-delle-associazioni-di-protezione-ambientale-riconosciute). Solo le prime sono *ex se* «titolari dell'interesse» e devono fornire tutt'al più la prova circa la legittimazione nel caso concreto, in applicazione dell'art. 309, co. 2, codice ambiente (Cons. Stato, sez. IV, 22.02.2016, n. 723). Per le associazioni non riconosciute, invece, la legittimazione resta vincolata alla previa verifica di determinati requisiti persecuzione statutariamente non occasionale di obiettivi di tutela ambientale, possesso di un adeguata rappresentatività e stabilità, insistenza su un'area ricollegabile alla zona interessata (Cons. Stato. sez. IV, 17.05.2022, n. 3885). Si *veda* anche Masini, S.: "Art. 309", *Commentario breve al Codice dell'Ambiente* (a cura di Costato L., Pellizzer F.), Cedam, Padova, 2012, p. 1121; Caruso, C.: "Le forme di partecipazione", *Diritto dell'ambiente* (a cura di Caravita B., Cassetti L., Morrone A.), Il Mulino, Bologna, 2016, p. 297).

59 Lo Stato e le Istituzioni sono anche legittimati passivi. Si pensi alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'unione europea (CGUE, 19.11.1991, cause riunite C 6/90 e C 9/90, Sentenza Francovich), ovvero a quella dell'Unione europea per i danni causati dalle proprie istituzioni e dai propri organi, ai sensi dell'art. 340 TFUE.

pubblica sarebbe al tempo stesso legittimata attiva e passiva, mentre alcun diritto ad agire in giudizio è previsto per i privati.

Così disciplinata la responsabilità ambientale, sorgono alcune perplessità con riguardo al ruolo della pubblica amministrazione (prevalentemente statale) e in quello da riconoscere, invece, ai privati. Infatti, una tutela effettivamente esiste anche per i privati, ma non appare proporzionata rispetto al rischio del danno ambientale cui gli stessi sono sottoposti, rendendo necessaria una revisione della disciplina della responsabilità civile per danno all'ambiente. In particolare, è auspicabile l'estensione della legittimazione attiva per danno ambientale anche in capo agli individui e il potenziamento di quella in capo alle associazioni.

Attualmente, infatti, gli individui possono legittimamente agire in giudizio solo attraverso lo strumento della tradizionale responsabilità civile extracontrattuale per danno ambientale estrinseco[60]: ciò costituisce un'evidente limitazione della possibilità delle persone fisiche e degli enti di diritto privato di agire direttamente per il risarcimento del danno, dovendosi seguire il tradizionale schema della responsabilità civile per colpa[61]. È necessario, in sostanza, provare un danno economico o non economico derivante dall'utilizzo delle risorse naturali e coincidente con la lesione di un diritto soggettivo alla salute, un diritto reale o altra posizione giuridica soggettiva (*ex* artt. 2043, 2050, 2051, 2058 e 2059 c.c.)[62].

In conclusione, alla luce dell'evidente disparità tra il ruolo predominante della pubblica amministrazione e quello marginale degli individui, parrebbe necessario consentire a questi ultimi la possibilità di poter agire direttamente in giudizio per ottenere il risarcimento del danno ambientale (e non solo per la lesione di un

60 Il danno ambientale intrinseco è il danno alle risorse naturali in senso stretto, mentre quello estrinseco si riferisce al danno all'utilità economica patrimoniale o non patrimoniale di una risorsa naturale.

61 In alternativa all'azione di responsabilità civile per danno extracontrattuale ai sensi degli artt. 2043 ss. c.c., ai singoli sono concesse tutele proprie del diritto amministrativo in favore delle persone fisiche o giuridiche che abbiano subito un danno ambientale o siano portatrici di un interesse legittimo. Esso prevede, infatti, la possibilità di partecipare al procedimento relativo all'adozione delle misure di precauzione, prevenzione o ripristino (di cui alla parte sesta del codice dell'ambiente), ovvero la legittimazione a presentare al Ministro dell'ambiente denunce e osservazioni, concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o di minaccia imminente di danno ambientale, chiedendo l'intervento statale a tutela dell'ambiente (art. 309, co. 1, codice dell'ambiente). Allo stesso modo, il codice dispone che il i privati possono sollecitare l'intervento della giurisdizione amministrativa «per l'annullamento degli atti e dei provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni di cui alla parte sesta del codice dell'ambiente, ovvero «avverso il silenzio inadempimento del Ministro dell'ambiente, nonché per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte del medesimo Ministero, delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale (art. 310, co. 1, codice dell'ambiente). Infine, il legislatore del codice dell'ambiente ha legittimato «chiunque» ad accedere alle informazioni e ai documenti ambientali detenuti sia dall'amministrazione sia dai privati esercenti attività amministrativa sotto il controllo pubblico (art. 3 *sexies*, co. 1, codice dell'ambiente). Miccichè. C.: "L'ambiente come bene a utilità collettiva e la gestione delle lesioni ambientali", *Il diritto dell'economia*, 2018, 31 (95), pp. 27 ss.

62 La Corte costituzionale (Corte cost., 30.12.1987, n. 641) ha da tempo affermato il principio che la tutela dell'ambiente debba essere fondata anche su forme di tutela privata. In questo modo, la tutela ambientale viene riconosciuta come diritto soggettivo individuale, tutelabile anche nei confronti della pubblica amministrazione (art. 310, codice dell'ambiente). Cfr. Alpa, G.: "Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: nuovo diritto o espediente tecnico?", *Responsabilità civile e previdenza*, 1998, I, p. 4.

diritto soggettivo alla salute o alla vita) prevedendo, inoltre, l'estensione della responsabilità oggettiva a tutti i casi di danno all'ambiente[63].

2. (*segue*) Private enforcement nei confronti dello Stato e delle aziende private: il caso *Shell*.

Un'adeguata disciplina normativa della tutela ambientale dovrebbe riguardare non solo il profilo risarcitorio come sopra analizzato, ma anche il ruolo che i privati possono giocare per il c.d. *enforcement* della tutela ambientale, tanto nei confronti dello Stato quanto nei confronti di altri privati.

Il *private enforcement*, in senso ampio, può essere inteso quale canale privatistico di tutela, che si costruisce a partire dalle iniziative dei privati, ossia individui, associazioni e imprese. I campi e le modalità di applicazione del *private enforcement* sembrano essere molteplici, come dimostra il suo successo in materia di antitrust, e possono essere più o meno incentivati dal legislatore. Nel caso della tutela dell'ambiente, pare quantomai opportuno un potenziamento degli strumenti di *private enforcement*. Ciò sarebbe possibile, in particolare, ampliando la possibilità dei privati di ricorrere in giudizio per garantire la tutela dell'ambiente, tenuto conto anche della sua connotazione quale principio fondamentale dell'ordinamento ai sensi degli articoli 9 e 41 della Costituzione.

Potenziare la possibilità per i privati di agire in giudizio per la tutela dell'ambiente richiede di riflettere, in primo luogo, sui rimedi nei confronti della pubblica amministrazione. Attualmente, gli individui hanno facoltà di adire l'autorità giudiziaria ordinaria nel caso in cui i loro diritti soggettivi vengano lesi da un comportamento *contra legem* posto in essere da un'azienda, mentre difettano strumenti di tutela nei confronti della pubblica amministrazione, ad eccezione di quelli previsti in capo alle associazioni secondo quanto già detto. Non è, infatti, possibile per gli individui e le imprese adire il giudice amministrativo per la tutela di interessi legittimi derivanti dal mancato rispetto del principio di tutela ambientale. Implementare una simile forma di tutela, complementare rispetto a quella attualmente esistente, consentirebbe ai privati di richiedere il rispetto del principio di tutela ambientale anche allo Stato e alla pubblica amministrazione in generale. Soltanto in questo modo il principio di tutela ambientale verrebbe dotato di reale

63 Miccichè. C.: "L'ambiente come bene a utilità collettiva", cit., p. 40, il quale sottolinea la necessità di forme di tutela più efficaci, privilegiando soluzioni che consentano di dare uguale protezione ai diritti fondamentali di ogni individuo e delle altre specie. Sulla tutela della specie animale e degli agenti artificiali, si veda Teubner, G.: "Rights of Non-Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law", *Journal of Law and Society*, Vol. 33, 2006, pp. 497 ss.. Più recetemente Teubner, G: *Soggetti giuridici digitali? Sullo* status *privatistico degli agenti* software *autonomi*, (a cura di Femia. P.), Napoli, ESI, 2019 (traduziuone dell'opera: "Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten", *Archiv für civilistische Praxis*, 2018, Vol. 218, pp. 15 ss.); Gatt, L.: "Legal anthropocentrism between nature and technology: the new vulnerability of human beings", *EJPLT*, 2021, I, pp. 15 ss..

effettività. In sede di giudizio per la tutela dell'interesse legittimo, poi, sarebbe possibile anche ottenere l'eventuale risarcimento del danno.

Per quanto mezzi di tutela indipendenti, il *public* e il *private enforcement* sono rimedi complementari, integrati e in forte sinergia tra loro. Non vi sarebbero, quindi, problemi derivanti da un mancato coordinamento tra ciò che i privati e lo Stato potrebbero fare in ragione di una possibile estensione del campo applicativo del *private enforcement*. Maggiormente problematico, invece, in ottica giuri-ecodinamica, pare il rischio di un sostanziale incremento della mole di contenzioso amministrativo, con conseguente esposizione della pubblica amministrazione a ricorsi potenzialmente numerosissimi. Tale rischio, certamente concreto, suggerisce di ancorare la possibile azione a tutela dell'interesse legittimo al rispetto del principio di tutela ambientale a requisiti precisi, come la dimostrazione di un'effettiva inerzia dell'amministrazione a fronte di un danno ambientale provato e il cui impatto sia misurabile.

Come si è anticipato, il successo del *private enforcement* quale strumento di tutela è anche dimostrato dall'esperienza in materia di antitrust, ove ha acquisito un ruolo via via sempre più importante nella tutela della concorrenza, incidendo in taluni casi maggiormente del *public enforcement*. L'antitrust è un esempio di riuscita sinergia tra *private enforcement* e *public enforcement*[64], ma il *private enforcement* in questo caso sembrerebbe assume contorni in parte diversi. Nell'antitrust, per *private enforcement,* si intende quel sistema di tutela parallelo a quello pubblicistico dell'AGCM e della giustizia amministrativa, che si incardina dinanzi al giudice civile a seguito delle azioni dei privati per la tutela di diritti soggettivi lesi da condotte violative del diritto antitrust[65]. Si tratta, in sostanza, di azioni avviate da privati dinanzi al giudice civile, a seguito di una decisione della Commissione europea o dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato (c.d. azioni *follow on*[66]), o in maniera autonoma, senza avere alla base una pronuncia autoritativa inerente alla fattispecie oggetto di giudizio (c.d. azioni *stand alone*).

64 Sulla compatibilità e complementarietà tra *public enforcement* e *private enforcement*, cfr. Pezzoli A., Sepe G.: "*Public* e *private enforcement*: c'è danno e danno...", *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2017, II, pp. 355 ss.: per gli Autori, tale compatibilità funziona, con particolare riguardo alla materia antitrust, anche in ragione della «diversità degli obiettivi dei due strumenti – l'interesse pubblico alla tutela del processo competitivo nel caso del public enforcement e *la tutela di interessi soggettivi nel caso del* private enforcement».

65 Sassani, B. (a cura di): *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio. 2017, n. 3*, Pacini, Pisa, 2017; Manzini, P. (a cura di): *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, cit.; Fattori P., Todino M.: *Il diritto della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2019, pp. 443 ss.

66 Pezzoli A., Sepe G.: "*Public* e *private enforcement*", cit., p. 366, segnalano l'opportunità «*quando si verta in materia di azioni* follow on […] *che la consultazione dell'Autorità ex art. 14, comma 3, del D. Lgs. n. 3/2017 possa svolgere un ruolo centrale per assistere il giudice tanto nella individuazione degli elementi rilevanti ai fini della quantificazione del danno, quanto nell'acquisizione di tali informazioni, nel rispetto del principio del contraddittorio*». In assenza di un'Autorità con specifiche competenze in materia ambientale, nell'ipotizzato *private enforcement* ambientale, analogo ruolo potrebbe essere svolto dal Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica.

In materia ambientale, invece, il maggiore *vulnus* di tutela si riscontra nei confronti di eventuali comportamenti dannosi della pubblica amministrazione: potenziare la possibilità per i privati di garantirne la tutela richiede, dunque, di intervenire anzitutto su questo aspetto. È per questo che si ipotizza la possibilità per i privati di far valere in giudizio anche i propri interessi legittimi oltre ai diritti soggettivi.

Il *private enforcement*, però, può essere inteso anche in senso classico e maggiormente vicino a quanto accade per l'antitrust: nel campo, quindi, di azioni civili tra privati, che non coinvolgano lo Stato. In particolare, dopo aver evidenziato la necessità di consentire ai privati la possibilità di agire direttamente per il risarcimento del danno ambientale nei confronti dello Stato, occorre quindi soffermarsi anche sulle azioni civili nei confronti di aziende private. Queste azioni tra privati possono altresì concorrere a un potenziamento della tutela ambientale, come dimostra anche un'analisi comparata.

Tra i casi più rilevanti che hanno finora riguardato la materia ambientale, non può non essere menzionata una recente decisione del Tribunale de l'Aja[67] che riguarda la società Royal Dutch Shell, operante, come è noto, nel settore dell'energia. Si tratta di un precedente di chiara importanza sia per il fatto che tale causa sia stata intentata da un'associazione ambientalista – congiuntamente ad alcune organizzazioni non governative – sia per il risultato finale: il Tribunale, infatti, ha ordinato a Shell di rivedere il suo piano per la sostenibilità entro il 2030, contribuendo così ad orientare la politica industriale dell'azienda in un'ottica di sostenibilità, pur lasciandola libera di decidere come raggiungere tale risultato finale. La decisione è stata assunta in ottemperanza al diritto internazionale, al diritto eurounitario, al diritto olandese, facendo riferimento tanto a norme di *hard law* quanto di *soft law*.

Più in particolare, si è imposto al gruppo Shell di ridurre le emissioni di CO_2 del 45% rispetto ai livelli del 2019 e di farlo entro il 2030. La decisione si ricollega agli obiettivi dell'Accordo di Parigi sul clima, oltre che a norme di *soft law* come i Principi guida delle Nazioni Uniti su imprese e diritti umani, il *Global Compact* delle Nazioni Unite e le Linee Guida dell'OCSE per le imprese multinazionali. La concreta imposizione a Shell di principi e obblighi negoziati tra Stati contraenti in sede internazionale trova poi attuazione per il tramite delle norme di *hard law* del diritto olandese, ritenuto applicabile in forza delle norme europee di diritto internazionale privato sulle obbligazioni extracontrattuali in ambito europeo[68].

67 Trib. distrett. L'Aja, sez. Commercio e imprese, 26 maggio 2021, Milieudefensie et al. c/ Shell.

68 Regolamento 2007/864/CE (c.d. "Roma II").

Non è questa la sede per commentare diffusamente tale decisione, peraltro impugnata dalla società, ma è opportuno trarre da essa alcuni spunti di riflessione. Si tratta senz'altro del primo importante caso di *private enforcement* in materia ambientale a livello europeo: in questo senso, la decisione Shell può costituire un modello di ciò che il *private enforcement* ambientale potrebbe divenire anche in altri Stati membri dell'Unione. È però anche necessario leggerla in ottica critica, in modo da individuare eventuali problemi. Occorre, quindi, riflettere attentamente, anche alla luce di questa sentenza, sugli elementi che un accorto legislatore dovrebbe prevedere nella regolamentazione di un *private enforcement* ambientale efficace, ma non eccessivamente impattante sulle realtà produttive. Nella fattispecie, sembrano non essere state adeguatamente prese in considerazione le caratteristiche concrete dell'azienda, la sua struttura, la sua politica industriale, che invece dovrebbero costituire parte essenziale di un bilanciamento tra interessi contrapposti, fermo l'obiettivo di raggiungere una più efficace tutela ambientale. Tali riflessioni risultano a maggior ragione necessarie, se si pensa a quei paesi del sud del mondo, che da tempo più di altri stanno affrontando le conseguenze devastanti del cambiamento climatico, dovuto anche all'intensa produzione industriale e all'assenza di una regolamentazione *green* come quella europea.

In definitiva, volendo giungere a delle prime conclusioni in merito al *private enforcement* ambientale, questo ipotizzato potenziamento nel campo della tutela *green* assumerebbe una rilevanza imprescindibile per implementare una effettiva tutela *ex post* del danno ambientale, sotto due diversi versanti, e garantire così una piena attuazione dei nuovi principi costituzionali. Il *private enforcement* rappresenterebbe in questo modo un ulteriore strumento di dissuasione per le imprese e per lo Stato stesso, che dovrebbero impegnarsi a un'effettiva tutela dell'ambiente. Sarà però necessario disciplinare accuratamente gli elementi da prendere in considerazione per far sì che il raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità ambientale non comprometta oltre misura la sostennibilità economica e sociale, ma si ponga sempre nel solco di quanto previsto dalla normativa eurounitaria e dalla Costituzione.

V. SCENARI *DE IURE CONDENDO* PER UN BILANCIAMENTO TRA INNOVAZIONE TECNOLOGICA E TUTELA DELL'AMBIENTE NEL SETTORE AUTOMOBILISTICO.

La transizione ecologica non si realizza da sola. Gli ambiziosi obiettivi che le istituzioni pubbliche hanno fissato, anzitutto a livello europeo, per tener fronte alle sfide poste dal cambiamento climatico resterebbero irraggiungibili senza un ordinato sviluppo delle nuove tecnologie. Per tener fede agli obiettivi di elettrificazione della mobilità, in chiave di sostenibilità, occorre ripensare a tutta la filiera dell'*automotive*, tenendo conto delle diversità di progettazione

dei veicoli elettrici e autonomi rispetto a quelli tradizionali. Per rendere realtà l'industria automobilistica 4.0 non basta sviluppare sulla carta nuove tecnologie, come quelle di intelligenza artificiale, che consentiranno sempre più elevati livelli di automazione. Queste automobili poi bisognerà anche realizzarle. Non ci sarebbe transizione ecologica senza un continuo sviluppo della microelettronica, senza semiconduttori e batterie, senza materie prime come il litio. L'Unione europea e alcuni Stati nazionali, tra cui l'Italia, hanno compreso la necessità di attrarre investimenti in settori strategici e ad alta tecnologia. In questo complesso scenario, gli Stati Uniti – con l'*Inflation Reduction Act*[69] (il cui possibile impatto sull'inflazione è quantomeno dubbio) – adottano misure prevalentemente protezionistiche. Diverso è l'approccio dell'Unione europea, che con la proposta di regolamento pubblicata dalla Commissione europea l'8 febbraio 2022 e che prende il nome di *Chips Act*[70], mira a potenziare le capacità di progettazione e ingegneristiche per le tecnologie dei semiconduttori, istituire una rete di centri di ricerca, oltre a un fondo per i *chip*. L'Italia ha compreso il valore strategico di batterie, semiconduttori, veicoli elettrici e autonomi, istituendo con il c.d. decreto "aiuti-*bis*" un nuovo *framework* normativo per attrarre investimenti in questi settori[71].

L'economia dei privati va di pari passo con lo sviluppo delle nuove tecnologie e di qui l'importanza di politiche pubbliche che ne incentivino lo sviluppo. L'economia dei privati trae nuova linfa anche da strumenti di diritto privato, che contribuiscano allo stesso tempo a indirizzare le imprese verso gli obiettivi di sostenibilità ormai previsti anche all'art. 41 della Costituzione.

In questo contesto, il ruolo del giusprivatista è fondamentale per immaginare nuovi strumenti di tutela dell'ambiente, in ottica di sostenibilità, sia *ex ante* che *ex post*. Tale sostenibilità, ambientale, sociale ed economica, emerge anche in relazione alle nuove tecnologie di IA, come afferma la relazione introduttiva alla proposta di Direttiva sulla responsabilità dell'intelligenza artificiale (AILD) del 2022[72].

Il metodo dell'ibridazione dei saperi tra scienze umane e scienze tecniche consente anche al giurista di comprendere le tecnologie verdi che si accinge a regolamentare e di immaginare strumenti privatistici che favoriscano l'equilibrio tra ecosostenibilità e innovazione tecnologica nel settore della mobilità, senza penalizzare le imprese.

69 *Public Law* 117–169, 16.08.2022, *Inflation Reduction Act* (IRA).

70 Comm. eu., Proposta di regolamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro di misure per rafforzare l'ecosistema europeo dei semiconduttori (*Chips Act*), COM(2022) 46 final, 8.02.2022.

71 Il riferimento è agli artt. 32 e 33, D.L. 9.08.2022, n. 115 c.d. "aiuti *bis*", conv. L. 21.09.2022, n. 142, su cui veda la nota n. 15.

72 Proposta per una diretticva del parlamento europeo e del Consiglio relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (Direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale) 28.9.2022, COM(2022) 496 final.

Per immaginare strumenti di diritto privato a garanzia dell'ecosostenibilità è essenziale porsi, quindi, in una prospettiva giuri-ecodinamica: l'individuazione di possibili soluzioni a problemi e criticità non potrà che partire, allora, da un'analisi ecodinamica del diritto, che ricomprenda e potenzi l'analisi economica del diritto in uno con l'analisi ecologica del diritto, puntando a un'effettiva ecosostenibilità.

A partire da un'analisi ecodinamica del quadro normativo vigente, si sono individuati problemi e criticità tanto nella tutela *ex ante* quanto nella tutela *ex post*, cui poter porre rimedio con nuovi strumenti di diritto privato. Questi nuovi strumenti non costituiscono un ostacolo al libero esercizio dell'attività di impresa: tenuto conto della difficoltà del raggiungimento degli obiettivi di transizione ecologica, essi costituiscono, anzi, un volano per l'economia dei privati.

I fattori ESG possono aiutare a improntare le strategie industriali a paradigmi più moderni e competitivi anche nel settore dell'*automotive*: in questo senso, pare opportuno che il legislatore scelga di farli propri, indirizzando e coordinando l'esercizio dell'attività di impresa a fini ambientali. Potranno, ad esempio, essere previsti criteri di prelazione nei rapporti contrattuali anche tra privati, sul modello di quanto già avviene nella contrattualistica pubblica, in favore delle aziende che rispettino elevati standard di tutela eco-sostenibile, basandosi sul rispetto dei fattori ESG: potrebbe trattarsi di una prelazione volontaria, soggetta alla libera autonomia delle parti, oppure, più auspicabilmente, di una prelazione legale. In attesa di interventi legislativi, intanto, l'adozione di simili criteri su base volontaria beneficerebbe di un circolo virtuoso: a partire dalla previsione di criteri ecologici negli appalti pubblici, già esistenti nella normativa vigente, anche nei rapporti tra privati "essere *green*" sarà sempre più conveniente.

Le forme di tutela *ex ante* si prestano particolarmente a garantire la tutela di un bene come l'ambiente, ma non per questo non è opportuno ripensare forme di tutela *ex post* che paiono inadatte allo spirito dei tempi.

Quanto alla tutela *ex post*, appare auspicabile prevedere un'adeguata legittimazione ad agire dei privati e un effettivo schema di responsabilità civile extracontrattuale. Allo stesso modo, appare necessario che il *private enforcement* assuma un ruolo significativo. Il principio di tutela ambientale guadagnerebbe maggiore effettività se ai privati fosse concessa la possibilità di agire in giudizio per la tutela di interessi legittimi derivanti dalla sua lesione, a patto che i requisiti siano precisamente individuati. D'altra parte, anche le azioni tra privati, senza il coinvolgimento dello Stato, possono concorrere al risultato di una maggiore tutela ambientale, come dimostra il caso Shell.

La previsione di nuovi strumenti privatistici di tutela dell'ambiente, sia *ex ante* che *ex post*, possono così contribuire a favorire lo sviluppo di veicoli elettrici e

autonomi e a garantire il rispetto degli ambiziosi obiettivi di elettrificazione posti dall'Unione europea, senza penalizzare eccessivamente l'industria automobilistica.

BIBLIOGRAFIA

Alpa, G.: "Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: nuovo diritto o espediente tecnico?", *Responsabilità civile e previdenza*, 1998, I, pp. 4 ss.

Antippas, J.A.: 'Civil liability and environmental protection: Italian-French looks', *EJPLT*, 2022, I, pp. 132 ss.

Aresu, A.: *Il dominio del XXI secolo. Cina, Stati Uniti e la guerra invisibile sulla tecnologia*, Feltrinelli, Milano, 2022.

Barcellona, E.: "La *sustainable corporate governance* nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism", in *Rivista delle società*, 2022, 1, pp. 1 ss.

Bertelli, F.: *Profili civilistici del «Dieselgate» questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, Napoli ESI, 2021, pp. 5 ss.

Bertolini. A., Riccaboni, M.: "Grounding the case for a European approach to the regulation of automated driving: the technology-selection effect of liability rules", in *European Journal of Law and Economics*, 51, 2020, 243 ss.

Calabresi, G.: *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Giuffrè, Milano, ris. 2015 (Traduzione dell'opera*: The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven and London, 1970)

Capra, F., Mattei, U.: *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, Sansepolcro, 2017.

Caroccia, F., Pardolesi, R.: "Analisi economica del diritto: «the Italian job »", *Foro It*., 2014, IX, pp. 193 ss.

Carriero V.: "Sviluppo ecologico e strumenti negoziali di valorizzazione dei "beni culturali, paesaggistici e ambientali", in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2020, I, pp.106 ss.

Caruso, C.: "Le forme di partecipazione", in *Diritto dell'ambiente* (a cura di Caravita, B., Cassetti, L., Morrone, A.), Il Mulino, Bologna, 2016.

Chiloiro, A.: "ESG e sostenibilità nelle operazioni di finanziamento all'impresa: possibili profili giuridici", *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2022, I, pp. 263 ss.

Ciocia, M.A.: 'Circolarità economica e trasparenza del prodotto, *EJPLT*, 2022, I, pp. 57 ss.

Colombari, S.: "Le considerazioni ambientali nell'aggiudicazione delle concessioni e degli appalti pubblici", *Urbanistica e appalti*, 2019, I, pp. 5 ss.

D'Avanzo, W.: "Le applicazioni dell'intelligenza artificiale a tutela dell'ambiente", *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2019, II, p. 4

Draghi, M.: *Dieci anni di sfide. Scritti e discorsi*, Treccani, Roma, 2022

Fattori P., Todino M.: *Il diritto della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2019.

Franzese P.P., Riccio A., Scopa A.: "Valutazione della sostenibilità ambientale: verso un approccio ecodinamico", *Biologi italiani*, 2003, VII, pp. 58 ss.

Frosini, T.E.: "La Costituzione in senso ambientale. Una critica", *Federalismi*, paper 23.06.2021.

Frosini, T.E.: "Il metodo", in *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate* (a cura di Frosini, T.E.), Il Mulino, Bologna, 2019.

Gaeta, M. C., "Green and Sustainable Mobility in Road Transport. How Private Law Can Guarantee the Right Balance Between Environmentally Sustainable Development and Digital Transformation", *European Business Law Review*, Special Issue, 2023 (in corso di pubblicazione).

Gambini, M.L.: "Algoritmi e sicurezza", *Giur. It.*, 2019, VII, pp. 1726 ss.

Gatt L., Caggiano I.A., "Consumers and Digital Environments as a Structural Vulnerability Relationship", *Journal of Consumer Policy*, 2023 (in corso di pubblicazione);

Gatt, L.: "Legal anthropocentrism between nature and technology: the new vulnerability of human beings", in *EJPLT*, 2021, I, pp. 15 ss.

Gatt. L., Caggiano I.A. Montanari R. (a cura di): *Privacy and Consent. A Legal and UX&HMI Approach for data protection*, Suor Orsola Benincasa University, Napoli 2021.

Gatt, L.: "Il contratto nel diritto europeo", in *Diritto civile. Norme, concetti, questioni* (a cura di Amadio, G., Macario, F.), Il Mulino, Bologna, 2014, pp. 554 ss..

Gatt, L., Pollice, P. (a cura di), *I processi di armonizzazione nel diritto privato europeo. Riflessioni e colloqui su talune recenti tendenze nel sistema tedesco |Auf dem Weg zu einem Europäischen Privatrecht--Überlegungen und Umsetzungsansätze am*

Beispeiel der aktuellen Änderungen des deutschen Rechtssystems, Collana Facoltà di Giurisprudenza, Seconda Università degli Studi di Napoli, Jovene, Napoli, 2008.

Häberle, P.: *"Potere costituente (teoria generale)"*, *Enc. Giur.*, Agg., IX, Treccani, Roma, 2000, p. 40.

Iannotti della Valle, A.: "La giurisdizione privata nel mondo digitale al tempo della crisi della sovranità: il "modello" dell'*Oversight Board* di Facebook", *Federalismi.it*, 2021, XXVI, pp. 144 ss.

Iannotti della Valle, A.: "The (in)adequacy of the law to new technologies: the example of the Google/Cnil and Facebook cases before the Court of Justice of the European Union", *EJPLT*, 2020, II, pp. 172 ss..

Iannotti della Valle, A.: "L'età digitale come "età dei diritti": un'utopia ancora possibile?", *Federalismi.it*, 2019, XVI, pp. 1 ss.

Ingenito, C.: "Il ruolo delle linee guida in materia ambientale", *Rivista Giuridica Ambiente Diritto*, 2019, 3, pp. 1 ss.

Irti, C.: "Gli "appalti verdi" tra pubblico e privato", *Contratto e Impresa/Europa*, 2017, pp. 183 ss.

Landini, S.: "Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni", *Diritto pubblico*, 2015, II, pp. 611 ss.

Lionello, L.: "Il *Green Deal* europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione", *Jus Online*, 2020, II, pp. 105.

Manzini, P. (a cura di): *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2017.

Masini, S.: "Ambiente e costituzione: svolgimento di un itinerario ed esame di coscienza di una riforma", *Giustizia Civile*, 2022, II, pp.1 ss.

Masini, S.: "Art. 309", *Commentario breve al Codice dell'Ambiente* (a cura di Costato L., Pellizzer F.), Cedam, Padova, 2012, pp. 1121 ss.

Miccichè. C.: "L'ambiente come bene a utilità collettiva e la gestione delle lesioni ambientali", *Il diritto dell'economia*, 2018, 31 (95), pp. 1 ss.

Mostacci, E.: *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato,* Cedam, Padova, 2008; Somma, A.: *Soft law e hard law nelle società postmoderne,* Giappichelli, Torino, 2009.

PAGLIANTINI, S.: "Sul c.d. contratto ecologico", *Nuova Giur. Civ.*, 2016, II, pp. 20337 ss.

PENNASILICO, M.: "Il "contratto ecologico" tra Italia e Cina: verso un nuovo paradigma giuridico", *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2021, pp. 169 ss.

PENNASILICO, M.: ""Proprietà ambientale" e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni", *Rass. Dir. Civ.*, 2018, IV, pp. 1261 ss..

PENNASILICO, M.: "Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale", *Quarterly Journal of Environmental Law*, 2017, I, pp. 4 ss.

PENNASILICO, M.: "Le categorie del diritto civile tra metodo e storia (a proposito del libro di Nicola Lipari)", *Riv. Dir. Civ.*, 2016, V, pp. 1246 ss.

PENNASILICO, M.: "Contratto e uso responsabile delle risorse naturali", *Rass. Dir. Civ.*, 2014, III, pp. 753 ss.

PENNASILICO, M. (a cura di) *Contratto e ambiente. L'analisi «ecologica» del diritto contrattuale*, Napoli, ESI, 2016.

PERLINGIERI P.: "Persona, ambiente e sviluppo", in *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale* (a cura di PENNASILICO M.), Napoli, ESI 2016, pp. 321 ss.

PERSIA, S.: "Proprietà e contratto nel paradigma del diritto civile "sostenibile"", *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2018, I, pp. 4 ss.

PEZZOLI A., SEPE G.: "*Public e private enforcement*: c'è danno e danno...", *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2017, II, pp. 355 ss.

ROLLI, R.: *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa. Modelli di governance e nuove responsabilità*, Il Mulino, Bologna, 2020.

ROSSI, S.: "Il diritto della *Corporate Social Responsibility*, in *Rivista ODC*, 2021, pp. 120 ss.

SASSANI, B. (a cura di): *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio. 2017, n. 3*, Pacini, Pisa, 2017.

STRAMPELLI, G.: "*Soft law* e fattori ESG: dai codici di *corporate governance* alle *corporate* e *index guidelines*", *Riv. soc.*, 2022, V-VI, pp. 1100 ss.

Teubner, G: *Soggetti giuridici digitali? Sullo* status *privatistico degli agenti* software *autonomi*, (a cura di Femia. P.), ESI, Napoli, 2019 (traduziuone dell'opera: "Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten", *Archiv für civilistische Praxis*, 2018, Vol. 218, pp. 15 ss.).

Teubner, G.: "Rights of Non-Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law", *Journal of Law and Society*, Vol. 33, 2006, pp. 497 ss.

Valle L., Marullo M.C.: "Contract as an Instrument Achieving Sustainability and Corporate Social Responsibility Goals", *International Community Law Review*, 2022, Vo. 24, pp. 100 ss.

Weller, M.P., Hoppmann, V.: "Environment Social Governance (ESG) Neue Kompetenzen der Hauptversammlung?", *AG*,18, 2022, pp. 640 ss..

IL RISCHIO DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE APPLICATA. MODELLI DI ALLOCAZIONE A CONFRONTO

THE RISK OF APPLIED ARTIFICIAL INTELLIGENCE. ALLOCATION MODELS COMPARED

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 2108-2133

Marta Mariolina
MOLLICONE

ARTICOLO CONSEGNATO: 13 de octubre de 2022
ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

ABSTRACT: I tempi recenti hanno visto un avanzare dirompente dell'utilizzo di processi decisionali automatizzati che operano sulla base di algoritmi, meglio conosciuti come intelligenza artificiale (IA). Gli effetti positivi di tale tecnologia tuttavia rischiano di essere neutralizzati laddove l'opacità dei processi summenzionati non permetta di individuare facilmente il soggetto in capo al quale allocare il rischio di danno o pregiudizio. Il problema si pone in particolare difronte alle cd. IA forti, funzionanti per mezzo di algoritmi cognitivo-predittivi, in specie nei rapporti machine to machine, ove l'intervento umano è totalmente escluso. Il lavoro si propone di individuare i percorsi possibili per addivenire ad una cornice legale appropriata con riguardo alle conseguenze pregiudizievoli da applicazione/utilizzo di un'intelligenza artificiale in assenza di una regolamentazione ad hoc della responsabilità per condotte scaturenti da algoritmi. L'attenzione viene focalizzata sull'analisi delle soluzioni già esistenti e più adeguate a regolamentare la fattispecie. Quindi, vengono affrontate gli istituti della responsabilità da prodotto difettoso, la responsabilità da attività pericolosa e la responsabilità da cosa in custodia. In ultimo, si scandaglierà la proposta europea per una normativa che immagina una responsabilità fondata sulla gestione del rischio, evidenziando i pregi e le distonie.

PAROLE CHIAVE: Algoritmo; intelligenza artificiale; gestione del rischio di autonomia; responsabilità extracontrattuale; risarcimento del danno; regolamentazione Europea.

ABSTRACT: *Recent times have seen a disruptive advance in the use of automated decision-making processes operating on the basis of algorithms, better known as artificial intelligence (AI). The positive effects of such technology, however, risk being neutralized where the opacity of the aforementioned processes does not allow for the easy identification of the party to whom the risk of harm or damage should be allocated. The problem arises in particular with regard to so-called strong Ais, operating by means of algorithms. Strong AI functioning by means of cognitive-predictive algorithms, especially in machine-to-machine relations, where human intervention is totally excluded. The work proposes to identify possible paths to arrive at an appropriate legal framework with regard to the prejudicial consequences of the application/use of artificial intelligence in the absence of an ad hoc regulation of liability for conduct arising from algorithms. The focus is on the analysis of the solutions that already exist and are most suitable to regulate the case. Then the institutes of product liability, liability for dangerous activities and liability for things in custody are addressed. Finally, the European proposal for a regulation that envisages liability based on risk management will be scrutinized, highlighting the merits and distortions.*

KEY WORDS: *Algorithm; artificial intelligence; autonomy risk management; non-contractual liability; damages; European regulation.*

SOMMARIO.- I. INTRODUZIONE. – II. IL RISCHIO DI AUTONOMIA. – 1. Il fenomeno dell'intelligenza artificiale. – 2. Gli aspetti problematici delle IA ad alto grado di autonomia. – III. L'INDIVIDUAZIONE DI UN MODELLO INTERNO DI RESPONSABILITA' PER UNA GESTIONE EFFICIENTE DEL RISCHIO. – 1. Il paradigma della responsabilità del produttore per prodotto difettoso. – 2. segue…il paradigma della responsabilità per esercizio di attività pericolose ex art. 2050 c.c. – 3. segue…il paradigma della responsabilità da cosa in custodia ex art. 2051 c.c. – IV. LA SOLUZIONE PROPOSTA DALL'UNIONE EUROPEA. – V. CONCLUSIONI.

I. INTRODUZIONE.

Con il termine rischio[1] ci si riferisce alla eventualità di verificazione di un evento pregiudizievole connesso a circostanze più o meno prevedibili. La neutralizzazione del rischio viene ricercata attraverso la predisposizione di misure ispirate al principio di prevenzione o precauzione[2] ma, talvolta, quanto approntato non risulta sufficiente ad evitare la realizzazione del danno.

1 Per rischio s'intende l'esposizione a possibilità di danno al fine di poter perseguire risultati invece stimati come favorevoli. "Nasce l'uomo a fatica ed è rischio di morte il nascimento" così Leopardi, G. in *Canto notturno di un pastore errante dell'Asia*, Recanati, 1830 compendia l'essenza del rischio primordiale, la morte. La dottrina discute sulla necessità di distinguere il rischio dall'alea. Si v. sul punto Nicolò, R.: "Alea", *voce dell'Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, I, pp. 1024 ss.; Ferrari, V.: *Il problema dell'alea contrattuale*, Esi, Napoli, 2001, pp. 100 ss. Si concorda con quanto scritto da Ferrari, M.: "Progresso tecnologico, macchine intelligenti e autonomia robotica: la "percezione" del rischio a fondamento delle tutele assicurative e di sicurezza sociale", *Il Foro it.*, 2021, V, p. 263 laddove afferma che il "rischio, inteso come periculum avulso dalla volontà della parte coinvolta, trascende il concetto di alea, configurabile nei rapporti contrattuali nei quali sussiste l'alta probabilità di non conseguire il risultato della prestazione, ponendosi sul piano più ampio dei rapporti obbligatori, indipendentemente dalla natura negoziale della relativa fonte, fino a ricomprendere qualsiasi evenienza futura, anche non prevista o imprevedibile, che possa risolversi in danno di chi vi risulti esposto. Si tratta di una situazione incombente come una minaccia, della quale il soggetto può anche non essere consapevole, che non di meno è potenzialmente produttiva di pregiudizio". In una "società del rischio" – come in sociologia si esprimono – emergono due aspetti problematici con riferimento al progresso tecnologico: l'induzione di nuovi pericoli e la constatazione che l'incombenza di tali pericoli non può essere fronteggiata senza averne percezione. Ferrari, M.: "Progresso tecnologico", cit., p. 263 fa riferimento al significato che il concetto di rischio assume nel linguaggio assicurativo (rischio come evento futuro ed incerto per il quale il soggetto che contrae la polizza nutra avversione) per evidenziare quanto rilevi la percezione di un rischio. Il rischio non coinciderebbe esattamente con l'incertezza, ma piuttosto sarebbe l'altra faccia della stessa medaglia, l'una soggettiva, l'altra oggettiva, entrambe legate alla percezione individuale. Tuttavia, solo la seconda è oggettivamente misurabile, mentre il rischio consterebbe di percezione pura. Tanto è vero che questo distinguo sta prendendo piede tra la dottrina permettendo di affermare che il fondamento dell'assicurazione è il rischio percepito, in quanto è proprio alla percezione soggettiva del rischio che viene affidata la propulsione del fenomeno assicurativo. Cfr. Di Ciommo, F.: "Principio indennitario e traslazione dei costi sociali", *Il mercato assicurativo nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico*, Esi, Napoli, 2018, p. 37. Il rischio percepito costituirebbe, perciò, il motore dell'operazione di neutralizzazione che si realizza attraverso l'assicurazione, poiché spinge gli individui a stipulare il contratto realizzando quella massa omogenea di rischi assicurati che è condizione necessaria dell'efficienza allocativa. Quanto più propriamente al "rischio tecnologico" deve dirsi essere una categoria eclettica e mutevole, minimizzabile ma non annullabile.

2 Il principio di precauzione non ha confini così chiari. Il dato normativo di riferimento è sicuramente l'art. 191 TFUE che al II comma fonda la politica ambientale dell'Unione Europea proprio sul summenzionato principio, il quale viene distinto dal principio di prevenzione. Se da una parte, infatti, la precauzione guarda ad un rischio cd. incerto, la prevenzione, invece, guarda ad un rischio cd. certo. Il primo è un rischio di cui, sulla base di dati tecnico-scientifici, si dubita l'esistenza. Il secondo, diversamente, è certo nell'an – ovvero vi è una sicura correlazione causale fra un dato fatto e un dato evento – ma è incerto nel quando e nel

• Marta Mariolina Mollicone
Dottoranda in Diritto dell'economia presso UNIVPM
m.m.mollicone@pm.univpm.it

All'uopo subentra l'istituto della responsabilità civile che, alla stregua della moderna tendenza, viene vista quale tecnica di allocazione dei danni[3] in un'ottica polifunzionale prevalentemente riparatoria[4].

Il nostro ordinamento – come noto – mette a disposizione una serie di criteri di imputazione del danno a seconda delle fattispecie in considerazione. Si distinguono, così, una responsabilità per colpa[5] ed una serie di ipotesi di responsabilità oggettiva/aggravata[6]. Tuttavia, al di là della clausola generale della responsabilità per colpa, il sistema appare tendenzialmente chiuso. Il Legislatore ha normato fattispecie specifiche lasciando all'interprete il compito di capire fino a che punto siano estendibili i loro confini. Chiaro è che, ogniqualvolta si presentino situazioni nuove, non disciplinate, sorge l'imbarazzo della loro regolamentazione[7]. Il giurista,

quomodo. Non vi è dubbio che il principio di precauzione governi l'azione dell'autorità amministrativa. Discussa è, invece, la sua applicabilità nei rapporti tra privati. Sul punto si rinvia a Cass. civ., sez. III, sentenza del 15 luglio 1987, n. 6241 e a Cass. civ., sez. III, sentenza del 20 luglio 1993, n. 8069 (il cd. caso Trilergan). Si v. anche Prato, E.: "Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti", *Rass. dir. civ.*, 3, 2009, pp. 634 ss. Sul principio di precauzione in generale si v. Gratani, A.: "Il principio di precauzione: prime riflessioni", *Riv. dir. civ.*, II, 2003, pp. 9 ss., con amplissima bibliografia.

3 Secondo la concezione che ravvisa nella responsabilità extracontrattuale una tecnica di allocazione dei danni tale istituto non deve essere considerato come uno strumento repressivo che colpisce un atto vietato, ma uno strumento di riequilibrio economico del danno. Cfr. Bianca, C. M.: "La responsabilità", *Diritto civile*, V, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 524-526. Già il Venezian, G.: "Studi delle obbligazioni", in *Opere giuridiche di Giacomo Venezian*, (coord. by family and R. Accademia delle scienze di Bologna) I, Athenaeum, Roma, 1919, p. 16 si era occupato del tema e aveva contestato la validità del principio della colpa, quale principio di imputabilità morale del danno (concezione etica della colpa), sottolineando la necessità che il torto avesse comunque una sanzione a prescindere dalle condizioni soggettive del suo autore. Si v., altresì, Scognamiglio, R.: "Illecito (diritto vigente)", *NDI*, VIII, Giappichelli, Torino, 1962, p. 164 il quale, respinta la teoria che riconduce la responsabilità civile alla prospettiva dell'illecito, afferma che "la concezione più attendibile […] è quella che fa capo all'idea della reazione al danno ingiusto". Il legislatore affronterebbe "il tema della ripartizione […] dei danni che nell'ambito della vita di relazione […] si possono verificare […] attraverso l'obbligo di risarcimento […] alla stregua dei criteri di volta in volta accolti: ed a prescindere […] dalla finalità di proibire e colpire, attraverso un tale rimedio, l'attività che genera l'evento dannoso". All'interno di tale concezione rileva il filone che fonda i criteri di allocazione dei danni sull'analisi economica del diritto. Si fa riferimento, innanzitutto, a Calabresi, G.: *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giudiziaria (tr.it.)*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 47 il quale ravvisa la preminente funzione della responsabilità civile nella riduzione dei costi, funzione che viene distinta in tre fini: "il primo consiste nella riduzione del numero e della gravità dei sinistri […] il secondo fine […] mira […] a ridurre il costo che gli incidenti causano alla società. Il terzo infine […] mira a ridurre i costi di esercizio di un qualunque sistema di responsabilità civile". Al perseguimento di tali fini vengono, unicamente, ritenuti adeguati i metodi fondati sul controllo di mercato e sulla ricerca di soluzioni economiche ottimali. Per quanto attiene, in particolare, alla rimozione dei costi secondari (il secondo fine), l'a. prospetta il metodo del frazionamento dei danni (che è alla base dello strumento assicurativo) e della sua variante espressa dalla concezione della "tasca profonda": "il metodo migliore per ridurre i costi secondari dei sinistri è di trasferirli su quella categoria di persone, la cui posizione sociale ed economica meno ne risentirebbe, su quelli, cioè, che […] si sogliono definire "ricchi" ".

4 Sul fondamento unitario della responsabilità civile in un ottica funzionale si v. Rodotà, S.: *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964.

5 Si fa riferimento a quanto stabilito nell'art. 2043 c.c. il quale dispone "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

6 In base all'orientamento che vede nella responsabilità extracontrattuale una tecnica di allocazione dei danni, i criteri mediante i quali vi si deve procedere sono tutti di obiettiva imputazione del danno, prescindendo dalla violazione di un dovere. La colpa non si ripudierebbe quale criterio di imputazione, ma si tratterebbe di un criterio tecnico che prescinderebbe dalla antigiuridicità del fatto. L'attenzione deve, infatti essere rivolta al danno e non all'atto. Sul punto si v. Scognamiglio, R.: "Illecito", cit. p. 171; Comporti, M.: *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Esi, Napoli, 1965, p. 32.

7 Ad esempio ciò accadeva in tempi più remoti quanto al fumo, attivo e passivo; alle farine animali; all'inquinamento di polveri più o meno sottili da traffico e da riscaldamento; agli scarichi industriali aerei e

quindi, si pone sempre la medesima domanda ossia quale criterio di collegamento utilizzare. Le soluzioni spesso non sono univoche ed è proprio qui che si annida il disagio, il quale non risparmia nemmeno il fenomeno dell'Intelligenza artificiale.

II. IL RISCHIO DI AUTONOMIA.

1. Il fenomeno dell'intelligenza artificiale.

Con il termine intelligenza artificiale (IA) si indica "una famiglia di tecnologie in rapida evoluzione che può contribuire al conseguimento di un'ampia gamma di benefici a livello economico e sociale nell'intero spettro delle attività industriali e sociali". Così afferma la Commissione europea, nell'ultimo testo di compromesso della proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (COM 2021/206, da ora in

liquidi; alla negligente conservazione delle scorie nucleari.

poi AI Act), al considerando n. 3[8], dandone una definizione molto generica stante la storica complessità di individuarne una[9].

8 L'ultimo testo di compromesso è stato presentato il 3 novembre 2022. La Commissione europea mantiene la medesima amplissima definizione anche nel considerando n. 1 della Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (Direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale), Bruxelles, 28 settembre 2022, COM(2022)496 finale, in eur-lex.europa.eu. ove dispone che l'intelligenza artificiale "è un insieme di tecnologie abilitanti che possono contribuire al conseguimento di un'ampia gamma di benefici nell'intero spettro delle attività economiche e sociali. Offre un grande potenziale di progresso tecnologico e rende possibili nuovi modelli imprenditoriali in numerosi settori dell'economia digitale".
In Italia, una definizione di IA è contenuta nelle Proposte per una Strategia italiana per l'intelligenza artificiale, elaborate da un gruppo di esperti MISE e pubblicate in data 2 luglio 2020 reperibile in mise.gov.it al link https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Proposte_per_una_Strategia_italiana_AI.pdf. Le Proposte fanno riferimento all'IA come alla "disciplina che si occupa dello sviluppo di sistemi software (spesso anche utilizzati in combinazione con hardware) che, dato un obiettivo complesso, sono in grado di agire nella dimensione fisica o virtuale, ragionare sulle conoscenze acquisite, e formulare decisioni, basate sull'evidenza raccolta, sulle migliori azioni da svolgere al fine di raggiungere l'obiettivo prefissato, anche in situazioni non esplicitamente previste a priori". Una ulteriore definizione si rinviene, sempre sul versante nazionale, nella sentenza del 25 novembre 2021, n. 7891 del Consiglio di Stato. Ad avviso dei giudici amministrativi, un algoritmo sarebbe definibile di IA, e dunque distinguibile dagli algoritmi tout court, quando "contempla meccanismi di machine learning e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo 'tradizionale') ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico". Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha affrontato il problema della differente qualificazione degli algoritmi e degli algoritmi che fanno ricorso all'IA, nell'àmbito dell'impugnazione di una procedura di gara relativa alla fornitura di peacemaker di alta fascia. La pronuncia specifica come, a differenza degli algoritmi di IA, il concetto di algoritmo tout court faccia riferimento "semplicemente una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato".
Anche nel diritto statunitense si riscontrano delle definizioni di IA. Il primo atto di riferimento è il National Defense Authorization Act del 2019 ("NDAA 2019"), la legge federale annuale di stanziamento delle risorse destinate al Dipartimento della Difesa. La definizione di IA è formulata per la sola Section 238 del provvedimento, dedicata alla ricerca sull'utilizzo dell'IA in àmbito militare, che fa riferimento a "Any artificial system that performs tasks under varying and unpredictable circumstances without significant human oversight, or that can learn from experience and improve performance when exposed to data sets. An artificial system developed in computer software, physical hardware, or other context that solves tasks requiring". Una seconda definizione di IA è contenuta nel National Artificial Intelligence Initiative Act20 ("NAIIA") – il cui testo integrale è reperibile al link https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/6216/text – adottato dal Congresso in data 12 marzo 2020 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2021: "The term 'artificial intelligence' means a machine-based system that can, for a given set of human-defined objectives, make predictions, recommendations or decisions influencing real or virtual environments. Artificial intelligence systems use machine and human-based inputs to – (A) perceive real and virtual environments; (B) abstract such perceptions into models through analysis in an automated manner; and (C) use model inference to formulate options for information or action". La ragione che ha portato il legislatore statunitense a intervenire una seconda volta sul tema è duplice. In primo luogo, il NDAA 2019 e il NAIIA sono atti con confini ed obiettivi diversi: mentre il primo concerne il Dipartimento della Difesa, il secondo ambisce a incentivare ricerca e sviluppo sull'IA. In secondo luogo va ricordato che, pochi mesi dopo l'entrata in vigore del NDAA 2019, una diversa definizione era stata recepita all'interno di una raccomandazione del Consiglio dell'OCSE: "An AI system is a machine-based system that can, for a given set of human defined objectives, make predictions, recommendations, or decisions influencing real or virtual environments. AI systems are designed to operate with varying levels of autonomy".

9 L'IA nasce da una sfida di quegli scienziati che immaginarono di poter simulare, e possibilmente superare, il funzionamento del cervello umano. La caratteristica principale che si voleva riprodurre era la plasticità ovvero la capacità di continuare a modificarsi e a imparare lungo tutto il corso della vita, fino alla senescenza. Agli albori, infatti, i più parlano di IA antropomorfa in quanto tesa a riprodurre i meccanismi caratterizzanti l'essere umano, sia fisici che cognitivi. Esemplare fu, nel 1950, l'elaborazione del test di Turing in base al quale venne offerta la prima definizione operativa di intelligenza artificiale. Una macchina sarebbe stata intelligente solo se avesse superato il test ed il superamento si sarebbe avuto unicamente nel caso in cui un esaminatore umano, dopo aver posto delle domande in forma scritta, non sarebbe stato in grado di capire se le risposte provenissero da una persona o meno. Successivamente, rileva Ruffolo, U.: "Intelligenza Artificiale e diritti della persona: le frontiere del 'transumanesimo'", *Giuri. it.*, 2019, 7, pp. 1658-1670, l'IA divenne tecnologia di human enhancement grazie anche alla "combinazione tra impiego dell'A.I., biotecnologie e scienze mediche, biomediche e genetiche, utilizzate per aumentare, quantitativamente e qualitativamente, le capacità fisiche e cognitive dell'essere umano o crearne di nuove, sul piano fisico,

Cercando di puntualizzare, con tale locuzione ci si riferisce ad ogni processo decisionale automatizzato che opera sulla base di algoritmi[10]. E per dirlo con le parole proprie dell'art 3, comma I, n.1) del proposto AI Act[11], meglio parlare di

mentale ed emotivo". Si parla, così, di "transumanesimo" (o "post-umanesimo"), quale "anelito dell'uomo "prigioniero del proprio corpo" verso il travalicarne i naturali limiti, sino a superare la morte". In generale sul tema, si v. tra molti Besnier, A.: *Do Robots make love? From AI to immortality – Understanding transhumanism in 12 questions*, Cassell, Londra, 2018; Bostrom, N.: *Superintelligenza – Tendenze, pericoli, strategie*, Bollati Boringhieri, Torino, 2018; Daugherty, W.: *Human + Machine: reimagining work in the age of AI*, Harvard Business Review Press, Boston, 2018. Sull'IA, meno specificamente, sia consentito rinviare a Fidanza F.: "Sulla distinzione tra intelligenza artificiale e algoritmi", *Riv. dir. impr.* 2022, 2, pp. 389-406; v. anche Abriani N., Schneider G.: *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, Il Mulino, Bologna, 2021, pp. 21 ss.; Casadei T., Pietropaoli S.: "Intelligenza artificiale: fine o confine del diritto?", in AA.VV.: *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali,* (coord by Casadei T. e Pietropaoli S.), Wolters Kluver, Trento, 2021, pp. 219-232; Russell S.J., Norvig P., *Artificial Intelligence: A Modern Approach,* Harlow, 2021, pp. 19 ss.; Armour J., Eidenmüller H.: "Self-Driving Corporations?", *Harvard Business Law Review*, 2020, X, pp. 87 ss.; per una trattazione monografica, Nilsson N., *The quest for artificial intelligence. A history of ideas and achievements*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009

10 "L'algoritmo può essere descritto come una sequenza di istruzioni ordinate in modo preciso e chiaro al fine di trasformare dati di partenza (input) in un qualche risultato (output), il quale va poi 'scritto' in un codice con uno dei linguaggi informatici disponibili, perché possa funzionare concretamente in una macchina" così parla Lo Sapio, G.: "La black box: l'esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione", *federalismi.it*, 2021, 16, pp. 136-149 la quale rinvia alla lettura, per una semplificata ricognizione, di Avanzini, G.: *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Esi, Napoli, 2020, pp. 3-13. Gli algoritmi sono sempre esistiti. Quel che è mutato, secondo i matematici, è che nel periodo più recente si è avuta la necessità di costruire e, nondimeno, rendere manifesti i meccanismi di calcolo in maniera tale che questi fossero, oltre ogni dubbio, certi ed effettivi in un dato tempo e spazio. Il concetto di algoritmo è, infatti, pre- euclideo e serviva, già da allora, a confrontare tra loro due grandezze, ma *passim*. Sul punto v. P. Zellini, *La matematica degli dei e gli algoritmi degli uomini*, Adelphi, Milano, 2016.
Rimanendo su un piano generale, si distinguono, da un lato, 'gli algoritmi condizionali o deterministici', dall'altro lato, gli algoritmi 'non deterministici'. Nei primi, tutte le istruzioni, gli input e gli output attesi, nonché i passaggi necessari richiesti per produrre il risultato ed i criteri sono forniti ex ante dal programmatore. Essi presentano una logica lineare e, salvo difetti di progettazione o funzionamento, dovrebbero essere leggibili ex post. Il punto centrale di questi algoritmi è che la capacità degli stessi di assumere decisioni, piani o inferenze discende dall'applicazione di regole predeterminate in fase di programmazione dell'algoritmo stesso. In altri termini, l'algoritmo esegue comandi che sono stati previamente stabiliti e che costituiscono essi stessi il modello procedurale del programma. Gli algoritmi condizionali non fanno altro, dunque, che applicare regole (informatiche). Dette regole sono inserite normalmente nel programma da uno o più esseri umani, i programmatori, pur se stanno emergendo forme di automazione per la scrittura di dette regole. Si parla infatti oggi della possibilità che gli algoritmi condizionali siano in parte o interamente programmati da altri programmi informatici. In ogni caso, ad oggi, tali algoritmi si basano su una serie di regole la cui corretta formulazione può essere previamente verificata da un essere umano. Perciò, il processo logico che caratterizza questi algoritmi è particolarmente in linea con il ragionamento giuridico. Sul punto si esprime Carullo, G.: "Decisione amministrativa e intelligenza artificiale", *Dir. Inf. Inform.,* 2021, 3, pp. 431-461. Diversamente avviene nei secondi, in cui la macchina ha un margine di autonomia, con livelli diversi a seconda del modello algoritmico utilizzato. Prediligendo e sviluppando sempre più gli algoritmi 'non deterministici' si è passati da una tecnologia prevalentemente di deduzione ad una di induzione. Si è così parlato di vero e proprio "cambio di paradigma", riprendendo la celebre espressione coniata da Kuhn nell'ambito della filosofia della scienza. Si v. Kuhn, T. S.: *The structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago, 1962. Per una visione più giuridica degli algoritmi si v. Giorgini, E.: "Algorithms and Law", *ItaLJ*, 2019, 1, pp. 131-149.

11 L'ultima versione del testo originale di compromesso dispone "'artificial intelligence system' (AI system) means a system that is designed to operate with elements of autonomy and that, based on machine and/or human-provided data and inputs, infers how to achieve a given set of objectives using machine learning and/or logic- and knowledge based approaches, and produces system-generated outputs such as content (generative AI systems), predictions, recommendations or decisions, influencing the environments with which the AI system interacts". Non può non notarsi che il nuovo testo del 3 novembre 2022 abbia, innanzitutto, preferito non far riferimento alla parola software, forse perché troppo capace di condurre la mente umana dentro gli schemi della disciplina per quello predisposta. In secondo luogo, ha ripudiato l'eterointegrazione della definizione da parte del precedente Allegato I, probabilmente per agevolare gli interpreti nella ricostruzione. Infine, ma non per importanza, è stato eliminato il riferimento alla fissazione per mano umana degli obiettivi da raggiungere. Ecco, certamente, ciò riflette la rinnovata consapevolezza circa la possibilità del sistema di inferire autonomamente i propri obiettivi o di mutuarli da altri sistemi.

sistema progettato per operare con autonomia e che, sulla base di dati e input forniti dalla macchina e/o dall'uomo, deduce come raggiungere un determinato insieme di obiettivi utilizzando approcci basati sull'apprendimento automatico e/o sulla logica e sulla conoscenza[12], e produce output generati dal sistema come contenuti (sistemi di IA generativi), previsioni, raccomandazioni o decisioni, influenzando gli ambienti con cui il sistema di IA interagisce. La struttura di detti sistemi, quindi, può essere più o meno complessa a seconda della programmazione algoritmica utilizzata e delle informazioni immesse. Alcune delle decisioni che dette Intelligenze possono assumere non sono prevedibili né predicabili dall'uomo. Laddove, infatti, le IA funzionino per mezzo di algoritmi cognitivo-predittivi (le cd.

12 Tali due approcci distinguono, distintamente, due grandi "famiglie" ovvero i sistemi non simbolici ed sistemi simbolici. Lo Sapio, G.: *La black box*, cit., pp. 141-142, spiega che secondi sono caratterizzati dalla rappresentazione simbolica della conoscenza e da istruzioni predefinite prestabilite dai programmatori. Tra questi, i più diffusi sono i cd. 'sistemi esperti' in cui, in un ambito predefinito (es. in uno specifico settore medico), viene fornita alla macchina una conoscenza di base corrispondente a quella di 'un esperto del settore'. Ciò che consente di classificare tali modelli algoritmici come 'intelligenti' (così distinguendoli dagli algoritmi 'deterministici' privi di autonomia) è che essi mostrano un'abilità umana, simile alla capacità logico-deduttiva di ragionamento; sono cioè capaci di dedurre, dai dati forniti, informazioni nuove, eventualmente producendo anche risultati in termini di probabilità se i dati sono incompleti. I sistemi simbolici hanno pertanto un grande vantaggio, in termini di 'compatibilità' con le regole e con il ragionamento giuridico, articolato anch'esso su logiche argomentative presupposti/conseguenze o logiche inferenziali cause/effetto: il loro meccanismo è trasparente, poiché è possibile ripercorrere all'indietro il processo e comprenderne il meccanismo di funzionamento. Diversamente, invece, operano i primi, i sistemi non simbolici. Questi poggiano sulla considerazione che la 'conoscenza' è quella che si acquisisce con l'esperienza e l'apprendimento. Così al sistema di machine learning vengono fornite quantità enormi di dati quali 'esempi' sui quali la macchina, supportata da una elevata capacità di calcolo, viene addestrata al fine di perseguire l'obiettivo assegnato, prima di entrare a regime. Grazie alla quantità di dati (Big Data) elaborati durante la fase di addestramento, gli obiettivi assegnati (es. riconoscimento immagini, riconoscimento vocale, interpretazione linguaggio naturale) vengono conseguiti con affidabilità sempre più elevate, poiché il sistema individua, sulla base dei dati immessi correlazioni nascoste fornendo risposte non spiegabili secondo logiche argomentative.
In particolare, il machine learning consiste nel creare programmi capaci, non tanto di reagire agli stimoli applicando regole inserite in precedenza dai programmatori, quanto di inferire regole a partire dagli input processati. Semplicisticamente, la differenza rispetto ai sistemi precedenti evoca la distinzione tra induzione e deduzione (v. nota n. 10 su algoritmo). Nel machine learning le macchine, inizialmente, sono scatole vuote capaci, però, di apprendere a partire dai dati, mentre negli altri sistemi queste sono dotate sin dall'inizio di regole generali e tecniche di manipolazione delle informazioni, ma hanno una ridotta capacità di apprendimento. Perciò, alcuni hanno parlato di vero e proprio "cambio di paradigma" (v. supra). Sul punto si v. Alpaydin E.: *Machine learning. The new AI*, MIT Press Essential Knowledge, Cambridge, MA, 2016; Abriani, N., Schneider, G.: *Diritto delle imprese*, cit., p. 43 ss..
Il deep learning, dal suo canto, è un sottoinsieme del machine learning, ponendo il primo l'accento sull'apprendimento di strati successivi di rappresentazioni di dati sempre più significative, come spiegato da Hollet, F. C.: *Deep learning with Python, II Ed.*, Manning, Shelter Island, New York, 2021, p. 7. Più nel dettaglio, i "sistemi di deep learning utilizzano un'architettura di modelli matematici ispirata alle reti neurali biologiche: le cd. reti neurali artificiali. Tale modello è costituito da un gruppo di interconnessioni di informazioni (si parla infatti di approccio di "connessionismo" al calcolo, contrapposto all'approccio simbolista): gli input trasmettono i segnali, ad una potenza ovviamente incomparabile con quella dei neuroni biologici, ai diversi nodi che costituiscono una rete complessa (deep) e nel corso dell'apprendimento, i 'pesi' di ciascun nodo vengono continuamente riparametrati, in un percorso non lineare e multistrato la cui ricostruzione però sfugge alla comprensione umana". "I sistemi di Deep Learning portano, quindi, alle estreme conseguenze il tendenziale disallineamento tra l'elaborazione informatica complessa di dati e il ragionamento giuridico, poiché in essi il 'modello' viene costruito a posteriori dalla macchina che, quasi invertendo il metodo scientifico moderno che dalla ipotesi giunge alle tesi, individua, nella mole di dati a disposizioni, schemi ricorrenti, pattern, regolarità statistiche; la decisione è pertanto fondata sui dati e non vi è una spiegazione "ragionevole" del risultato perché il sistema non è geneticamente costruito per dare motivazioni" cfr. Lo Sapio, G.: *La black box*, cit., pp. 141-142 ma anche Perlingieri, P.: "Sul trattamento algoritmico dei dati", *Tecnologie e dir.*, 2020, p.181; Ruffolo, U.: "Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo", *Giur. it.*, 2019, p.19.

IA forti)[13], l'intervento umano è totalmente escluso ed il robot[14] – riprendendo una terminologia avanguardistica – decide in autonomia sulla base di quanto appreso nel corso del tempo.

Sorge qui, quindi, il problema della individuazione del soggetto in capo al quale allocare il rischio di danno[15]. Non trovare una quadra, non avere certezza sul punto, rischierebbe di vanificare gli effetti positivi di tale tecnologia, ingiustamente permettendo che i costi del progresso traslino interamente sul consumatore/utilizzatore finale ed indirettamente frenando l'espansione del mercato tecnologico. L'utilizzo dell'intelligenza artificiale sollecita, così, una riconsiderazione del problema della responsabilità avendo riguardo del fatto che, ad oggi, non essendo l'IA né persona, né mero strumento, i comportamenti ad essa causalmente riferibili, che cagionano ad altri un danno ingiusto, non sembrano né integralmente attribuibili ad un agente o attante – terminologia utilizzata dalla dottrina transalpina che vorrebbe riconoscere alle IA una sorta di soggettività giuridica parziale –, né così adeguatamente riconducibili ad una delle ipotesi di responsabilità oggettiva.

13 Cfr. Hahana E.: *The AI Utility Levels Schema – Building an AI Classification*, https://law.stanford.edu/2022/04/02/the-ai-utility-levels-schema-building-ai-classification/ il quale ha elaborato uno schema di classificazione delle IA per livelli in base ad una matrice di utilità. L'a. procede all'incasellamento richiamando lo scopo e le capacità di una IA. Al I livello si collocano le IA dirette a comprendere in quanto capaci si ragionamento automatico, apprendimento automatico. Ad es. si fa riferimento alle IA che si occupano di pubblicità comportamentale. Al II livello si collocano tutte le IA capaci di percepire oltre che comprendere. Esse ragionano automaticamente ed operano sulla base dell'apprendimento automatico profondo grazie a reti neurali, anche convoluzionali (CNN) e ricorrenti (RNN). Ad es. si fa riferimento alle IA che giocano a scacchi, che acquistano beni o servizi in base a criteri preselezionati. Al III livello si trovano le IA che riescono, in più, a predire attraverso un ragionamento probabilistico. Queste sono capaci di processare il linguaggio naturale, rappresentare quanto da loro appreso attraverso l'apprendimento automatico profondo e capire il contesto. Ad es. si fa riferimento alle IA che acquistano beni e servizi in base a modelli passati e predittivi o alle IA che compiono compiti fiduciari.
Le IA forti sono, in sostanza, quelle che l'AI Act definisce ad alto rischio. Si rinvia, così, all'art.6 AI Act: "An AI system that is itself a product covered by the Union harmonisation legislation listed in Annex II shall be considered as high risk if it is required to undergo a third-party conformity assessment with a view to the placing on the market or putting into service of that product pursuant to the above mentioned legislation. 2. An AI system intended to be used as a safety component of a product covered by the legislation referred to in paragraph 1 shall be considered as high risk if it is required to undergo a third-party conformity assessment with a view to the placing on the market or putting into service of that product pursuant to above mentioned legislation. This provision shall apply irrespective of whether the AI system is placed on the market or put into service independently from the product. 3. AI systems referred to in Annex III shall be considered high-risk unless the output of the system is purely accessory in respect of the relevant action or decision to be taken, and is not therefore likely to lead to a significant risk to the health, safety or fundamental rights […]"

14 Termine derivante dalla parola ceca "robota", che indica qualsiasi macchina in grado di svolgere, più o meno indipendentemente, un lavoro al posto dell'uomo.

15 Il comma 44 dell'art. 3 del I comma dell'AI Act parla piuttosto di incidente grave (serious incident) intendendosi per questo "qualsiasi incidente o malfunzionamento di un sistema di IA che, direttamente o indirettamente, porta a uno dei seguenti eventi: (a) la morte di una persona o gravi danni alla salute; (b) un'interruzione grave e irreversibile della gestione e del funzionamento delle infrastrutture critiche; (c) violazione degli obblighi previsti dal diritto dell'Unione a tutela dei diritti fondamentali; (d) gravi danni alle cose o all'ambiente"

2. Gli aspetti problematici delle IA ad alto grado di autonomia.

In altre parole, il punctum pruriens dell'applicazione algoritmica complessa risiede nella allocazione del cd. rischio di autonomia[16], ovvero quello discendente dalle decisioni assunte dalla IA in maniera indipendente, il quale si concretizza quando gli agenti software si presentino come attori capaci di comportamento, di interazione. La questione coinvolge le IA forti. Per le IA cd deboli, infatti, in quanto prive della capacità di self-learning, il problema non si pone. Queste, inserite quasi sempre in un hardware o anche solo consistenti in un software, non fanno, infatti, troppa fatica a rientrare nel concetto di bene mobile di cui al 115 del cod. cons. Da qui, senza entrare nel dettaglio, la possibilità della piana applicazione della responsabilità del produttore[17]. Tornando alle IA con elevato grado di autonomia, invece, i problemi riemergono. Tralasciando qui, seppure interessante, il dibattito circa l'opportunità di riconoscere una qualche soggettività giuridica a detti agenti software[18], si afferma sin da subito che una gestione efficiente del rischio di

16 Teubner, G.: *Soggetti giuridici digitali*, Esi, Napoli, 2019, pp. 37-38 e in nota n. 40 rileva che "sono soprattutto tre i rischi in materia di responsabilità derivanti dalla digitalizzazione: (1) il rischio di autonomia, che discende dalle decisioni indipendenti che l'agente software assume; (2) il rischio di associazione, che (3) il rischio di interconnessione, che consiste nell'agire non isolato, ma in stretta interdipendenza di una pluralità di computer in rete. […] il rischio di autonomia è parecchio incisivo: scaturisce dalla condotta, in linea di principio imprevedibile, degli algoritmi con autoapprendimento. Sono necessarie forme alternative di contenimento del rischio rispetto a quelle già conosciute da tempo in tema di rischio da automazione. […] A differenza di quest'ultimo, il rischio di autonomia si concretizza – come da più parti si sostiene: nella filosofia dell'informazione, nella actor-network theory [ANT: Teoria dell'attore-rete*], nella teoria dei sistemi – quando gli agenti software si presentino come attori capaci di comportamento. […] La teoria dell'attore-rete* dissolve la distinzione fra soggetto e oggetto. L'azione è il risultato dell'interazione tra soggetti umani e oggetti mobilmente connessi in rete, all'interno della quale non si deve parlare di "attori", ma di "attanti", che possono essere anche non umani. Soprattutto, entro le reti, la connessione tra soggetti e oggetti produce continuamente degli ibridi: un uomo al volante della sua auto, ad es., non è un soggetto attivo più un oggetto inerte, ma va considerato un unico centro comportamentale, non isolabile dalla rete della circolazione, anch'essa in continua mutazione". In merito alla tematica si v. anche Knorr-Cetina, K., Cicourel, A.V.: *Advances in Social Theory and Methodology: Toward an Integration of Micro- and Macro Sociologies*, Routledge, London-Boston, 1981, pp. 276 ss; Law, J.: *Power, Action, anc Belief: A New Sociology of Knowledge?, John Law,* London-Boston, 1986; Latour, B.: *Reassembling the Social. An Introduction to Actor-Network-Theory, Oxford* University Press, Oxford, 2005, pp. 21 ss.

17 Per un esame sistematico della normativa sulla responsabilità del produttore si rinvia, fra molti, ad Al Mureden, E.: *La sicurezza dei prodotti e la responsabilità del produttore*, Giappichelli, Torino, 2017; Giuffrida, M.: "Responsabilità per danno da prodotto difettoso", *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.,Agg. IV*, Utet, Torino, 2009, p.453; Caringella, F.: "La responsabilità del produttore", *I contratti dei consumatori*, (coord. by Caringella F., De Marzo G.), Utet giuridica, Milanofiori Assago, 2007, p. 547 ss;; AA.VV., *Commentario al codice del consumo, inquadramento sistematico e processo applicativo,* (coord. by Stanzione P. e Sciancalepore G.), Ipsoa, Milano, 2006, p. 773 ss.; Lupoli, A.: "La responsabilità per prodotti difettosi", in AA.VV.: *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie, II, Il mercato* (coord. by Bocchino F.) , Giappichelli, Torino, 2003, p. 39 ss.; Carnevali, U.: "Responsabilità del produttore", *Enc. dir., Agg. II*, Giuffrè, Milano, 1998, p.936 ss.; AA.VV.: "La responsabilità del produttore" (coord. by Alpa, G., Bin, R., Cendon P.), *Tratt. galgano,* XIII, Cedam, Padova, 1989.

18 Tesi confutata analiticamente da Procida Mirabelli Di Lauro, A.: "Le intelligenze artificiali tra responsabilità civile e sicurezza sociale", *Atti del 15° convegno nazionale Sisdic*, Napoli, 2020, 297. Cfr. Teubner, G.: *Soggetti*, cit., p. 42 I quale afferma ch4 "gli agenti software sono – al pari delle imprese o altre organizzazioni formali – null'altro che meri flussi informativi, i quali diventano "persone" o (persone parziali), quando nel processo comunicativo pervengono ad una identità sociale e ad essi sia effettivamente attribuita una propria capacità di agire, insieme alle necessarie disposizioni organizzative, quali, ad esempio, le regole di rappresentanza". Si v. anche Weitzenboeck, E.M.: "Electronic Agents and the Formation of Contracts", *International Journal of Law and Information Technology*, 2001, 3, pp. 204-234 il quale individua tre profili su cui fondare il riconoscimento della personalità giuridica: l'autorità morale, la capacità sociale e la convenienza legale. Di contrario avviso Gorassini, A.: "Il valore della cultura giuridica nell'era digitale", *Tecn. Dir.*, 2021, 2, pp. 38 ss. il quale ricorda che c'è una forte differenza tra soggettività della IA e il valore della persona

danno a terzi, effettivamente, può aversi anche senza la creazione di una nuova entità soggettiva - per esempio prevedendo una assicurazione obbligatoria[19] del robot -. Sembra opportuno, quindi, sin da subito accantonare il paradigma della responsabilità per colpa dell'attante e verificare se sia utilizzabile uno dei paradigmi già presenti nel nostro ordinamento, senza frettolosamente concludere circa la presenza di una lacuna normativa[20]. La responsabilità per danno da intelligenza artificiale, quindi, non può che appuntarsi sull'essere umano, sia che le abbia offerto in dono la scintilla vitale, sia che la segua nel suo sviluppo.

umana//soggetto. Il valore della persona passa per la carne, il vòlto in cui si evidenzia la fragilità e la sofferenza delle scelte, non la meccanica degli algoritmi. Altresì, Perlingieri, P.: "Presentazione", in *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità, Atti del 15° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C. Napoli 14-15-16 maggio 2020* (coord. by Id., S. Giova E I. Prisco), Esi, Napoli, 2020, p. X mostra scetticismo nei confronti dell'esigenza di riconoscere alle IA soggettività giuridica. L'a. ha rilevato che "si può essere responsabili, e titolari di risorse patrimoniali, anche in assenza di personalità giuridica, o comunque di equiparazione allo status della persona umana. In questa direzione, i difetti di progettazione, di fabbricazione e di informazione costituiscono tipici rischi d'impresa e vanno imputati oggettivamente al produttore. Qualora distinte condotte pur tra loro soggettivamente indipendenti abbiano concorso a causare un medesimo evento dannoso, la responsabilità non può che essere solidale". Addirittura, Pagallo, U.: *The Law of robots. Crimes, Contract and Torts*, Springer, Heidelberg, 2013, pp. 82 e 102 ss., riprendendo Norbert Wiener (1950) il quale aveva riconosciuto la somiglianza tra la macchina automatica e la posizione dello schiavo, suggerisce, per alcuni tipi di robot, di ricorrere al meccanismo del peculium degli schiavi abilitati ad agire – in qualità di manager, banchieri o commercianti ecc. – mediante la previsione di un portfolio o digital peculium affinché possano essere considerati direttamente responsabili delle loro azioni e quindi "the idea is that, at times, only "robots shall pay" could be the right answer" sebbene sia necessario operare una distinzione tra i diversi tipi di attività svolta dai robot fino ad arrivare a desiderare e "robotic personal assistant suche as a sort of i-Jeeves that helps us schedule a set of conferencees, lectures and meetings at several European (or US) universities".

19 L'idea è stata, tra l'altro, accolta dal considerando 21 della Risoluzione europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020/2014(INL)) ove si legge che "le assicurazioni possono contribuire a garantire che le vittime ricevano un risarcimento congruo e che i rischi di tutti gli assicurati siano condivisi. Uno dei fattori su cui le compagnie di assicurazioni basano l'offerta di prodotti e servizi assicurativi è la valutazione del rischio, che è possibile effettuare attraverso l'accesso a dati storici sufficienti sulle richieste di risarcimento. L'impossibilità di accedere a dati di alta qualità oppure una quantità insufficiente di tali dati potrebbe essere uno dei motivi per cui, all'inizio, la creazione di prodotti assicurativi per le tecnologie nuove ed emergenti risulta difficoltosa. Tuttavia, l'ottimizzazione dei dati generati dalle nuove tecnologie e un migliore accesso ad essi, insieme all'obbligo di fornire informazioni ben documentate, rafforzerebbero la capacità degli assicuratori di modellare il rischio emergente e di promuovere lo sviluppo di coperture assicurative più innovative". L'intenzione è stata, poi, confermata anche dalla Proposta di Direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale nel considerano 31 ove si ribadisce essere necessario, in quella che viene annunciata come 'seconda fase della direttiva', l'introduzione di "norme in materia di responsabilità oggettiva per le azioni avviate contro l'operatore di un sistema di IA, purché non siano già disciplinate da altre norme dell'Unione in materia di responsabilità, in particolare dalla direttiva 85/374/CEE, in combinazione con un'assicurazione obbligatoria per il funzionamento di determinati sistemi di IA, come suggerito dal Parlamento europeo […]".

20 Perlingieri, C., "L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici", *Rass. dir. civ.*, 2015, 4, p.1235 ss. stigmatizza le lacune normative , specie quelle che potrebbero tramutarsi in un responsability gap, pregiudicando, in qualche modo, lo sviluppo economico, gli scambi commerciali e l'intero progresso tecnologico. Queste, infatti, non solo potrebbero dissuadere gli imprenditori dall'investire in determinati settori e produrre determinati oggetti, ma potrebbero anche allontanare gli utenti dall'acquisto degli stessi. Teubner, G.: *Soggetti*, cit., p. 86 ne rinviene una proprio nell'àmbito della responsabilità extracontrattuale ove "il fallimento del diritto vigente a fronte del rischio di autonomia risulta in tutta la sua evidenza".

III. L'INDIVIDUAZIONE DI UN MODELLO INTERNO DI RESPONSABILITA' PER UNA GESTIONE EFFICIENTE DEL RISCHIO.

Ai fini della risoluzione della questione sovvengono alla mente gli ormai radicati modelli della responsabilità del produttore per prodotto difettoso, della responsabilità per l'esercizio di attività pericolosa, e della responsabilità da cosa in custodia, che si richiamano qui brevissimamente senza pretesa di esaustività.

1. Il paradigma della responsabilità del produttore per prodotto difettoso.

Certamente, sostanziandosi l'algoritmo in una formula matematica generata dall'intelletto umano, più naturale sembrerebbe attribuire le conseguenze patologiche al suo autore-ideatore, il quale, talvolta, coincide col produttore del device in cui l'IA è inserita ma, talvolta, diverge. Se pare evidente la responsabilità nei confronti dei terzi danneggiati dell'autore-fabbricante del device, potrebbe, invece, sembrare più problematico ipotizzare una autonoma responsabilità in capo al mero autore dell'algoritmo predittivo, stante la difficoltà di ricondurre l'algoritmo alla nozione di prodotto. Secondo l'art. 115 cod. cons. sono prodotti difettosi i beni mobili fabbricati, i prodotti agricoli del suolo e i prodotti dell'allevamento, della pesca e della caccia che non presentano la sicurezza che è ragionevole attendersi in relazione alle circostanze. L'art. 117 cod. cons. specifica che, ai fini della valutazione della sicurezza occorre tener conto «di tutte le circostanze, tra cui: a) il modo in cui il prodotto è stato messo in circolazione, la sua presentazione, le sue caratteristiche palesi, le istruzioni e le avvertenze fornite; b) l'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato e i comportamenti che, in relazione ad esso, si possono ragionevolmente prevedere; c) il tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione. 2. Un prodotto non può essere considerato difettoso per il solo fatto che un prodotto più perfezionato sia stato in qualunque tempo messo in commercio. 3. Un prodotto è difettoso se non offre la sicurezza offerta normalmente dagli altri esemplari della medesima serie.»

Come si evince dal testo delle norme, benché ampia, la nozione di prodotto non si appresta a ricomprendere i moderni congegni tecnologici, soprattutto se richiedono un collegamento alla rete internet per svolgere la propria funzione, avvicinandosi, quindi, sempre più alla nozione di servizio piuttosto che prodotto. Solo facendo assurgere l'algoritmo a componente immateriale caratterizzante il prodotto, qualificandosi così l'ideatore come autore-fornitore[21] di quella

21 Così Frattari, F.: "Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale", *Contr. e impresa*, 2020, 1, p. 452 e ss., richiamando un passaggio della Risoluzione UE del 2017, dal quale emerge sia il ruolo fondamentale del programmatore, che per distribuire la responsabilità per i danni sia opportuno prendere atto che "quanto maggiore è la capacità di apprendimento o l'autonomia di un robot e quanto è maggiore la durata della formazione di un robot, tanto maggiore dovrebbe essere la responsabilità del suo formatore"; a quel punto: "il principale indiziato a candidarsi al ruolo di "formatore" non può che essere l'autore dell'algoritmo, i cui inputs guidano il robot nel raccogliere i dati provenienti

componente, allora è possibile che questi si esponga alla responsabilità verso i terzi lesi dal prodotto difettoso intelligente. L'applicazione della disciplina della responsabilità del produttore incontra, però, alcune difficoltà. Innanzitutto, come anticipato, risulta complicato far rientrare l'intelligenza artificiale forte nella nozione di prodotto ai sensi degli artt. 3, 18 e 115 cod. cons[22].

In secondo luogo, il risultato pregiudizievole generato dall'autonomo processo decisionale della IA sembra non allinearsi col concetto di "difetto" del prodotto. Con quest'ultimo l'art. 117 cod. cons. si riferisce alla mancanza di sicurezza che legittimamente ci si può attendere dal prodotto, tenendo a mente le modalità ed il momento di messa in circolazione e l'uso cui è destinato. Nel codice del consumo si fa riferimento ad una deviazione dagli standard di sicurezza[23]. Ecco, non è detto che il precipitato decisionale algoritmico sia pregiudizievole perché rappresenti una deviazione dagli standard di sicurezza. Altresì, non è detto che il "difetto" sia genetico. Ben può essere che questo sopravvenga proprio nel processo di autoapprendimento. In caso di sistema intelligente, così, il difetto potrebbe concretizzarsi, non solo in un errore di progettazione, di fabbricazione o di programmazione[24], ma anche in un errore di aggiornamento o apprendimento[25]. Di fatti, è possibile che il prodotto messo in commercio privo di difetti genetici possa modificare la propria condotta in base all'esperienza maturata giungendo a dar la stura a conseguenze indesiderate nonché dannose[26].

dalla realtà circostante, nell'elaborarli e, sulla base di questi, nel modulare il loro operato". Sul punto v. anche Finocchiaro, G.: "Intelligenza artificiale e responsabilità, *Contr. e impresa*, 2020, 2, p. 716 e ss.

22 Di ciò il Legislatore europeo se ne è accorto tant'è che la proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 settembre 2022, COM(2022) 495 finale, sulla responsabilità per prodotti difettosi (PLD), conferma che i sistemi di IA e i beni abilitati all'IA sono 'prodotti' e quindi rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva PLD. Ciò significa che è possibile ottenere un risarcimento quando l'IA difettosa causa un danno, senza che la persona danneggiata debba dimostrare la colpa del produttore, proprio come per qualsiasi altro prodotto. In secondo luogo, la proposta chiarisce che possono essere ritenuti responsabili non solo i produttori di hardware, ma anche i fornitori di software e i fornitori di servizi digitali che influiscono sul funzionamento del prodotto (ad esempio un servizio di navigazione in un veicolo autonomo). In terzo luogo, la proposta garantisce che i produttori possano essere ritenuti responsabili per le modifiche apportate ai prodotti che hanno già immesso sul mercato, anche quando tali modifiche sono innescate da aggiornamenti del software o dall'apprendimento automatico.

23 Gli standard product safety individuano un livello minimo di sicurezza necessaria ai fini dell'immissione in commercio. Si ha a che fare, perciò, con criteri statici che riguardano il prodotto in astratto senza considerarlo nella sua vita concreta. Non può che notarsi una intrinseca contraddizione con quello che viene chiamato "consumer protection test" ossia la verifica delle aspettative del consumatore, il quale deve farsi, necessariamente, ex post in concreto dal momento che devono essere testate le "reazioni" del prodotto in base all'uso che ne fa il consumatore. Sul punto si cfr. Amidei, A.: "La proposta di Regolamento UE", *Tecn. Dir.*, 1, 2022, p. 26 il quale sottolinea la non coincidenza fra la nozione di difettosità ai fini della disciplina product liability e la mancata aderenza del prodotto agli standard tecnici previsti dalla normativa di settore, in questo caso quelli che deriverebbero dall'Artificial Intelligent Act (v. infra).

24 Cfr. Coppini, L.: "Robotica ed intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile", *Il Mulino*, 2018, p. 728; Naddeo, F.: "Intelligenza artificiale: profili di responsabilità", *Comparazione e diritto civile*, 3, 2020, p. 1150.

25 Cfr. nota 22.

26 Cfr. Amidei, A.: "Intelligenza artificiale e diritto – Intelligenza artificiale e product liability: sviluppi del diritto dell'Unione Europea," *Giur. It.*, 7, 2019, p. 1657.

In terzo luogo, risulta estremamente pesante per il danneggiato il regime probatorio[27]. Di fatti, spetta a quest'ultimo provare il difetto, il danno e la connessione causale fra difetto e danno. Orbene, il funzionamento delle IA forti risulta tendenzialmente opaco ed oscuro persino agli stessi ideatori dell'algoritmo. Riesce, perciò, difficile credere che un terzo, quisque de populo, riesca ad individuare l'esatta causa del danno. Dovrebbe essere in grado, non solo di decifrare il linguaggio binario tipico dell'informatica, ma anche di svelare l'intero procedimento algoritmico di quella che ad oggi viene chiamata "black box"[28] proprio per la sua inesplorabilità.

Infine, non sembra adeguata l'applicabilità delle cause di esclusione della responsabilità legate alla messa in circolazione del prodotto o allo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche (il cd. rischio da sviluppo). «Al produttore è consentito liberarsi dalla responsabilità provando, che il prodotto non era stato da lui messo in circolazione o che al momento della immissione in circolazione il prodotto non era difettoso o, trattandosi di difetti di progettazione, che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche non consentiva di considerare il prodotto come difettoso»[29]. Ma è la stessa natura dell'IA capace di autoapprendere e di evolversi nel tempo che mostra il limite di applicare esimenti statiche. Il produttore/autore dell'algoritmo potrebbe andare facilmente esente da responsabilità invocando il rischio da sviluppo. Ma qui l'IA self-learnig si nutre giorno per giorno di nuovi dati aumentando il suo "bagaglio culturale" in base al quale decidere. Segue il progresso tecnologico, il suo sviluppo non si arresta al momento della messa in circolazione.

27 La recente proposta di PLD si occuperebbe anche di tale aspetto alleggerendo l'onere della prova nei casi complessi, tra cui quelli che coinvolgono sistemi di intelligenza artificiale, e quando i prodotti non rispettano i requisiti di sicurezza.

28 Si fa riferimento ai cd. modelli opachi. Molte delle più note introduzioni all'IA classificano come trasparenti i modelli basati sugli alberi di decisione o quelli basati sulla programmazione logica, mentre considerano i modelli della 'nuova IA', come le reti neurali ad apprendimento profondo, la cui architettura è interamente sub-simbolica, l'esempio prototipico di modello opaco. Altre volte, tuttavia, per 'opacità di un sistema' ci si riferisce al fatto che le caratteristiche e la tipologia dell'algoritmo di apprendimento impediscono agli utenti di comprendere e verificare l'affidabilità dei pattern appresi. In altri casi ancora, i modelli sono considerati opachi perché prevedono solo il verificarsi di certi fenomeni ma non ne spiegano né le cause né le leggi che li governano. In ogni caso, gli studiosi concordano sul fatto che l'opacità dipenda da vari fattori: dagli obiettivi legati all'utilizzo di un certo sistema di machine learning, dalla conoscenza che di questo hanno i suoi utilizzatori, e non da ultimo il contesto concreto in cui il sistema è impiegato. Detto altrimenti, lo stesso sistema può risultare trasparente se usato in un dato contesto, per un dato scopo e da una data classe di utenti, ma opaco se impiegato in un altro contesto, da utenti con competenze e scopi differenti.

29 Così scrive Bianca, C.M.: "La responsabilità", cit., p. 717. Il rischio da sviluppo è stato oggetto di ampio dibattito in seno alla Commissione Europea, costituendo motivo di scontro tra coloro che consideravano tale prova liberatoria come elemento necessario al fine di favorire la competitività tra le imprese e l'immissione sul mercato di prodotti nuovi, e quanti invece ritenevano di dover escluderla per offrire una maggiore protezione al consumatore danneggiato. Si rinvia per un approfondimento a Caruso, D., Pardolesi R.: "Per una storia della Direttiva 1985/374/CEE", *Danno resp.*, 2012, pp. 9-17.

2. segue…il paradigma della responsabilità per esercizio di attività pericolose ex art. 2050 c.c.

Per i motivi sopra esposti, vi è chi ravvisa la concorrenza, ove ne ricorrano i presupposti, della disciplina della responsabilità da attività pericolosa ex art. 2050 c.c.[30]. Secondo detta norma «chiunque cagiona un danno ad altri nell'esercizio di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno». In tal modo, il rischio da sviluppo, costituente limite esterno alla responsabilità per danno da prodotto, se particolarmente incidente, potrebbe costituire ìndice, se non addirittura prova, della pericolosità dell'attività connotata da tale rischio[31]. Secondo tale fattispecie, infatti, l'esercente l'attività potrebbe andare esente unicamente dimostrando di aver agito coerentemente alla diligenza professionale richiesta, per questa intendendosi l'adozione di tutte le cautele normalmente adeguate in termini di perizia e prudenza[32]. «Determinante nell'accertamento del grado di responsabilità in concorso saranno, certamente, la precisione della stesura degli obiettivi da raggiungere con l'impiego dell'algoritmo nella procedura, la purezza dei dati inseriti e la considerazione di un approccio etico allo sviluppo dei sistemi di IA da parte dei programmatori[33]».

Si dubita, tuttavia, della opportunità di accostare l'utilizzo di una IA, seppur autonoma, ad una attività di spiccata potenzialità lesiva per natura o per proprie caratteristiche. D'altronde, si tratta pur sempre di una funzione logico-matematica a dati variabili. Di talché, risulta difficile pensare che sia innatamente pericolosa[34].

30 Sulla disciplina della responsabilità da attività pericolosa in generale si v. Al Mureden, E.: "La responsabilità per esercizio di attività pericolose a quarant'anni dal caso Seveso", *Contr. impr.*, 2016, 3, p. 647 ss; Comporti, M.: "Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose", *Comm. cod. civ.* (coord. by Busnelli F. D.), Giuffrè, Milano, 2009; Franzoni, M.: "Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose", *La responsabilità civile. Una rassegna di dottrina e giurisprudenza* (coord. by Alpa G., Bessone M.), II, 2, Utet, Torino, 1987. La dottrina nell'analizzare la responsabilità derivante dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale in campo medico, ha fatto espresso riferimento a questa norma. Sul punto si veda Fusaro, Ar.: "Attività pericolose e dintorni", *Riv. dir. civ.*, 2013, 6, pp. 1337 ss.

31 Il legislatore non ha tipizzato tutte le attività pericolose. Conseguentemente la valutazione è rimessa al giudice di merito. La giurisprudenza definisce come pericolose quelle attività che per la loro stessa natura o per le caratteristiche dei mezzi adoperati comportano la rilevante possibilità del verificarsi di un danno per la loro spiccata potenzialità lesiva. Per un'ampia casistica si v. Franzoni, M.: "Responsabilità per l'esercizio", cit., p, 482.

32 Una lettura esclusivamente letterale della norma non consentirebbe mai la prova liberatoria sol si consideri che l'adozione di davvero tutte le misure astrattamente possibili certamente eviterebbe il danno. Così, la giurisprudenza maggioritaria interpetra la norma in virtù della sua funzione che è quella di fissare un limite di responsabilità a carico di chi esercita un'attività pericolosa. Questo limite è segnato dalla diligenza professionale. Cfr. Bianca, C.M.: "La responsabilità", cit., p. 682.

33 Così afferma Ferrari, M.: "Il vantaggio della responsabilità concorsuale da uso "organizzato" di algoritmi", *Il Mulino*, 2021, 2, p. 424 la quale riprende Fasano, G.: "L'intelligenza artificiale nella cura dell'interesse generale", *Giornale dir. amm.*, 2020, 6, p. 724 che sottolinea l'importanza del rapporto fra neutralità dell'algoritmo e imparzialità dei suoi risultati: "La neutralità dell'algoritmo (rappresentata dal fatto che il meccanismo di funzionamento non parteggia per nessuna delle possibili scelte di output) non può tradursi in una scelta imparziale se la sua fase di progettazione non è governata da criteri improntati alla massima imparzialità", perciò l'imparzialità si anniderebbe nelle scelte umane del programmatore.

34 Di avviso contrario a ritenere l'applicazione dell'intelligenza artificiale pericolosa è Costanza, M.: "L'intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile", *Giur. It.,* 2019, 7, p. 1688: "all'intelligenza

Ad ogni modo, tale meccanismo non appare pienamente soddisfacente in punto di prova liberatoria. Presupponendo, infatti, che l'esercente l'attività si possa liberare solo dimostrando di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno, di fatto la prova sembra difficilmente raggiungibile sol si consideri la totale imprevedibilità dell'output e, quindi, l'impossibilità di conoscere quali siano le misure idonee ad evitare l'imprevedibile.

3. segue…il paradigma della responsabilità da cosa in custodia ex art. 2051 c.c.

Secondo altri[35] potrebbe rinvenirsi, invero, sempre in via concorrente, una responsabilità da cosa in custodia, ex art 2051 c.c.[36], in capo, non solo all'utilizzatore dell'IA o al gestore, ma anche all'addestratore (colui che più propriamente immette i dati) dato che è proprio costui che espone la IA a nuove "esperienze" "alimentando" l'algoritmo e, così, influenzando continuamente il suo comportamento. Di fatti, secondo tale visione, le macchine e i sistemi basati sull'IA sarebbero tutti indubbiamente cose[37]. Il facere della IA, sia simbolica-logico-semantica, sia sub-simbolica- biologico-empirica, rientrerebbe nel novero delle res, sviluppandosi, attualmente, in uno status di "inconsapevolezza". In altre parole, la macchina funzionerebbe ma non si renderebbe conto di funzionare. Sarebbe, quindi, solo un "bene intelligente". Proprio tale locuzione suggerirebbe ancor di più l'inclusione di tale fenomeno nel novero dell'art. 2051 c.c.. Trattasi, invero, questa di previsione simmetrica all'art. 2052 c.c. che detta una disciplina identica per la responsabilità per fatto dell'animale che, in altre parole, potrebbe riformularsi in responsabilità per fatto dell'intelligenza naturale animale, anch'essa capace di autoapprendere. Di talché, non sembrerebbe troppo difficile inquadrare

artificiale come emblema della tecnica e perciò come ente ritenuto più affidabile dell'uomo non si addice allora l'attributo di pericolosa. […]. La intelligenza artificiale come mezzo correttivo o integrativo delle umane carenze non tollererebbe alcun attributo che la qualifichi come rischiosa; anzi, la intelligenza artificiale sarebbe un ente non pericoloso perché capace di evitare gli inconvenienti che senza il suo intervento possono generarsi con lo svolgimento di certe attività".

35 Ruffolo, U.: "Responsabilità da produzione e gestione di ai self Learning", *AA.VV. Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità. Atti del 15° Convegno Nazionale della SISDiC,* (coord. by Perlingieri P., Giova S.; Prisco I.), Esi, Napoli, 2020, pp. 233 ss.; Ratti, M.: "Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo", *Contr. impr.*, 2020, 3, pp. 1174- 1191; Santosuosso A., Boscarato C., Caroleo F.: "Robot e diritto. Una prima ricognizione", *Nuova giur. civ. comm.,* 2012, 2, pp. 494-516., i quali sottolineano come nell'ipotesi in cui si accedesse alla tesi secondo cui i robot sono meri oggetti, l'art. 2051 c.c. sarebbe l'unica norma certamente applicabile al caso dei danni da questi prodotti. In senso contrario a questa potenziale applicazione dell'art. 2051 c.c. è Costanza, M.: "L'intelligenza", cit., p. 1687, la quale ritiene che la norma si riferisca unicamente alle cose inanimate. Di talché, la logica codicistica sottesa sarebbe esageratamente semplice per riferirsi alla IA.

36 In generale sulla responsabilità per danno da cose in custodia v. tra molti Corsaro, L.: "Responsabilità da cose", *Dig. disc. priv., Sez. civ., XVII*, 1998, Giappichelli, Torino, pp. 103 ss; Franzoni, M.: *La responsabilità oggettiva. Il danno da cose e da animali*, Cedam, Padova, 1988.

37 Bertolini, A.: "Artificial intelligence does not exist! Defying the technology-neutrality narrative in the regulation of civil liability for advanced technologies", *Europa dir. priv.*, 2022, 2, p. 370 afferma che non solo è inutile sanzionare qualcosa che è oggettivamente incapace di temere la sanzione stessa - perché non riuscirebbe comunque a indurre il rispetto delle regole -, ma è anche inutile, perché alla fine le conseguenze legali saranno a carico dell'essere umano che sta dietro, chiamato a fornire i mezzi necessari.

nell'art. 2051 c.c. la responsabilità per il fatto della cosa intelligente e quindi della intelligenza artificiale.

A parere di chi scrive, tuttavia, detto paradigma appare assai rigido sol si consideri la talmente stretta prova liberatoria del caso fortuito tale da essere motivo di disincentivazione dell'innovazione.

IV. LA SOLUZIONE PROPOSTA DALL'UNIONE EUROPEA.

Per promuovere lo sviluppo, l'uso e l'adozione dell'intelligenza artificiale nel mercato interno l'Unione europea ha ritenuto necessario predisporre un quadro giuridico uniforme che stabilisca norme armonizzate sull'intelligenza artificiale e che allo stesso tempo soddisfi un elevato livello di protezione degli interessi pubblici, come la salute e la sicurezza e la tutela dei diritti fondamentali, riconosciuti e protetti dal diritto dell'Unione. Per raggiungere tale obiettivo, è stato ritenuto opportuno, da parte della Commissione europea, predisporre uno schema di regolamento (AI Act)[38] diretto a stabilire norme che regolino l'immissione sul mercato e la messa in servizio di determinati sistemi di intelligenza artificiale, garantendo così il buon funzionamento del mercato interno e consentendo a tali sistemi di beneficiare del principio della libera circolazione delle merci e dei servizi. Stabilendo tali norme e basandosi sul lavoro del gruppo di esperti di alto livello sull'intelligenza artificiale, come riflesso negli Orientamenti per un'intelligenza artificiale affidabile nell'UE, l'AI Act sosterrebbe l'obiettivo dell'Unione di essere un leader mondiale nello sviluppo di sistemi sicuri e affidabili[39]. Altresì, l'Unione europea si è concentrata sulla risoluzione del problema della responsabilità da applicazione di IA, consapevole che un mancato suo intervento comporterebbe un'ulteriore frammentazione normativa e, conseguentemente, un aumento dei costi per le imprese attive in tutta l'UE in quanto, riscontrando difficoltà a prevedere le modalità di applicazione delle norme vigenti in materia di responsabilità, si mostrerebbero incapaci di valutare la loro esposizione alla responsabilità e a stipulare la relativa copertura assicurativa.

Tuttavia, a discapito delle aspettative che volevano già nell'IA Act una specifica regolamentazione della responsabilità civile per danni derivanti dall'applicazione di algoritmi predittivi[40], il Regolamento proposto è volto ad introdurre nuovi standards, limitandosi a fissare regole armonizzate per lo sviluppo, l'immissione sul mercato e l'utilizzo di sistemi di IA nell'Unione, seguendo un approccio orizzontale,

38 Ci si riferisce alla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (COM 2021/206) nel suo ultimo testo di compromesso del 3 novembre 2022.

39 Considerando n. 5 AI Act.

40 La Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020)0276 così auspicava.

proporzionato, basato sul rischio, differenziando tra gli usi dell'IA che creano: a) un rischio inaccettabile[41];

b) un rischio alto[42] c) un rischio bassissimo o minimo. Le nuove norme, dunque, non tratterebbero dei profili della responsabilità ex post dei soggetti facenti parte la catena del valore (produttori, sviluppatori ed utenti dell'IA), lasciando che la problematica venga al momento risolta dalle normative statali, ritenute sufficienti, in attesa che l'ulteriore legislazione unionale, concernente anche una revisione della direttiva 85/374/CE sulla responsabilità del produttore (PLD) alla luce delle novità introdotte dalla IA[43], faccia il suo corso. Di fatti, l'AI Act sarebbe, in realtà, parte di un pacchetto più corposo di misure volte a sostenere la diffusione dell'IA in Europa, promuovendo l'eccellenza e la fiducia. Tale pacchetto comprende tre filoni di lavoro complementari: l'IA Act che stabilisce norme orizzontali sui sistemi di IA; una revisione delle norme settoriali e orizzontali in materia di sicurezza dei prodotti; norme dell'UE per affrontare le questioni in materia di responsabilità relative ai sistemi di IA. D'altronde, se è vero che sicurezza e responsabilità sono due facce della stessa medaglia, non può stupire l'approccio dell'Unione europea che essa stessa definisce "olistico"[44]. Le norme volte a garantire la sicurezza e a tutelare i diritti fondamentali ridurranno i rischi, senza tuttavia eliminarli del tutto. Da tali rischi, qualora dovessero concretizzarsi, possono comunque scaturire

41 L'art 5 AI Act dichiara vietate le pratiche che riguardano (a) l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di intelligenza artificiale che utilizza tecniche subliminali al di là della coscienza di una persona con l'obiettivo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di una persona in modo tale da provocare o da provocare con ragionevole probabilità un danno fisico o psicologico a tale persona o a un'altra persona; (b) l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che sfrutti una qualsiasi vulnerabilità di un gruppo specifico di persone a causa della loro età, di una disabilità o di una specifica situazione sociale o economica, con l'obiettivo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di una persona appartenente a tale gruppo in modo tale da causare o da avere la ragionevole probabilità di causare a tale persona o a un'altra persona un danno fisico o psicologico; (c) l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'utilizzo di sistemi di IA di persone fisiche in un certo periodo di tempo in base al loro comportamento sociale o alle caratteristiche personali o di personalità conosciute o previste, con il punteggio sociale che porta a uno o entrambi i seguenti elementi: (i) trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di interi gruppi di esse in contesti sociali estranei a quelli in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti; (ii) trattamento svantaggioso o sfavorevole di determinate persone fisiche o di interi gruppi di esse, ingiustificato o sproporzionato rispetto al loro comportamento sociale o alla sua gravità; (d) l'uso di sistemi di identificazione biometrica remota 'in tempo reale' in spazi accessibili al pubblico da parte delle autorità preposte all'applicazione della legge o per loro conto ai fini dell'applicazione della legge, a meno che e nella misura in cui tale uso sia strettamente necessario per uno dei seguenti obiettivi: (i) la ricerca mirata di specifiche potenziali vittime di reato; (ii) la prevenzione di una minaccia specifica, sostanziale alle infrastrutture critiche, alla vita, alla salute o all'incolumità fisica delle persone fisiche o la prevenzione di attacco terroristico; (iii) localizzazione, l'identificazione di una persona fisica ai fini dello svolgimento di un'indagine penale, dell'esercizio dell'azione penale o dell'esecuzione di una sanzione penale per i reati di cui all'articolo 2, paragrafo 2, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio e punibile nello Stato membro interessato con una pena detentiva o una misura di sicurezza per un periodo massimo di almeno tre anni, o per altri reati specifici punibili nello Stato membro interessato con una pena detentiva o una misura di sicurezza per un periodo massimo di almeno cinque anni, come stabilito dalla legge di tale Stato membro.

42 Art. 6 AI Act. V. nota n. 13.

43 Si rinvia alla proposta per una Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità per prodotti difettosi Bruxelles, del 28 settembre 2022, COM(2022) 495 finale.

44 Cfr. pagina 3 della proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (Direttiva sulla responsabilità da IA), Bruxelles, 28 settembre 2022, COM(2022)496 finale.

dei danni. In tali casi si applicheranno le norme in materia di responsabilità. Alla luce di quanto detto, è evidente come il regime di responsabilità civile si aggiunga alla responsabilità del produttore. La nuova direttiva PLD riguarderebbe la responsabilità oggettiva del produttore per prodotti difettosi, che determina un risarcimento per alcuni tipi di danni subiti principalmente da persone fisiche. La proposta direttiva sulla responsabilità da IA contemplerebbe, invece, le azioni di responsabilità a livello nazionale, principalmente per colpa di una persona, nell'ottica di risarcire qualsiasi tipo di danno e qualsiasi tipo di danneggiato. I due atti sarebbero, quindi, complementari e tenderebbero a formare un sistema generale di responsabilità civile efficace.

Quanto più propriamente al regime di responsabilità extracontrattuale, questo deve dirsi sicuramente diversificato a seconda che vengano in gioco IA ad alto rischio piuttosto che IA a basso rischio. Quel che ad oggi resta sfocata, però, è la disciplina effettiva. Si assiste, infatti, ad una sovrapposizione regolatoria, seppur ancora potenziale, sol si consideri che, in punto di responsabilità si era pronunciato, dapprima, il Parlamento europeo con la sua risoluzione del 20 ottobre 2020, e recentemente la Commissione europea con la sua proposta di direttiva. Orbene, se la Risoluzione predisponeva un quadro abbastanza dettagliato in cui muoversi, la recente proposta di direttiva si preoccupa unicamente di offrire alcune facilitazioni in punto di onere della prova nella responsabilità civile per colpa. Non vi è giurista che non percepisca una fitta nebbia nella via che porta alla comprensione di tale frastagliato quadro. Ma si vada per gradi.

Da un lato, la Risoluzione annuncerebbe, per le IA ad alto rischio, una responsabilità oggettiva[45], per le IA a basso rischio, invece, una responsabilità per colpa presunta, con inversione dell'onere della prova e diligenza qualificata[46]. Entrambi i regimi di responsabilità si appunterebbero sulla figura dell'operatore di un sistema di IA[47], alternativamente individuato su chi esercita un grado di controllo sul funzionamento del sistema e che beneficia del suo funzionamento (operatore

45 Art. 4 della Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020)0276

46 Art. 8 della Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020)0276

47 L'art. 3, lett. d) della Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020)0276 definisce l'operatore come "[...] sia l'operatore frontend che l'operatore backend, a condizione che la responsabilità di quest'ultimo non sia già coperta dalla direttiva 85/374/CEE". Tale definizione è, in effetti, molto ampia e comprende potenzialmente un gran numero di individui, che variano a seconda del contesto considerato e dell'applicazione utilizzata. A titolo esemplificativo, il proprietario (persona fisica o azienda, professionista o consumatore) di un drone, un fornitore di servizi, un utente individuale - professionista o meno - che lo affitta per una ripresa, rientrano tutti nella definizione proposta di operatori front- end. Gli sviluppatori di software (compresi quelli che forniscono applicazioni per cellulari per il controllo remoto del dispositivo) potrebbero, invece, rientrare nella definizione di operatori back-end. Allo stesso modo, il proprietario del veicolo, il suo utilizzatore - ad esempio nel quadro di una soluzione di leasing o di mobilità come servizio - nonché il produttore e, in una certa misura, anche i fornitori di servizi strettamente collegati - servizi di gestione delle infrastrutture, fornitori di dati e di servizi Internet - rientrano nella definizione di operatori front- end. Sul punto v. Bertolini, A.: "Artificial", *cit*., p. 432.

di front-end) o su chi definisce le caratteristiche della tecnologia, fornisce i dati e il servizio di supporto (operatore di back-end). In altre parole, si darebbe rilievo al soggetto umano della catena del valore in grado di controllare i rischi, che in molti casi sarà il primo punto di contatto visibile per la persona interessata, sia esso un operatore di front o back- end. Nel caso in cui vi fossero più operatori, essi dovrebbero essere ritenuti responsabili in solido, con diritto di rivalsa reciproca in proporzione[48]. Quanto ai danni, essi sarebbero limitati in base a diversi e discutibili criteri[49], mentre l'uso dei fondi di compensazione dovrebbe essere considerato eccezionale e stabilito per un periodo di tempo limitato, per affrontare i casi in cui non è disponibile un'adeguata copertura assicurativa.

Dall'altro lato, la recentissima proposta di direttiva, che si proclama diretta a garantire a coloro che hanno subito danni causati dall'IA una protezione equivalente a quella di cui beneficiano quanti subiscono danni causati da prodotti di altro tipo, si volge a perseguire i suoi obiettivi con un approccio in più fasi. La prima fase, meno invasiva, si limiterebbe a specificare misure relative all'onere della prova; la seconda fase, invece, prevederebbe il riesame della necessità di misure più rigorose o più ampie. Perciò, ad oggi (I fase), la proposta direttiva provvede ad alleggerire l'onere della prova in modo molto mirato e proporzionato attraverso il ricorso alla divulgazione[50] e a presunzioni relative[51]. La direttiva prevede, quindi, per coloro che chiedono il risarcimento del danno, la possibilità di ottenere informazioni sui sistemi di IA ad alto rischio che devono essere registrate/documentate a norma della legge sull'IA. Oltre a quanto indicato, le presunzioni relative garantiranno a coloro che chiedono il risarcimento dei danni causati dai sistemi di IA un onere della prova più ragionevole e la possibilità che le azioni di responsabilità giustificate abbiano esito positivo. La direttiva si applicherebbe alle domande di risarcimento del danno causato da un sistema di IA nel quadro di azioni civili di responsabilità extracontrattuale, qualora tali azioni siano intentate nell'àmbito di regimi di responsabilità per colpa, ossia, in particolare, regimi che

48 Artt. 11 e 12 della Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020)0276.

49 Si riporta l'art. 5 della Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020)0276: "1. Un operatore di un sistema di IA ad alto rischio che sia stato ritenuto responsabile per danni o pregiudizi ai sensi del presente regolamento risarcisce: a) fino a un importo massimo di due milioni di EUR in caso di morte o in caso di danni alla salute o all'integrità fisica di una persona interessata in conseguenza della messa in funzione di un sistema di IA ad alto rischio; b) fino a un importo massimo di un milione di EUR in caso di danni non patrimoniali rilevanti che risultino in una perdita economica verificabile o di danni al patrimonio, anche quando vari beni di proprietà di una persona siano stati danneggiati in conseguenza di un'unica messa in funzione di un unico sistema di IA ad alto rischio; qualora la persona interessata possa far valere anche la responsabilità contrattuale nei confronti dell'operatore, non viene corrisposto alcun risarcimento ai sensi del presente regolamento se l'importo complessivo dei danni al patrimonio o il danno non patrimoniale rilevante ha un valore inferiore a [500 EUR]. […]".

50 Art. 3 proposta di Direttiva sulla responsabilità da IA, Bruxelles, 28 settembre 2022, COM(2022)496.

51 Art. 4 proposta di Direttiva sulla responsabilità da IA, Bruxelles, 28 settembre 2022, COM(2022)496.

prevedono la responsabilità legale di risarcire i danni causati da un'azione o un'omissione intenzionalmente lesiva o colposa[52].

Non può non notarsi come, non solo la proposta direttiva, a differenza di quanto auspicato dalla Risoluzione, non disciplina – se non in minima parte - distintamente le IA ad alto rischio dalle IA a basso rischio, ma soprattutto abbandona, per il momento, ogni riferimento alla responsabilità oggettiva, benché sembri non vietarne il ricorso a livello nazionale. Se questo è vero e se è lasciata libertà agli Stati membri circa la scelta del paradigma di responsabilità, allora nulla osterebbe ad utilizzare a livello nazionale, per le IA ad alto rischio, il regime della responsabilità per attività pericolosa, ex art 2050 c.c., facendo ricorso al criterio del rischio così come illustre dottrina[53] già paventava prima ancora della pubblicazione sul Libro Bianco sull'intelligenza artificiale del 2020. Ciò porterebbe con sè, ovviamente, la crescente preoccupazione di individuare ex ante misure idonee a neutralizzare il rischio, le quali, per la stessa definizione di attività intrinsecamente pericolosa, non potrebbero comunque mai rimuoverlo in termini assoluti, ma solo ridurlo.

V. CONCLUSIONI.

In conclusione, il delineato quadro europeo sull'intelligenza artificiale appare rappresentare, oggi, un modello basato sulla gestione anticipata del rischio, elaborato non tanto in ossequio del principio di prevenzione, quanto del principio di precauzione. Per alcuni aspetti ripropone la struttura delineata dalla direttiva europea 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale, anch'essa fondata sul concetto di operatore e di attività rischiosa, per altri emula delle dinamiche tipiche del Regolamento generale sulla protezione dei dati n. 2016/679. Tale accostamento potrebbe spingere, così, a suggerire di individuare proprio nel principio di precauzione la chiave di volta per governare ogni rischio di difficile allocazione. Tuttavia, dopo aver fatto un giro di boa, il quadro appare insufficiente e confuso.

Primariamente, non sembra chiaro a chi scrive se, alla luce della proposta di Direttiva sulla responsabilità da IA, debba ancora tenersi in considerazione la Risoluzione del Parlamento europeo del 2020 stante la sua indubbia non vincolatività. Ciò che suggerisce di procedere con cautela sul punto è nascosto tra le righe della relazione alla proposta di Direttiva, ove si afferma che la «direttiva fa séguito alla risoluzione del Parlamento europeo 2020/2014 (INL)[54]». Ebbene,

52 Art. 1 proposta di Direttiva sulla responsabilità da IA, Bruxelles, 28 settembre 2022, COM(2022)496.

53 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Esi, Napoli, 2020, IV, p. 418; Procida Mirabelli Di Lauro A.: "Le intelligenze artificiali fra responsabilità e sicurezza sociale", *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità* (coord. by Perlingieri, P.), Esi, Napoli, 2020, pp. 297 ss; Trimarchi, P.: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961.

54 Cfr. p. 14 della proposta di Direttiva sulla responsabilità da IA, Bruxelles, 28 settembre 2022, COM(2022)496.

il linguaggio utilizzato non sembra quello usato per far intendere il superamento dell'atto quanto, piuttosto, il loro avvicendamento ferma la coesistenza. Magari il contenuto della Risoluzione potrebbe riemergere nella seconda fase della proposta della direttiva, ma ciò al momento è solo congettura. Quel che più saldamente può dirsi è che, se effettivamente il quadro è così composto, allora sorgono perplessità, specialmente riguardo al framework proposto dalla Risoluzione.

Innanzitutto, non si riscontra una definizione veramente selettiva di IA. Ciò riguarda, sicuramente, le IA a basso rischio che sono definite in via residuale[55]. Si tratta di un termine "ombrello" al di sotto del quale non si ha la certezza di cosa rientri. Ne deriva che nemmeno si potrebbe avere la certezza circa il paradigma di responsabilità applicabile. Di talché, si aprirebbero contenziosi al fine di stabilire se una IA rientra tra quelle a basso rischio, e quindi si applichi la responsabilità dell'operatore basata sulla colpa, o meno, consentendo l'applicazione delle norme nazionali sulla responsabilità civile[56]. Stesso problema si coglie per le IA ad alto rischio. Ogni tentativo di determinare oggettivamente cosa debba essere considerato un'applicazione ad alto rischio sembra destinato a fallire. In particolare, non è possibile calcolare realmente l'entità dei rischi potenziali - in termini di danni attesi e di probabilità che si verifichino - in relazione a singole classi di applicazioni. Non solo mancano dati statisticamente rilevanti rispetto a qualsiasi tecnologia emergente - per ragioni strutturali che dipendono dalla loro novità e dalla mancanza di diffusione[57]-, ma anche le metodologie di valutazione di tali rischi appaiono inadeguate in quanto tendenzialmente ex post e, perciò, solo di parziale utilità. Tra l'altro, occorre sottolineare che il costante aggiornamento dell'allegato all'AI Act che individua le IA ad alto rischio causerebbe una grave incertezza giuridica nel mercato. Così facendo, sia gli sviluppatori di tecnologie che gli utilizzatori (professionali e non) potrebbero trovarsi esposti a un regime di responsabilità diverso e più severo, anche dopo che il loro prodotto ha raggiunto

55 A titolo esemplificativo, potrebbero rientrare nella nozione una moderna fotocamera consumer, alcuni spazzolini da denti elettrici più sofisticati, tutti gli smartphone, gli elettrodomestici e i dispositivi di smart-cooking (compresi alcuni termometri per grill), una IA per il trading ad alta frequenza un chat-bot per assistere nell'acquisto di beni e servizi online, la maggior parte delle applicazioni per telefoni cellulari, forse i bancomat, i personal computer, le auto non autonome con alcune funzioni elementari di guida assistita, i robot chirurgici, i droni, ecc.

56 Rileva il medesimo problema Bertolini, A.: "Artificial", *cit.*, p. 406.

57 La Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020)0276 sembra basarsi sulle considerazioni dello High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *A definition of AI: main capabilities and disciplines*, Brussels, 2019, p.59 dove si può leggere che "le tecnologie digitali emergenti [...] sono utilizzate in ambienti non privati e possono tipicamente causare danni significativi" a causa della "interazione tra la [loro] potenziale frequenza e la gravità". In effetti, l'art. 3(c) della Risoluzione specifica che "per 'rischio elevato' si intende un potenziale significativo in un sistema di IA a funzionamento autonomo di causare danni a una o più persone in modo casuale e al di là di quanto ci si possa ragionevolmente aspettare; l'importanza del potenziale dipende dall'interazione tra la gravità dei possibili danni, il grado di autonomia del processo decisionale, la probabilità che il rischio si concretizzi e il modo e il contesto in cui il sistema di IA viene utilizzato".

il mercato e ciò, non vi è dubbio, scoraggerebbe l'adozione precoce della nuova tecnologia[58].

In secondo luogo, si avanzano dubbi circa l'eccessiva ampiezza della nozione di operatore. Ciò solleva una serie di problemi, dovuti principalmente all'incertezza che regna rispetto al legittimato passivo nel contenzioso, a come identificare i responsabili specie nei casi di sovrapposizione di responsabilità tra diversi operatori, e a chi dovrebbe acquisire l'assicurazione obbligatoria nei casi di sistemi ad alto rischio.

In terzo luogo, in punto di quantificazione del danno risarcibile, se prevedere delle limitazioni può considerarsi una soluzione utile e appropriata quando si adottino, in via generale, regole di responsabilità oggettiva, specie se imperniata al criterio di gestione del rischio, queste appaiono eccessive laddove escludano[59], o limitino entro bassi massimali[60], danni, patrimoniali o non, derivanti dalla lesione di un diritto fondamentale della persona o interessi costituzionalmente protetti. Ciò porterebbe a risultati incostituzionali per moltissimi Stati membri e, pertanto, inammissibili. Un tale risultato non sarebbe nemmeno conforme con tutte le proclamazioni europee di tutela dei diritti fondamentali della persona. D'altronde, sarebbe proprio intorno alla protezione delle libertà e dei diritti fondamentali della persona che si impernia il percorso di trasformazione digitale dell'Unione Europea. Così sancisce la Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale della Commissione UE 2022/28 e, così, sottolineano le Conclusioni della Presidenza del Consiglio dell'UE sulla Carta dei diritti fondamentali nel contesto dell'intelligenza artificiale e della trasformazione digitale del 21 ottobre 2020. Se questo è vero occorre, però, rilevare una discrepanza fra le alte intenzioni di politica legislativa dell'Unione Europea e gli atti ad oggi predisposti sul punto. Di fatti, non solo la Risoluzione calmiererebbe l'importo risarcibile sia in caso di lesione di diritti fondamentali della persona che non, unicamente prevedendo un tetto massimo più alto in caso di morte o lesione del diritto alla salute psicofisica, ma addirittura escluderebbe alcuni tipi di danni condivisibilmente risarcibili in molti Stati membri. Introspezionando il nostro ordinamento, non può non richiamarsi quanta strada è stata fatta, attraverso l'interpretazione degli artt. 2043 e 2059 c.c.,

58 Sul punto di nuovo Bertolini, A.: "Artificial", *cit*., p. 424.

59 L'art. 2, par. 1, della Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020)0276 stabilisce che il "regolamento si applica nel territorio dell'Unione dove un'attività, dispositivo o processo virtuale o fisico guidato da un sistema di IA abbia arrecato un danno o un pregiudizio alla vita, alla salute, all'integrità fisica di una persona fisica, al patrimonio di una persona fisica o giuridica o abbia arrecato un danno non patrimoniale rilevante risultante in una perdita economica verificabile", mentre l'art. 3, lett. i), definisce "danno o pregiudizio" "un effetto negativo che influisce sulla vita, la salute, l'integrità fisica di una persona fisica, il patrimonio di una persona fisica o giuridica o che causa un rilevante danno non patrimoniale che si traduce in una perdita economica verificabile".

60 Art. 5 Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020)0276. V. nota n.50

prima dalla Corte di Cassazione e poi dalla Corte Costituzionale, al fine di stabilire la tutela minima dei diritti fondamentali sul versante della responsabilità civile. Oggi, chiunque ne lamenti una lesione dovrebbe poter ricevere un risarcimento al ricorrere dei giusti presupposti. Tra i danni risarcibili rientrano pacificamente quelli non patrimoniali diversi dal danno alla salute che, purtroppo, la Risoluzione escluderebbe. Ebbene, una tale limitazione, oltre che frustrare la fatica spesa per ottenere i risultati odierni, non tarderebbe ad essere ritenuta contraria alla Costituzione nostra e, comunque, contrastante con le tradizioni costituzionali degli altri Stati membri. Lecito è il dubbio, quindi, non solo circa la ragionevolezza e la proporzionalità di detta limitazione, ma anche circa la sua necessità per il perseguimento di finalità di interesse generale. Piuttosto, sembrerebbe solo una modalità per rendere più facilmente calcolabili i premi da parte delle società assicurative che, indubbiamente, verrebbero coinvolte nella gestione del rischio da applicazione dell'intelligenza artificiale.

Da quanto sin qui detto è facile, perciò, evincere la forte problematicità che appartiene alla predisposizione di un framework appropriato ed adeguato per la costruzione di un regime sostenibile di responsabilità da IA. Probabilmente, la prima via da percorre dovrebbe essere quella della semplificazione e sistematizzazione normativa.

BIBLIOGRAFIA

Abriani N., Schneider G.: *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, Il Mulino, Bologna, 2021, pp. 21 ss.

Amidei, A.: "La proposta di Regolamento UE", *Tecn. Dir.*, 1, 2022, pp. 2-34.

Bertolini, A.: "Artificial intelligence does not exist! Defying the technology-neutrality narrative in the regulation of civil liability for advanced technologies", *Europa dir. priv.*, 2022, 2, pp. 369-420.

Bianca, C. M.: "La responsabilità", *Diritto civile, V*, Giuffrè, Milano, 2021.

Comporti, M.: *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Esi, Napoli, 1965.

Giorgini, E.: "Algorithms and Law", *ItaLJ*, 2019, 1, pp. 131-149.

Gorassini, A.: "Il valore della cultura giuridica digitale", *Tecn. Dir.*, 2021, 2, pp. 38-51.

Ferrari, M.: "Progresso tecnologico, macchine intelligenti e autonomia robotica: la «percezione» del rischio a fondamento delle tutele assicurative e di sicurezza sociale", *Il Foro it.*, 2021, V, pp. 263 ss.

Finocchiaro, G.: "Intelligenza artificiale e responsabilità, *Contr. e impresa*, 2020, 2, pp. 716 ss.

Kuhn, T. S.: *The structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago, 1962.

Pagallo, U.: *The Law of robots. Crimes, Contract and Torts*, Springer, Heidelberg, 2013.

Perlingieri, C.: "L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici", *Rass. dir. civ.*, 4, 2015, pp.1235 ss.

Perlingieri, P.: "Attività e responsabilità", *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, *IV,* Esi, Napoli, 2020.

Perlingieri, P.: "Presentazione", *AA.VV. Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità, Atti del 15° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C. Napoli 14-15-16 maggio 2020* (coord. by Id., Giova S., Prisco I.), Esi, Napoli, 2020, p. VII ss.

Procida Mirabelli Di Lauro A.: "Le intelligenze artificiali fra responsabilità e sicurezza sociale", *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità, Atti del 15° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C. Napoli 14-15-16 maggio 2020* (coord. by Perlingieri P., Giova S., Prisco I.), pp. 297 ss.

Rodotà, S.: *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964.

Ruffolo, U.: "Intelligenza Artificiale e diritti della persona: le frontiere del "transumanesimo"", *Giuri. it.*, 2019, 7, pp. 1658-1670.

Ruffolo, U.: "Responsabilità da produzione e gestione di AI self Learning", *AA.VV. Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità. Atti del 15° Convegno Nazionale della SISDiC,* (coord. by Perlingieri P., Giova S.; Prisco I.), Esi, Napoli, 2020, pp. 233 ss.

Teubner, G.: *Soggetti giuridici digitali*, Esi, Napoli, 2019.

Trimarchi, P.: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961.

Venezian, G.: "Studi delle obbligazioni", *Opere giuridiche di Giacomo Venezian*, (coord. by family and R. Accademia delle scienze di Bologna) I, Athenaeum, Roma, 1919.

Zellini, P.: *La matematica degli dei e gli algoritmi degli uomini*, Adelphi, Milano, 2016.

O CONSUMIDOR DE SEGUROS NA ERA DO BIG DATA: DESAFIOS DA ATUAL REGULAMENTAÇÃO EUROPEIA FRENTE ÀS TÉCNICAS DE DEFINIÇÃO DE PERFIS, APRENDIZAGEM DE MÁQUINA E DECISÕES AUTOMATIZADAS

THE INSURANCE CONSUMER IN THE BIG DATA ERA: CURRENT EUROPEAN REGULATION CHALLENGES IN THE FACE OF PROFILING TECHNIQUES, MACHINE LEARNING AND AUTOMATED DECISION-MAKING

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 2134-2163

Glauto LISBOA
MELO JUNIOR

ARTIGO SUBMETIDO: 14 de octubre de 2022
ARTIGO APROVADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMO: O setor de seguros, com maior ênfase que em outros mercados, incorpora técnicas próprias da era do *Big Data*. O uso destas técnicas acarreta diferentes impactos aos direitos e interesses dos consumidores. Este artigo visa analisar, sob o atual regramento da União Europeia, as diversas implicações legais e pontos para discussão de se aplicar o aprendizado de máquina, definir perfis de consumidores ou tomar decisões automatizadas no ramo de seguros. Procura ainda oferecer uma precisão desses conceitos partindo da reconstrução de sua compreensão à luz de uma interpretação normativa sistemática. Privilegia ainda a exploração de temas ligados ao uso dessas novas tecnologias, como causalidade, correlação, leis antidiscriminação e discriminação algorítmica, precificação e da noção de consumidor médio.

PALAVRAS CHAVE: Novas tecnologias; contratos de seguro; consumidores; aprendizado de máquina; definição de perfis; decisões automatizadas; causalidade e correlação; discriminação; precificação; consumidor médio.

ABSTRACT: *The insurance industry, with greater emphasis than in other markets, incorporates new techniques of the Big Data era. The application of these techniques has different impacts on the rights and interests of consumers. This article aims to analyze, under the current European Union regulations, the various legal implications and debating points when applying machine learning, profiling consumers or automated decision-making in the insurance business. The objective is also to offer a precision of these concepts starting from the reconstruction of their understanding in the light of a systematic normative interpretation. The study also focuses on the exploration of themes linked to the use of these new technologies, such as causality, correlation, antidiscrimination laws and algorithmic discrimination, pricing and the standard of average consumer.*

KEY WORDS: *New technologies; insurance contracts; consumers; machine learning; profiling; automated decisions; causality and correlation; discrimination; pricing; average consumer.*

SUMÁRIO.- I. INTRODUÇÃO. - II. CONCEITUAÇÕES IMPORTANTES. - 1. Definição de perfis. - 2. Aprendizado de máquina. - 3. Tomada de decisão automatizada. - III. COLETA DE INFORMAÇÕES: CONFLITOS FRENTE ÀS DECISÕES TOMADAS COM BASE NA APRENDIZAGEM DE MÁQUINAS E À FORMAÇÃO DE PERFIS DE CONSUMIDORES. - 1. Diferenças entre a causalidade e a correlação. - 2. Possibilidade de extração de informações com base em correlações. - IV. AS CONDIÇÕES DO RGPD PARA A APLICAÇÃO DE TOMADA DE DECISÃO AUTOMATIZADA NO ÂMBITO DO SETOR DE SEGUROS. - 1. Momento da aplicação das condições previstas no RGPD para a tomada de decisão automatizadas. - *A) Consequências legais ou outras consequências materiais para o cliente. - B) Nenhum envolvimento humano.* - 2. Condições que devem ser satisfeitas na tomada de decisões automatizada. - *A) Motivos válidos para tomada de decisão automatizada. - B) Nenhum uso de categorias especiais de dados. - C) Direito à intervenção humana e oportunidade de contestar a decisão.* - V. DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS E A RECUSA DE FORNECIMENTO COM BASE NO PERFIL. - 1. Discriminação de preços com base no que o cliente está disposto a pagar. - 2. Discriminação de preços com base nas características do cliente. - VI. A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVOS RACIAIS, ÉTNICOS, DE GÊNERO, RELIGIÃO E OUTROS APLICADA AO APRENDIZADO DE MÁQUINA. - 1. Discriminação devido a erros no engajamento do algoritmo. - 2. Discriminação por um algoritmo porque certos grupos têm de fato características estatisticamente corretas. - VII. A DEFINIÇÃO DE PERFIS E O SEU IMPACTO NO CONCEITO DE CONSUMIDOR MÉDIO. - VIII. CONCLUSÃO.

I. INTRODUÇÃO.

Big Data é um termo que descreve o grande volume de dados, estruturados ou não, que diariamente são produzidos e podem ser aproveitados por um determinado segmento do mercado[1]. A quantidade de dados é menos importante do que o uso que as organizações fazem deles. Esses grandes dados são, em princípio, analisados em busca de descobertas que propiciem melhores decisões e estratégias corporativas.

Nesse contexto, como não poderia deixar de ser, os grandes dados também desempenham um papel cada vez mais importante no setor de seguros. É cada vez mais frequente que as seguradoras passem a utilizar *Big Data* para entender melhor o comportamento dos seus clientes, identificar riscos e precisar preços dos produtos. Além disso, os grandes dados estão ajudando as seguradoras a detectar e prevenir fraudes, e até a melhorar o atendimento ao cliente[2].

Dentre as novas técnicas orientadas por dados que são assimiladas pelo setor de seguros, temos o uso de aprendizagem de máquina, ou *machine learning*, que

1 Miragem, B., Petersen, L.: "O Contrato de Seguros e a Lei Geral de Proteção de Dados", *Revista dos Tribunais*, 2020, v. 109, núm. 1018, pp. 61-106.

2 Thouvenin, F., Suter, F., George, D., Weber, R. H.: "Big Data in the insurance industry: Leeway and limits for individualising insurance contracts", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law,* Universitätsverlag Göttingen, 2019, v. 10, núm. 2, pp. 209-243.

• Glauto Lisboa Melo Junior
Dottorando di Ricerca nell´Università degli Studi di Perugia
glauto.lisboamelojunior@studenti.unipg.it

permite às companhias de seguros automatizar o processo de subscrição, que é a avaliação de risco para a fixação de prêmios. Isso é feito por meio de algoritmos para processar grandes quantidades de dados a fim de identificar padrões e tendências. Esses dados podem ser obtidos de uma variedade de fontes, incluindo mídias sociais, registros financeiros e históricos de sinistros. O uso de *machine learning* pode contribuir à precisão da subscrição no seguro, bem como tornar o processo de contratação mais rápido e mais eficiente. Além disso, as seguradoras têm realizado a definição de perfis (*profiling*) para visar grupos determinados de clientes. Isso envolve o uso dos dados para identificar características que estão associadas a um risco maior ou menor de sinistros, por exemplo. Essas informações podem então ser usadas para direcionar o marketing e os preços a esses grupos específicos. No mesmo passo, as companhias de seguros fazem uso de decisões automatizadas. Isso envolve o uso de algoritmos para tomar decisões sobre preços e avaliação de riscos com base em dados[3].

O uso de algumas destas técnicas tem um impacto relativamente baixo em relação aos direitos e interesses dos envolvidos. Por exemplo, as seguradoras comumente utilizam técnicas de aprendizado de máquina para gerir formas simples de relacionamento, como determinar se um cliente prefere ser contatado por telefone, e-mail ou carta. Maior impacto, no entanto, haverá quando as companhias passarem a usar essas técnicas para determinar quando e quais produtos podem ser relevantes para um cliente[4]. Por exemplo, utilizar *machine learning* para descobrir quando o cliente compra uma nova casa ou automóvel, o nascimento de um filho e, portanto, muito provavelmente tenderá a precisar de um novo produto ou serviço securitário. Um próximo nível é alcançado por empresas que poderão fazer uso estratégico dessas novas tecnologias de um modo até então pouco conhecido. Por exemplo, modular suas ofertas a partir do momento do dia e do meio pelo qual os clientes as procuram, de modo a estimar dinamicamente diferentes níveis de risco e precificação[5].

Este artigo visa, portanto, analisar, no âmbito das regras estabelecidas pela União Europeia, as diversas implicações legais e pontos para discussão de se aplicar

3 Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (EIOPA), *Artificial Intelligence governance principles, towards ethical and trustworthy Artificial Intelligence in the European insurance sector : a report from EIOPA´s Consultative Expert Group on Digital Ethics in insurance*, Publications Office, 2021, Disponível em https://data.europa.eu/doi/10.2854/49874 . Acesso em 22 de novembro de 2022.

4 Colombo,C., Fachinni Neto, E.: "Decisões automatizadas em matérias de perfis e riscos algorítmicos: diálogos entre Brasil e Europa acerca dos direitos das vítimas de dano estético digital", em AA.VV. *Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias* (coord. por G. Magalhães Martins e N. Rosenvald), Editora Foco, Indaiatuba, SP, 2020, pp. 163-183.

5 Balasubramanian, R., Libarikian, A., McElhaney, D.: "Insurance 2030 – The impact of AI on the future of insurance", *McKinsey's Insurance Practice*, março 2021, pp. 1-10. Disponível em https://www.mckinsey.com/industries/financial-services/our-insights/insurance-2030-the-impact-of-ai-on-the-future-of-insurance . Acesso em 22 novembro 2022.

o aprendizado de máquina, traçar perfis de consumidores ou tomar decisões automatizadas no ramo de seguros.

Essas novas técnicas da era do *Big Data*, por certo, são também aplicadas em outras ramos e atividades empresariais. Todavia, o setor de seguros é particularmente afetado porque historicamente sempre dependeu da coleta e análise de grandes quantidades de dados para seu bom funcionamento[6].

Em muitos momentos neste artigo opta-se por dar preferência ao uso da expressão "cliente", já que este é um termo legalmente indefinido, sobretudo para fins do direito da União Europeia[7]. Além disso, o escopo da proteção dos diferentes tipos de normas a serem consideradas aqui diferem entre si. Neste sentido, o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, conhecido como "RGPD", tutela, em linha de princípio, as pessoas físicas[8], independentemente de estarem atuando no curso de seus negócios ou profissão[9]. De outro lado, a Diretiva (UE) 2016/97 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de janeiro de 2016 sobre a distribuição de seguros se aplica a clientes-consumidores[10].

Para melhor ordenar as ideias e temas enfrentados, o presente artigo seguirá uma estruturação em tópicos. No tópico II, são expostos os termos técnicos relevantes. Há uma explicação sobre o que se entende por definição de perfil, aprendizado de máquina e tomada de decisão automatizada. Em seguida, abordar-se-á as várias complicações decorrentes da aplicação destas técnicas pelas empresas no relacionamento com seus clientes. A primeira complicação a ser

6 Armbrüster, C; Hacker, P.: "Datenprivatrecht", *ZVersWiss*, 2020, núm. 109, pp. 299-303.

7 No direito italiano, por exemplo, a expressão "cliente" consta de diversas disposições do *Testo Unico Bancario* (Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385), mas sempre para definir qualquer indivíduo ou pessoa jurídica que tenha uma relação contratual ou pretenda entrar em um relacionamento com um banco. A definição de cliente não inclui os intermediários financeiros e quaisquer outros sujeitos que realizam atividades de intermediação financeira. Neste sentido: Proto, A.: "La trasparenza nei rapporti banca-cliente", em AA.VV. *L'attività delle banche: operazioni e servizi* (coord. por A. Proto), G. Giappichelli Editore, Turim, 2018, pp. 47-71.

8 Art. 1°, 1, do RGPD: "O presente regulamento estabelece as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados".

9 Na verdade, o conceito de consumidor não aparece em lugar algum no texto do RGPD. No entanto, este Regulamento também se aplica às relações de consumo, tendo há muito estabelecido padrões para a concepção e regulamentação do direito do consumidor no mercado digital do consumidor. Ao mesmo tempo, as normas e valores do RGPD têm, sabidamente, um efeito profundo no direito privado e do consumidor europeu. Ver: D´ippolito, G.: "Evoluzione della disciplina consumeristica e rapporto con la normativa sulla protezione dei dati personali", em AA.VV. (coord. por Consumers' Forum e Università degli Studi Roma Tre), *Consumerism 2019. Dodicesimo rapporto annuale. Dal codice del consumo al Digital Service Act. Quella dal consumatore al cittadino digitale è vera evoluzione?*, 2019, pp. 70-80. Disponível em https://www.consumersforum.it/files/eventi/2019/CF_Consumerism-2019.pdf . Acesso em 22 de novembro de 2022.

10 Marano, P.: "Management of Distribution Risks and Digital Transformation of Insurance Distribution – A Regulatory Gap in the IDD," *Risks*, MDPI, 2021, v. 9(8), pp. 1-11; Amodio, A.: "La Direttiva (UE) 2016/97 e il regime informativo a tutela del consumatore", *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti Pubblici*, 2018, núm. 4, pp. 63-78.

discutida aparece no tópico III, já que estas novas técnicas dependem mais da correlação (conexão casual) que da causalidade (conexão necessária). E ao que parece a legislação de muitos Estados-Membros não está preparada para garantir que as decisões relativas aos clientes sejam tomadas com base na correlação, em detrimento da causalidade. No tópico IV discute-se acerca de quais condições devem ser satisfeitas sob a vigência do RGPD para que a tomada de decisão automatizada seja permitida. Também se discute quais as implicações práticas que o citado Regulamento UE tem para os possíveis modelos de negócios das empresas de seguros. No ponto V, discute-se a discriminação de preços. Se os clientes são mais conhecidos através da aplicação das novas técnicas, isso nem sempre será vantajoso para eles. As empresas podem tentar cobrar mais de alguns clientes ou recusar outros. Na literatura econômica, isto é referido como discriminação de preços. No tópico VI, discute-se quando há discriminação proibida no sentido jurídico – por exemplo, com base em critérios étnicos – na tomada de decisão automatizada. Em essência, a questão posta é: como pode ser determinado que um computador discrimina? No tópico VII, aborda-se brevemente a questão do que significa para o conceito de "consumidor médio", frequentemente utilizado no direito do consumidor, se a companhia seguradora é capaz de visar segmentos específicos de clientes através da definição de perfis. As considerações finais vêm apresentadas no tópico final VIII.

II. CONCEITUAÇÕES IMPORTANTES.

1. Definição de perfis.

O RGPD traz uma definição sobre perfil que pode ser extraída da seguinte passagem: "qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais para avaliar aspetos pessoais relativos a uma pessoa singular, em especial a análise e previsão de aspetos relacionados com o desempenho profissional, a situação económica, saúde, preferências ou interesses pessoais, fiabilidade ou comportamento, localização ou deslocações do titular dos dados"[11].

De acordo com o Grupo de Trabalho do Artigo 29º para a Proteção de Dados[12], a definição de perfis envolve essencialmente o seguinte[13]: (i) são coletadas informações sobre um indivíduo; (ii) suas características e padrões

11 Excerto do Considerando 71 do Regulamento (UE) 2016/679.

12 Este grupo de trabalho foi instituído ao abrigo do artigo 29º da revogada Diretiva 95/46/CE. Trata-se de um órgão consultivo europeu independente em matéria de proteção de dados e privacidade. As suas atribuições encontram-se descritas no artigo 30º da Diretiva 95/46/CE e no artigo 15º da Diretiva 2002/58/CE.

13 *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*, adotadas em 3 de outubro de 2017 e com a última redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018, p. 7. Disponível em https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053/en (versão em português). Acesso em 22 de novembro de 2022.

de comportamento são analisados; (iii) o indivíduo é colocado em um grupo ou categoria de indivíduos similares; (iv) com base nisso, suas capacidades são avaliadas ou são feitas previsões.

A ideia é que as pessoas são parecidas. Se o indivíduo *A* for semelhante ao indivíduo *B* nas características *1, 2* e *3*, então é plausível que se o indivíduo *B* tiver a característica *4*, o indivíduo *A* também apresentará esta característica *4*. Um exemplo: se você comprou os livros *5*, *6* e *7* do site Amazon e outro cliente comprou os livros *5, 6, 7* e *8*, é provável que você também vai gostar do livro *8*. A Amazon poderá então decidir recomendar a você este livro *8*. Um outro exemplo menos agradável é o seguinte: o cliente *A* tem as características *1, 2* e *3*. O cliente *B* também tinha estas mesmas características *1, 2* e *3* e em algum momento envolveu-se em acidentes de trânsito com consequências graves ou mesmo teve sua carteira de motorista suspensa por ter sido flagrado sob o efeito de álcool. O cliente *A* então não obtém a renovação de seu seguro ou, se conseguir obtê-la, terá uma substancial majoração do preço da apólice. Assim, dependendo de como o perfil é utilizado, ele pode ter mais ou menos impacto para o cliente.

2. Aprendizado de máquina.

O "aprendizado de máquina"[14] é um conjunto de técnicas e ferramentas que permitem aos computadores encontrar padrões em grandes dados[15].

Com base nos padrões que descobre nos dados, o computador pode responder perguntas, fazer previsões ou tomar decisões. É, pois, uma tecnologia voltada à aplicação de algoritmos que aprendem a partir de dados[16].

Um exemplo bem conhecido é que os computadores podem determinar se uma imagem representa uma bicicleta. O computador "aprendeu" isto através da análise de muitas fotos que as pessoas indicaram mostrando exatamente uma bicicleta, este maravilhoso velocípede de duas rodas que todos nós conhecemos. Posteriormente, o computador também pode reconhecer fotos de uma

14 O surgimento da expressão "aprendizado de máquina" é comumente atribuído a Arthur Lee Samuel que em julho de 1959 publicou "Some Studies in Machine Learning Using the Game of Checkers", *IBM Journal of Research and Development*, Riverton, NJ, 1959, v. 3, núm. 3, pp. 210-229. Neste trabalho, A. L. Samuel demonstrou que as máquinas podem aprender com erros passados, um dos primeiros exemplos de computação não-numérica, de acordo com Hook, D. H., Norman, J. M.: "Origins of Cyberspace: A Library on the History of Computing and Computer-Related Telecommunications, *Historyofscience.com*, Novato, CA, 2002, núm. 874 *apud Jeremy Norman's HistoryofInformation.com Exploring the History of Information and Media through Timelines*. Disponível em https://www.historyofinformation.com/detail.php?id=779 . Acesso em 22 novembro 2022.

15 Conceituação adotada, dentre outras, pela autoridade de proteção de dados do Reino Unido. Ver Information Commissioner's Office, *Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection*, versão 2.2, 2017, p. 6. Disponível em https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/2013559/big-data-ai-ml-and-data-protection.pdf . Acesso em 22 de novembro de 2022.

16 Nilsson, N. J.: *Introduction to Machine Learning: An Early Draft of a Proposed Textbook*, Stanford University, Stanford, CA, 1998, p. 1.

bicicleta sem ser informado. Um computador não precisa ser informado com antecedência sobre o que procurar, mas pode aprender isso por si mesmo[17]. Por exemplo, um humano pode raciocinar que a probabilidade de um cliente não pagar seu financiamento imobiliário aumenta à medida que a quantidade de suas economias diminui. Ele pode então fazer o computador pesquisar clientes com contas de investimento cujos saldos estão diminuindo. Isto é automação, mas não aprendizagem de máquina. O computador apenas executa ações totalmente pensadas com antecedência pelo ser humano[18]. Entretanto, um humano também pode dar ao computador uma grande quantidade de dados sobre clientes. O computador pode então encontrar nesses dados padrões, correlações ocultas ou implícitas, que um humano não encontraria imediatamente ou jamais conseguiria fazê-lo. Por exemplo, o computador pode descobrir que clientes que remodelaram seus imóveis instalando uma piscina no jardim, apresentam um percentual mais alto de problemas com o pagamento de empréstimos pessoais um ano depois. Ou ainda mais correlações inusitadas, que, portanto, nem saberíamos dizer. Assim, o computador aprende coisas novas e surpreende o ser humano. O aprendizado da máquina e a criação de perfis muitas vezes andam juntos, mas não é necessariamente assim[19]. Por exemplo, a aprendizagem de máquinas também pode ser usada para examinar a conexão entre os dias da semana, o clima, várias outras variáveis e a ocorrência de congestionamentos no trânsito. Como não são extraídas conclusões sobre pessoas identificáveis, não há um perfil envolvido.

3. Tomada de decisão automatizada.

A tomada de decisão automatizada não vem definida pelo RGPD. Não obstante, sua conceituação é aportada pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29º [20]. Em essência, é qualquer decisão que não envolva um ser humano e que se baseie em dados relativos a uma pessoa física. Esta pode ser uma decisão simples. Por exemplo, o processo pelo qual um cidadão é multado por excesso de velocidade em relação a um radar eletrônico de velocidade é totalmente automatizado. No entanto, esta decisão automatizada também pode ser baseada na definição de perfis ou no aprendizado de máquinas. Um exemplo de tomada de decisão automatizada baseada em perfis é: a seguradora tem acesso aos dados dos radares

17 De acordo com Tom M. Mitchel, *"[d]iz-se que um programa de computador aprende com a experiência E em relação a alguma classe de tarefas T e medida de desempenho P, se seu desempenho em tarefas em T, medido por P, melhora com a experiência E" [tradução nossa] (in* Mitchel, *T. M.: Machine Learning,* McGraw-Hill, New York, 1997, p. 3)

18 Nersessian, D; Mancha, R.: "From Automation to Autonomy: Legal and Ethical Responsibility Gaps in Artificial Intelligence Innovation", *Michigan Technology Law Review*, 2020, v. 27, núm. 1, pp. 55-96.

19 Por todos, ver Van Otterlo, M.: "A Machine Learning View on Profiling", em AA.VV.: *Privacy, Due Process and the Computational Turn: The Philosophy of Law Meets the Philosophy of Technology* (coord. por M. Hildebrandt e K. De Vries), Routledge, London, 2013, pp. 41-64.

20 *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*, adotadas em 3 de outubro de 2017 e com a última redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018, pp. 8-9. Disponível em https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053/en (versão em português). Acesso em 14 de novembro de 2022.

e controladores eletrônicos de trânsito, o computador é instruído a rejeitar automaticamente qualquer cliente com mais de quatro multas de trânsito em um período determinado de tempo – em um ano, por exemplo - para fins de um seguro de vida, porque as estatísticas revelam que as pessoas que dirigem agressivamente muitas vezes também se envolvem em outros comportamentos indesejáveis, havendo risco maior de morte prematura ou incapacidade parcial ou total para o trabalho[21].

III. COLETA DE INFORMAÇÕES: CONFLITOS FRENTE ÀS DECISÕES TOMADAS COM BASE NA APRENDIZAGEM DE MÁQUINAS E À FORMAÇÃO DE PERFIS DE CONSUMIDORES.

Uma primeira complicação com a aprendizagem de máquinas e a definição de perfis é que os padrões de coleta de informações no contexto dos seguros assumem relações causais. Entretanto, a essência da formação de perfis e da aprendizagem de máquinas é a correlação. Isto significa que as decisões tomadas com base no perfil e na aprendizagem de máquinas podem não atender aos padrões legais atuais.

1. Diferenças entre a causalidade e a correlação.

Os conceitos de uma e outra remetem geralmente às ciências matemáticas e econômicas[22]. No entanto, em termos básicos, podemos dizer que embora a correlação e a causalidade possam dar-se ao mesmo tempo, a correlação não implica causalidade. Esta última aplica-se aos casos em que uma ação *A* causa necessariamente o resultado *B*.

De fato, na causalidade existe uma relação lógica, de causa, entre *A* e *B*. Um exemplo de relação causal: quando o ciclista pedala (causa *A*), a sua bicicleta começa a se mover (consequência *B*). Em correlação, *A* e *B* frequentemente as situações se fazem ou se realizam ao mesmo tempo, mas não é sempre claro que *A* causa *B*. Assim, o que é considerado nas correlações é a existência de relações estatísticas. Não se trata, portanto, de apurar relações determinísticas, que são reservadas à causalidade[23].

21 Esta questão, por óbvio, suscita outros debates e problemas na doutrina jurídica, em especial quanto à discriminação algorítimica. Ver Pasquale, F.: *The black box society: the secret algorithms that control money and information*, Harvard University Press, Cambridge, 2015, pp. 26-30; e Junqueira, T.: *Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2020, *passim.*

22 Para maior aprofundamento, veja-se Patrício, M.: "Correlações e causalidade: breves reflexões numa perspectiva económica", *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 2016, ano 2, n. 4, pp. 1347-1380.

23 Patrício, M.: "Correlações e causalidades", cit., p. 1359.

Um exemplo bem conhecido para esclarecer a correlação: por meio de ferramentas disponibilizadas pelo Google é possível usar a aprendizagem da máquina para prever um novo surto de sarampo. Isto porque este é o caso quando são feitas mais buscas no Google para a palavra "sarampo". Entretanto, todos entenderão que estas buscas não causam nenhuma epidemia da doença. Se você procurar no Google a palavra "sarampo" incontáveis vezes e durante muitos dias, isso não fará com que você seja infectado. Ou seja, lançar no Google a palavra sarampo (evento *A*) e uma epidemia de sarampo (evento *B*) frequentemente ocorrem de modo simultâneo (*i.* e., correlação), mas *A* não pode ser definida como causa de *B*.

Sabe-se que atualmente os algoritmos são capazes de reunir e analisar dados de múltiplas fontes, mesmo que sequer saibamos[24] Um exemplo hipotético de perfil baseado em correlação do setor de seguros poderia ser quando uma companhia estabelece diferença entre os perfis de risco das pessoas que buscam seus serviços via e-mail, aplicativos de celular ou sítio eletrônico. A hora do dia em que o formulário de solicitação é enviado pode representar algo, assim como o tempo que o cliente despende preenchendo o formulário-padrão. Qualquer pessoa vai entender que o fato de uma pessoa escolher preencher um formulário à tarde e não à noite, ou somente durante um feriado, não determina o risco maior ou menor daquela pessoa ao seguro pretendido. Um consumidor que tomou ciência dos termos de uso e política de privacidade de uma Companhia *A* que oferece produtos on-line, e decidiu preencher o formulário durante o horário em que deveria estar dormindo, não apresenta, portanto, um risco maior de morrer prematuramente. Aparentemente, porém, é verdade que as pessoas que procuram um seguro de vida ou seguro de acidentes em um determinado dia da semana ou horário geralmente têm certas características que as tornam aparentemente mais organizadas, cuidadosas ou saudáveis que outras. Assim, embora exista uma correlação entre quando as pessoas preenchem e enviam suas propostas de seguro e a maior ou menor expectativa de vida, não existe uma relação de causalidade.

2. Possibilidade de extração de informações com base em correlações.

Para análise desse ponto é necessário ampliar as noções sobre a possibilidade de as empresas conhecerem seus clientes através de perfis e aprendizado de máquinas.

24 Um interessante e, até certo ponto, aterrador panorama dessa potencialidade algorítima foi anunciada em matéria jornalística veiculada em 2018 pela agência de notícias BBC News Brasil, em Duarte, F.: "Nove algoritmos que podem estar tomando decisões sobre sua vida - sem você saber". Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/geral-42908496 . Acesso em 22 de novembro de 2022.

Atualmente, os seres humanos limitam-se a considerar as informações que a mente humana facilmente compreende, tais como informações sobre renda, dívidas, composição familiar, histórico médico dos indivíduos etc. Entendemos quais as conclusões sobre a solvência ou a expectativa de vida do cliente podem ser tiradas a partir destas informações. Compreendemos que um cliente é fumante e sedentário (causa *A*), e que isto possivelmente o levará a uma doença incapacitante em poucos anos (consequência *B*). As correlações são mais difíceis de entender. Podemos concluir que há um maior risco de morte prematura porque o cliente viveu em um código postal que corresponda a uma região periférica da sua cidade, apresentou sua proposta de seguro tarde da noite por meio de um aplicativo de celular, houve erros ortográficos no formulário por ele preenchido e os seus amigos mais próximos do Facebook não têm bons empregos? O elo causal entre estas informações e os riscos a serem considerados na subscrição de produtos securitários não é tão forte – nem completamente ausente -, mas é possível que na prática estas informações sejam um melhor preditor[25] da maior expectativa de vida do cliente ou de sua capacidade de pagar suas contas no futuro do que sua renda comprovada e seus hábitos de vida atuais declarados[26].

Nesse cenário, é preciso ampliar a compreensão sobre métodos alternativos de avaliação do cliente, mesmo que nós, baseados em nossa limitada compreensão humana, não entendamos a lógica e não possamos detectar inteiramente os elos causais presentes no método de operação. A condição, entretanto, é que a empresa fornecedora dos produtos e serviços ofertados possa demonstrar que estes métodos alternativos, no mais das vezes, definam e caracterizem o cliente tal qual seria possível pelos métodos usuais. É admissível, por óbvio, que em um ou outro caso concreto, o método alternativo falhe. Afinal, mesmo o método comum, se comparado com o método alternativo, não está livre de erros e poderá caracterizar os clientes pior do que o método alternativo.

IV. AS CONDIÇÕES DO RGPD PARA A APLICAÇÃO DE TOMADA DE DECISÃO AUTOMATIZADA NO ÂMBITO DO SETOR DE SEGUROS.

O RGPD estabelece condições para a aplicação da tomada de decisão automatizada. É preciso discutir, assim, quando estas condições se aplicam, para depois examinar estas condições e eventuais entraves que podem ser esperados na prática no setor de seguros.

25 Sobre análises preditivas, ver Mühlhoff, R.: "Predictive privacy: towards an applied ethics of data analytics", *Ethics and Information Technology* , 2021, v. 23, núm. 4, pp. 675-690.

26 Nesse sentido, uma recente pesquisa que avalia um modelo baseado em rede de inteligência artificial para prever os prêmios dos seguros de saúde, em Kaushik, K., Bhardwaj, A., Dwivedi, A.D., Singh, R.: "Machine Learning-Based Regression Framework to Predict Health Insurance Premiums", *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2022, v. 19, 2022, 7898.

1. Momento da aplicação das condições previstas no RGPD para a tomada de decisão automatizada.

O RGPD associa condições rígidas à tomada de decisão automatizada se duas circunstâncias a serem discutidas abaixo forem atendidas. Na ausência destas circunstâncias, as condições discutidas não se aplicam.

A) Consequências legais ou outras consequências materiais para o cliente.

A primeira circunstância a considerar é se há consequências jurídicas associadas a esta tomada de decisão, ou se esta mesma tomada de decisão afeta o cliente de outra forma significativa[27].

Quando uma decisão afeta o cliente de forma significativa não é exatamente claro. O Considerando 71 do RGPD só menciona como exemplo "a recusa automática de um pedido de crédito por via eletrônica"[28]. Uma primeira interpretação possível é que o cliente será significativamente afetado por uma decisão em particular se a seguradora estiver agindo como contraparte desse cliente, ou seja, nas decisões sobre a contratação[29]. Uma decisão de uma

27 É o que dispõe o artigo 22° (1), do RGPD: "O titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar". Ao depois, mesmo que a tomada de decisão automatizada não afete significativamente o cliente, várias obrigações de transparência são aplicadas aos casos de contratação de crédito ou seguros. Ver Grupo de Trabalho do Artigo 29° para a Proteção de Dados, *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*, adotadas em 3 de outubro de 2017 e com a última redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018, pp. 23-25. Disponível em https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053/en (versão em português). Acesso em 14 de novembro de 2022.

28 Considerando 71: "O titular dos dados deverá ter o direito de não ficar sujeito a uma decisão, que poderá incluir uma medida, que avalie aspetos pessoais que lhe digam respeito, que se baseie exclusivamente no tratamento automatizado e que produza efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou o afetem significativamente de modo similar, como a recusa automática de um pedido de crédito por via eletrónica ou práticas de recrutamento eletrónico sem qualquer intervenção humana. Esse tratamento inclui a definição de perfis mediante qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais para avaliar aspetos pessoais relativos a uma pessoa singular, em especial a análise e previsão de aspetos relacionados com o desempenho profissional, a situação económica, saúde, preferências ou interesses pessoais, fiabilidade ou comportamento, localização ou deslocações do titular dos dados, quando produza efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou a afetem significativamente de forma similar. No entanto, a tomada de decisões com base nesse tratamento, incluindo a definição de perfis, deverá ser permitida se expressamente autorizada pelo direito da União ou dos Estados-Membros aplicável ao responsável pelo tratamento, incluindo para efeitos de controlo e prevenção de fraudes e da evasão fiscal, conduzida nos termos dos regulamentos, normas e recomendações das instituições da União ou das entidades nacionais de controlo, e para garantir a segurança e a fiabilidade do serviço prestado pelo responsável pelo tratamento, ou se for necessária para a celebração ou execução de um contrato entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento, ou mediante o consentimento explícito do titular. Em qualquer dos casos, tal tratamento deverá ser acompanhado das garantias adequadas, que deverão incluir a informação específica ao titular dos dados e o direito de obter a intervenção humana, de manifestar o seu ponto de vista, de obter uma explicação sobre a decisão tomada na sequência dessa avaliação e de contestar a decisão. Essa medida não deverá dizer respeito a uma criança".

29 Neste sentido, consultar o Grupo de Trabalho do Artigo 29° para a Proteção de Dados, *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*, adotadas em 3 de outubro de 2017 e com a última redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018, p. 11. Consultar também as *Guidelines for identifying a controller or processor's lead supervisory authority*, 5 april 2017, pp. 11-12. Disponível em https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=44102 . Acesso em 22 de novembro de 2022. Importante referir que em 10 de outubro de 2022, o Comitê Europeu para a

seguradora não fornecer um produto ou apenas a um preço desfavorável pode significar que o cliente acabe pagando mais ou que o produto financeiro não possa comprá-lo de forma alguma.

Entretanto, quando a empresa age como consultora ou intermediária em nome do cliente – uma corretora, por exemplo – é pouco provável que este cliente seja afetado significativamente pela tomada de decisões automáticas. Afinal de contas, um cliente pode sempre optar por desconsiderar a orientação ou procurar outro intermediário. Além disso, os interesses de um intermediário/consultor geralmente são paralelos aos do cliente, enquanto uma parte que vende um produto ao cliente pode ter um interesse conflitante. Portanto, as regras sobre tomada de decisão automatizada geralmente não se aplicam se à empresa que estiver em uma função consultiva ou intermediária, mas frequentemente o fazem se ela oferecer um produto financeiro ao cliente na condição de contraparte.

Ao depois, deve-se ter presente que nem toda decisão relativa a um produto financeiro tem um impacto significativo sobre o cliente. A decisão de oferecer uma apólice de seguro-viagem com uma tarifa um pouco mais cara é de ordem diferente da decisão de cobrar juros extras em um financiamento imobiliário de médio e longo prazo.

B) Nenhum envolvimento humano.

A segunda circunstância é que nenhum ser humano está envolvido na tomada de decisão. Entretanto, o simples envolvimento formal de um ser humano em uma decisão é insuficiente[30]. Assim, uma empresa só é excluída das obrigações associadas à tomada de decisão automatizada se as decisões do computador forem endossadas por uma pessoa que realmente faz sua própria avaliação. A fim de fazer esta avaliação, o ser humano também terá que ser capaz de entender qualquer orientação passada pelo computador, o que nem sempre é fácil no caso de decisões baseadas no aprendizado da máquina.

Proteção de Dados (European Data Protection Board - EDPB) adotou as *Guidelines 8/2022 on identifying a controller or processor's lead supervisory authority*, disponível em https://edpb.europa.eu/system/files/2022-10/edpb_guidelines_202208_identifyinglsa_targetedupdate_en.pdf . Trata-se de uma versão atualizada das Diretrizes WP244 (rev.01) anteriores, que foram adotadas em 13 de fevereiro de 2016 pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29° e depois aprovadas pela EDPB em 25 de maio de 2018. O novo texto está sendo submetido a uma breve consulta pública até o dia 2 de dezembro de 2022. Ver páginas 13 a 14.

30 Grupo de Trabalho do Artigo 29° para a Proteção de Dados, *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*, adotadas em 3 de outubro de 2017 e com a última redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018, pp. 10-11.

2. Condições que devem ser satisfeitas na tomada de decisões automatizada.

Se as duas circunstâncias acima ocorrerem, então a tomada de decisão automatizada só é permitida se todas as quatro condições discutidas abaixo forem atendidas[31].

A) Motivos válidos para tomada de decisão automatizada.

Deve haver um motivo válido para aplicar a tomada de decisão automatizada. O RGPD elenca três fundamentos:

i. a decisão é necessária para a celebração ou a execução de um contrato entre o titular dos dados e um responsável pelo tratamento

Este fundamento não é facilmente satisfeito. A razão para isto é que a necessidade é interpretada de forma estrita[32]. Em particular, um pequeno ganho de eficiência por si só não será suficiente para satisfazer a necessidade[33]. Portanto, terá que haver pelo menos um grande ganho de eficiência para que a empresa possa confiar neste fundamento.

ii. a decisão é autorizada por uma disposição da legislação da União ou da legislação dos Estados-Membros aplicável ao responsável pelo tratamento, que também prevê medidas adequadas para proteger os direitos e liberdades e os legítimos interesses de pessoa titular dos dados.

Este poderia ser especialmente o caso se as transações realizadas no contexto do mercado segurador que forem automaticamente suspensas para impedir a lavagem de dinheiro ou o financiamento do terrorismo[34].

iii. a decisão se baseia no consentimento explícito da pessoa em questão

31 Vide artigo 22 do RGPD.

32 Grupo de Trabalho do Artigo 29° para a Proteção de Dados, *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*, adotadas em 3 de outubro de 2017 e com a última redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018, p. 14. Ver também Information Commissioner's Office, *Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection*, versão 2.2, 2017, p. 35. Disponível em https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/2013559/big-data-ai-ml-and-data-protection.pdf . Acesso em 22 de novembro de 2022.

33 Grupo de Proteção de Dados do Artigo 29°, *Parecer 3/2012 sobre a evolução das tecnologias biométricas*, adotado em 27 de abril de 2012, pp. 8-10. Disponível em https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp193_pt.pdf . Acesso em 22 de novembro de 2022.

34 As regras europeias em matéria de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo são igualmente aplicáveis ao mercado segurador e foram consideravelmente reforçadas nos últimos anos, com a adoção de reformas consecutivas desde 2015, com destaque para as revisões da Diretiva Branqueamento de Capitais (Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015), por meio da Diretiva (UE) 2018/843, de 30 de maio de 2018 e da Diretiva (UE) 2019/2177, de 18 de dezembro de 2019. A propósito, ver Conselho da União Europeia, *Conclusions on an Anti-Money Laundering Action Plan*, de 4 de dezembro de 2018. Disponível em https://www.consilium.europa.eu/media/37283/st15164-en18.pdf . Acesso 22 de novembro de 2022.

O consentimento explícito também não pode ser facilmente obtido pela empresa. Fato é que o consentimento não só deve ser explícito, mas também ser dado livremente. O consentimento não é considerado livre se o cliente não tem escolha real de renunciar ao consentimento. Essa escolha real não existe se o cliente que recusa o consentimento não pode então adquirir o produto ou serviço de nenhum modo ou apenas de forma mais dispendiosa[35]. Se a empresa não puder atender a nenhum desses fundamentos, então a tomada de decisão automatizada não é permitida.

B) Nenhum uso de categorias especiais de dados.

A tomada de decisão automatizada não deve ser baseada em categorias especiais de dados pessoais. O RGPD menciona: origem racial ou étnica, opiniões políticas, crenças religiosas ou filosóficas, filiação sindical, dados genéticos, dados biométricos com o propósito de identificar de forma única uma pessoa, ou dados relativos à saúde, ou dados relativos ao comportamento sexual ou orientação sexual de uma pessoa[36].

Uma exceção a isto é novamente possível se o cliente consente explicitamente ao tratamento destas categorias especiais de dados pessoais ou devido a razões de interesse público substancial[37]. Mesmo se o consentimento for obtido, estas informações não podem ser usadas para discriminar injustificadamente.

Informações úteis sobre a lógica subjacente, assim como a importância e as consequências esperadas desse processamento para o cliente, devem ser fornecidas[38]. Pode ser complicado explicar ao cliente a lógica das decisões

35 Grupo de Trabalho do Artigo 29° para a Proteção de Dados, *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*, adotadas em 3 de outubro de 2017 e com a última redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018, p. 22; EDPB, *Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679*, p. 11. Disponível em https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_pt.pdf . Acesso em 22 de novembro de 2022.

36 RGPD, artigo 9°, 1, RGPD: " É proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa". Ver também Considerandos 51, 71 e 75.

37 Ver RGPD, artigo 9°, 2, alíneas *a, b, c, d,* e, *f, g, h, i, j* e parágrafo 3.

38 RGPD, artigo 14°: "1. Quando os dados pessoais não forem recolhidos junto do titular, o responsável pelo tratamento fornece-lhe as seguintes informações: a) A identidade e os contactos do responsável pelo tratamento e, se for caso disso, do seu representante; b) Os contactos do encarregado da proteção de dados, se for caso disso; c) As finalidades do tratamento a que os dados pessoais se destinam, bem como o fundamento jurídico para o tratamento; d) As categorias dos dados pessoais em questão; e) Os destinatários ou categorias de destinatários dos dados pessoais, se os houver; f) Se for caso disso, o facto de o responsável pelo tratamento tencionar transferir dados pessoais para um país terceiro ou uma organização internacional, e a existência ou não de uma decisão de adequação adotada pela Comissão ou, no caso das transferências mencionadas nos artigos 46° ou 47°, ou no artigo 49°, n° 1, segundo parágrafo, a referência às garantias apropriadas ou adequadas e aos meios de obter cópia das mesmas, ou onde foram disponibilizadas; 2. Para além das informações referidas no n° 1, o responsável pelo tratamento fornece ao titular as seguintes informações, necessárias para lhe garantir um tratamento equitativo e transparente:

automatizadas, mas isto não é, na opinião do Grupo de Trabalho do Artigo 29º, uma desculpa para omiti-la[39].

O Grupo de Trabalho do Artigo 29º considera que o objetivo desta explicação é permitir que os clientes contestem o resultado de uma decisão. Dá como exemplo a explicação que uma empresa que rejeita um pedido de empréstimo deve fornecer[40]: "O responsável pelo tratamento explica que este processo o ajuda a tomar decisões de concessão de empréstimo equitativas e responsáveis. Fornece os dados relativos às principais características consideradas na tomada da decisão, a fonte dessas informações e a sua relevância, o que pode incluir, por exemplo: as informações fornecidas pelo titular dos dados no formulário de pedido; informações sobre a anterior gestão própria da conta, incluindo eventuais atrasos em pagamentos; e informações de registos públicos oficiais, designadamente informações de registos de fraudes e registos de insolvências".

O nível de detalhamento deste dever de explicação pode colocar problemas práticos ao minar a praticidade de certos modelos. Estes envolvem modelos baseados na correlação, não na causalidade.

Com efeito, no exemplo acima mencionado, que bem pode ser adaptado à hipótese de uma contratação de seguro, algumas companhias podem considerar o momento em que o cliente preenche um formulário de proposta de seguro e através de qual canal de aquisição esse cliente chegou até essa companhia. Entretanto, uma vez que um cliente saiba disto, ele ajustará facilmente este comportamento e assim jogará com o sistema. Ele ainda acessará o site da seguradora por um diverso – em vez de utilizar um link de acesso disponibilizado nas redes sociais – e preencherá o formulário em horário comercial, evitando o acesso durante a madrugada.

Não obstante, isso não fará desse cliente um segurado melhor. Em outras palavras, certos sistemas são inúteis se o cliente souber exatamente o que está

[...] g) A existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis referida no artigo 22º, nº 1 e 4, e, pelo menos nesses casos, informações úteis relativas à lógica subjacente, bem como a importância e as consequências previstas de tal tratamento para o titular dos dados".

39 *Parecer 3/2012 sobre a evolução das tecnologias biométricas*, adotado em 27 de abril de 2012, p. 10. O responsável pelo tratamento deve encontrar formas simples de informar o titular dos dados sobre a lógica subjacente ou os critérios em que se baseou para chegar à decisão. O RGPD exige que o controlador forneça informações significativas sobre a lógica envolvida, não necessariamente uma explicação complexa dos algoritmos usados ou a divulgação do algoritmo completo. As informações fornecidas devem, no entanto, ser suficientemente abrangentes para que o titular dos dados entenda os motivos da a decisão. A complexidade não é desculpa para a falta de informação ao titular dos dados. O Considerando 58 do RGPD refere que o princípio da transparência é "especialmente relevante em situações em que a proliferação de operadores e a complexidade tecnológica das práticas tornam difícil que o titular dos dados saiba e compreenda se, por quem e para que fins os seus dados pessoais estão a ser recolhidos, como no caso da publicidade por via eletrônica".

40 *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*, adotadas em 3 de outubro de 2017 e com a última redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018, p. 28.

fazendo. Isto é diferente dos modelos baseados na causalidade. Por exemplo, um segurado que entende que pagará menos prêmio se deixar de fumar e ajustar seu comportamento pagará, com razão, menos a título de prêmio – uma situação, diga-se, quase óbvia, já que o risco de um sinistro sob a apólice de seguro de vida diminuiu. Por isso, não há problemas práticos se o segurado estiver ciente da exata relação exata entre seu comportamento tabagista e o valor do prêmio do seguro pretendido.

C) Direito à intervenção humana e oportunidade de contestar a decisão.

Em um contexto de estabelecimento de garantias, a empresa deve tomar medidas apropriadas para proteger os direitos e liberdades do cliente e os legítimos interesses, incluindo pelo menos o direito à intervenção humana na tomada de decisões, o direito de expressar seu ponto de vista e o direito de contestar a decisão[41].

Existem aqui duas complicações. Primeiro, há a complicação factual de que nas decisões baseadas no aprendizado por máquina, o fator decisivo para uma decisão nem sempre é fácil de identificar, pois a lógica pode ser difícil de ser compreendida pelos humanos. Isto pode exigir um esforço significativo por parte da empresa de seguros para ainda compreender quais fatores no caso do cliente levaram a uma decisão específica[42]. Em segundo lugar, o direito de contestar o mérito de uma decisão é de grande alcance se comparado com decisões que não são tomadas por computador. Uma empresa de seguros é aparentemente livre para determinar sua própria política de preços e, ao fazê-lo, decidir por si mesma quais serão as circunstâncias que deseja levar em consideração ao determinar, por exemplo, o valor do prêmio. Daí que, a não ser que o direito interno de um determinado Estado-Membro preveja, não se impõem circunstâncias que devem ser levadas em consideração ao determinar o valor de um prêmio[43].

41 RGPD, artigo 22º, 3: "Nos casos a que se referem o n.º 2, alíneas a) e c), o responsável pelo tratamento aplica medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e legítimos interesses do titular dos dados, designadamente o direito de, pelo menos, obter intervenção humana por parte do responsável, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão".

42 Para maiores aprofundamentos, ver Doshi-Velez, F., Kortz, M; Budish, R., Bavitz, C., Gershman, S., O'Brien, D., Shieber, S., Waldo, J., Weinberger, D., Wood, A.: "Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation", *Berkman Center Research Publication*, 2017, Forthcoming, p. 7. Disponível em https://cyber.harvard.edu/publications/2017/11/AIExplanation . Acesso em 22 de novembro de 2022.

43 Ressalva há de ser feita quanto a diferenças proporcionais nos prêmios e prestações dos segurados quando o sexo é um fator determinante. Neste sentido é a declaração de invalidade do artigo 5º, 2, da Diretiva 2004/113/CE de 13 de dezembro de 2004, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), causa C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e o.* contra *Reino da Bélgica*, em 1º de março de 2011. Disponível em https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80019&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=255873 . Acesso em 22 de novembro de 2022.

Assim, uma seguradora é livre para fazer uma oferta com base nas condições que deu a conhecer prévia e inequivocamente ao interessado. O fato de uma seguradora escolher determinar o valor do prêmio de um seguro com base em uma classificação objetiva – por exemplo, uma tabela fixa – e não com base em uma avaliação mais individual pertence à sua liberdade política e não é contrário a qualquer obrigação que recaia sobre o segurador.

Agora suponha-se que a mesma decisão não tenha sido tomada por um funcionário da companhia, mas pelo computador, a empresa seguradora teria agora que fundamentar sua decisão de forma mais abrangente e incluir mais dados em seu julgamento?

O Grupo de Trabalho do Artigo 29º parece considerar que este é o caso[44]: "A intervenção humana é um elemento essencial. Qualquer revisão tem de ser levada a cabo por alguém com a devida autoridade e competência para alterar a decisão. O revisor deve realizar uma avaliação exaustiva de todos os dados pertinentes, incluindo quaisquer informações adicionais transmitidas pelo titular dos dados".

Na prática, isso pode ser visto de duas maneiras. Ou o direito de contestar uma decisão, a nosso ver, não servirá muito.

Uma empresa de seguros precisa apenas explicar como chegou a uma decisão. A ideia é que isto permite ao cliente descobrir erros ou omissões nos algoritmos que são prejudiciais a ele e trazê-los à atenção da seguradora. Entretanto, o cliente deve respeitar a política discricionária da empresa em não considerar certas informações.

A outra possibilidade é que as empresas de seguros também deverão ser capazes de fundamentar uma decisão e explicar porque ela se justifica. A liberdade de uma seguradora para estabelecer seu preço, por exemplo, ou para determinar qual cliente ela aceita ou não, será restringida. Neste último caso, espera-se que isso não se limite a decisões automatizadas. Afinal, é estranho que, se uma decisão é tomada por um humano em vez de um computador, isso também permitiria que tivesse um conteúdo diferente.

V. DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS E A RECUSA DE FORNECIMENTO COM BASE NO PERFIL.

O próximo aspecto da definição de perfis que precisa de especial atenção é a possibilidade de longo alcance de discriminação de preços.

44 *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*, adotadas em 3 de outubro de 2017 e com a última redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018, p. 30.

De fato, a definição de perfis permite conhecer melhor o cliente e, assim, cobrar um preço especificamente adaptado a ele para um produto ou serviço[45]. Uma empresa não tem que recusar explicitamente os clientes ou fazer suas próprias ofertas a clientes diferentes. O marketing baseado em perfis permite que uma empresa atraia um grupo específico de clientes em particular, mas isso pode ter consequências.

No âmbito do Sistema Europeu de Supervisão Financeira (SESF)[46], desde 2016 a opinião expressada pelas Autoridades Europeias de Supervisão (AES) é de preocupação sobre isso: "More granular segmentations could however also lead to access issues for some consumers classified as undesirable. For example, in the insurance sector, the result of a more granular risk segmentation could lead either to higher premiums for certain customers or to certain customers (with high risks or unusual profiles) having difficulties accessing (certain types of) insurance cover. This could create difficulties for consumers seeking household insurance for real estate properties located in geographical areas exposed to high risks such as floods, earthquakes or crime. The latter could eventually have broader social consequences and require action protecting the general good, since obtaining household insurance is a legal requirement in several Member States for renting or owning real estate properties. The increasing individualisation of risk profiles could have, to a certain extent, implications for the principle of solidarity and risk pooling in the insurance sector"[47].

O mesmo fez a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD): "Technology driven: the increasing use of algorithms, which can affect decisions about credit, insurance or investments and can lead to denied access to certain services or inappropriate charges based on inaccurate or wrong correlations made without human interpretation; misuse of data including big data and small data (e.g transactional, airtime data); unreliability of mobile networks and digital finance platforms may lead to inability to carry out transactions, inaccessibility of funds or cybersecurity risks"[48].

45 Ver Zuiderveen Borgesius, F., Poort, J.: "Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law", *Journal Consum Policy*, 2017, v. 40, pp. 347-366.

46 O SESF é composto pelo Comitê Europeu do Risco Sistêmico (CERS), pelas três Autoridades Europeias de Supervisão – designadamente a Autoridade Bancária Europeia (EBA), a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ESMA) e a Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (EIOPA) – pelo Comitê Conjunto das AES e pelos supervisores nacionais. O principal objetivo do SESF é assegurar que as regras aplicáveis ao setor financeiro sejam impostas adequadamente em todos os Estados-Membros, de modo a preservar a estabilidade financeira, promover a confiança e proteger os consumidores.

47 Joint Committe of the European Supervisory Authorities: *Joint Committee Discussion Paper on the Use of Big Data by Financial Institutions*, 19 December 2016, JC/2016/86, p. 22. Disponível em https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/jc-2016-86_discussion_paper_big_data.pdf . Acesso em 22 de novembro de 2022.

48 OECD (2018), G20/OECD: *Policy Guidance on Financial Consumer Protection Approaches in the Digital Age*, p. 13. Disponível em https://www.oecd.org/finance/G20-OECD-Policy-Guidance-Financial-Consumer-Protection-Digital-Age-2018.pdf . Acesso em 22 de novembro de 2022.

De acordo com as mesmas Autoridades Europeias de Supervisão, isto poderia entrar em conflito com a obrigação geral das empresas financeiras de levar em conta os interesses de seus clientes: "Firms' price adjustments based on consumer features and behaviour-based factors could go against financial institutions' overarching obligation to treat customers in a fair and nondiscriminatory manner. This could be particularly the case when insufficient transparency and disclosure measures about the pricing and segmentation criteria as well as the data sources used by financial institutions when profiling customers are in place"[49].

Um caso de discriminação de preços explicitamente mencionado pela Autoridade Bancária Europeia (EBA) como um risco é aquele em que as empresas financeiras rejeitam reclamações justificadas porque determinaram, com base no perfil, que é improvável que um cliente dê seguimento à inconformidade. Refere-se ao risco de tais empresas possam explorar o *Big Data* de uma maneira que não seja do melhor interesse do consumidor, confiando na probabilidade estatística (previsibilidade) de que o consumidor aceitará a oferta inicial ou mesmo uma a resposta negativa[50].

Há dois tipos de discriminação de preços, ambos a provocar suas próprias preocupações do ponto de vista jurídico.

1. Discriminação de preço com base no que o cliente está disposto a pagar.

No primeiro tipo de discriminação de preço, a uma determinada empresa custará o mesmo valor para oferecer um produto independentemente de quem é o cliente, mas a empresa ainda assim cobrará preços diferentes. Explica-se. Em um mercado normal, há clientes que estão dispostos a pagar mais por um produto - estes preferem-no ou desconhecem as alternativas mais baratas - e clientes sensíveis ao preço que só querem pagar pouco[51]. Se todos os clientes pagam o mesmo por um produto, então os clientes que estão dispostos a pagar mais se beneficiam da pressão de preços exercida pelos clientes sensíveis aos preços. Um exemplo: em uma rede de supermercados *A*, cada cliente paga o mesmo por uma

49 Joint Committe of the European Supervisory Authorities: *Joint Committee Discussion Paper on the Use of Big Data by Financial Institutions*, 19 December 2016, JC/2016/86, p. 22; e *Joint Committee Final Report on Big Data*, 15 March 2018, JC/2018/04, pp. 30-33. Disponível em https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/jc-2018-04_joint_committee_final_report_on_big_data.pdf . Acesso em 22 de novembro 2022.

50 *Discussion Paper on the EBA's approach to financial technology (FinTech)*, 4 August 2017, EBA/DP/2017/02, p. 48. Disponível em https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1919160/7a1b9cda-10ad-4315-91ce-d798230ebd84/EBA%20Discussion%20Paper%20on%20Fintech%20%28EBA-DP-2017-02%29.pdf?retry=1 . Acesso em 22 de novembro de 2022.

51 A propósito do tema, cabe dizer que o preço há muito vem sendo estudado sob várias perspectivas e níveis de intensidade, notadamente pelas ciências econômicas, psicologia, finanças e mesmo marketing, em que pese este último tenha contribuído muito pouco para a eficácia de apreçamento por parte das empresas. Há de se considerr também uma certa discrepância entre a teoria e a prática no estudo do preço, devido principalmente à negligência, aos problemas de informação, quantificação e implementação de modelos teóricos de precificação. Para aprofundamentos, ver SIMON, H.: *Price management,* Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1989, p. 40.

garrafa de refrigerante de dois litros, ou seja, 2 euros. É bem possível que haja clientes dispostos a pagar 2,20 euros por este mesmo produto. Somente se o preço passa a ser de 3 euros os clientes irão considerá-lo excessivo e, por isso, irão procurar a rede de supermercado *B*. No entanto, alguns clientes farão um desvio para as lojas de *B* mesmo se houver um pequeno aumento de preço. Como o a rede *A* não quer perder esses clientes conscientes do preço e cada cliente paga o mesmo pela garrafa de refrigerante, os clientes menos conscientes do preço se beneficiam da pressão de preços exercida pelos clientes conscientes do preço. Acontece que a empresa pode tentar cobrar de cada cliente o máximo que ele está disposto a pagar. Isto significa que cada cliente recebe o seu preço individual e, ao conhecer o cliente da melhor forma possível, a empresa cobra exatamente o que o cliente está disposto a pagar.

Retomando o exemplo anterior: alguns clientes continuam a pagar 2 euros, pois caso contrário correm o risco de se dirigem para as lojas da rede de supermercados *B*; outros clientes, entretanto, pagarão 2,20 euros pelo mesmo produto, pois mesmo com este preço, este grupo não migrará para a concorrência. Em muitos mercados, esta discriminação de preços já ocorre.

Do mesmo modo, muitos consumidores frequentemente pagam valores diferentes pelo mesmo modelo de automóvel. É comum que nas negociações o revendedor sempre tente descobrir onde está o limite pessoal do cliente, isto é, o ponto em que fará com que este mesmo cliente vá à procura de outro revendedor ou desista de comprar um carro. Os vários sistemas de bônus, cartões de desconto e programas de fidelidade, entre outros, também tentam distinguir entre o cliente sensível ao preço e o cliente que não o é. Por exemplo, o cliente sensível ao preço participará de ofertas específicas de bônus e descontos, enquanto o cliente da outra categoria comprará o que for conveniente a ele e não se dará ao trabalho de juntar selos e recortar cupons de desconto[52].

A questão a considerar, por fim, é se isso pode ser admitido quando praticado por empresas de seguros.

2. Discriminação com base nas características do cliente.

No segundo tipo de discriminação de preços, os custos de produção de um produto ou serviço dependem de quem é o cliente. Por exemplo, o seguro de

52 Embora não seja objeto deste estudo, segundo a doutrina especializada, todo comprador seria sensível ao preço, porém esta sensibilidade pode variar tremendamente de uma situação para outra. Essa variação ocorreria de acordo com a importância da satisfação que o produto proporciona, ou o sacrifício necessário para adquirir o bem. Ter somente consumidores sensíveis como alvo, pode significar que a empresa está deixando de faturar. Para mais aprofundamentos, ver Nagle, T. T., Holden, R.K.: *Estratégia e Táticas de Preços: um guia para decisões lucrativas*, Person, São Paulo, 2003, *passim*; Kotler, P., Keller, K. L.: *Administração de marketing,* Pearson Education do Brasil, São Paulo, 2012, pp. 163-188; Lambin, J.: *Marketing Estratégico.* McGraw-Hill Interamericana de España S.L, Madrid, 1995, pp. 467-515.

vida é mais caro para um fumante, pois estes geralmente morrem mais cedo. Atualmente, em muitos lugares da União Europeia os fumantes já pagam mais do que os não fumantes por seguros desse tipo. No entanto, em outras partes do mundo já existem companhias de seguro de saúde que correlacionam o prêmio do seguro aos hábitos de consumo e estilo de vida o cliente[53]. Mas também é possível relacionar todos os tipos de arquivos de dados.

Agora suponha que uma seguradora passe a considerar que as pessoas desempregadas geralmente têm mais problemas de saúde do que as pessoas empregadas. Você perde seu emprego e muda seu status no LinkedIn para "Open to Work". Como consequência, você é então recusado ao tentar contratar um seguro-saúde. Este exemplo ilustra que se as seguradoras souberem mais sobre o cliente, a solidariedade entre os clientes pode estar sob pressão[54], o que, no caso mais extremo, pode resultar na recusa de fornecer um serviço ou produto a um cliente[55].

A esse ponto cabe observar que questão não é apenas até que ponto esta distinção é legalmente permitida, mas também se tal distinção e o uso de dados nessas situações são atos socialmente aceitáveis. Isso porque costumamos atribuir particular importância e somos bastante sensíveis ao uso de dados pessoais por parte das instituições financeiras. As expectativas da sociedade são maiores, porque maiores são os riscos e maiores podem ser as perdas para os consumidores[56].

53 Faz-se referência ao caso do seguro de vida oferecido por *John Hancock Life Insurance Company*, uma companhia de seguros fundada em 1862, com sede em Boston, Estados Unidos da América. Esta companhia passou a oferecer uma solução inovadora que atribui pontos pela prática de um estilo de vida saudável. Para tal, quando o cliente adere ao seguro recebe um *smartwatch*, e a quantia associada à mensalidade paga pelo relógio é determinada pela quantidade de exercício físico realizado pelo consumidor durante o mês. Segundo anunciado no seu sítio eletrônico, a seguradora tem uma parceria com o *Vitality Group*, operando nos Estados Unidos e na África do Sul, que é uma subsidiária da *Discovery Limited*, um grupo de serviços financeiros com sede em Sandton, na África do Sul. Outro exemplos recentes são a *Policybazaar Insurance Brokers Private Limited* e *da ICICI Lombard General Insurance Company Limited*, ambas seguradoras com sede Índia, que oferecem descontos no prêmio dos seus seguros. Os clientes vinculam os seus dispositivos pessoais aos aplicativos das seguradoras, que recebem diretamente os dados de plataformas como Google Fit, Apple Health e Fitbit, integrados para rastrear as atividades de bem-estar do usuário.

54 Sarlet, G. B. S; Molinaro, C. A.: "Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data", *Direitos Fundamentais & Justiça*; 2019, v. 13, núm. 41, pp. 183-212.

55 É certo que o acesso ao seguro poderia ser aumentado para alguns consumidores. Como as ferramentas do *Big Data* permitem que as empresas estimem o risco com mais precisão, algumas seguradoras podem aumentar a oferta de produtos para esses consumidores. Inversamente, poderia resultar em seguradoras optando por não atender mais a certos perfis de consumidores, em particular aqueles que são consideradas de maior risco. Se todas, ou a maioria, das seguradoras fizerem análises semelhantes sobre a exclusão de certos consumidores devido aos seus perfis de risco, isso pode levar a que alguns consumidores não consigam mais encontrar cobertura. Ver Financial Conduct Authority, *Call for Inputs: Big Data in retail general insurance*, 2015, pp. 11-12. Disponível em https://www.fca.org.uk/publication/consultation/big-data-call-for-inputs.pdf . Acesso em 22 de novembro de 2022.

56 Autoridade Bancária Europeia (EBA), *Discussion Paper on innovative uses of consumer data by financial institutions*, 4 May 2016, EBA/DP/2016/01, p. 12. Disponível em https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1455508/68e9f120-8200-4973-aabc-c147e9121180/EBA-DP-2016-01%20DP%20on%20innovative%20uses%20of%20consumer%20data%20by%20financial%20institutions.pdf?retry=1 . Acesso em 22 novembro de 2022.

VI. A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVOS RACIAIS, ÉTNICOS, DE GÊNERO, RELIGIÃO E OUTROS APLICADA AO APRENDIZADO DE MÁQUINA.

Além da possibilidade de discriminação de preço discutida acima, o aprendizado por máquina e a definição de perfis também levam ao risco de discriminação. A essência da proibição de discriminação é que certas características de uma pessoa, incluindo sua origem racial ou étnica, ou religião, a menos que se justifique em um caso particularíssimos, não devem influenciar a forma como essa pessoa é tratada[57]. O mesmo se aplica a medidas com efeito semelhante. É importante perceber que mesmo um algoritmo pode discriminar.

1. Discriminação devido a erros no engajamento do algoritmo.

Um algoritmo pode discriminar devido ao conjunto de dados pelo qual é alimentado e à forma como o algoritmo aprende[58]. Por exemplo, o Conselho de Estabilidade Financeira denomina "aprendizagem supervisionada"[59]. O algoritmo é alimentado com um conjunto de dados de "treinamento" que contém etiquetas em alguma parte das observações. Por exemplo, um conjunto de dados pode conter etiquetas em alguns pontos de dados identificando aqueles que são fraudulentos e aqueles que não são. O algoritmo "aprenderá" uma regra geral de classificação que usará para prever as etiquetas para as observações restantes no conjunto de dados. O algoritmo então pode obter os dados das propostas de um seguro com os dados indicando se o revisor humano a aprovou ou a desaprovou. O algoritmo reconhece os padrões e regras implícitas do revisor humano.

Entretanto, suponha que o revisor humano - inconscientemente ou não - tenha padrões e escolhas indesejáveis. Imagine-se a hipótese de análise de concessão de empréstimo por um banco. Se é provável que o avaliador humano recuse propostas de empréstimo de pessoas de aparência estrangeira, o algoritmo adotará este viés. Este risco existe mesmo que o conjunto de dados não declare explicitamente se alguém tem a aparência de um estrangeiro. Por exemplo, pessoas com aparência estrangeira são mais propensas a viver em certos códigos postais, nascer no exterior com mais frequência e ter nomes estrangeiros. A aparência estrangeira é uma variável oculta que coincide com estas variáveis que são conhecidas. O

57 Artigo 21° da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: "É proibida a discriminação em razãoo, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual". Vera também considerando 71 do RGPD.

58 Para exemplos de outros tipos de discriminação involuntária por meio de algoritmos, ver Information Commissioner's Office, *Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection*, versão 2.2, 2017, pp. 44-45.

59 Financial Stability Board (FSB), *Artificial intelligence and machine learning in financial services. Market developments and financial stability implications*, 2017, p. 5. Disponível em https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P011117.pdf . Acesso em 22 de novembro de 2022.

algoritmo aprende então que deve rejeitar pedidos de crédito de pessoas com essas características. Isto também é conhecido como viés de interação[60]. Isto é discriminação proibida e deve ser evitada por uma empresa financeira.

2. Discriminação por um algoritmo porque certos grupos têm de fato características estatisticamente corretas.

É também possível, entretanto, que certas características sejam de fato mais prevalecentes em certos grupos. Suponha-se que o algoritmo descubra que pessoas com certos sobrenomes geralmente são mal pagadoras, será que o algoritmo pode agir sobre isso? Afinal, os sobrenomes são frequentemente relacionados à origem, portanto, a discriminação contra certos sobrenomes será, na prática, frequentemente discriminação racial. Enquanto a discriminação indireta através de sobrenomes ainda é fácil de detectar e assim combater, um algoritmo também será capaz de apreender substitutos menos óbvios para, digamos, raça, religião, saúde ou orientação sexual e tirar conclusões a partir disso. Um exemplo é que usando dados do Facebook, por meio dos conhecidos "likes", é possível discriminar corretamente entre homens homossexuais e heterossexuais em 88% dos casos, afro-americanos e caucasianos em 95% dos casos, e entre democratas e republicanos em 85% dos casos, mesmo que isto não seja explicitamente declarado pelo usuário em seu perfil[61]. Em outras palavras, sem usar a variável proibida subjacente, um algoritmo ainda pode discriminar usando outras variáveis que estão suficientemente correlacionadas com a variável proibida. É criado o mesmo resultado como se a variável subjacente proibida tivesse sido usada. Isto é vedado. Também é possível que o resultado de um algoritmo possa afetar particularmente um determinado grupo e assim discriminar indiretamente, mas sem que isto constitua uma discriminação proibida.

Considere-se, por exemplo, que uma seguradora tenha determinado o prêmio de um seguro de vida com base em códigos postais. Por essa razão, os clientes de códigos postais de regiões mais pobres pagarão mais prêmio, já que estavam sujeitos a uma maior incidência de situações ambientais e sociais que abreviavam sua

60 Acerca dos perigos das previsões algorítmicas em face dos sujeitos e a da necessidade de avaliação dos danos de categorização próprios dos sistemas de inteligência artificial que captam estereótipos históricos e sociais, ver Carrera, F.: "A raça e o gênero da estética e dos afetos: algoritmização do racismo e do sexismo em bancos contemporâneos de imagens digitais", MATRIZes, 2020, v. 14, núm. 2, pp. 217-240; Noble, S. U.: *Algorithms of oppression: How search engines reinforce racism*. NYU Press, New York, 2018; Osoba, O. A. & Welser IV, W.: *An intelligence in our image: The risks of bias and errors in artificial intelligence*. Rand Corporation, Santa Mônica, CA, 2017; Eubanks, V.: *Automating inequality: How high-tech tools profile, police, and punish the poor*. St. Martin's Press, New York, 2018. Nesta última obra, de acordo com Carrera, F., "A raça e o gênero", cit., p. 223, Eubanks, V. expõe como as predições automatizadas privilegiam indivíduos mais ricos, ao mesmo tempo em que excluem, vigiam e até mesmo punem pessoas pobres com negativa de crédito ou acesso a serviços de saúde, por exemplo. Segundo a autora, se um modelo de previsão automatizado se constrói por variáveis de resultado subjetivas, obviamente já se encontra comprometido.

61 Kosinski, M; Stillwell, D., Graepel, T.: "Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior", *Proceedings of the National Academy of Sciences (PNAS)*, 2013, v. 110, núm. 15, pp. 5802-5805.

vida, prejudicam mais frequentemente sua saúde ou lhes colocavam em situações de elevado risco a sua integridade psicofísica. No entanto, e ainda seguindo nosso exemplo, os códigos postais pobres, coincidentemente, também são o lar de mais pessoas de minorias étnicas.

Uma solução possível para esse caso hipotético seria: determinar o valor do prêmio com base no código postal do segurado leva à discriminação indireta com base na origem, mas isto não é proibido porque existe uma justificativa objetiva para esta distinção. Assim, ao menos em tese, nenhuma discriminação se dá contra pessoas de baixa renda ou contra pessoas de origem étnica diversa.

Mas essa conclusão precisa estar assentada na seguinte premissa: a seguradora não está a utilizar o código postal do segurado para excluir grupos de pessoas, mas para obter informações sobre a renda e, portanto, medir o grau do risco de morte ou de incapacidade. Essencialmente, a utilização do código postal, na hipótese, não seria então uma forma de encontrar um determinado grupo étnico, mas sim uma forma de encontrar um determinado grupo de renda. A seleção por grupo étnico na verdade funcionaria muito mal para a seguradora, já que o grupo étnico tem uma correlação menor com a riqueza e, portanto, com a expectativa de vida do que o código postal. Em outras palavras, a etnia do cliente não é uma variável subjacente e, portanto, não haveria discriminação proibida.

Os algoritmos de autoaprendizagem podem tirar conclusões discriminatórias implícitas sem que os proprietários dos algoritmos o saibam[62]. O Grupo de Trabalho do Artigo 29º recomenda, portanto, que as empresas testem regularmente seus algoritmos, de forma estatística, para evitar que eles sejam discriminatórios[63].

VII. A DEFINIÇÃO DE PERFIS E O SEU IMPACTO NO CONCEITO DE CONSUMIDOR MÉDIO.

O perfil também desempenha um papel na interpretação do conceito de "consumidor médio", como aparece em muitas regras de proteção ao consumidor,

62 Ver *Discussion Paper on the EBA's approach to financial technology (FinTech)*, 4 August 2017, EBA/DP/2017/02, pp. 47-48. No mesmo sentido, Fisman, R., Luca, M.: "Fixing Discrimination in online Marketplaces", *Harvard Business Review*, December 2016, pp. 88-95

63 *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*, adotadas em 3 de outubro de 2017 e com a última redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018, p. 30. A propósito da discriminação, importa recordar que, "conforme decorre do décimo quinto considerando das Diretivas 2000/43 e 2000/78 e do trigésimo considerando da Diretiva 2006/54, o direito nacional ou as práticas nacionais dos Estados-Membros podem prever, em especial, que a demonstração da discriminação indireta se possa fazer por quaisquer meios, incluindo os dados estatísticos" – acórdão da Segunda Seção do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), causa C-415/10, *Galina Meister* contra *Speech Design Carrier Systems GmbH*, de 19 de abril de 2012. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CJ0415&from=EN . Acesso em 22 de novembro de 2022.

constituindo-se em uma das referências centrais no contexto da União Europeia, onde é, antes de tudo, um conceito normativo[64].

O conceito está inserido incluído na Diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais como um referencial para medir se os consumidores devem ser protegidos contra práticas específicas[65]. A norma é usada para avaliar se uma prática é desleal, no sentido de que tem induzido o consumidor em erro e causa ou é provável que o leve a tomar uma decisão negocial que ele não teria tomado de outra forma.

As empresas podem utilizar a definição de perfis para se dirigirem a grupos específicos. Um subgrupo é então filtrado da grande população de consumidores. O consumidor médio a ser considerado nas normas de proteção ao consumidor é o consumidor médio do grupo que a empresa financeira procura.

As características específicas do grupo que está sendo atendido ou procurado também devem ser levadas em consideração ao determinar se um processo automático de tomada de decisão afeta significativamente o cliente[66].

Portanto, se uma empresa seguradora procura e se aproxima de um grupo específico através do perfil, ela também deve levar em consideração as características particulares deste grupo ao cumprir com as regras de proteção ao consumidor.

VIII. CONCLUSÃO.

O objetivo deste estudo foi introduzir alguns conceitos técnicos, tais como definição de perfis, aprendizagem de máquinas e tomada de decisão automatizada,

64 Mak, V.: "The consumer in European regulatory private law. A functional perspective on responsibility, protection and empowerment", em AA.VV.: *The Image(s) of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law* (coord por D. Leczykiewicz; S. Weatherill), Hart Publishing, Oxford, 2016, p. 381.

65 O marco de referência da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno para avaliar o impacto de uma prática comercial é o conceito do "consumidor médio", que é normalmente informado e razoavelmente atento e advertido. Com efeito, este conceito proporciona aos tribunais e autoridades nacionais critérios comuns com vista a aumentar a segurança jurídica e reduzir a possibilidade de avaliações divergentes. O "consumidor médio" é uma pessoa com sentido crítico, consciente e advertida, no seu comportamento perante o mercado.Ver Considerandos 18 e 19; e Artigo 5° a 9° da Diretiva 2005/29/CE. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A02005L0029-20220528 . Acesso em 22 de novembro de 2022. Ver ainda o Documento de trabalho dos serviços da Comissão Europeia – *Orientações sobre a Aplicação da Diretiva 2005/29/CE*, de 25 de maio de 2016, item 2.5 e seguintes, pp. 41-51. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016SC0163&from=EN . Acesso em 22 de novembro de 2022.

66 *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*, adotadas em 3 de outubro de 2017 e com a última redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018, p. 11.

bem assim explorar as implicações jurídicas da aplicação destas técnicas. A aplicação de tais técnicas não só conduz à incidência de diferentes regulamentos, especialmente do RGPD e da legislação europeia antidiscriminação, mas também que conceitos existentes, tais como a causalidade e discriminação têm que ser redefinidos. A doutrina ainda precisa compreender melhor estes conceitos técnicos para atingimento desse fim, assim como melhor definir quais aplicações destas novas técnicas - e sob quais condições – serão consideradas aceitáveis. é uma tarefa que deve tocar também tanto aos legisladores quanto aos aplicadores. Do mesmo modo, as autoridades supervisoras, em especial, terão que incorporar estes novos conceitos em suas estratégias de atuação. Enfim, há muito material para contínuas pesquisas de aprofundamento. É melhor que assim ocorra, dada a rapidez dos desenvolvimentos tecnológicos e a importância do tema para as empresas seguradoras e consumidores.

BIBLIOGRAFIA

Amodio, A.: "La Direttiva (UE) 2016/97 e il regime informativo a tutela del consumatore", *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti Pubblici*, 2018, núm. 4, pp. 63-78.

Armbrüster, C; Hacker, P.: "Datenprivatrecht", *ZVersWiss*, 2020, núm. 109, pp. 299-303.

Balasubramanian, R., Libarikian, A., McElhaney, D.: "Insurance 2030 – The impact of AI on the future of insurance", *McKinsey's Insurance Practice*, março 2021, pp. 1-10. Disponível em https://www.mckinsey.com/industries/financial-services/our-insights/insurance-2030-the-impact-of-ai-on-the-future-of-insurance . Acesso em 22 novembro 2022.

Carrera, F.: "A raça e o gênero da estética e dos afetos: algoritmização do racismo e do sexismo em bancos contemporâneos de imagens digitais", MATRIZes, 2020, v. 14, núm. 2, pp. 217-240.

Colombo,C., Fachinni Neto, E.: "Decisões automatizadas em matérias de perfis e riscos algorítmicos: diálogos entre Brasil e Europa acerca dos direitos das vítimas de dano estético digital", em AA.VV. *Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias* (coord. por G. Magalhães Martins e N. Rosenvald), Editora Foco, Indaiatuba, SP, 2020, pp. 163-183.

D´ippolito, G.: "Evoluzione della disciplina consumeristica e rapporto con la normativa sulla protezione dei dati personali", em AA.VV. (coord. por Consumers' Forum e Università degli Studi Roma Tre), *Consumerism 2019. Dodicesimo rapporto annuale. Dal codice del consumo al Digital Service Act. Quella dal consumatore al cittadino digitale è vera evoluzione?*, 2019, pp. 70-80.

Doshi-Velez, F., Kortz, M; Budish, R., Bavitz, C., Gershman, S., O'Brien, D., Shieber, S., Waldo, J., Weinberger, D., Wood, A.: "Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation", *Berkman Center Research Publication*, 2017, Forthcoming, p. 7. Disponível em https://cyber.harvard.edu/publications/2017/11/AIExplanation . Acesso em 22 de novembro de 2022.

Duarte, F.: "Nove algoritmos que podem estar tomando decisões sobre sua vida - sem você saber". Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/geral-42908496 . Acesso em 22 de novembro de 2022.

Eubanks, V.: *Automating inequality: How high-tech tools profile, police, and punish the poor.* St. Martin's Press, New York, 2018.

Hook, D. H., Norman, J. M.: "Origins of Cyberspace: A Library on the History of Computing and Computer-Related Telecommunications, *Historyofscience.com*, Novato, CA, 2002, núm. 874 *apud Jeremy Norman's HistoryofInformation.com Exploring the History of Information and Media through Timelines*. Disponível em https://www.historyofinformation.com/detail.php?id=779 . Acesso em 25 novembro 2022.

Junqueira, T.: *Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2020.

Kaushik, K., Bhardwaj, A., Dwivedi, A.D., Singh, R.: "Machine Learning-Based Regression Framework to Predict Health Insurance Premiums", *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2022, v. 19, 2022, 7898.

Kotler, P., Keller, K. L.: *Administração de marketing,* Pearson Education do Brasil, São Paulo, 2012, pp. 163-188; Lambin, J.: *Marketing Estratégico.* McGraw-Hill Interamericana de España S.L, Madrid, 1995.

Kosinski, M; Stillwell, D., Graepel, T.: "Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior", *Proceedings of the National Academy of Sciences (PNAS)*, 2013, v. 110, núm. 15, pp. 5802-5805.

Mak, V.: "The consumer in European regulatory private law. A functional perspective on responsibility, protection and empowerment", em AA.VV.: *The Image(s) of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law* (coord por D. Leczykiewicz; S. Weatherill), Hart Publishing, Oxford, 2016.

Marano, P.: "Management of Distribution Risks and Digital Transformation of Insurance Distribution – A Regulatory Gap in the IDD," *Risks*, MDPI, 2021, v. 9(8), pp. 1-11.

Miragem, B., Petersen, L.: "O Contrato de Seguros e a Lei Geral de Proteção de Dados", *Revista dos Tribunais*, 2020, v. 109, núm. 1018, pp. 61-106.

Mitchel, T. M.: *Machine Learning,* McGraw-Hill, New York, 1997.

Mühlhoff, R.: "Predictive privacy: towards an applied ethics of data analytics", *Ethics and Information Technology* , 2021, v. 23, núm. 4, pp. 675-690.

Nagle, T. T., Holden, R.K.: *Estratégia e Táticas de Preços: um guia para decisões lucrativas*, Person, São Paulo, 2003.

Nersessian, D; Mancha, R.: "From Automation to Autonomy: Legal and Ethical Responsibility Gaps in Artificial Intelligence Innovation", *Michigan Technology Law Review*, 2020, v. 27, núm. 1, pp. 55-96.

Nilsson, N. J.: *Introduction to Machine Learning: An Early Draft of a Proposed Textbook*, Stanford University, Stanford, CA, 1998.

Noble, S. U.: *Algorithms of oppression: How search engines reinforce racism*. NYU Press, New York, 2018.

Osoba, O. A. & Welser IV, W.: *An intelligence in our image: The risks of bias and errors in artificial intelligence*. Rand Corporation, Santa Mônica, CA, 2017.

Patrício, M.: "Correlações e causalidade: breves reflexões numa perspectiva económica", *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 2016, ano 2, n. 4, pp. 1347-1380.

Pasquale, F.: *The black box society: the secret algorithms that control money and information*, Harvard University Press, Cambridge, 2015.

Sarlet, G. B. S; Molinaro, C. A.: "Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data", *Direitos Fundamentais & Justiça*; 2019, v. 13, núm. 41, pp. 183-212.

SIMON, H.: *Price management,* Elsevier Science Publishers, Amsterdam, 1989.

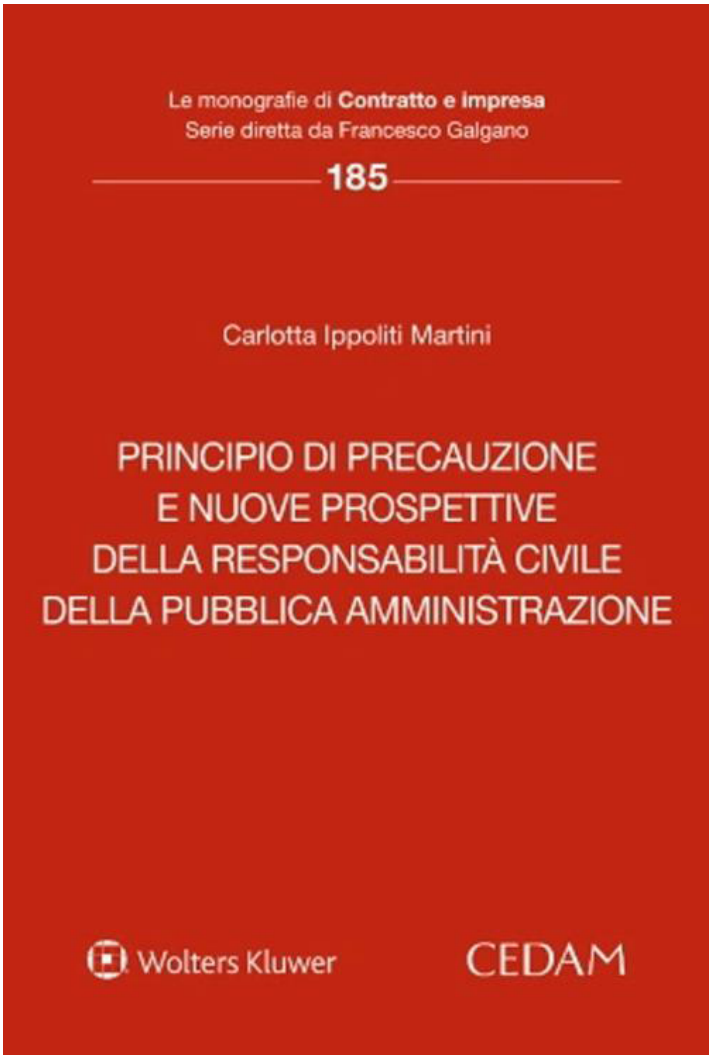
Thouvenin, F., Suter, F., George, D., Weber, R. H.: "Big Data in the insurance industry: Leeway and limits for individualising insurance contracts", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law,* Universitätsverlag Göttingen, 2019, v. 10, núm. 2, pp. 209-243.

Van Otterlo, M.: "A Machine Learning View on Profiling", em AA.VV.: *Privacy, Due Process and the Computational Turn: The Philosophy of Law Meets the Philosophy of Technology* (coord. por M. Hildebrandt e K. De Vries), Routledge, London, 2013, pp. 41-64.

Zuiderveen Borgesius, F., Poort, J.: "Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law", *Journal Consum Policy*, 2017, v. 40, pp. 347-366.

RECENSIONES

IPPOLITI MARTINI, C.: *Principio di precauzione e nuove prospettive della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, Wolters Kluwer, 2022, 361 pp.



En el año 2022 salió publicada, por la reconocida editorial jurídica Wolters Kluwer, una monografía de Carlotta Ippoliti Martini que lleva por título *Principio di precauzione e nuove prospettive della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione.*

Esta obra, escrita íntegramente en italiano y con un total de 361 páginas, constituye el resultado de un arduo trabajo de recopilación, estudio y clarificación de un tema clásico que, con motivo de la pandemia de COVID-19 ha vuelto a

resurgir. El principio de precaución, criticado y defendido a partes iguales, se puede encuadrar en el sempiterno debate entre el avance tecnológico, el derecho a la salud y el papel de las administraciones en ese punto.

La investigación, ordenada y muy bien estructurada, se centra en el principio de precaución en conexión con la responsabilidad civil de la Administración Pública. Es algo altamente sugerente, con nuevas problemáticas jurídicas surgidas por los desgraciados años de pandemia. Merece, consecuentemente, ser estudiada con detenimiento y atención, como brillantemente hace su autora, la Profa. Dra. Carlotta Ippoliti Martini, de la Universidad de Bolonia.

El objetivo fundamental, a la vista del magnífico resultado, es hacer un estudio descriptivo y completo del principio de precaución, tanto en clave de categoría como desde una óptica eminentemente europea. Dicha finalidad se alcanza mediante la indagación de su estado actual, la revisión de los principios generales y su armonización con la normativa europea. La autora hace pivotar su investigación sobre unas notas iniciales de carácter introductorio o premisas, para proceder en los siguientes capítulos a desarrollar las perspectivas emergentes relacionadas con el principio de precaución y la responsabilidad civil de la Administración Pública.

Es innegable el carácter ambicioso, e incluso valiente, de una controvertida cuestión a caballo entre el Derecho Privado y el Derecho Público, entre el Derecho Civil y el Derecho Administrativo. No solo aborda los tradicionales problemas en torno al principio de precaución y la actuación de la *res* pública, sino que lo hace con unas muy bien escogidas referencias a la abundante doctrina, normativa y jurisprudencia italiana y europea existente al respecto.

En el primer capítulo de la monografía que, como se señalaba anteriormente, tiene una naturaleza más bien introductoria, se realizan unas consideraciones generales para enmarcar el tema. Concretamente, se muestran una serie de premisas sobre la tutela de la salud. Se trata de un apartado muy formativo para el lector y que sirve para aproximarse adecuadamente al asunto de fondo.

En las siguientes secciones se despliegan las conclusiones esenciales de la investigación. A lo largo de este bloque, quizás el más extenso, se realiza un estudio integral del principio de precaución desde una visión práctica y actual, haciendo referencia a los problemas emergentes y a las novedosas realidades socioeconómicas del momento, pero sin olvidar dificultades pretéritas aún pendientes de superar. Se evita omitir cualquier aspecto, por nimio que pueda parecer, y se entra sin rubor a resolver todos los interrogantes surgidos en torno a productos farmacéuticos, vacunas o agua destinada al consumo humano, entre otros. Todo ello, apoyado en jurisprudencia nacional italiana y también europea. En el último capítulo se afronta todo lo relativo a la armonización europea y el impacto

asimétrico en los diferentes ordenamientos internacionales. Prácticamente, estos razonamientos y observaciones esconden una propuesta de *lege ferenda* digna de considerar en los años venideros.

Cualquier estudioso en la materia puede llegar a la conclusión de que esta obra será toda una referencia y que su proyección de futuro es innegable. En definitiva, se trata de una monografía formalmente excelente y que responde a los cánones tradicionales. Cuenta, como fue anticipado en su momento, con un dilatadísimo conjunto de referencias doctrinales y jurisprudenciales y su afán didáctico permite al lector acercarse, sin perderse, a una disciplina bastante técnica. Se trata de una visión integral y actual del principio de precaución y la responsabilidad civil de la Administración Pública. Esta recensión tiene el honor de ser publicada en una revista conocida y reconocida como es *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, dirigida por el querido Prof. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte, quien constituye el punto de encuentro de múltiples iniciativas y es un referente para todos aquellos que iniciamos nuestra carrera académica en la universidad española.

Borja del Campo Álvarez
Profesor Ayudante de Derecho Civil, Universidad de Oviedo